El Principio de Igualdad en la Negociación Colectiva

(2008)

COMISIÓN CONSULTIVA NACIONAL DE CONVENIOS COLECTIVOS

MINISTERIO DE TRABAJO E INMIGRACIÓN

AUTORES:

José Fernando Lousada Arochena (Coordinador)

Belén Fernández Docampo

Francisca Fernández Prol

Jaime Cabeza Pereiro

SUMARIO

Introducción

(José Fernando Lousada Arochena)

Capítulo Primero
EL MARCO NORMATIVO DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA DE MEDIDAS DE IGUALDAD DE MUJERES Y HOMBRES

(José Fernando Lousada Arochena)

I. LAS RAZONES DE INTERVENIR SOBRE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA PARA PROMOVER LA IGUALDAD: a) La importancia de la negociación colectiva en la consecución de la igualdad laboral. b) Las exigencias de la normativa comunitaria. c) La implantación del principio de transversalidad.

II. EL DEBER DE ADOPTAR Y EL DEBER DE NEGOCIAR MEDIDAS DE IGUALDAD: a) Contenido legal del deber de negociar medidas de igualdad. b) Sobre las relaciones entre el deber de negociar y el deber de adoptar medidas de igualdad.

III. PLANES DE IGUALDAD OBLIGATORIOS Y PLANES DE IGUALDAD VOLUNTARIOS: a) Obligatoriedad en empresas de más de 250 trabajadores/as. b) Obligatoriedad impuesta en convenio colectivo. c) Conmutación de una sanción administrativa accesoria. d) Obligatoriedad en el empleo público estatal. e) Planes de igualdad voluntarios.

IV. RASGOS DEFINITORIOS DE UN PLAN DE IGUALDAD.

V. ACCIONES POSITIVAS.

VI. SITUACIONES DE TRANSITORIEDAD DE LOS DEBERES EMPRESARIALES.

VII. CONTROL DE LEGALIDAD DE CONVENIOS COLECTIVOS.

VIII. LA INCIDENCIA DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN EL MARCO NORMATIVO LEGAL: a) La trascendencia de la existencia de espacios de autorregulación. b) Los Acuerdos Interconfederales sobre Negociación Colectiva. c) Las cláusulas negociales de articulación de los planes de igualdad en las empresas de más de 250 trabajadores/as en convenios de sector estatal . d) Algunas consideraciones finales.

Capítulo Segundo

CLÁUSULAS GENERALES DE IGUALDAD POR RAZÓN DE SEXO / GÉNERO EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

(José Fernando Lousada Arochena)

I. CLÁUSULAS ANTIDISCRIMINATORIAS GENERALES EN MATERIA DE IGUALDAD POR RAZÓN DE SEXO / GÉNERO: a) Fenomenología de las cláusulas antidiscriminatorias generales. b) Virtualidad de las cláusulas antidiscriminatorias generales.

II. CLÁUSULAS DE TRANSMISIÓN DE LAS NORMAS LEGALES A LOS CONVENIOS COLECTIVOS: a) Virtualidad de las cláusulas de transmisión de las normas legales. b) Sobre los defectos de técnica normativa.

III. LENGUAJE SEXISTA Y NEGOCIACIÓN COLECTIVA.

IV. CLÁUSULAS SOBRE COMPETENCIAS EN MATERIA DE IGUALDAD DE LA REPRESENTACIÓN DEL PERSONAL DE LA EMPRESA.

V. LAS COMISIONES DE IGUALDAD: a) Comisiones de igualdad con competencias de seguimiento del plan de igualdad de la empresa. b) Comisiones de igualdad con competencias de asesoramiento para la implantación de planes de igualdad. c) Comisiones de igualdad con competencias generales de igualdad por razón de sexo / género. d) Algunas consideraciones finales.

Capítulo Tercero

IGUALDAD POR RAZÓN DE SEXO / GÉNERO EN EL ACCESO AL EMPLEO, EN LA FORMACIÓN Y EN LA PROMOCIÓN PROFESIONAL

(Francisca Fernández Prol)

I. EL ACCESO AL EMPLEO DESDE UNA PERSPECTIVA DE GÉNERO.

II. DISCRIMINACIONES: a) Discriminaciones directas y abiertas. b) Discriminaciones directas y disimuladas. c) Discriminaciones indirectas. d) La negociación colectiva frente a las discriminaciones.

III. CLÁUSULAS DE ACCIÓN POSITIVA EN EL ACCESO AL EMPLEO Y EN LA PROMOCIÓN PROFESIONAL EN EL SENO DE LA EMPRESA.

IV. EL PERIODO DE PRUEBA: INCIDENCIA DE SU REGULACIÓN EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA A LOS EFECTOS DE MEJORAR LA IGUALDAD ENTRE SEXOS.

V. CONCLUSIONES.

Capítulo Cuarto

IGUALDAD POR RAZÓN DE SEXO / GÉNERO EN LAS CONDICIONES DE TRABAJO

(Belén Fernández Docampo)

I. EL TRABAJO A TIEMPO PARCIAL Y EL TRABAJO TEMPORAL DESDE UNA PERSPECTIVA DE SEXO / GÉNERO.

II. EL TRABAJO FIJO-DISCONTINUO.

III. MODIFICACIONES FUNCIONALES Y GEOGRÁFICAS.

IV. GARANTÍAS DE ESTABILIDAD FRENTE A EXTINCIONES DISCRIMINATORIAS.

V. CONCLUSIONES.

Capítulo Quinto

IGUALDAD POR RAZÓN DE SEXO / GÉNERO EN LA RETRIBUCIÓN Y EN LOS BENEFICIOS SOCIALES

(Francisca Fernández Prol)

I. INTRODUCCIÓN.

II. NORMATIVA INTERNA Y COMUNITARIA. REFERENCIA AL PLANO INTERNACIONAL. EL PRINCIPIO DE IGUAL RETRIBUCIÓN POR TRABAJO DE IGUAL VALOR: a) Normativa comunitaria e interna. Referencia al plano internacional. b) Doctrina del trabajo de igual valor. c) El principio de igual retribución por trabajo de igual valor en la negociación colectiva.

III. DISCRIMINACIONES RETRIBUTIVAS (DIRECTAS E INDIRECTAS) Y SISTEMAS DE CLASIFICACIÓN PROFESIONAL: a) Discriminaciones retributivas directas (abiertas y ocultas). b) Discriminaciones retributivas indirectas.

IV. PRINCIPIO DE IGUALDAD DE RETRIBUCIÓN Y ESTRUCTURA SALARIAL. ESPECIAL REFERENCIA A LOS COMPLEMENTOS SALARIALES: a) Complementos personales: Complemento de antigüedad y otros. b) Complementos de puesto de trabajo o de trabajo realizado. c) Complementos de situación y de resultados de la empresa.

V. GRATIFICACIONES EXTRAORDINARIAS.

VI. HORAS EXTRAORDINARIAS.

VII. CONCEPTOS EXTRASALARIALES: ESPECIAL REFERENCIA A LOS BENEFICIOS SOCIALES.

VIII. CONCLUSIONES.

Capítulo Sexto

LOS DERECHOS DE CONCILIACIÓN DE LA VIDA PERSONAL, FAMILIAR Y LABORAL DE LAS PERSONAS TRABAJADORAS

(Jaime Cabeza Pereiro)

I. EL TIEMPO DE TRABAJO: CONSIDERACIÓN GENERAL.

II. JORNADA REGULAR E IRREGULAR.

III. CUESTIONES CONCRETAS: a) Jornada continuada y partida. b) Calendario y cuadros horarios. c) Turnicidad. d) Tiempo de presencia. e) Localización y disponibilidad.

IV. JORNADA FLEXIBLE Y CONCILIACIÓN DE LA VIDA PERSONAL, FAMILIAR Y LABORAL.

V. DESCANSO SEMANAL Y FESTIVOS.

VI. VACACIONES.

VII. HORAS EXTRAORDINARIAS.

VIII. ORGANIZACIÓN DEL TRABAJO.

IX. PERMISOS Y LICENCIAS.

X. LACTANCIA.

XI. REDUCCIÓN DE JORNADA.

XII. EXCEDENCIAS: a) Voluntaria. b) Por cuidado de hijos/as o familiares. c) Otras.

XIII. SUSPENSIÓN POR PATERNIDAD.

XIV. SUSPENSIÓN POR ADOPCIÓN Y ACOGIMIENTO.

XV PAUTAS DE LOS PLANES DE IGUALDAD.

XVI. CONCLUSIÓN.

Capítulo Séptimo

LOS DERECHOS DE MATERNIDAD DE LAS MUJERES TRABAJADORAS

(Belén Fernández Docampo)

I. LA PROTECCIÓN JURÍDICA DE LA MATERNIDAD DE LA MUJER TRABAJADORA: ¿ALGO MÁS QUE NORMATIVA DE SEGURIDAD Y SALUD LABORAL?: A) Marco jurídico comunitario e interno. B) Regulación convencional.

II.LA REGULACIÓN DE LA MATERNIDAD AL SERVICIO DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD POR RAZÓN DE SEXO / GÉNERO: A) Fundamento: De las medidas protectoras a la igualdad de sexo / género. B) Marco normativo. C) Disposiciones convencionales.

III. CONCLUSIONES.

Capítulo Octavo

LA SALUD LABORAL DESDE UNA PERSPECTIVA DE GÉNERO

(Belén Fernández Docampo)

I. EL SEXO / GÉNERO COMO DIVERSIDAD QUE MARCA LA SALUD LABORAL.

II.- LA INTEGRACIÓN DEL SEXO / GÉNERO EN LA SALUD LABORAL: MARCO NORMATIVO HETERÓNOMO.

III. LA SALUD LABORAL Y SU REGULACIÓN CONVENCIONAL: A) Ubicación de la salud laboral en la negociación colectiva. B) Cláusulas convencionales de tutela antidiscriminatoria.

IV. CONCLUSIONES.

Capítulo Noveno

ACOSO SEXUAL Y ACOSO SEXISTA

(José Fernando Lousada Arochena)

I. PODERES EMPRESARIALES Y NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN LA PREVENCIÓN Y EN LA SANCIÓN DEL ACOSO SEXUAL.

II. NORMATIVA COMUNITARIA.

III. SITUACIÓN ANTERIOR Y NOVEDADES DE LA LEY ORGÁNICA 3/2007, DE 22 DE MARZO, DE IGUALDAD EFECTIVA DE MUJERES Y HOMBRES: a) La introducción de los conceptos de acoso sexual y de acoso sexista. b) El carácter discriminatorio del acoso sexual y del acoso sexista. c) Chantaje sexual y sexista y acoso ambiental. d) La relación laboral como ámbito del deber de protección frente al acoso sexual y al acoso sexista.

IV. LAS MEDIDAS DE PREVENCIÓN DEL ACOSO SEXUAL Y DEL ACOSO SEXISTA: a) Las medidas de prevención en el empleo privado. b) Las medidas de prevención en el empleo público estatal.

V. LAS MEDIDAS DE SANCIÓN PRIVADA DEL ACOSO SEXUAL Y DEL ACOSO SEXISTA.

VI. EL TRATAMIENTO DEL ACOSO SEXUAL Y DEL ACOSO SEXISTA EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA: a) Objetivos a alcanzar en la regulación negocial del acoso sexual y del acoso sexista. b) Apuntes sobre la evolución de la negociación colectiva. c) Una aproximación cuantitativa a la situación actual de la negociación colectiva. d) Cláusulas conceptuales. e) Declaraciones de principios. f) Mecanismos de prevención del acoso sexual y del acoso sexista. g) La sanción del acoso sexual y del acoso sexista. h) Garantías procedimentales. i) Algunas consideraciones finales.

Capítulo Décimo

ACOSO MORAL

(José Fernando Lousada Arochena)

I. EL ACOSO MORAL, DE LA TOLERANCIA SOCIAL A LA IDENTIFICACIÓN CLÍNICA Y A LA PROTECCIÓN JURÍDICA: a) Las elaboraciones clínicas de Leymann y de Hirigoyen. b) El concepto en la doctrina científica española. c) El concepto en la aplicación judicial española. d) El abordaje parcial en la legislación española.

II. EL ACUERDO MARCO EUROPEO SOBRE ACOSO Y VIOLENCIA EN EL LUGAR DE TRABAJO.

III. PODERES EMPRESARIALES Y NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN LA PREVENCIÓN Y EN LA SANCIÓN DEL ACOSO MORAL.

IV. EL TRATAMIENTO DEL ACOSO MORAL EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA: a) El concepto de acoso moral. b) La respuesta negocial preventiva y sancionadora frente al acoso moral. c) Algunas consideraciones finales.

Capítulo Undécimo

LA PROTECCIÓN DE LAS VÍCTIMAS DE VIOLENCIA DE GÉNERO EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

(José Fernando Lousada Arochena)

I. LOS DERECHOS LABORALES DE LA TRABAJADORA VÍCTIMA DE VIOLENCIA DE GÉNERO EN LA RELACIÓN DE PAREJA: a) Los derechos de la víctima a la acomodación razonable de sus obligaciones laborales. b) La justificación de las ausencias o faltas de puntualidad motivadas por la violencia de género.

II. NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y VIOLENCIA DE GÉNERO: a) Funciones de la negociación colectiva en la lucha contra la violencia de género. b) Tipología formal de las cláusulas negociales sobre violencia de género. c) Las cláusulas generales y de transmisión normativa. d) Las cláusulas de concreción de los derechos legales. e) La regulación de otros nuevos derechos.

III. LA ACREDITACIÓN DE LAS SITUACIONES DE VIOLENCIA DE GÉNERO DESDE UNA PERSPECTIVA NEGOCIAL.

IV. ALGUNAS CONSIDERACIONES FINALES.

Capítulo Duodécimo

IGUALDAD Y DISCRIMINACIÓN EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

(José Fernando Lousada Arochena)

I. LOS MARCOS NORMATIVOS DE REFERENCIA EN MATERIA DE IGUALDAD Y DISCRIMINACIÓN EN EL ÁMBITO LABORAL: a) Fuentes reguladoras y conceptos generales en derecho comunitario. b) Fuentes reguladoras y conceptos generales en derecho interno.

II. EL FOMENTO LEGAL DE LAS MEDIDAS DE IGUALDAD EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA: a) Las exigencias de la normativa comunitaria. b) La plasmación la normativa interna.

III. IGUALDAD Y DISCRIMINACIÓN EN LOS ACUERDOS INTERCONFEDERALES SOBRE NEGOCIACIÓN COLECTIVA.

IV. CLÁSULAS GENERALES DE IGUALDAD EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA: a) Convenios estatales de sector. b) Grandes empresas. c) Convenios autonómicos y provinciales. d) Algunas consideraciones finales.

Capítulo Décimo Tercero

LA DISCRIMINACIÓN POR MOTIVOS DE DISCAPACIDAD

(Jaime Cabeza Pereiro)

I. INTRODUCCIÓN DE FUENTES NORMATIVAS.

II. DECLARACIONES DE PRINCIPIOS.

III. MEDIDAS DE INSERCIÓN LABORAL.

IV. RESERVA DE PUESTOS DE TRABAJO.

V. MEDIDAS DE ADAPTACIÓN A LOS PUESTOS DE TRABAJO.

VI. MEDIDAS DE MOVILIDAD FUNCIONAL.

VII. VICISITUDES DEL CONTRATO DE TRABAJO.

VIII. REGLAS CONVENCIONALES REFERIDAS A LA RELACIÓN LABORAL ESPECIAL.

IX. CONCLUSIÓN.

Capítulo Décimo Cuarto

LA DISCRIMINACIÓN POR MOTIVOS DE ENFERMEDAD, ALCOHOLISMO O DROGODEPENDENCIAS

(Francisca Fernández Prol)

I. LA ENFERMEDAD COMO FACTOR DE DISCRIMINACIÓN. MARCO LEGAL Y JURISPRUDENCIA COMUNITARIA E INTERNA. a) Marco legal. b) La jurisprudencia comunitaria: especial referencia a la STJCE de 11 de julio de 2006, Caso “Chacón Navas”. c) La jurisprudencia interna. Un matiz: la concurrencia de un “elemento de segregación”.

II. NO DISCRIMINACIÓN DE LAS PERSONAS AFECTADAS POR VIH / SIDA.

III. EL DESPIDO DE LAS PERSONAS TRABAJADORAS CON PROBLEMAS DE ALCOHOLISMO O DROGODEPENDENCIA.

IV. CONCLUSIONES.

CONCLUSIONES

(Jaime Cabeza Pereiro / Belén Fernández Docampo / Francisca Fernández Prol / José Fernando Lousada Arochena)

ABREVIATURAS MÁS UTILIZADAS

ET ……...…….. Estatuto de los Trabajadores

LGSS …… Ley General de la Seguridad Social

LOIEMH ….. Ley Orgánica de Igualdad Efectiva entre Mujeres y Hombres

LPL …….…….. Ley de Procedimiento Laboral

LPRL …… Ley de Prevención de Riesgos Laborales

Las sentencias se citan según al número de recurso, o según los Repertorios Aranzadi, usando entonces la abreviatura Ar., que comprende el Repertorio de Jurisprudencia del Tribunal Supremo –acrónimo RJ- , el Repertorio de Sentencias de Aranzadi Social –acrónimos AS y JUR-, y el Repertorio de Sentencias del extinto Tribunal Central de Trabajo –acrónimo RTCT-.

INTRODUCCIÓN

Cuando Tomás Sala Franco, en su calidad de Presidente de la Comisión Consultiva Nacional sobre Convenios Colectivos, me comunicó el encargo de realizar un estudio sobre el principio de igualdad en la negociación colectiva me sentí muy congratulado, no sólo –que también- por recibir el encargo a través de una de las personas de quien más Derecho del Trabajo he aprendido, muy en especial a través de sus Manuales, sino sobre todo por la ocasión que se me brindaba de abordar ese tema justo poco después de haber entrado en vigor un hito en la materia como la Ley 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres.

Antes de la LOIEMH, ya existían muy solventes estudios doctrinales sobre el principio de igualdad en la negociación colectiva, y que nos han servido de esencial referencia a lo largo de nuestro estudio[1]. Pero hay dos motivos que hacen que la ocasión que se me brindaba fuese tan especial, y ambos tienen que ver con las novedades que ha introducido la LOIEMH.

[1] Con referencia a todo el Estado, véanse "Discriminación e igualdad en la negociación colectiva", de Teresa PÉREZ DEL RÍO / María Fernanda FERNÁNDEZ LÓPEZ / Salvador DEL REY GUANTER, Instituto de la Mujer, Madrid, 1993, "La discriminación por razón de sexo en la negociación colectiva", coordinado por Teresa PÉREZ DEL RÍO, Instituto de la Mujer, Madrid, 1999, y el capítulo dedicado a "Discriminación por razón de género y negociación colectiva" en la obra colectiva "El estado actual de la negociación colectiva en España. Balances y perspectivas" dirigida por Salvador DEL REY GUANTER y coordinada por Carolina GALA DURÁN / Manuel LUQUE PARRA, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, MTAS, Madrid, 2003. Y en los ámbitos autonómicos correspondientes a su título, véanse "Discriminación de género en la negociación colectiva del País Valencià", coordinado por Pilar CALVO ESCARTÍN, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, "Análisis de la negociación colectiva en la Comunidad Foral de Navarra desde la perspectiva de género", coordinado por Dolores DE LA FUENTE VÁZQUEZ, Gobierno de Navarra, 1998, "Negociación colectiva y prácticas laborales" (referido a Aragón), coordinado por María ELÓSEGUI ITXASO, Icaria, 2005, "Análisis de la negociación colectiva en la Comunidad de Madrid desde la perspectiva de género", coordinado por Dolores DE LA FUENTE VÁZQUEZ, Gobierno de Madrid, 2006, y "Estudio sobre a situación sociolaboral da muller en Galicia", coordinado por Jaime CABEZA PEREIRO, Xunta de Galicia, 2007.

También véase el Informe "La negociación colectiva como mecanismo de promoción de la igualdad entre hombres y mujeres" del Consejo Económico y Social de España, Colección Informes, Madrid, 2003.

El primero es que la LOIEMH ha supuesto una modificación importante en la totalidad de las materias relacionadas con la igualdad en el ámbito de la relación laboral individual, aparte de abrir nuevos campos a la negociación colectiva, y pocos meses después de su entrada en vigor parece un momento idóneo para testar la respuesta de los negociadores colectivos.

Y el segundo es que la LOIEMH ha regulado un marco legal especial para la negociación colectiva de la igualdad cuyo elemento más mediático es el deber de negociar planes de igualdad en determinadas empresas –las grandes, de más de 250 trabajadores/as-, aunque desde la óptica jurídica es de tanto calado el deber de negociar medidas de igualdad, que afecta a todas las empresas. La novedad de esta regulación determina a la vez la escasez de estudios doctrinales[2], y la oportunidad de acometer su abordaje.

Para realizar esta labor debía contar con el mejor equipo posible, y debo decir que me sentí muy tranquilizado cuando de manera entusiasta aceptaron colaborar en el encargo Belén Fernández Docampo, Francisca Fernández Prol y Jaime Cabeza Pereiro, profesoras y catedrático, respectivamente, de Derecho del Trabajo de la Universidad de Vigo. Han sido la mejor garantía de que nuestro estudio iba a llegar a un buen puerto.

Quedaba concretar el ámbito del estudio y delimitar la muestra de convenios colectivos. En ambas cuestiones fueron decisivos los términos del encargo recibido de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos. Respecto a la concreción del ámbito del estudio, el encargo, aunque contemplaba un análisis general de las cláusulas de igualdad en la negociación colectiva, se refería en su mayoría a la discriminación por razón de sexo / género, contemplando como otras causas discriminatorias concretas sólo discapacidad, enfermedad, alcoholismo y drogodependencia.

---

[2] Siendo la intervención sobre la negociación colectiva para promover la igualdad una novedad de la LOIEMH, la bibliografía sobre la materia es aún escasa. Véanse, al efecto de comprobarlo, las referencias bibliográficas que se recogen en la primera nota a pié de página que se contiene en el Capítulo Primero.

Respecto a la muestra de convenios colectivos, se han tomado –salvo error u omisión involuntaria- todos los estatales vigentes a 31.12.2007, y una muestra significativa de los convenios colectivos de grandes empresas, y de convenios colectivos sectoriales autonómicos y provinciales, también vigentes a 31.12.2007. No hemos utilizado –salvo alguna excepción- convenios colectivos en régimen de ultraactividad, porque consideramos que textos anteriores a la LOIEMH aportarían resultados de escaso interés y desproporcionados en función del esfuerzo realizado para su obtención.

Los/as autores/as no teníamos la intención de realizar exclusiva o primordialmente un análisis ordenado de cláusulas negociales o la obtención de datos estadísticos sobre su concreta implantación, aunque no hemos dudado en acometer esas labores cuando resultó necesario y, en particular, cuando la única manera de alcanzar unas conclusiones sólidas era a través del amplio estudio casuístico de las cláusulas convencionales.

Nuestro interés primordial ha sido, sin embargo, el destacar los ámbitos naturales de la negociación colectiva en materia de igualdad y, dentro de esos ámbitos, destacar los buenos productos negociales. Por ello, cuando lo hemos creído conveniente para la exposición de cada concreta materia, los/as autores/as hemos citado los convenios colectivos que podían aportar algo significativo, aunque no se incluyesen dentro de la muestra.

Debemos además agradecer, y así lo destacamos, las aclaraciones que, en las tareas de concreción del ámbito del estudio, de delimitación de la muestra de convenios colectivos y de determinación de la perspectiva de estudio a seguir, recibimos de las personas de contacto en la Confederación Española de Organizaciones Empresariales, Don Martín Borrego y Doña Pilar Iglesias, en el Sindicato Comisiones Obreras, Doña Carmen Bravo, y en el Sindicato Unión General de Trabajadores, Doña Elisa García.

Hecho el trabajo conforme a los parámetros expuestos, se presenta el resultado alcanzado para que lo utilicen, no sólo quienes nos lo han

encargado, sino en general todos los/as lectores/as, esperando que cumpla las exigencias del encargo, y que, pues ese en el fondo es el fin del encargo –o, al menos, es como lo hemos percibido-, esperando sirva como herramienta para ayudar en la mejora de la negociación colectiva en cuanto al principio de igualdad y, en todo caso, como termómetro de la implantación efectiva del principio de igualdad en la negociación colectiva.

José Fernando Lousada Arochena.

A Coruña, a 1 de marzo de 2007.

CAPÍTULO PRIMERO

EL MARCO NORMATIVO DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA DE MEDIDAS DE IGUALDAD DE MUJERES Y HOMBRES

SUMARIO: I. LAS RAZONES DE INTERVENIR SOBRE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA PARA PROMOVER LA IGUALDAD: a) La importancia de la negociación colectiva en la consecución de la igualdad laboral. b) Las exigencias de la normativa comunitaria. c) La implantación del principio de transversalidad. **II. EL DEBER DE ADOPTAR Y EL DEBER DE NEGOCIAR MEDIDAS DE IGUALDAD:** a) Contenido legal del deber de negociar medidas de igualdad. b) Sobre las relaciones entre el deber de negociar y el deber de adoptar medidas de igualdad. **III. PLANES DE IGUALDAD OBLIGATORIOS Y PLANES DE IGUALDAD VOLUNTARIOS:** a) Obligatoriedad en empresas de más de 250 trabajadores/as. b) Obligatoriedad impuesta en convenio colectivo. c) Conmutación de una sanción administrativa accesoria. d) Obligatoriedad en el empleo público estatal. e) Planes de igualdad voluntarios. **IV. RASGOS DEFINITORIOS DE UN PLAN DE IGUALDAD. V. ACCIONES POSITIVAS. VI. SITUACIONES DE TRANSITORIEDAD DE LOS DEBERES EMPRESARIALES. VII. CONTROL DE LEGALIDAD DE CONVENIOS COLECTIVOS. VIII. LA INCIDENCIA DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN EL MARCO NORMATIVO LEGAL:** a) La trascendencia de la existencia de espacios de autorregulación. b) Los Acuerdos Interconfederales sobre Negociación Colectiva. c) Las cláusulas negociales de articulación de los planes de igualdad en las empresas de más de 250 trabajadores/as en convenios de sector estatal . d) Algunas consideraciones finales.

I. LAS RAZONES DE INTERVENIR SOBRE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA PARA PROMOVER LA IGUALDAD.

Hasta la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres[3], el Derecho Colectivo del Trabajo,

[3] Siendo la intervención sobre la negociación colectiva para promover la igualdad una novedad de la LOIEMH, la bibliografía sobre la materia es aún escasa. Destacaremos los estudios de Jaime CABEZA PEREIRO / Teresa PÉREZ DEL RÍO, "Negociación colectiva como instrumento de igualdad antes y en la Ley Orgánica de igualdad efectiva", y de Jaime CABEZA PEREIRO, "Derecho colectivo y principio de igualdad", ambos dentro de la obra colectiva, que tuve la satisfacción de haber dirigido, "Ley de Igualdad y Contrato de Trabajo", Editorial Francis Lefebvre, Madrid, 2007. También los libros de Gemma FABREGAT MONFORT, "Los planes de igualdad como obligación empresarial", Editorial Bomarzo, Albacete, 2007, y de Juana María SERRANO GARCÍA, "Participación y planes de igualdad en la Ley Orgánica de Igualdad Efectiva entre Mujeres y Hombres", Editorial Bomarzo, Albacete, 2007. Y

entendido como grupo de normas reguladoras de los sujetos colectivos, las relaciones colectivas y los conflictos colectivos, se había mantenido impermeable al principio de igualdad entre mujeres y hombres, acaso en la creencia –la misma creencia, dicho sea de paso, que ha retardado la impregnación del principio de igualdad entre mujeres y hombres en amplios ámbitos del ordenamiento jurídico- de su neutralidad, olvidando tanto la dificultad de conseguir la neutralidad de la norma jurídica cuando el trabajador prototipo en la realidad laboral sigue siendo el trabajador varón –el empleo masculino es mayor y de más calidad-, como que, aunque se consiguiese la neutralidad, decir neutralidad en materia de igualdad entre mujeres y hombres, es mantener el status quo perjudicial para las mujeres.

Es verdad que el legislador ha acometido, desde la Constitución hasta la actualidad, importantes modificaciones en la legislación laboral tendentes a la efectividad del principio de igualdad entre mujeres y hombres. Sin embargo, las modificaciones nunca antes habían afectado al Título II y III del Estatuto de los Trabajadores, donde se regulan, como es sabido, la representación de los trabajadores y los convenios colectivos. Ni la Ley 3/1989, de 3 de marzo, ni la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, que han sido los dos más importantes hitos normativos en materia de igualdad en el ámbito laboral desde la Constitución y antes de la LOIEMH, contenían una sola norma en la materia de Derecho Colectivo del Trabajo.

---

los artículos de Miguel RODRÍGUEZ-PIÑERO, “La igualdad efectiva de mujeres y hombres y la Ley orgánica 3/2007”, Relaciones Laborales, Número 8, 2007, y de Ricardo ESCUDERO RODRÍGUEZ, “Planes de igualdad en la Ley Orgánica 3/2007, de igualdad efectiva entre mujeres y hombres”, Relaciones Laborales, Número 9, 2007, de Manuel PÉREZ PÉREZ / Esperanza ROALES PANIAGUA, “El deber, el derecho y la promoción de medidas y planes de igualdad en la negociación colectiva”, Temas Laborales, Número 91, 2007. Por último, los comentarios correspondientes en “Comentarios a la Ley de Igualdad”, dirigidos por José Ignacio GARCÍA NINET y coordinados por Amparo GARRIGUES GIMÉNEZ, Editorial CISS – Wolters Kluwer, Madrid, 2007, en “Comentarios laborales de la Ley de Igualdad entre Mujeres y Hombres”, coordinados por Jesús Ramón MERCADER UGUINA, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, y en “Los aspectos laborales de la Ley de Igualdad”, Ignacio ALBIOL MONTESINOS / Carlos ALFONSO MELLADO / José BLASCO LAHOZ / Luis CAMP RUÍZ / Amparo GARCÍA RUBIO / Guillermo RODRÍGUEZ PASTOR, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

La LOIEMH rompe la pasividad legal y –en lo que ahora nos interesa: la negociación colectiva- instaura un marco normativo especial para la negociación colectiva de medidas de igualdad entre mujeres y hombres diferenciado del marco normativo general para la negociación colectiva, regulando en su texto *"los planes de igualdad de las empresas y otras medidas de promoción de la igualdad"* –Capítulo III de su Título IV-, y alguna otra norma sobre fomento de la igualdad –el artículo 43- y planes de igualdad en el empleo público estatal –el artículo 64-, y modificando el Título III del ET –a través de su disposición adicional 11ª.17/19-. Un cambio importante tanto por la innovación de los contenidos –según se comprobará a lo largo de este Capítulo-, como desde una perspectiva estratégica, al demostrar que ningún ámbito jurídico debe quedar fuera de la efectiva aplicación del principio de igualdad entre mujeres y hombres.

Indagaremos a continuación en las diversas razones justificativas de la decisión legislativa, aunque algunas son bastante previsibles. Una se vincula a la importancia de la negociación colectiva en la consecución de la igualdad efectiva entre mujeres y hombres en el ámbito de las relaciones laborales, lo cual contrasta con su no muy correcta implantación, y ello no es fenómeno privativo de España. Sin duda esto ha llevado al legislador comunitario a la exigencia de obligaciones de implantación de la igualdad en la negociación colectiva a los Estados miembros, y, justamente, en las exigencias de la normativa comunitaria se encuentra otra razón justificativa de la decisión legislativa. Pero la más decisiva nace de la novedosa configuración del principio de transversalidad de la dimensión de género, que obliga a implantar la igualdad en la totalidad de los ámbitos jurídicos.

a) La importancia de la negociación colectiva en la consecución de la igualdad laboral.

Cuando se reflexiona sobre el principio de igualdad entre mujeres y hombres en relación con la negociación colectiva es lugar común, tanto en los textos normativos a todos los niveles como en los estudios doctrinales, destacar la importancia de la negociación colectiva en la consecución de la igualdad efectiva entre mujeres y hombres en las relaciones laborales, lo cual es comprensible, desde la perspectiva de efectividad del principio de igualdad entre mujeres y hombres, si consideramos las tres importantes funciones del convenio colectivo dentro de nuestras relaciones laborales.

1º. En primer lugar, el convenio colectivo cumple una función reguladora de las relaciones laborales en los espacios, cada vez mayores, que la ley deja a la negociación colectiva, y esa función reguladora serviría para implementar, a través de una adecuada regulación convencional, el principio de igualdad en las relaciones laborales, con una triple eficacia:

a) Se evitaría la aparición de cláusulas discriminatorias en los contratos de trabajo, y de conductas discriminatorias –eficacia preventiva-.

b) Se determinarían los derechos y las obligaciones de las partes, especialmente en el supuesto de existir un conflicto –eficacia ordenadora-.

c) Se facilitaría la actuación sancionadora de la empresa y de los Poderes Públicos ante conductas discriminatorias –eficacia sancionadora-.

2º. En segundo lugar, el convenio colectivo cumple una función individualizadora de las relaciones laborales, adaptando las leyes a las realidades profesionales, y esa función individualizadora serviría para acercar el principio de igualdad a las partes a través de los mandatos de igualdad del convenio colectivo –y ello aunque se limitasen a reiterar las leyes-, generando un efecto pedagógico y un doble efecto legitimador, de la negociación colectiva al implicarse en la implantación de la igualdad, y del principio de igualdad al reforzarse en el ámbito de negociación colectiva.

3º. Y, en tercer lugar, el convenio colectivo cumple una función compensadora frente a la posición de mayor poder del empresario en las

relaciones individuales de trabajo, y esa función compensadora justifica incidir sobre los poderes del empresario, bien limitando el uso de esos poderes, cuyo abuso suele ser causa de discriminaciones, bien, y aún más importante si se considera que la igualdad obliga tanto a un no hacer –prohibición de discriminar- como a un hacer –crear condiciones de igualdad real-, implicando esos poderes en la consecución de la igualdad.

Sin embargo, la importancia de la negociación colectiva en la consecución de la igualdad efectiva entre mujeres y hombres en las relaciones laborales contrasta con la no implicación de muchos convenios colectivos e incluso con la existencia de muchas discriminaciones, y en ese resultado se confabulan numerosas circunstancias: la escasa participación femenina en las mesas de negociación, la deficiente preparación de los negociadores colectivos, la relegación de la igualdad frente a los temas retributivos, o el arrastre de normas procedentes de situaciones pretéritas.

Y a poco que se escarbe en estas o en otras eventuales explicaciones, se observará como son los omnipresentes prejuicios de género los que socavan –en la negociación colectiva como en los demás ámbitos de las relaciones jurídicas y, más ampliamente, de las relaciones sociales- la consecución más plena de la igualdad real entre las mujeres y los hombres.

Además, la dispersión característica de la negociación colectiva –que otorga un poder de creación normativa de carácter difuso al no aparecer concentrado en pocos sujetos- dificulta actuar sobre esas circunstancias, incluso a los sujetos colectivos que aglutinan a empresarios/as y a trabajadores/as, a pesar del interés que, sobre la igualdad, han manifestando de manera reiterada al más alto nivel negocial, como lo demuestran los Acuerdos Interconfederales sobre Negociación Colectiva, que, desde el año 2002 y hasta el año 2007, han dedicado normas a la igualdad de los sexos.

Resumiendo, nos encontramos con una realidad que defrauda los ambiciosos cometidos que se le habían asignado a la negociación colectiva

para la consecución de la igualdad atendiendo a la idoneidad, a los efectos de alcanzar tales cometidos, de sus funciones reguladora, individualizadora y compensadora. Y además con la dificultad para resolver esa situación por los propios agentes sociales. Lo que nos conduce a la intervención legal, que ha operado, en el plano comunitario y en el plano interno, en dos líneas de actuación: el fomento de la igualdad y la sanción de la discriminación.

b) Las exigencias de la normativa comunitaria.

La Directiva 2002/73/CE, de 23 de septiembre de 2002, del Parlamento Europeo y del Consejo, de modificación de la Directiva 76/207/CEE, de 9 de febrero de 1976, 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, introdujo una norma sobre fomento de la igualdad en la negociación colectiva que, tras la refundición operada a través de la Directiva 2006/54/CE, de 5 de julio de 2006, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, se encuentra en su artículo 21, que se rubrica *"diálogo social"*.

Tal artículo obliga a los Estados miembros, siempre en el marco del derecho interno, a adoptar *"las medidas adecuadas para fomentar el diálogo social entre los interlocutores sociales a fin de promover la igualdad de trato"*, añadiendo una serie de ejemplos como *"el seguimiento de las prácticas desarrolladas en el lugar de trabajo, en materia de acceso al empleo, de formación profesional y de promoción, así como mediante el seguimiento de los convenios colectivos, los códigos de conducta, la investigación o el intercambio de experiencias y de buenas prácticas"*.

Una declaración general que se concreta en varios *"alientos"*, ya que, en todos los casos, los Estados miembros, siempre en el marco del derecho interno, *"alentarán"* –éste es el verbo usado- a distintos sujetos:

1º. *"A los interlocutores sociales, sin perjuicio de su autonomía, a promover la igualdad entre hombres y mujeres, a fomentar normativas laborales flexibles con el objetivo de facilitar la conciliación de la vida laboral y familiar, y a celebrar, en el nivel adecuado, convenios que establezcan normas antidiscriminatorias"* en los ámbitos de la Directiva.

2º. *"A los empresarios a que fomenten la igualdad de trato de hombres y mujeres de forma planificada y sistemática en el lugar de trabajo, en materia de acceso al empleo, en la formación profesional y la promoción"*, y *"a los empresarios a presentar con una periodicidad adecuada a los empleados y/o a sus representantes información adecuada sobre la igualdad de trato de hombres y mujeres en la empresa"*.

Siguiendo la misma línea de *"aliento"*, el artículo 26 de la Directiva 2006/54/CE –asimismo con antecedente en la Directiva 2002/73/CE- establece, bajo la rúbrica de *"prevención de la discriminación"*, que *"los Estados miembros, de conformidad con la legislación, los convenios colectivos o las prácticas nacionales, alentarán a los empresarios y a los responsables del acceso a la formación a adoptar medidas eficaces para prevenir todas las formas de discriminación por razón de sexo"*, añadiendo *"en particular, el acoso y el acoso sexual en el lugar de trabajo, así como en el acceso al empleo, en la formación profesional y en la promoción"*.

Nos encontramos, como se comprueba, con obligaciones dirigidas a los Estados miembros, es decir éstos están obligados a actuar en los términos fijados en la Directiva, de modo que, aunque ciertamente no sea excesivo el contenido obligatorio de los términos fijados en la Directiva –y el verbo alentar, usado en todas dichas normas, resulta ser muy ilustrativo-, los Estados miembros están obligados a acometer ese algo que se les exige.

Más incisiva se manifestaba la Directiva 2002/73/CE, y se sigue manifestando la Directiva 2006/54/CE –en su artículo 23.b)-, cuando se refiere a los productos de la autonomía colectiva, al obligar a la adopción de *"las medidas necesarias para garantizar que ... se declare o pueda declararse nula o se modifique cualquier disposición contraria al principio de igualdad de trato que figure en … convenios colectivos"*. Por lo tanto, el legislador interno deberá garantizar la nulidad o la modificación de las cláusulas discriminatorias de los convenios colectivos, tratándose de una obligación con un contenido preciso y no una mera admonición jurídica.

c) La implantación del principio de transversalidad.

Aunque la importancia de la negociación colectiva en la consecución de la igualdad laboral, unido a la existencia de carencias negociales, y las exigencias de la normativa comunitaria, son causas más que suficientes para justificar la intervención de la LOIEMH en el Derecho Colectivo del Trabajo, lo que probablemente ha sido más decisivo –o cuando menos así es como se explica en su Exposición de Motivos- para justificar esa intervención legislativa es la moderna concepción de la igualdad derivada del principio de transversalidad de la dimensión de género –o de la igualdad de oportunidades, como parecen preferir los textos normativos-.

La dimensión transversal de la igualdad se reconoce *"como principio fundamental"* de la LOIEMH, como se dice en su Exposición de Motivos, e *"implica necesariamente una proyección del principio de igualdad sobre los diversos ámbitos del ordenamiento de la realidad social, cultural y artística en que pueda generarse o perpetuarse la desigualdad"*. No puede existir, en consecuencia, ningún ámbito jurídico ni ningún sujeto ajeno al principio de igualdad –universalidad objetiva y subjetiva de la igualdad-.

Tal proyección no sólo abarca, como se deduce de la lectura de la Exposición de Motivos, a los Poderes Públicos –aunque es verdad que, con relación a éstos, es donde está más elaborado el principio de transversalidad-, porque *"el logro de la igualdad real y efectiva en nuestra sociedad requiere … también de su promoción decidida en la órbita de las relaciones entre particulares"*. Y con *"especial atención … a la corrección de la desigualdad en el ámbito especial de las relaciones laborales"*.

Dentro de ese contexto se expone la pretensión legislativa de *"promover la adopción de medidas concretas a favor de la igualdad en las empresas, situándolas en el marco de la negociación colectiva, para que sean las partes libre y responsablemente, las que acuerden su contenido"*. Por lo tanto, el legislador contempla la promoción de la igualdad en las empresas a través de la negociación colectiva como una consecuencia derivada del *"principio fundamental"* de transversalidad de la igualdad.

Una lectura general de la LOIEMH –y, en particular, de los artículos 43 y 45 a 49, constitutivos estos últimos del Capítulo III del Título IV sobre *"los planes de igualdad de las empresas y otras medidas de promoción de la igualdad"*, y de la disposición adicional 11ª.15/19, que es donde se desarrolla la regulación legal de la igualdad en la negociación colectiva- nos permite comprobar como, en consonancia con las explicaciones ofrecidas en la Exposición de Motivos, las características esenciales del principio de transversalidad de la dimensión de género operan como inspiradores de la regulación de la igualdad en la negociación colectiva:

1º. En primer lugar, porque se imponen al empresario una serie de deberes de igualdad en consonancia con la universalidad subjetiva de la igualdad especialmente potenciada desde la óptica de la transversalidad.

2º. En segundo lugar, porque esos deberes son deberes de hacer tendentes a la creación de condiciones de igualdad, separándose de la concepción de la prohibición de discriminación como un mero no hacer.

3º. En tercer lugar, porque el más típico de esos deberes legales, que es la implantación de planes de igualdad en algunas empresas, se construye sobre una técnica propia de la transversalidad, que es la de la planificación.

4º. Y en cuarto lugar, porque la imposición de los deberes de igualdad se completa con una habilitación de la acción positiva siguiendo la estrategia conocida como estrategia dual transversalidad / acción positiva.

Obligaciones dirigidas a las empresas atributivas de una posición de garante de la igualdad en la empresa, lo cual no es ilógico tanto porque es compensación de los poderes exorbitantes reconocidos a las empresas –el poder de dirección, el ius variandi o el poder disciplinario, derivados de la libertad de empresa, artículo 38 de la Constitución-, como porque nada impide condicionar la acción de la empresa a otro mandato constitucional como el principio de igualdad –artículos 1.1, 9.2 y 14 de la Constitución-.

No sólo es coherente con el principio de transversalidad de la dimensión de género y no es ilógico desde la perspectiva constitucional atribuir a la empresa una posición de garante de la igualdad en la empresa, sino que, además, es una opción legislativa cada vez más implantada, con mayor o menor contenido obligacional, en los países de nuestro entorno[4], y que se corresponde con las declaraciones acerca del principio de transversalidad recogidas en los textos normativos de la Unión Europea.

[4] Sin otro ánimo más allá de ofrecer algunas pinceladas comparadas, se comprueba la existencia de diversos modelos de mayor o menor contenido obligacional en cuanto a la posición empresarial de garante. En algunos países la obligación se dirige a la elaboración de planes de igualdad de contenido mínimo en empresas de más de 10 trabajadores –desde 1991 en Suecia-, o la inserción de medidas de igualdad en el plan anual de protección social en empresas de más de 250 trabajadores/as –desde 1995 en Finlandia-. En otros la obligación se dirige a la adopción de medidas de igualdad en cualquier empresa, aunque no obligando a hacer un plan –desde 2003 en Noruega-. En otros la obligación no es de adoptar sino de negociar medidas de igualdad en los convenios colectivos y en los acuerdos marco –desde 2004 en Luxemburgo-. Y en otros se facilita la negociación colectiva a través de la imposición de una obligación a las empresas de más de 50 trabajadores/as, o cuando así se haya pactado en el sector, de elaborar –con sanción penal- un informe anual sobre las condiciones de trabajo, que se deberá comunicar a la representación legal de los/as trabajadores/as y a la Inspección de Trabajo –desde 2001 en Francia-. Los datos se han tomado –salvo, como se deduce de su posterior fecha, los datos de Luxemburgo- del estudio “Gender equality plans at the workplace” del European Industrial Relations Observatory, 2004.

II. EL DEBER DE ADOPTAR Y EL DEBER DE NEGOCIAR MEDIDAS DE IGUALDAD.

Los deberes de adoptar y de negociar medidas de igualdad se erigen en la piedra angular de los mecanismos legales de implicación de la negociación colectiva en la efectividad del principio de igualdad. Al efecto, el artículo 45.1 de la LOIEMH –que es la norma cabecera del Capítulo III del Título IV de la LOIEMH- dice que *"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"*.

Y el Estatuto de los Trabajadores –que se modifica al efecto por la disposición adicional 11ª.17 de la LOIEMH- dice, en su artículo 85.1.II, que *"sin perjuicio de la libertad de las partes para determinar el contenido de los convenios colectivos, en la negociación de los mismos existirá, en todo caso, el deber de negociar medidas dirigidas a promover la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el ámbito laboral o, en su caso, planes de igualdad con el alcance y contenido previsto en el Capítulo III del Título IV de la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres"*. Una curiosa remisión normativa de ida y de vuelta que, en el camino de ida y de vuelta, deja, sin embargo, cosas por resolver.

a) Contenido legal del deber de negociar medidas de igualdad.

La cuestión interpretativa inicial en el examen del artículo 45.1 de la LOEIMH y del artículo 85.1.II del ET es el contenido del nuevo deber de

negociar cláusulas de igualdad[5]. Al efecto de la indagación, es necesario recordar que el apartado 1 del artículo 85 del ET contiene, después de la LOIEMH, dos párrafos, el II, que es el analizado, y el I, donde se establece, dentro del respeto a las leyes, la libertad de contenidos con una enumeración general de posibles contenidos –condiciones de empleo y relaciones colectivas-, y con una alusión expresa a los procedimientos de solución de discrepancias surgidas en determinados periodos de consultas. Por su lado, el apartado 3 del artículo 85 del ET determina el contenido mínimo del convenio colectivo –identificación de las partes negociadoras, ámbitos, cláusulas de descuelgue salarial, vigencia y comisión paritaria-.

Partiendo del expuesto contexto normativo, el párrafo II del apartado 1 del artículo 85 del ET es una norma de contenido diferente a las demás recogidas en ese artículo 85 del ET. De entrada, se nos presenta, literal, lógica y sistemáticamente, como una excepción a la libertad de contenidos establecida en el párrafo I del apartado 1 del artículo 85 del ET, no como una mera posibilidad que se quiera fomentar –como ocurre con los procedimientos de solución de discrepancias surgidas en determinados periodos de consultas a que expresamente se alude con fin de fomento en el artículo 85.1.I del ET-. Aunque es una excepción que no llega a tener el alcance de contenido mínimo como el del apartado 3 del artículo 85 del ET.

De este modo, si las medidas de igualdad no son contenido mínimo del convenio colectivo, ni lo es siquiera expresar el intento de negociación y las razones del fracaso negocial, debemos concluir que el deber de negociar medidas de igualdad no se traduce en un deber de acordar medidas de igualdad, y la expresión *"medidas que deberán negociar, y en*

[5] Seguimos sustancialmente –sin perjuicio de algún aporte concreto- el desarrollo realizado en cuanto al contenido del deber de negociar medidas de igualdad por Jaime CABEZA PEREIRO en "Derecho …", obra citada, páginas 162 a 167. Otros/as autores/as, siguiendo otra línea interpretativa, consideran que el deber de negociar medidas de igualdad se traduce en un nuevo contenido mínimo del convenio colectivo, y si como tal no se ha recogido en el apartado 3 del artículo 85 del ET ha sido más para evitar denuncias de intervencionismo que por razones de técnica jurídica. Véase Manuel PÉREZ PÉREZ / Esperanza ROALES PANIAGUA, "El deber …", obra citada, páginas 300 a 305, y, en especial, páginas 303 y 304.

su caso acordar" utilizada en el artículo 45.1 de la LOIEMH nos sitúa claramente en tal línea interpretativa. Pero si ese deber es algo más que fomentar una posibilidad porque sino no sería una excepción de la libertad de negociar, asimismo debemos concluir que esa libertad de negociación está afectada, y lo está en cuanto al aspecto negativo, o libertad de no negociar, que existía antes de la LOIEMH, y que ahora ha desaparecido.

En consecuencia, es un deber de negociar medidas de igualdad de una especial tipicidad, diferente a cualquier otro y, en particular, al deber genérico de negociar del artículo 89.1 del ET, donde se dice que *"ambas partes estarán obligadas a negociar bajo el principio de la buena fe"*. Resulta necesario, para acabar de perfilar el contenido legal del deber de negociar medidas de igualdad, determinar cuáles son las diferencias con ese deber genérico de negociar[6], habiendo la doctrina apuntado las siguientes:

a) El deber general de negociar se refiere a aquellas materias determinadas en la comunicación aludida en el artículo 89.1 del ET. Por el contrario, no parece necesario incluir en esa comunicación las medidas de igualdad, de modo que se puede exigir que entren en negociación en cualquier momento de la negociación del convenio colectivo estatutario.

b) Queda enervado el deber general de negociar, según el artículo 89.1 del ET, cuando no se trate de revisar un convenio ya vencido. Sin embargo, el deber especial de negociar medidas de igualdad en el ámbito de la empresa debemos entender que pervive aunque exista un convenio colectivo sectorial vigente –en analogía con el artículo 85.2.II.b) del ET-.

c) Aunque los acuerdos interprofesionales y los convenios colectivos a los cuales se refiere el artículo 83.2 del ET pueden excluir materias de la

---

[6] Sin ocultar esas diferencias la existencia de trascendentes semejanzas, como la de que ambos deberes obligan a negociar de buena fe, un aspecto en el cual incide Patricia NIETO ROJAS, afirmando que *"se entenderá que se ha adoptado por parte de la empresa una actitud dialogante si no se limita a lanzar una propuesta inflexible y está dispuesta a introducir ciertos cambios en la misma, a ofrecer explicaciones sobre su postura o a mantener el proceso abierto durante un plazo razonable de tiempo"*, en los "Comentarios …" coordinados por Jesús Ramón MERCADER UGUINA, obra citada, páginas 409 y 410.

negociación en ámbitos inferiores, las medidas de igualdad no pueden ser excluidas a través de ese mecanismo porque en el artículo 85.1 del ET se impone imperativamente el deber de negociar las medidas de igualdad.

d) Frente a la débil coercibilidad del deber general de negociar –una acción en proceso de conflicto colectivo para declarar el incumplimiento y condena a estar a lo declarado-, el incumplimiento del deber de negociar medidas de igualdad podría habilitar para una acción de tutela por vulneración del derecho a la no discriminación entre mujeres y hombres.

Obsérvese, sin embargo, que, a diferencia del deber de implantar planes de igualdad, el deber de negociar medidas de igualdad no encuentra una infracción administrativa específica en la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social –disposición adicional 14ª de la LOIEMH-. Por lo tanto, su incumplimiento no opera autónomamente, sino como refuerzo del incumplimiento de las infracciones del principio genérico de igualdad.

Se trata, dicho en conclusión, de un proceso de reubicación de las medidas de igualdad dentro de la dinámica de la negociación colectiva, habiendo transitado desde la periferia hasta su centro neurálgico, y habiéndose convertido en un contenido privilegiado, cuya ausencia en el producto negocial sería incluso sospechoso de encubrir discriminaciones por razón de sexo, facilitando el ejercicio de las oportunas reclamaciones.

b) Sobre las relaciones entre el deber de negociar y el deber de adoptar medidas de igualdad.

Mientras en el artículo 85.1, ni en ningún otro del ET, se alude expresamente al deber de adoptar medidas de igualdad, acaso al estar sobreentendido en el derecho de los/as trabajadores/as a no ser discriminados/as –artículo 4.2.c) del ET- y en las declaraciones generales

sobre no discriminación en las relaciones laborales –artículo 17 del ET-, el artículo 45.1 de la LOIEMH sí alude expresamente al deber de adoptar *"medidas dirigidas a evitar cualquier tipo de discriminación laboral entre mujeres y hombres"* como fundamento del deber de negociar esas medidas.

Sin embargo, el deber de adoptar medidas de igualdad y el deber de negociar medidas de igualdad, aparentemente correlativos en la literalidad de la norma, no se mueven exactamente dentro de una misma dinámica. El deber de adoptar medidas de igualdad, que se justifica en la posición empresarial de garante de la igualdad en la empresa, se mueve en el ámbito empresarial. Pero el deber de negociar medidas de igualdad, que se justifica en la idoneidad del convenio colectivo en la tutela de la igualdad, se mueve en un ámbito compartido con la representación de los/as trabajadores/as.

Ningún problema surge cuando el deber de negociar culmina en un acuerdo que permite entender cumplido el de adoptar medidas de igualdad. El problema surge cuando fracasa en todo o en parte el deber de negociar. Si consideramos –como creemos se debe de considerar- que el deber de adoptar medidas de igualdad es más amplio que el deber de negociar medidas, debemos concluir que el empresario debe adoptar medidas de igualdad cuando no se han adoptado a través de la negociación colectiva, y eso nos obliga a determinar de qué medidas de igualdad estamos hablando.

Parece evidente –si le queremos dar sentido a la norma legal- que no estamos hablando de medidas de igualdad con carácter genérico porque, si entendiéramos satisfecho el deber de adoptar medidas de igualdad establecido en el artículo 45.1 de la LOIEMH con la adopción de cualquier medida de igualdad, resultaría inútil, salvo el caso, totalmente patológico, de empresa salvaje sin ninguna medida de igualdad adoptada e incumplidora de las normas sobre no discriminación, aunque, para ese caso, ni sería necesaria una nueva norma como el artículo 45.1 de la LOIEMH.

El deber de adoptar medidas de igualdad se entiende referido a una medida concreta, y no a cualquier medida, naciendo ese deber cuando, por cualquier circunstancia –por ejemplo, un estudio diagnóstico de un parámetro de igualdad, una queja sindical o de algún/a trabajador/a, o una actuación judicial o administrativa-, se hubiese constatado o, cuando menos, se hubiese sospechado una situación de desigualdad. Frente a esa circunstancia, el artículo 45.1 de la LOIEMH nos conduce inicialmente a la negociación colectiva estatutaria en los términos del artículo 85.1.II del ET.

Ahora bien, si la negociación colectiva estatutaria, después de intentada, hubiese fracasado, quedará al descubierto el deber de adoptar medidas de igualdad[7], aunque su alcance no será el mismo si la situación de desigualdad resulta, en términos legales, una discriminación, en cuyo caso la empresa la deberá remediar, o no, situándose el deber en el ámbito de las medidas de igualdad de oportunidades o de las acciones positivas, en cuyo caso la empresa, o la remediará atendiendo a su responsabilidad social o, si mediaren ayudas públicas, en la medida en que éstas dependan del remedio.

Hechas estas apreciaciones, estamos en condiciones de resolver un par de cuestiones adicionales. La primera es la relativa a la coercibilidad del deber de adoptar medidas de igualdad, que no genera, como ocurría con el deber de negociar, un incumplimiento autónomo, sino un refuerzo del incumplimiento del principio genérico de igualdad, de modo que, si la ausencia de medidas de igualdad en el producto negocial sería sospechoso de encubrir discriminaciones, esa sospecha se incrementará cuando se sume el incumplimiento del deber empresarial de adoptar medidas de igualdad.

[7] No es asumible la interpretación de que, habiendo fracasado el deber de negociar, desaparece toda obligación empresarial, porque, como sensatamente ha razonado Juana María SERRANO GARCÍA, *"se estaría concediendo al empresario un derecho de veto"*, "Participación …", obra citada, página 78.

Otra cuestión adicional es la relativa al protagonismo de la negociación colectiva extraestatutaria. A nuestro juicio, el mandato contenido en el artículo 45.1 de la LOIEMH nos conduce inicialmente a la negociación colectiva estatutaria en los términos del artículo 85.1.II del ET[8]. No podría la empresa acudir directamente a la negociación colectiva extraestatutaria, pero nada impide que lo haga si aquélla fracasa y quedase al descubierto el deber de adoptar medidas de igualdad porque si la medida puede no ser negociada, puede ser negociada de una forma extraestatutaria.

III. PLANES DE IGUALDAD OBLIGATORIOS Y PLANES DE IGUALDAD VOLUNTARIOS.

Con la inicial advertencia de una utilización convencional de las expresiones planes obligatorios y planes voluntarios, sin perjuicio de lo que se dirá en cada supuesto sobre su alcance jurídico exacto, el artículo 45.2 a 5 de la LOIEMH desgrana los diversos supuestos de hecho de los planes obligatorios –aunque se olvida del ámbito del empleo público estatal, que se regula en el artículo 64 de la LOIEMH- y de los planes voluntarios, y se completa dicha regulación con el artículo 85.2.II del ET, en la redacción dada por la disposición adicional 11.18ª de la LOIEMH, pudiéndose concluir, a la vista de esas normas legales, la existencia de cinco supuestos:

a) Obligatoriedad en empresas de más de 250 trabajadores/as.

[8] En sentido semejante, Sara RUANA ALBERTOS / Aránzazu VICENTE PALACIO, solución que, frente a la posibilidad de admitir el convenio colectivo extraestatutario, es *"bastante más plausible por motivos de razonabilidad y pragmatismo"*, y añadiendo además que *"no hay que perder de vista que las medidas que deben acordarse son medidas que integran la perspectiva de género en las condiciones de trabajo y en tanto éstas son objeto de negociación, lógicamente dicha transversalización tiene que tener lugar en la negociación colectiva de esas medidas"*, en los "Comentarios …" dirigidos por José Ignacio GARCÍA NINET y que coordina Amparo GARRIGUES GIMÉNEZ, obra citada, páginas 356 y 357.

Según establece el apartado 2 del artículo 45 de la LOIEMH, *"en el caso de las empresas de más de doscientos cincuenta trabajadores, las medidas de igualdad a que se refiere el apartado anterior deberán dirigirse a la elaboración y aplicación de un plan de igualdad con el alcance y contenido establecidos en este Capítulo, que deberá ser asimismo objeto de negociación en la forma que se determine en la legislación laboral"* De este modo, el deber de implantar planes de igualdad se configura como una modulación del deber de adoptar medidas de igualdad, y el deber de negociar planes de igualdad es paralelo al deber de negociar medidas de igualdad –ambos en el apartado 1 del artículo 45-.

La literalidad de la norma nos conduce a dos precisiones inmediatas. Una primera es la de ser la empresa, y no el centro de trabajo –como ocurre en materia de representación unitaria de los/as trabajadores/as-, la unidad de cómputo del número de trabajadores/as. Y la segunda es la inclusión de la totalidad de los/as trabajadores/as, estén incluidos en un mismo convenio colectivo, o en varios convenios colectivos dentro de la empresa, e incluso excluidos/as de todo convenio colectivo, como ocurre con los altos cargos.

Con el establecimiento del número de *"más de doscientos cincuenta trabajadores"*, se plantean los consiguientes problemas de cómputo. La doctrina científica más atinada[9] se ha inclinado por computar todos los contratos de trabajo, sean indefinidos sean temporales, sean a jornada completa o sean a jornada parcial. ¿Qué ocurre en los casos en que el

[9] Jaime CABEZA PEREIRO, quien destaca la ausencia de reglas específicas, "Derecho colectivo …", obra citada, página 170. En "La LOIEMH. Los planes de igualdad y la negociación colectiva", presentado en el Curso "Políticas de género" dirigido por María ELÓSEGUI ITXASO, Plan de Formación Estatal 2007 del Consejo General del Poder Judicial, Jaime CABEZA PEREIRO añade que *"no parece que deban aplicarse las normas relativas al cómputo de plantilla a los efectos de las elecciones sindicales del artículo 72 ET y preceptos concordantes, puesto que su lógica obedece a propósito totalmente distinto"*. Opinión contraria la manifiesta Patricia NIETO ROJAS, para quien, ante el problema de la fluctuación de la plantilla a lo largo del año en empresas con trabajadores temporales o fijos discontinuos, *"una alternativa posible sería la utilización de los criterios previstos para las elecciones a órganos de representación de los trabajadores en la empresa, contenidas en el artículo 72.2 ET y en el artículo 9.4 RD 1844/1994, de 9 de septiembre, por el que se aprueba el reglamento de elecciones"*, en los "Comentarios …" coordinados por Jesús Ramón MERCADER UGUINA, obra citada, páginas 400 y 401.

número fluctúa a lo largo de un periodo temporal significativo, como el de un año?. Parece razonable concluir la obligatoriedad del plan de igualdad[10].

Remata la norma legal afirmando que el plan de igualdad *"deberá ser asimismo objeto de negociación en la forma que se determine en la legislación laboral"*. Y el artículo 85.2.II del ET –en la redacción dada en disposición adicional 11ª.18 de la LOIEMH- establece que, *"sin perjuicio de la libertad de contratación que se reconoce a las partes, a través de la negociación colectiva se articulará el deber de negociar planes de igualdad en las empresas de más de doscientos cincuenta trabajadores de la siguiente forma"* –obsérvese se trata de un deber de negociar, no de un deber de acordar, y de ahí el inciso inicial *"sin perjuicio de la libertad"*-:

a) *"En los convenios colectivos de ámbito empresarial, el deber de negociar se formalizará en el marco de la negociación de dichos convenios"*. Aparentan excluidos los convenios de ámbito inferior a la empresa, lo cual se compadece con el ámbito empresarial que, de acuerdo con el artículo 46.3 de la LOIEMH, ostenta el plan de igualdad en las empresas de más de 250 trabajadores. Por lo demás, la referencia a *"el marco de la negociación"* nos permite admitir tanto la inclusión del plan de igualdad en el texto del convenio colectivo como la adopción de otras fórmulas siempre dentro del marco de la negociación colectiva estatutaria.

b) *"En los convenios colectivos de ámbito superior a la empresa, el deber de negociar se formalizará a través de la negociación colectiva que se desarrolle en la empresa en los términos y condiciones que se hubieran establecido en los indicados convenios para cumplimentar dicho deber de negociar a través de las oportunas reglas de complementariedad"*. Tal

[10] Gemma FABREGAT MONFORT, quien razona, con razonamientos que son compartibles, que *"un plan de igualdad a temporadas genera una inseguridad jurídica que no me parece defendible, o al menos no me lo parece si no se trata de variaciones cuantitativas de plantilla con efectos tan dilatados en el tiempo que sí puedan justificarlo"*, y que *"menos aún me parece que pueda defenderse el permitir que no se adopte el plan de igualdad en los momentos en los que sí se alcance el número de 250 trabajadores, por ser éstos residuales en la cotidianeidad de la empresa"*, "Los planes …", obra citada, página 24.

habilitación legal para el establecimiento de las oportunas reglas de complementariedad, entendemos incluye la posibilidad de que el convenio colectivo supraempresarial contenga normas sobre materias concretas, aunque nunca tantas como para sustituir el ámbito negocial de la empresa.

A la vista de la norma, es posible alcanzar un acuerdo de empresa estando vigente un convenio superior. Tal conclusión nos conduce a la cuestión de la forma de ese acuerdo de empresa, que, si consideramos el paralelismo existente entre el deber de negociar medidas de igualdad y el deber de negociar planes de igualdad, se debería formalizar a través de la normativa estatutaria. Desde esta óptica, el artículo 85.2.II.b) del ET aparenta una excepción a la prohibición de concurrencia de convenios recogida en el artículo 84.1 del ET. Pero no lo es realmente, y ello se confirma a la vista de la sede legal –en el artículo 85 y no en el 84 del ET-.

No lo es realmente porque, si estuviésemos ante una prohibición de concurrencia, no sólo el convenio de ámbito supraempresarial impediría el acuerdo de empresa sino que, además, el acuerdo de empresa impediría la entrada del contenido del convenio supraempresarial, y no es así sino todo lo contrario en cuanto el artículo 85.2.II.b) del ET realiza un llamamiento al convenio colectivo supraempresarial para la articulación de la negociación colectiva. Desde esta otra óptica, el artículo 85.2.II.b) del ET aplica mecanismos ya conocidos sobre la articulación de la negociación colectiva –vg. artículo 83.2 del ET-, aunque en otro contexto y con otra regulación.

Incluso sería factible –y sin duda deseable- que los acuerdos en la cumbre del artículo 83.2 y 3 del ET asumieran desde el vértice –estatal o autónomico- de la negociación colectiva una articulación escalonada y los contenidos materiales mínimos de cada nivel de la negociación colectiva, estableciendo contenidos orientativos o vinculantes de los planes de igualdad. Tal articulación facilitaría su negociación al generar una dinámica de negociación diferente al resto de las materias negociables –y

probablemente menos conflictiva, al distribuir los contenidos en niveles negociales y al separar la igualdad del resto de las materias negociables-.

¿Qué ocurre si se incumple el deber de negociar el plan de igualdad?. A diferencia de lo que ocurría con el deber de negociar medidas de igualdad, el deber de negociar el plan de igualdad sí encuentra una infracción administrativa específica en la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social –disposición adicional 14ª de la LOIEMH-, a saber, y como infracción grave, *"no cumplir las obligaciones que en materia de planes de igualdad (establece) el Estatuto de los Trabajadores"* –artículo 7.13º de la LISOS-. Un incumplimiento que no sólo abarca la negativa a negociar por parte de la empresa, sino además el no negociar de buena fe.

¿Qué ocurre si, a pesar de negociar de buena fe, no se alcanza acuerdo sobre el plan de igualdad o, cuando menos, no se alcanza acuerdo sobre el modo de dirimir el desacuerdo?. Si el deber de negociar el plan de igualdad se configura como una modulación del deber de negociar medidas de igualdad, y éste no obligaba a llegar a un acuerdo, la conclusión evidente es que aquél tampoco, y la letra del artículo 85.2.II del ET es aún más clara al respecto de no obligar al acuerdo que la del 45.2 de la LOIEMH, porque (1) se refiere al *"deber de negociar"*, y no de acordar, y (2) se encabeza con el inciso *"sin perjuicio de la libertad de contratación"*.

Habiendo fracasado del deber de negociar planes de igualdad, como ocurría al fracasar el deber de negociar medidas de igualdad, quedará al descubierto el deber de adoptar medidas de igualdad, en este caso con las modulaciones –implantación de un plan de igualdad- que el artículo 45.2 de la LOIEMH ha ligado al tamaño de la empresa, y que suponen una mayor concreción de la posición empresarial como garante de la igualdad. Por ello, una empresa de más de 250 trabajadores sin un plan de igualdad es presumiblemente una empresa con incumplimientos de la igualdad, lo cual

debiera vedarle el acceso a los beneficios que se establezcan en desarrollo de la LOIEMH –salvo acaso los dirigidos a implantar el plan de igualdad-.

b) Obligatoriedad impuesta en convenio colectivo.

Según establece el apartado 3 del artículo 45 de la LOIEMH, *"sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado anterior, las empresas deberán elaborar y aplicar un plan de igualdad cuando así se establezca en el convenio colectivo que sea aplicable, en los términos previstos en el mismo"*. Aquí el plan de igualdad no necesariamente será *"con el alcance y contenido establecidos en este capítulo"* –como se afirma en el artículo 45.2 de la LOIEMH-. No obstante, si se establece una obligación convencional, a primera impresión lo más probable es que haga remisión a la regulación legal en cuanto al alcance y al contenido del plan de igualdad.

Obsérvese, de entrada, que se habla de *"convenio colectivo que sea aplicable"*, de donde tanto el deber empresarial de implantar un plan de igualdad se podría imponer en convenio empresarial o supraempresarial. Incluso sería factible –aunque chocaría con la vocación de generalidad del plan de igualdad- en un convenio infraempresarial en cuanto la obligatoriedad impuesta en convenio colectivo no implica necesariamente asumir el postulado de ámbito empresarial del artículo 46.3 de la LOIEMH.

¿Se podría establecer esta obligación en un convenio colectivo extraestatutario?. La solución negativa encuentra fundamento en la contradicción existente entre la vocación de generalidad del plan de igualdad y la eficacia limitada del convenio colectivo extraestatutario[11]. Ahora bien, si el empresario puede adoptar voluntariamente un plan de

[11] Sobre la cuestión relativa al convenio extraestatutario, expresando diversas argumentaciones, Sara RUANA ALBERTOS / Aránzazu VICENTE PALACIO en "Comentarios …" dirigidos por José Ignacio GARCÍA NINET y que coordina Amparo GARRIGUES GIMÉNEZ, obra citada, páginas 362 a 364.

igualdad –artículo 45.5 de la LOIEMH-, es perfectamente razonable concluir que, en un convenio colectivo extraestatutario, se le puede obligar.

De entre los diferentes convenios habilitados –supraempresarial, empresarial o infraempresarial, y extraestatutario-, la que probablemente generará mayores dificultades será la del convenio supraempresarial porque no es la propia empresa, obligada a implantar el plan de igualdad, quien lo negocia, sino las asociaciones empresariales. Aún reconociendo esas circunstancias, son factibles cláusulas en convenios supraempresariales:

- Estableciendo un contenido mínimo del plan de igualdad, aunque no sería deseable un contenido estándar aplicable de modo indiscriminado.

- Obligando a negociar un plan de igualdad en términos más flexibles a la LOIEMH, por ejemplo, no referido a todos los parámetros de igualdad.

- Reduciendo el umbral legal de 250 trabajadores/as establecido para el deber de negociar un plan de igualdad en los términos de la LOIEMH.

- Acordando la posibilidad de acudir a un mecanismo extrajudicial para resolver las discrepancias en la negociación de un plan de igualdad.

- Imponiendo a la empresa adoptar unilateralmente un plan de igualdad en el caso de fracasar el deber de negociar el plan de igualdad.

c) Conmutación de sanciones administrativas accesorias.

Según establece el apartado 4 del artículo 45 de la LOIEMH, *"las empresas también elaborarán y aplicarán un plan de igualdad, previa negociación o consulta, en su caso, con la representación legal de los trabajadores y trabajadoras, cuando la autoridad laboral hubiera acordado en un procedimiento sancionador la sustitución de las sanciones accesorias por la elaboración y aplicación de dicho plan, en los términos que se fijen en el indicado acuerdo"*. Norma desarrollada en el artículo 46

bis de la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social –en la redacción que a esa norma se le da en la disposición adicional 14ª.4 de la LOIEMH-.

Una lectura comparativa de ambas normas delata la ausencia de alusión, en el nuevo artículo 46 bis de la LISOS, a cualquier forma de negociación, lo cual contrasta con el artículo 45.4 de la LOIEMH, donde se alude a *"(una) previa negociación o consulta, en su caso, con la representación legal de los trabajadores y trabajadoras"*. A la descordinación entre ambas normas se añade la ambivalencia del inciso *"en su caso"*, que tanto puede hacer pensar que se negocia o se consulta en su caso pero no siempre, o que se consulta en el caso de que no se negocie, sin aclarar, además, cuando se debe negociar y cuando se debe consultar.

Por otro lado, la referencia a *"un plan de igualdad en la empresa"* acaso no se debiera entender como un plan relativo a todos los parámetros de igualdad, lo cual sería tan exagerado en algún caso que probablemente retrajese las solicitudes de conmutar las sanciones accesorias. Acaso menos ambicioso, pero acaso más efectivo, sería, en eses determinados supuestos, limitar la planificación a una mejora de los parámetros de igualdad en el ámbito del incumplimiento administrativo de que se trate –por ejemplo, en el ámbito retributivo si la sanción obedeció a una discriminación salarial-.

Habremos de esperar, para resolver esas y otras cuestiones, al desarrollo reglamentario al cual vincula su efectividad el artículo 46 bis.2 de la LISOS, lo cual no deja de ser criticable tanto porque la norma contiene –y si no los contiene los podría contener- todos los elementos necesarios para ser autoejecutiva sin necesidad de desarrollo reglamentario, como porque esa vinculación al desarrollo reglamentario contrasta con la automaticidad, sin necesidad de ningún desarrollo reglamentario, con la cual se imponen en el artículo 46 bis.1 LISOS las sanciones accesorias conmutables por planes de igualdad según el artículo 46 bis.2 de la LISOS.

De todos modos, la LOIEMH establece, si se incumple el plan de igualdad sustitutorio, (1) la ineficacia de la sustitución de las sanciones accesorias –artículo 46 bis.2 de la LISOS-, y (2) la infracción administrativa muy grave –artículo 8.17º de la LISOS en la redacción de la disposición adicional 14ª.2 de la LOIEMH- de *"no elaborar o no aplicar el plan de igualdad, o hacerlo incumpliendo manifiestamente los términos previstos, cuando la obligación de realizar dicho plan responda a lo establecido en el apartado 2 del artículo 46 bis de esta Ley"*. Haremos dos precisiones de trascendencia sobre tal infracción administrativa muy grave:

- Una primera en orden a la expresión *"incumpliendo manifiestamente"*, dejando impunes incumplimientos no manifiestos. Quizás la clave de esa impunidad está en considerar que el incumplimiento es manifiesto cuando supone una discriminación sexista y no lo es –y entonces sería lógica dicha impunidad- cuando se incumplen los términos en aspectos que no determinan la existencia de una discriminación sexista –y sin perjuicio de poder constituir alguna otra infracción administrativa-.

- Otra segunda en orden a si procede o si no procede la apreciación de reincidencia en la infracción administrativa por incumplimiento del plan de igualdad sustitutorio en relación con la infracción administrativa en materia de igualdad causante de la sanción administrativa conmutada a través del plan de igualdad sustitutorio, lo cual dependerá de si se consideran como infracciones del mismo tipo y calificación, aunque la apreciación de reincidencia parece exagerada a la vista del non bis in idem.

d) Obligatoriedad en el empleo público estatal.

Aunque ni siquiera se alude en el artículo 45 de la LOIEMH, existe otro supuesto donde es obligatorio el plan de igualdad, y es el ámbito del empleo público estatal, ya que, como establece el artículo 64 de la

LOIEMH, *"el Gobierno aprobará, al inicio de cada legislatura, un Plan para la Igualdad entre mujeres y hombres en la Administración General del Estado y en los organismos públicos vinculados o dependientes de ella"*, añadiéndose que *"el Plan establecerá los objetivos a alcanzar en materia de promoción de la igualdad de trato y oportunidades en el empleo público, así como las estrategias o medidas a adoptar para su consecución"*, y que *"el Plan será objeto de negociación, y en su caso acuerdo, con la representación legal de los empleados públicos en la forma que se determine en la legislación sobre negociación colectiva en la Administración Pública y su cumplimiento será evaluado anualmente por el Consejo de Ministros"*. Obsérvese que, en estos casos, el plan de igualdad es general, y no referido a cada administración u organismo público, lo que contrasta con la particularidad que de los planes se predica.

De manera semejante a la Administración General del Estado, es algo perfectamente posible, completamente deseable y, además, algunas ya lo han asumido, que otras Administraciones Públicas asumieran la obligación de planes de igualdad respecto a sus empleados/as público/as.

e) Planes de igualdad voluntarios.

Según establece el apartado 5 del artículo 45 de la LOIEMH, *"la elaboración e implantación de planes de igualdad será voluntaria para las demás empresas, previa consulta a la representación legal de los trabajadores y trabajadoras"*. Llamativo es que, para la adopción de medidas de igualdad, sea obligatorio negociar, mientras que, para la adopción de planes de igualdad, baste consultar, sobre todo si se considera que la elaboración e implantación de planes de igualdad es una posibilidad

sustitutiva del deber de adoptar medidas de igualdad[12]. Aunque acaso lo más conveniente, a los efectos de implicar a la representación de los/as trabajadores/as, sería el negociar. En todo caso, la consulta es obligatoria, determinando su falta la nulidad del plan, aunque el informe emitido por la representación de trabajadores/as no resulta vinculante para el empresario.

Y el artículo 49 de la LOIEMH, sobre *"apoyo para la implantación voluntaria de planes de igualdad"*, dice que, *"para impulsar la adopción voluntaria de planes de igualdad, el Gobierno establecerá medidas de fomento, especialmente dirigidas a las pequeñas y las medianas empresas, que incluirán el apoyo técnico necesario"*. Medidas de apoyo a concretar reglamentariamente, y pudiendo consistir en beneficios en la contratación con las Administraciones Públicas –artículos 33 y 34 de la LOIEMH-, en subvenciones públicas –artículo 35-, o en la obtención del novedoso distintivo empresarial en materia de igualdad –artículo 50 de la LOIEMH-.

IV. RASGOS DEFINITORIOS DEL PLAN DE IGUALDAD.

La LOIEMH se limita a definir, en sus artículos 46 y 47, los rasgos de los planes de igualdad *"en el caso de las empresas de más de doscientos cincuenta trabajadores"* –es decir en el caso de grandes empresas-, único caso en el cual, de acuerdo con el artículo 45.2 a 5 de la LOIEMH, el plan de igualdad se definirá siempre *"con el alcance y contenido establecidos en este Capítulo"* –artículo 45.2 de la LOIEMH-. Ciertamente, algunos de los rasgos definitorios de los planes de igualdad de las grandes empresas son esenciales a la idea de plan –vg. la definición de plan de igualdad-. Pero

[12] Como razonan Manuel PÉREZ PÉREZ / Esperanza ROALES PANIAGUA *"no siendo el deber de negociar medidas que fomenten la igualdad identificable con la facultad de elaborar e implantar planes, sí se puede decir que, si se cumple de forma voluntaria con esta hipótesis, indirectamente se está cumpliendo con el deber legal de negociar medidas de igualdad"*, y, al contrario, *"si no se hace esta elaboración e implantación voluntaria, sigue vivo el deber legal que vincula a todas las empresas de negociar las medidas que fomenten la igualdad en la empresa"*, "El deber …", obra citada, página 316.

otros no –vg. la referencia a la totalidad de la empresa como marco del plan de igualdad, o las exigencias de transparencia-. En los demás casos, en consecuencia, el plan de igualdad, en sus rasgos no esenciales, coincidirá o no –aunque probablemente la tendencia en la práctica será hacia la coincidencia- dependiendo de lo acordado en el convenio colectivo –artículo 45.3 de la LOIEMH-, del acto administrativo de conmutación de la sanción accesoria –artículo 45.4 de la LOIEMH-, o de la decisión de la empresa para el plan voluntario de igualdad –artículo 45.5 de la LOIEMH-.

Pues bien, situándonos en el análisis de los artículos 46 y 47 de la LOIEMH, el plan de igualdad se define –de conformidad con el artículo 46.1.I de la LOIEMH- como *"un conjunto ordenado de medidas, adoptadas después de realizar un diagnóstico de situación, tendentes a alcanzar en la empresa la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres y a eliminar la discriminación por razón de sexo"*. De este preciso concepto legal se pueden deducir los rasgos definitorios del plan de igualdad no sólo de las grandes empresas, ya que, al tratarse de rasgos de carácter esencial, se predican de cualquier otro plan de igualdad:

1º. Se trata de *"un conjunto ordenado de medidas"*, una idea intrínseca en el concepto de plan, que es la antítesis de medidas dispersas y sin coherencia interna. Un plan de igualdad comporta la idea de estructura y coherencia interna en la elaboración del elenco de medidas o acciones previstas para alcanzar la igualdad real[13]. Aunque convendría matizar que las medidas aisladas pasan a ser un plan no necesariamente cuando sean muchas medidas, sino cuando se ajusten a la realidad. Tal afirmación nos alerta contra las cláusulas modelo que, muy probablemente, se empezarán a generalizar en la práctica para elaborar planes supuestamente exhaustivos.

[13] Un plan, como bien afirma Gemma FABREGAT MONFORT, *"es un todo, con coherencia interna"*, "Los planes …", obra citada, página 13. Para Sara RUANA ALBERTOS / Aránzazu VICENTE PALACIO, "*indica la existencia de un proyecto organizado*", en los "Comentarios …" dirigidos por José Ignacio GARCÍA NINET y que coordina Amparo GARRIGUES GIMÉNEZ, obra citada, página 368.

2º. De ahí, justamente, que el plan se adopte *"después de realizar un diagnóstico de situación"*, que es lo que le da estructura y coherencia interna. Un plan de igualdad es, en esencia, particularista porque obedece a una realidad concreta a la cual da respuesta. Por ello, un conjunto de medidas de igualdad que, para una empresa, es un plan, para otra empresa, con una realidad diferente, serían medidas dispersas y sin coherencia interna. No vale, en consecuencia, copiar un plan de una empresa para otra.

El diagnóstico de la situación se deberá realizar verificando en la totalidad de las situaciones la existencia de alguna clase de discriminación sexista: directa e indirecta; discriminación por maternidad; acoso sexual y por razón de sexo; ausencia de derechos de conciliación; ausencia de participación equilibrada. O sea, dicho en otros términos, considerando siempre en el análisis la perspectiva de género entendida como integración de la dimensión de la igualdad en la totalidad de los ámbitos de la empresa.

No se nos escapa, desde luego, la complejidad de la realización del diagnóstico de situación, cuyos resultados condicionan las medidas a adoptar: modificativas de la situación cuando se detecte una desigualdad real, y conservativas de la situación cuando –lo cual es más improbable- se detecte una igualdad real. Una realización que puede ser directamente acometida por los negociadores colectivos mediante comisiones especiales, o encargada a terceros, y/o con el apoyo ofrecido por organismos públicos.

3º. Las medidas de igualdad incluidas en el plan de igualdad son medidas *"tendentes a alcanzar en la empresa la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres y a eliminar la discriminación por razón de sexo"*. Cuáles sean en cada caso esas medidas dependerá del concreto diagnóstico de situación. Pero, en todo caso, *"los planes de igualdad fijarán los concretos objetivos de igualdad a alcanzar, las estrategias y prácticas a adoptar para su consecución, así como el*

establecimiento de sistemas eficaces de seguimiento y evaluación de los objetivos fijados" –de conformidad con el artículo 46.1.II de la LOIEMH-.

Tales medidas podrán incidir sobre cualquier materia donde se aprecia una situación de discriminación o desigualdad. A modo de ejemplo, la LOIEMH afirma que *"para la consecución de los objetivos fijados, los planes de igualdad podrán contemplar, entre otras, las materias de acceso al empleo, clasificación profesional, promoción y formación, retribuciones, ordenación del tiempo de trabajo para favorecer, en términos de igualdad entre mujeres y hombres, la conciliación laboral, personal y familiar, y prevención del acoso sexual y el acoso por razón de sexo"* –artículo 46.2-.

Hay dos rasgos adicionales de los planes de igualdad de las grandes empresas no necesariamente predicables de cualquier otro plan de igualdad:

a) Uno es el de que *"incluirán la totalidad de una empresa, sin perjuicio del establecimiento de acciones especiales adecuadas respecto a determinados centros de trabajo"* –artículo 46.3 de la LOIEMH-. Con esta norma no se pretende igualar las medidas a aplicar en los distintos centros de trabajo, de ahí la salvedad final que en ella se contiene, sino que se pretende evitar que, por el juego de las normas generales sobre representación unitaria de los/as trabajadores/as, determinados centros con escasa o nula representación queden descolgados del plan de igualdad.

b) Otro es la transparencia regulada en el artículo 47 de la LOIEMH, que garantiza *"el acceso de la representación legal de los trabajadores y trabajadoras o, en su defecto, de los propios trabajadores y trabajadoras, a la información sobre el contenido de los Planes de igualdad y la consecución de sus objetivos"*, añadiendo que *"lo previsto en el párrafo anterior se entenderá sin perjuicio del seguimiento de la evolución de los acuerdos sobre planes de igualdad por parte de las comisiones paritarias de los convenios colectivos a las que éstos atribuyan estas competencias"*.

V. ACCIONES POSITIVAS.

El artículo 43 de la LOIEMH, rubricado *"promoción de la igualdad en la negociación colectiva"* e incluido en el Capítulo I del Título II de la LOEIMH sobre *"igualdad de trato y oportunidades en el ámbito laboral"*, establece que, *"de acuerdo con lo establecido legalmente, mediante la negociación colectiva se podrán 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"*. Se podría pensar que, en la medida en que los deberes empresariales de igualdad contemplados en el artículo 45 de la LOIEMH ya comprenden tácitamente las acciones positivas, estamos ante una norma reiterativa. No obstante, las discusiones alrededor de las acciones positivas nos permiten calificar como muy prudente la decisión legislativa de habilitar expresamente a la negociación colectiva.

Así las cosas, la virtualidad del artículo 43 de la LOIEMH radica en habilitar expresamente a la negociación colectiva para negociar medidas de acción positiva, tanto en orden al acceso al empleo como en orden a las condiciones de trabajo. Una habilitación de carácter general, y que se debe complementar con algunos llamamientos a la negociación colectiva realizados en el ET, y, en particular, su artículo 17.4 –disposición adicional 11ª.2 de la LOIEMH-, donde se establece que *"la negociación colectiva podrá establecer medidas de acción positiva para favorecer el acceso de las mujeres a todas las profesiones"*, concretando las reservas y las preferencias que, a tal efecto, se podrán establecer tanto en *"las condiciones de contratación"* como en *"las condiciones de clasificación profesional, promoción y formación"*. Daremos cuenta de estos llamamientos al tratar, en los próximos Capítulos, las materias oportunas.

VI. SITUACIONES DE TRANSITORIEDAD DE LOS DEBERES EMPRESARIALES.

La disposición transitoria 4ª de la LOIEMH, rubricada *"régimen de aplicación del deber de negociar en materia de igualdad"*, establece que *"lo dispuesto en el artículo 85 del Estatuto de los Trabajadores en materia de igualdad, según la redacción dada por esta Ley, será de aplicación en la negociación colectiva subsiguiente a la primera denuncia jurídica del convenio que se produzca a partir de la entrada en vigor de la misma"*. Recordemos que el artículo 85 del ET contempla tanto el deber de negociar medidas de igualdad aplicable a todas las empresas –apartado 1, párrafo II-, como el deber de negociar planes de igualdad aplicable sólo a las empresas de más de doscientos cincuenta trabajadores/as –apartado 2, párrafo II-.

Por lo tanto, los deberes empresariales relativos a la negociación se someten a una norma de transitoriedad que atiende, no a la existencia de una negociación colectiva subsiguiente a la entrada en vigor de la LOIEMH, sino a la existencia de una denuncia previa a la negociación y referida al convenio colectivo vigente a esa entrada en vigor, lo cual plantea la cuestión de qué ocurre cuando esa denuncia no existe, por ejemplo, porque la vigencia del convenio vigente a la entrada en vigor de la LOIEMH se prorroga sucesivamente, o, simplemente, no hay un convenio.

A nuestro juicio, un cauce correcto de solución de estas cuestiones debe partir de la lectura de lo que dice y de lo que no dice la disposición transitoria 4ª de la LOIEMH. La norma se refiere al deber de negociar medidas de igualdad y al deber de negociar planes de igualdad, que se establecen en el artículo 85 del ET. Pero no al deber de adoptar medidas de igualdad o al deber de implantar planes de igualdad, que se establecen en el artículo 45 de la LOIEMH. Tales deberes, no aludidos ni en esta ni en otra disposición transitoria, entraron en vigor al entrar en vigor la LOIEMH.

De este modo, las empresas deben cumplir esos deberes cuando negocien un convenio colectivo después de la entrada en vigor de la LOIEMH, aunque a esa negociación no le precediera la denuncia de ningún convenio anterior al tratarse de la apertura de un nuevo ámbito negocial. También deben cumplir esos deberes cuando se manifieste una situación concreta de discriminación o desigualdad aunque exista un convenio colectivo no denunciado, lo cual se compadece con la aplicación del deber de negociar a las materias no reguladas en un convenio colectivo vigente.

VII. CONTROL DE LEGALIDAD DE CONVENIOS COLECTIVOS.

Siguiendo las líneas de actuación en materia de negociación colectiva esbozadas en la Directiva 2006/54/CE, de 5 de julio de 2006, la LOIEMH no sólo pretende el fomento de la igualdad en la negociación colectiva, sino además la sanción de la discriminación en la negociación colectiva, introduciendo al efecto algunas normas especiales diferentes a las normas generales sobre negociación colectiva. Pero en este aspecto de sanción de la discriminación las carencias resultan sin duda llamativas. Recordemos que, de conformidad con el artículo 23.b) de la Directiva, el legislador interno deberá garantizar la nulidad o la modificación de las cláusulas discriminatorias de los convenios colectivos, tratándose de una obligación con contenido preciso y no una mera admonición jurídica.

Nuestra Ley de Procedimiento Laboral regula una modalidad procesal especial de impugnación de convenios colectivos –artículos 161 a 164-, aunque se establecen ciertas limitaciones a la impugnación, especialmente proyectadas en el ámbito de la legitimación, ya que, aunque se admite la actuación de oficio de la Autoridad Laboral, la legitimación activa por motivo de ilegalidad, tanto para la denuncia administrativa como para la demanda judicial, es una legitimación privativa de los

representantes legales o sindicales de los trabajadores, las asociaciones empresariales y, en convenios empresariales o inferiores, los empresarios.

Tales limitaciones de la legitimación, sin duda loables en cuanto refuerzan la estabilidad del convenio colectivo, presentan, en materia de discriminación sexista, importantes dificultades de adaptación a las exigencias comunitarias, al no garantizar, como se exige en el artículo 23.b) de la Directiva 2006/54/CE, la nulidad o la modificación de las normas discriminatorias. Ciertamente, quien tenga interés legítimo siempre puede impugnar, en cualquier proceso, un acto de aplicación de un convenio colectivo, lo que, de ser estimado, supondría la inaplicación de la norma discriminatoria, pero no, sin embargo, su nulidad o su modificación.

Pero la LOIEMH no ha abordado de lleno esta cuestión, manteniendo la limitada legitimación activa[14] y ciñéndose a una mejora puntual en el control de oficio de la Autoridad Laboral –añadiendo un apartado 6 al artículo 90 del ET a través de su disposición adicional 11ª.19-. Sea como fuere, esa mejora puntual nos demuestra la preocupación legislativa sobre la eventual desidia en el control de oficio. Y esperemos que esa manifestación legislativa de preocupación se traduzca en una mejora real en la utilización del control de oficio de la Autoridad Laboral, permitiendo una satisfacción de las exigencias de la Directiva 2006/54/CE.

Lo que se establece en el nuevo apartado 6 del artículo 90 del ET es que *"la autoridad laboral velará por el respeto al principio de igualdad en los convenios colectivos que pudieran contener discriminaciones, directas o indirectas, por razón de sexo"*, lo cual ya antes hacía –o mejor dicho, debía hacer- a consecuencia de la norma general sobre control de oficio contenida en el apartado 5 del artículo 90 del ET –aunque la referencia

[14] Aunque acaso la atribución general de legitimación activa a las personas físicas o jurídicas con interés legítimo –como lo serían las asociaciones de mujeres o los organismos públicos de igualdad- contenida en el artículo 12 de la LOIEMH permita abrir nuevas interpretaciones en cuanto a la legitimación activa para impugnar convenios colectivos, véase Jaime CABEZA PEREIRO, "Derecho …", obra citada, página 173.

específica al principio de igualdad, única materia expresamente nominada, se debería traducir en una diligencia especial-, añadiendo dos cosas más:

a) Que, *"a tales efectos, podrá recabar el asesoramiento del Instituto de la Mujer o de los Organismos de Igualdad de las Comunidades Autónomas, según proceda por su ámbito territorial"*, algo sin duda factible aún con anterioridad a la LOIEMH atendiendo a las habitualmente amplias competencias –en especial de asesoramiento- de esos organismos.

b) Que *"cuando la autoridad laboral se haya dirigido a la jurisdicción competente por entender que el convenio colectivo pudiera contener cláusulas discriminatorias, lo pondrá en conocimiento del Instituto de la Mujer o de los Organismos de Igualdad de las Comunidades Autónomas, según su ámbito territorial"*, concluyendo con un *"sin perjuicio de lo establecido en el apartado 3 del artículo 95 de la Ley de Procedimiento Laboral"*, cuyo sentido es admitir que el órgano judicial se dirija a esos organismos aunque éstos conocieran antes del asunto litigioso.

VIII. LA INCIDENCIA DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN EL MARCO NORMATIVO LEGAL.

El marco normativo de la negociación colectiva de medidas de igualdad de mujeres y hombres diseñado en la LOIEMH no es enteramente legal, quedando algunos espacios significativos a la negociación colectiva para incidir de una manera autorregulada sobre su propio marco normativo, y que –a riesgo de cometer algún olvido- son los tres espacios siguientes:

1º. La posibilidad de articular / orientar / dirigir la negociación de la igualdad a través de acuerdos en la cumbre –artículo 83.2 y 3 del ET-, una posibilidad de la que se ha venido haciendo uso los agentes sociales en los Acuerdos Interconfederales sobre Negociación Colectiva, que, desde el año 2002 y hasta el año 2008, han dedicado normas a la igualdad de los sexos.

2º. La posibilidad de establecer en los convenios colectivos supraempresariales los términos y las condiciones, a través de las oportunas reglas de complementariedad, de la negociación de los planes de igualdad en las empresas de más de 250 trabajadores/as, incluyendo implícitamente la posibilidad de regular medidas concretas –artículo 85.2.II.b) del ET-.

3º. La posibilidad de obligar a la implantación de un plan de igualdad en los términos que se negocien en el convenio colectivo, es decir, operando la libertad de los agentes sociales en el doble sentido de decidir la implantación de un plan de igualdad allí donde legalmente no es obligado y de pactar cuáles son sus términos concretos –artículo 45.3 de la LOIEMH-.

Ya hemos analizado los términos legales de estas diferentes posibilidades en los lugares oportunos a lo largo de este Capítulo. Ahora nos corresponde examinar la utilización que han hecho los agentes sociales. Pero antes conviene explicitar las razones que seguramente han llevado a la LOIEMH a dejar espacios de autorregulación en el marco normativo legal.

a) La trascendencia de la existencia de espacios de autorregulación.

La negociación colectiva supone un poder de creación normativa de carácter difuso al no aparecer concentrado en pocos sujetos, y eso conduce, por su propia esencia de funcionamiento, a la atomización de las unidades de negociación que, por la aplicación de la prohibición de concurrencia del artículo 84.1 del ET, quedan impermeabilizadas, con las siguientes consecuencias negativas[15] que, si se aprecian con carácter general, más se aprecian todavía en materia de igualdad por razón de sexo / género, a saber:

[15] Tales consecuencias negativas han sido destacadas por nuestra doctrina desde el primer estudio importante realizado sobre discriminación en la negociación colectiva, que es el de Teresa PÉREZ DEL RÍO / María Fernanda FERNÁNDEZ LÓPEZ / Salvador DEL REY GUANTER, "Discriminación e igualdad en la negociación colectiva", Instituto de la Mujer, Madrid, 1993, en especial páginas 113 a 117.

a) La pobreza de contenidos negociales en los convenios colectivos de pequeño ámbito de aplicación –normalmente centrados en los aspectos retributivos-, lo cual se aprecia de manera más evidente en materia de igualdad por razón de sexo / género por su complejidad técnica que dificulta a esos niveles negociales la superación de los prejuicios de género.

b) Las diferencias en las condiciones de trabajo que se pueden aparecer entre trabajadores/as de distintas empresas dentro de la misma Provincia o Comunidad Autónoma, lo cual de nuevo se aprecia de manera más evidente en materia de igualdad al aparecer ocasionalmente sujetos negociales muy sensibles a esa materia al lado de otros muy insensibles.

c) La dificultad de corregir las inercias de la negociación colectiva que, de manera particular en materia de igualdad por razón de sexo / género a consecuencia de la evolución legislativa acaecida desde la Constitución, han determinado el mantenimiento de regulaciones en la negociación colectiva que se han visto superadas por los veloces cambios legislativos.

Con el fin de evitar esas consecuencias, un sistema democrático de relaciones laborales no puede acudir a un dirigismo desde el Poder Público. Lo que puede, y debe hacer, es fomentar la autorregulación de los agentes sociales, que es la idea inspiradora de los artículos 83.2 y 3 del ET. Y las especiales dificultades que surgen en materia de igualdad por razón de sexo / género, convierten en aún más necesario el fomento de la autorregulación.

Procedente es recordar, en este momento, una iniciativa autonómica que, sin duda consciente de esa situación negocial, se decide a fomentar desde la Administración Autonómica, en el caso, Gallega, la negociación de un Acuerdo Marco Interprofesional de ámbito autonómico sobre la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres –véase lo regulado en artículo 25 de la Ley Gallega 2/2007, de 28 de marzo, BOE de 18.5.2007-.

Una tendencia a la atomización de los productos negociales que, desde la LOIEMH, es susceptible de mayor agudización en materia de

igualdad por razón de sexo / género en cuanto que, para la implantación de planes de igualdad, la referencia es la empresa –artículo 46.3 de la LOIEMH-. De ahí la justificación del artículo 85.2.II.b) del ET, que opera –si efectivamente lo usan los negociadores colectivos- como corrección a la corriente centrífuga que los planes de igualdad en la empresa representan.

Sirvan estas reflexiones para comprender la trascendencia que, aún con más relevancia en materia de igualdad por razón de sexo / género, ostenta una adecuada articulación de la negociación colectiva, y de ahí la correlativa trascendencia de las cláusulas sobre estructuración de la negociación colectiva de la igualdad en los términos admitidos en la legislación laboral. Entendido esto, veamos de seguido la utilización que han hecho los agentes sociales de los artículos 83.2 y 3 y 85.2.II.b) del ET.

b) Los Acuerdos Interconfederales sobre Negociación Colectiva.

Todos los Acuerdos Interconfederales sobre Negociación Colectiva desde el año 2002 y hasta el año 2008, han dedicado cada vez más y mejores normas a orientar la negociación colectiva de medidas de igualdad por razón de sexo / género que, en el Acuerdo Interconfederal sobre Negociación Colectiva para el año 2007, aparecían en su Capítulo VI, sobre la *"igualdad de trato y oportunidades"*, donde se recogían ocho criterios generales para orientar la negociación colectiva de medidas de igualdad por razón de sexo / género y una referencia explícita a la violencia de género.

En el Acuerdo Interconfederal sobre Negociación Colectiva para el año 2008, se prórroga el anterior Acuerdo, y aunque se modifica su Capítulo VI para incorporar, a través de un Anexo II, *"lo acordado por los firmantes en relación con la aplicación en el marco de la negociación colectiva de los contenidos de la LOIEMH"*, lo cierto es que ese Anexo II comienza con la reiteración literal de los ocho criterios generales y con la

aclaración inicial de que *"mantienen su vigencia y actualidad y se adecuan a los contenidos previstos para la negociación colectiva en la LOIEMH"*.

Los tan citados ocho criterios generales para orientar la negociación colectiva de medidas de igualdad por razón de sexo / género que se contenían en el Acuerdo Interconfederal sobre Negociación Colectiva para el año 2007 y que se convalidan en el Anexo II del Acuerdo Interconfederal sobre Negociación Colectiva para el año 2008, son los siguientes –que se irán examinando al tratar las oportunas materias a lo largo de este estudio-:

1º. *"La inclusión de cláusulas de acción positiva para fomentar el acceso de las mujeres, en igualdad de condiciones, a sectores y ocupaciones en los que se encuentren subrepresentadas"*.

2º. *"La fijación de criterios de conversión de contratos temporales a fijos que favorezcan a las mujeres cuando, en igualdad de condiciones y méritos, se encuentren afectadas en mayor medida que los hombres por el nivel de temporalidad"*.

3º. *"El estudio y, en su caso, el establecimiento de sistemas de selección, clasificación, promoción y formación, sobre la base de criterios técnicos, objetivos y neutros por razón de género"*.

4º. *"La eliminación de denominaciones sexistas en la clasificación profesional (categorías, funciones, tareas)"*.

5º. *"La subsanación de las diferencias retributivas que pudieran existir por una inadecuada aplicación del principio de igualdad de retribución por trabajos de igual valor"*.

6º. *"A estos efectos, resultaría de utilidad el análisis y aplicación, en su caso, de sistemas de valoración de los puestos de trabajo que permitan evaluar periódicamente el encuadramiento profesional"*.

7º. *"Un tratamiento de la jornada laboral, vacaciones, programación de la formación, etc. que permita conciliar las necesidades productivas y las de índole personal o familiar"*.

8º. *"La evaluación de la aplicación del convenio desde la perspectiva de género, a través del seguimiento realizado por la Comisión Paritaria que se dotará, en su caso, del correspondiente asesoramiento"*, añadiéndose que, *"si se considera oportuno, tal tarea se delegará en comisiones de trabajo específicas"*.

Pero no se acaba el contenido del Anexo II del Acuerdo Interconfederal sobre Negociación Colectiva para el año 2008 en la convalidación de eses criterios, que se contiene en su Epígrafe I, ya que, en su Epígrafe II, se declara que, desde la LOIEMH, *"las relaciones laborales … deberán estar informadas por el principio de igualdad de trato y oportunidades"*, sustentando esa declaración en la letra del artículo 45.1 de la LOIEMH. También se destaca la existencia de normas en la LOIEMH *"que remiten a la negociación colectiva"*, como es el artículo 17.4 del ET.

Igualmente se afirma en el Anexo II del Acuerdo Interconfederal sobre Negociación Colectiva para el año 2008 que *"ha venido siendo práctica habitual el que los convenios colectivos incluyeran definiciones sobre discriminación directa, indirecta, acoso sexual y acoso por razón de sexo, y discriminación por embarazo o maternidad"*, y se advierte que *"desde la entrada en vigor de la LOIEMH tales definiciones deberán ser acordes con las recogidas en la misma (artículos 6, 7 y 8 de la LOIEMH)"*. Trátase, en consecuencia, de otra orientación a los negociadores colectivos.

Continúan las referencias a las normas de la LOIEMH agrupándolas en tres numerales: (1) *"Los planes de igualdad de las empresas"*, transcribiendo los artículos 45.2, 46 y 47 de la LOIEMH, y el artículo 85.2.II del ET. (2) *"Medidas que faciliten la conciliación de la vida personal, familiar y laboral"*, transcribiendo la letra de los artículos 34.8, 37.4 y 48 bis ET, en cuanto se hacen llamamientos a la negociación colectiva. (3) *"Medidas para la prevención del acoso sexual y acoso por razón de sexo"*, transcribiendo la letra del artículo 48.1 y 2 de la LOIEMH.

Ocasionalmente se incluyen breves comentarios tras la transcripción de alguna norma legal. Destacable es, dentro del numeral sobre *"los planes de igualdad de las empresas"*, el comentario de que *"los términos y las condiciones"* de que se habla en el artículo 85.2.II.b) del ET *"deberían permitir ajustar la elaboración del plan a las circunstancias de la empresa y a las características del sector"*, y *"las reglas de complementariedad deberían preservar la homogeneidad de las condiciones de trabajo que el convenio colectivo regula para el conjunto de las empresas de ese sector"*.

Y nada más ahora destacable se dice en el Acuerdo Interconfederal sobre Negociación Colectiva para el año 2008, ni en concreto nada en orden a la referencia explícita a la violencia de género que se contenía en el Acuerdo Interconfederal sobre Negociación Colectiva para el año 2007, que sigue así vigente, y en donde, después de realizar invocación a la Ley Orgánica 1/2004, de 30 de diciembre, se declaraba que *"las organizaciones empresariales y sindicales consideramos que la negociación colectiva es un cauce adecuado para facilitar el ejercicio efectivo de estos derechos"*.

Habiendo llegado el momento de una crítica de los contenidos en materia de igualdad por razón de sexo / género contenidos en los Acuerdos Interconfederales sobre Negociación Colectiva, y aunque no cabe desconocer la trascendencia positiva que todas esas orientaciones han tenido en la mejora de las medidas de igualdad en la negociación colectiva, esto no nos impide destacar algunos aspectos mejorables en la estrategia de los agentes sociales, que han optado por una mera orientación –y no una imposición- de contenidos sobre la igualdad en la negociación colectiva.

Además, no se aborda –como se podía hacer antes de la LOIEMH, y se puede ahora hacer con más apoyo legal- la articulación de la negociación colectiva, ni se establece alguna reserva de contenidos a favor de un determinado nivel negocial en atención a una regla de complementariedad, ni se obliga a adoptar alguna medida de igualdad en ningún nivel negocial.

Únicamente se contiene en materia de estructura de la negociación colectiva una orientación cuando, desde 2008, se realiza un breve comentario al artículo 85.2.II.b) del ET. Y de nuevo es una orientación.

Sin desconocer la conveniencia de respetar la autonomía de los diversos ámbitos negociales so riesgo de inutilizar las funciones reguladora, individualizadora y compensadora de la negociación colectiva, lo cierto es que, sin embargo, son factibles compromisos de mayor calado, que, esperemos, se asuman en próximos acuerdos colectivos en la cumbre. No resulta baladí al respecto contrastar los acuerdos de los agentes sociales españoles con los acuerdos de los agentes sociales franceses, que han optado por un acuerdo específico y con medidas de aplicación directa[16].

c) Las cláusulas negociales de articulación de los planes de igualdad en las empresas de más de 250 trabajadores/as en convenios de sector estatal.

La posibilidad de establecer en los convenios colectivos supraempresariales los términos y las condiciones, a través de las oportunas reglas de complementariedad, de la negociación de los planes de igualdad en las empresas de más de 250 trabajadores/as, incluyendo implícitamente la posibilidad de regular medidas concretas –artículo 85.2.II.b) del ET-, es una posibilidad que, examinados los convenios colectivos de sector estatal publicados en el BOE con posterioridad a la LOIEMH, no está siendo muy utilizada. No obstante debemos considerar que no es demasiado el tiempo

[16] Nos referimos al Acuerdo Nacional Interprofesional relativo *"a la mixité et l´égalité professionnelle entre les hommes et les femmes"* de 1 de marzo de 2004. De entrada, es un acuerdo específico sobre cuestiones de igualdad por sexo / género, y no un acuerdo generalista, como es nuestro AINC 2007. Pero lo que es más importante es que se incluyen medidas de aplicación directa, como la obligación de mantener una organización de trabajo no discriminatoria, aunque implique una nueva repartición de tareas e incluso una redefinición de los puestos de trabajo, o la consideración como discriminatoria de aquellas diferencias salariales entre hombres y mujeres superiores al 5% sin admitirse justificación en contrario. Más ampliamente, veáse Juana María SERRANO GARCÍA, "Participación …", obra citada, página 56.

transcurrido desde la entrada en vigor de la LOIEMH, aparte de que muchos de esos convenios colectivos de carácter estatal, aunque publicados con posterioridad, fueron negociados ya con anterioridad, lo cual hace que la muestra utilizada no sea totalmente demostrativa del rumbo negocial.

Un grupo significativo de convenios estatales ni siquiera se refiere a los planes de igualdad. De los que sí se refieren a los planes de igualdad, algunos se limitan a una remisión a la LOIEMH, como el Capítulo XIV del Convenio Colectivo para las industrias del curtido, correas y cueros industriales y curtición de pieles para peletería, BOE de 30.11.2007. Otros, sin aportar tampoco nada específico, transcriben las normas legales sobre planes de igualdad en las empresas de más de 250 trabajadores/as, es decir, transcriben el contenido de artículo 45.2 de la LOIEMH. Es el caso del artículo 46.3.II del XXI Convenio Colectivo de la banca, BOE de 16.8.2007, del artículo 70.2 del Convenio Colectivo de la industria del calzado, BOE de 23.8.2007, y del artículo 78.2 del Convenio Colectivo del sector estatal de mediación en los seguros privados, BOE de 22.10.2007.

Solamente hemos rastreados dos convenios que, en demostración de un mayor compromiso con la igualdad, no desaprovechan la ocasión que les ofrece el artículo 85.2.II.b) del ET de incidir sobre el plan de igualdad de las empresas de más de 250 trabajadores/as, articulando su negociación y facilitando su implantación en los términos de los artículos 45 a 47 de la LOIEMH: el XV Convenio Colectivo de la industria química, BOE de 9.8.2007, que desarrolla la cuestión en su Capítulo XVI, rubricado *"igualdad de oportunidades"*, y comprensivo de 7 artículos –del 99 al 105-, y el III Convenio Colectivo estatal de la madera, BOE de 7.12.2007, que desarrolla la cuestión en su disposición adicional 6ª, rubricada *"plan de igualdad"*. Tal circunstancia los convierte, a efectos de estudio, en un necesario objeto de un análisis detallado, que acometeremos seguidamente.

Resulta llamativo que sean sectores masculinizados, y es acaso esa circunstancia la que ha determinado a los negociadores colectivos estatales a facilitar la negociación de planes de igualdad aportando orientaciones para su implantación allí donde lo exige la LOIEMH, es decir, las grandes empresas de más de 250 trabajadores/as. Ambas regulaciones presentan una estructura sistemática y unos contenidos semejantes, aunque la regulación del convenio de químicas es algo más completa al contener unas declaraciones previas y al regular una comisión de igualdad. En lo demás, las regulaciones integran las normas legales sobre planes de igualdad, y las amplían, en varios apartados temáticos: el concepto de planes de igualdad, el diagnóstico de situación, los objetivos, las competencias de empresa y de representantes de los/as trabajadores/as, y las situaciones de transitoriedad.

Comienza el convenio de químicas con una declaración general acerca de la intención de *"establecer un marco normativo general de intervención a nivel sectorial para garantizar que el derecho fundamental a la igualdad de trato y oportunidades en las empresas sea real y efectivo"*, y a tal efecto, se acuerdan *"los siguientes objetivos sectoriales generales: a) Establecer directrices en cuanto a la elaboración, estructura y procedimientos de los planes de igualdad con el fin de alcanzar una gestión óptima de los recursos humanos que evite discriminaciones y pueda ofrecer igualdad de oportunidades reales, apoyándose en un permanente recurso al diálogo social. b) Atribuir a la comisión sectorial por la igualdad competencias … (para) que pueda desarrollar un trabajo efectivo en materia de igualdad de trato y oportunidades en el trabajo"*.

Una cláusula antidiscriminatoria general que es un adecuado encabezado de la regulación legal, y que continúa en el convenio de químicas y que comienza en el convenio de la madera con la transcripción de las normas legales sobre los planes de igualdad contenida en el artículo

45 de la LOIEMH, y transcribiendo, asimismo, el artículo 5, párrafo II, de la LOIEMH, en cuanto se refiere a la excepción de la buena fe ocupacional.

Otra norma de ámbito general exclusiva del convenio de químicas contiene es acerca de que *"la Ley Orgánica 3/2007 deberá ser interpretada siempre en términos de razonabilidad teniendo en cuenta que las plantillas de las empresas son producto de una decantación natural en el tiempo que obedecen a unos antecedentes conectados con los del propio mercado de trabajo y el empleo y una menor participación histórica de las mujeres en las tareas de producción"*, de modo que *"de todo ello no se derivan necesariamente supuestos de discriminación laboral ya que las posibles diferencias existentes respecto a la cuantificación de sexos en la plantilla pueden estar en algún modo motivadas por las razones antes dichas"*, aunque *"ello no obsta para que hacia el futuro las decisiones empresariales se acomoden a los términos previstos en la Ley de manera que las decisiones empresariales no sólo no favorezcan discriminación alguna sino que por el contrario procuren facilitar y faciliten la plena incorporación de la mujer a todas las tareas o puestos de trabajo existentes en las estructuras de las empresas químicas"*. Probablemente, los negociadores colectivos no pretenden sustituir a los tribunales de justicia en la interpretación de la LOIEMH, ni indultar a las empresas de eventuales discriminaciones anteriores a la LOIEMH, sino simplemente constatar que la LOIEMH es un punto de partida, y no un punto de llegada, evitando culpabilizar a las empresas de las discriminaciones arrastradas del pasado, pero responsabilizándolas de las que se mantengan en el futuro[17]. En todo caso, la cláusula puede ser objeto de interpretaciones incorrectas, y, en este sentido, su eliminación en el convenio de la madera es acertada.

[17] En un sentido semejante al expresado en el texto principal, Juana María SERRANO GARCÍA cita esta cláusula negocial como ejemplo de asunción de la idea de que la LOIEMH *"no es el final de un camino sino el punto de partida de uno que habrá que recorrer"*, "Participación …", obra citada, página 34.

A partir de aquí ambos convenios, el de químicas y el de la madera, recogen –y esto es lo que más nos interesa- *"una serie de directrices y reglas en relación con los planes de igualdad y con 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"*. Llamando la atención que no se diga que esta regulación se realiza tomando el testigo del artículo 85.2.II.b) del ET. Tal regulación, después de ofrecer un concepto de planes de igualdad en gran medida reiterativo del concepto legal del artículo 46 de la LOIEMH, contempla un contenido literalmente idéntico: (a) el diagnóstico de situación y (b) los objetivos de los planes de igualdad, como pasos en la elaboración del plan de igualdad.

(a) Realizado como paso previo a la fijación de los objetivos de los planes de igualdad *"(con la) finalidad de obtener datos desagregados por sexos en relación con las condiciones de trabajo, y con especial referencia a materias tales como el acceso al empleo, la formación, clasificación y promoción profesional, (y) las condiciones retributivas y de ordenación de la jornada, (y) de conciliación de la vida laboral, familiar y personal … a efectos de constatar, si las hubiere, la situación de situaciones de desigualdad de trato u oportunidades entre hombres y mujeres carentes de una justificación objetiva y razonable, o situaciones de discriminación por razón de sexo que supongan la necesidad de fijas dichos objetivos"*, el diagnóstico de situación *"deberá proporcionar datos desagregados por sexo en relación, entre otras, con alguna de las siguientes cuestiones: a) Distribución de la plantilla en relación con edades, antigüedad, departamento, nivel jerárquico, grupos profesionales y nivel de formación. b) Distribución de la plantilla en relación con tipos de contratos. c) Distribución de plantilla en relación con grupos profesionales y salarios. d) Distribución de plantilla en relación con ordenación de la jornada,*

horas anuales de trabajo, régimen de turnos y medidas de conciliación de la vida laboral y familiar. e) Distribución de la plantilla en relación con la representación sindical. f) Ingresos y ceses producidos en el último año especificando grupo profesional, edad y tipo de contrato. g) Niveles de absentismo, especificando causas y desglosando las correspondientes a permisos, incapacidades u otros. h) Excedencias último año y los motivos. i) Promociones último año especificando grupo profesional y puestos a los que se ha promocionado, así como promociones vinculadas a movilidad geográfica. j) Horas de formación último año y actividades formativas". Asimismo, se deberán –imperativamente- diagnosticar: *"(1) los criterios y canales de información y/o comunicación utilizados en los procesos de selección, formación y promoción, (2) los métodos utilizados para la descripción de perfiles profesionales y puestos de trabajo, (y 3) el lenguaje y el contenido de las ofertas de empleo y de los formularios de solicitud para participar en los procesos de selección, formación y promoción"*.

(b) Los objetivos de los planes de igualdad, a establecer *"en base a los datos obtenidos (en el diagnóstico de situación) y que podrán consistir en el establecimiento de medidas de acción positiva en aquellas cuestiones en las que se haya constatado la existencia de situaciones de desigualdad entre mujeres y hombres carentes de justificación objetiva, así como en el establecimiento de medidas generales para la aplicación efectiva del principio de igualdad de trato y no discriminación … incluirán las estrategias y prácticas para su consecución (e) irán destinados preferentemente a las áreas de acceso al empleo, formación, clasificación y promoción profesional, condiciones retributivas y de jornada, conciliación de la vida familiar … y, entre otros, podrán consistir en: a) Promover procesos de selección y promoción en igualdad que eviten la segregación vertical y horizontal y la utilización del lenguaje sexista … (para) asegurar procedimientos de selección transparente para el ingreso*

en la empresa mediante la redacción y difusión no discriminatoria de las ofertas de empleo y el establecimiento de pruebas objetivas y adecuadas a los requerimientos del puesto ofertado, relacionados exclusivamente con la valoración de aptitudes y capacidades individuales. b) Promover la inclusión de mujeres en puestos que impliquen mando y/o responsabilidad. c) Establecer programas específicos para la selección / promoción de mujeres en puestos en los que están subrepresentadas … d) Revisar la incidencia de las formas de contratación atípicas (contratos a tiempo parcial y modalidades de contratación temporal) en el colectivo de trabajadoras con relación al de trabajadores y adoptar medidas correctoras en caso de mayor incidencia sobre éstas de tales formas de contratación. e) Garantizar el acceso en igualdad de hombres y mujeres a la formación de empresa tanto interna como externa, con el fin de garantizar la permanencia en el empleo de las mujeres, desarrollando su nivel formativo y su adaptabilidad a los requisitos de la demanda de empleo. f) Información específica a las mujeres de los cursos de formación para puestos que tradicionalmente hayan estado ocupado por hombres. g) Realizar cursos específicos sobre igualdad de oportunidades. h) Revisar los complementos que componen en salario para verificar que no estén encerrando una discriminación sobre las trabajadoras. i) Promover procesos y establecer plazos para corregir las posibles diferencias salariales entre mujeres y hombres. j) Conseguir una mayor y mejor conciliación de la vida familiar y laboral de hombres y mujeres mediante campañas de sensibilización, difusión de los permisos y excedencias legales existentes. k) Establecer medidas para detectar y corregir posibles riesgos para la salud de las trabajadoras, en especial de las mujeres embarazadas, así como acciones contra los posibles casos de acoso moral y sexual”. Conviene precisar que no se trata de un listado ni obligatorio –en el sentido de que un plan de igualdad no deja de serlo por no contener

alguno de estos objetivos-, ni exhaustivo –en el sentido de que el plan de igualdad podrá contener otros objetivos distintos a los recién expresados-.

También en ambos convenios se ha regulado de una manera casi idéntica la distribución de las competencias entre la empresa y la representación legal de los/as trabajadores/as, estableciéndose (1) que *"será competencia de la empresa realizar el diagnóstico de situación (y esa) documentación … será facilitada a efectos de informe a los representantes de los trabajadores"*, (2) que, *"una vez realizado el diagnóstico de situación, las empresas afectadas por las presentes disposiciones deberán negociar con los representantes de los trabajadores el correspondiente plan de igualdad sin que ello prejuzgue el resultado de la negociación"*, y (3) que *"implantado el órgano de igualdad en la empresa se informará a los representantes de los trabajadores con carácter anual sobre su evolución, pudiendo estos últimos emitir informe si así lo estimasen oportuno"*. El convenio de químicas además establece que *"en el supuesto de que se produjeran discrepancias y revistieran naturaleza de conflicto de acuerdo con lo previsto en la ley, serán competentes los órganos de mediación y arbitraje de la comisión mixta"*. Disposición a valorar positivamente como fórmula de resolución de los conflictos a los efectos de facilitar la implantación de planes de igualdad.

Y también en ambos convenios se ha establecido, aquí de nuevo de manera totalmente idéntica, un régimen de transitoriedad en el sentido de que *"las empresas dispondrán de un plazo coincidente con la vigencia del presente Convenio Colectivo a efectos de aplicar lo dispuesto en los artículos anteriores respecto a los diagnósticos de situación y los planes de igualdad"* –artículo 104, último párrafo-. Una norma que se ajusta a la disposición transitoria 4ª de la LOIEMH sólo si el anterior convenio colectivo se denunció anteriormente a la entrada en vigor de la LOIEMH.

d) Algunas consideraciones finales.

La LOIEMH instaura un marco normativo especial para la negociación colectiva de medidas de igualdad entre mujeres y hombres diferenciado del marco normativo general para la negociación colectiva, regulando en su texto *"los planes de igualdad de las empresas y otras medidas de promoción de la igualdad"* –Capítulo III de su Título IV-, y alguna otra norma sobre fomento de la igualdad –el artículo 43- y planes de igualdad en el empleo público estatal –el artículo 64-, y modificando el Título III del ET –a través de su disposición adicional 11ª.17/19-. Sin embargo, el marco normativo de la negociación colectiva de medidas de igualdad de mujeres y hombres diseñado en la LOIEMH no es enteramente legal, quedando algunos espacios significativos a la negociación colectiva para incidir de una manera autorregulada sobre su propio marco normativo, y que –a riesgo de cometer algún olvido- son los tres espacios siguientes:

1º. La posibilidad de articular / orientar / dirigir la negociación de la igualdad a través de acuerdos en la cumbre –artículo 83.2 y 3 del ET-, una posibilidad de la que se ha venido haciendo uso los agentes sociales en los Acuerdos Interconfederales sobre Negociación Colectiva, que, desde el año 2002 y hasta el año 2008, han dedicado normas a la igualdad de los sexos.

Aunque no cabe desconocer la trascendencia positiva que han tenido en la mejora de las medidas de igualdad en la negociación colectiva, esto no nos impide destacar algunos aspectos mejorables en los Acuerdos Interconfederales, que han optado por una mera orientación –y no una imposición- de contenidos sobre la igualdad en la negociación colectiva.

2º. La posibilidad de establecer en los convenios colectivos supraempresariales los términos y las condiciones, a través de las oportunas reglas de complementariedad, de la negociación de los planes de igualdad

en las empresas de más de 250 trabajadores/as, incluyendo implícitamente la posibilidad de regular medidas concretas –artículo 85.2.II.b) del ET-.

Se trata de una posibilidad que, examinados los convenios colectivos de sector estatal publicados en el BOE con posterioridad a la LOIEMH, no está siendo muy utilizada. Solamente hemos rastreados dos convenios: uno es el XV Convenio Colectivo de la industria química, BOE de 9.8.2007, y otro es el III Convenio Colectivo estatal de la madera, BOE de 7.12.2007.

3º. La posibilidad de obligar a la implantación de un plan de igualdad en los términos que se negocien en el convenio colectivo, es decir, operando la libertad de los agentes sociales en el doble sentido de decidir la implantación de un plan de igualdad allí donde legalmente no es obligado y de pactar cuáles son sus términos concretos –artículo 45.3 de la LOIEMH-.

CAPÍTULO SEGUNDO

CLÁUSULAS GENERALES DE IGUALDAD POR RAZÓN DE SEXO / GÉNERO EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

SUMARIO: I. CLÁUSULAS ANTIDISCRIMINATORIAS GENERALES EN MATERIA DE IGUALDAD POR RAZÓN DE SEXO / GÉNERO: a) Fenomenología de las cláusulas antidiscriminatorias generales. b) Virtualidad de las cláusulas antidiscriminatorias generales. **II. CLÁUSULAS DE TRANSMISIÓN DE LAS NORMAS LEGALES A LOS CONVENIOS COLECTIVOS:** a) Virtualidad de las cláusulas de transmisión de las normas legales. b) Sobre los defectos de técnica normativa. **III. LENGUAJE SEXISTA Y NEGOCIACIÓN COLECTIVA. IV. CLÁUSULAS SOBRE COMPETENCIAS EN MATERIA DE IGUALDAD DE LA REPRESENTACIÓN DEL PERSONAL DE LA EMPRESA. V. LAS COMISIONES DE IGUALDAD:** a) Comisiones de igualdad con competencias de seguimiento del plan de igualdad de la empresa. b) Comisiones de igualdad con competencias de asesoramiento para la implantación de planes de igualdad. c) Comisiones de igualdad con competencias generales de igualdad por razón de sexo / género. d) Algunas consideraciones finales.

I. CLÁUSULAS ANTIDISCRIMINATORIAS GENERALES EN MATERIA DE IGUALDAD POR RAZÓN DE SEXO / GÉNERO.

Una práctica bastante extendida en la negociación colectiva es la de recoger cláusulas antidiscriminatorias generales en materia de igualdad por razón de sexo / género. De los convenios estatales de sector analizados aparecen cláusulas antidiscriminatorias generales en aproximadamente un tercio. A niveles inferiores disminuye el porcentaje. Se corresponden estas cláusulas antidiscriminatorias generales con las declaraciones generales contenidas en las normas jurídicas vigentes a todos los niveles –a nivel

comunitario, a nivel constitucional y a nivel de legalidad interna ordinaria-. Pasemos a analizar las distintas cláusulas antidiscriminatorias generales en materia de igualdad por razón de sexo / género –aunque a efectos de evitar innecesarias y tediosas reiteraciones, los ejemplos a utilizar los tomaré solamente de los convenios estatales de sector-, y cuál es su virtualidad.

a) Fenomenología de las cláusulas antidiscriminatorias generales.

Las cláusulas antidiscriminatorias generales en materia de igualdad por razón de sexo / género a veces son específicas en materia de igualdad por razón de sexo / género y a veces comprenden el sexo / género dentro de cláusulas antidiscriminatorias generales para toda forma de discriminación o para algunas formas que se citan expresamente, y, en uno o en otro caso, aparecen en los convenios colectivos con unas redacciones muy diferentes –a veces son reiterativas de las normas comunitarias, constitucionales o legales, a veces se trata de redacciones originales-, se sitúan en diversos lugares –a veces en el preámbulo, a veces en el articulado, a veces en las disposiciones adicionales, transitorias o finales, a veces en los anexos del convenio colectivo- y, lo que es más importante, sus contenidos varían de manera trascendental, pudiendo clasificarse en atención a sus contenidos en alguna de las siguientes cinco categorías –y haciendo la advertencia de que pueden aparecer, e incluso resultaría ser lo más deseable que apareciesen, las cláusulas de las diferentes categorías en un mismo convenio colectivo-:

1ª. Compromisos de cumplimiento de la legalidad. Son manifestaciones de los negociadores colectivos en relación con el cumplimiento de la legalidad vigente, de contenido más obligacional que normativo, y no generando más derechos reales a favor de los/as trabajadores que aquéllos que les correspondan por la legalidad a cumplir. Por ejemplo, la disposición adicional 1ª del III Convenio Colectivo estatal

de gestorías administrativas, BOE de 23.5.2006, afirma que *"las partes firmantes del presente Convenio se obligan a promover el principio de igualdad de oportunidades que desarrolle lo dispuesto en la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, sobre conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, comprometiéndose, las entidades, a velar por la no discriminación en el trabajo, favoreciendo los permisos de maternidad, paternidad y por responsabilidades familiares, sin que ello afecte negativamente a las posibilidades de empleo, a las condiciones de trabajo y al acceso a puestos de especial responsabilidad de mujeres y hombres"*.

Algunos convenios colectivos, con anterioridad a la LOIEMH y en previsión de su vigencia, manifestaron su compromiso de presente para cumplimiento de la legalidad futura. Un ejemplo es el anexo II del Convenio Colectivo marco estatal de acción e intervención social, BOE de 19.6.2007, donde se establece que *"el proyecto de ley de igualdad será de aplicación plena, a su entrada en vigor, a todas las empresas comprendidas en este sector"*. O la disposición adicional 5ª del Convenio Colectivo General de la industria salinera, BOE de 19.10.2006, donde se establece que *"las partes signatarias del presente Convenio General, una vez esté vigente la futura ley de igualdad, analizarán la misma para la posible incorporación de su contenido, a través del Acuerdo Sectorial Nacional del año que corresponda"*. Se trata de cláusulas tendentes a evitar la creencia de prevalencia del convenio colectivo sobre futuras reformas legales en tanto aquél no se adecue a éstas. Pero además demuestran el compromiso de los negociadores colectivos con la igualdad entre los sexos.

2º. Declaraciones generales de igualdad. Son declaraciones de igualdad de carácter general y en un sentido semejante a las contenidas en la ley. Por ejemplo, el artículo 14 del Convenio Colectivo de la industria fotográfica, BOE de 6.6.2006, que establece que, *"de acuerdo con lo establecido en las disposiciones legales vigentes, las condiciones*

establecidas en este Convenio se aplicarán de igual modo a los trabajadores de uno y otro sexo, sin discriminación alguna". O el artículo 9 del III Convenio Colectivo sectorial de ámbito estatal de las Administraciones de Loterías, BOE de 19.7.2006, que establece que *"el respeto a la dignidad, al principio de igualdad y no discriminación y a los derechos humanos y fundamentales resulta la base de la convivencia social que ha de estar presente en todo momento en el ámbito laboral"*, y que *"las partes firmantes del Convenio se comprometen … a garantizar la aplicación real y efectiva del principio de igualdad de trato y no discriminación en los centros de trabajo … por razón de … sexo"*.

Siguiendo con las citas, ahora de 2007, se puede citar la disposición adicional 2ª del II Convenio Colectivo estatal para las empresas de gestión y mediación inmobiliaria, BOE de 13.1.2007, que establece que *"las empresas del sector de la mediación inmobiliaria deberán regir sus actuaciones en el ámbito de las relaciones laborales por el principio de igualdad"*, y que *"ningún trabajador del sector podrá ser discriminado por razón de sexo"*. O el artículo 7 del Convenio Colectivo de perfumerías y afines, BOE de 23.8.2007, que establece que *"ambas partes se comprometen a velar por la igualdad de retribución para trabajos de igual valor, y la no discriminación por ninguno de los supuestos contemplados en el artículo 14 de la Constitución Española, así como velar por la adecuada aplicación de la normativa que regula la igualdad de género"*.

Muy interesante es el artículo 46 del XXI Convenio Colectivo de la banca, BOE de 16.8.2007, que establece hasta cuatro declaraciones generales de igualdad en el sentido de (1) que *"las relaciones laborales en las empresas deberán estar presididas por la no discriminación por razón de … sexo"*, (2) que *"los derechos reconocidos en el presente Convenio afectan por igual al hombre y a la mujer de acuerdo con las disposiciones vigentes en cada momento"*, (3) que *"ninguna cláusula de este Convenio*

podrá ser interpretada en sentido discriminatorio en los grupos profesionales, condiciones de trabajo o remuneración entre trabajadores de uno u otro sexo", y (4) que *"las empresas realizarán esfuerzos tendentes a lograr la igualdad de género adoptando medidas dirigidas a evitar cualquier tipo de discriminación laboral entre mujeres y hombres"*.

3º. Declaraciones particulares de igualdad. Algunos convenios colectivos a veces después de emitir una declaración general de igualdad, a veces sin más, realizan declaraciones de igualdad relativas a materias particulares, que habitualmente son aquéllas donde es más usual la desigualdad entre mujeres y hombres. El caso más típico es la retribución, aunque no faltan referencias a otras materias concretas. Por ejemplo, el Convenio Colectivo de grandes almacenes, BOE de 27.4.2006, establece, en su artículo 54, y después de afirmar general que *"las partes firmantes de este Convenio declaran su voluntad de respetar el principio de igualdad de trato en el trabajo a todos los efectos, no admitiéndose discriminaciones por razón de sexo"*, añade de inmediato que *"se podrá especial atención en cuanto al cumplimiento de la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en el acceso al empleo, promoción profesional, la formación, estabilidad en el empleo, y la igualdad salarial en trabajos de igual valor"*.

El XV Convenio General de la industria química, BOE de 29.8.2007, afirma, en su artículo 18, que *"en materia salarial se da por reproducido el artículo 28 del ET, que establece las condiciones del principio de igualdad de remuneración por razón de sexo y señala que se refiere tanto a la retribución directa como indirecta, salariales como extrasalariales"*.

O la disposición preliminar 4ª 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 de 31.8.2007: *"El empresario está obligado a pagar por la prestación de un 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". Misma redacción en artículo 41, letra b), del Convenio Colectivo estatal del sector de desinfección, desinsectación y desratización, BOE de 7.11.2007.

4º. Cláusulas conceptuales sobre discriminación. Ocasionalmente las declaraciones generales o particulares de igualdad se acompañan con definiciones sobre discriminación que pueden servir para acomodar el concepto legal a las necesidades o a las conveniencias surgidas en la negociación colectiva –por ejemplo, aplicando el concepto de discriminación sexista indirecta al acceso al empleo, o ejemplificando conductas de acoso sexual o sexista-, y que, hagan esa acomodación o no la hagan –limitándose a transcribir las normas legales-, acercan a la realidad laboral unos conceptos a veces desconocidos. Por ejemplo, el artículo 46 del XXI Convenio Colectivo de la banca, BOE de 16.8.2007, después de establecer hasta cuatro declaraciones generales de igualdad –a las cuales antes hemos aludido-, contempla una definición de los conceptos de discriminación directa y discriminación indirecta en unos términos semejantes a la normativa comunitaria y a los del artículo 6 de la LOIEMH.

5ª. Habilitación de acciones positivas. No muchos convenios colectivos se refieren a la acción positiva para habilitarla de modo general. Al respecto es de citar el XV Convenio General de la industria química, BOE de 29.8.2007, en cuyo artículo 18, y bajo la rúbrica *"acción positiva"*, se establece que, *"para contribuir eficazmente a la aplicación del principio de nos discriminación y a su desarrollo bajo los conceptos de igualdad de condiciones en trabajos de igual valor, es necesario desarrollar una acción positiva particularmente en las condiciones de contratación, salariales, formación, promoción y condiciones de trabajo en general, de modo que en*

igualdad de condiciones de idoneidad tendrán preferencia las personas del género menos representado en el grupo profesional de que se trate".

También es de citar la disposición adicional 1ª del III Convenio Colectivo estatal de gestorías administrativas, BOE de 23.5.2006, donde, después de declarar que *"las partes afectadas por este Convenio, y en la aplicación del mismo, se comprometen a promover el principio e igualdad de oportunidades y no discriminación por razones de sexo"*, se agrega que *"este compromiso conlleva … el de remover los obstáculos que puedan incidir en el no cumplimiento de la igualdad de condiciones entre mujeres y hombres, así como poner en marcha medidas de acción positiva u otras necesarias para corregir las posibles situaciones de discriminación"*. Misma redacción en artículo 41, letra a), del Convenio Colectivo estatal del sector de desinfección, desinsectación y desratización, BOE de 7.11.2007.

b) Virtualidad de las cláusulas antidiscriminatorias generales.

La virtualidad de las cláusulas antidiscriminatorias generales depende de sus contenidos –compromisos de cumplimiento de la legalidad, declaraciones generales de igualdad, declaraciones particulares de igualdad, cláusulas conceptuales sobre discriminación, habilitación de acciones positivas-, aunque, en todo caso, más se sitúan en el plano simbólico / pedagógico, que en el plano de creación de auténticos derechos. De esta circunstancia se derivan las críticas a esta clase de cláusulas antidiscriminatorias generales. Se ha dicho, en efecto, que *"se limitan a recoger la normativa vigente y, por lo tanto, no suponen la introducción de cambio efectivo alguno"*, y además, que *"la presencia de una afirmación*

declarativa no es síntoma de una mayor o mejor regulación de las condiciones de trabajo de las mujeres en el seno del convenio colectivo"[18].

También se ha dicho que a través de estas cláusulas se crea una apariencia de igualdad que puede ser nociva en cuanto puede hacer olvidar *"la necesidad de profundizar y concretar en la empresa o sector de que se trate y en relación con las específicas situaciones de discriminación detectadas, esas disposiciones generales"*. Además, siendo posible la convivencia con cláusulas discriminatorias, ello *"puede presentarse como una evidencia de que ni los empresarios ni los/as representantes de los/as trabajadores/as perciben aquéllas como discriminatorias, y, por tanto, se incrementa su respaldo social y se dificulta la lucha contra las mismas"*[19].

No obstante la certeza de esas criticas doctrinales, eso no conduce a recomendar la desaparición de las cláusulas antidiscriminatorias generales del contenido de los convenios colectivos. Ocasionalmente, contienen especificaciones adicionales de una trascendencia práctica más directa sobre la situación de los/as trabajadores/as –especialmente en los casos de declaraciones particulares de igualdad y de habilitación de acciones positivas-. Pero es que, en todo caso, las cláusulas antidiscriminatorias generales presentan una virtualidad que no debería ser nunca desdeñada.

En primer lugar, porque ostentan un muy importante simbolismo como manifestación del compromiso de los agentes sociales en la efectiva consecución del principio de igualdad por razón de sexo / género, tanto más importante el aspecto simbólico cuanto más destacada sea la colocación sistemática de la cláusula antidiscriminatoria general –mejor en el articulado y como disposición general-. Un simbolismo importante tanto

[18] Según afirma Josefina GALINDO SÁNCHEZ en "Cláusulas antidiscriminación, acción positiva y salud laboral", dentro del libro colectivo, dirigido por Teresa PÉREZ DEL RÍO, "La discriminación por razón de sexo en la negociación colectiva", Instituto de la Mujer, Madrid, 1999, páginas 288 y 293.

[19] Carlos Luis ALFONSO MELLADO, "El convenio colectivo y la no discriminación por razón de sexo", en el libro colectivo, dirigido por Pilar CALVO ESCARTÍN, "Discriminación de género en la negociación colectiva del País Valenciá", Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, páginas 92 y 93.

desde la perspectiva de los sindicatos como de las empresas negociadoras al ser la manifestación de un cambio en la cultura sindical y empresarial.

Desde la perspectiva de los sindicatos negociadores, estas cláusulas suponen el reconocimiento por los propios sindicatos de la igualdad como elemento central de la acción sindical –lo que se compadece con la idea de transversalidad-, debiendo ser testimonio del final tanto de la insolidaridad de los hombres sindicalistas en las *"cuestiones de mujeres"*, como de la *"doble lucha sindical"* que obligaba, como una *"doble jornada sindical"*[20], a las mujeres sindicalistas a participar en la lucha de las *"cuestiones que afectan a ambos sexos"*, para poder luchar en las *"cuestiones de mujeres"*.

Desde la perspectiva de las empresas, estas cláusulas suponen el reconocimiento por las propias empresas de su función de garante del principio de igualdad dentro del ámbito del poder de dirección –un reconocimiento que, en algunas convenios colectivos, se ha extendido a todas las formas de discriminación y a todos los derechos fundamentales-, conectando con las tendencias sobre responsabilidad social de las empresas que han encontrado, en la materia concreta del principio de igualdad por razón de sexo / género, su plasmación en artículos 73 a 75 de la LOIEMH.

Y, en segundo lugar, porque las cláusulas antidiscriminatorias generales actúan como correa de transmisión entre las normas legales y la realidad laboral, con una eficacia pedagógica, que, de un lado, le permite al trabajador conocer la vinculación de la empresa al principio de igualdad por razón de sexo / género, y, de otro lado, obliga a la empresa a tomarlo en cuenta en la totalidad de sus decisiones en su ámbito de organización. De

---

[20] Así la denomina Sergio RODRÍGUEZ TEJADA, "La otra igualdad: feminismos y discurso sindical sobre la mujer", en el libro colectivo, dirigido por Pilar CALVO ESCARTÍN, "Discriminación de género en la negociación colectiva del País Valenciá", Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, página 39.

este modo, y aunque es verdad que estas cláusulas no crean directamente derechos y deberes, inciden indirectamente sobre las situaciones jurídicas.

Con toda la razón algún autor[21] ha dicho que *"las declaraciones generales … tienen el valor de darles mayor credibilidad (a las normas estatales) en cuanto a su aplicación práctica entre los/as trabajadores/as y reforzar su obligatoriedad frente a los empresarios"*, aclarando de seguido que *"es cierto que jurídicamente no es así, pero en la realidad laboral, sí"*, y así es *"especialmente en la pequeña empresa, entre los/as trabajadores/as y empresarios menos informados/as para los/as que el convenio colectivo viene a ser compendio de sus derechos y obligaciones"*.

Igualmente con toda la razón alguna autora[22] ha dicho que estas *"declaraciones de principios de carácter estático, que se limitan a expresar formalmente su interés por la igualdad de trato y la prohibición de discriminación sin abordar otras medidas para garantizar su efectividad … son relativamente eficaces al no precisar resultados que permitan valorar su cumplimiento, pero contribuyen a la creación de una conciencia general en torno a la existencia de un problema que nunca ha sido abordado adecuadamente ni por las normas autónomas ni heterónomas"*.

Un convenio colectivo implicado en la erradicación de la discriminación sexista en consecuencia deberá contener cláusulas antidiscriminatorias generales sobre igualdad por razón de sexo / género concebidas de manera instrumental con respecto a las medidas concretas de igualdad que en el mismo se regulen –sin las cuales, eso sí es verdad, las cláusulas antidiscriminatorias generales pierden su sentido para pasar a ser

[21] En palabras de Carlos Luis ALFONSO MELLADO, quien añade que la labor de las declaraciones generales *"aunque insuficiente, no es despreciable"*, "El convenio …", obra citada, página 92.

[22] Como dice Juana María SERRANO GARCÍA, "Participación y planes de igualdad en la Ley Orgánica de Igualdad Efectiva entre Mujeres y Hombres", Editorial Bomarzo, Albacete, 2007, páginas 56 y 57.

mero maquillaje-, sirviendo, en conclusión, como principios ordenadores de la regulación convencional que inspirarán su interpretación y aplicación.

Partiendo de esa virtualidad de las cláusulas antidiscriminatorias generales como principios ordenadores, debemos destacar que esa virtualidad no sólo se predica de las concretas medidas de igualdad recogidas a lo largo del convenio colectivo, sino de todas sus normas, lo que se compadece con la idea de transversalidad que, aunque no es usual su cita convencional –y sería bueno que sí se citara-, es inspiradora de algunas cláusulas antidiscriminatorias generales –por ejemplo, las declaraciones del artículo 46 del XXI Convenio Colectivo de la banca, BOE de 16.8.2007-.

Resumiendo, estamos ante cláusulas necesarias, pero muy lejos de ser suficientes –debiéndose acompañar de medidas concretas de igualdad por razón de sexo / género-, y en algunos aspectos susceptibles de ser mejoradas –como en orden a la recepción del principio de transversalidad de la dimensión de género-, y, con esas matizaciones, esta práctica negocial, que se fomenta expresamente en el Anexo II, sobre la *"igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres"*, del Acuerdo Interconfederal sobre Negociación Colectiva para el año 2008, se valorará positivamente[23].

II. CLÁSULAS DE TRANSMISIÓN DE LAS NORMAS LEGALES A LOS CONVENIOS COLECTIVOS.

Muchas de las medidas de igualdad contenidas en los convenios colectivos en materia de igualdad por razón de sexo / género son simple transmisión de las normas legales correspondientes, e incluso se podría afirmar sin mucho margen de error que, en todo convenio colectivo donde

[23] El Informe 2/2003 del Consejo Económico y Social sobre *"La negociación colectiva como mecanismo de promoción de la igualdad entre mujeres y hombres"*, asimismo valora positivamente las cláusulas antiscriminatorias generales, y además recoge una serie de cláusulas modelo, unas acordes a la regulación legal, y otras agregando acciones positivas, Colección Informes del CES, Madrid, 2003, páginas 70 a 73.

se contemplan medidas de igualdad, algunas son simple transmisión de las normas legales. Se trata en suma de cláusulas habituales de las que, por esa habitualidad sobradamente conocida, ni siquiera es necesario dar ejemplos, aunque sí es destacable que han proliferado especialmente en dos ámbitos:

a) En materia de derechos de maternidad y de conciliación a consecuencia de la corriente de tendencia favorable a su regulación marcada por la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida laboral y familiar de las personas trabajadoras.

b) En materia de derechos de las víctimas de violencia de género en la relación de pareja a consecuencia de la corriente de tendencia favorable a su regulación marcada por la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

Y, presumiblemente, la LOIEMH actuará de catalizador para otras cláusulas de transmisión de las normas legales en la negociación colectiva, en especial –si se me permite una predicción- en cuanto a los conceptos de discriminación directa e indirecta y de acoso sexual y por razón de sexo, una afirmación que nos permite llamar la atención sobre la posibilidad de que las cláusulas antidiscriminatorias generales acogidas en la negociación colectiva sean, por sus propios contenidos, cláusulas de transmisión de las normas legales de carácter general en la materia de discriminación sexista.

a) Virtualidad de las cláusulas de transmisión de las normas legales.

Como ocurría con las cláusulas antidiscriminatorias generales, las cláusulas de transmisión de las normas legales a los convenios colectivos nada aportan a la situación real de los/as trabajadores/as, y presentan por ello sus mismos inconvenientes derivados de la creación de una apariencia de igualdad, aunque más agudizados, y un inconveniente más añadido, que es el riesgo de desfase derivado de los vertiginosos cambios que el

ordenamiento laboral en materia de igualdad por razón de sexo / género ha conocido desde la Constitución, y cuyo último hito resulta ser la LOIEMH.

En efecto, las cláusulas de transmisión de las normas legales a los convenios colectivos agudizan la apariencia de igualdad, haciendo creer con mayor intensidad a trabajadores/as y a empresarios/as que la igualdad se logra con esa mera transcripción de normas legales, y consiguiente aplicación, sin necesidad de más medidas de igualdad en las materias a que se refieren las cláusulas negociales. Incluso si en la cláusula negocial se mantiene alguna especificación separándose de la letra de la norma legal, esa especificación se tenderá a considerar como lícita, aunque no lo sea.

Y el inconveniente añadido es el riesgo de desfase temporal. De entrada, siempre existirá un desfase técnico entre la entrada en vigor de la ley reformadora y la revisión del convenio colectivo. Una interesante medida negocial para reducir ese tiempo de desfase técnico se encuentra en el artículo 66 del Convenio Colectivo estatal para las empresas de gestión y mediación inmobiliaria, BOE de 13.1.2007, donde se delega en la comisión paritaria la facultad de adecuar el convenio colectivo a *"la futura ley de igualdad y a aquellas otras disposiciones legales que … puedan dictarse"*.

Otras veces los negociadores, conocedores del problema de desfase técnico, realizan una cláusula de salvaguarda de futuras reformas legales para evitar la creencia de prevalencia del convenio colectivo sobre esas futuras reformas legales en tanto aquél no se adecue a éstas. Dentro de esta categoría, se encuentran los compromisos de cumplimiento de la legalidad futura, como la disposición adicional 5ª del Convenio Colectivo General de la industria salinera, BOE de 19.10.2006, o el anexo II del Convenio Colectivo marco estatal de acción e intervención social, BOE de 19.6.2007.

Pero las críticas doctrinales no se refieren a ese mero desfase técnico entre la entrada en vigor de la ley reformadora y la revisión del convenio colectivo. Cuando las críticas doctrinales toman cuerpo es si, revisado el

convenio colectivo, la literalidad de la cláusula se mantiene en la redacción de la norma legal traspuesta anterior a la reforma legal operada, y esa corriente de arrastre es más difícil de superar cuanto más tiempo transcurra, ya que, por el simple mantenimiento de la cláusula ilegal, se refuerza una apariencia de legalidad que la acaba haciendo muy difícilmente eliminable.

Tal desfase temporal, que aparece más usualmente en convenios colectivos de pequeñas y medianas empresas o de sector de limitado ámbito, y, al contrario, aparece más inusualmente en convenios colectivos de grandes empresas y de sector estatal o autonómico, se manifiesta corrientemente de manera directa cuando se mantiene la norma derogada sin alusión alguna a la norma reformada. Pero a veces el desfase temporal se aprecia de manera no tan directa, generando situaciones jurídicas más complejas. Nuestra mejor doctrina científica enumera algunos supuestos[24]:

1º. Cuando se mantienen normas derogadas con ligeras modificaciones tendentes a adaptarlas al principio de igualdad, *"generando … un efecto inmovilizador que reimplanta, a través de la negociación colectiva, instituciones o reglas cuya filosofía pretendió erradicar hace tiempo el legislador … (como la) dote por matrimonio que sigue vigente en algunos convenios colectivos (excepcionalmente es de reconocer) presuntamente adoptada a los mandatos estatutarios y constitucionales por el simple método de incluir entre sus titulares a los trabajadores varones"*.

2º. Cuando se respetan en el convenio colectivo las normas vigentes pero sin eliminar totalmente consecuencias derivadas de las normas derogadas, con *"una clara violación del principio de seguridad jurídica"*. Así, en el artículo 54 del II Convenio Colectivo único para el personal laboral de la Administración General del Estado, BOE de 14.10.2006, se sigue calificando la excedencia para el cuidado de hijos o familiares como

[24] Teresa PÉREZ DEL RÍO / María Fernanda FERNÁNDEZ LÓPEZ / Salvador DEL REY GUANTER, "Discriminación e igualdad en la negociación colectiva", Instituto de la Mujer, Madrid, 1993, página 115.

excedencia voluntaria, aunque incluso se mejora el régimen legal vigente al momento de aprobación del convenio colectivo –el anterior a la LOIEMH-.

No debiera caber duda alguna, desde una perspectiva jurídica, de la ilegalidad de las cláusulas convencionales ancladas en legalidades superadas. Pero *"una cierta inseguridad jurídica se crea y ante esa inseguridad, indirectamente, se fomenta el no ejercicio de los derechos reconocidos en las … normas estatales"*[25]. Asimismo, se generan conflictos innecesarios al crear expectativas de derechos inexistentes como se aprecia en una STSJ/Castilla La Mancha de 25.2.1998, Ar. 1998 404, que desestima una reclamación de dote matrimonial por una trabajadora[26].

Ahora bien, y aún con estos inconvenientes, no es menos cierto que trasladar la letra de la regulación legal a la negociación colectiva, no sólo ostenta las mismas funciones simbólica y pedagógica que las cláusulas antidiscriminatorias generales, sino la adicional de fomentar el ejercicio de los derechos reconocidos en las normas estatales. Por ello, las debemos considerar positivas, aunque alertando sobre la necesidad de constante revisión para que se produzca la adecuada actualización de contenidos, permitiendo el cumplimiento de las funciones propias de dichas cláusulas.

Siguiendo esta misma línea de pensamiento, el Acuerdo Interconfederal sobre Negociación Colectiva para el año 2008, se refiere, en su Anexo II, sobre la *"igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres"*, a *"la adecuación del contenido de los convenios colectivos a la normativa vigente o, en su caso, la mejora de la misma, eliminando aquellas cláusulas que estén superadas por modificaciones normativas en materia de no discriminación y reconocimiento de igualdad de trato"*. No son pues cláusulas rechazables, pero sí se obliga a su revisión permanente.

---

[25] Según afirma Carlos Luis ALFONSO MELLADO, "El convenio …", obra citada, página 93.

[26] Comentada esta resolución judicial por Elisa SIERRA HERNAIZ en "La dote matrimonial o la inducción a la mujer a dejar el puesto de trabajo", Aranzadi Social, Volumen I, 1998, BIB 1998 378.

b) Sobre los defectos de técnica normativa.

Las cláusulas de transmisión de las normas legales a los convenios colectivos conocen diversas técnicas normativas. A veces la cláusula convencional se remite a la norma legal, citándola expresamente o sin cita expresa. A veces se copia literalmente el contenido de la norma legal de manera íntegra o de manera parcial. A veces se realiza un resumen de la norma legal remitida. Tales técnicas normativas teóricamente posibles son las que se utilizan en la práctica convencional, sin que sea necesario aportar ejemplos cuando ese aporte nada sustancial añadiría a nuestra exposición.

Dicho en términos de carácter general, la correcta utilización de cada técnica normativa no tendría por qué generar más problemas que los que se derivan de las propias cláusulas de transmisión de las normas legales –la creación de una apariencia de igualdad y los problemas de desfase temporal-. Ahora bien, la utilización incorrecta de la técnica normativa sí puede generar algunos problemas adicionales, de los que daremos cuenta sin ánimo exhaustivo en la enumeración siguiente –y aquí sí es necesario aportar ejemplos para la adecuada comprensión de la incorrección técnica-.

1ª. La transmisión incompleta de la norma legal correspondiente. Cuando la copia literal de la norma legal es parcial, o cuando se realiza un resumen, se pueden generar problemas por la transmisión incompleta, que serán problemas más de entendimiento por los destinatarios del convenio colectivo, en la medida en que pueden creer completa la regulación convencional, que de interpretación normativa por los operadores jurídicos, ya que, sea cuál sea la copia parcial o cómo se haga el resumen, lo que siempre deberá prevalecer es el texto íntegro de la norma legal transmitida.

Tomando un ejemplo en materia de derechos de la trabajadora víctima de violencia de género, se comprueba como el artículo 29 del II

Convenio Colectivo estatal de instalaciones deportivas y gimnasios, BOE de 6.9.2006, resume sin olvidos sustanciales el régimen del derecho a acomodar la jornada de trabajo del artículo 37.7 del ET. Pero como no se alude a los demás derechos laborales del artículo 21 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, se puede transmitir la idea de que el único aplicable es el que se recoge en el texto del referido Convenio Colectivo.

De ahí la necesidad de vigilar la redacción convencional cuando se opte por una copia parcial o por un resumen de la norma legal, cuidando de no prescindir de los datos centrales de la regulación para evitar la aparición de creencias erróneas en los destinatarios del convenio colectivo, y, además, si se trata de una norma legal donde se regulan distintos derechos, realizar una enumeración de todos los derechos, para evitar la impresión de que sólo están vigentes aquellos que se recogen en el convenio colectivo.

Otra posible solución es completar la copia parcial o el resumen de la norma legal con la cita expresa de la norma legal. Tal técnica combinada es la usada en el artículo 34 del IV Convenio Colectivo marco estatal de servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal, BOE de 4.8.2006, que resume los derechos de trabajadora víctima de violencia de género con el encabezado inicial *"según lo dispuesto en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género"*.

2ª. La transmisión literal de remisiones a la negociación colectiva. En algunas ocasiones, la norma legal contiene una remisión a la negociación colectiva que se copia literalmente en la cláusula de transmisión de la norma legal, o que se traspone con otras fórmulas diferentes a una explícita concreción de la remisión legal. De este modo, surge la duda sobre si estamos ante una mera copia sin sentido o ante un desliz negocial determinantes de una aporía interpretativa irresoluble, o si la transposición encuentra algún sentido operando como la concreción de la remisión legal.

Un ejemplo, referido al permiso de lactancia, es el artículo 27 del V Convenio Colectivo estatal para los centros de enseñanzas de peluquería y estética, de enseñanzas musicales y artes aplicadas y oficios artísticos, BOE de 2.7.2007, que, en cuanto a la posibilidad ex artículo 37.4 del ET de *"acumularlo en jornadas completas en los términos previstos en la negociación colectiva o en el acuerdo a que llegue (la mujer) con el empresario respetando, en su caso, lo establecido en aquélla"*, establece la posible acumulación *"en los términos previstos en la legislación vigente"*.

3º. La transmisión de las normas legales en un lugar inidóneo. Por ejemplo, en el artículo 54 del II Convenio Colectivo único para el personal laboral de la Administración General del Estado, BOE de 14.10.2006, se regula la suspensión del contrato de trabajo de la trabajadora víctima de violencia de género dentro del artículo sobre excedencias voluntarias –y ello contrasta con la circunstancia de que, al regular esa suspensión, la norma convencional introduce importantes mejoras sobre la regulación legal, como la retribución durante los dos primeros meses de excedencia-.

III. LENGUAJE SEXISTA Y NEGOCIACIÓN COLECTIVA.

Nos puede parecer que, dentro del abanico de medidas de igualdad que se pueden establecer en un convenio colectivo, las dirigidas a la eliminación del lenguaje sexista son un tema menor, incluso anecdótico, sin una trascendencia jurídica real sobre la situación de los/as trabajadores/as. Pero sí ostenta un gran valor simbólico. Si consideramos que el sexismo del lenguaje obedece a las mismas causas a las cuales obedece la discriminación sexista, deberíamos concluir que ningún convenio colectivo debiera legitimar, aunque sea indirectamente a través del lenguaje, un discurso no igualitario. De este modo, la implicación de los agentes

sociales en la igualdad de género sería incompleta si no se contemplase la asunción del lenguaje no sexista en la redacción de convenios colectivos.

Ciertamente, es la comunidad lingüística, y no los negociadores colectivos, quien erradicará –o no- el lenguaje sexista, y –si lo erradica- decidirá las alternativas lingüisticas al lenguaje sexista. Aunque ello no impide a los negociadores colectivos –y su decisión debe ser alabada- que asuman el lenguaje no sexista en la redacción de convenios colectivos. Por ello, se valora con agrado que, en el Acuerdo Interconfederal sobre Negociación Colectiva para el año 2008, se aluda, en su Anexo II, sobre la *"igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres"*, a *"la eliminación de denominaciones sexistas en la clasificación profesional (categorías, funciones, tareas)"*, un aspecto muy denunciado de sexismo en el lenguaje.

Al respecto, los negociadores colectivos, especialmente a nivel de sector estatal o autonómico y en las grandes empresas, utilizan cada vez más frecuentemente los genéricos neutros o la enunciación expresa de ambos sexos. En estos niveles se ha superado, diciéndolo con generalidad, la tradicional asignación a mujeres y hombres de categorías profesionales[27]. También a estos niveles se están implantando las llamadas cláusulas de género neutro, afirmando, por ejemplo, que *"en el texto del Convenio se ha utilizado el masculino como genérico para englobar a los trabajadores y trabajadoras, sin que esto suponga ignorancia de las diferencias de género existentes, al efecto de no realizar una escritura demasiado compleja"*.

Inicialmente aparecían en la periferia de los convenios colectivos –la disposición adicional 6ª del III Convenio Colectivo estatal de gestorías administrativas, BOE de 23.5.2006, la disposición adicional 2ª del II

[27] Ya en el Informe 2/2003 del Consejo Económico y Social se afirmaba que *"ha pasado a ser residual la presencia de cláusulas discriminatorias de tipo directo y abierto que antes eran muy habituales, como las relativas a utilizar el género femenino para denominar determinadas categorías"*, página 71.

Convenio Colectivo de instalaciones deportivas y gimnasios, BOE de 6.9.2006, o el Anexo III del Convenio Colectivo marco estatal de acción e intervención social, BOE de 19.7.2007-. Actualmente se están pasando a su articulado –como se observa en el artículo 36 del Convenio Colectivo de la recuperación de residuos y materias primas secundarias, BOE de 23.10.2007, o en el artículo 41, letra c), del Convenio Colectivo estatal del sector de desinfección, desinsectación y desratización, BOE de 7.11.2007-.

Otros convenios colectivos de sector estatal contienen otro modelo diferente de cláusula de género neutro –en la disposición adicional 8ª del X Convenio Colectivo de ámbito estatal de centros de asistencia y educación infantil, BOE de 7.6.2007, y en la disposición adicional 9ª del V Convenio Colectivo estatal para los centros de enseñanzas de peluquería y estética, de enseñanzas musicales y de artes aplicadas y oficios artísticos, BOE de 2.7.2007, ambos muy feminizados- en los siguientes términos –aunque no haya consecuencias diferentes entre el acogimiento de uno u otro modelo-:

"La posibilidad de que la utilización de modos de expresión no sexista, garantes de la presencia de la mujer en plano de igualdad, pudiera representar una dificultad añadida a la lectura y comprensión del presente Convenio, mueve a manifestar a los firmantes de este texto, que toda expresión que defina una actividad o condición, como los de trabajador, empresario, delegado, afiliado, etcétera, es utilizada en el sentido comprensivo de las personas de ambos sexos, salvo en aquellos casos en que, por imperativo legal, (sean derechos que) correspondan a la mujer".

También es destacable la regulación relativa al *"campo de actuación lenguaje"* contenida en el Plan de Igualdad entre mujeres y hombres del Grupo Eroski –artículo 64 del I Convenio Colectivo del Grupo Eroski, BOE de 6.6.2006-, donde se establecen como *"planes de acción"*: *"elaboración libro de estilo sobre la utilización del lenguaje no sexista; revisión de documentos sobre el uso de lenguaje discriminatorio;*

elaboración de criterios para la utilización de imágenes y eslóganes en los soportes de comunicación publicitarios e imagen externa; introducir la variable hombre / mujer en todo tipo de encuestas; sensibilización por la igualdad y pautas para un lenguaje no sexista en escritos, paneles, etc".

Pero es cuando bajamos a sectores provinciales o a convenios colectivos de pequeñas o medianas empresas cuando el uso del lenguaje resulta menos cuidado. Al respecto, me permito utilizar las conclusiones que en cuanto al lenguaje convencional se establecen en un reciente estudio sobre esos ámbitos negociales donde se denuncian múltiples disfunciones[28]:

1ª. La utilización general del género masculino, con absoluto olvido del género femenino, de modo que *"los términos trabajador, empleado, operario, beneficiario, heredero … aparecen reiteradamente sin que en ningún caso se utilice el correlativo femenino"* –y sólo un convenio incluye una cláusula de género neutro, y es el de una gran empresa como Citröen-.

2ª. El mantenimiento de categorías profesionales en femenino en convenios colectivos, como *"la utilización de cocinera, o de mujer de la limpieza, o limpiadora frente a peón corriente, o de taquimecanógrafa / traductora y taquimecanógrafa frente a la definición en masculino de las demás categorías profesionales … o de secretaria y auxiliar limpiadora"*.

3ª. La utilización del género bajo el presupuesto de ser un hombre el destinatario de la norma convencional, *"por ejemplo, cuando en relación con el fallecimiento o enfermedad grave de parientes, se utiliza el término esposa y no de cónyuge a la hora de regular los permisos … (lo que) sucede muy en particular en unidades de negociación masculinizadas"*.

[28] Me refiero al estudio sobre una muestra de 22 convenios de empresa del Área Intermunicipal de Vigo –entre ellos el de Citröen, que, justamente, es el único de los analizados que, sin ser perfecto, no incurre en notorias disfunciones-, y de 4 convenios de la Provincia de Pontevedra –construcción, derivados del cemento, metal y mármoles y piedras- realizado por Jaime CABEZA PEREIRO (coordinador) / Susana RODRÍGUEZ ESCANCIANO / Lourdes MELLA MÉNDEZ / Beatriz AGRA VIFORCOS, "Análisis de xénero na negociación colectiva do metal e da construcción en empresas da Mancomunidade da Área Intermunicipal de Vigo", Proxecto Conta con Elas / Área Meropolitana de Vigo, 2007, páginas 95 y 96.

4ª. Los errores semánticos delatores de una idea subliminal sexista, como *"la referencia a los derechos reconocidos a la mujer trabajadora al regular las excedencias"* –cuando, y salvado el caso de la víctima de violencia de género, no hay derechos a excedencia de titularidad femenina-, o *"la alusión a la excedencia por maternidad"* –institución inexistente-.

5º. Las correcciones parciales en el lenguaje sexista, como utilizar la formula trabajadores/as *"cuando se regulan cuestiones determinadas … como el derecho a la intimidad y a la protección frente al acoso sexual"*. O utilizar *"para grupos, categorías o puestos de trabajo feminizados una expresión neutra, que contrasta con la expresión masculina de los demás"*.

IV. CLÁUSULAS SOBRE COMPETENCIAS EN MATERIA DE IGUALDAD DE LA REPRESENTACIÓN DEL PERSONAL DE LA EMPRESA.

La LOIEMH ha roto la pasividad legal en cuanto al Derecho Colectivo del Trabajo, y lo ha hecho afectando no sólo la regulación de la negociación colectiva –como se ha analizado en el Capítulo Primero-, sino además, aunque en menor medida, la regulación sobre representación legal de trabajadores/as, introduciendo –a través de lo establecido en su disposición adicional 11.15º y 16º- las siguientes nuevas competencias de los comités de empresa –ex artículo 64 del ET-, extensibles a delegados/as de personal –de conformidad con lo establecido en el artículo 62 del ET-:

1º. *"(El) derecho 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, entre la que se incluirán 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 entre mujeres y hombres en la*

empresa y, de haberse establecido un plan de igualdad, sobre la aplicación del mismo". Tal derecho a recibir información presenta dos finalidades:

a) De un lado, como un instrumento necesario o conveniente para la negociación de medidas de igualdad o, en su caso, de planes de igualdad.

b) Y de otro lado, como un mecanismo de obtención de datos para la fundamentación de reclamos a la empresa, inclusive demandas judiciales.

2º. *"(La) vigilancia del respeto y aplicación del principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres"*.

3º *"(La colaboración) con la dirección de la empresa en el establecimiento y puesta en marcha de medidas de conciliación"*.

Nuevas competencias que, aún calificándolas de *"modestas"*, la doctrina científica considera conllevan *"un importante cambio en el funcionamiento de las estructuras representativas"*, de modo que *"se vaya poco a poco cediendo a una concepción más plural de la persona tipo cuyos derechos y expectativas se defiende, no necesariamente coincidentes con los de un trabajador varón con una gran disponibilidad de tiempo"*[29].

Con anterioridad a la LOIEMH, la ausencia de referencias en la negociación colectiva a la igualdad por razón de sexo / género al regular la representación del personal –o la comisión de vigilancia del convenio colectivo- era casi tan clamorosa como en la legislación estatal. Aunque los ejemplos no son fáciles de encontrar, citaré dos gallegos. Uno es el artículo 3.2.a) del IV Convenio Colectivo único del personal laboral al servicio de la Xunta de Galicia, DOGa de 4.7.2002, donde se atribuye a la comisión de vigilancia la competencia de *"asegurar la no discriminación de la mujer"*.

Otro ejemplo es el artículo 11 del Convenio Colectivo de la industria siderometalúrgica y talleres de reparación de vehículos de la Provincia de Ourense, BOP de 27.4.2006, donde se atribuye a la representación del

[29] Jaime Cabeza Pereiro, "Derecho colectivo y principio de igualdad", en la obra colectiva, que he dirigido, "Ley de Igualdad y Contrato de Trabajo", Editorial Francis Lefebvre, Madrid, 2007, página 162.

personal una amplia competencia sobre vigilancia del principio de igualdad que abarca tanto las condiciones de contratación como los salarios, la promoción o la conservación del puesto de trabajo, y expresamente se refiere a la garantía frente a represalias por cuestiones relativas a la intimidad y a la evitación del lenguaje sexista en la redacción del convenio.

Tras la LOIEMH, se ha modificado algo el rumbo de la negociación colectiva debido a la habitual tendencia de la negociación colectiva a ser correa de transmisión de las normas legales –generando unas nuevas cláusulas de transmisión de las normas legales a los convenios colectivos-, aunque aún sean escasos los convenios colectivos con cláusulas negociales donde se mejoran las competencias legales de la representación del personal, pudiendo citarse –y aquí me limito, para evitar innecesarias e inútiles reiteraciones, a la cita de convenios colectivos de sector estatal-:

a) El Convenio Colectivo de la banca, BOE de 16.8.2007, que establece –en su artículo 46.3.IV, sobre *"garantía de igualdad de oportunidades y no discriminación entre las personas"*- que *"para facilitar el seguimiento de la aplicación del principio de igualdad entre hombres y mujeres, las empresas facilitarán anualmente a la representación sindical los datos relativos a sexo, antigüedad en la empresa, grupo y nivel profesional según se establece en el artículo 7, de forma que pueda seguirse la evolución de las plantillas desde una perspectiva de género"*.

b) El Convenio Colectivo de perfumería y afines, BOE de 23.8.2007, que establece –en su artículo 22.IV, sobre *"ingresos"*- que *"la dirección de la empresa comunicará a los representantes de los trabajadores el puesto o puestos de trabajo que piensa cubrir, las condiciones que deben reunir los aspirantes y las características de las pruebas de selección"* con la finalidad de que esa representación *"(vele) por su aplicación objetiva, así como por la no discriminación de la mujer en el ingreso en la plantilla"*.

c) El XV Convenio Colectivo de la industria química, BOE de 9.8.2007, que, en su artículo 104, y el III Convenio Colectivo estatal de la madera, BOE de 7.12.2007, que, en su disposición adicional 6ª, regulan las competencias de información y negociación de la representación del personal en orden a la implantación de planes de igualdad. También en el convenio de químicas –no así el de la madera- se establece, en su artículo 105, una comisión paritaria sectorial por la igualdad de oportunidades.

d) El Convenio Colectivo del sector de harinas panificables y sémolas, BOE de 3.9.2007, que establece –en su Anexo I, sobre *"derechos sindicales"*-, que, *"sin perjuicio de los derechos y facultades reconocidos por las leyes"*, el comité de empresa ostentará la función de *"(velar) por que en los procesos de selección de personal se cumpla (no sólo) la normativa vigente o pactada, sino también por los principios de no discriminación, igualdad de sexo y fomento de política racional de gasto"*.

Si se comparan estas cláusulas negociales con las normas legales se observará como, en muchos casos, no son más que reiteraciones o aplicaciones concretas no difícilmente deducibles de las normas legales. Pero esto no supone demérito alguno para unas cláusulas negociales que, al abordar una temática hasta ahora inhabitual en la negociación colectiva, roturan interesantes caminos a recorrer. Y antes al contrario, la reiteración de las normas legales o su aplicación a un caso concreto fomentan el ejercicio de estas nuevas competencias por la representación del personal.

V. LAS COMISIONES DE IGUALDAD.

Tanto antes como sobre todo después de la LOIEMH, algunos convenios colectivos han instaurado comisiones de igualdad, lo cual no nos debiera resultar extraño porque no supone más que aplicar al ámbito de las relaciones laborales la afirmación general de que los aspectos organizativos

de la igualdad repercuten directamente sobre la eficacia de la igualdad entre mujeres y hombres –afirmación general justificativa de la existencia de organismos públicos de igualdad o unidades administrativas de igualdad, y, en general, de instituciones específicas de tutela de la igualdad de género-.

Las competencias más usualmente atribuidas a las comisiones de igualdad son, en los convenios de empresa, las relativas al seguimiento del plan de igualdad de la empresa, y, en los convenios de sector, las relativas al asesoramiento de aquellas empresas que instauren planes de igualdad. Ahora bien, al hilo de esas competencias, se suelen atribuir otras competencias desvinculadas de los planes de igualdad y de carácter más genérico en materia de igualdad. E incluso algunos convenios atribuyen a la comisión de igualdad competencias generales en materia de igualdad.

a) Comisiones de igualdad con competencias de seguimiento del plan de igualdad de la empresa.

Un primer modelo competencial de comisiones de igualdad es el atributivo de competencias de seguimiento del plan de igualdad de la empresa, y se aparece en los convenios colectivos de empresa. Además, la práctica negocial de implantar una comisión de igualdad siempre que se implanta un plan de igualdad se encuentra extendida. Efectivamente, el análisis de los planes de igualdad de tres grandes empresas nos demuestra que en los tres casos se crearon comisiones de igualdad con competencias de seguimiento: Grupo Eroski, Grupo Repsol y Grupo Banco Santander.

(1) El plan de igualdad del Grupo Eroski, recogido en el artículo 64 del Convenio Colectivo del Grupo Eroski, BOE de 6.6.2006, contempla la creación del *"observatorio de la mujer"* cuya competencia es *"la definición y el seguimiento del Plan de Igualdad entre Mujeres y Hombres en Eroski en su conjunto, de modo que las medidas que se implanten a*

corto plazo, se consoliden y asimismo se alcancen los objetivos a medio y largo plazo". Más que una comisión es un foro de *"personas trabajadoras del Grupo Eroski que ocupen cargos de diferente responsabilidad"*.

(2) El plan de igualdad del Grupo Repsol, recogido en el anexo VIII del II Convenio Colectivo de Repsol YPOF S.A., BOE de 6.3.2007, atribuye a la *"comisión por la igualdad"* las competencias de *"seguimiento … de la correcta aplicación de las medidas contenidas en este Pacto"*, agregando que *"para facilitar el seguimiento los sindicatos firmantes podrán designar agentes colaboradores … de igualdad de oportunidades"*.

(3) El plan de igualdad del Grupo Santander, firmado el 8.10.2007, contempla la creación de una *"comisión de seguimiento constituida por la dirección de la empresa y un miembro de cada una de las representaciones sindicales firmantes"*, y cuyas competencias, además del *"cumplimiento y desarrollo de este Plan de Igualdad"*, son (1) conocer *"de las denuncias que tengan lugar de conformidad con el procedimiento establecido … sobre temas de acoso sexual"*, (2) *"identificar ámbitos prioritarios de actuación"*, (3) *"promover acciones formativas y de sensibilización que animen a las mujeres a participar en la igualdad de oportunidades"*, (4) *"realizar evaluaciones anuales del grado de cumplimiento, consecución de objetivos y desarrollo del Plan de Igualdad"*, y (5) *"el seguimiento de la aplicación de las medidas legales que se establezcan para fomentar la igualdad potenciando las acciones formativas necesarias para ello"*.

Obsérvese, en consecuencia, la tendencia a atribuir a las comisiones de igualdad competencias adicionales a las propias de seguimiento del plan, lo cual las acabará convirtiendo en comisiones con competencias generales.

b) Comisiones de igualdad con competencias de asesoramiento para la implantación de planes de igualdad.

Un segundo modelo competencial de comisiones de igualdad es el atributivo de competencias de asesoramiento a las empresas que instauren planes de igualdad, y se aparece en los convenios colectivos de sector desde la regulación de los planes de igualdad a través de la LOIEMH. Hemos rastreado tres ejemplos a nivel de sector estatal: el XV Convenio Colectivo de la industria química, BOE de 29.8.2007, el Convenios Colectivo de ámbito estatal para las industrias extractivas, industrias del vidrio, industrias cerámicas y para las del comercio exclusivista de los mismos materiales, BOE de 31.8.2007, y el Convenio Colectivo de ámbito estatal del sector de mediación en seguros privados, BOE de 22.10.2007.

(1) Se instaura en el convenio de químicas –artículo 105- una *"comisión paritaria sectorial por la igualdad de oportunidades"* con las competencias de *"entender en términos de consulta sobre dudas de interpretación y/o aplicación que puedan surgir en relación con las disposiciones sobre planes de igualdad establecidas en los artículos anteriores"*, y de *"seguimiento de la evolución de los planes de igualdad acordados en las empresas del sector"*. Pero además de esas competencias, se incluyen otras que, aparentemente desconectadas, se pueden interpretar como pasos previos para la elaboración de un código sectorial de igualdad con contenidos sustantivos propios con carácter imperativo u orientativo.

a) En primer lugar, se regulan dos competencias en relación con la Comisión Mixta de interpretación, conciliación y vigilancia. Una es la *"posibilidad de elaborar dictámenes técnicos"* a solicitud de dicha Comisión. Y la otra es, *"si así se pacta en el seno de la misma, podrá elaborar un estudio específico en relación con la igualdad de oportunidades en el sector, y, en concreto una evaluación de la situación laboral y de empleo de las mujeres, a realizar a través de la encuesta de aplicación del Convenio"*, para lo cual los datos se desagregarán por sexo.

b) En segundo lugar, y *"en base a las conclusiones obtenidas, se examinará de nuevo con el Instituto de la Mujer un posible convenio de colaboración concreto, así como la posibilidad de elaborar un código de buenas prácticas en materia de igualdad de trato y oportunidades en las empresas de la industria química"*. Sea como fuere, es decir hayan fructificado o hayan fracasado una o ambas de las iniciativas, *"el resultado de la puesta en común de estos informes y sus conclusiones, constituirá la memoria anual sobre igualdad de oportunidades del sector químico"*.

(2) Se instaura en el convenio del vidrio –cláusula adicional 1ª- una *"comisión de igualdad"* con competencias acerca *"(del) seguimiento del plan de igualdad entre hombres y mujeres en el sector"* y *"anualmente hará una valoración de los planes de igualdad en las empresas del sector"*.

(3) Se instaura en el convenio de la mediación –artículo 79- una *"comisión paritaria de igualdad"* que, *"compuesta por 7 miembros en las mismas condiciones que la Comisión Mixta de interpretación y vigilancia del Convenio, y con la condición de que sean los mismos designados para la citada Comisión … (compartiendo) el crédito horario de 28 horas"*, ostenta, *"con la finalidad de interpretar y aplicar correctamente la Ley (Orgánica) 3/2007 (es decir, la LOIMH)"*, las funciones de (1) *"obtención mediante encuestas u otros medios que se acuerden de información anual sectorial de las medidas implantadas en las diferentes empresas y de las plantillas, disgregadas por categorías profesionales y género"* (2) *"asesoramiento a las empresas que lo soliciten sobre los derechos y obligaciones en materia de igualdad, así como en materia de implantación de planes"*, (3) *"mediación y, en su caso, arbitraje en aquellos casos que voluntaria y conjuntamente le sean sometidos por las partes afectadas, y que versen sobre la aplicación e interpretación de los planes de igualdad"*, y (4) *"recabar información de las empresas sobre las incidencias y dificultades que pueda generar la aplicación de la ley de igualdad"*.

Obsérvese, en consecuencia, que, al ser comisiones sectoriales, sus competencias difieren de las comisiones de empresa, y tienden a funcionar como instituciones de apoyo en la aplicación de la ley en las empresas, aunque algunas van algo más allá, buscando implantar planes sectoriales.

c) Comisiones de igualdad con competencias generales de igualdad por razón de sexo / género.

Un tercer modelo competencial de comisiones de igualdad, que se puede aparecer en cualquier clase de convenio colectivo, es el atributivo de competencias generales en materia de igualdad por razón de género / sexo, y no sólo de competencias relacionadas con la implantación de planes de igualdad. Citaremos dos ejemplos, uno de sector estatal –el Convenio Colectivo de grandes almacenes, BOE de 27.4.2006-, y otro de empresa –el II Convenio Colectivo único para el personal laboral de la Administración General del Estado, BOE de 14.10.2006-. Ambos ejemplos presentan dos particularidades destacadas. La primera es que se refieren no sólo a la igualdad por razón de sexo / género, sino a todas las formas de discriminación. Y la segunda es que son anteriores a la LOIEMH –de ahí que, por ejemplo, no se contemple la posibilidad de los planes de igualdad-.

(1) El convenio de grandes almacenes –artículo 54- instaura una comisión para la igualdad de oportunidades y la no discriminación *"integrada por la representación empresarial y los sindicatos firmantes del convenio"*, *"que se dotará de un reglamento interno de funcionamiento"*, y entre cuyas funciones –la mayoría vinculadas a la discriminación por razón de sexo / género- se encuentran (1) la de *"(realizar) un estudio sobre la evolución del empleo con especificación del sexo en contacto con el observatorio de empleo y la igualdad de oportunidades en el sector y en base a ello realizará políticas activas que eliminen las eventuales*

discriminaciones que pudieran detectarse por razón de sexo, estado civil, edad, procedencia territorial, y demás circunstancias que pudieran originar discriminación o quiebra del principio de igualdad de oportunidades", y (2) la de *"(elaborar) una guía de buena conducta"*.

(2) El convenio del personal laboral estatal –artículo 5- instaura una *"comisión para la igualdad"* dependiente de la comisión de interpretación, vigilancia, estudio y aplicación, que *"será paritaria y estará integrada por once representantes de cada una de las partes firmantes del convenio"*, estableciéndose como funciones (1) la de que *"velará en el ámbito del presente convenio por el desarrollo y cumplimiento de la legislación para la igualdad y para evitar la discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social"*, y (2) la de que *"controlará, vigilará y podrá elevar, en su caso, propuestas de modificación de las circunstancias discriminatorias al órgano pertinente para la corrección de las mismas"*. A efectos de cumplir esas funciones, *"la comisión podrá ser consultada y emitir informe acerca de las cuestiones que pudieran suscitarse con relación a los distintos procedimientos de gestión y aplicación del presente convenio que afecten a sus competencias"*, y *"los trabajadores acogidos a este convenio podrán dirigirse directamente o a través de sus representantes cuando estimen que se ha producido o que se pueda producir una situación discriminatoria"*.

Obsérvese, en consecuencia, que, en estos casos, las competencias atribuidas a las comisiones de igualdad no se han limitado materialmente.

d) Algunas consideraciones finales.

Las comisiones de igualdad, cualquiera que sea su denominación, si reguladas de manera adecuada y funcionando de manera rigurosa, son instrumentos eficaces para la consecución de la igualdad de oportunidades

en las empresas –y no sólo por razón de sexo / género-. Tras la LOIEMH, han proliferado, aunque su implantación dista mucho de ser la deseable, existiendo muchos ámbitos negociales donde no se contemplan, e incluso en sectores o empresas feminizadas. Y sus competencias suelen estar vinculadas a la implantación de los planes de igualdad en las empresas, si bien se ha observado la tendencia positiva de generalizar sus competencias. Una tendencia que, seguramente acentuada en la práctica por la dificultad de deslindar lo que está o puede estar en el plan de igualdad y la materia relacionada con el principio de igualdad, las acabará convirtiendo, presumiblemente, en comisiones de igualdad con competencias generales. Algunos convenios colectivos –caracterizados, además, por ampliar las competencias a todas las formas de discriminación- así ya lo han previsto de manera directa, atribuyéndoles competencias generales sobre igualdad.

Por lo demás, la creación de comisiones de igualdad no es incompatible –y algunos convenios colectivos regulan ambas cuestiones- con la atribución de competencias en materia de igualdad a la representación del personal –extremo éste obligatorio a la vista de la regulación vigente-, o a la comisión de vigilancia del convenio colectivo.

CAPÍTULO TERCERO

IGUALDAD POR RAZÓN DE SEXO / GÉNERO EN EL ACCESO AL EMPLEO, EN LA FORMACIÓN Y EN LA PROMOCIÓN PROFESIONAL

SUMARIO: I. EL ACCESO AL EMPLEO DESDE UNA PERSPECTIVA DE GÉNERO. II. DISCRIMINACIONES: a) Discriminaciones directas y abiertas. b) Discriminaciones directas y disimuladas. c) Discriminaciones indirectas. d) La negociación colectiva frente a las discriminaciones. **III. CLÁUSULAS DE ACCIÓN POSITIVA EN EL ACCESO AL EMPLEO Y EN LA PROMOCIÓN PROFESIONAL EN EL SENO DE LA EMPRESA. IV. EL PERIODO DE PRUEBA: INCIDENCIA DE SU REGULACIÓN EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA A LOS EFECTOS DE MEJORAR LA IGUALDAD ENTRE SEXOS. V. CONCLUSIONES.**

I. EL ACCESO AL EMPLEO DESDE UNA PERSPECTIVA DE GÉNERO.

Particulares circunstancias contribuyen, aún en la actualidad, a la configuración del colectivo de mujeres como mano de obra de carácter secundario. Tal situación, sin duda, es fruto de la peculiar motivación tradicionalmente determinante de la incorporación de trabajadoras al mercado laboral: el acceso al trabajo, históricamente, respondió a la necesidad básica de complementar o, en supuestos particulares (viudedad o invalidez del hombre), sustituir la aportación del varón a la economía familiar, de carácter por consiguiente principal. Esto es, a pesar de la creciente superación de roles sociales que relegaban el trabajo de la mujer al ámbito doméstico y familiar, persiste la discriminación colectiva de las mujeres en el mercado laboral. Lo revelan, entre otros, los hechos

siguientes: la inferior tasa de población activa femenina, el mayor impacto del desempleo entre las trabajadoras, la segregación horizontal y vertical de que son objeto las mujeres, al resultar confinadas no sólo en particulares actividades, sino también en puestos menos cualificados, o incluso en modalidades atípicas de contratación o trabajo (contratación a tiempo parcial, de duración determinada, trabajo autónomo, empleo sumergido…).

El panorama expuesto deriva de las múltiples discriminaciones por razón de sexo o género albergadas por el ordenamiento jurídico, bien sean directas (a su vez, abiertas o disimuladas) o indirectas. Las páginas que siguen pretenden, en particular, la detección de las discriminaciones convencionales, de uno u otro tipo, en el acceso al empleo, en la formación y en la promoción profesional[30], tratando, a través del examen del muestreo de convenios seleccionados, de desgajar las pautas de la negociación colectiva en la materia. Debe, de entrada, llamarse la atención sobre la especial dificultad que reviste la tarea propuesta, al analizarse no sólo la disciplina convencional de un aspecto de la relación contractual –la promoción profesional en el seno de la empresa-, sino también un estadio previo a la propia contratación; etapa, como es sabido, caracterizada por una mayor indefensión de la trabajadora ante eventuales discriminaciones. Por ello, resulta sumamente relevante el tratamiento deparado por los convenios colectivos a los procesos de selección de personal, mediante la determinación del contenido de las pruebas de acceso al empleo, la imposición de la presencia de representantes de los trabajadores en su desarrollo o, incluso, a través del señalamiento de medidas favorecedoras de la contratación de colectivos –especialmente de mujeres- con menor

[30] La formación profesional –como se deduce de su misma regulación conjunta *ex* artículo 23 del ET- conforma un instrumento esencial para la promoción en el empleo. Formación y promoción pueden así considerarse interdependientes o facetas de un mismo derecho de carácter complejo.

índice de empleo en los puestos de que se trate o con particulares dificultades de inserción laboral.

Tales medidas de discriminación o acción positiva son, de hecho, objeto de especial atención en este capítulo, entre cuyas pretensiones figura asimismo el desvelar las líneas de tendencia de la negociación colectiva en la materia. Diagnóstico de suma relevancia habida cuenta el llamamiento a los negociadores, efectuado por la LOIEMH, para establecer "medidas de acción positiva para favorecer el acceso de las mujeres al empleo"[31], siendo, a tal efecto, el plan de igualdad un instrumento adecuado.

En último término, un epígrafe de este capítulo se dedicará al examen de la regulación convencional de una figura clave en la etapa inicial de la contratación –el período de prueba-, así como al análisis de su incidencia a los efectos de mejorar la igualdad entre sexos.

II. DISCRIMINACIONES:

a) Discriminaciones directas y abiertas.

En el apartado de discriminaciones, resulta obligada una primera referencia a las calificadas como abiertas y directas, esto es, a las discriminaciones intencionales basadas directamente en el sexo[32]. Éstas se hallan hoy prohibidas por el ordenamiento jurídico, también en caso de

[31] Artículo 43 de la LOIEMH –titulado "Promoción de la igualdad en la negociación colectiva"-: "De acuerdo con lo establecido legalmente, mediante la negociación colectiva se podrán 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".

[32] La LOIEMH proporciona la siguiente definición: "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". En el mismo sentido, *vid.* artículo 2.1.a) de la Directiva 2006/54/CE, de 5 de julio.

manifestación en el acceso al empleo[33]: en efecto, como señaló el TC, al analizar el impacto de la Carta Magna en el Decreto de 26 de julio de 1957, sobre industrias y trabajos prohibidos a mujeres y niños por peligrosos e insalubres –STC 229/1992, de 14 de diciembre-, "el mandato de no discriminación por sexo del art. 14 CE, consecuente al principio de igualdad de derecho entre hombres y mujeres, exige desde luego eliminar aquellas normas jurídicas que (con la salvedad del embarazo y la maternidad) aunque históricamente respondieran a una finalidad de protección de la mujer como sujeto fisiológicamente más débil, suponen refrendar o reforzar una división sexista de trabajos y funciones mediante la imposición a las mujeres de límites aparentemente ventajosos pero que le suponen una traba para su acceso al mercado de trabajo". Por lo que el Alto Tribunal estima derogada la normativa controvertida, "por incompatible con la interdicción de discriminación por razón de sexo del art. 14 CE"[34]. La mujer ostenta, pues, "igualdad de derechos en lo que a acceso a cualquier profesión se refiere"[35].

El propio ET –artículo 4.2-, en coherencia con lo dispuesto por la Carta Magna, recuerda que "en la relación de trabajo, los trabajadores

---

[33] Las prohibiciones de acceso de las mujeres a determinados empleos, basadas en una voluntad "protectora" de aquéllas, han sido, sin embargo, muy frecuentes. Así, pueden citarse, entre otras, las siguientes normas prohibitivas: Ley de 24 de julio de 1883, que prohibía el trabajo de las niñas menores de 7 años o de 17 años en el caso del trabajo nocturno; Reglamento de policía minera de 1897, que prohibía el trabajo de las mujeres en el interior de las minas; Ley de 13 de marzo de 1990, por la que se regulaba el trabajo de mujeres y niños; Ley de 15 de agosto de 1927, sobre descanso nocturno de la mujer; Ley de 27 de febrero de 1912, conocida como "Ley de la Silla" que obligaba a facilitar un asiento a las mujeres, disposición posteriormente incorporada al artículo 169 de la Ley de Contrato de Trabajo; Declaración II.1 del Fuero del Trabajo, que encomendaba al Estado prohibir el trabajo nocturno de las mujeres y liberar a la mujer casada del taller y de la fábrica; Decreto de 26 de julio de 1957, sobre industrias y trabajos prohibidos a mujeres y niños por peligrosos e insalubres, que incluía un extenso listado de trabajos prohibidos.

[34] Posteriormente, la referida derogación resultó reiterada por la disposición derogatoria única de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales.

[35] BALLESTER PASTOR, M. A., *Normativa nacional en materia de igualdad de trato en el ámbito laboral y de la Seguridad Social*, AS, 1998, BIB 1998/608, p. 3. En el ámbito comunitario, sobre la ilegalidad de las normas protectoras de la mujer que no traen causa en la maternidad, *vid.* STJCE de 25 de julio de 1991, caso Stoeckel, Asunto C-249-91.

tienen derecho: […] c) A no ser discriminados directa o indirectamente para el empleo, o una vez empleados, por razones de sexo […]". Precepto, a su vez, completado con arreglo a lo dispuesto por el artículo 17 del mismo texto legal, a cuyo tenor "se entenderán nulos y sin efecto los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que contengan discriminaciones directas o indirectas desfavorables por razón de edad o discapacidad o favorables o adversas en el empleo, así como en materia de retribuciones, jornada y demás condiciones de trabajo por circunstancias de sexo, origen, incluido el racial o étnico, estado civil, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación sexual, adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con otros trabajadores en la empresa y lengua dentro del Estado español".

En el ámbito comunitario, la prohibición de discriminación en el ingreso al trabajo se halla plasmada en el artículo 14.1.a) de la Directiva 2006/54/CE, de 5 de julio, de aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, a cuyo tenor "no se ejercerá ninguna discriminación directa ni indirecta por razón de sexo en los sectores público o privado, incluidos los organismos públicos, en relación con: a) 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".

Por su parte, en el orden internacional –de suma relevancia a efectos de interpretación de los derechos fundamentales y libertades constitucionales, *ex* artículo 10.2 CE- procede destacar el Convenio núm. 111 de la OIT, de 25 de junio de 1958 –ratificado por España el 26 de octubre de 1967-, relativo a la discriminación en materia de empleo y

ocupación, cuyo artículo 1 señala que "el término 'discriminación' comprende cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación", a cuyos efectos "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".

Con todo, existe, una excepción: caben ofertas de "buena fe ocupacional dirigidas sólo a un sexo determinado", por ejemplo, en el supuesto de contratación, en el cine o el teatro, para la representación de un papel determinado –"un hombre para Romeo y una mujer para Julieta"-[36]. Dicha excepción se halla formulada en el artículo 14.2 de la Directiva 2006/54/CE –en la Directiva 76/207/CEE, artículo 2.2-, a cuyo tenor: "los Estados miembros podrán disponer, por lo que respecta al acceso al empleo, incluida la formación pertinente, que una diferencia de trato basada en una característica relacionada con el sexo no constituirá discriminación cuando, debido a la naturaleza de las actividades profesionales concretas o al contexto en que se lleven a cabo, dicha característica constituya un requisito profesional esencial y determinante, siempre y cuando su objetivo sea legítimo y el requisito proporcionado"[37].

Ya en el ámbito interno, el párrafo segundo del artículo 5 de la LOIEMH recoge idéntica excepción, por cierto expresamente recordada en algún convenio: tal es el caso del Convenio Colectivo estatal de la madera (B.O.E. de 07.12.07), cuya disposición adicional sexta –rubricada "Plan de

[36] LOUSADA AROCHENA, F. y JUSTO SUÁREZ, C., *Acceso ao emprego*, en AA.VV., *Estudo sobre a situación sociolaboral da muller en Galicia*, CGRL (Santiago de Compostela, 2007), p. 65.

[37] Al respecto *vid.* STJCE de 30 de junio de 1998, Asunto 318/86, Comisión de las Comunidades Europeas contra la República Francesa.

igualdad”- dispone que: “a efectos de lo regulado en el presente Convenio respecto a los planes de igualdad y a los diagnósticos de situación deberá tenerse en cuenta lo señalado en el artículo 5 de la Ley Orgánica 3/2007, según el cual, no constituirá discriminación en el acceso al empleo, incluida la formación necesaria, una diferencia de trato basada 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 esencial y determinante, siempre y cuando el objetivo sea legítimo y el requisito proporcionado”.

b) Discriminaciones directas y disimuladas.

Directas y disimuladas son aquellas discriminaciones, al igual que las anteriores intencionales, pero no basadas abiertamente en el sexo, sino en una circunstancia vinculada al mismo, significadamente el embarazo. Tal calificación del embarazo como discriminación sexista directa es, en buena medida, fruto de la doctrina elaborada por el TJCE, particularmente de la sentada en la sentencia de 8 de noviembre de 1990, en el Caso Dekker: la señora, Dekker, aún siendo considerada como la candidata mejor cualificada, no es contratada debido a su embarazo, pues, según argumenta el empleador, tal contratación resultaría excesivamente onerosa al tener que afrontar, de conformidad con la normativa de aplicación (holandesa en este caso), no sólo la retribución de la sustituta sino también el abono de las prestaciones de la trabajadora cuyo contrato se halle en suspenso por maternidad. Ni las razones económicas esgrimidas[38], ni la contratación de otra trabajadora –no de un candidato masculino- en lugar de la señora

[38] Al respecto, el TJCE señala: “esta discriminación no puede justificarse mediante argumentos relacionados con el perjuicio económico padecido por el empresario en caso de contratación de una mujer embarazada durante su período de descanso por maternidad”.

Dekker[39], impiden la apreciación de una discriminación sexista directa, pues tal conclusión es alcanzada por el Tribunal en aplicación de un "test de detección de la discriminación"[40] que deja escaso margen de duda. Se trata de la sustitución de la trabajadora –la señora Dekker- por un trabajador con igual aptitud para el empleo, comparando las consecuencias jurídicas generadas en uno y otro supuesto: evidentemente, de postularse al puesto un hombre –en modo alguno susceptible de hallarse "embarazado"-, la consecuencia sería su contratación, lo que no sucede en el caso de la señora Dekker[41]. Por consiguiente, como se adelantó, concurre en el supuesto analizado una discriminación directa por razón de sexo: esto es, "un empresario viola directamente el principio de igualdad de trato enunciado en el apartado 1 del artículo 2 y en el apartado 1 del artículo 3 de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, 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, si se niega a celebrar un contrato de trabajo con una candidata que había considerado apta para ejercer la actividad de que se trata"[42].

---

[39] En efecto, "procede recordar que la respuesta a la cuestión de si la negativa de contratar a una mujer constituye una discriminación directa o indirecta depende del motivo de dicha negativa. Cuando este motivo estriba en la circunstancia de que la interesada está embarazada, la decisión está directamente relacionada con el sexo de la candidata. En tales circunstancias, la inexistencia de candidatos masculinos carece de incidencia (…). La circunstancia de que ningún candidato del sexo masculino se haya presentado al puesto que se debía proveer no puede modificar la respuesta que se ha dado a la primera cuestión [la calificación de la no contratación como discriminación sexista directa]".

[40] LOUSADA AROCHENA, F. y JUSTO SUÁREZ, C., *Acceso ao emprego*, en AA.VV., *Estudo sobre a situación sociolaboral da muller en Galicia…, op. cit.*, p. 66.

[41] En palabras del Tribunal, "es preciso examinar la cuestión de si una negativa de contratación en el caso a que se refiere el Juez nacional puede constituir una discriminación directa por razón de sexo en el sentido de la Directiva. La respuesta que haya de darse a esta cuestión depende de si la razón esencial de la negativa de contratación se aplica indistintamente a los trabajadores de ambos sexos o si, por el contrario, se aplica exhaustivamente a uno de los sexos. (…). A este respecto, procede señalar que la negativa de contratación debida al embarazo solamente puede oponerse a las mujeres y, por lo tanto, constituye una discriminación directa por razón de sexo".

[42] También del TJCE, sobre la consideración de la discriminación por razón de embarazo como discriminación sexista directa: SSTJCE de 8 de noviembre de 1990, Caso Hertz; de 5 de mayo de 1994,

Asimismo, en el orden interno y si bien el artículo 14 de la carta magna no configura, al menos en su literalidad, el embarazo como causa específica de discriminación, el TC señaló que "la discriminación por razón de sexo no comprende sólo aquellos tratamientos peyorativos que encuentren su fundamento en la pura y simple constatación del sexo de la persona perjudicada. También comprende estos mismos tratamientos cuando se fundan en la concurrencia de condiciones o circunstancias que tengan con el sexo de la persona una relación de conexión directa e inequívoca. Tal sucede con el embarazo, elemento o factor diferencial que, por razones obvias, incide de forma exclusiva sobre las mujeres" (STC 173/1994, de 7 de junio). De modo que, "los tratos desfavorables basados en el embarazo, al afectar exclusivamente a la mujer, constituyen, por tanto, una discriminación por razón de sexo proscrita por el art. 14 CE" (STC 136/1996, de 23 de julio)[43].

La doctrina judicial, como era esperar, aplicó las referidas concepciones constitucionales y comunitarias, inclusive al ámbito específico del acceso al empleo. Así sucede en el supuesto de una trabajadora cuya contratación se rehuye, por su condición de embarazada, a pesar de corresponderle aquélla por el puesto ostentado en la lista de espera correspondiente: "en este caso el Organismo demandado [Correos y Telégrafos] no ha conseguido ofrecer una justificación objetiva y razonable para la no contratación de la actora para la campaña de Navidad, de sólo una semana de duración y por lo tanto ha de entenderse que la razón aceptada en la sentencia de instancia (situación de embarazo de la mujer)

Caso Habermann-Beltermann; de 14 de julio de 1994, Caso Webb; de 30 de junio de 1998, Caso Brown; de 3 de febrero de 2000, Caso Silke-Mahlburg; de 4 de octubre de 2001, Caso Tele Danmark.

[43] Asimismo, sobre la configuración, por el TC, de la discriminación por razón de embarazo como discriminación directa por razón de sexo, *vid.*, entre otras, SSTC 94/1984, de 16 de octubre; 166/1988, de 26 de septiembre; 41/2002, de 25 de febrero; 17/2003, de 30 de enero; 161/2004, de 4 de octubre; 182/2005, de 4 de julio, 17/2007, de 12 de febrero.

aparece como la verdadera causa de su pretensión a favor de otras integrantes de la lista de espera con número posterior de llamamiento. La declaración de lesión de derechos fundamentales es pues correcta”[44].

En la actualidad, además, las construcciones jurisprudenciales y doctrinales determinantes de la configuración de la discriminación por embarazo o maternidad como discriminación sexista directa han hallado plasmación legal, *ex* artículo 8 de la LOIEMH, a cuyo tenor “constituye discriminación directa por razón de sexo todo trato desfavorable a las mujeres relacionado con el embarazo o la maternidad”.

Por otro lado, ha de destacarse que no impide la apreciación de discriminación directa por razón de sexo la alegación por el empresario de incompatibilidad con el puesto de trabajo, pues “procede recordar que el artículo 5 de la Directiva 92/1985 permite al empresario, en caso de riesgo para la seguridad o la salud de la trabajadora o de repercusión negativa en el embarazo o la lactancia, tomar las medidas necesarias para una adaptación provisional de las condiciones de trabajo o del tiempo de trabajo o, de no ser posible, un cambio de puesto de trabajo o incluso, en último lugar, una dispensa de trabajo” (STJCE de 27 de febrero de 2003, Caso Busch vs. Klinikum Neustadt GMBH & Co, Asunto C-320/01). De modo que, “de haber conocido la empresa el estado de la trabajadora, ello no le hubiera legitimado para rechazar su contratación por este motivo, como se sostiene en la sentencia, ni siquiera teniendo en cuenta los requerimientos de esfuerzo del puesto de trabajo, ni la escasa duración del contrato. Por el contrario, la obligación empresarial en tal caso habría sido la de proceder a la evaluación de los riesgos conforme al art. 26 de la Ley 31/1995,

[44] STSJ de Cataluña de 7 de mayo de 1997 (Ar. 2209). En idéntico sentido, en un supuesto asimismo de no contratación de una trabajadora embarazada por el Organismo Autónomo de Correos y Telégrafos: *vid.* STSJ de Aragón de 21 de diciembre de 1998 (Ar. 4162), con cita de la jurisprudencia constitucional y de la STJCE de 8 de noviembre de 1990, Caso Dekker. También sobre dicha doctrina: *vid.* SSTSJ de Andalucía de 5 de marzo de 1999 (Ar. 1716) y de 10 de julio de 2001 (Ar. 1476), de Madrid, de 18 de mayo de 2000 (Ar. 2651).

adoptando en su caso las medidas necesarias, incluso adaptando las condiciones de trabajo" (STSJ de Madrid, de 18 de mayo de 2000, Ar. 2651).

Finalmente, ha de recordarse, en relación con lo señalado, el derecho que asiste a la trabajadora a mantener silencio sobre su embarazo, inclusive en las fases de selección y contratación: esto es, "puesto que el empresario no puede tomar en consideración el embarazo de la trabajadora para la aplicación de las condiciones de trabajo de ésta, la interesada no está obligada a informar al empleador de que está encinta" (nuevamente, STJCE de 27 de febrero de 2003, Caso Busch vs. Klinikum Neustadt GMBH & Co, Asunto C-320/01). El embarazo, por tanto, "permanece en el ámbito del derecho a la intimidad de la mujer trabajadora (art. 18.1 de la Constitución) en tanto no decida en otro sentido" (STSJ Madrid, de 18 de mayo de 2000, Ar. 2651)[45], y deben, correlativamente, entenderse prohibidas todas aquellas actuaciones empresariales tendentes a investigar la esfera privada de la vida de la trabajadora[46].

c) Discriminaciones indirectas.

A diferencia de la discriminación directa, la indirecta no es intencional, presenta, al contrario, una motivación neutra. El efecto discriminatorio, en caso de discriminación indirecta, se halla pues en el impacto o resultado producido, para cuya apreciación es procedente recurrir a la prueba estadística. La discriminación indirecta no requiere un tratamiento inicial diferenciado, pues un tratamiento formalmente igual

[45] En el mismo sentido, *vid*. STSJ de Galicia de 27 de junio de 2001: "la legislación española no exige que la trabajadora comunique su expectante maternidad a la Empresa". Sobre este extremo, TAPIA HERMIDA, A., *El despido de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o esté en período de lactancia*, RTSS, núm. 224, 2001.

[46] RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., *La protección jurídico-laboral de la mujer: luces y sombras*, Cedecs (Barcelona, 2002), p. 111 y 112.

puede generar un impacto adverso sobre un colectivo determinado. La discriminación indirecta comprende, por consiguiente, según señaló el TC, "aquellos tratamientos formalmente no discriminatorios de los que derivan, por las diferencias fácticas que tienen lugar entre trabajadores de diverso sexo, consecuencias desiguales por el impacto diferenciado y desfavorable que tratamientos formalmente iguales o tratamientos razonablemente desiguales tienen sobre los trabajadores de uno u otro sexo a causa de la diferencia de sexo" (STC 145/1991, de 1 de julio[47]). Ya LOIEMH, en su artículo 6.2, alberga la definición siguiente: "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"[48].

Así, "la prohibición de discriminación por razón de sexo […] constituye un límite al ejercicio de la libertad empresarial de contratación, también aplicable en la fase de acceso al empleo (STC 173/1994, fundamento jurídico 3º), lo que obliga al empleador a utilizar un criterio neutro predicable por igual para el hombre y la mujer –en el caso de las

---

[47] En dicha sentencia el TC apela además a los jueces: "cuando ante un órgano judicial se invoque una diferencia de trato basada en las circunstancias que el [el artículo 14 CE] (…) considera discriminatorias (…) el órgano judicial no puede limitarse a valorar si la diferencia de trato tiene, en abstracto, una justificación objetiva y razonable, sino que debe entrar a analizar, en concreto, si lo que aparece como una diferenciación formalmente razonable, no encubre discriminación contraria al artículo 14 CE". También sobre el concepto de discriminación sexista indirecta pueden citarse las sentencias siguientes también referidas a discriminación retributiva: SSTC 145/1992, de 13 de octubre, 58/1994, de 28 de febrero, 286/1994, de 27 de octubre, 147/1995, de 16 de octubre y 250/2000, de 30 de octubre.

[48] En términos similares, *vid.* la definición de discriminación indirecta señalada en el artículo 2.1.b) de la Directiva 2006/54/CE, de 5 de julio. Al respecto, procede recordar que la definición de la LOIEMH se ha tomado del artículo 2.2 de la Directiva 76/207/CEE, 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, en la redacción otorgada por la Directiva 2002/73/CE, de 23 de septiembre, y que ha pasado al artículo 2.1.b) de la Directiva 2006/54/CE, de 5 de julio, que procede a la refundición, entre otras, de la Directiva 76/207/CEE.

discriminaciones directas-, así como a rechazar aquellos otros criterios que, aun siendo formalmente neutros, produzcan un resultado adverso para los integrantes de uno y otro sexo, en el supuesto de las discriminaciones indirectas o de impacto adverso" (STC de 22 de marzo de 1999, Ar. 41). Resulta ilustrativa, en dicho sentido, la STS de 4 de mayo de 2000 (Ar. 4266)[49], en la que se estima que una empresa ha incurrido en conducta discriminatoria al requerir, injustificadamente, una titulación más comúnmente ostentada por hombres que por mujeres, con el consiguiente impacto adverso sobre el empleo de estas últimas: "el título de Formación Profesional 2 exigido por la empresa para acceder a tal contratación de especialista excede de las previsiones del contenido del Convenio Colectivo […] que efectivamente no exige ninguna titulación para ello […] y aunque tal exigencia afecta formalmente por igual a hombres y mujeres, resulta desproporcionada –dada la mínima cualificación de tal categoría- y perjudicial para el colectivo femenino, que por razones socio-económicas no suele poseer tal título"[50].

El concepto de discriminación sexista indirecta, asimismo, desplegó sus efectos en materia de promoción interna. De este modo, también en materia de ascensos, la apreciación de un impacto adverso sobre un colectivo definido por su sexo y la ausencia de justificación del mismo en

---

[49] Sobre ésta, *vid.* LOUSADA AROCHENA, J. F., *La tutela jurisdiccional de la discriminación colectiva (A propósito de la Sentencia de 4 de mayo de 2000),* AS, núm. 12, 2000, BIB 2000/1472.

[50] El denominado caso Fasa-Renault ha dado lugar a otros pronunciamientos: STS de 18 de febrero de 1994 (Ar. 1061) –sobre ésta puede consultarse: LOUSADA AROCHENA, J. F., *La tutela jurisdiccional de la discriminación colectiva (A propósito de las Sentencias de 18 de febrero de 1994 y de 4 de octubre de 1995),* AS, núm. 17, 1996, BIB 1996/98-, STC 41/1999, de 22 de marzo –sobre ésta puede consultarse: LOUSADA AROCHENA, J. F., *La tutela jurisdiccional de la discriminación colectiva (A propósito de la Sentencia 41/1999, de 22 de marzo, del Tribunal Constitucional),* AS, núm. 12, 1999, BIB 2000/1387, así como GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., *Obligación del órgano judicial de posibilitar la acreditación de indicios de vulneración de los derechos fundamentales: el juez debe asegurar que las pruebas admitidas sean aportadas,* RDS, núm. 7, 1999, p. 121 y siguientes-. Asimismo, sobre discriminación en procesos de selección, *vid.* STSJ de Cantabria, de 14 de noviembre de 2005 (Ar. 3000), con comentario de PURCALLA Y BONILLA, M. A., *Desigualdad de trato por razón de sexo en proceso de selección de personal*, AS, núm. 19, 2005, BIB 2005/2635.

atención a una finalidad legítima permitirán apreciar una discriminación sexista indirecta. Puede citarse, a tal efecto, la STS de 1 de junio de 1999 (Ar. 5057) o, más recientemente, la SJS núm. 13 de Barcelona de 30 de julio de 2007 (núm. 33672007), que, tras verificar la mayor presencia de hombres que de mujeres en puestos de coordinación o mando –siendo claramente inversa la proporción en el conjunto de la plantilla-, la falta de transparencia del proceso de promoción –habida cuenta los criterios empleados, los métodos de valoración de los mismos y la ausencia de información acerca de las vacantes a los representantes de los trabajadores-, y, finalmente, la carencia de justificación del impacto adverso apreciado, concluye la existencia de una discriminación indirecta por razón de sexo[51].

d) La negociación colectiva frente a las discriminaciones.

Enumeradas y definidas, siquiera brevemente, las categorías "clásicas" de discriminación, procede el análisis de las respuestas arbitradas frente a las mismas por los negociadores en los ámbitos sectorial –estatal e inferiores (autonómico y provincial)- y, asimismo, empresarial.

En el primero de ellos, resulta llamativa la escasez de preceptos convencionales dedicados a la garantía de la igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso al empleo, así como a efectos de formación y promoción profesional. Así, mientras la mayoría de los convenios y acuerdos de ámbito estatal consultados obvian sin más la problemática, otros enuncian genéricamente un compromiso de aplicación, en el concreto ámbito de que se trate, del principio de igualdad, que, a su vez, sólo en contadas ocasiones se traduce en las correspondientes cláusulas de

[51] Sobre la concepción del impacto adverso y de su falta de justificación como elementos configuradores de la discriminación sexista indirecta, LOUSADA AROCHENA, J. F., *Discriminación indirecta por razón de género en la promoción profesional*, AS, 2007, BIB 2007/2897.

discriminación positiva. Incluso, en la categoría de textos convencionales que, con vocación a lo sumo pedagógica, reiteran el principio de igualdad de trato y no discriminación, puede distinguirse entre aquellos que efectúan una enumeración genérica o en abstracto del citado principio –es el caso, entre otros, del Convenio Colectivo de la industria textil (B.O.E. de 04.01.07)[52], del III Convenio Colectivo estatal de gestorías administrativas (B.O.E. de 23.05.06)[53] o del III Convenio Colectivo sectorial, de ámbito estatal, de las administraciones de loterías (B.O.E. de 19.06.07)[54]- y aquellos que, en cambio, lo refieren expresamente al ingreso en la empresa (*ex* artículo 4.2.c) del ET) y a la promoción en su seno (*ex* artículo 24.2 del ET) –como sucede, por ejemplo, en el II Convenio Colectivo estatal para las empresas de gestión y mediación inmobiliaria (B.O.E de 13.01.07)[55], en el Convenio Colectivo estatal de mantenimiento y conservación de instalaciones acuáticas (B.O.E. de 02.07.07)[56] o en el Convenio Colectivo

[52] Cuyo artículo 30, rubricado "No-discriminación", dispone: "El principio de no discriminación establecido en el artículo 17 del estatuto de los trabajadores, será de aplicación tanto para el personal con contrato indefinido como para el personal con contrato de duración determinada".

[53] Pues, a tenor de su disposición adicional primera, "Igualdad de condiciones", "Las partes afectadas por este Convenio, y en la aplicación del mismo, se comprometen a promover el principio de igualdad de oportunidades y no discriminación por razón de sexo, estado civil, edad, raza, nacionalidad, condición social, ideas religiosas o políticas, afiliación o no a un sindicato, así como por razones de lengua, dentro del Estado español. (…). Este compromiso conlleva, igualmente, el de remover los obstáculos que puedan incidir en el no cumplimiento de la igualdad de condiciones entre mujeres y hombres, así como poner en marcha medidas de acción positiva u otras necesarias para corregir posibles situaciones de discriminación".

[54] En efecto, el artículo 9 del citado convenio, "Respeto de los derechos fundamentales y del principio-valor de igualdad en el centro de trabajo", señala: "El respeto a la dignidad humana, al principio de igualdad y no discriminación y a los derechos humanos y fundamentales resulta la base de la convivencia social que ha de estar presente en todo momento en el ámbito laboral. Las partes firmantes del convenio se comprometen asimismo a garantizar la aplicación real y efectiva del principio de igualdad de trato y no discriminación en los centros de trabajo, en particular por razón de origen racial o étnico, convicciones o religión, discapacidad, edad, sexo, orientación sexual e identidad sexual". También, en sentido similar, Capítulo XIV del Convenio Colectivo de ámbito estatal para las industrias del curtido, correas y cueros industriales y curtición de pieles para peletería (B.O.E. de 30.11.07).

[55] Su disposición adicional quinta, titulada "Políticas de recursos humanos", señala: "la igualdad de oportunidades y la no discriminación por razón de género estarán presentes en las políticas de recursos humanos que desarrollen las empresas especialmente en lo referente a la carrera profesional de sus trabajadores".

[56] Así, el artículo 25 del convenio referido –rubricado "Igualdad y no discriminación"- dispone: "Dentro de las empresas, los trabajadores no podrán ser discriminados por cuestiones de género, ideología,

estatal para las empresas y trabajadores de transporte de enfermos y accidentados en ambulancia (B.O.E. de 16.11.07)[57]-.

Debe aludirse, asimismo, a aquellos convenios colectivos estatales que, con o sin referencia expresa a lo no discriminación por razón de sexo o género en el acceso al empleo o a efectos de promoción profesional, señalan, sin embargo, una garantía para su efectiva consecución, cual es, aún bajo fórmulas diversas, la presencia de representantes de los trabajadores en los correspondientes procesos de acceso o de cobertura de vacantes. La simple información de tales representantes, su contribución a la elaboración de criterios a tener en cuenta (antigüedad, titulación y aptitud son los más frecuentes[58]) o incluso la obligada composición paritaria de los órganos con competencia para la contratación o promoción, conforman, en dicho sentido, los instrumentos de participación más habituales. Así sucede, entre otros, en el Convenio Colectivo para la

---

religión, procedencia étnica, y afiliación sindical. Se respetará el principio de igualdad de acceso a todos los puestos de trabajo en la empresa, sin discriminación alguna". Asimismo, con cláusulas similares en materia de política de empleo, pueden citarse los convenios siguientes: V Convenio Colectivo estatal del sector de desinfección, desinsectación y desratización, B.O.E. de 07.11.07 (cuyo artículo 17 enumera entre los principios en torno a los cuales debe girar la política de empleo, el "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"), Convenio Colectivo de ámbito estatal del sector de mediación en seguros privados, B.O.E. de 22.10.07 (cuyo artículo 20.2 señala que "en todo caso, los criterios de ascensos y promociones serán comunes para los trabajadores de uno u otros sexo, respetando el principio de no discriminación por las demás circunstancias a que se refiere el artículo 17.1 TRET"), Convenio Colectivo para el sector de conservas, semiconservas, ahumados, cocidos, secados, elaborados, salazones, aceites y harina de pescados y mariscos, B.O.E. de 03.02.07 (cuyo artículo 11.b) precisa que "las categorías profesionales y los criterios de ascensos en la empresa se acomodarán a reglas comunes para los trabajadores de uno y otro sexo, siempre que se trate de trabajos o labores iguales y de iguales resultados"), Convenio Colectivo de grandes almacenes, B.O.E. de 27.04.06 (cuyo artículo 54 señala que "se pondrá especial atención en cuanto al cumplimiento de igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en: el acceso al empleo, promoción profesional, la formación (…)"), IV Convenio Colectivo estatal de servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal, B.O.E. de 04.08.06 (cuyo artículo 13 señala como objetivo el dotarse de un "modelo de relaciones laborales (…) que elimine las desigualdades que se hayan podido o se pretendan establecer en el acceso al empleo (…) con respecto a las mujeres").

[57] El artículo 40 del convenio citado señala en dicho sentido que "las empresas no podrán condicionar la promoción de los trabajadores a cuestiones ideológicas, de sexo, de religión, por raza, edad, afiliación política o sindical; igualmente respetarán la igualdad de acceso a cualquier puesto de trabajo por parte del hombre y la mujer, sin discriminación alguna (…)".

[58] *Vid*. artículo 27 del Convenio Colectivo de ámbito estatal de centros de asistencia y educación infantil, B.O.E. de 07.06.07.

industria fotográfica, 2005-2009 (B.O.E. de 06.06.06)[59], en el I Convenio Colectivo marco estatal de acción e intervención social (B.O.E. de 19.06.07)[60] o en el Convenio Colectivo nacional de mataderos de aves y conejos (B.O.E. de 06.07.07)[61]. Si bien cabe presuponer la citada labor de salvaguarda de los principios de igualdad de trato y de no discriminación por parte de los representantes de los trabajadores, en algunos casos tal tarea les ha sido expresamente encomendada: así, el Convenio Colectivo de la banca (B.O.E. de 23.08.07), al regular los ingresos (artículo 22), señala que "la Dirección de la empresa comunicará a los Representantes de los Trabajadores el puesto o puestos de trabajo que piensa cubrir, las condiciones que deben reunir los aspirantes y las características de las pruebas de selección. Los representantes de los trabajadores, en su caso, velarán por su aplicación objetiva, así como por la no discriminación de la mujer en el ingreso a la plantilla".

Por otro lado, algunos textos convencionales optan por la constitución de observatorios o comisiones de seguimiento del empleo que, en algunas ocasiones, se hallan expresamente dotados de una perspectiva transversal: tal es el caso del Convenio Colectivo de grandes almacenes (B.O.E. de 27.04.06), cuyas organizaciones firmantes acuerdan "la constitución de un observatorio sectorial de empleo que tendrá las funciones siguientes: a. Elaborar informes sobre las modalidades de contratación empleadas y sobre la calidad del empleo en el sector, así como

[59] El artículo 6.16 del citado Convenio señala en dicho sentido que "los Tribunales que juzgarán las pruebas de aptitud, exámenes de capacitación y concursos para ingresos y ascensos, estarán compuestos de forma paritaria".

[60] *Vid*. artículo 12.4 del Convenio referido.

[61] El artículo 40 del Convenio citado dispone en su artículo 40, titulado "Tribunal de Calificación", "Los Tribunales que juzgarán el concurso-oposición o pruebas de aptitud para ingresos y ascensos estarán formados, respectivamente, por dos personas designadas por la dirección de la empresa y otras tantas que serán nombradas por los representantes de los trabajadores. Todos los miembros del Tribunal ostentarán igual o superior categoría profesional que las correspondientes a las plazas que hayan de cubrirse". En sentido similar, *vid*. artículo 52 del Convenio Colectivo de ámbito estatal para las industrias del curtido, correas y cueros industriales y curtición de pieles para peletería (B.O.E. de 30.11.07).

su incidencia en cuanto a empleo en función del sexo; b. Proponer medidas que garanticen mayor calidad y transversalidad en el empleo en el sector", a cuyos efectos el citado observatorio dispondrá de los siguientes datos a nivel sectorial: "información semestral de las contrataciones realizadas, sus modalidades y desglosadas por sexo", "información semestral de los porcentajes de contrataciones temporales e indefinidas, con desglose por sexo", "información sobre las contrataciones de la modalidad de tiempo parcial tanto indefinido como temporal realizadas, con especificación de sexo". Asimismo, convenios más recientes, sin duda por impulso de la LOIEMH, optan por la conformación de comisiones precisamente dirigidas a la consecución de la igualdad de trato entre mujeres y hombres y cuyas funciones se extienden, entre otras materias, al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesional. Procede citar, en dicho sentido, el Convenio Colectivo del sector de harinas panificables y sémolas (B.O.E. de 03.09.07), cuya "Comisión para la igualdad de oportunidades y la no discriminación" deberá "velar para que tanto las mujeres como los hombres gocen de igualdad de oportunidades en cuanto a empleo, formación, promoción y desarrollo en el trabajo", así como "para que la mujer trabajadora tenga en el seno de la empresa las mismas oportunidades que el varón en casos de ascensos y funciones de mayor responsabilidad" (Anexo 4 del citado convenio).

El ingreso en la empresa, en todo caso, es objeto de una regulación convencional muy parca a nivel estatal, siendo numerosos los convenios que se limitan a una remisión a la normativa legal de aplicación –señaladamente en materia de formalización de contratos o información de los representantes legales de los trabajadores-, por lo que resultan erróneamente objeto de regulación conjunta las etapas, sin embargo

diversas, de acceso al empleo y de contratación. Asimismo, igual conclusión arroja el análisis de las cláusulas convencionales dedicadas en convenios colectivos estatales a ascensos: son éstas escasas y las existentes, salvo raras excepciones, carecen de perspectiva de género alguna. Incluso, tal valoración resulta predicable de los preceptos convencionales dedicados a la formación o perfeccionamiento profesional de empleados, aspectos de la relación laboral, como es sabido, estrechamente vinculados a la promoción interna y que sólo en contadísimas ocasiones son objeto de adaptación a las peculiares circunstancias de las trabajadoras[62]. En dicho sentido, en el ámbito de los convenios colectivos estatales, sólo cabe reseñar lo dispuesto por el artículo 81 –titulado "Cursos de formación"- del Convenio Colectivo de la Industria Química (B.O.E. de 29.08.07), según el cual "se garantizará el principio de igualdad de trato y oportunidades en la incorporación a la formación de trabajadores con mayor dificultad de acceso a la misma. En virtud de ello, las acciones de formación podrán incluir acciones positivas respecto al acceso a la formación de trabajadores pertenecientes a determinados colectivos (entre otros, jóvenes, inmigrantes, discapacitados, trabajadoras y trabajadores con contrato temporal, víctimas de violencia de género)".

En el apartado de los convenios colectivos sectoriales, el análisis de los de ámbito autonómico y provincial arroja conclusiones más negativas, si cabe, a las vertidas en relación con los convenios estatales. La lectura de la selección de textos convencionales negociados a nivel provincial pone de manifiesto una absoluta insensibilidad en materia de discriminaciones por razón de sexo o género. El tratamiento convencional del principio de igualdad de trato y no discriminación se puede así calificar como

[62] Entre los convenios colectivos estatales que abordan la formación de los trabajadores con nula perspectiva de género, cabe citar entre muchos otros: el V Convenio Colectivo estatal para los centros de enseñanzas de peluquería y estética, de enseñanzas musicales y artes aplicadas y oficios artísticos (B.O.E. de 02.07.07), el Convenio Colectivo general de la industria salinera 2006-2009 (B.O.E. de 19.10.06).

meramente anecdótico, al recoger los escasísimos convenios colectivos provinciales expresamente referidos al mismo simples declaraciones programáticas: es ilustrativo, en dicho sentido, lo dispuesto por la disposición adicional primera del Convenio Colectivo de limpieza de edificios y locales de la provincia de Huesca (B.O.P. de 15.04.05), a cuyo tenor "las partes firmantes de este Convenio manifiestan su voluntad de que en las relaciones laborales en el seno de las empresas no exista discriminación laboral alguna por razón de sexo". La perspectiva transversal de los convenios analizados es, por consiguiente, prácticamente nula, particularmente en materia de ingreso en el empleo o de promoción profesional, cuestiones reguladas en escasas ocasiones, de modo, además, claramente deficitario: pues, éstos en su mayoría[63], o bien se limitan a la reiteración de requisitos legales para la formalización de contratos[64], o bien optan por una remisión –más o menos afortunada- a la normativa de aplicación[65].

El estudio del tratamiento deparado por los convenios colectivos de ámbito empresarial seleccionados al principio de no discriminación en el

[63] Sólo algunos convenios provinciales regulan efectivamente el ingreso al trabajo y la promoción interna, si bien de modo genérico: tal es el caso del Convenio Colectivo para la actividad de la industria de panadería de Ciudad Real (B.O.P. Ciudad Real de 13.04.07) que establece la obligación de comunicación de vacantes a los representantes de los trabajadores y señala dos criterios preferentes para el acceso al puesto, cuales son el ser personal de la empresa o, subsidiariamente, el haber estado vinculado al sector (artículo 5: "Los puestos de trabajo que se produzcan serán comunicados a los representantes de los trabajadores por parte de la empresa. Serán cubiertos por personal de la empresa que reúna las condiciones necesarias para ello. En caso de que dichos puestos no se puedan cubrir con personal de la empresa, serán cubiertos por personal que anteriormente haya estado vinculado al Sector"). De modo similar, *vid*. Convenio Colectivo del sector de intervención social de Madrid, B.O. Comunidad de Madrid de 14.09.07 (artículo 11), así como Convenio Colectivo del sector de oficinas y despachos de Salamanca, B.O.P. de 06.09.07 (artículo 11). Más detallada, aún sin perspectiva transversal, es la regulación contenida en el Convenio Colectivo de las Ikastolas de Álava, Bizkaia y Guipúzcoa, B.O. País Vasco de 08.10.07 (artículos 16 y siguientes).

[64] Puede citarse en dicho sentido el artículo 8 –"Contratación"- del Convenio Colectivo del Sector de la hostelería de Cantabria, BOC de 2.10.07.

[65] Pues, incluso se ha detectado algún convenio que procede a la remisión a normas fuera de uso: así, el artículo 37 del Convenio Colectivo del sector de pompas fúnebres de la provincia de Badajoz D.O. Extremadura –rubricado "Información en materia de contrataciones"- señala que "sobre el derecho de información con relación a los contratos y finiquitos se estará a lo dispuesto en la Ley 2/1991, que se da aquí por reproducida".

acceso al empleo, la formación y la promoción profesional permite distinguir dos "categorías" de textos convencionales: por un lado, aquellos que carecen de medida alguna al respecto –grupo, sin duda, aún en la actualidad, más numeroso- y aquellos que, más sensibles a la temática, integran cláusulas referidas a la misma, aunque, en la mayoría de los casos, de carácter meramente enunciativo. Así, el I Convenio Colectivo del grupo Eroski (B.O.E. de 06.06.06) señala, en su el artículo 9, que "las empresas velarán activamente por que se respete el principio de igualdad en el trabajo a todos los efectos (acceso al empleo, selección, retribución, formación, etc.) y niveles de aplicación, no admitiéndose discriminaciones por razones de sexo (…)" y, en su artículo 64, que "la igualdad en el empleo y la ocupación es trascendental para las personas en términos de libertad, dignidad y bienestar". También el Convenio Colectivo del Grupo Champión (B.O.E. de 09.06.06), en su artículo 42 titulado "principios generales", se limita a indicar que "las partes firmantes de este Convenio declaran su voluntad de respetar el principio de igualdad de trato en el trabajo a todos los efectos, no admitiéndose discriminaciones por razón de sexo (…). Se pondrá especial atención en cuanto al cumplimiento de igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en: acceso al empleo, promoción profesional, la formación, estabilidad en el empleo (…)".

De este modo, también en la negociación colectiva a nivel empresarial resulta sumamente difícil encontrar disposiciones convencionales –más allá de declaraciones sólo programáticas- efectivamente destinadas a erradicar discriminaciones en el acceso al empleo o en la promoción interna. Entre los convenios seleccionados, sólo uno de ellos –el II Convenio Colectivo de Repsol YPF, S.A. (B.O.E. de 06.03.07)- integra disposiciones como las que pasan reproducirse:

- "Las ofertas de empleo se redactarán de modo que no contengan mención alguna que induzca a pensar que las mismas se dirigen

exclusivamente a personas de uno u otro sexo". Previsión que, además, se acompaña de otra, que cabría calificar como "próxima" a una medida de acción positiva clásica –aunque no parezca serlo del todo-, pues dispone: "en materia de contratación, se promoverá el que, a igual mérito y capacidad se contemple positivamente el acceso del género menos representado en el Grupo profesional de que se trate".

- "Los procedimientos de selección que impliquen promoción respetarán el principio de igualdad de oportunidades".

Igualmente en materia de empleo, una interpretación quizá en exceso voluntariosa –forzada sin duda por la exigua regulación de la materia en análisis por los convenios consultados- permite destacar el compromiso empresarial de entrega a los representantes de los trabajadores de los "datos de la plantilla, por empresa y provincia, con expresa mención a las nuevas contrataciones y el índice de trabajadores y trabajadoras con contrato indefinido" (artículo 19 del I Convenio Colectivo del grupo Eroski, B.O.E de 06.06.06). Tal obligación, enmarcada en el precepto titulado "compromiso de empleo estable", puede, en efecto, considerarse indicio de una voluntad de diagnóstico de la calidad del empleo femenino y por ende de fomento de la contratación estable de las trabajadoras.

Si bien los ascensos son, con carácter general, objeto de una regulación prolija y detallada en los convenios colectivos empresariales –en aplicación del artículo 24 del ET y por resultar dicho ámbito el más apropiado-, no se hallan en los mismos más que tímidas referencias al principio de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres. En cambio, son importantes en dicha materia las concesiones a la discrecionalidad empresarial, en particular respecto de los puestos de

mando, confianza o responsabilidad, de acceso, como es sabido, particularmente difícil para las trabajadoras[66].

Ya en materia de formación sólo cabe reseñar algunas referencias a las peculiares necesidades de formación de quienes han resultado temporalmente apartados del mercado laboral, situación a la que, como es sabido, la mujer se ve frecuentemente abocada debido a su más acuciante necesidad de atención de responsabilidades familiares –habida cuenta el todavía imperante reparto tradicional de roles-. En dicho sentido, el artículo 49 del IV Convenio Colectivo de la Entidad Pública Empresarial Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea (B.O.E. de 18.04.06), señala que "la formación profesional en Aena se orientará, en concreto, hacia los siguientes objetivos: (…) 10. Facilitar la adaptación o reciclaje profesional de aquellos trabajadores que se reintegran al puesto de trabajo, tras los períodos de excedencia, bajas de larga duración, actividad sindical, etc.".

Mención aparte merecen, finalmente, aquellos convenios colectivos de empresa que integran planes de igualdad, incluso con anterioridad a la aprobación de la LOIEMH. Tal es el caso del ya citado I Convenio Colectivo del Grupo Eroski (B.O.E de 06.06.06), cuyo plan (artículo 64.3) "tiene por objeto promover la igualdad de oportunidades y de trato en el empleo y la ocupación incrementando el número de mujeres en puestos cualificados de responsabilidad y representación, minorizando progresivamente la segregación vertical en la ocupación por razones de sexo existente en la ocupación", para lo que se pondrán en marcha distintas acciones orientadas a "fomentar la aplicación de medidas de equiparación personal y profesional de manera permanente entre todas las personas (…), independientemente de su sexo", así como a "impulsar programas y acciones para la eliminación de barreras físicas y sociales que perpetúan

[66] *Vid.*, a título de ejemplo, el artículo 18.1 del I Convenio Colectivo del grupo Eroski (B.O.E de 06.06.06), así como el artículo 16 del Convenio Colectivo del Grupo Champión (B.O.E. de 09.06.06).

hábitos, tipos de profesiones y roles que tradicionalmente se han asociado a uno de los sexos"[67]. Asimismo, también integra un "plan de igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres" el II Convenio Colectivo de Repsol YPF, S.A., B.O.E. de 06.03.07 (Anexo VIII), que persigue, entre otros objetivos, "mejorar la posición laboral de las mujeres en relación a su empleo y carrera profesional (…), incrementando el porcentaje de las mujeres en las plantillas de cada empresa del Grupo, diversificando las ocupaciones y funciones desempeñadas por mujeres [y] promoviendo la participación de las trabajadoras en la formación profesional", para lo que se compromete "la adopción de programas de acción positiva". Si bien los referidos planes deben, en términos generales, valorarse positivamente, debe, asimismo, repararse en la escasa concreción de las medidas orientadas a la consecución de los objetivos fijados. Así, mientras en el primer convenio citado, no se especifica actividad alguna, en el segundo, las partes sólo se comprometen a someterse –en el marco del programa OPTIMA- a la evaluación de los técnicos del Instituto de la Mujer y a analizar las medidas propuestas por dicha entidad, cuya aplicación efectiva se supedita a un acuerdo ulterior de la correspondiente comisión de seguimiento[68].

---

[67] A tales efectos, uno de los "campos de actuación" seleccionados es el denominado "Desarrollo personal y Profesional, cuyos "Planes de acción" son: "Creación de guía para la realización de la selección con criterios de género (…); incrementar la asistencia de mujeres en los procesos de selección; incrementar el número de mujeres en los procesos de formación; (…) incrementar la incorporación a puestos de mandos y gestores de licenciadas que ocupan nivel de profesionales".

[68] El Anexo VIII del II Convenio Colectivo de Repsol YPF, S.A. (B.O.E. de 06.03.07), en el apartado "Acciones", dispone en efecto lo siguiente: "ambas partes aceptan adoptar el programa OPTIMA, del Instituto de la Mujer del Ministerio de Trabajo, como un importante instrumento de este Acuerdo. Mediante la adhesión de Repsol YPF a este programa, tendremos acceso a una evaluación independiente de los técnicos del Instituto en materia de igualdad de Oportunidades en el Grupo. De la realidad concreta que desprenda esta evaluación, el Instituto de la Mujer, dentro del citado programa, propondrá una serie de acciones para superar y reforzar la situación de Igualdad de Oportunidades en el Grupo. Las partes firmantes de este Acuerdo, analizarán las propuestas y, conjuntamente, en la Comisión de Seguimiento, decidirán las medidas a asumir por Repsol YPF dentro del programa OPTIMA, complementariamente a las aquí establecidas". Igualmente, puede citarse el plan de igualdad de la empresa Banco Santander (firmado del 08.10.07) entre cuyos objetivos figuran: "promover la defensa y aplicación efectiva del principio de igualdad entre hombres y mujeres, garantizando en el ámbito laboral las mismas oportunidades de ingreso y desarrollo profesional a todos los niveles (…)", "conseguir una representación

III. CLÁUSULAS DE ACCIÓN POSITIVA EN EL ACCESO AL EMPLEO Y EN LA PROMOCIÓN PROFESIONAL EN EL SENO DE LA EMPRESA.

Acciones positivas son aquellas medidas concretas, dirigidas sólo al colectivo infrarrepresentado –con la consiguiente ruptura del principio de igualdad formal-, cuya finalidad es la corrección del resultado discriminatorio y la consecución de la igualdad material. Tales medidas de acción positiva conforman una obligación para los poderes públicos, a los que, *ex* artículo 9.2 CE, corresponde "promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; [así como] remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud". En el marco comunitario, el artículo 3 de la Directiva 2006/54/CE, recuerda que "los Estados miembros podrán mantener o adoptar las medidas indicadas en el artículo 141, apartado 4, del Tratado con el objeto de garantizar en la práctica la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida laboral". A su vez, dicho precepto de derecho originario reza como sigue: "con objeto de garantizar en la práctica la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida laboral, el principio de igualdad de trato no impedirá a ningún Estado miembro mantener o adoptar medidas que ofrezcan ventajas concretas destinadas a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de actividades profesionales o a evitar o

---

equilibrada de la mujer en el ámbito de la empresa", "promover y mejorar las posibilidades de acceso de la mujer a puestos de responsabilidad (…)", "asegurar que la gestión de Recursos Humanos es conforme a los requisitos legales en materia de igualdad de oportunidades", a cuyos efectos "la Dirección de la Empresa se compromete a mantener en todo momento en sus procesos de selección, contratación, promoción y desarrollo profesional, procedimientos y políticas de carácter objetivo basadas en principios de mérito y capacidad y de adecuación persona-puesto, valorando las candidaturas en base a la idoneidad, asegurando en todo momento que los puestos de trabajo en los diferentes ámbitos de responsabilidad son ocupados por las personas más adecuadas en un marco de igualdad de trato con ausencia de toda discriminación basada en el sexo". Con todo, nuevamente en este plan no se prevén verdaderas medidas de acción positiva, pues sólo dispone que "se estudiará el diseño de políticas que ayuden y apoyen el acceso y promoción de mujeres en aquellas áreas, niveles o funciones en que estén menos representadas".

compensar desventajas en sus carreras profesionales”[69]. En dicho sentido, ya de modo expreso, el artículo 11 de la LOIEMH dispone que “con el fin de hacer efectivo el derecho constitucional de la 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”[70].

Las medidas de acción positiva hallan asimismo en los mecanismos de acceso al empleo, también en los dispuestos por la negociación colectiva, un destacado ámbito de actuación[71]. Mas aún tras el mandato a los negociadores recogido en el artículo 43 de la LOIEMH, a cuyo tenor, “de acuerdo con lo establecido legalmente, mediante la negociación colectiva se podrán establecer medidas de acción positiva para favorecer el acceso de las mujeres al empleo (…)”[72]. Incluso el artículo 17.4 del ET, tras la reforma operada por LOIEMH –disposición adicional undécima,

---

[69] El Tratado de Ámsterdam, además, incluye como núm. 28 la siguiente declaración sobre el apartado 4 del artículo 119 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (hoy artículo 141.4): “al adoptar las medidas mencionadas en el apartado 4 del artículo 119 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, los Estados miembros deberán, en primer término, aspirar a mejorar la situación de las mujeres en la vida laboral”.

[70] Respecto de medidas de acción positivas legales o reglamentarias, igualmente, ha de recordarse lo dispuesto en los apartados 2 y 3 del artículo 17 ET, a cuyo tenor: “podrán establecerse por Ley las exclusiones, reservas y preferencias para ser contratado libremente”, y “el Gobierno podrá regular medidas de reserva, duración o preferencia en el empleo que tengan por objeto facilitar la colocación de trabajadores demandantes de empleo. Asimismo, el Gobierno podrá otorgar subvenciones, desgravaciones y otras medidas para fomentar el empleo de grupos específicos de trabajadores que encuentren dificultades especiales para acceder al empleo”.

[71] En dicho sentido, QUINTANILLA NAVARRO, B., *Acceso al empleo y condiciones de trabajo en general*, en AA.VV. (Coord.: PÉREZ DEL RÍO, T.), *La discriminación por razón de sexo en la negociación colectiva*, MTAS (Madrid, 1999), p. 71. Prueba de ello, como destaca la autora citada, es la conocida STJCE, recaída en el caso Kalanke –STJCE de 17 de octubre de 1995, Asunto C-450-93, relativa, precisamente, a una medida favorable al acceso de mujeres a determinados puestos tradicionalmente ocupados por varones.

[72] Asimismo, el artículo 46.2 de la referida Ley Orgánica incluye expresamente entre las materias susceptibles de tratamiento por los planes de igualdad el “acceso al empleo” y la “promoción” en el seno de la empresa.

dos- señala que “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 o categorías de que se trate”.

Ya respecto de una eventual acción positiva para la promoción en el seno de la empresa, el párrafo segundo del mismo artículo 17.4 –también añadido por LOIEMH- dispone que “la negociación colectiva podrá disponer este tipo de medidas en las condiciones de clasificación profesional, promoción y formación, de modo que, en igualdad de condiciones de idoneidad, tengan preferencias las personas del sexo menos representado para favorecer su acceso en el grupo, categoría profesional o puesto de trabajo de que se trate”.

Como ya se ha señalado, la regulación convencional sectorial, a nivel estatal, de las fases de ingreso al trabajo y, asimismo, de promoción interna, resulta particularmente escasa, no sólo por el número de cláusulas dedicadas a tales cuestiones, sino también por su casi nula repercusión práctica. Por ello, las medidas de acción positiva en la materia adquieren la condición de verdaderas excepciones[73]. Así, del muestro de convenios colectivos estatales empleado sólo cabe reseñar las siguientes cláusulas:

1º. En primer lugar y en materia de acceso al empleo, el artículo 11 –rubricado “Ingresos”- del XV Convenio Colectivo de la industria química (B.O.E. de 29.08.07), a cuyo tenor “para hacer efectivo el principio de

[73] Pues no conforman tales las meras declaraciones programáticas recogidas por algunos convenios. Tal es el caso del V Convenio Colectivo estatal del sector de desinfección, desinsectación y desratización (B.O.E. de 07.11.07), cuyo artículo 41 señala: “Las partes afectadas por este convenio y en la aplicación del mismo, se comprometen a promover el principio de igualdad de oportunidades y no discriminación en las condiciones laborales por razones de sexo, orientación sexual, estado civil, edad, raza, nacionalidad, condición social, ideas religiosas o políticas, afiliación o no a un sindicato, así como por razones de lengua dentro del Estado español. Este compromiso conlleva remover los obstáculos que puedan incidir en el no cumplimiento de la igualdad de condiciones entre mujeres y hombres, así como poner en marcha medidas de acción positiva u otras necesarias para corregir posibles situaciones de discriminación”.

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 condiciones de idoneidad, tengan preferencia para ser contratadas las personas del sexo menos representado en el grupo o función de que se trate". El citado artículo 18, a su vez, señala: "para contribuir eficazmente a la aplicación del principio de no discriminación y a su desarrollo bajo los conceptos de igualdad de condiciones en trabajos de igual valor, es necesario desarrollar una acción positiva particularmente en las condiciones de contratación, salariales, formación, promoción y condiciones de trabajo en general, de modo que en igualdad de condiciones de idoneidad tendrán preferencia las personas del género menos representado en el grupo profesional de que se trate".

2º. En segundo lugar, ya en lo relativo a la promoción en el seno de la empresa, ha de destacarse el artículo 84 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 para 2007, 2008 y 2009 (B.O.E. de 31.08.07), por el que se instaura un único cauce de promoción consistente en el sistema de concurso oposición, previamente notificado a los representantes legales de los trabajadores, asimismo presentes en el correspondiente tribunal calificador de composición paritaria. Sistema que completan las reglas siguientes: "una vez aplicados los criterios establecidos en el artículo 24 del Estatuto de los Trabajadores, en igualdad de condiciones se atribuirá el ascenso según el siguiente orden de prioridades: La persona del sexo menos representado del nivel profesional en el centro de trabajo. La persona del sexo menos representado en la empresa". Por otro lado, también ha de mencionarse el artículo 24 del Convenio Colectivo de la banca (B.O.E. de 23.08.07), por el

que se establece un doble sistema de ascenso: por un lado, la libre designación por la empresa en el caso de "tareas o puestos de trabajo que impliquen mando o confianza, tales como las funciones de dirección, jefatura, u otras análogas, así como contramaestres, encargados/as, capataces, delegados/as y las de inspección, consejería, cobro, vigilancia o guarda"; por otro lado, "para el ascenso al resto de los puestos de trabajo", el "concurso oposición en base a un sistema de carácter objetivo" en el que se valorarán diversos aspectos –como la titulación o el historial profesional- y para el que se disponen las peculiares reglas que pasan a enumerarse: "en parejas condiciones de idoneidad, se atribuirá el ascenso al más antiguo. En iguales condiciones de antigüedad, a la persona del sexo menos representado en el puesto a ocupar". Con todo, si bien debe, a *priori*, valorarse positivamente la referida prioridad por la persona del sexo menos representando en el puesto de que se trate, se impone a continuación recordar que dicha regla no sólo es de aplicación secundaria respecto de otra claramente favorecedora del varón –la de antigüedad-, sino que además se enmarca en un procedimiento –el del concurso oposición- absolutamente residual. Pues, habida cuenta la extensísima lista de puestos de libre designación, probablemente los ascensos serán en su práctica totalidad objeto de decisión unilateral de la empresa. Igual valoración debe, por lo demás, aplicarse a una cláusula muy similar a la reproducida contenida en el artículo 19 del ya citado Convenio Colectivo de la Industria Química.

Habida cuenta la ya destacada indiferencia de convenios colectivos sectoriales autonómicos y provinciales en materia de igualdad de trato entre hombres y mujeres, los convenios seleccionados no recogen ninguna medida de acción positiva dirigida a favorecer el acceso al empleo, a la formación o a la promoción de las trabajadoras.

Ya entre los convenios colectivos de empresa, la única excepción –que, por consiguiente, parece confirmar la regla general en sentido contrario- se halla en el artículo 5 del II Convenio Colectivo de Repsol YPF, S.A. (B.O.E. de 06.03.07), según el cual "en materia de contratación, se promoverá el que, a igual mérito y capacidad se contemple positivamente el acceso del género menos representado en el Grupo profesional de que se trate". Con todo, como ya se puntualizó, dicha cláusula, no encierra una medida de acción positiva en sentido estricto, pues, de ser así, el precepto simplemente habría de rezar: "en materia de contratación, a igual mérito y capacidad, se contratará a la persona perteneciente al género menos representado en el grupo de que se trate". La virtualidad de la cláusula reproducida se halla por lo tanto a expensas de la interpretación que se otorgue al oscuro compromiso de "fomento de la contemplación positiva del acceso al puesto del sexo menos representado".

IV. EL PERIODO DE PRUEBA: INCIDENCIA DE SU REGULACIÓN EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA A LOS EFECTOS DE MEJORAR LA IGUALDAD ENTRE SEXOS.

Dada la virtualidad que despliega en la etapa inicial de la contratación y a efectos de la propia consolidación del vínculo laboral, se ha considerado de interés analizar la regulación convencional del período de prueba. Regulación convencional a la que el legislador, por lo demás, confiere particular protagonismo, pues, según dispone el artículo 14 ET, los límites temporales de aplicación son, en primer término, los previstos en el correspondiente convenio colectivo; la aplicación de los umbrales legales, en cambio, sólo procederá en defecto de pacto, esto es, subsidiariamente. Dichos límites, *ex* artículo 14 del ET –conviene subrayarlo por su posible

repercusión sobre el proceder convencional-, ignoran cualquier matización en orden al carácter temporal de la contratación[74].

Del régimen jurídico del período de prueba debe, por lo demás, destacarse que, durante el mismo, "el trabajador tendrá los derechos y obligaciones correspondientes al puesto de trabajo que desempeñe como si fuera de plantilla, excepto los derivados de la resolución de la relación laboral, que podrá producirse a instancia de cualquiera de las partes durante su transcurso" (artículo 14.2 ET). Con todo, "no es preciso insistir en que la resolución del contrato en período de prueba, si se funda precisamente en la condición de gestante de la mujer trabajadora, constituye un despido nulo, por discriminatorio a causa del sexo, pues la libertad reconocida al empresario en el art. 14 del ET, evidentemente no alcanza a la producción de resultados inconstitucionales" (STSJ de Madrid de 18 de mayo de 2000, Ar. 2651)[75].

La gran mayoría de los convenios colectivos sectoriales de ámbito estatal regulan el período de prueba de un modo relativamente uniforme: son denominadores comunes de las citadas regulaciones la fijación de la duración del período de prueba –a menudo con distinciones entre grupos profesionales- y la reiteración de los aspectos básicos de su régimen jurídico legal *ex* artículo 14 del ET –con mención expresa, entre otros extremos, a la peculiar facultad de resolución de las partes, al cómputo de dicho período a efectos de antigüedad o a la atribución al trabajador en prueba de idénticos derechos a los reconocidos a los trabajadores ya en plantilla-. Así sucede, entre otros, en los convenios siguientes: IV Convenio Colectivo de enseñanzas y formación no reglada (B.O.E. de 30.07.07), II Convenio Colectivo estatal de instalaciones deportivas y gimnasios (B.O.E.

[74] Con la misma matización, QUINTANILLA NAVARRO, B., *Acceso al empleo y condiciones de trabajo en general*, en AA.VV. (Coord.: PÉREZ DEL RÍO, T.), *La discriminación…, op. cit.*, p. 81.

[75] En dicho sentido, *vid*. SSTC 94/1984, de 16 de octubre y 166/1988, de 26 de septiembre.

de 06.09.06) o VI Convenio Colectivo de colegios mayores universitarios (B.O.E. de 24.10.07)[76].

La práctica totalidad de los convenios colectivos sectoriales de ámbito autonómico y provincial proceden a una regulación del período de prueba en términos muy similares a la ya descrita y empleada por los textos convencionales estatales. Esto es, los negociadores en cumplimiento del mandato legal expresado en el artículo 14.1 del ET proceden a la fijación de la duración del período de prueba –siendo igualmente frecuentes las distinciones entre categorías profesionales- y reiteran asimismo los aspectos básicos de su régimen jurídico legal. Muestra de tal proceder son, entre otros, los convenios colectivos siguientes: Convenio Colectivo del sector del campo de Cádiz (B.O. Cádiz de 24.10.07), Convenio Colectivo para el sector de grúas móviles autopropulsadas del Principado de Asturias (B.O. Principado de Asturias de 19.09.07).

Asimismo, igual técnica es empleada por los convenios colectivos de ámbito empresarial estudiados, tal es el caso, entre otros, del IV Convenio Colectivo de la Entidad Pública Empresarial Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea (B.O.E. de 18.04.06)[77], que incorpora como única novedad, sólo remotamente vinculada a las cuestiones aquí analizadas –por constituir una garantía suplementaria de los trabajadores-, la previsión siguiente: "En el supuesto de que un trabajador no supere el período de prueba y Aena decida desistir del contrato laboral suscrito con el mismo, informará a la representación laboral con anterioridad a la formalización de dicho desistimiento, a efectos de emisión de informe, en un plazo no superior a cinco días hábiles".

[76] Incluso algunos convenios colectivos estatales se remiten, sin más, al artículo 14 del ET: es el caso del I Convenio Colectivo estatal de empresas de reparto sin direccionar (B.O.E. de 17.07.07).

[77] Puede citarse, asimismo, el XIII Convenio Colectivo de la empresa O.N.C.E. y su personal, B.O.E. de 25.10.05 (artículo 13), o el Convenio Colectivo del Grupo Champion, B.O.E. de 09.06.06 (artículo 9).

En materia de período de prueba, por consiguiente, en ninguna de las categorías de convenios colectivos analizados se aprecian siquiera indicios de una política de erradicación efectiva de las discriminaciones por razón de género o sexo durante tan peculiar etapa de la relación laboral. Por supuesto, como era de esperar, tampoco se observa acción alguna de carácter positivo. Con todo, evidentemente no puede deducirse de tal balance que el período de prueba conforma un espacio temporal libre de discriminaciones. Sucede en realidad todo lo contrario: dada la peculiar resolución *ad nutum* del contrato de trabajo *ex* artículo 14.2 del ET, se ha revelado como una etapa propicia a discriminaciones sexistas –por ejemplo por razón de embarazo- encubiertas bajo la apariencia de una no superación del período de prueba[78]. El silencio de los negociadores resulta sumamente criticable: por esto último, pero también por el destacado protagonismo que paradójicamente la Ley les concede en la materia, así como por la frecuente repercusión negativa en las trabajadoras de cláusulas convencionales muy habituales al regular el período de prueba.

Entre éstas últimas procede citar la falta de adecuación de su duración al carácter temporal del contrato[79] o, en clara contradicción con lo dispuesto por el artículo 14 del ET, la sujeción a nueva prueba de quien ya desempeñó servicios en la empresa o sector. Reglas que, como es de entender, resultan particularmente nocivas para las mujeres habida cuenta la elevada tasa de temporalidad a que se hallan sujetas. Incluso, en algún caso, cláusulas reguladoras de la duración del período de prueba aparentemente neutras pueden encubrir discriminaciones indirectas: se trata de aquéllas que alargan, de modo desproporcionado los períodos de prueba

[78] *Vid*. SSTC 94/1984, de 16 de octubre y 166/1988, de 26 de septiembre, ya citadas.

[79] Como única excepción hallada entre los convenios analizados procede destacar lo dispuesto por el artículo 20.2 del I Convenio Colectivo del Grupo Eroski, a cuyo tenor "en los contratos de trabajo cuya duración inicial pactada, cierta o estimada, sea igual o inferior a seis meses, el período de prueba que en su caso se concierte, no podrá resultar superior al 30 por ciento de aquella duración".

de grupos o categorías profesionales feminizadas[80]. Tan sólo la no inclusión de "las situaciones de maternidad y adopción o acogimiento" (artículo 14.3, inciso final, del ET) entre las causas susceptibles de producir la interrupción del período de prueba[81] puede considerarse una "medida de acción positiva indirecta", pues implica que, de disfrutar la trabajadora del correspondiente permiso, seguirá transcurriendo durante el mismo el período de prueba. Con todo, "lo cierto es que dada la dificultad de contratación o de renovación de los contratos de las mujeres embarazadas, este tipo de situaciones se adivinan poco frecuentes"[82].

V. CONCLUSIONES.

A modo de reflexión de carácter general, debe destacarse que los convenios aquí analizados no proceden, desde una perspectiva transversal, a un tratamiento riguroso del acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesional o del período de prueba. Pocos conceptúan, como de hecho sucede en la realidad, tales aspectos de la relación laboral como focos de discriminación por razón de género o sexo y pocos, por consiguiente, introducen mecanismos efectivos de erradicación de las mismas y menos aún de acción positiva. A lo sumo, los textos analizados introducen declaraciones abstractas –por lo demás sólo en contadas ocasiones expresamente referidas a las cuestiones aquí analizadas- y en todo caso con un valor meramente programático o pedagógico. Se

[80] Tal vez encaje en el supuesto descrito el artículo 9 del Convenio Colectivo del Grupo Champion (B.O.E. de 09.06.06), que en su apartado 1 establece duraciones variables del período de prueba, que sólo oscilan de los 6 meses para los trabajadores grupos I, II y III (Gestores/as, Mandos y Técnicos/as) a los 4 meses para los trabajadores del Grupo V (Profesionales), como es sabido, habida cuenta la actividad de la empresa (venta en grandes superficie y supermercados), fundamentalmente integrado por mujeres.

[81] Tal es el caso del IV Convenio Colectivo de la Entidad Pública Empresarial Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea (B.O.E. de 18.04.06), cuyo artículo 27 sólo contempla como causa de interrupción del período de prueba, como es habitual, la incapacidad temporal.

perpetúan, en términos generales, los criterios tradicionales: esto es, la exigua regulación convencional del ingreso al trabajo con el consiguiente elevado margen de discrecionalidad empresarial; la omnipresencia del factor antigüedad a efectos de promoción interna, con la importante salvedad conformada por puestos de confianza o responsabilidad para los que rige la libre designación empresarial; el tratamiento aparentemente neutro de la formación y período de prueba, centrado, respectivamente, en el señalamiento de permisos y facilidades para la primera –con total desatención de las peculiares necesidades de las trabajadoras- y de su duración para el segundo –ignorando en este caso el carácter temporal de la contratación, más frecuente aún en caso de mujeres-. Ante tal panorama, sólo cabe concluir que se perpetúan asimismo las discriminaciones por razón de género o sexo en el acceso al empleo, a la formación profesional, a efectos de promoción interna y durante el período de prueba.

BIBLIOGRAFÍA: AA.VV.: - *Estudo sobre a situación sociolaboral da muller en Galicia*, CGRL (Santiago de Compostela, 2007). - *La discriminación por razón de sexo en la negociación colectiva* (Coord.: PÉREZ DEL RÍO, T.), MTAS (Madrid, 1999) BALLESTER PASTOR, M. A., *Normativa nacional en materia de igualdad de trato en el ámbito laboral y de la Seguridad Social*, AS, 1998, BIB 1998/608. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., *Obligación del órgano judicial de posibilitar la acreditación de indicios de vulneración de los derechos fundamentales: el juez debe asegurar que las pruebas admitidas sean aportadas*, RDS, núm. 7, 1999. LOUSADA AROCHENA, J. F.: - *La tutela jurisdiccional de la discriminación colectiva (A propósito de las Sentencias de 18 de febrero de 1994 y de 4 de octubre de 1995)*, AS, núm. 17, 1996, BIB 1996/98. - *La tutela jurisdiccional de la discriminación colectiva (A propósito de la Sentencia 41/1999, de 22 de marzo, del Tribunal Constitucional)*, AS, núm. 12, 1999, BIB 2000/1387. - *La tutela jurisdiccional de la discriminación colectiva (A propósito de la Sentencia de 4 de mayo de 2000)*, AS, núm. 12, 2000, BIB 2000/1472. - *Discriminación indirecta por razón de género en la promoción profesional*, AS, 2007, BIB 2007/2897. LOUSADA AROCHENA, F. y JUSTO SUÁREZ, C., *Acceso ao emprego*, en AA.VV., *Estudo sobre a situación sociolaboral da muller en Galicia*, CGRL (Santiago de Compostela, 2007). PURCALLA Y BONILLA, M. A., *Desigualdad de trato por razón de sexo en proceso de selección de personal*, AS, núm. 19, 2005, BIB 2005/2635. QUINTANILLA NAVARRO, B., *Acceso al empleo y condiciones de trabajo en general*, en AA.VV. (Coord.: PÉREZ DEL RÍO, T.), *La discriminación por razón de sexo en la negociación colectiva*, MTAS (Madrid, 1999). RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., *La protección jurídico-laboral de la mujer: luces y sombras*, Cedecs (Barcelona, 2002). TAPIA HERMIDA, A., *El despido de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o esté en período de lactancia*, RTSS, núm. 224, 2001.

[82] QUINTANILLA NAVARRO, B., *Acceso al empleo y condiciones de trabajo en general*, en AA.VV. (Coord.: PÉREZ DEL RÍO, T.), *La discriminación…, op. cit.*, p. 82.

CAPÍTULO CUARTO

IGUALDAD POR RAZÓN DE SEXO / GÉNERO EN LAS CONDICIONES DE TRABAJO

SUMARIO: I. EL TRABAJO A TIEMPO PARCIAL Y EL TRABAJO TEMPORAL DESDE UNA PERSPECTIVA DE SEXO / GÉNERO. II. EL TRABAJO FIJO-DISCONTINUO. III. MODIFICACIONES FUNCIONALES Y GEOGRÁFICAS. IV. GARANTÍAS DE ESTABILIDAD FRENTE A EXTINCIONES DISCRIMINATORIAS. V. CONCLUSIONES.

I. EL TRABAJO A TIEMPO PARCIAL Y EL TRABAJO TEMPORAL DESDE UNA PERSPECTIVA DE SEXO / GÉNERO.

Estudiar el trabajo a tiempo parcial y el trabajo temporal desde una perspectiva de sexo / género, exige tener en cuenta la utilización y el uso del tiempo también desde su perspectiva de sexo / género, pues como es sabido, en no pocas situaciones, el tiempo que una persona –una mujer- dedica al ejercicio de una actividad laboral depende del que le *permiten* sus responsabilidades familiares y domésticas. Que también existe la situación contraria, esto es, la del hombre que asume como tarea fundamental y primordial en su vida las responsabilidades familiares y domésticas, para dejar en segundo plano el desarrollo de su vida laboral, no se puede descartar, pero que la situación mayoritaria es la primera está más que acreditado y comprobado. En fin, de acuerdo con los estereotipos sociales tradicionales asociados al sexo / género, las mujeres distribuyen, o más bien, intercalan, su tiempo de trabajo entre el dedicado al trabajo extradoméstico y el dedicado al trabajo doméstico. Sólo después, si queda

algún excedente, aparece el tiempo de descanso. Por el contrario, el estereotipo masculino es el que dedica su tiempo de trabajo únicamente al trabajo laboral, mientras que todo el restante constituye tiempo de ocio y tiempo de descanso. Como se ha señalado por la doctrina que ha estudiado la temática planteada "los hombres distribuyen su tiempo linealmente y las mujeres lo distribuyen en estrella"[83].

Evidentemente, en la actualidad, la situación no es tan radical como aparece aquí descrita. Que todavía existe cierta diferenciación por sexo en la utilización del tiempo es más que palpable, sin embargo, la distancia no es tan magnánima como se como se acaba de exponer. En cualquier caso, su pervivencia, en mayor o menor medida, permite que todavía existan eventuales discriminaciones laborales por razón de sexo / género, es decir, distinciones y tratos diferentes y perjudiciales para uno de los colectivos, en este caso, el de trabajadoras. Como es sabido, el principio de igualdad no exige un tratamiento idéntico y similar en todas las situaciones. En su entendimiento más simple el principio de igualdad responde al siguiente aforismo: "tratar igual a lo igual y tratar de modo desigual a lo desigual". En consecuencia, si partimos de una utilización diferente del tiempo por sexo, tales diferencias habrán de ser tenidas en cuenta a la hora de ordenar las relaciones laborales y todas sus vicisitudes, especialmente, todas aquellas que tienen en cuenta el tiempo como elemento esencial en su ordenación y ya se refiera sólo a tiempo de trabajo, como cuando se trata de combinar tiempo de trabajo y tiempo dedicado a otras actividades como puede ser la familia, la vida personal, el ocio, etc.

Si se atiende a la combinación de tiempo de trabajo y tiempo dedicado a la familia, la integración del sexo / género y consecuentemente el cumplimiento del principio de igualdad entre trabajadoras y trabajadores,

[83] Cfr. LOUSADA AROCHENA, F., *El principio de transversalidad de la dimensión de género,* MTAS (Madrid, 2007), p. 88.

se aprecia claramente en la regulación de los derechos de conciliación de la vida familiar y laboral. Es decir, en la ordenación de los derechos tendentes a hacer compatibles las dos facetas de la vida –la familiar y la laboral- sin que ninguna de ellas sufra perjuicio alguno por el ejercicio de la otra. Sobre esta cuestión hay que significar que no se logrará la compatibilidad total de las dos facetas hasta que el ejercicio y la utilización de los derechos de conciliación se haga indistintamente por los trabajadores y por las trabajadoras. Esto es, lo que se pretende es la "asunción igualitaria, por hombres y mujeres, de las responsabilidades familiares, facilitando a ambos sexos, en igualdad de oportunidades, la conciliación de sus vidas personal, familiar y laboral"[84]. A esta cuestión se dedicará íntegramente el capítulo sexto de este informe.

Otras veces no se trata de suprimir tales diferencias, sino de tenerlas en cuenta a la hora de ordenar cualquier cuestión que pueda verse afectada por dicha regulación y con ello eliminar las diferencias discriminatorias que pudieran existir en beneficio del cumplimiento del principio de igualdad por razón de sexo / género. En definitiva, tener en cuenta el factor temporal en las relaciones laborales y su incidencia en el colectivo de trabajadoras y trabajadores. Ello nos lleva obligatoriamente a atender a las aquellas modalidades de contratos de trabajo en los que el tiempo constituye uno de sus elementos constitutivos. A saber, los contratos temporales –obra o servicio, el eventual y el de interinidad- y el contrato a tiempo parcial. Por su proximidad, también hay que mencionar los contratos de trabajo fijos-discontinuos.

La relación de estas modalidades contractuales con el principio de igualdad por razón de sexo / género es evidente, toda vez que el colectivo femenino es el que *padece* mayoritariamente la precariedad laboral, esto es,

[84] Cfr. LOUSADA AROCHENA, F., *El principio de transversalidad…, op. cit.,* p. 91.

la temporalidad, pero sobre todo porque son las trabajadoras las destinatarias principales, por no decir, casi exclusivas, de los contratos a tiempo parcial[85]. Así las cosas, cualquier regulación, tanto heterónoma como autónoma, que tenga por objeto alguno de estos contratos repercutirá ineludiblemente sobre el colectivo femenino y de ahí su importancia como instrumento al servicio del cumplimiento del principio de igualdad por razón de sexo / género. Sobre esta cuestión sirva traer a colación el concepto de discriminación indirecta por razón de sexo / género de la jurisprudencia constitucional, creada, precisamente a raíz de la contratación a tiempo parcial y de su utilización mayoritaria por las trabajadoras, eso sí también tomando como base el contenido de la jurisprudencia comunitaria. Según el TC, en su Sentencia de 22 de diciembre de 2004[86], sobre la cotización a la Seguridad Social de los trabajadores a tiempo parcial, "queda descartado que sean adecuadas las diferencias que se implantan atendiendo sólo y exclusivamente al menor número de horas trabajadas, porque tomándose sólo en cuenta este factor diferencial, se ignora el menor poder contractual de estos trabajadores atípicos y el dato, contrastado en la experiencia, de que en estos colectivos se concentran altos porcentajes de mano de obra femenina, con lo que la irrazonabilidad del factor diferencial se acentúa al entrar en juego la prohibición de discriminación, exigiéndose por tanto una más cuidadosa justificación de las desigualdades en este terreno, mediante la puesta de manifiesto de otros factores concomitantes

[85] *Vg.*, CABEZA PEREIRO, J., GONZÁLEZ VÁZQUEZ, M., JUSTO SUÁREZ, C. y LOUSADA AROCHENA, F: *Estudio sobre a situación sociolaboral da muller en Galicia*, CONSELLO GALEGO DE RELACIÓNS LABORAIS (Santiago de Compostela, 2006), pp. 27 ss.

[86] RTC 2004/253: Cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Juzgado de lo Social núm. 1 de Pontevedra en relación con el contenido del párrafo segundo de art. 12.4 ET en su redacción original del año 1995. A la trabajadora a tiempo parcial se le había denegado una pensión de incapacidad permanente por la única razón de no acreditar el período mínimo de cotización legalmente exigible a la fecha del hecho causante de la prestación solicitada, que resultaba ser de 4.045 días, cuando la actora sólo acreditaba 4.024 días cotizados (…) Ello es así porque en los períodos en que estuvo contratada a tiempo parcial el INSS le reconoce sólo 1.447 días, en aplicación del párrafo segundo del art. 12.4 ET, ya que se trata de contratos a tiempo parcial.

que las expliquen, al margen del solo tiempo de trabajo inferior" (…) Que la específica prohibición de discriminación por razón de sexo consagrada en el art. 14 CE, que contiene un derecho y un mandato antidiscriminatorio, comprende no sólo la discriminación directa, es decir, el tratamiento jurídico diferenciado y desfavorable de una persona por razón de su sexo, sino también la indirecta, esto es, aquel tratamiento formalmente neutro o no discriminatorio del que se deriva, por las diversas condiciones fácticas que se dan entre trabajadores de uno u otro sexo, un impacto adverso sobre los miembros de un determinado sexo (…)" Y también que cuando "se denuncia una discriminación indirecta, no se exige aportar como término de comparación la existencia de un trato más beneficioso atribuido única y exclusivamente a los varones; basta como han dicho tanto este Tribunal como el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, que exista, en primer lugar, una norma o una interpretación o aplicación de la misma que produzca efectos desfavorables para un grupo formado mayoritariamente, aunque no necesariamente de forma exclusiva, por trabajadoras femeninas (trabajadores a tiempo parcial –Sentencia TJCE de 27 de junio de 1990-, trabajadores con menos de dos años de permanencia en su puesto de trabajo –Sentencia TJCE de 9 de febrero de 1999, etc). En estos supuestos es evidente que cuando se concluye que, por ejemplo, un tratamiento concreto de los trabajadores a tiempo parcial discrimina a las mujeres, no se está diciendo que en esta misma situación laboral se trata mejor a los varones que a las mujeres. Y en segundo lugar, se requiere que los poderes públicos no puedan probar que la norma que dispensa una diferencia de trato responde a una medida de política social, justificada por razones objetivas y ajena a toda discriminación por razón de sexo".

Esta doctrina fue confirmada al año siguiente, por el TC, en su Sentencia de 14 de marzo de 2005[87]: "en la medida en que esta concreta previsión (el modo de cotización de los trabajadores a tiempo parcial) ya ha sido declarada inconstitucional por este Tribunal por vulnerar el derecho a la igualdad ante la ley (…) debe concluirse, sin necesidad de mayores argumentos, que en el presente caso ha de otorgarse el amparo solicitado por vulneración del derecho a la igualdad ante la ley". Al hilo del tema objeto de debate, el TC insiste en una cuestión fundamental para poder apreciar una eventual discriminación: "el principio de contributividad que informa a nuestro sistema de Seguridad justifica sin duda que el legislador establezca que las bases reguladoras de las prestaciones de Seguridad Social se calculen en función de lo efectivamente cotizado, de donde resultará, lógicamente, una prestación de cuantía inferior para los trabajadores contratados a tiempo parcial, por comparación con los trabajadores que desempeñen ese mismo trabajo a jornada completa. Pero lo que no aparece justificado es que se establezca una diferencia de trato entre trabajadores a tiempo completo y trabajadores a tiempo parcial en cuanto al cumplimiento del requisito de carencia para el acceso a las prestaciones contributivas de Seguridad Social, diferenciación, por tanto, arbitraria y que además conduce a un resultado desproporcionado, al dificultar el acceso a la protección de la Seguridad Social de los trabajadores contratados a tiempo parcial (...)". Ello, a su vez, comporta

[87] RTC 2005/49: Recurso de amparo contra la Sentencia TS de 22 de diciembre de 1997 que estimaba el recurso de casación interpuesto contra la Sentencia TSJ dictada en demanda contra el INSS sobre pensión por invalidez permanente derivada de enfermedad común. La recurrente, de profesión habitual limpiadora, estando afiliada al régimen general de la Seguridad Social, instó expediente de invalidez permanente derivada de enfermedad común, emitiéndose el correspondiente dictamen médico por la Unidad de Valoración Médica de Incapacidades el 22 de junio de 1995. La Dirección Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social, por resolución de 11 de octubre de 1995, acordó no haber lugar a la declaración solicitada, al no acreditarse el período mínimo de cotización exigido para acceder a las prestaciones económicas derivadas de la situación de invalidez permanente, ya que si bien el período mínimo de cotización necesario era de 3.860 días, y la recurrente había cotizado durante un total de 5.584 jornadas, dicha cotización lo había sido a tiempo parcial, por lo que, tan sólo acreditaba a su favor 1.208 días cotizados. El TC concede el amparo por considerar vulnerado el derecho fundamental a la igualdad ante la ley.

una discriminación indirecta por razón de sexo por cuanto la regulación "afecta predominantemente a las mujeres trabajadoras".

Más recientemente, si bien en sentido contrario a la doctrina aquí expuesta, hay que mencionar obligatoriamente el Auto TC de 27 de marzo de 2007[88] que inadmite a trámite la cuestión de inconstitucionalidad planteada por un Juzgado de lo Social por considerarse notoriamente infundada. Lo que se plantea es la posible discriminación de una trabajadora en el cálculo de la base reguladora de su pensión de incapacidad permanente por haberse acogido a la reducción de jornada del art. 37.5 ET. En la fecha en que se había planteado la cuestión todavía no había entrado en vigor el contenido del art. 180.3 LGSS que considera que "las cotizaciones realizadas durante los dos primeros años del período de reducción de jornada por cuidado de menor previsto en el art. 37.5 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, se computarán incrementadas hasta el 100 por 100 de la cuantía que hubiera correspondido si se hubiera mantenido sin dicha reducción la jornada de trabajo (…)". Entre otros, los argumentos del Pleno del TC giran en torno al principio de contributividad del sistema de Seguridad Social y en particular en el momento de calcular una pensión contributiva del sistema. Y si el legislador ha establecido que las "bases reguladoras se calculen en función de lo efectivamente cotizado, resultará lógicamente una prestación de cuantía inferior para los trabajadores contratados a tiempo parcial, por comparación con los trabajadores que desempeñen ese mismo trabajo a jornada completa" (…) Que la actual regulación –referida a la anterior a la promulgación de la LOIEMH- no contemple una norma específica que permita considerar como cotizados a jornada completa, a efectos del cálculo de las bases reguladoras de las prestaciones de Seguridad Social, los períodos

[88] RTC 2007/200 Auto.

trabajados y cotizados a jornada reducida (por razones de guarda legal, por trabajo a tiempo parcial, etc) no determina la inconstitucionalidad por omisión que pretende el Juzgado proponente, siendo el legislador a quien, en atención a las circunstancias económicas y sociales que son imperativas para la viabilidad y eficacia del sistema de la Seguridad Social, le corresponde decidir (…)".

En todo caso, conviene advertir que dicho Auto cuenta con un voto particular firmado por dos magistradas que entienden que la cuestión debería haber sido admitida a trámite. En síntesis, sus argumentos giran en torno al concepto de "discriminación indirecta por razón de sexo" y no tanto en torno al principio de contributividad al que aludía el Pleno: el art. 37.5 ET "contempla la posibilidad de que los trabajadores, dentro de unos límites, reduzcan su jornada laboral para atender al cuidado de un hijo o familiares con la disminución proporcional de su salario que corresponda. La medida se entronca, pues, sin ningún forzamiento, en lo dispuesto en el art. 39.1 CE cuando establece que los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia. Por tanto, es a la luz de esta finalidad constitucionalmente proclamada como debería abordarse el examen del art. 140.2 LGSS en conexión con el 109.1 LGSS. Y es evidente que su aplicación al trabajador que opta por la reducción de jornada por alguna de las razones a que se refiere el art. 37.5 LET se atiene exclusivamente al principio de contributividad de nuestro sistema de Seguridad Social, sin tener en cuenta la singularidad de la modificación contractual descrita y la presencia en la misma de valores constitucionalmente protegidos, provocando un trato desfavorable al trabajador que ejerza el derecho legal, que le ha sido reconocido en aras de la satisfacción de tales valores constitucionales, por omisión o insuficiencia normativa (…) Como este Tribunal ha reiterado en varias resoluciones la específica prohibición de discriminación por razón de sexo

consagrada en el art. 14 CE comprende no sólo la discriminación directa, es decir, el tratamiento jurídico diferenciado y desfavorable de una persona por razón de su sexo, sino también la indirecta, esto es, aquel tratamiento formalmente neutro o no discriminatorio del que se deriva, por las diversas condiciones fácticas que se dan entre trabajadores de uno y otro sexo, un impacto adverso sobre los miembros de un determinado sexo. Ahora bien, la incorporación de la discriminación indirecta al contenido proscrito por el art. 14 CE repercute en la forma en la que se ha de abordar el análisis de este tipo de discriminaciones que se derivan de normas formalmente neutras; en efecto, para apreciar si la norma considerada encubre o permite encubrir una discriminación contraria a la Constitución deberá atenderse necesariamente a los datos revelados por la estadística (Sentencia TC 128/1997). En este mismo sentido se ha manifestado reiteradamente el TJCE (por todas Sentencia de 9 de febrero de 1999, asunto Seymour-Smith y Laura Pérez). Pues bien, como el Auto que plantea la cuestión de inconstitucionalidad prueba la estadística demuestra que la opción contemplada por la norma considerada es utilizada de manera abrumadoramente mayoritaria por las mujeres trabajadoras (…) Así este factor adicional ha de tomarse también en consideración, pues resulta a todas luces decisivo, toda vez que pone de relieve que no cabe sostener, al analizar la omisión o insuficiencia legislativa que se cuestiona, que las mujeres trabajadoras que hacen uso de ese derecho de reducción de jornada (art. 37.5 LET), en tanto que es concreción del art. 39 CE, estén en la misma situación o ejercitando un derecho asimilable en su naturaleza que otros trabajadores que prestan sus servicios a tiempo parcial o reducen su jornada por razones diferentes. Si así se hiciera, se haría prevalecer sobre la dimensión constitucional en juego el hecho de que las prestaciones de Seguridad Social se calculen en función de las cotizaciones efectivamente realizadas, es decir, se haría prevalecer un

determinado régimen legal sobre la garantía de que el ejercicio y disfrute de derechos de fuente constitucional (de protección a la familia y de no discriminación por razón de sexo, en este caso) no pueda causar perjuicios a su titular". Sin lugar a dudas, la reforma operada en el art. 37.5 ET por la LOIEMH camina en la senda marcada por estas resoluciones y por lo tanto en la búsqueda y efectividad del principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo / género.

En el ámbito normativo, el concepto de discriminación indirecta se contiene en el art. 6.2 LOIEMH que dispone que "se considera discriminación indirecta por razón de sexo la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pone a personas de un sexo en desventaja particular con respecto a personas del otro, salvo que dicha disposición, criterio o práctica puedan justificarse objetivamente en atención a una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean necesarios y adecuados". El de discriminación directa también se contiene en el mismo precepto, en su apartado 1: "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". De todas formas y a diferencia de las indirectas, la contratación temporal y la contratación a tiempo parcial no son ámbitos propicios a discriminaciones directas. Siguiendo con el contenido de la LOIEMH, su art. 3 define el principio de igualdad de trato por razón de sexo / género: "el principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres supone la ausencia de toda discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo, y, especialmente, las derivadas de la maternidad, la asunción de obligaciones familiares y el estado civil". Por supuesto, el principio de igualdad, en cuanto principio informador del ordenamiento jurídico, habrá de tenerse en cuenta en la "interpretación y en la aplicación de las normas jurídicas". Es lo que se

conoce como dimensión transversal de la perspectiva de sexo / género, a la que se alude y se le dedica un amplio estudio en el capítulo primero de este informe. Por último, también hay que hacer mención al contenido del art. 5 LOIEMH, toda vez que enumera, con gran amplitud, una serie circunstancias laborales sobre las que "se garantizará, en los términos previstos en la normativa aplicable" el principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres y son: el acceso al empleo, incluso el trabajo por cuenta propia, la formación profesional, la promoción profesional, las condiciones de trabajo, incluidas las retributivas y las de despido y en la afiliación y participación en las organizaciones sindicales y empresariales, o el cualquier organización cuyos miembros ejerzan una profesión concreta, incluidas las prestaciones concedidas por las mismas. La falta de mención expresa de los contratos temporales y del contrato a tiempo parcial, se debe a la inclusión del tiempo de trabajo, en todas sus manifestaciones, dentro del concepto más amplio de "condiciones de trabajo".

Centrándonos ya en la negociación colectiva y en lo que se refiere a la contratación temporal, al no poder extraer conclusiones generales, se pasan a exponer las cláusulas convencionales existentes y que a la hora de regular la contratación pueden incidir positiva o negativamente en cuestiones de sexo / género.

Para comenzar, hay ciertos convenios que parecen optar como norma general por la contratación indefinida, lo que parece querer excluir *a priori* distinciones y posibles discriminaciones por razón de sexo / género en su personal. Así sucede con el XX Convenio Colectivo de autoescuelas, B.O.E. de 24.02.2006, que dispone que "los trabajadores/as contratados por la autoescuela sin pactar modalidad especial alguna en cuanto a su duración, se considerarán fijos, salvo los casos previstos en el

Estatuto de los Trabajadores" y los "trabajadores sin contrato escrito transcurrido el período de prueba se presumirá que han celebrado el contrato por tiempo indefinido, salvo prueba en contrario que acredite su naturaleza temporal" (art. 6.1). Lo mismo acontece en el XII Convenio Colectivo de ámbito estatal para los centros de educación universitaria e investigación, B.O.E. de 9.01.2007, que destaca, en no pocas ocasiones, su preferencia por la contratación indefinida: "todas las personas afectadas por el presente Convenio se entenderán contratadas por tiempo indefinido sin más excepciones que las establecidas en los artículos siguientes y aquéllas establecidas en la ley (…) Las personas incorporadas en un centro, sin pactar modalidad especial alguna en cuanto a la duración de su contrato, se considerarán fijas, una vez transcurrido el período de prueba. Todo el personal pasará automáticamente a la condición de fijo si transcurrido el plazo determinado en el contrato continúan desarrollando sus actividades sin haber existido nuevo contrato o prórroga del anterior. En caso de ser personal docente que imparta enseñanza reglada, quedará como personal fijo si existe nueva contratación para impartir la misma materia antes de tres meses, salvo que se acredite su naturaleza no indefinida según lo indicado en los artículos siguientes y lo dispuesto en la legislación vigente". Con especial incidencia sobre el colectivo femenino, por tratarse de sectores y actividades con un elevado porcentaje de trabajadoras, puede citarse el Convenio Colectivo general de trabajo de la industria textil y de la confección, B.O.E. de 4.01.2007, que no sólo reconoce como norma general la contratación indefinida, sino también a tiempo completo. Así su art. 25 dispone que "(…) las necesidades de carácter permanente han de ser atendidas con personal fijo, que lo será a jornada completa, salvo lo que luego se indica en relación con los contratos a tiempo parcial y los fijos discontinuos. Podrán asimismo utilizarse las modalidades de contratación por tiempo determinado

previstas por la ley, siempre que así se pacte por escrito y con la finalidad y características en ellas señaladas, de modo que los contratos en fraude de ley se considerarán indefinidos a todos los efectos (…)". En materia de fomento de la contratación indefinida, el mismo precepto se remite a la legislación vigente para recordar la aplicación de la Ley 12/2001, de 9 de julio y, por lo tanto, la modalidad contractual de contrato de fomento de la contratación indefinida. En este mismo Convenio Colectivo y al hilo de la contratación temporal y la contratación indefinida, no está de más destacar el contenido de una cláusula genérica sobre el principio de igualdad: "las personas contratadas por tiempo determinado tendrán los mismos derechos e igualdad de trato en las relaciones laborales que las personas con contrato indefinido, salvo las limitaciones que se deriven de la naturaleza y duración de su contrato". Otro convenio con especial incidencia sobre el colectivo femenino y con cláusulas similares a las anteriores, es el IV Convenio Colectivo marco estatal de servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal, B.O.E. de 4.08.2006, que reconoce como "prioritaria la contratación indefinida" y que "los/as trabajadores/as con contratos temporales y de duración determinada tendrán los mismos derechos que los/as trabajadores/as con contratos de duración indefinida" (art. 13). Con menor incidencia sobre el colectivo femenino, por tratarse, a diferencia de los anteriores, de un sector compuesto mayoritariamente por trabajadores, el art. 19 del IV Convenio Colectivo general del sector de la construcción, B.O.E. de 17.08.2007, califica como "modalidad normal de contratación" en los centros de trabajo de carácter permanente, el contrato fijo de plantilla. La misma terminología y para los mismos supuestos de contratación indefinida, se mencionan en el Convenio Colectivo general de la industria salinera, B.O.E. de 19.10.2006. En el ámbito sectorial provincial, aún siendo escasísimas las cláusulas convencionales relativas a

la contratación de su personal, se ha encontrado alguna promoviendo la contratación indefinida. Así, el art. 12 del Convenio Colectivo del sector de oficinas y despachos de Salamanca, B.O. Salamanca de 6.09.2007, al disponer que "las partes firmantes del presente Convenio Colectivo se comprometen a potenciar la contratación indefinida, contribuyendo a la mejora de la competitividad de las empresas, a la mejora del empleo, reduciendo la temporalidad y rotación del mismo, respetando el principio de causalidad en la contratación".

Ahora bien, frente a las cláusulas anteriores, en los mismos convenios también encontramos otras que parecen buscar la finalidad contraria, esto es, prolongar la temporalidad de sus contratos y, en definitiva, la precariedad de su personal. Así acontece con la duración del contrato para la formación en el XX Convenio Colectivo de autoescuelas, B.O.E. de 24.02.2006. Como es sabido, la duración máxima legal de este contrato es de dos años, si bien el propio ET permite a la negociación colectiva sectorial establecer otras duraciones atendiendo a las características del oficio o puesto de trabajo y los requerimientos formativos "sin que en ningún caso la duración mínima pueda ser inferior a seis meses ni la máxima superior a tres años o cuatro cuando el contrato se concierte con una persona minusválida" (art. 11.2 c) ET). A raíz del contenido de este precepto, el art. 6 del XX Convenio Colectivo de autoescuelas, B.O.E. de 24.02.2006, fija la duración máxima del contrato para la formación en 3 años, sin especificar la justificación de tal extensión temporal.

Son relativamente frecuentes cláusulas que fijan porcentajes mínimos de trabajadores indefinidos o máximos de trabajadores temporales, lo cual cobra cierta importancia toda vez que en determinados sectores o actividades la temporalidad afecta más a las trabajadoras que a

los trabajadores. Tratándose de estos sectores, la fijación de tales porcentajes propiciará o facilitará un incremento de la estabilidad del empleo femenino, lo cual contribuye a la efectividad del principio de igualdad de trato y de oportunidades en el ámbito laboral. Entre otros pueden mencionarse el VI Convenio Colectivo de colegios mayores universitarios privados, B.O.E. de 24.10.2007, cuyo art. 8 fija como porcentaje máximo de trabajadores temporales "el 30 por 100 de la totalidad de la plantilla", con las excepciones previstas en el mismo precepto: quedan excluidos del cómputo "los contratos de interinidad, los de relevo y los contratos efectuados para subvenir a las necesidades de la empresa en atención a las ocupaciones de residentes no habituales en los colegios mayores". Por tratarse de un sector con importante presencia femenina, hay que mencionar de nuevo el IV Convenio Colectivo marco estatal de servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal, B.O.E. de 4.08.2006. Al objeto de "fomentar la contratación indefinida y de dotar de mayor estabilidad a los contratos vigentes" se acuerda que las empresas incluidas en su ámbito de aplicación deberán tener, nada menos que, "un 77 por ciento de personal, sobre la plantilla mínima que legalmente le sea exigida en cada situación, con contratos indefinidos a fecha 1 de enero de 2007 y durante toda la vigencia de este Convenio". Para el año 2006 se había señalado un porcentaje más reducido, el 70 por ciento. Tratándose de empresas de nueva creación, el porcentaje exigible de contratos indefinidos también es inferior. Concretamente "a la finalización del primer año de actividad: 50 por ciento y a la finalización del segundo año de actividad: 77 por ciento" (art. 13). En ámbitos territoriales inferiores, también se encuentran cláusulas con exigencias de porcentajes determinados de personal fijo de plantilla o con contratos indefinidos. Entre otros, el 70 por ciento en el Convenio Colectivo del sector de la hostelería de Cantabria, B.O.

Cantabria de 2.10.2007. Si las empresas son de nueva creación, el primer año el porcentaje se reduce considerablemente –10 por ciento-. No obstante, para el segundo año el porcentaje vuelve a aumentar en una cifra importante –50 por ciento-, para llegar al 70 por ciento el tercer año. En el ámbito empresarial y con una notable incidencia sobre el colectivo femenino por el importante número de trabajadoras que prestan servicios en tal entidad, el I Convenio Colectivo de supermercados del grupo Eroski, B.O.E. de 6.06.2006, exige que a finales del año 2008 la contratación estable e indefinida deberá alcanzar "un ochenta por ciento del total de la plantilla de cada empresa afectada por el presente Convenio, incluidas las plataformas" (art. 19). Eso sí, en el cómputo de la estabilidad "no se tendrán en consideración los contratos de interinidad". El porcentaje de plantilla fija asciende a un 90 por ciento, en las empresas a las que se les aplica el III Convenio Colectivo sectorial de ámbito estatal de las administraciones de loterías, B.O.E. de 19.07.2006 (art. 14). En otros convenios, los porcentajes máximos de personal eventual o mínimos de personal indefinido, se fijan indirectamente, en atención a otros parámetros. En este sentido, y también con bastante repercusión sobre el colectivo femenino por el número de trabajadoras que prestan servicios en el sector, el art. 15, apartado 2.3, del Convenio Colectivo de la industria del calzado, B.O.E. de 23.09.2007, impide a las empresas de su ámbito cuyo "personal eventual supere el 50% de la plantilla" la aplicación de la jornada flexible. Por supuesto, que desde la perspectiva de sexo / género, la imposición de este límite ha de valorarse positivamente. En todo caso, conviene advertir que, además de no constituir un límite infranqueable, su cuantía es ciertamente elevada, lo que desvirtúa la eventual penalización impuesta a la empresa. En otros supuestos, mantener cierto porcentaje de trabajadores estables favorece la contratación eventual posterior. Así, el art. 43.2 del XXI Convenio Colectivo de banca, B.O.E. de 16.08.2007,

permite a las empresas que “durante el año natural mantengan una media ponderada del 90 por ciento de empleo fijo, tomando para dicha media ponderada los datos mensualmente, acogerse durante el año siguiente natural y dentro de los límites disponibles por convenio colectivo, a los criterios establecidos en el apartado 1 b) del art. 15 del Estatuto de los Trabajadores”.

Desde la perspectiva de sexo / género, adquieren gran importancia ciertas cláusulas que ordenan la prioridad de acceso a la contratación indefinida para el personal que esté vinculado temporalmente con su empresa. Teniendo en cuenta que en determinados sectores el empleo temporal está ocupado mayoritariamente por mujeres, el impacto positivo de tales cláusulas, desde la perspectiva de sexo / género, es evidente ya que al favorecer la estabilidad se incide positivamente en la calidad de sus empleos. Por el contrario, si el sector, la actividad o la empresa, están masculinizados, cláusulas como las aquí referidas supondrán un repunte de la estabilidad laboral de sus trabajadores. Entre otros, pueden citarse el XX Convenio Colectivo de autoescuelas, B.O.E. de 24.02.2006, que reconoce prioridad en la contratación indefinida cuando al finalizar el aprendizaje existan vacantes en la empresa (art. 6). Con mayor amplitud, el art. 12 del Convenio Colectivo de ámbito estatal para las empresas del frío industrial, B.O.E. de 23.10.2007, establece que “tendrán derecho preferente para el ingreso, en igualdad de méritos, el personal que haya prestado servicios en la empresa por cualquiera de las modalidades de contratación temporal”.

En materia de conversión de contratación temporal a contratación indefinida, también hay que hacer referencia a todas esas cláusulas que, con mayor o menor extensión, contienen un compromiso en este sentido promocionando dicha conversión. Sin duda, y con mayor repercusión que las anteriores, tales disposiciones inciden positivamente en las condiciones

de trabajo del personal eventual y, por ende, cuando se trate de un sector feminizado, en el empleo femenino. Aunque en algunos supuestos estas medidas de promoción se limitan a reproducir el contenido de la normativa estatal, en muchos otros mejoran su contenido, lo que denota cierta preocupación de los negociadores por garantizar la estabilidad en el empleo. Saber si en su ánimo también se encontraba el de mejorar específicamente la calidad del empleo femenino, es una tarea ciertamente más compleja. En este sentido, hay que citar de nuevo el Convenio Colectivo general de trabajo de la industria textil y de la confección, B.O.E. de 4.01.2007, que incide sobre un sector altamente feminizado. Como medida de promoción de la contratación indefinida declara en fraude de ley "los contratos de duración determinada en cualquiera de sus modalidades, suscrito a continuación de otro ya prorrogado o que haya agotado su duración máxima, de la misma o distinta modalidad con la misma causa, para cubrir actividades de la misma categoría o función equivalente, en una misma empresa o en cualquier otra perteneciente a un mismo grupo de empresas y cuya actividad esté comprendida en el ámbito funcional del convenio" (art. 25, párrafo cuarto). Sobre la contratación en fraude de ley, no está de más recordar que según el art. 15.3 ET "se presumirán por tiempo indefinido los contratos temporales celebrados en fraude de ley". También se promueve la conversión de la contratación temporal en contratación indefinida, con determinadas cláusulas que penalizan específicamente la finalización del contrato temporal sin que el trabajador continúe prestando servicios en la empresa. Así acontece con la indemnización por finalización del contrato eventual fijada en el Convenio Colectivo de la industria del calzado, B.O.E. de 23.09.2007. Como dispone su art. 15 el personal eventual "al finalizar su contrato, de no pasar a formar parte de la plantilla, percibirá una cantidad equivalente al diez por ciento del total de su salario y demás emolumentos devengados durante el

tiempo de duración del contrato". Otra forma de promover la conversión de contratos temporales en indefinidos es la contenida en las cláusulas del IV Convenio Colectivo marco estatal de servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal, B.O.E. de 4.08.2006, sector sobre el que ya se advirtió el importante porcentaje existente de trabajadoras. Se trata, en concreto, de una medida penalizadora impuesta a la empresa por incumplir los porcentajes mínimos de trabajadores con contratos indefinidos: "para dar efectividad al cumplimiento de los % acordados en este apartado, las empresas que no los cumplan transformarán los contratos temporales en indefinidos hasta completar el % acordado, por orden de mayor antigüedad, excluyendo los contratos interinos para sustitución de personal". A nivel provincial, una cláusula importantísima sobre conversión de contratos temporales en indefinidos, es la contenida en el art. 11 del Convenio Colectivo del sector del campo de Cádiz, B.O. Cádiz de 24.10.2007, que tras señalar que son trabajadores eventuales los "contratados circunstancialmente sin necesidad de especificar plazo o tarea a realizar", dispone que "el eventual que trabaje en la misma empresa más de once meses ininterrumpidos adquiere la condición de fijo de plantilla. No se considerará que existe interrupción cuando esta sea inferior a quince días consecutivos".

Las cláusulas que limitan el encadenamiento de contratos temporales, también van a incidir positivamente en la estabilidad del empleo femenino, sobre todo, cuando el supuesto de hecho se conciba en términos más amplios que el propio art. 15.5 ET[89]. Si bien, hay que decir,

[89] "Sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados 2 y 3 de este artículo, los trabajadores que en un período de treinta meses hubieran estado contratados durante un plazo superior a veinticuatro meses, con o sin solución de continuidad, para el mismo puesto de trabajo con la misma empresa, mediante dos o más contratos temporales, sea directamente o a través de su puesta a disposición por empresas de trabajo temporal, con las mismas o diferentes modalidades contractuales de duración determinada, adquirirán la condición de trabajadores fijos. Atendiendo a las peculiaridades de cada actividad y a las características

que en la mayoría de los ejemplos encontrados las cláusulas convencionales se limitan a reproducir el contenido de la normativa vigente. Así sucede, entre otros, con el art. 8 VI Convenio Colectivo nacional de colegios mayores universitarios privados, B.O.E. de 24.10.2007, cuyo contenido copia literalmente el contenido del primer párrafo del art. 15.5 ET. El art. 36 a) del II Convenio Colectivo estatal para la empresas de gestión y mediación inmobiliaria, B.O.E. de 13.01.2007 y el art. 13 del IV Convenio Colectivo marco estatal de servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal, B.O.E. de 4.08.2006. Lo mismo sucede con el art. 12 del Convenio Colectivo de las empresas y trabajadores de perfumería y afines, B.O.E. de 23.08.2007. En todo caso, este último Convenio Colectivo contiene ciertas excepciones a la norma general, sobre las que convendría examinar su posible impacto adverso desde la perspectiva de sexo / género. Téngase en cuenta el sector sobre el que se aplican tales excepciones, el de perfumería y afines, B.O.E. de 23.08.2007, sector mayoritariamente ocupado por mujeres. En síntesis, tales excepciones son: las contrataciones destinadas a atender campañas promocionales y contrataciones inferiores a tres meses de duración (art. 12.7). También reproduce el contenido de la ley estatal el art. 22 del I Convenio Colectivo de supermercados del grupo Eroski, B.O.E. de 6.06.2006. Si bien, téngase en cuenta que en la fecha de su publicación oficial, todavía no se había publicado el RD-Ley 5/2006, de 9 de junio[90], del que procede la actual

del puesto de trabajo, la negociación colectiva establecerá requisitos dirigidos a prevenir la utilización abusiva de contratos de duración determinada con distintos trabajadores para desempeñar el mismo puesto de trabajo cubierto anteriormente con contratos de ese carácter, con o sin solución de continuidad, incluidos los contratos de puesta a disposición realizados con empresas de trabajo temporal. Lo dispuesto en este apartado no será de aplicación a la utilización de los contratos formativos, de relevo e interinidad".

[90] RD-Ley 5/2006, de 9 de junio, para la mejora del crecimiento y del empleo (BOE del 14), posteriormente transformado en la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo (BOE del 30).

redacción del art. 15.5 ET, lo cual dice mucho de la predisposición de los negociadores.

En otros casos, las cláusulas convencionales que limitan los encadenamientos de contratos temporales no son transcripción del art. 15.5 ET, pero tampoco añaden nada nuevo a su contenido. Por ejemplo, la limitación existente en el art. 15 del Convenio Colectivo de la industria del calzado, B.O.E. de 23.09.2007, cuando se advierte que "en ningún caso un mismo puesto de trabajo podrá cubierto ser por personal eventual durante más de siete meses en un período de un año". El contenido de este precepto no es más que la materialización convencional del límite máximo de duración de esta clase de contratos previsto en el art. 15.1 b) ET y en el art. 3.2 RD 2720/1998. Como es sabido, se trata de un plazo que actúa como límite total y absoluto tanto para la duración del contrato como para la celebración de nuevos contratos con base en estas mismas circunstancias con el mismo o distinto trabajador[91].

Sobre la sucesión de contratos temporales son pocos los convenios colectivos que hace uso de la facultad concedida por el legislador en el segundo apartado del art. 15.5 ET para establecer mecanismos de prevención del abuso de la contratación temporal para cuando distintos trabajadores ocupen, a través de sucesivos contratos temporales, un mismo puesto de trabajo en la empresa[92]. Uno de ellos, el art. 36 del II Convenio Colectivo estatal para las empresas de gestión y mediación inmobiliaria, B.O.E. de 13.01.2007: "cuando la contratación para cubrir un mismo puesto de trabajo se realice con distintos trabajadores, durante un plazo

[91] STS 21 de abril de 2004.

[92] "Atendiendo a las peculiaridades de cada actividad y a las características del puesto de trabajo, la negociación colectiva establecerá requisitos dirigidos a prevenir la utilización abusiva de contratos de duración determinada con distintos trabajadores para desempeñar el mismo puesto de trabajo cubierto anteriormente con contratos de ese carácter, con o sin solución de continuidad, incluidos los contratos de puesta a disposición realizados con empresas de trabajo temporal".

superior a 30 meses, en un período de 36 meses, con o sin solución de continuidad, directamente por la empresa o mediante una ETT, el último trabajador de la cadena de contrataciones se convertirá en fijo, siempre y cuando su contrato temporal tenga una duración prevista igual o superior a 3 meses". Como es obvio, si se trata de un sector ocupado mayoritariamente por mujeres, el impacto positivo sobre su estabilidad laboral es evidente.

Desde la dimensión de sexo / género, ha de prestarse especial atención a todas aquellas cláusulas convencionales que mejoran la retribución salarial prevista en la normativa estatal para determinadas modalidad de contratos. Por ejemplo, las existentes en el Convenio Colectivo de autoescuelas, B.O.E. de 24.02.2006, para el contrato en prácticas, pues fija como retribución "el 90 por 100 el primer año y el 100 por 100 el segundo de la retribución establecida en Convenio para su categoría profesional", lo cual supone una mejora sensible de la normativa estatal que prevé un salario, respectivamente, del 60 y del 75 por 100. Lo mismo sucede con el salario convencional previsto para el contrato para la formación en el Convenio Colectivo de la industria del calzado, B.O.E. de 23.09.2007, también superior al establecido para la misma modalidad contractual en el art. 11.2 ET. Además, no hay que olvidar que la industria del calzado agrupa a un número importante de trabajadoras. Aunque sin una incidencia especial sobre el colectivo femenino, también contiene mejoras salariales sobre las mínimas exigidas en la normativa estatal, el IV Convenio Colectivo general del sector de la construcción, B.O.E. de 17.08.2007, a la hora de fijar la retribución correspondiente al contrato para la formación, tan importante en el sector (art. 21.4).

También tienen interés cláusulas que a la finalización de un contrato temporal establezcan indemnizaciones superiores a las previstas en el ET o

en cualquier otra disposición estatal. Sobre todo cuando se apliquen sobre colectivos laborales compuestos mayoritariamente por trabajadoras, como sucede, entre otros, en el sector del textil y de la confección, B.O.E. de 4.01.2007. No así en industrias relacionadas con la construcción. Así, en el primer supuesto, y por lo tanto con un impacto positivo desde la perspectiva de sexo / género, hay que mencionar el art. 25.1 del Convenio Colectivo general de trabajo de la industria textil y de la confección, B.O.E. de 4.01.2007, que para los contratos temporales de obra o servicio y eventuales, fija una indemnización de "12 días de salario por año de servicio, calculada en proporción a la duración de dicho contrato". En el ámbito de la construcción, el art. 21 del IV Convenio Colectivo general del sector de la construcción, B.O.E. de 17.08.2007, también fija una indemnización superior a la señalada en el art. 48.1 c) ET para los contratos temporales. Lo mismo sucede con el art. 25 del IV Convenio Colectivo general del sector de derivados del cemento, B.O.E. de 18.10.2007. A la finalización del contrato de trabajo para la formación, el IV Convenio Colectivo general del sector de la construcción, B.O.E. de 17.08.2007, también prevé una indemnización del 4,5 por 100 calculado sobre los conceptos salariales de las tablas del Convenio devengadas durante la vigencia del contrato -art. 21, número 4, letra m)- . Teniendo en cuenta que en el ET y en su normativa de desarrollo no se fija indemnización alguna una vez que concluya el contrato para la formación, la mejora convencional es considerable. Dentro de esta misma temática, también hay que advertir que existen convenios que limitan la indemnización por fin de contrato a una modalidad contractual determinada, entre otros, el Convenio Colectivo de trabajo de ámbito estatal para las industrias del curtido, correas y cueros industriales y curtición de pieles para peletería, B.O.E. de 30.11.2007, que fija la indemnización de los 12 días de salario por año de servicio cuando el

contrato eventual por circunstancias de la producción supera los 6 meses de duración (art. 57). Quizás lo que se pretende con esta medida sea disuadir al empresario a extender inútilmente la temporalidad de sus trabajadores, cuando la necesidad de mano de obra es, precisamente, temporal. Desde luego, que tal medida puede repercutir negativamente en la empleabilidad de los trabajadores, no puede negarse. Ahora bien, tampoco puede obviarse que si el colectivo destinatario de dicho contrato, es fundamentalmente femenino, se consigue un impacto positivo por razón de sexo / género sin que el colectivo masculino sufra perjuicio alguno. Otro ejemplo de indemnización superior a la fijada en la ley, pero sólo sobre una modalidad contractual determinada, es la prevista para el contrato eventual en el Convenio Colectivo de la industria del calzado, B.O.E. de 23.09.2007, siempre que una vez finalizado el trabajador no pase a formar parte de la plantilla. Sobre esta cuestión, hay que remitirse íntegramente a las afirmaciones vertidas con anterioridad, al hilo de fomentar la contratación temporal en indefinida.

Al margen de las previsiones anteriores con su incidencia, mayor o menor, sobre el colectivo femenino, también conviene tener en cuenta que la regulación de las distintas modalidades contractuales en sí pueden ser muy valiosas desde la perspectiva de sexo / género, toda vez que pueden contribuir de forma muy sustancial a la consecución o, en su caso, a la vulneración del principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo / género.

En primer lugar, sobre el contrato de obra o servicio, hay que prestar especial atención a las cláusulas que identifican los “trabajos o tareas con sustantividad propia dentro de la actividad normal de la empresa” para que puedan ser cubiertos con contratos de esta naturaleza, tal y como permite el art. 15.1 a) ET. Y ello toda vez que la designación de determinados

puestos de trabajo puede contribuir a incrementar o a disminuir la temporalidad de colectivos masculinos o femeninos. Por supuesto, también va a incidir sobre la empleabilidad de tales trabajadores y trabajadoras, pero al mismo tiempo sobre su precariedad laboral con todas las consecuencias que de la misma se derivan. Así las cosas, el art. 15.3 del Convenio Colectivo de la industria del calzado, B.O.E. de 23.09.2007, contiene una descripción pormenorizada de los puestos de trabajo que podrán cubrirse bajo esta modalidad contractual: pedidos que supongan apertura de mercados internacionales y/o nueva línea de productos, artículos que impliquen innovaciones tecnológicas o de producto y, por último, trabajos excepcionales que hayan de ser atendidos en una temporada o momento determinado. Al mismo tiempo, la referida descripción limita temporalmente la duración máxima de dichos contratos a un año, seis o tres meses, respectivamente, según el tipo de trabajo. En cualquier caso, la generalidad en su descripción no permite concluir definitivamente sobre su cobertura mayoritaria por personal femenino o masculino dentro del sector. Más claro aparece el contenido del art. 30 del III Convenio Colectivo estatal del sector de la madera, B.O.E. de 7.12.2007. A diferencia del anterior, en este caso, sí se puede afirmar que la temporalidad a través de esta modalidad contractual, tiene como destinatarios principales el colectivo de trabajadores masculino. No en vano, se prevé la celebración de este contrato, entre otros, para la "reparación de instalaciones", para la realización de una "obra o servicio fuera de las instalaciones de la empresa" y para trabajos de "rematantes, aserradores e industrias de la madera auxiliares de actividades agrarias. Y lo mismo puede afirmarse de los puestos de trabajo mencionados en el art. 23 del Convenio Colectivo estatal del sector del corcho, B.O.E. de 9.01.2007. Coincide con el anterior en que también se prevé para la "reparación de las instalaciones" y para la "realización de una obra con

sustantividad propia fuera de las instalaciones de la empresa". Pero se diferencia en que en este último también se alude a obras que tengan por objeto "la recogida del corcho en el campo, una vez extraído del árbol para su traslado y almacenado en la empresa". Con un grado importante de concreción y sobre un sector con un importante número de trabajadoras, hay que mencionar el art. 18 del VI Convenio Colectivo estatal de elaboradores de productos cocinados para su venta a domicilio, B.O.E. de 17.01.2007. En fin, pueden ser objeto de este contrato todo lo relativo a prestaciones de servicios en establecimientos temporales y desarrollo de actividades relativas a procesos de distinto carácter, siempre que no tengan una cadencia continuada y/o repetitiva. En el ámbito inferior al sectorial estatal, sorprende positivamente que siendo tan escasas las cláusulas existentes sobre contratación de personal, exista alguna que delimite, con cierta precisión, el tipo de trabajo que puede ser objeto de un contrato para obra o servicio determinado. Atañe, además, a una actividad altamente feminizada. Se trata del Convenio Colectivo del sector de intervención social de Madrid, B.O. Comunidad de Madrid de 14.09.2007, que entre las actividades o tareas con autonomía y sustantividad menciona "servicios o actividades temporales que se deriven de conciertos, subvenciones o acuerdos suscritos por las empresas con las Administraciones Públicas en cualquiera de sus ámbitos o con cualquier entidad privada. También tendrán esta consideración aquellos servicios que se encomienden a través de centros y que sean de renovación incierta o no conocida con seguridad la duración del mismo" (art. 12).

Desde la perspectiva de sexo / género debe prestarse especial atención a los contratos formativos en sus dos modalidades: contrato de trabajo para la formación y contrato de trabajo en prácticas. Pues tanto uno como otro, conforman instrumentos especialmente útiles para evitar la tan denostada segmentación horizontal y vertical por géneros del mercado de

trabajo, y con ello facilitar el acceso de las mujeres a determinados puestos de trabajo cualificados.

Tratándose de contratos formativos son varios los convenios que precisan los puestos de trabajo y oficios que podrán ser objeto de contratos para la formación, sin embargo, no se han encontrado medidas de acción positiva para la contratación del colectivo femenino. Por tratarse de un sector con un alto porcentaje de trabajadoras hay que mencionar el Convenio Colectivo de las empresas y trabajadores de perfumería y afines, B.O.E. de 23.08.2007, que precisa los trabajos objeto de estos contratos por alusión a sus grupos profesionales (art. 12). También delimitan los puestos que serán objeto de esta modalidad contractual a través de sus grupos profesionales, el art. 12 del Convenio Colectivo de trabajo de ámbito estatal del sector de la mediación en seguros privados, B.O.E. de 22.10.2007 y el art. 25 del Convenio Colectivo general de trabajo de la industria textil y de la confección, B.O.E. de 4.01.2007. Frente a tal delimitación, existen convenios en los que se permite su celebración para todas las categorías profesionales del sector, por ejemplo, en el Convenio Colectivo para las granjas avícolas y otros animales, B.O.E. de 9.11.2006 (art. 25) y en el Convenio Colectivo del sector de harinas panificables y sémolas, B.O.E. de 3.09.2007 (art. 35). En otros casos, bajo una limitación aparente, rebrota una amplia generalidad. Así acontece en el Convenio Colectivo de grandes almacenes, B.O.E. de 27.04.2006, pues su art. 10 advierte que “sólo será posible el contrato para la formación de profesiones clásicas del sector”. Otro grupo de convenios, no especifican ningún trabajo, ni categoría, que deba ser objeto del contrato para la formación. Ello implica, entre otras cosas, cierta desidia de los negociadores para evitar los abusos existentes sobre esta modalidad de contratación y, por supuesto, un desinterés total y absoluto sobre la integración del género en la contratación del sector o empresa. Así sucede,

entre otros, con el III Convenio Colectivo de gestorías administrativas, B.O.E. de 23.05.2006, con el II Convenio Colectivo estatal de instalaciones deportivas y gimnasios, B.O.E. de 6.09.2006 y con el IV Convenio Colectivo marco estatal de servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal, B.O.E. de 4.08.2006. No parecen incidir en la dimensión de sexo / género ciertas cláusulas convencionales que excluyen la celebración de contratos para la formación para la realización de actividades en las que "concurran circunstancias de tipo tóxicas, penosas, peligrosas o nocturnas. También está prohibida la realización de horas extraordinarias". Concretamente, esta cláusula está inserta en el IV Convenio Colectivo general del sector de derivados del cemento, B.O.E. de 18.10.2007 (art. 23). Sobre los contratos formativos, un último grupo de convenios comprende todos aquellos que delimitan los trabajos que podrán ser objeto de esta modalidad contractual por exclusión, esto es, mencionando las categorías excluidas. Por ejemplo, el art. 74 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, B.O.E. de 31.08.2007. En cualquier caso y teniendo en cuenta la perversión que sufre esta modalidad contractual, la limitación de las categorías profesionales ha de valorarse, siempre y en todo caso, positivamente. No obstante, hay limitaciones de categorías profesionales que ocultan la existencia del sexo / género femenino, lo cual merece las más fuertes críticas. Esto sucede en el ámbito de Comunidad Autónoma, concretamente con el Convenio Colectivo del sector de la hostelería de Cantabria, B.O. Cantabria de 2.10.2007, que menciona el "contrato formativo de repostero, el contrato formativo de camarero, el contrato formativo de conserje y el contrato formativo de cocinero". La ocultación del sexo / género femenino, también se aprecia en algunas cláusulas de convenios colectivos de empresa que excluyen del

contrato ciertas categorías laborales. Concretamente, el art. 10 del Convenio Colectivo del grupo Champion, B.O.E. de 9.06.2006, excluye de esta modalidad contractual "las funciones de mozo y reponedor por la nula formación teórica que necesitan".

Más parca es la regulación convencional del contrato en prácticas, limitada, en muchas ocasiones, a reproducir el contenido de la normativa estatal, incluida la remuneración. Así, entre otros, pueden citarse el art. 23 del VI Convenio Colectivo estatal de elaboradores de productos cocinados para su venta a domicilio, B.O.E. de 17.01.2007 y el art. 13 del VI Convenio Colectivo de colegios mayores universitarios privados, B.O.E. de 24.10.2007. Sin embargo, todavía más que el contrato para la formación, la contratación de mujeres en prácticas constituye el punto de partida de un futuro acceso a los puestos de trabajo más cualificados y de mayor categoría en las empresas. Las medidas de acción positiva serían muy necesarias en este caso, pero no se han encontrado ejemplos representativos.

Ahora bien, de todas las modalidades contractuales existentes la que quizás tenga más repercusiones sobre el colectivo de trabajadoras y, por lo tanto, mayor impacto desde la perspectiva de sexo / género**,** sea la contratación a tiempo parcial. Basta recordar el concepto jurisprudencial de discriminación indirecta por razón de sexo / género, creado, precisamente, a raíz de la contratación a tiempo parcial de una trabajadora[93]. Desde luego que son muchas las medidas que a través de este contrato podrían incidir positivamente sobre el colectivo de trabajadoras, en particular, en su empleabilidad, en su estabilidad laboral, en su protección social, en la conciliación de la vida familiar y laboral, etc. Con todo, habría que plantearse si una excesiva protección en cualquiera

[93] *Vid. supra.*

de estos ámbitos, así como su equiparación, en la medida de lo posible, con la contratación a tiempo completo, implicaría cierta relegación y *conformación* de las trabajadoras con esta modalidad contractual en detrimento de otras facetas de su vida laboral, tales como, su movilidad y promoción profesional, su nivel de sus ingresos, el desarrollo de su personalidad a través del trabajo, etc. En definitiva, en detrimento del principio de igualdad por razón de sexo / género. Por supuesto que la normativa estatal propicia la intervención de la negociación colectiva en la regulación de la contratación a tiempo parcial. No en vano, son varias las llamadas efectuadas por el art. 12 ET a la negociación entre los representantes de los trabajadores y de los empresarios. Entre otros aspectos, para ordenar la conversión de contratos de esta clase en contratos a tiempo completo, para facilitar el acceso de los trabajadores a tiempo parcial a la formación profesional continua, etc. Volviendo con la perspectiva de sexo / género, nada impide que la negociación colectiva, además de evitar las discriminaciones indirectas, contenga medidas de acción positiva en este ámbito. Al respecto, no se olvide el contenido del art. 43 LOIEMH[94]. En fin, de lo que se trata es de mejorar el contenido de la contratación a tiempo parcial, pues siendo mayoritario el colectivo femenino que el masculino, se contribuirá activamente a la consecución del principio de igualdad de oportunidades y de trato en el ámbito laboral. Ahora bien, el principio de igualdad también exige que a través de su ordenación se supriman los condicionantes de sexo / género que determinan que sean las trabajadoras las que opten mayoritariamente por esta modalidad contractual.

---

[94] "De acuerdo con lo establecido legalmente, mediante la negociación colectiva se podrán 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".

Muchas de las cláusulas convencionales existentes, mejoran el contenido del contrato a tiempo parcial desde la perspectiva de la duración de la jornada. Así en el V Convenio Colectivo estatal para los centros de enseñanzas de peluquería y estética, de enseñanzas musicales y de artes aplicadas y oficios artísticos, B.O.E. de 2.07.2007, sector altamente feminizado, se fija un límite máximo de horas complementarias inferior al que el legislador permite señalar a los negociadores[95]. A saber, el 30 por ciento de las horas ordinarias contratadas (art. 13). El mismo límite es el previsto en 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, B.O.E. de 31.08.2007 (art. 70). Un límite inferior, es el contenido en el Convenio Colectivo de ámbito estatal de centros de asistencia y educación infantil, B.O.E. de 7.07.2007, sector también ocupado mayoritariamente por trabajadoras, que dispone que las horas complementarias "no podrán exceder del 20 por ciento de la jornada laboral ordinaria contratada" (art. 20). Y todavía sensiblemente inferior es el fijado en el Convenio Colectivo estatal para las empresas y trabajadores de transporte de enfermos y accidentados en ambulancia, B.O.E. de 16.11.2007, cuyo art. 28 lo marca en el "15 por ciento de la jornada establecida en el contrato". De todas formas no son pocos los convenios que no señalan ningún límite máximo de horas complementarias, lo cual, tratándose de actividades o sectores feminizados, nos pone en la pista del posible impacto adverso que puede producir sobre el colectivo de trabajadoras. Llama especialmente la atención, la omisión total sobre esta materia en el Convenio Colectivo de mataderos de aves y

[95] Según el art. 12.5 c) ET: "El pacto de horas complementarias deberá recoger el número de horas complementarias cuya realización podrá ser requerida por el empresario. El número de horas complementarias no podrá exceder del 15 por 100 de las horas ordinarias de trabajo objeto del contrato. Los convenios colectivos de ámbito sectorial o, en su defecto, de ámbito inferior podrán establecer otro porcentaje máximo, que, en ningún caso, podrá exceder del 60 por 100 de las horas ordinarias contratadas. En todo caso, la suma de las horas ordinarias y de las horas complementarias no podrá exceder del límite legal del trabajo a tiempo parcial definido en el apartado 1 de este artículo".

conejos, B.O.E. de 6.07.2007, al afectar a un número importante de trabajadoras. Otro convenio que omite cualquier límite al respecto es el Convenio Colectivo estatal del sector del corcho, B.O.E. de 9.01.2007.

En otros convenios, los límites de jornada no se imponen sólo sobre las horas complementarias, sino también sobre las horas ordinarias, lo cual debe valorarse positivamente. Entre otros, puede citarse el XII Convenio Colectivo estatal para los centros de educación universitaria e investigación, B.O.E. de 9.01.2007, que fija como jornada máxima a tiempo parcial, "el 77 por ciento de la jornada a tiempo completo" del sector. A partir de este límite, se fija entonces el de las horas complementarias: "el 30 por ciento de las horas ordinarias contratadas dentro del límite del 77 por ciento de la jornada a tiempo completo". En otros convenios colectivos, sorprende negativamente que el límite por debajo del cual la jornada se considera contrato a tiempo parcial, sea el "90 por ciento de la jornada ordinaria de trabajo". Así se dispone expresamente en el art. 62 del Convenio Colectivo de trabajo de ámbito estatal para las industrias del curtido, correas y cueros industriales y curtición de pieles para peletería, B.O.E. de 30.11.2007.

Relacionadas con las anteriores, pueden citarse las cláusulas convencionales que exigen al empresario la programación del trabajo de su personal a tiempo parcial con la debida antelación. Aunque sin añadir nada nuevo al contenido del art. 12 ET, el art. 13 del IV Convenio Colectivo marco estatal de servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal, B.O.E. de 4.08.2006, impone al empresario el "preaviso mínimo de 7 días" para la realización de las horas complementarias, cuya realización esté prevista con anticipación con la única excepción "de que la necesidad de su realización surja de

forma no prevista; en este caso, el preaviso mínimo de comunicación al trabajador será de 45 horas". Insiste en el preaviso de los 7 días a fin de conocer "el día y la hora de la realización de las horas complementarias" el art. 21 del VI Convenio Colectivo estatal de elaboradores de productos cocinados para su venta a domicilio, B.O.E. de 17.01.2007. En otros supuestos, se impide convencionalmente el pacto de realización de horas complementarias posterior al contrato de trabajo, así se dispone en el art. 22 del IV Convenio Colectivo general del sector de derivados del cemento, B.O.E. de 18.10.2007. Con mucho mayor detalle, se programa la distribución horaria de los trabajadores a tiempo parcial en el Convenio Colectivo de grandes almacenes, B.O.E. de 27.04.2006. Entre las varias cláusulas contenidas en su articulado, pueden destacarse la que ordena que en el contrato a tiempo parcial se especifique el "número de horas al día, a la semana, al mes o al año contratadas, así como su distribución en los términos previstos en el presente Convenio". Y, por otro lado, que "en las ampliaciones temporales y en el pacto de horas complementarias se fijarán las franjas horarias y los días de la semana y períodos en que es exigible la prestación de trabajo ordinario y, en su caso, las horas complementarias". También incide sobre la programación anticipada del tiempo de trabajo la cláusula que prevé la necesidad de "identificar con claridad los momentos en los que el trabajador está dispuesto, por su perfil de trabajador a tiempo parcial, a prestar el trabajo contratado". Con una amplitud excesiva y que puede resultar perjudicial para la expectativas de conciliar trabajo con otras facetas de la vida, tales como la familia o cualquier otra necesidad personal, el XIII Convenio Colectivo de la ONCE y su personal, B.O.E. de 25.10.2005, dispone que en cada contrato de trabajo se establecerá la "anticipación con la cual los trabajadores deberán conocer el día y la hora de realización de las mismas (horas complementarias), sin sujeción a ningún período mínimo establecido".

En otro orden de consideraciones, también existen convenios que introducen elementos de flexibilidad en la ordenación de la jornada a tiempo parcial, para no perjudicar la atención y desarrollo de otras facetas de la vida, tales como, la familiar, por un lado, y el desarrollo profesional, por otro. En concreto, sobre el pacto de horas complementarias, al margen de la eventual renuncia definitiva a su realización, en el sentido del art. 12.5 g) ET[96], el art. 21 del VI Convenio Colectivo estatal de elaboradores de productos cocinados para su venta a domicilio, B.O.E. de 17.01.2007, también permite una renuncia de carácter temporal. Es decir, una suspensión temporal de su realización "en atención a sus responsabilidades familiares, las cuales se encuentran recogidas en el art. 37.5 ET o por acreditadas necesidades formativas o de estudios oficiales (…) hasta un máximo de 2 meses al año (…), preavisando con una antelación de 15 días y siempre que estos meses no coincidan con los de mayor actividad del centro". En el Convenio Colectivo de grandes almacenes, B.O.E. de 27.04.2006, se admite la renuncia definitiva del pacto de horas complementarias "por los supuestos establecidos en la Ley de conciliación de la vida familiar y laboral". Y lo mismo en el III Convenio Colectivo sectorial de las cadenas de tiendas de conveniencia, B.O.E. de 12.12.2006. Con todo, sin despreciar el valor de estas cláusulas, convendría, sobre todo tras la aprobación de la LOIEMH, una mayor concreción de las situaciones que justifican tal exención. Con todo, también existen convenios que permiten la renuncia a las horas complementarias sin necesidad, o por lo menos así se infiere de su redacción, de acreditar ninguna de las circunstancias del art. 12.5 g) ET. Por ejemplo, el art. 14 del VI Convenio

[96] "El pacto de horas complementarias podrá quedar sin efecto por renuncia del trabajador, mediante un preaviso de quince días, una vez cumplido un año desde su celebración, cuando concurran las siguientes circunstancias: La atención de las responsabilidades familiares enunciadas en el art. 37.5 de esta Ley. Por necesidades formativas, en la forma que reglamentariamente se determine, siempre que se acredite la incompatibilidad horaria. Por incompatibilidad con otro contrato a tiempo parcial".

Colectivo de colegios mayores universitarios privados, B.O.E. de 24.10.2007. El único requisito exigible es un preaviso de 3 meses. La misma posibilidad y con el mismo preaviso, están contenidos en el VIII Convenio Colectivo nacional de centros de enseñanza privada de régimen general o enseñanza reglada sin ningún nivel concertado o subvencionado, B.O.E. de 26.04.2006. Con un plazo de preaviso inferior, concretamente de 1 mes, la renuncia al pacto de horas complementarias sin acreditar ninguna justificación, también se reconoce en el II Convenio Colectivo estatal de instalaciones deportivas y gimnasios, B.O.E. de 6.09.2006.

Sobre la equiparación de los contratos a tiempo parcial con contratos a tiempo completo, en el art. 70 Convenio Colectivo de ámbito estatal para las industrias extractivas, industrias del vidrio, industrias cerámicas y para las del comercio exclusivista de los mismos materiales, B.O.E. de 31.08.2007, se les reconoce determinados conceptos extrasalariales en las mismas condiciones que el resto de la plantilla. Aunque no fuese necesario, desde la perspectiva del principio de igualdad, no está de más su reconocimiento expreso.

También tiene interés desde la perspectiva de sexo / género, en cuanto produce un impacto positivo sobre el colectivo femenino, el establecimiento de preferencias para que las personas que trabajen a tiempo completo puedan pasar a trabajar a tiempo parcial y viceversa, sin necesidad de acreditar los requisitos previstos en el art. 12.4 e) ET[97]. Así, entre otros, el art. 11 del Convenio Colectivo de grandes almacenes,

[97] "La conversión de un trabajo a tiempo completo en un trabajo parcial y viceversa tendrá siempre carácter voluntario para el trabajador y no se podrá imponer de forma unilateral o como consecuencia de una modificación sustancial de condiciones de trabajo (…) A fin de posibilitar la movilidad voluntaria en el trabajo a tiempo parcial, el empresario deberá informar a los trabajadores de la empresa sobre la existencia de puestos de trabajo vacantes (…) Los trabajadores que hubieran acordado la conversión voluntaria de un contrato de trabajo a tiempo completo en otro a tiempo parcial o viceversa y que, en virtud de las informaciones a las que se refiere el párrafo precedente, soliciten el retorno a la situación anterior, tendrán preferencia para el acceso a un puesto de trabajo vacante de dicha naturaleza (…) Con carácter general, las solicitudes a que se refieren los párrafos anteriores deberán ser tomadas en

B.O.E. de 27.04.2006, dispone que en el caso de "aumento de plantilla o de vacante a cubrir, en similar función, a igualdad de condiciones, los trabajadores contratados a tiempo parcial, tendrán preferencia sobre nuevas contrataciones a tiempo pleno (…)". Nótese que no exige que el puesto sea el mismo, sino tan sólo una función similar, lo que ha de valorarse positivamente. La expectativa de convertir su contrato a tiempo parcial en uno a jornada completa, es muy común en las trabajadoras una vez que sus hijos han alcanzado una edad en la que ya no precisan los cuidados y atenciones de un adulto de forma tan personal. Con especial repercusión sobre el colectivo femenino, por las características del sector, debe citarse el art. 20 del Convenio Colectivo de ámbito estatal de centros de asistencia y educación infantil, B.O.E. de 7.07.2007 (art. 20). En este supuesto, el acceso preferente sólo queda limitado por "la capacidad, titulación e idoneidad requerida para desarrollar el puesto de trabajo a juicio del representante de la empresa titular del centro". De los convenios colectivos sectoriales estatales, un último ejemplo es el del art. 13 del XV Convenio Colectivo de la industria química, B.O.E. de 29.10.2007, que ordena las preferencias en los dos sentidos: de tiempo completo a tiempo parcial y de tiempo parcial a tiempo completo. Así las cosas, dispone que "los trabajadores con contrato a tiempo parcial podrán optar a pasar a desarrollar su actividad a jornada completa cuando así lo permita la organización del trabajo y de la producción de la empresa, y tendrán preferencia para cubrir vacantes a jornada completa. Asimismo, los trabajadores a jornada completa podrán optar a desarrollar su actividad a tiempo parcial siempre que ello sea compatible con la organización productiva". A nivel empresarial, la preferencia de la conversión de un contrato a tiempo parcial en un contrato a tiempo completo, dentro del

consideración, en la medida de lo posible, por el empresario. La denegación de la solicitud deberá ser notificada por el empresario al trabajador por escrito y de manera motivada".

mismo grupo profesional, se reconoce expresamente en el art. 22 del I Convenio Colectivo de supermercados del grupo Eroski, B.O.E. de 6.06.2006. Desde luego, su incidencia sobre el colectivo de trabajadoras es más que obvia.

En otros convenios las preferencias también se establecen a la hora de ampliar la jornada, sin necesidad de transformar la contratación a tiempo parcial en una contratación a jornada completa. Sin duda, se trata de otro instrumento que introduce cierto grado de flexibilidad en la distribución de la jornada de trabajo, lo que vuelve a contribuir positivamente en la consecución de la igualdad por razón de sexo / género. En concreto, una cláusula en este sentido se encuentra en el I Convenio Colectivo marco estatal de acción e intervención social, B.O.E. de 19.07.2007, en el que se reconoce que "el personal con contrato a tiempo parcial, tendrán preferencia a ampliar su jornada caso de necesitarlo la empresa". Por supuesto, que sea preferente, presupone la voluntariedad por parte del trabajador o de la trabajadora en todo caso. Para la misma actividad, si bien con un ámbito territorial inferior, existe una cláusula idéntica en el art. 12 del Convenio Colectivo del sector de intervención social de Madrid, B.O. Comunidad de Madrid de 14.09.2007.

Y ya por último, tratándose de conversión de contratación a tiempo parcial en contratación a tiempo completo, se ha encontrado alguna cláusula que la prevé automáticamente cuando se excede de determinado número de horas semanales. Así el art. 21.3 del Convenio Colectivo estatal de empresas de reparto sin direccionar, B.O.E. de 17.07.2007, ordena que cuando los "trabajadores a tiempo parcial, que mediante horas complementarias (…), realicen o hayan realizado durante el período de seis meses, más de treinta horas a la semana deberán considerarse automáticamente en jornada completa". Lógicamente, el impacto positivo

sobre la empleabilidad de los trabajadores afectados es evidente. En otros convenios, cuando la realización de las horas complementarias supere determinado límite, en lugar de una conversión contractual lo que se produce es su consolidación –la de las horas complementarias- a través de distintos mecanismos. Ahora bien, al margen de tal consolidación, hay que destacar ciertos instrumentos que contribuyen positivamente al cumplimiento del principio de igualdad por razón de sexo / género. Por ejemplo, que para la consolidación no se tenga en cuenta el período en que "quede sin efecto el pacto de horas complementarias por aplicación de la ley de conciliación de la vida familiar y laboral", como así se reconoce expresamente en el art. 17 del III Convenio Colectivo sectorial de la cadena de tiendas de conveniencia, B.O.E. de 12.12.2006.

II. EL TRABAJO FIJO-DISCONTINUO.

Otra modalidad contractual con importantes connotaciones desde la perspectiva de sexo / género, es la de trabajadores fijos-discontinuos, especialmente en determinados sectores laborales. Ahora bien, dentro de los contratos fijos-discontinuos debemos distinguir dos grupos bien diferenciados. A saber, el que se celebra para llevar a cabo trabajos fijos y periódicos que se repiten en fechas ciertas y el que afecta a otras actividades o trabajos que no se repiten en fechas ciertas. Esto es, el fijo-discontinuo de carácter periódico y el fijo-discontinuo de carácter no periódico. La proximidad de estas modalidades contractuales con los contratos a tiempo parcial, es tal que sólo los segundos, esto es, los fijos-discontinuos de carácter no periódico, tienen un régimen jurídico específico. Los primeros, esto es, los fijos-discontinuos de carácter periódico son, en definitiva, trabajadores a tiempo parcial. Así lo dispone

el art. 12.3 ET: “(…) el contrato a tiempo parcial se entenderá celebrado por tiempo indefinido cuando se concierte para realizar trabajos fijos y periódicos dentro del volumen normal de la actividad de la empresa”. También el art. 15.8 ET se refiere a esta modalidad contractual: “(…) a los supuestos de trabajos discontinuos que se repitan en fechas ciertas les será de aplicación la regulación del contrato a tiempo parcial celebrado por tiempo indefinido”. El régimen jurídico de los fijos-discontinuos de carácter no periódico también se encuentra previsto en el art. 15.8 ET. Uno de sus elementos identificativos es el derecho al llamamiento, pues se hará “en el orden y en la forma que se determine en los respectivos convenios colectivos”. También por convenio colectivo se hará constar, aunque sólo sea de forma orientativa, la “jornada laboral estimada y su distribución horaria”. Igualmente por negociación colectiva y “cuando las peculiaridades de la actividad del sector así lo justifiquen”, se podrá acordar “la utilización en los contratos fijos-discontinuos de la modalidad a tiempo parcial, así como los requisitos y especialidades para la conversión de contratos temporales en contratos de fijos-discontinuos”.

Con todo, pese a los múltiples llamamientos efectuados por el ET a la negociación colectiva, no son muchos los convenios que completan el régimen jurídico legal de la contratación de carácter fijo-discontinuo y, mucho menos, los que integran la perspectiva de sexo / género. Es más, se ha encontrado alguna cláusula que no sólo no integra tal dimensión, sino que además contiene discriminaciones indirectas por razón de sexo / género. Téngase en cuenta que al igual que sucede con el trabajo a tiempo parcial, son varios los sectores en los que el colectivo femenino ocupa mayoritariamente los puestos de trabajo de carácter fijo-discontinuo. De nuevo, la atención de responsabilidades familiares se alza entre los motivos que justifican tal elección por parte de las trabajadoras, decisión, por otra parte, facilitada por la existencia de trabajos que no exigen continuidad en

su prestación (trabajos de temporada o de campaña, como ocurre en el campo o en la hostelería, trabajos de días o de fechas señaladas, como ocurre en las actividades deportivas o culturales, etc). Con carácter general y como muestra de parquedad en su regulación, puede mencionarse el Convenio Colectivo estatal para las industrias de hormas, tacones, cuñas, pisos y cambrillones de madera y corcho, B.O.E. de 1.12.2007, con un art. 12 realmente breve y conciso[98]. También, el art. 12.3 del Convenio Colectivo de las empresas y trabajadores de perfumería y afines, B.O.E. de 23.08.2007[99]. Y, por último, el art. 8, letra f), del VI Convenio Colectivo de enseñanza y formación no reglada, B.O.E. de 30.06.2007[100]. Como es de suponer, estos dos últimos afectan a sectores ocupados mayoritariamente por mujeres. En cualquier caso, en todos los convenios anteriores, encontramos alguna mención, en fin, una regulación, más o menos amplia de los contratos fijos-discontinuos. En cambio, pueden citarse otros, en los que no existe ninguna referencia a esta modalidad

[98] "Los trabajadores fijos-discontinuos son los contratados por tiempo indefinido, mediante contrato escrito en el modelo establecido al efecto, para realizar tareas fijas dentro del volumen normal de actividad de la empresa, pero que no se repiten en fechas ciertas, al tratarse de producción de artículos de moda o de temporada y sobre pedido en firme. a) Se formalizará por escrito con indicación de los meses en que pueda ser alta o baja, en base al ritmo histórico o previsible de la actividad de la empresa. Las terminaciones periódicas del contrato, dentro de la jornada anual se producirán mediante notificación escrita de la empresa. b) Las empresas establecerán listas, por secciones y puestos de trabajo, de trabajadores afectos a esta modalidad de contratación, a los efectos de determinar el orden de llamamiento de los mismos para cada sección y puesto de trabajo, que se formalizará por escrito, con una antelación mínima de diez días. En el caso de que el trabajador no acuda al llamamiento, sin justa causa, se producirá la baja automática del trabajador en las listas, extinguiéndose el contrato a todos los efectos.
De las listas y del escrito de llamamiento se dará traslado a los representante de los trabajadores en el seno de la empresa".

[99] "Cuando se utilice la modalidad de fijos-discontinuos, se fijará en cada empresa el orden y la forma de las llamadas, con criterios objetivos y no discriminatorios. La llamada al trabajador, así como la notificación a los representantes de los trabajadores, se hará con un preaviso mínimo de siete días. El contrato por tiempo indefinido de fijos-discontinuos se concertará para realizar trabajos que tengan el carácter de fijos-discontinuos y no se repitan en fechas ciertas, dentro del volumen normal de actividades de la empresa".

[100] "Contratos fijos discontinuos de llamada incierta: Atendiendo a las peculiaridades del sector de enseñanza no reglada, las empresas a las que le sea de aplicación el presente convenio podrán transformar contratos temporales o suscribir con sus trabajadores contratos de trabajo «fijos-discontinuos», tanto a jornada completa, como bajo la modalidad de contrato a tiempo parcial, todo ello de acuerdo con lo previsto en el artículo 15.8 del Estatuto de los Trabajadores y demás normativa vigente concordante de aplicación".

contractual, muchos de ellos también de aplicación a sectores esencialmente femeninos, lo cual pone de manifiesto el *desinterés* de sus negociadores por atender y resolver determinadas cuestiones que afectan negativamente a sus colectivos de trabajadoras. Como ejemplo más representativo hay que referir el sector de la enseñanza. Así omiten cualquier referencia a la contratación de carácter fijo-discontinuo, el XII Convenio Colectivo de ámbito estatal para los centros de educación universitaria e investigación, B.O.E. de 9.01.2007, el V Convenio Colectivo de empresas de enseñanza privada sostenidas total o parcialmente con fondos públicos, B.O.E. de 17.01.2007, el VIII Convenio Colectivo nacional de centros de enseñanza privada de régimen general o enseñanza reglada sin ningún nivel concertado o subvencionado, B.O.E. de 26.04.2006 y el VI Convenio Colectivo de colegios mayores universitarios privados, B.O.E. de 24.10.2007. A nivel empresarial, la omisión de la regulación de la contratación de carácter fijo-discontinuo es la tónica habitual, pues de todos los convenios objeto de estudio en este informe, sólo 2 de ellos contienen referencias concretas a esta modalidad contractual. El primero, el IV Convenio Colectivo de la entidad pública empresarial aeropuertos y navegación aérea, B.O.E. de 18.04.2006, en su art. 28, apartado d), que a su vez se remite a un anexo del mismo. Sobre su contenido se volverá con posterioridad. La otra referencia es la incluida en el II Convenio Colectivo único para el personal laboral de la Administración General del Estado, B.O.E. de 14.10.2006, si bien, no para añadir nada a su ordenación estatal, sino tan sólo para reconocer su derecho a participar en los concursos de traslados. A nivel provincial o de Comunidad Autónoma, las referencias a la contratación de los fijos-discontinuos, se limitan a aquellas a actividades que no precisan continuidad. Los más representativos son: el Convenio Colectivo del sector de la hostelería de Cantabria, B.O. Cantabria de 2.10.2007, el Convenio

Colectivo del sector del campo de Cádiz, B.O. Cádiz de 24.10.2007 y el Convenio Colectivo del sector de empaquetado de tomates de la provincia de Las Palmas, B.O. Las Palmas de 1.07.2007.

Al margen de todo lo anterior y retomando la perspectiva sectorial, uno de los sectores más paradigmáticos al respecto es el de la conserva, al contar con una importante presencia femenina y con un gran volumen de actividad de carácter fijo y discontinuo. Sin embargo, puede afirmarse que su Convenio Colectivo a nivel estatal –Convenio Colectivo para el sector de las conservas, semiconservas, ahumados, cocidos, secados, elaborados, salazones, aceites y harina de pescados y mariscos, B.O.E. de 3.02.2007-, al igual que sucede en otras cuestiones de índole laboral, no parece integrar la perspectiva de sexo / género. En fin, que no tiene entre sus objetivos prioritarios el cumplimiento del principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo / género. Ahora bien, tampoco en su articulado y, en particular, en lo que se refiere a la contratación de personal fijo-discontinuo, se han encontrado ejemplos concretos de discriminación indirecta. Podría parecer un supuesto de discriminación la forma de regular el derecho al llamamiento de los fijos-discontinuos, toda vez que el criterio que se tiene en cuenta es la antigüedad y categoría (art. 7) y para el cómputo de la antigüedad (art. 20) se valora "todo el tiempo servido en una misma empresa, considerándose como efectivamente trabajado todos los meses o días en los que se haya percibido un salario o remuneración, bien sea por servicios prestados o en vacaciones, licencias retribuidas o cuando reciba una prestación económica temporal por accidente de trabajo o enfermedad". Es decir, que para la antigüedad se excluyen los períodos de inactividad entre temporadas o campañas. Sin embargo, en este caso no puede hablarse de un supuesto de discriminación indirecta por razón de sexo / género, pues la exclusión de estos períodos no se aplica exclusivamente al colectivo femenino. En fin, que la forma de cómputo va

a afectar a todos los trabajadores fijos-discontinuos por igual, sean mujeres o sean hombres. Es más, el propio art. 7 del Convenio Colectivo pretende destacar esa igualdad de trato cuando dispone que el llamamiento se hará "de modo tal que cumplan todos los trabajadores el mismo período útil de trabajo al cabo del año, computando éste a partir de la iniciación de las actividades de cada temporada de trabajo". Incluso, continúa señalando el mismo precepto, "si por el carácter de la propia industria, a un grupo de trabajadores le faltasen días de trabajo para cumplir el mismo período útil de los otros grupos anteriormente llamados, este grupo afectado será el primero en ser llamado, de modo tal que se produzca la compensación necesaria para que se dé la circunstancia de igualdad establecida (…)". El propio Convenio Colectivo, prevé los mecanismos necesarios para comprobar el respeto al principio de igualdad: "en el tablón de anuncios de la empresa se irá situando la relación de productores llamados en todo momento para que todo trabajador pueda comprobar que se respeta el orden relativo y sucesivo de antigüedad". En definitiva, tratándose de fijos-discontinuos no se sitúa al colectivo femenino en desventaja particular frente al colectivo masculino. La eventual desventaja y consecuentemente la discriminación, lo será frente al personal que presta su actividad en el sector de forma continua con las consecuencias que ello conlleva a la hora de calcular la remuneración. También, sobre el derecho al llamamiento de fijos-discontinuos, una cláusula muy genérica, pero que al mismo tiempo excluye, o por lo menos eso pretende, toda clase de discriminación, incluida la existente por sexo / género, es la contenida en el art. 12.3 del Convenio Colectivo de las empresas y trabajadores de perfumería y afines, B.O.E. de 23.08.2007, pues dentro de su parquedad dispone que "cuando se utilice la modalidad de fijos-discontinuos, se fijará en cada empresa el orden y la forma de las llamadas, con criterios objetivos y no discriminatorios (…)". Algo similar sucede con el art. 13.5 del XV

Convenio Colectivo de la industria química, B.O.E. de 29.10.2007. También en este sector, "el orden y la forma de llamada" de los fijos-discontinuos "se establecerá en cada empresa (…) con criterios objetivos y no discriminatorios". Eso sí, en este caso, "previo informe-consulta de los representantes de los trabajadores". Con todo, y pese a la intervención de los representantes, probablemente la empresa no sea el ámbito más adecuado para fijar el orden de llamada. La antigüedad, pero "de conformidad con los criterios que se establezcan en cada empresa", son los criterios señalados en el art. 21.4 del I Convenio Colectivo de empresas de reparto sin direccionar, B.O.E. de 17.07.2007. Sobre el derecho al llamamiento de los trabajadores fijos-discontinuos y a fin de conseguir la plena igualdad por sexo / género en la ocupabilidad de ambos colectivos, convendría reflexionar sobre la posibilidad de extender al sexo / género femenino, la prioridad por edad en caso de igualdad entre dos trabajadores, tal y como se dispone en el art. 9 del Convenio Colectivo del sector del campo de Cádiz, B.O. Cádiz de 24.10.2007.

Como nota positiva, o cuando menos destacable desde una perspectiva de sexo / género, del Convenio Colectivo para el sector de las conservas, semiconservas, ahumados, cocidos, secados, elaborados, salazones, aceites y harina de pescados y mariscos, B.O.E. de 3.02.2007, hay que referir la preferencia que ostenta el personal fijo-discontinuo frente al eventual "para ocupar las vacantes del personal fijo de carácter continuo que se produzcan en el respectivo grupo o especialidad" (art. 7)[101]. Con las reservas pertinentes al no disponer de datos estadísticos ciertos, si el colectivo mayoritario de trabajadores fijos-discontinuos en el sector de la conserva es el femenino, es obvio que la cláusula anterior favorece su

[101] En la regulación convencional del personal de contratación temporal no consta tal prioridad: Personal de contratación temporal (art. 7, número 2).- "En las distintas figuras de contratación temporal que puede practicar la empresa, deberá dar preferencia en lo posible a las reiteraciones de tales tipos de contratación a aquellos productores que ya hayan prestado servicios en la misma (…)".

estabilidad laboral, lo que contribuye a la consecución del principio de igualdad de trato en las condiciones laborales de trabajadores y trabajadoras. Lo mismo puede afirmarse del precepto convencional que advierte que "no podrá suspenderse la actividad de los trabajadores fijos-discontinuos mientras permanezcan en alta en la empresa productores contratados con carácter temporal" (art. 7, número 1.2, letra f). Desde luego, si la mayoría del personal fijo-discontinuo son mujeres, esta última, también es otra forma de promover su empleabilidad y de nuevo contribuir a la consecución del principio de igualdad por razón de sexo / género. En el ámbito empresarial, también se ha encontrado alguna cláusula en parecidos términos. Así, el apartado d) del art. 28 del IV Convenio Colectivo de la entidad pública empresarial aeropuertos y navegación aérea, B.O.E. de 18.04.2006, que dispone que en los períodos de temporada baja, los trabajadores fijos-discontinuos "serán contratados con preferencia a cualquier bolsa de candidatos en reserva".

Desde la dimensión de sexo / género y en relación con el trabajo fijo-discontinuo, se han encontrado otras cláusulas que también contribuyen positivamente a la consecución del principio de igualdad. Por ejemplo, el art. 61 del Convenio Colectivo de trabajo de ámbito estatal para las industrias del curtido, correas y cueros industriales y curtición de pieles para peletería, B.O.E. de 30.11.2007, que dada su amplia repercusión contiene una ordenación bastante pormenorizada de esta modalidad contractual, ordenando, entre otras, la conversión automática de fijos-discontinuos en fijos-continuos. Teniendo en cuenta que el colectivo femenino es el que mayoritariamente utiliza esta modalidad de contratación, la contribución de esta medida a suprimir las desigualdades existentes en las cifras globales, desagregadas por sexos/géneros, de estabilidad laboral, es más que evidente. En fin, según su art. 61, "los

contratos fijos-discontinuos que superen su jornada máxima durante 2 campañas seguidas o 4 alternas pasarán a ser fijos-continuos". En la misma línea y por lo tanto también incidiendo positivamente en el principio de igualdad por razón de sexo / género, el mismo precepto reconoce al personal fijo-discontinuo prioridad para cubrir "las vacantes que se produzcan entre el personal de la plantilla fija a jornada completa". El único límite es el "grupo profesional", que habrá de ser "igual o similar" y la "aptitud". Con todo, desde la perspectiva de sexo / género, sería conveniente una delimitación más precisa de los puestos de trabajo que podrán ser cubiertos con contratos de esta categoría. Si se atiende al contenido del art. 61 antes referido, se aprecia una amplia discrecionalidad: "se considerará fijo-discontinuo aquel que se contrata para realizar trabajos fijos y periódicos dentro del volumen y actividad normal de trabajo en la empresa, durante períodos de actividad con inicio y duración inciertos". Al igual que sucedía con otras modalidades contractuales también utilizadas mayoritariamente por mujeres, una determinación más precisa de los puestos de trabajo que podrían ser objeto de contratos de esta categoría, contribuiría a evitar o a disminuir en lo posible la segmentación del mercado de trabajo y a la vez facilitaría el acceso de las mujeres a determinados puestos. Mayor precisión, pero sin una incidencia clara y evidente sobre el sexo / género, es la definición contenida en el art. 15.3 del Convenio Colectivo de la industria del calzado, B.O.E. de 23.09.2007, ya que permite la contratación de fijos-discontinuos "para realizar tareas fijas dentro del volumen normal de actividad de la empresa, pero que no se repiten en fechas ciertas, al tratarse de producción de artículos de moda o de temporada sobre pedido firme". Mucho más concreto es el listado de actividades que pueden ser objeto de contratación de carácter fijo-discontinuo y que a título enunciativo se mencionan en el mismo precepto y que son: "patronaje, cortado, suela, aparado, mecánica y envasado o

almacén”. Como es evidente, todos ellos son trabajos mecánicos de escasa o poca cualificación. En sentido contrario y como nota positiva desde la perspectiva de sexo / género, hay que mencionar los puestos de “jefe de sección o encargados”, pues también éstos pueden ser objeto de contratación de carácter fijo-discontinuo. Con todo, la falta de concreción de los puestos de trabajo es lo habitual en la mayoría de los convenios colectivos analizados. Otro ejemplo, en este caso de un sector feminizado, lo representa el contenido del Convenio Colectivo de las empresas y trabajadores de perfumería y afines, B.O.E. de 23.08.2007, cuyo art. 12.3 sólo dispone que “el contrato por tiempo indefinido de fijos-discontinuos se concertará para realizar trabajos que tengan el carácter de fijos-discontinuos y no se repitan en fechas ciertas, dentro del volumen normal de actividades de la empresa”. En otros convenios, la fijación de las actividades que podrán ser objeto de esta modalidad de contratación, queda al arbitrio de la propia empresa, previo examen de los representantes de los trabajadores. Así acontece con el Convenio Colectivo general de trabajo de la industria textil y de la confección, B.O.E. de 4.01.2007.

Con amplia repercusión sobre el colectivo femenino, por tratarse de un sector claramente feminizado, hay que citar el I Convenio Colectivo marco estatal de acción e intervención social, B.O.E. de 19.07.2007. Sin embargo, en general, son pocas las cláusulas que dedica a la contratación de su personal. En concreto, en un solo precepto, el art. 13, se mencionan y se regulan las distintas modalidades de contratos de trabajos. En lo que se refiere al fijo-discontinuo, las referencias lo son al derecho al llamamiento, para el que nuevamente se acude al criterio de la antigüedad. En términos del Convenio Colectivo, “una vez reanudada la actividad serán llamados por riguroso orden de antigüedad para la realización de las tareas a desarrollar en el centro de trabajo, para el cual fueron contratados”. Quizás pudiera parecer que incide en el principio de igualdad por razón de sexo /

género, la previsión contenida en el mismo precepto cuando se dispone que "en el supuesto de que el trabajador no se reincorporara al puesto de trabajo, este será cubierto por el trabajador siguiente en la lista y así sucesivamente". Piénsese en una trabajadora que no pudiera incorporarse al llamamiento por estar ejerciendo alguno de los derechos vinculados a su maternidad o a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral. Sin embargo, como es sabido, tales situaciones ya están previstas en el ordenamiento jurídico, dando lugar a una suspensión contractual con todos los derechos vinculados a cada una de ellas. Y lo mismo puede afirmarse del contenido del art. 22 del II Convenio Colectivo estatal de instalaciones deportivas y gimnasios, B.O.E. de 6.09.2006, que dispone que una vez efectuada la llamada "mediante comunicación fehaciente (…) el contrato quedará extinguido si el trabajador no se incorpora a su puesto de trabajo. No se procederá a la extinción cuando el motivo de no incorporarse sea la falta de compatibilidad del horario ofrecido con los horarios de estudios para la obtención de un título académico o de capacitación profesional". Sin dejar de valorar positivamente el contenido de esta última excepción, al redundar positivamente en beneficio de la promoción y formación profesional del trabajador o de la trabajadora, quizás habría que plantearse mencionar o, por lo menos, recordar, la existencia de otras causas que afectan mayoritariamente al sexo / género femenino (de nuevo derechos de conciliación y derechos vinculados con la maternidad). Pues aunque su concurrencia no implique una extinción contractual, su mención sería suficiente para hacer visible al sexo / género femenino, casi siempre oculto bajo el modelo de trabajador-masculino. Lo mismo podría decirse sobre la previsión contenida en el Convenio Colectivo del sector del campo de Cádiz, B.O. Cádiz de 24.10.2007, pues entre las causas justificadas para no acudir al llamamiento se menciona, tan sólo, "estar en situación de

incapacidad temporal" y acreditar, por una sola vez, "estar dado de alta y trabajando en otra empresa".

Desde la perspectiva de sexo / género, sería importante precisar la duración y la distribución de la jornada del personal fijo-discontinuo. Sin embargo, de todos los aquí analizados, esta opción ha sido seguida por muy pocos convenios. Como ejemplos destacables puede citarse el Convenio Colectivo de la industria del calzado, B.O.E. de 23.09.2007, cuyo art. 15.3 puntualiza que en las empresas de fabricación completa de calzado "la distribución horaria será, en todo caso, en jornadas diarias y semanales a tiempo completo". Más preciso, quizás por contar con mayor presencia femenina, puede mencionarse el Convenio Colectivo general de trabajo de la industria textil y de la confección, B.O.E. de 4.01.2007. En primer lugar, para señalar la jornada máxima anual y que serán "1350 horas de trabajo". Y en segundo lugar, para introducir un importante elemento de flexibilidad: "para la aplicación de las previsiones del art. 37 del convenio (...) deberá garantizarse el disfrute del descanso compensatorio dentro del mismo período de actividad. En tal caso el número de semanas de flexibilidad posible será el que resulte de aplicar a las trece la proporción correspondiente a las semanas por las que se las contrata sobre las trabajadas por las fijas a jornada completa".

Un último indicio que demuestra la preocupación de los negociadores y del sector por la estabilidad de sus trabajadores, lo que en no pocos casos incidirá positivamente sobre el colectivo de trabajadoras, es fijar un porcentaje máximo de fijos-discontinuos, por debajo del cual la prestación de servicios ha de hacerse de un modo continuo. Sin embargo, al igual que con el criterio anterior, son muy poco los convenios que han fijado tal criterio delimitador. Uno de ellos, vuelve a ser el Convenio Colectivo general de trabajo de la industria textil y de la confección,

B.O.E. de 4.01.2007, cuyo art. 25.3 dispone que el número de personas que podrán ser objeto de esta modalidad contractual, “no podrá superar en ningún caso el 30 por ciento del personal con contrato indefinido”. Con todo el mismo precepto contiene una excepción. A saber, se así se ha pactado con la representación de los trabajadores.

III. MOVILIDAD FUNCIONAL Y GEOGRÁFICA.

Como se ha visto en el capítulo anterior, los ascensos conforman uno de los mecanismos que contribuyen a la efectividad de la promoción profesional de los trabajadores. Su regulación convencional, desde la perspectiva de sexo / género, también fue objeto de análisis en el mismo capítulo. Sin embargo, las posibilidades de promoción profesional no concluyen con los mecanismos previstos en los arts. 23 y 24 ET. También hay que considerar y tener muy en cuenta el *ius variandi* empresarial y en su virtud las posibilidades de modificar las funciones asignadas inicialmente a su personal, ya que a través de esta facultad también se pueden consolidar puestos superiores en la empresa. En definitiva, un ascenso profesional. Obviamente, nos estamos refiriendo a la movilidad funcional del art. 39 ET y concretamente, tratándose de ascensos, a las previsiones de su apartado 4. En este sentido, conviene recordar que según su contenido, “si como consecuencia de la movilidad funcional se realizasen funciones superiores a las del grupo profesional o categorías equivalentes por un período superior a seis meses durante un año o a ocho durante dos años, el trabajador podrá reclamar el ascenso, si a ello no obsta lo dispuesto en convenio colectivo o, en todo caso, la cobertura de la vacante correspondiente a las funciones por él realizadas conforme a las reglas en materia de ascensos aplicables en la empresa, sin perjuicio de

reclamar la diferencia salarial correspondiente (…)". Los demás apartados del art. 39 ET no permiten consolidar ningún ascenso de puesto de trabajo ni, por supuesto, una degradación en la categoría profesional. Sobre esto último debe recordarse que la encomienda de funciones inferiores sólo será posible si concurriesen "necesidades perentorias o imprevisibles de la actividad productiva" y, por supuesto, sólo por el "tiempo imprescindible para su realización", art. 39.2 ET. Además, el trabajador o la trabajadora afectados por esta movilidad extraordinaria descendente, "mantendrá la retribución de origen", art. 39.3 ET. Cualquier otro cambio de funciones no incluido en el art. 39 ET, requerirá el "acuerdo de las partes o, en su defecto, el sometimiento a las reglas previstas para las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo", tal y como dispone el art. 39.5 ET. Dentro de esta visión general del art. 39 ET, queda tan sólo referirse a su apartado 1 que reconoce al empresario la potestad de modificar las funciones asignadas a sus trabajadores "sin más limitaciones que las exigidas por las titulaciones académicas y profesionales precisas para ejercer la prestación laboral y por la pertenencia al grupo profesional". Frente a la movilidad extraordinaria, ascendente o descendente, esta última se califica como ordinaria.

Es evidente que de todos los apartados del art. 39 ET el que deja mayor margen de actuación a la negociación colectiva es su apartado 4 y de ahí, que cualquier modificación convencional de su régimen común pueda conllevar importantes repercusiones desde la perspectiva de sexo / género. Al fin y al cabo, nos estamos refiriendo a los ascensos con todas las repercusiones que conllevan: en la clasificación profesional (art. 24 ET) y en la contraprestación del trabajo (art. 25 ET). Si bien, son muchos los convenios que en esta materia se limitan a reproducir o, en su caso, a remitirse al contenido del ET. Así, entre los primeros, puede citarse el art. 12 del Convenio Colectivo de ámbito nacional de distribuidores

cinematográficos y sus trabajadores[102], B.O.E. de 28.03.2006, y, entre los segundos, el art. 42 del Convenio Colectivo de mataderos de aves y conejos, B.O.E. de 6.07.2007[103]. A nivel empresarial, tampoco es extraño encontrar cláusulas que reproducen el contenido de la normativa estatal. Por ejemplo, el art. 16 del I Convenio Colectivo de supermercados del grupo Eroski, B.O.E. de 6.06.2006.

Por el contrario, entre los que introducen modificaciones al contenido de la ley, desde una perspectiva de sexo / género deben valorarse positivamente todos aquellos que limitan la discrecionalidad de la empresa para seleccionar al personal que va a desempeñar funciones superiores a las que han sido objeto de contratación. A tal efecto, son positivas las cláusulas que disponen un procedimiento específico de movilidad, como el previsto en el art. 21 del II Convenio Colectivo único para el personal laboral de la Administración General del Estado, B.O.E. de 14.10.2006. También las que permiten la movilidad previo acuerdo de las partes y que establecen un régimen particular sin perjuicio de lo previsto en el ET, como sucede en el art.19 del Convenio Colectivo de trabajo de ámbito estatal del sector de la mediación en seguros privados, B.O.E. de 22.10.2007. Asimismo en el art. 9 del III Convenio Colectivo de gestorías

[102] "La movilidad funcional en el seno de la empresa no tendrá otras limitaciones que las exigidas por las titulaciones académicas o profesionales precisas para ejercer la prestación laboral y la pertenencia al grupo profesional. La movilidad funcional para la realización de funciones no correspondientes al grupo profesional o categorías equivalentes, sólo será posible si se acreditan razones técnicas u organizativas que la justifiquen y por el tiempo imprescindible para su atención. En el caso de encomienda de funciones inferiores, ésta deberá estar justificada por necesidades perentorias o imprescindibles de la actividad productiva. El empresario deberá comunicar esta situación a los representantes de los trabajadores. La movilidad funcional se efectuará sin menoscabo de la dignidad del trabajador y sin perjuicio de su formación y promoción profesional, teniendo derecho a la retribución correspondiente a las funciones que efectivamente realice, salvo en los casos de encomienda de funciones inferiores, en los que mantendrá la retribución de origen. No cabrá invocar las causas de despido objetivo de ineptitud sobrevenida o de falta de adaptación en los supuestos de realización de funciones distintas de las habituales como consecuencia de la movilidad funcional. Si como consecuencia de la movilidad funcional se realizasen funciones superiores a las del grupo profesional o categoría equivalente por un período superior a seis meses durante un año o a ocho durante dos años, el trabajador podrá reclamar el ascenso, todo esto sin perjuicio de reclamar las diferencias salariales correspondientes. Estas acciones serán acumulables".

[103] Que dispone expresamente: "en materia de cambios de puesto de trabajo (…) se estará a lo dispuesto en el artículo 39 del Estatuto de los Trabajadores".

administrativas, B.O.E. de 23.05.2006, se reconoce la movilidad funcional como consecuencia del “mutuo acuerdo de las partes”. En la misma línea, también se dispone que “los cambios de funciones distintos de lo establecido en los apartados anteriores de este precepto, requerirán acuerdo de las partes (…)”.

Desde la dimensión de sexo / género, también conviene analizar los efectos que puede producir la alteración de los plazos previstos legalmente para reclamar un ascenso. En general, de aquellas cláusulas convencionales que reducen los fijados en el art. 39.4 ET. En este sentido, podemos aludir al art. 16 del Convenio Colectivo para el sector de las conservas, semiconservas, ahumados, cocidos, secados, elaborados, salazones, aceites y harina de pescados y mariscos, B.O.E. de 3.02.2007, que dispone que el trabajador “que realice funciones de categoría superior a las que corresponda a la categoría profesional que tuviera reconocida, por un período superior a cuatro meses durante un año o seis meses durante dos años, puede reclamar ante la dirección de la empresa la clasificación profesional adecuada”. Quizás en este sector, por estar mayoritariamente feminizado, el impacto sobre el colectivo de trabajadoras será positivo. No obstante, en línea de tendencia, si partimos de decisiones libres y no causales del empresario, la reducción de los plazos para consolidar un ascenso puede querer beneficiar directamente a los trabajadores varones. Como muestra de ello podemos aludir a lo dispuesto en el art. 83 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, B.O.E. de 31.08.2007. En este Convenio Colectivo, los plazos para consolidar el ascenso son “cinco meses ininterrumpidos en un año o siete meses en dieciocho meses”. Transcurrido este tiempo, el trabajador podrá “a su propia voluntad

continuar realizando trabajos de grupo o nivel profesional superior o volver al puesto de trabajo que ocupaba con anterioridad. En el primer caso, ascenderá automáticamente a tal grupo o nivel profesional". A tal efecto, es importante señalar que sobre la decisión empresarial de movilidad funcional, el Convenio no añade ninguna causa ni circunstancia, diferentes a las previstas en el ET.

Siguiendo con las decisiones empresariales de movilidad funcional no causales, no es difícil aventurar que determinadas cláusulas encontradas en algún convenio, pueden favorecer el ascenso de los trabajadores varones, por ejemplo, la contenida en el art. 27 del IV Convenio Colectivo general del sector de derivados del cemento, B.O.E. de 18.10.2007, que al ordenar la movilidad funcional ascendente, dispone que transcurridos los períodos máximos fijados legalmente, el trabajador "podrá a voluntad propia, continuar realizando estos trabajos o volver al puesto que ocupaba con anterioridad. En el primer supuesto, ascenderá automáticamente". En cambio, en otros convenios, pese a la libertad del trabajador para optar al nuevo puesto de trabajo, se deja constancia clara de que la decisión previa empresarial ha de estar siempre justificada. Así acontece con el art. 46 del XII Convenio Colectivo de ámbito estatal para los centros de educación universitaria e investigación, B.O.E. de 9.01.2007. De entrada, deja claro que la encomienda de funciones superiores a la categoría profesional, lo será siempre por "causas justificadas". Sólo después y transcurrido el plazo señalado en el 39.4 ET, se refiere a la libertad del trabajador o trabajadora afectados para optar por la nueva categoría profesional.

En cuanto a la encomienda de funciones inferiores, y aunque ya esté previsto legalmente, no está de más recordar convencionalmente la necesaria concurrencia de "necesidades perentorias e imprevisibles" y su "asignación sólo por el tiempo imprescindible, manteniéndole la

retribución y demás derechos derivados de su categoría profesional", tal y como se prevé en el art. 47 del XII Convenio Colectivo de ámbito estatal para los centros de educación universitaria e investigación, B.O.E. de 9.01.2007. No en vano, sucede que las mujeres son las principales destinatarias de este tipo de medidas. En el mismo precepto, también se recuerda, la obligatoria comunicación de tal situación a los "representantes de los trabajadores".

En sentido contrario, merecen una crítica negativa, ciertas cláusulas convencionales que fijan unos plazos máximos anuales para el desempeño de funciones de inferior categoría. Por ejemplo, el art. 39 del Convenio Colectivo estatal para las empresas y trabajadores de transporte de enfermos y accidentados en ambulancia, B.O.E. de 16.11.2007, que lo establece, en "todo caso", en los "seis meses". También el art. 36 del Convenio Colectivo estatal del sector del corcho, B.O.E. de 9.01.2007, que limita la encomienda de funciones inferiores a "tres meses al año". Con todo, desde la perspectiva de sexo / género, como nota positiva se añade "mientras que todos los trabajadores de la misma división funcional de su grupo profesional no hayan rotado en la realización de tales tareas". La rotación de trabajadores, también se ordena en el art. 17 del Convenio Colectivo estatal de empresas de reparto sin direccionar, B.O.E. de 17.07.2007, en el que se dispone que "la movilidad deberá estar basada en necesidades organizativas, técnicas o de producción. En ningún caso esta situación podrá prolongarse por un período superior a dos meses, evitando asimismo que la movilidad recaiga en un mismo trabajador de forma reiterada, para lo cual se deberán utilizar los mecanismos de rotación que sean necesarios". Previsiones similares, se encuentran en el art. 37 del Convenio Colectivo general de la industria salinera, B.O.E. de 19.10.2006. Desde una perspectiva de sexo / género, también ha de valorarse positivamente, el que la realización de funciones inferiores, pueda ser

solicitada por el propio trabajador, posibilidad también contenida en el referido art. 36 del Convenio Colectivo estatal del sector del corcho, B.O.E. de 9.01.2007. Esta facultad -la petición del trabajador- también está prevista en el art. 83 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, B.O.E. de 31.08.2007. En este mismo precepto también se recuerda que el trabajador no podrá negarse a efectuar el trabajo encomendado, eso sí, siempre que "no perjudique su formación profesional, única forma admisible en que puede efectuarse". La fijación de un plazo máximo para la movilidad descendente, si bien notablemente inferior, y por lo tanto, más lógico que cualquiera de los anteriores, se encuentra en el art. 16 del V Convenio Colectivo del sector de desinfección, desinsectación y desratización, B.O.E. de 7.11.2007, que lo marca en "treinta días".

Aunque sea objeto de análisis en otro capítulo de este informe, desde una dimensión de sexo / género han de valorarse positivamente cláusulas convencionales que reconocen la movilidad funcional en la empresa por decisión de la trabajadora víctima de violencia de género, tal y como se prevé en el art. 25 del XV Convenio Colectivo de la industria química, B.O.E. de 29.10.2007. Se trata de una facultad reconocida a la trabajadora víctima de la violencia de género, con la finalidad de "evitar la posibilidad de encontrarse con su agresor". En este caso, tendrá "derecho preferente a ocupar otro puesto de trabajo, del mismo grupo profesional, que la empresa tenga vacante en cualquiera de sus centros de trabajo. En tales supuestos, la empresa estará obligada a comunicar a la trabajadora las vacantes existentes en dicho momento o las que se pudieran producir en el futuro". Por supuesto, "la condición de víctima de violencia de género deberá estar acreditada, bien por los servicios sociales de atención o servicios de salud, bien judicialmente y ser conocida de forma fehaciente por la empresa".

En cuanto a la movilidad geográfica, el principio de igualdad por razón de sexo / género, exige tomar en consideración las especiales dificultades a las que habrán de enfrentarse las mujeres trabajadoras para poder acatar la orden empresarial, por muy justificada que esté. Como es fácil imaginar, tales dificultades están mayoritariamente provocadas por la existencia de responsabilidades y cargas familiares. En fin, estas circunstancias deberán tomarse en consideración en los distintos aspectos de la ordenación convencional de la movilidad geográfica, ya se trate de traslados, como de desplazamientos, pues sólo así se contribuirá a la consecución del principio de igualdad por razón de sexo / género.

En general, por lo menos en lo que se refiere a la regulación sectorial de carácter estatal y de ámbito inferior objeto de estudio en este informe, la valoración que puede extraerse tiene carácter positivo, pues de todos los convenios que atienden a la movilidad geográfica de su personal, no son pocos lo que tienen en cuenta las especiales dificultades que rodean al sexo femenino y, de ahí, que incluyan ciertas mejoras al contenido de la ley. Con todo, y como es de suponer, otros prescinden totalmente de tales diferencias, obstaculizando el cumplimiento del principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo / género. Así acontece, entre otros, con el art. 19 del Convenio Colectivo general de trabajo de la industria textil y de la confección, B.O.E. de 4.01.2007, sector esencialmente feminizado y cuya ordenación convencional de la movilidad geográfica, no ha tenido en cuenta esta particularidad y las especiales dificultades de las trabajadoras para aceptar una orden de traslado. Así, cuando la empresa se proponga el traslado a otra localidad, los únicos requisitos exigibles son: ponerlo en conocimiento de las personas interesadas, con cuatro meses de antelación, indicando las condiciones del traslado. Los afectados y afectadas deberán comunicar si aceptan o no el traslado. De no alcanzarse ningún acuerdo,

tanto en las condiciones del traslado o en la indemnización, se estará a lo dispuesto legalmente (art. 19).

En materia de traslados, tienen cierta importancia el reconocimiento y concesión de facilidades específicas para buscar el alojamiento, para su financiación o, en su caso, la proporción de cualquier otro medio o instrumento que hagan que el cambio de localidad sea más viable. Por ejemplo, el art. 28 del XXI Convenio Colectivo de banca, B.O.E. de 16.08.2007, dispone expresamente que "las empresas ayudarán al trabajador para que consiga vivienda en la plaza a que hubiera sido trasladado forzosamente". Mayor concreción se contiene en el art. 26 del Convenio Colectivo de las empresas y trabajadores de perfumería y afines, B.O.E. de 23.08.2007, que ordena que las "empresas vendrán obligadas a facilitar al trasladado las ayudas necesarias para poder acceder al disfrute de una vivienda de características similares a la que viniera ocupando, abonando, si ello fuera necesario, la diferencia de renta en más". Tratándose de un traslado de carácter colectivo, el art. 27 del mismo Convenio Colectivo dispone que en el aviso, "deberán detallarse las posibilidades de vivienda en la nueva localidad y condiciones de alquiler o propiedad". El problema de la vivienda, sobre todo cuando el trabajador convive con familiares, conforma uno de los principales obstáculos a su movilidad. Si se facilita por parte de la empresa su búsqueda, obviamente aumentarán las posibilidades de aceptación de la orden. Además de todas las anteriores, es muy significativa la cláusula contenida en el art. 27 del XV Convenio Colectivo de la industria química, B.O.E. de 29.10.2007: "las empresas vendrán obligadas a facilitar al trasladado las ayudas necesarias para poder acceder al disfrute de una vivienda de características similares a las que viniera ocupando y, si procede, la empresa abonará la diferencia de renta en más si la hubiere, en relación con la que viniera satisfaciendo dicho trabajador".

Dentro de las medidas que hacen más viable la ejecución del traslado, también hay que mencionar la concesión de permisos retribuidos. Por ejemplo, el "permiso retribuido de tres días laborales continuados" que prevé el art. 11 del VI Convenio Colectivo estatal de elaboradores de productos cocinados para su venta a domicilio, B.O.E. de 17.01.2007, que además puntualiza que tales días lo serán "anteriores o posteriores al descanso semanal" y a "disfrutar con anterioridad a la ejecutividad de la medida, al objeto de que efectúe las gestiones pertinentes para la búsqueda de residencia en aquella localidad donde pasará a desarrollar sus actividades".

En otro orden de consideraciones, también deben atenderse todas aquellas cláusulas convencionales que reconozcan a la persona destinataria de la orden de traslado la posibilidad de extinguir su contrato con una indemnización mayor que la prevista legalmente. En la medida en que las trabajadoras pueden enfrentarse a mayores problemas para acatar la decisión empresarial, desde la perspectiva de sexo / género esta mejora resulta especialmente adecuada. Así, el art. 11 del VI Convenio Colectivo estatal de elaboradores de productos cocinados para su venta a domicilio, B.O.E. de 17.01.2007, prevé una indemnización de 30 días de salario por año de servicio con un máximo de 12 mensualidades. Todavía mayor es la contenida en el IV Convenio Colectivo marco estatal de servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal, B.O.E. de 4.08.2006, que asciende a 45 días por año trabajado. Como advierte el propio art. 21 de este Convenio Colectivo, para fijar tal indemnización, se han tenido en cuenta "las especiales características de la teleasistencia". Con todo, habría que preguntarse si previsiones como éstas, pueden incitar a las trabajadoras, en caso de dudas, a más extinciones contractuales que las que podría considerarse normales.

En cuanto a la compensación económica por los gastos del traslado, no está de más recordar que comprende los del trabajador "y los de su respectiva familia con la que conviva y efectivamente se desplaza con él". Así se recuerda en el art. 11 del VI Convenio Colectivo estatal de elaboradores de productos cocinados para su venta a domicilio, B.O.E. de 17.01.2007. También en el art. 28 del XXI Convenio Colectivo de banca, B.O.E. de 16.08.2007: "los gastos de traslado del empleado y familiares que con él convivan, así como los de traslado de muebles del trabajador, serán por cuenta de la empresa". Y en el art. 26 del Convenio Colectivo de las empresas y trabajadores de perfumería y afines, B.O.E. de 23.08.2007: la compensación de los gastos comprenderá, previa justificación, "locomoción del interesado y de los familiares a su cargo y que convivan con él, los de transporte de mobiliario, ropa y enseres". A lo que se añade "una indemnización en metálico igual a dos meses de salario real". En otros convenios, a la compensación ordinaria de los gastos se añaden "cinco dietas por cada persona que viaje de las que compongan la familia y que convivan con el desplazado", tal y como se prevé en el art. 39 del Convenio Colectivo general de la industria salinera, B.O.E. de 19.10.2006. Una cláusula muy particular, pero en todo caso positiva desde la dimensión de sexo / género, es la contenida en el art. 14 del Convenio Colectivo para el sector de las conservas, semiconservas, ahumados, cocidos, secados, elaborados, salazones, aceites y harina de pescados y mariscos, B.O.E. de 3.02.2007, en la que se reconoce como abono de gastos de traslado, "los de transporte, tanto del trabajador, como de sus familiares y enseres" y, además, todos los siguientes: "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".

Desde la dimensión de sexo / género, son muy positivas ciertas cláusulas que contribuyen activamente a la consecución del principio de igualdad por razón de sexo / género, al tener en cuenta situaciones particulares padecidas, exclusiva o mayoritariamente, por las mujeres trabajadoras. Por ejemplo, el art. 28 del XXI Convenio Colectivo de banca, B.O.E. de 16.08.2007, que impide los traslados "sin mediar su consentimiento" de las "personas en situación de embarazo, lactancia o reducción de jornada por cuidado de hijos". En esta misma línea se sitúa el art. 27 del Convenio Colectivo sectorial de ámbito estatal de las administraciones de loterías, B.O.E. de 19.07.2006, que dispone que los trabajadores "cuya familia tenga la consideración legal de familia numerosa tendrán prioridad de permanencia en su puesto de trabajo en los supuestos de movilidad geográfica". Muy significativo es el art. 20 del Convenio Colectivo para el sector de grúas móviles autopropulsadas, B.O. Principado de Asturias de 19.09.2007, que fija como orden de preferencia inversa para los traslados: "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". En sentido contrario, hay que destacar la movilidad geográfica por reagrupamiento familiar, tal y como consta expresamente en el art. 28.3 del XV Convenio Colectivo de la industria química, B.O.E. de 29.10.2007: "si por traslado de 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".

En todo caso, la voluntariedad en la movilidad geográfica del personal es lo preferible a todos los efectos. Nuevamente hay que mencionar el art. 28 del XXI Convenio Colectivo de banca, B.O.E. de 16.08.2007, que comienza la ordenación convencional de los traslados advirtiendo que "la empresa, aparte de los casos de sanción, podrá trasladar a su personal siempre que éste dé su consentimiento". Mayor repercusión desde la perspectiva de sexo / género, alcanzan aquellas cláusulas que prevén la posibilidad de que el trabajador o la trabajadora inste directamente el cambio de localidad de acuerdo con sus intereses. Entre otros, puede citarse, el Convenio Colectivo de las empresas y trabajadores de perfumería y afines, B.O.E. de 23.08.2007, en el que el primer motivo de traslado de carácter individual es la propia "solicitud del interesado". La misma previsión se contiene en el art. 27 del XV Convenio Colectivo de la industria química, B.O.E. de 29.10.2007. En el ámbito sectorial provincial, se insiste en la voluntariedad del traslado en el art. 9 del Convenio Colectivo para la actividad de industria de panadería de Ciudad Real, B.O. Ciudad Real 13.04.2007, al disponer que "los traslados del personal sólo podrán efectuarse por solicitud del interesado, por acuerdo de entre la empresa y el trabajador o por permuta con otro trabajador de distinta localidad, dentro de la misma empresa, siempre que exista acuerdo entre ambos y la empresa". También es muy importante la voluntariedad en el Convenio Colectivo para el sector de grúas móviles autopropulsadas, B.O. Principado de Asturias de 19.09.2007.

Y si la aceptación de un traslado supone una decisión que conlleva unas dificultades específicas para las trabajadoras, no lo es menos, la de un desplazamiento temporal. Precisamente, su temporalidad complica, en algunos casos, la previsión de medidas convencionales para que las trabajadoras puedan asumir con más facilidad y desde la perspectiva de la conciliación de la vida familiar y laboral, un desplazamiento.

Desde luego, hay que valorar positivamente todas aquellas cláusulas convencionales que contemplan plazos de preaviso superiores a los exigidos en el art. 40.4 ET. Como ejemplo representativo, ha de citarse obligatoriamente el art. 39 del Convenio Colectivo general de la industria salinera, B.O.E. de 19.10.2006, que fija como único plazo de preaviso, el de 30 días a su efectividad. También el art. 43 III Convenio Colectivo estatal del sector de la madera, B.O.E. de 7.12.2007, si bien, en este caso, se establece una escala en la que los días de preaviso dependen de la duración del desplazamiento posterior[104]. A nivel de Comunidad Autónoma, hay que mencionar el art. 19 del Convenio Colectivo para el sector de grúas móviles autopropulsadas, B.O. Principado de Asturias de 19.09.2007, en el que tratándose de desplazamientos superiores a tres meses que obliguen al trabajador a pernoctar fuera de su domicilio, se fija un preaviso 10 de días de antelación.

Desde la perspectiva de sexo / género, también podrían valorarse positivamente aquellas cláusulas que establecen ciertas preferencias sobre el personal de la empresa que no debe ser desplazado. Sin embargo, las preferencias que se han encontrado no tienen una repercusión directa sobre el sexo / género, limitándose a mencionar los "representantes legales de los trabajadores" y a los "disminuidos psíquicos", como así se dispone en el art. 29 del IV Convenio Colectivo general del sector de derivados del cemento, B.O.E. de 18.10.2007. Desde la dimensión de sexo / género, sería conveniente que se incluyesen ciertas preferencias con repercusión positiva a estos efectos.

[104] "Las empresas que deseen realizar desplazamientos que obliguen al trabajador a pernoctar fuera de su domicilio, deberán preavisar por escrito, a los trabajadores afectados con los siguientes plazos: de tres a quince días, tres días laborables; de dieciséis a treinta días, cuatro días laborables; de treinta y uno a noventa días, siete días laborables; más de noventa días, diez días laborables".

Tratándose de desplazamientos que no exijan pernoctar fuera de casa o que aún existiendo esta circunstancia no tenga duración superior a tres meses, no parece muy acertado que la designación de los trabajadores afectados quede a la libre determinación de la empresa, como se prevé en el art. 29 del IV Convenio Colectivo general del sector de derivados del cemento, B.O.E. de 18.10.2007. No obstante, la libertad empresarial para designar a los trabajadores afectados por el desplazamiento, es la tónica habitual. A nivel de Comunidad Autónoma, puede mencionarse el art. 19 del Convenio Colectivo para el sector de grúas móviles autopropulsadas, B.O. Principado de Asturias de 19.09.2007.

Y ya por último, la flexibilidad a la hora de hora de conceder los descansos del personal desplazado, es un elemento fundamental para facilitar la conciliación del trabajo con la vida personal y familiar y, por lo tanto, del que se beneficiarán mayoritariamente las trabajadoras. Así tienen cierto interés cláusulas que admiten acuerdos de acumulación de días de permiso, que incluso pueden añadirse a las vacaciones. Como muestra, véase el art. 20 del IV Convenio Colectivo general del sector de derivados del cemento, B.O.E. de 18.10.2007: “por acuerdo individual, podrá pactarse la acumulación de estos días –descanso- añadiéndose, incluso, a las vacaciones anuales”.

IV. GARANTÍAS DE ESTABILIDAD FRENTE A EXTINCIONES DISCRIMINATORIAS.

En lo que se refiere a la extinción del contrato de trabajo, el tópico de la igualdad y no discriminación por razón de sexo / género, estuvo desde siempre vinculado a la trabajadora embarazada, que haya dado a luz

o en período de lactancia. No en vano ya la Directiva 1992/85, de 19 de octubre[105], instaba a los Estados miembros a adoptar las medidas necesarias para "prohibir el despido de las trabajadoras, a que se refiere el art. 2, durante el período comprendido entre el comienzo de su embarazo y el final del permiso de maternidad, salvo en los casos excepcionales no inherentes a su estado admitidos por las legislaciones y/o prácticas nacionales y, en su caso, siempre que la autoridad competente haya dado su acuerdo". No obstante, con ocasión de la aprobación de la Directiva 1996/34, de 19 de junio[106], y siguiendo el contenido del Convenio núm. 156 OIT sobre los trabajadores con responsabilidades familiares, de 1981[107], la garantía de indemnidad también se extendió a las situaciones relacionadas con el ejercicio de derechos de conciliación de la vida familiar y laboral (reducciones de jornada por guarda legal, excedencias, permisos de lactancia, etc). Concretamente el número 4 de su cláusula 2 dispone que: "con el fin de garantizar que los trabajadores puedan ejercer su derecho al permiso parental, los Estados miembros y/o los interlocutores sociales adoptarán las medidas necesarias para proteger a los trabajadores contra el despido por haber solicitado o cogido un permiso parental, conforme a la legislación, a los convenios colectivos y a los usos nacionales". En definitiva, se ha pasado de la protección de la tutela antidiscriminatoria vinculada a la condición biológica de la mujer a la

[105] Directiva 1992/85, de 19 de octubre, de aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia (décima Directiva específica con arreglo al apartado 1 del artículo 16 de la Directiva 89/391/CEE) (DOCE de 28 de noviembre de 1992).

[106] Directiva 1996/34, de 3 de junio, por la que se establece el Acuerdo marco sobre el permiso parental celebrado por la UNICE, el CEP y la CES (DOCE de 19 de junio de 1996).

[107] La garantía de indemnidad se reconoce en su art. 8: "la responsabilidad familiar no debe constituir de por sí una causa justificada para poner fin a la relación de trabajo".

protección de la tutela antidiscriminatoria vinculada con la condición social de la mujer[108].

Como es sabido, en nuestro ordenamiento jurídico interno, las referidas extinciones están reguladas en el art. 55.5 ET que declara la nulidad de los despidos en todas las circunstancias a las que se ha hecho mención con anterioridad, junto con las que de forma genérica se hace constar que el despido lo haya sido "por alguna causa de discriminación prohibidas en la Constitución o en la Ley" o bien "se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador". Tratándose de despidos objetivos hay que aludir al art. 53 ET. En este orden de consideraciones, también hay que hacer referencia a la "adopción, acogimiento o paternidad". Al margen de las previsiones de la LOIEMH, sobre estas figuras hay que tener muy presente el contenido del art. 16 de la Directiva 2006/54, de 5 de julio, que dispone que "la presente Directiva no afectará al derecho de los Estados miembros a reconocer derechos específicos al permiso de paternidad y/o de adopción. Los Estados miembros que reconozcan tales derechos tomarán las medidas necesarias para proteger a los trabajadores –hombres y mujeres- del despido motivado por el ejercicio de dichos derechos y garantizarán que, al término de dicho permiso, tengan derecho a reintegrarse a su puesto de trabajo o a uno equivalente, en condiciones que no les resulten menos favorables, y a beneficiarse de cualquier mejora en las condiciones de trabajo a las que hubieran podido tener derecho durante su ausencia".

Tras las consideraciones anteriores, puede afirmarse que todos los despidos motivados por alguna de las circunstancias previstas en la Directiva 1992/85, esto es, por alguna de las causas vinculadas al hecho

[108] CABEZA PEREIRO, J., GONZÁLEZ VÁZQUEZ, M., JUSTO SUÁREZ, C. y LOUSADA AROCHENA, F: *Estudio sobre a situación sociolaboral da muller en Galicia…, op. cit.,* p. 237.

biológico de la maternidad, vulneraría el principio de igualdad por razón de sexo / género y, por lo tanto, sería un despido discriminatorio. La protección contra este despido discriminatorio no sólo comprende el embarazo, parto y puerperio, sino también cualquier incidencia física o psicológica que puedan derivarse de aquellas situaciones. Además del contenido de la Directiva 1992/85, el art. 14.1 de la Directiva 2006/54 dispone que "no se ejercerá ninguna discriminación directa ni indirecta por razón de sexo en los sectores público o privado, incluidos los organismos públicos en relación con: c) las condiciones de empleo y de trabajo, incluidas las de despido". En el ordenamiento jurídico interno, la nulidad del art. 55 ET se ha visto completada con las previsión del art. 8 LOIEMH que reconoce expresamente que "constituye discriminación directa por razón de sexo todo trato desfavorable a las mujeres relacionado con el embarazo o la maternidad".

A partir de todas estas disposiciones, tanto comunitarias, como internas, se ha originado una importante doctrina judicial que puede sintetizarse, muy brevemente, de la forma que se expone a continuación[109]: en primer lugar, que la discriminación por sexo / género, no se basa únicamente en la constatación del sexo de la persona discriminada, sino también en la concurrencia de cualquier otra circunstancia que tenga una conexión directa y evidente con el sexo / género. Como circunstancia paradigmática hay que citar el embarazo. En segundo lugar, el despido de una trabajadora con motivo de su embarazo conforma una discriminación directa por razón de sexo / género. En la doctrina jurisprudencial europea no hay que olvidar el asunto *Dekker* de 1990. En nuestro ordenamiento jurídico interno el concepto de discriminación directa e indirecta se

[109] Siguiendo nuevamente a CABEZA PEREIRO, J., GONZÁLEZ VÁZQUEZ, M., JUSTO SUÁREZ, C. y LOUSADA AROCHENA, F: *Estudio sobre a situación sociolaboral da muller en Galicia…, op. cit.*, p. 239.

contienen en el art. 8 LOIEMH. También es importante recordar que la protección frente al despido discriminatorio por embarazo, se extiende también a todas aquéllos en los que no se precisa la alegación de ninguna causa, por ejemplo, en la extinción de un contrato temporal. Y ya por último, como una de las cuestiones más controvertidas al respecto es el conocimiento empresarial del estado de embarazo de la trabajadora. Las interpretaciones se dividen entre quienes defienden que no es necesaria la comunicación del embarazo por parte de la trabajadora, pero sí el conocimiento del embarazo por el empleador y entre quienes disponen que ni siquiera es necesario el conocimiento por parte del empresario, defendiendo, en este caso, una nulidad objetiva[110]. Sobre esta cuestión el TS, en su Sentencia de 19 de julio de 2006, ha optado por la necesidad de probar el conocimiento empresarial del embarazo como elemento constitutivo del despido nulo de la trabajadora embarazada, por más que de los preceptos del ET parezca deducirse la doctrina contraria.

El despido de una trabajadora durante la suspensión contractual por maternidad no plantea muchas diferencias con el despido por razón de embarazo, pues como ya se ha visto también tiene su origen en el art. 10 de la Directiva 1992/85. Precisamente, su regulación en esta Directiva vincula directamente este permiso con la seguridad y salud de la trabajadora y por lo tanto, se trata de un derecho originario y exclusivo de la madre, pese a la posibilidad de cesión al otro progenitor. Por lo tanto, tratándose de un derecho de la madre vinculado con su maternidad, su despido constituirá una discriminación directa y no indirecta, de acuerdo con el art. 2 de la Directiva 2006/54. En fin, el despido será nulo, salvo que se pruebe su procedencia.

[110] Esta dos opciones en SAN MARTÍN MAZZUCONI, C., "Trabajo y embarazo: de la protección al blindaje ciego", en AA.VV., *La presencia femenina en el mundo laboral: metas y realidades* (dir. SÁNCHEZ TRIGUEROS, C), Aranzadi (Navarra, 2006).

En alusión a los otros supuestos de nulidad del despido también incluidos en los arts. 53 y 55 ET es obvio que puede afectar no sólo a trabajadoras sino también a trabajadores, por lo tanto, en un principio no se puede alegar sin más motivo una discriminación directa por razón de sexo / género. Desde luego, puede considerarse una discriminación directa si se considera que son siempre las mujeres las que hacen uso de los permisos parentales. Ahora bien, al margen de la intención empresarial o de la consideración del sexo / género de la persona despedida, lo habitual es que se produzca una discriminación indirecta por el hecho de que las extinciones van a afectar mayoritariamente a las mujeres, pues son las trabajadoras las que mayoritariamente van a hacer uso de los derechos de conciliación.

Evidentemente, toda esta regulación, tanto comunitaria como estatal, ha provocado que la negociación colectiva se muestre realmente parca en lo que se refiere a la regulación de esta clase de despidos. De hecho, son escasísimos los convenios colectivos que incluyen en su articulado disposiciones protectoras contra despidos discriminatorios por razón de sexo / género. Obviamente, el que en la ley ya está prevista su nulidad ha sido determinante. Con todo no está de más hacer mención a alguna cláusula convencional existente sobre el particular, por ejemplo, el art. 131.7 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, B.O.E. de 31.08.2007, que dispone que “será nulo el despido durante el período de suspensión del contrato por maternidad, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural, enfermedades causadas por el embarazo, parto o lactancia natural, adopción o acogimiento o paternidad a que se refiere el art. 45.1 d) ET o el notificado en una fecha tal que el plazo de preaviso concedido finalice dentro de dicho período”. También en el ámbito

sectorial el art. 30 del Convenio Colectivo de la industria del calzado, B.O.E. de 23.09.2007, reconoce la nulidad del despido de la trabajadora víctima de la violencia de género que ha ejercido alguno de los derechos que le reconoce el ordenamiento jurídico. En el ámbito empresarial no se han encontrado disposiciones convencionales que mejoren el contenido de la ley.

V. CONCLUSIONES.

La extensión de este capítulo, pero sobre todo, las diversas cuestiones que en él se han analizado, dificulta considerablemente la extracción de unas conclusiones generales y comunes. Con todo, hay que partir de una afirmación indiscutible y que es la trascendencia de la regulación convencional de las condiciones de trabajo para la consecución del principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo / género. Y ello desde el mismo momento de la elección de la modalidad contractual bajo la cual el trabajador o la trabajadora prestará sus servicios al empresario. Si se tiene en cuenta que las mujeres han sido y son destinatarias fundamentales de determinadas modalidades de contratación, es obvio que un tratamiento aparentemente neutro de estas materias por la negociación colectiva puede llevar aparejado un importante perjuicio para ellas. El principio de igualdad también ha de respetarse en el momento de la extinción de la relación laboral y al margen, incluso, de que la contratación lo fuese de carácter temporal. De lo contrario, se incurrirá en una discriminación por razón de sexo / género. No obstante, sobre esta última cuestión el papel de la negociación colectiva ha sido meramente anecdótico. La existencia de una normativa estatal suficientemente

protectora contra los despidos discriminatorios ha dejado a la negociación en un segundo plano.

Sobre las distintas modalidades de contratación, hay que reconocer que son varios los avances conseguidos por la negociación colectiva, pues no son aisladas las cláusulas que mejoran el contenido de la regulación legal y que, por lo tanto, repercuten positivamente sobre el colectivo femenino. Entre otras, pueden citarse todas aquellas que limitan la contratación temporal en la empresa, las que reconocen prioridad a los trabajadores temporales para transformarse en indefinidos, las que prevén mecanismos automáticos de conversión, etc. En la medida en que todas estas cláusulas afectan a un número mayoritario de trabajadoras o a un sector feminizado, contribuyen positivamente a la consecución del principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo / género, no en vano contribuyen a mejorar su empleabilidad, su estabilidad laboral, su protección social, etc. Ahora bien, de todas las modalidades contractuales existentes la que quizás tenga más repercusión sobre el colectivo femenino y por lo tanto mayor impacto desde la perspectiva de sexo / género, sea la contratación a tiempo parcial. Aunque todavía queda mucho espacio por recorrer, poco a poco, la negociación colectiva ha ido incorporando ciertas novedades al contenido de su regulación legal. Desde una perspectiva de sexo / género, son destacables todas aquellas cláusulas que introducen ciertas dosis de flexibilidad en la ordenación de la jornada para poder conciliar con mayor facilidad la vida personal, familiar y laboral. Con la misma finalidad, también se encuentran cláusulas que exigen al empresario la programación del trabajo de su personal a tiempo parcial. Asimismo repercuten positivamente sobre el colectivo femenino, todas las que ordenan y priorizan la conversión de personal a tiempo parcial en personal a tiempo completo, así como las que prevén su conversión automática cuando la jornada parcial sobrepase determinados límites.

Con todo, uno de los problemas que persisten en nuestro mercado de trabajo es su segmentación por sexo, tanto horizontal como vertical. Es obvio que la negociación colectiva, a través de la identificación de los puestos de trabajo que podrán ser cubiertos con contratos de una u otra naturaleza, podría contribuir a dar por finalizada tal segmentación. Sin embargo, han sido muy pocos los convenios que se han decidido y han procedido a elaborar esta delimitación. En la misma línea de parquedad se sitúa la regulación convencional de los fijos-discontinuos, pues no son muchos los convenios que completan el régimen jurídico legal de esta modalidad de contratación y, mucho menos, los que integran la perspectiva de sexo / género, lo cual es ciertamente criticable por el importante número de trabajadoras afectadas. De hecho, gran parte de la ordenación convencional de los fijos-discontinuos se dedica a regular el derecho al llamamiento, recurriendo mayormente a los criterios ordinarios –antigüedad- que, además, no implican diferencias de trato entre el colectivo masculino y el femenino. Desde la perspectiva de sexo / género, tienen mayor interés cláusulas que contienen reglas como las que expresan la preferencia en el llamamiento de los fijos-discontinuos frente a los de carácter eventual o las que les reconocen prioridad para ocupar puestos de trabajo fijos con continuidad en la plantilla de la empresa.

En lo que atañe a la movilidad funcional como consecuencia del *ius variandi* empresarial, se ha comprobado que cuanto más regulado esté el procedimiento y menos margen de actuación se conceda al empresario, las trabajadoras cuentan con más posibilidades de ascenso y con ello poder romper con el famoso “techo de cristal” que desde siempre ha obstaculizado sus ascensos laborales. De ahí que, desde la dimensión de sexo / género, jueguen un papel importante cláusulas convencionales reguladoras de procedimientos específicos de movilidad funcional ascendente. En cuanto a la movilidad descendente, el papel de la

negociación colectiva es más residual, toda vez que desde la propia normativa estatal se insiste en su causalidad y en su temporalidad.

Mucho más importante es el papel que juega la negociación colectiva para integrar la dimensión de sexo / género en la movilidad geográfica de los trabajadores y trabajadoras. Dicha integración exige tomar en consideración las especiales dificultades a las que habrán de enfrentarse las mujeres para poder acatar la orden empresarial, por muy justificada que esté. Tales dificultades están mayoritariamente provocadas por la existencia de responsabilidades y cargas familiares. Así las cosas, hay que hacer mención a todas esas cláusulas que incluyen mejoras generales al contenido de la regulación estatal de la movilidad geográfica, así como aquellas que tienen en cuenta situaciones particulares que afectan, exclusiva o mayoritariamente, a las mujeres trabajadoras. Entre las tradicionales y generales hay que referir las que facilitan la búsqueda de vivienda o alojamiento y las que reconocen mayor compensación por gastos. Desde una perspectiva más particular, destacan todas las que tratan de compatibilizar derechos de maternidad o de conciliación con la movilidad geográfica. Tratándose de desplazamientos temporales, desde una perspectiva de sexo / género vuelven a ser fundamentales las cláusulas convencionales que flexibilizan el tiempo de trabajo.

Y ya por último, sobre las extinciones discriminatorias, ya se adelantó el escaso papel que jugaba la negociación colectiva. Al margen de esta cuestión, no hay que olvidar que la discriminación por sexo / género no se basa únicamente en el sexo / género de la persona discriminada, sino también en la concurrencia de cualquier otra circunstancia que tenga una conexión directa y evidente con este estado. Es evidente que el embarazo y la maternidad conforman una de estas circunstancias, pudiendo ocasionar discriminaciones directas. El ejercicio de derechos de conciliación, pese a

que pretenden la corresponsabilidad entre los sexos/géneros en las cargas y responsabilidades familiares, sigue siendo causa de discriminaciones indirectas, pues todavía siguen ejerciéndolos mayoritariamente las mujeres.

BIBLIOGRAFÍA: AA.VV: *La presencia femenina en el mundo laboral: metas y realidades* (dir. SÁNCHEZ TRIGUEROS, C), Aranzadi (Navarra, 2006). CABEZA PEREIRO, J., GONZÁLEZ VÁZQUEZ, M., JUSTO SUÁREZ, C. y LOUSADA AROCHENA, F: *Estudio sobre a situación sociolaboral da muller en Galicia*, CONSELLO GALEGO DE RELACIÓNS LABORAIS (Santiago de Compostela, 2006). LOUSADA AROCHENA, F: *El principio de transversalidad de la dimensión de género*, MTAS (Madrid, 2007). SAN MARTÍN MAZZUCONI, C: "Trabajo y embarazo: de la protección al blindaje ciego", en AA.VV., *La presencia femenina en el mundo laboral: metas y realidades* (dir. SÁNCHEZ TRIGUEROS, C), Aranzadi (Navarra, 2006).

CAPÍTULO QUINTO

IGUALDAD POR RAZÓN DE SEXO / GÉNERO EN LA RETRIBUCIÓN Y EN LOS BENEFICIOS SOCIALES

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. NORMATIVA INTERNA Y COMUNITARIA. REFERENCIA AL PLANO INTERNACIONAL. EL PRINCIPIO DE IGUAL RETRIBUCIÓN POR TRABAJO DE IGUAL VALOR: a) Normativa comunitaria e interna. Referencia al plano internacional. b) Doctrina del trabajo de igual valor. c) El principio de igual retribución por trabajo de igual valor en la negociación colectiva. **III. DISCRIMINACIONES RETRIBUTIVAS (DIRECTAS E INDIRECTAS) Y SISTEMAS DE CLASIFICACIÓN PROFESIONAL**: a) Discriminaciones retributivas directas (abiertas y ocultas). b) Discriminaciones retributivas indirectas. **IV. PRINCIPIO DE IGUALDAD DE RETRIBUCIÓN Y ESTRUCTURA SALARIAL. ESPECIAL REFERENCIA A LOS COMPLEMENTOS SALARIALES:** a) Complementos personales: Complemento de antigüedad y otros. b) Complementos de puesto de trabajo o de trabajo realizado. c) Complementos de situación y de resultados de la empresa. **V. GRATIFICACIONES EXTRAORDINARIAS. VI. HORAS EXTRAORDINARIAS. VII. CONCEPTOS EXTRASALARIALES: ESPECIAL REFERENCIA A LOS BENEFICIOS SOCIALES. VIII. CONCLUSIONES.**

I. INTRODUCCIÓN.

Superados los obstáculos de acceso al empleo, la preterición colectiva de la mujer en el mercado de trabajo prosigue durante el transcurso de la relación jurídico-laboral. Lo demuestra claramente una de sus manifestaciones más ilustrativas y palpables: la discriminación retributiva de las trabajadoras[111]. Pues, no sólo los puestos tradicional y mayoritariamente ocupados por mujeres acostumbran estar peor remunerados que los típicamente masculinos[112], además, en el seno mismo

[111] Sobre ésta, entre otras, QUINTANILLA NAVARRO, B., *Discriminación retributiva (diferencias salariales por razón de sexo)*, Marcial Pons, (Madrid, 1996).

[112] Se trata de la denominada "preterición horizontal", SALDAÑA VALDERAS, E., *Discriminación salarial*, en AA.VV. (Coord.: PÉREZ DEL RÍO, T.), *La discriminación…, op. cit.*, p. 107.

de las empresas, las trabajadoras tienen más dificultades de ascenso en los puestos más valorados –y, consiguientemente, mejor remunerados-. E, incluso, una vez alcanzados éstos, la retribución percibida es sensiblemente inferior a la generada por un trabajador[113]. Las trabajadoras, por lo tanto, habida cuenta la concurrencia de alguna o de varias de las circunstancias enumeradas, perciben con frecuencia un salario menor al reconocido a sus compañeros varones por la realización de un trabajo idéntico o de "igual valor", concepto que conforma, por cierto, un pilar esencial para el entendimiento del principio de igualdad en el ámbito retributivo.

La negociación colectiva contribuyó, de modo más o menos consciente, al surgimiento y perpetuación de las citadas prácticas discriminatorias, a menudo inherentes a los propios sistemas de clasificación profesional que actúan por lo tanto como instrumentos encubridores. Frente a ello, el ordenamiento jurídico arbitró el principio de igualdad retributiva entre hombres y mujeres por un trabajo igual o, incluso –en su versión más reciente y depurada-, por un trabajo de igual valor. Principio, cuyos destinatarios directos son los propios interlocutores sociales, pues la negociación colectiva ha sido y es "medio de consolidación" de situaciones discriminatorias en materia retributiva, pero también cauce privilegiado para su corrección. Prueba de ello es la destacada jurisprudencia recaída precisamente al hilo del examen de discriminaciones retributivas convencionales –conforma un ejemplo ilustrativo la STC 145/1991, de 1 de julio- pero también la temprana y constante atención prestada por instituciones comunitarias e internas a la

---

[113] Es la llamada "discriminación vertical", SALDAÑA VALDERAS, E., *Discriminación salarial*, en AA.VV. (Coord.: PÉREZ DEL RÍO, T.), *La discriminación…*, *op. cit.*, p. 107.

negociación colectiva, muy pronto concebida como destinataria directa de una política orientada hacia la igualdad real en la materia[114].

Habida cuenta la doble virtualidad de la negociación colectiva en la materia, al tiempo elemento generador y cristalizador de discriminaciones retributivas e instrumento para su erradicación, las páginas que siguen pretenden proporcionar un diagnóstico de la negociación colectiva desde la perspectiva del principio de igualdad retributiva. Se tratará, a tal efecto, de poner de manifiesto supuestos-tipo de discriminación –nuevamente directas (abiertas y disimuladas) y, caso más frecuente, indirectas-, pero también de desvelar las cautelas y mecanismos correctores arbitrados por las partes para su prevención y eliminación.

II. NORMATIVA INTERNA Y COMUNITARIA. REFERENCIA AL PLANO INTERNACIONAL. EL PRINCIPIO DE IGUAL RETRIBUCIÓN POR TRABAJO DE IGUAL VALOR.

a) Normativa interna y comunitaria. Referencia al plano internacional.

El artículo 28 del ET –rubricado "Igualdad de remuneración por razón de sexo"- dispone la siguiente regla básica: "El empresario está obligado a pagar por la prestación de un 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

[114] En dicho sentido, *vid.* QUINTANILLA NAVARRO, B., *Discriminación retributiva…, op. cit.*, p. 222, con cita de la Recomendación de la Comisión a los Estados miembros de 20 de julio de 1960, relativa al artículo 119 del Tratado de Roma, en la que se recomendaba a los Estados miembros que garantizaran la aplicación del precepto citado, "invitando a las organizaciones profesionales de empleadores y de trabajadores a que apliquen el principio [de no discriminación por razón de sexo en materia retributiva] en los convenios colectivos y prestándoles a este fin toda ayuda necesaria", "subordinando la aprobación de los convenios colectivos por los poderes públicos, a la exclusión en los mismos de toda discriminación de remuneración fundada en el sexo".

condiciones de aquélla”[115]. En el orden interno, dicho precepto ha de vincularse, en primer término, a los siguientes preceptos de la Carta Magna: los artículos 14 y 35.1 de la CE, al referirse este último, de modo expreso, al derecho de todos los españoles “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”. En segundo lugar, ya en el propio ET, es preciso –a efectos de una correcta interpretación sistemática del citado artículo 28- tener en cuenta los artículos 4.2.c) –en el que, como es sabido, se dispone el derecho de los trabajadores a no ser discriminados por razón de sexo, directa o indirectamente, “una vez empleados”- y 17 –a cuyo tenor “se entenderán nulos y sin efecto los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que contengan discriminaciones directas o indirectas (…) en materia de retribuciones (…) por circunstancias de sexo (…)”-.

El artículo 28 del ET que encabeza el presente epígrafe halla su referente comunitario en el artículo 141 del Tratado de Roma y en la Directiva 2006/54/CE, de 5 de julio, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación. Mientras el precepto de derecho originario dispone 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”[116], la Directiva, por su parte,

[115] Tal configuración del “principio de igual retribución por trabajo de igual valor” es la otorgada por Ley 33/2002, de 5 julio. Con anterioridad, en la redacción fruto de la reforma operada por ley 11/1994, de 19 de mayo, el precepto recogía el “principio de igual salario por trabajo de igual valor”. Versión que, en todo caso, resultaba ya más eficiente que el primitivo “principio de igual salario por trabajo igual”, *ex* Ley 8/1980, de 10 de marzo.

[116] Dicho precepto del Tratado de 25 de marzo de 1957, constitutivo de la Comunidad Europea (versión consolidada), dispone asimismo: “2. Se entiende 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. La igualdad de retribución, sin discriminación por razón de sexo, significa: que la retribución establecida para un mismo trabajo

formula, en el Capítulo primero –titulado “Igualdad de retribución”- la siguiente “prohibición de discriminación” (artículo 4): “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 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”.

Ya en el plano internacional, basta recordar el Convenio núm. 100 del año 1951, relativo a la igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor, ratificado por España en 1967. Dicha norma internacional recoge la formulación más moderna del principio de igualdad en materia retributiva, principio, por consiguiente, referido a trabajos de igual valor: así, según señala su artículo 1º, “la expresión igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor designa las tasas de remuneración fijadas sin discriminación en cuanto al sexo”. De modo que, “todo Miembro deberá, empleando medios adaptados a los métodos vigentes de fijación de tasas de remuneración, promover y, en la medida en que sea compatible con dichos métodos, garantizar la aplicación a todos los trabajadores del principio de igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor” (artículo 2).

---

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. 3. El Consejo, con arreglo al procedimiento previsto en el artículo 251 y previa consulta al Comité Económico y Social, adoptará medidas para garantizar la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad 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”.

b) Doctrina del trabajo de igual valor.

Como se desprende de las normativas interna, comunitaria e internacional recién expuestas, un elemento básico para la comprensión del principio de igualdad en el ámbito retributivo es el de "trabajo de igual valor", sólo incorporado al artículo 28 del ET con ocasión de la reforma del mismo efectuada por Ley 11/1994, de 19 de mayo. Pues, con anterioridad, el precepto estatutario anudaba el principio de discriminación retributiva exclusivamente a trabajos iguales, concepción normativa restrictiva, fundamento de una línea jurisprudencial de igual cariz, que chocaba con las modernas pautas marcadas en el contexto comunitario. La expresa referencia legal al principio de igualdad retributiva por trabajos de igual valor se reveló, pues, imprescindible para dar cabida a las numerosas y complejas situaciones de discriminación retributiva a la vez que para ajustar el ordenamiento y práctica internos al plano comunitario[117].

Y de gran utilidad habría sido asimismo que el precepto incorporara "algunas pautas para [la] identificación" de los citados "trabajos de igual valor"[118]. Al respecto, se ha indicado que "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

[117] En dicho sentido, al igual que la ya citada STC 145/1991, de 1 de julio, *vid.* STC 286/1994, de 27 de octubre: "para comprobar si esta diferencia peyorativa para las mujeres es o no conforme al mandato del art. 14.1 CE, no basta –como ha declarado este Tribunal en la STC 145/1991- con comprobar la corrección formal de las diferencias salariales entre departamentos contenida en el convenio colectivo. Ha de tomarse en consideración además, el trabajo efectivamente prestado y la concurrencia en él de circunstancias objetivamente acreditadas que no se vinculen directa o indirectamente al sexo de la persona"

.

[118] QUINTANILLA NAVARRO, B., *Discriminación retributiva…, op. cit.,* p. 178. También en dicho sentido SALA FRANCO, T., *Igualdad de trato. Despidos colectivos,* en AA.VV., *El espacio social europeo,* Lex Nova (Valladolid, 1991), p. 255.

materiales y de la información y sobre la seguridad y el bienestar de las personas) y condiciones de trabajo”[119].

Como se desprende de su mismo tenor literal –habida cuenta la referencia a trabajos de “igual valor”-, resulta patente la conexión del principio analizado con el establecimiento de criterios adecuados a efectos de valoración o ponderación de puestos de trabajo. Por ello, precisamente, los artículos 22.4 y 24.2 del ET acogen su particular concepción del principio de igualdad, al señalar respectivamente, que “los criterios de definición de las categorías y grupos”, así como “los criterios de ascenso” se acomodarán a “reglas comunes para los trabajadores de uno y otro sexo”. Puesto que de la clasificación profesional inicial y, en su caso, posterior promoción, depende la retribución del trabajador, deben cuidarse los factores de inserción en el sistema de clasificación profesional y, asimismo, de transición de unas categorías a otras. Por ello, debe superarse la concepción formal del principio de igualdad que se desprende de la literalidad de los preceptos estatutarios citados. Esto es, no basta, como se verá, con que se utilicen criterios comunes para trabajadoras y trabajadores, a efectos de clasificación o promoción profesional, para garantizar la no discriminación por razón de sexo, también es preciso que los criterios empleados no sean, asimismo, discriminatorios. Dicho de otro modo, a la hora de enjuiciar, desde una perspectiva de género, un tratamiento retributivo procederá determinar si las funciones efectuadas por trabajadores de uno y otro sexo son o no de igual valor, empleando para tal ponderación criterios que no puedan a su vez considerarse discriminatorios[120].

---

[119] *Guía de buenas prácticas para garantizar la igualdad retributiva*, MTAS, Instituto de la Mujer (Madrid, 2001), p. 31.

[120] En dicho sentido, *vid.* STC 145/1991, de 1 de julio.

La doctrina del trabajo de igual valor alcanza, por consiguiente, a los criterios de clasificación y promoción profesional: éstos, por imperativo del principio de igualdad, han de ser neutros, pues "la prohibición de discriminación excluye el recurso a criterios de evaluación sexualmente caracterizados"[121]. Los criterios de valoración no han de generar consecuencias desiguales y perjudiciales para las trabajadoras, como de hecho sucede al otorgar injustificadamente más valor a una cualidad predominantemente masculina[122], señaladamente el esfuerzo físico. De éste, se ha señalado, así, que, si bien puede ser tomado en consideración –"en cuanto rasgo de la actividad humana que puede proyectarse sobre una determinada tarea"-, "su clara falta de neutralidad (…) requiere de los órganos judiciales un especial rigor", de modo que "sólo sería posible [su] admisión (…) si se acreditase de forma indubitada que (…) constituye un elemento determinante absoluto de la aptitud para el desarrollo de la tarea, o bien que se trata de un elemento esencial en ésta, siendo preciso aún en estos casos, que se combine con otros rasgos tipificadores neutros desde el punto de vista que interesa considerar"[123].

c) El principio de igual retribución por trabajo de igual valor en la negociación colectiva.

[121] STC 58/1994, de 28 de febrero.

[122] Nuevamente, STC 145/1991, de 1 de julio: "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".

[123] STC 58/1994, de 28 de febrero. También en dicho sentido, STC 147/1995, de 16 de octubre: "no cabe adoptar, como criterio de valoración, a efectos de anudar una superior retribución, el esfuerzo físico, que se corresponde con los rasgos medios del trabajo del varón, desconociendo otras características más comunes en cuanto al impacto en los dos sexos".

Algunos de los convenios colectivos seleccionados acogen de modo expreso la normativa expuesta, y enuncian, con más o menos fortuna, el principio de igual retribución por trabajo de igual valor señalado en el artículo 28 del ET. Así, algunos textos convencionales reproducen prácticamente en su literalidad el citado precepto estatutario: es el caso del Convenio Colectivo general de trabajo de la industria textil y de la confección (B.O.E. de 04.01.07)[124], del Convenio Colectivo para el sector de recuperación de residuos y materias primas secundarias (B.O.E. de 23.10.07)[125], del II Convenio Colectivo estatal para las empresas de gestión y mediación inmobiliaria (B.O.E. de 13.01.07)[126], así como del XV Convenio Colectivo de la Industria Química (B.O.E. de 29.08.07)[127]. Por otro lado, si bien no reproduce literalmente el precepto legal también se ajustan al mismo, al integrar el concepto "trabajo de igual valor", el artículo 14 del Convenio Colectivo de ámbito nacional de distribuidores cinematográficos y sus trabajadores (B.O.E. de 28.03.06.), a cuyo tenor: "la retribución por trabajo de igual o similar valor o responsabilidad tendrá que ser la misma independientemente del sexo o nacionalidad del personal que lo realice", así como el artículo 42 del Convenio Colectivo para las empresas y trabajadores del transporte de enfermos y accidentados en ambulancia (B.O.E. de 16.11.07), según el cual "la prestación de trabajo de igual valor ha de retribuirse con el mismo salario, sin discriminación alguna". Con todo, otros textos convencionales acogen el principio de igualdad retributiva con peor fortuna: tal es el caso del III Convenio

---

[124] Así, conforme al artículo 68 de dicho convenio: "la empresa está obligada a pagar por la prestación de un trabajo de igual valor, la misma retribución, salarial o extrasalarial ya sea directa o indirecta, sin que pueda producirse discriminación alguna por razón de sexo en ninguno de sus elementos o condiciones".

[125] *Vid.* artículo 33.

[126] *Vid.* artículo 20.

[127] *Vid.* artículo 18.

Colectivo de ámbito sectorial-estatal de las cadenas de tiendas de conveniencia 2006-2009 (B.O.E. de 12.12.06), a cuyo tenor "el empresario está obligado a pagar por la prestación de un *trabajo igual* el mismo salario, tanto por salario base como por los complementos salariales, sin discriminación alguna por razón de sexo"[128], así como del Convenio Colectivo del sector de harinas panificables y sémolas (B.O.E. de 03.09.07), cuya "Comisión para la igualdad de oportunidades y la no discriminación" ostenta como función la de "velar para que la mujer trabajadora tenga la misma equiparación que el hombre en todos los aspectos salariales, de manera que a *igual trabajo* la mujer siempre tenga igual retribución"[129].

III. DISCRIMINACIONES RETRIBUTIVAS (DIRECTAS E INDIRECTAS) Y SISTEMAS DE CLASIFICACIÓN PROFESIONAL.

a) Discriminaciones retributivas directas (abiertas y ocultas).

En materia retributiva, al igual que en otras, se observa un paulatino retroceso de las discriminaciones directas abiertas, esto es, de las discriminaciones intencionales y basadas directamente en el sexo, apreciables en virtud de una mera labor de contraste de los paquetes retributivos reconocidos a trabajadores y trabajadoras, ubicados en grupos diversos, incluso definidos en masculino y en femenino, respectivamente[130]. A ello, han contribuido no sólo los tribunales –cuya

[128] *Vid.* artículo 6.

[129] *Vid.* Anexo 4.

[130] Meridiano resulta el concepto de discriminación retributiva directa y abierta en el análisis de la negociación colectiva en la industria textil y de la confección, desde 1982 hasta 1992, efectuado por QUINTANILLA NAVARRO, B., *Discriminación retributiva…, op. cit.,* p. 228 y siguientes.

labor de depuración[131], aplicada a todos y cada uno de los elementos de la compensación económica (salario base, complementos extrasalariales[132], estructura salarial[133] y percepciones extrasalariales[134]) es sin duda encomiable-, sino también los propios negociadores –a los que es de justicia reconocer la asunción del principio de no discriminación (al menos de no discriminación directa abierta) y su consiguiente tarea de revisión de los convenios colectivos, aún sin perjuicio de las importantes deficiencias persistentes a las que se hará referencia posteriormente-[135].

Si bien la cuestión trasciende ya la propia configuración, en masculino o en femenino, de los distintos grupos o categorías profesionales, dicho aspecto formal no resulta del todo irrelevante[136]. Procede, pues, subrayar la tendencia a la mejora técnica de los convenios colectivos, al esforzarse algunos en definir en los dos géneros cada uno de

---

[131] Sobre ésta puede consultarse LOUSADA AROCHENA, J. F., *Principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres: la aplicación judicial por la jurisdicción ordinaria,* AL, 2004, Tomo 1, p. 11 y siguientes.

[132] *Vid.* STCT de 22 de julio de 1986 (Ar. 7168) sobre un plus de asiduidad de menor cuantía en el caso de las trabajadoras.

[133] *Vid.* STCT de 17 de julio de 1986 (Ar. 6477) en que aprecia discriminación en la estructura salarial. Pues, si bien, en el caso enjuiciado, trabajadores y trabajadoras perciben en total idénticas cuantías, los primeros tienen reconocido un mayor salario base que las segundas, que, a cambio, perciben un salario base menor al que se adiciona un plus de compensación. En tales circunstancias, el diferente impacto de los mecanismos de absorción y compensación sobre los elementos que componen el salario total permite al Tribunal deducir la existencia de una discriminación por razón de sexo.

[134] *Vid.* STS de 1 de diciembre de 1987 (Ar. 8803) sobre el reconocimiento de un subsidio familiar.

[135] Se ha señalado así que "el fácil entendimiento de la discriminación directa aparente ha llevado, a lo menos cuando se trata de discriminaciones colectivas, a su casi total desaparición en la realidad laboral y a la consiguiente total desaparición de los casos judicializados", LOUSADA AROCHENA, J. F., *Principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres…, op. cit.,* p. 15. Con todo, según precisa el autor, cabe asimismo predecir el incremento de "discriminaciones individuales con trascendencia retributiva (…) a consecuencia de la aparición del concepto de acoso moral por razón de género", esto es, "actos de hostigamiento canalizados a través de los derechos retributivos, en cuanto un demérito en los derechos retributivos es susceptible de conformar, junto a otras circunstancias, 'una 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 la persona y de crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo', en la definición de 'acoso' de la Directiva 2002/73/CE, de 23 de septiembre, del Parlamento Europeo y del Consejo".

[136] CABEZA PEREIRO, J. y JUSTO SUÁREZ, C., *Salarios*, en AA.VV., *Estudo sobre a situación sociolaboral da muller en Galicia…, op. cit.,* p. 86.

los grupos o categorías y al emplear otros una terminología neutral[137]. Con todo, también se aprecian textos convencionales menos rigurosos que, a pesar de disciplinar sectores o actividades especialmente feminizadas emplean exclusivamente el masculino a la hora de enunciar su sistema de clasificación profesional –tal es el caso del Convenio Colectivo general de trabajo para la industria textil y de la confección (B.O.E. de 04.01.07), así como del V Convenio Colectivo de empresas de enseñanza privada sostenidas total o parcialmente con fondos públicos (B.O.E. de 17.01.07)[138]-. Incluso, supuesto más desafortunado, algunos convenios expresan en femenino sólo determinadas grupos o categorías, precisamente por resultar de facto feminizados, por lo que contribuyen a la perpetuación de la segregación de profesiones u oficios[139]: tal es el caso del Convenio Colectivo estatal para la industria fotográfica 2005-2009 (B.O.E. de 06.06.06) que sólo expresa en masculino y femenino una categoría –la de "limpiador/a"-, así como del II Convenio Colectivo estatal para las empresas de gestión y mediación inmobiliaria (B.O.E. de 13.01.07) que sólo denomina en femenino y masculino las categorías de "Secretaria/o Comercial" y "Secretaria/o Gestión", todas las demás (titulados de grado superior y medio, jefes administrativos, auxiliares, oficiales, jefes comerciales, gestores, etc.) se expresan exclusivamente en masculino.

Para la total eliminación de las discriminaciones retributivas directas ocultas queda, en cambio, mayor camino por recorrer, al hallar éstas su más destacado aliado en los sistemas de clasificación profesional. De la

---

[137] *Vid.* I Convenio Colectivo marco estatal de acción e intervención social (B.O.E. 19.06.07).

[138] También merece la misma valoración el VIII Convenio Colectivo nacional de centros de enseñanza privada de régimen general o enseñanza reglada sin ningún nivel concertado o subvencionado (B.O.E. de 26.04.06), así como el Convenio Colectivo de ámbito estatal de centros de asistencia y educación infantil (B.O.E. de 07.06.07). Destaca, asimismo, el escaso rigor del VI Convenio Colectivo de enseñanza y formación no reglada (B.O.E. de 30.06.06) que, de modo al parecer aleatorio, cita algunas categorías en masculino y femenino y otras en masculino exclusivamente.

[139] CABEZA PEREIRO, J. y JUSTO SUÁREZ, C., *Salarios*, en AA.VV., *Estudo sobre a situación sociolaboral da muller en Galicia…, op. cit.,* p. 87.

relevancia de la correcta articulación de tales sistemas, a efectos de erradicación de las citadas discriminaciones retributivas, da cuenta el ya citado párrafo segundo del artículo 4 de la Directiva 2006/54/CE, de 5 de julio –precepto insertado en el Capítulo 1 titulado "Igualdad de retribución" del Título II de la mencionada norma de derecho derivado-, a cuyo tenor, "cuando se utilice un sistema de clasificación profesional para la 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"; mandato, por lo demás, reiterado por el artículo 22.4 del ET en los siguientes términos: "los criterios de definición de las categorías y grupos se acomodarán a reglas comunes para los trabajadores de uno y otro sexo". Puesto que la inserción del trabajador en un grupo o categoría profesional determina, por ende, el importe de su retribución –a cada grupo o categoría corresponderá, en efecto, un salario base, sobre el que a menudo se calculan (a modo de porcentajes del mismo) los complementos que en su caso se hubieran pactado-, es vital la adecuada valoración de cada uno de sus componentes.

La discriminación directa y oculta conforma, por así decirlo, una versión "sofisticada" de la primitiva –y ya prácticamente erradicada- discriminación directa y abierta. La transformación de esta última categoría ha sido fruto de la voluntad de proceder a su ocultación al amparo de sistemas de clasificación profesional sólo formalmente correctos pero que, por ende, mantienen discriminaciones retributivas cuyo factor determinante sigue siendo el sexo. La maniobra consiste en crear grupos o categorías profesionales específicos –situados en los escalones más bajos del nomemclátor- que, si bien no agrupan de *facto* aptitudes o funciones diversas a las que integran otros grupos o categorías, sí son intencionadamente objeto de una valoración distinta y en términos más negativos, con el consiguiente impacto adverso sobre el colectivo

perteneciente al grupo o categoría en cuestión, en que predominan trabajadores de un sexo u otro. Para la detección de discriminaciones directas pero ocultas será pues preciso comprobar que la diversidad formal de categorías implica asimismo una diversidad en el valor de los trabajos realizados[140]. De no ser así, trabajos de igual valor, sólo formalmente encuadrados en grupos o categorías distintas, serán objeto de una retribución distinta, bien en virtud del reconocimiento de un salario base inferior, bien habida cuenta la diversa aplicación de complementos (por ejemplo, no reconocidos a los trabajadores de una determinada categoría u otorgados en inferior cuantía o bien mediante la configuración de complementos particulares, de cuantías dispares, para cada categoría). Dicha circunstancia, al conformar el sexo su causa determinante, constituye una discriminación retributiva directa, si bien, al contrario que otras, no aparente, sino oculta.

Se trata, por consiguiente, de una figura más perversa cuya detección requiere la ponderación de los requerimientos y funciones exigidos a cada grupo o categoría, por lo demás a menudo objeto de una definición cuidada y por lo tanto intachable desde una perspectiva terminológica. Los grupos y categorías afectados por la discriminación retributiva, por supuesto, ya no se enuncian en femenino y la descripción de su contenido se efectúa en términos tales que permitan deducir, a *priori*, el desempeño de tareas más simples o para las que se requieren menores aptitudes o esfuerzo: por ejemplo, a través de la enunciación explícita de los conocimientos, experiencias y habilidades requeridos para el desempeño de puestos ubicados en grupos o niveles masculinizados, pero silenciando aquéllos –que no por ello dejan de requerirse- en el caso de categorías feminizadas[141].

---

[140] QUINTANILLA NAVARRO, B., *Discriminación retributiva…, op. cit.,* p. 228.

[141] QUINTANILLA NAVARRO, B., emplea un particular mecanismo de detección de discriminaciones directas ocultas: el análisis de las normas colectivas precedentes, al conformar, como ya se ha indicado,

En definitiva, la integración de trabajadoras en grupos, niveles o categorías diversos no es suficiente para justificar una diferencia retributiva. Ésta sólo puede hallar amparo en el desempeño de un trabajo que, tras una adecuada ponderación, pueda objetivamente calificarse como de distinto e inferior valor. Esto es, "para calibrar la legitimidad de la diferencia de trato en materia salarial, no puede tomarse en consideración otro elemento que no sea el trabajo efectivamente prestado, y la concurrencia en él de circunstancias objetivamente acreditadas que no se vinculen directa o indirectamente al sexo de la persona (…). Sólo la efectiva diferencia entre los trabajos prestados, valorados de forma no discriminatoria, permitirá diferenciar a efectos retributivos, como se desprende de la esencial vinculación entre el salario y el trabajo del que aquél resulta ser la contraprestación" (STC 145/1991, de 1 de julio). Por consiguiente, "el principio constitucional de no discriminación en materia salarial abarca así también a todos aquellos supuestos en los que se produzca una desigual valoración de trabajos no estrictamente iguales, pero equivalentes o de igual valor desde el punto de vista de la naturaleza y condiciones de prestación, en cuya desigual valoración sea elemento determinante el sexo o factores vinculados al mismo; excluye que la valoración de forma diferente del trabajo realizado tenga lugar por criterios vinculados al sexo de los trabajadores, y en particular a la condición de mujer, por reflejar infravaloraciones sociales o económicas del trabajo femenino" (nuevamente, STC 145/1991, de 1 de julio).

b) Discriminaciones retributivas indirectas.

---

las discriminaciones ocultas un derivado ya "camuflado" de las abiertas, *Discriminación retributiva…, op. cit.,* p. 238 y siguientes.

En el caso de las analizadas discriminaciones directas –abiertas y ocultas- el factor determinante del tratamiento retributivo diferenciador es el sexo. En ambos casos, se reconoce a la trabajadora, precisamente por el hecho de ser tal, una retribución inferior a la otorgada al trabajador, a pesar de que una y otro desempeñan un trabajo, con independencia de su concreta naturaleza, de igual valor. En la discriminación indirecta, por el contrario, el sexo no conforma la causa de la disparidad retributiva: es decir, "no se trata ya de establecer o de mantener retribuciones inferiores para las trabajadoras por el hecho de serlo, sino de que en el actual sistema de relaciones laborales operan determinadas prácticas y criterios de valoración del trabajo que sistemáticamente, y especialmente repercuten de manera negativa en los colectivos más feminizados de trabajadores, como pueden ser los trabajadores con contratos de trabajo de duración determinada, o los trabajadores a tiempo parcial"[142].

Ha de recordarse, siquiera brevemente, el concepto de discriminación indirecta, por cierto primitivamente generado en el marco de litigios relativos a cuestiones salariales. Así, en la ya citada sentencia 145/1991, de 1 de julio, el alto Tribunal ha indicado que la noción de discriminación indirecta "incluye los tratamientos formalmente no discriminatorios de los que derivan, por las diferencias fácticas que tienen lugar entre trabajadores de diverso sexo, consecuencias desiguales perjudiciales por el impacto diferenciado y desfavorable que tratamientos formalmente iguales o tratamientos razonablemente desiguales tienen sobre los trabajadores de uno y otro sexo a causa de la diferencia de sexo"[143]. Concepto del que, asimismo, se valió reiteradamente el TJCE: así en las

[142] QUINTANILLA NAVARRO, B., *Discriminación retributiva…, op. cit.,* p. 251.

[143] Aludiendo, asimismo, al concepto de discriminación indirecta: SSTC 145/1992, de 13 de octubre, 58/1994, de 28 de febrero, 286/1994, de 27 de octubre, 147/1995, de 16 de octubre y 250/2000, de 30 de octubre.

SSTJCE de 27 de junio de 1990 (Asunto Kowalska), de 7 de febrero de 1991 (Asunto Nimz), de 4 de junio de 1992 (Asunto Bötel), o de 9 de febrero de 1999 (Asunto Nicole Seymour-Smith y Laura Pérez). La discriminación retributiva indirecta, por consiguiente, surge en el marco de normativas aparentemente neutras pero que redundan en un resultado discriminatorio, al generar un impacto adverso sobre un grupo feminizado, tal es el caso, por ejemplo, de los colectivos de trabajadores temporales o a tiempo parcial, habida cuenta la conformación del mercado de trabajo, mayoritariamente compuestos por mujeres. Un sistema retributivo que depare un tratamiento peculiar y, a la postre, peyorativo para tales grupos de trabajadores, puede, por ende, generar una discriminación sexista indirecta.

IV. PRINCIPIO DE IGUALDAD DE RETRIBUCIÓN Y ESTRUCTURA SALARIAL. ESPECIAL REFERENCIA A LOS COMPLEMENTOS SALARIALES.

El artículo 28 del ET proyecta el principio de no discriminación por razón de sexo no sólo sobre el salario base –a su vez, como se ha visto, dependiente del sistema de clasificación profesional instaurado y, ya en su seno, de la específica categoría asignada al trabajador- sino también sobre los complementos salariales.

a) Complementos personales: complemento de antigüedad y otros.

Habida cuenta su gran tradición en el sistema de relaciones laborales y a pesar de la actual tendencia de la negociación colectiva a su

supresión[144], lo cierto es que la gran mayoría de los convenios colectivos analizados contemplan aún un complemento de antigüedad. Con todo, desde una perspectiva de género, tal complemento no resulta del todo pacífico: ha de convenirse que, a *priori*, dada la elevada temporalidad que caracteriza al trabajo femenino, conforma la antigüedad una característica más frecuentemente apreciable entre los trabajadores que entre las trabajadoras[145]. De admitirse dicha premisa, forzoso resulta concluir que la inserción en el paquete retributivo de un complemento de antigüedad generará un impacto adverso en el colectivo de trabajadoras: dicho tratamiento retributivo conformaría, pues, en principio, una discriminación indirecta, necesitado de justificación adecuada a la finalidad pretendida. Con todo, ello no es así. Pues, planteada ante el TJCE cuestión prejudicial relativa a la exigencia, *ex* artículo 141 del Tratado, de que el empresario justifique la aplicación del criterio "antigüedad" a efectos de conformación de la retribución cuando dicho criterio genera un impacto desigual entre

[144] Es ilustrativo el Convenio Colectivo general de trabajo de la industria textil y de la confección (B.O.E. de 04.01.07) que si bien mantiene temporalmente el premio de antigüedad dispone, en su artículo 70, que "en el marco del presente Convenio Colectivo, se crea una Comisión Paritaria encargada de estudiar y analizar la transformación del concepto antigüedad, que culminará sus trabajos durante la vigencia de este Convenio". A título de ejemplo de convenio que procede a la supresión del complemento de antigüedad, puede citarse el Convenio Colectivo de ámbito de la Comunidad Autónoma de Galicia para el sector de peluquerías de señoras, caballeros, unisex y belleza (D.O.G. de 15.06.07), cuyo artículo 23 dispone: "el presente convenio colectivo no incluye, dentro de su estructura salarial, el complemento de antigüedad, desaparecido de la regulación desde el 31 de diciembre de 1998. (…) Los trabajadores contratados a partir del 1 de enero de 1999 no generarán aumentos periódicos por el concepto de antigüedad (…). Aquellos trabajadores que a 31 de diciembre de 1998 estuviesen cobrando alguna cantidad en concepto de antigüedad, la conservarán congelada por años sucesivos, como complemento de antigüedad inamovible (CAI), sin que esta cantidad pueda sufrir incrementos en años siguientes".

[145] Llamativo resulta, en relación con los trabajadores temporales, el Convenio Colectivo de limpieza de edificios y locales de la provincia de Huesca (B.O.P. de 15.04.2005) cuyo artículo 9 sólo refiere el complemento de antigüedad a trabajadores "fijos", pues señala: "Los trabajadores fijos comprendidos en el ámbito de aplicación del presente Convenio disfrutarán, como complemento personal de antigüedad, de un aumento periódico por cada tres años de servicios prestados en la misma empresa". Asimismo, también son de reseñar previsiones como las del Convenio Colectivo de edificios y locales en la provincia de Cáceres (D.O.E. de 03.05.05), cuyo artículo 8 dispone: "el trabajador que cese definitivamente en la empresa y posteriormente reingrese de nuevo en la misma, sólo tendrá derecho a que se le compute la antigüedad desde la fecha de este nuevo ingreso, perdiendo todos los derechos de antigüedad anteriormente obtenidos".

trabajadores y trabajadoras[146], el citado Tribunal falló como sigue: "En el supuesto de que la utilización del criterio de la antigüedad como factor que contribuye a la fijación de las retribuciones redunde en disparidades de retribución, para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor, entre los trabajadores y las trabajadoras que han de incluirse en la comparación, el artículo 141 TCE debe interpretarse en el sentido de que:

- Dado que, por regla general, la utilización del criterio antigüedad es idónea para alcanzar la finalidad legítima de recompensar la experiencia adquirida que coloca al trabajador en condiciones de cumplir mejor sus tareas, el empresario no está obligado a justificar de un modo especial que la utilización de dicho criterio sea idónea para alcanzar la citada finalidad en lo que atañe a un puesto de trabajo determinado, a no ser que el trabajador facilite datos que puedan hacer nacer dudas fundadas a este respecto.

- Cuando para la fijación de la retribución se utilice un sistema de clasificación profesional fundado en una evaluación del trabajo que debe realizarse, no es necesario acreditar que un trabajador considerado individualmente haya adquirido, durante el período pertinente, una experiencia que le haya permitido desempeñar mejor su trabajo".

Por consiguiente, en aplicación de la jurisprudencia expuesta y aún a pesar del probable impacto negativo sobre las trabajadoras, los complementos salariales por antigüedad no merecen, en principio, la calificación de discriminatorios habida cuenta la finalidad legítima presumiblemente concurrente[147]. Sin embargo, su inclusión en las

[146] La cuestión prejudicial que aquí interesa fue, en concreto, la siguiente: "cuando la aplicación por un empresario del criterio de antigüedad para determinar la retribución tiene un impacto desigual en los trabajadores y trabajadoras, ¿exige el artículo 141 TCE que el empresario justifique de modo especial la utilización de dicho criterio?", STJCE de 3 de octubre de 2006, Caso "Cadman", Asunto C-17/05.

[147] Al respecto debe aludirse al IV Convenio Colectivo de la entidad pública empresarial Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea (B.O.E. de 18.04.06): pues, dicho convenio crea, al margen del complemento de antigüedad, el denominado "salario de ocupación" compuesto de tres tramos –"nivel Junior: de 0 a 3 años de antigüedad en la ocupación", "nivel Medio: de 3 a 6 años de antigüedad en la

estructuras salariales tal vez debiera acompañarse de otro género de complementos basados en criterios neutros[148], operando de este modo una suerte de compensación. Incluso, cabría reflexionar sobre el modo más adecuado –menos perjudicial para las mujeres- de articular los omnipresentes complementos por antigüedad. Así, parece más apropiado el devengo de dichos complementos salariales por el transcurso de períodos razonables desde una perspectiva temporal, es el caso de bienios o de trienios[149]. Con todo, persisten en la negociación colectiva complementos cuya generación se supedita a experiencias de hasta cinco o seis años (quinquenios y sexenios) –tal es el caso del Convenio Colectivo general de trabajo para la industria textil y de la confección (B.O.E. de 04.01.07) que establece "aumentos retributivos periódicos por tiempo de servicio que consistirán en cinco quinquenios"[150]- o incluso al previo transcurso de "períodos de carencia" –así, el XII Convenio Colectivo estatal para los centros de educación universitaria e investigación (B.O.E. de 09.01.07) contempla un complemento por antigüedad por cada tres años de servicios, cuyo cómputo, sin embargo, sólo "dará comienzo una vez superado un

---

ocupación" y "nivel Experimentado: de 6 años de antigüedad en adelante"-, resultando sumamente sorprendente la siguiente puntualización: "el objetivo de estos tramos es garantizar una adecuada progresión retributiva dentro del puesto, sin que exista ninguna vinculación a la cualificación o experiencia del trabajador, sino exclusivamente al número de años de ejercicio de una ocupación".

[148] CABEZA PEREIRO, J. y JUSTO SUÁREZ, C., *Salarios*, en AA.VV., *Estudo sobre a situación sociolaboral da muller en Galicia…, op. cit.,* p. 88.

[149] *Vid.* II Convenio Colectivo estatal para las empresas de gestión y mediación inmobiliaria (B.O.E. 13.01.07), cuyo artículo 25 señala que "por cada tres años de prestación de servicios el trabajador percibirá un complemento personal de vinculación (…)", así como artículo 57 del V Convenio Colectivo de empresas de enseñanza privada sostenidas total o parcialmente con fondos públicos (B.O.E. de 17.01.07) y artículo 46 del Convenio Colectivo estatal para los centros de enseñanzas de peluquería y estética, de enseñanzas musicales y artes aplicadas y oficios artísticos (B.O.E. de 02.07.07). Ya entre los convenios de ámbito empresarial, puede citarse el artículo 66 del XIII Convenio Colectivo de la empresa O.N.C.E. y su personal (B.O.E. de 25.10.05).

[150] En el ámbito de convenios colectivos de ámbito empresarial, procede citar el II Convenio Colectivo de Repsol YPF, S.A. (B.O.E. de 06.03.07), cuyo artículo 14.4 dispone que la antigüedad "se traducirá en aumentos periódicos por tiempo de prestación de servicios en la Empresa, consistente en quinquenios, sin límite de éstos (…). Su cuantía, de idéntico valor para todos los Grupos Profesionales, es de 588,39 euros anuales".

período de carencia de seis”-. A medio camino entre unas y opciones se encuentran aquellos textos convencionales que contemplan cuatrienios: es el caso de los Convenios Colectivos de los Grupos Champión (B.O.E. 09.06.06)[151] y Eroski (B.O.E. de 06.06.06)[152]. Desde una perspectiva de género parece asimismo conveniente una razonable limitación de los tramos acumulables, pues es previsible un mayor impacto adverso en el caso de complementos que permitan el cómputo de períodos muy dilatados o ilimitados[153].

En la configuración del régimen jurídico de los complementos por antigüedad también ha de prestarse especial atención a su importe, a menudo, como es sabido, fruto de la aplicación de un porcentaje sobre el salario base –así del 3 por 100 del “salario para actividad normal” en el caso del Convenio Colectivo general de trabajo para la industria textil y de la confección (B.O.E. de 04.01.07)[154]-. El establecimiento de porcentajes excesivamente elevados puede, en efecto, redundar en una estructura salarial desproporcionada, en la que la experiencia del trabajador resulta sobredimensionada respecto de otras aptitudes asimismo requeridas para un

[151] El artículo 27 del citado Convenio señala en efecto que “la antigüedad se devenga por cuatrienios. El precio por cuatrienio se establece a razón de 150 € anuales en jornada completa, con un límite de devengo de antigüedad hasta los 24 años de permanencia en la empresa”.

[152] Así, conforme al artículo 31 del citado Convenio empresarial, “a partir de la fecha de aplicación del presente Convenio Colectivo se establece un precio por cuatrienio a razón de 160 € anuales en jornada completa, con un límite de devengo de antigüedad de 24 años de permanencia en la empresa”. Asimismo, ya en la categoría de convenios sectoriales de ámbito estatal, también establece el devengo de cuatrienios (artículo 23) el Convenio Colectivo de Grandes Almacenes (B.O.E. de 25.04.06).

[153] Nuevamente, CABEZA PEREIRO, J. y JUSTO SUÁREZ, C., *Salarios*, en AA.VV., *Estudo sobre a situación sociolaboral da muller en Galicia…, op. cit.*, p. 89.

[154] A su vez, el citado “salario para actividad normal” es definido, en el artículo 61 del citado Convenio Colectivo, como “la retribución correspondiente al rendimiento normal en cada caso y puesto de trabajo”. También el Convenio Colectivo de limpieza de edificios y locales de la provincia de Huesca (B.O.P. de 15.04.2005) opta por tal módulo de fijación al disponer su artículo 9: “El módulo para el cálculo y abono del complemento personal de antigüedad será el salario base establecido en el presente Convenio correspondiente a la categoría profesional ostentada por el trabajador, sirviendo dicho módulo no sólo para el cálculo de los trienios de nuevo vencimiento, sino también para el de los ya perfeccionados, por lo que todo ascenso de categoría superior determinará la actualización de este complemento”. Asimismo, en términos similares, *vid.* artículo 8 del Convenio Colectivo de trabajo de las empresas dedicadas a la limpieza de edificios y locales de la provincia de Cáceres (D.O.E. de 03.05.05).

adecuado desempeño de la función de que se trate; circunstancia que, por ende, potencia el ya señalado impacto desfavorable del complemento por antigüedad sobre el colectivo de trabajadores temporales y, por consiguiente, sobre las trabajadoras. Resulta difícil, en todo caso, determinar la proporción deseable del complemento de antigüedad respecto del conjunto del paquete salarial, pues habrá de valorarse su cuantía o porcentaje inicial, los períodos de servicios más o menos extensos a que se supedita su devengo, su eventual limitación –que puede expresarse mediante el señalamiento de un número máximo de tramos o de un porcentaje máximo del salario base[155]-, así como el cómputo del propio premio de antigüedad a efectos de cálculo de otras partidas salariales y extrasalariales[156]. Además, como es de entender, todas las conclusiones vertidas deberán matizarse en virtud del carácter masculinizado o feminizado del sector de que se trate.

Reviste especial importancia el modo en que el convenio colectivo regule el reconocimiento de los complementos de antigüedad a los trabajadores a tiempo parcial, colectivo también mayoritariamente compuesto por mujeres. Por un lado, de exigirse, como es habitual, un mayor período de contratación –en proporción precisamente a la jornada efectivamente desempeñada- existirá discriminación. Por otro lado, de reconocerse el complemento en cuantía nuevamente proporcional a la jornada parcial realizada también podrá apreciarse un tratamiento

[155] Como ejemplo de limitación cuantitativa del complemento de antigüedad a través del señalamiento de un porcentaje máximo del salario base puede citarse el artículo 14 del XX Convenio Colectivo de Autoescuelas (B.O.E. de 24.02.06): según éste, "por cada trienio vencido, el trabajador/a tendrá derecho a percibir la cantidad que al efecto se indica en las tablas salariales, no pudiendo exceder la acumulación de dichos incrementos, del 25% a los 15 años, 40% a los 20 años y del 60 % a los 25 o más años, calculado sobre el salario base". Con todo, los límites previstos parecen excesivos. En sentido similar, puede citarse, asimismo, el artículo 19 del Convenio Colectivo de ámbito nacional de distribuidores cinematográficos y sus trabajadores (B.O.E. de 28.03.06), así como el artículo 46 del Convenio Colectivo estatal para las empresas y trabajadores de transporte de enfermos y accidentados en ambulancia (B.O.E. de 16.11.07).

[156] Así, en el Convenio Colectivo general de trabajo para la industria textil y de la confección (B.O.E. de 04.01.07), el premio de antigüedad es computado a efectos de conformación de las gratificaciones extraordinarias (artículo 72), de la participación en beneficios (artículo 71) y del plus de nocturnidad (artículo 73).

discriminatorio. Por supuesto, si el convenio colectivo opta por la inclusión de ambos mecanismos –mayores períodos de maduración y, acumulativamente, menores cuantías- la penalización resulta duplicada. Parece adecuado, en dicho sentido, efectuar un reconocimiento proporcional del importe del complemento –en virtud de la jornada del trabajador a tiempo parcial y en comparación con la desempeñada por un trabajador a tiempo completo comparable- pero estableciendo idéntico mecanismo de cómputo de los períodos de servicio para todos los trabajadores, independientemente pues de su jornada. Con todo, numerosos convenios colectivos ofrecen un tratamiento cuando menos confuso de tal cuestión: tal es el caso del artículo 25 del II Convenio Colectivo de gestión y mediación inmobiliaria (B.O.E. de 13.01.07) que dispone, sin más precisiones, que "los trabajadores a tiempo parcial percibirán el plus de vinculación en la proporción que corresponda". En situación similar a las trabajadoras a tiempo parcial se hallan las fijas discontinuas, para las que, en ocasiones, a efectos de devengo del complemento de antigüedad, sólo son objeto de cómputo los períodos de servicios efectivos, no los de inactividad, durante los cuales, además, no se percibirá dicho complemento salarial.

No es frecuente que los convenios colectivos aludan expresamente al método de cómputo de aquellos períodos en que el trabajador no presta servicios –así, durante suspensiones por maternidad y paternidad o excedencias por cuidado de hijos o familiares- o se halla disfrutando de una reducción de jornada –por ejemplo, por guarda legal-. Ciertamente, en algunas ocasiones el legislador ha resuelto posibles dudas al respecto: el artículo 46.3 señala en dicho sentido que "el período en que el trabajador permanezca en situación de excedencia (…) será computable a efectos de antigüedad". Con todo, puesto que tal precisión no se ha efectuado respecto

de todas las posibles suspensiones contractuales o reducciones de jornada, sería conveniente una regulación convencional de tales extremos. En defecto de ésta última –situación de hecho muy frecuente-, habrá que estar a la práctica empresarial en la materia, que en ningún caso podrá redundar en un tratamiento peyorativo para las trabajadoras, dada la perpetuación de roles sociales, más propensas al disfrute de los instrumentos de conciliación de la vida familiar y laboral.

También en la categoría de complementos personales –ya al margen del de antigüedad- se hallan los denominados premios de permanencia o vinculación a la empresa[157]. En el marco de este estudio una referencia a los mismos resulta obligada, no sólo por su notoria presencia en la negociación colectiva –es el caso del VIII Convenio Colectivo nacional de centros de enseñanza privada de régimen general o enseñanza reglada sin ningún nivel concertado o subvencionado (B.O.E. de 26.04.06)[158]-, sino también por su virtualidad potencialmente discriminatoria al premiar una característica –la permanencia en la empresa durante períodos dilatados- presumiblemente más frecuente en varones que en mujeres. En todo caso, la advertencia formulada deberá matizarse en virtud de las circunstancias concurrentes en el ámbito del convenio de que se trate –grado de rotación y de feminización del personal-, de la propia regulación convencional –períodos de devengo de los premios, cuantía de los mismos…-, así como a la luz de la doctrina sentada en el asunto "Cadman", extensible a tales premios, por consiguiente justificados habida cuenta la intención empresarial de recompensar la experiencia laboral adquirida.

[157] Es llamativa, por lo demás, la confusa configuración de tales premios: así, en el VI Convenio Colectivo de enseñanza y formación no reglada (B.O.E. de 30.06.07) el "premio especial de permanencia" se halla configurado como "mejora social" (artículo 24).

[158] Además, en dicho Convenio, resulta sumamente "curioso" el método de cómputo de la antigüedad, pues a tenor de su artículo 67: "la fecha inicial del cómputo de la antigüedad en la empresa será la del ingreso del trabajador en el Centro, descontándose los períodos de tiempo en que no tiene derecho a cómputo de antigüedad. Al trabajador que cese definitivamente en el Centro y reingrese de nuevo en el mismo se le computará como fecha de iniciación de antigüedad la que corresponda a su nuevo ingreso".

b) Complementos de puesto de trabajo o de trabajo realizado.

Habida cuenta las múltiples categorías de complementos de este género, se opta por analizar a continuación sólo algunos de los más frecuentes en la práctica, asimismo reiteradamente presentes en el muestro de convenios colectivos empleado.

Por su especial impacto adverso, procede, en primer término, aludir a aquellos complementos, frecuentes en la negociación colectiva, destinados a compensar características propias de puestos masculinizados: la peligrosidad, la toxicidad, la penosidad, la insalubridad…Tal circunstancia es fruto de la consideración de aptitudes más frecuentemente presentes en hombres que en mujeres –es el caso de la capacidad de esfuerzo físico-, pero también de las propias características biológicas de la mujer que desaconsejan la realización de determinadas tareas. La presencia de este género de complementos en puestos mayoritariamente ocupados por trabajadores –como de hecho es habitual- debe pues, cuando menos, compensarse mediante el señalamiento de otros de aplicación a funciones feminizadas cuya peligrosidad y penosidad –también presentes aun bajo formas diversas- resultan a menudo ignoradas. Puede hallarse un ejemplo en empresas dedicadas a la venta en grandes superficies: mientras sus convenios recogen frecuentemente complementos destinados a recompensar el trabajo, a *priori* masculinizado, desempeñado en cámaras frigoríficas –complementos denominados "complementos cámaras frigoríficas"[159] o "complemento frío negativo"[160]-, no contemplan, en cambio, otros susceptibles de remunerar la peligrosidad de tareas

---

[159] *Vid.* artículo 37 del I Convenio Colectivo del Grupo Eroski (B.O.E. de 06.06.06).

[160] *Vid.* artículo 28 del Convenio Colectivo del Grupo Champion (B.O.E. de 09.06.06).

típicamente femeninas –así, en el caso de utilización de herramientas cortantes-. Por consiguiente, si bien los complementos referidos hallan muchas veces justificación, debe asimismo cuidarse de que no redunden en una discriminación indirecta de la trabajadora: para ello, además de la retribución de tales características también en el caso de puestos feminizados, debe velarse por su adecuada proporción económica. En dicho sentido, ha de señalarse que, según se desprende del análisis del muestro de convenios aquí empleado, los citados complementos alcanzan a menudo un importe significativo: así, ascienden al 25 por 100 y al 20 por 100 del salario base en el III Convenio Colectivo general estatal del corcho (B.O.E. de 09.01.07) y en el Convenio Colectivo de ámbito estatal para las industrias del arroz, respectivamente (B.O.E. de 12.09.07). Incluso, en ocasiones, la justificación de tales complementos no se halla en la efectiva concurrencia de insalubridad, toxicidad o peligrosidad, hoy aliviadas por las mejoras técnicas, sino por la consideración de tales percepciones salariales como complementos de un salario base muy bajo[161]. "Justificación" ante la que resulta obligado concluir que sólo defiende los intereses salariales de los trabajadores –no así de las trabajadoras-[162], pues, como se ha dicho, tradicionalmente los citados complementos han sido reconocidos prácticamente en exclusiva a los varones.

Especial mención merecen, en segundo lugar, los complementos destinados a primar la especial dedicación de los trabajadores –jornadas partidas, turnos, modificaciones de jornada…-. Tales complementos como

[161] Tal desnaturalización de los complementos analizados explica las cautelas señaladas en algún convenio colectivo, según las cuales "si por cualquier causa desaparecieran las condiciones de excepcional penosidad, toxicidad o peligrosidad, dejarán de abonarse los indicados complementos no teniendo por tanto carácter consolidable" o "en aplicación de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y por la voluntad de las organizaciones firmantes, se priorizará siempre la eliminación de los puestos de trabajo tóxicos, penosos o peligrosos", artículo 49 del III Convenio Colectivo General Estatal del Corcho (B.O.E. de 09.01.07).

[162] CABEZA PEREIRO, J. y JUSTO SUÁREZ, C., *Salarios*, en AA.VV., *Estudo sobre a situación sociolaboral da muller en Galicia…, op. cit.*, p. 94.

es de entender, aún a pesar de resultar justificados, son susceptibles de generar un impacto negativo en las trabajadoras. Tal probable efecto nocivo deriva de su asunción –en algunas ocasiones en exclusiva y en todo caso en mayor medida que los varones- de responsabilidades familiares y tareas domésticas que reducen notablemente su posibilidad de dedicación al área profesional. Deberá, pues, prestarse especial atención a la configuración de los referidos complementos, así como al conjunto de la estructura salarial en que se hallan inmersos: es recomendable que alcancen un peso razonable[163], asimismo compensado por la presencia de otros complementos más neutros desde una perspectiva de género[164] (es el caso de complementos de dirección o de responsabilidad[165]).

Asimismo, iguales o incluso más severas consideraciones merecen los complementos cuyo objeto es recompensar y por consiguiente impulsar la disponibilidad horaria de los trabajadores[166] o, de modo particular, el trabajo en días no laborables[167], o incluso –sin referencia expresa a

[163] Excesivo parece, en dicho sentido, el complemento por turnicidad contemplado por el II Convenio Colectivo de Repsol YPF, S.A. (B.O.E. de 06.03.07), cuyo artículo 15.6 dispone que "el personal que preste sus servicios en jornada de trabajo a turno rotativo de mañana, tarde y noche, percibirá un complemento por este concepto, consistente en una cantidad fija mensual (doce pagas anuales), de 321,81 euros brutos/mes (…)".

[164] CABEZA PEREIRO, J. y JUSTO SUÁREZ, C., *Salarios*, en AA.VV., *Estudo sobre a situación sociolaboral da muller en Galicia…, op. cit.*, p. 92.

[165] *Vid.* complemento de responsabilidad *ex* artículo 28 del II Convenio Colectivo de gestión y mediación inmobiliaria (B.O.E. de 13.01.07).

[166] *Vid.* artículo 15.8 del II Convenio Colectivo de Repsol YPF, S.A. (B.O.E. de 06.03.07), a cuyo tenor "los trabajadores que por necesidades del servicio definidas por la Dirección de la Empresa, deban estar localizables para incorporarse al servicio fuera de la jornada habitual de trabajo, percibirán una prima de 294,74 euros por semana en situación de Retén", así como artículo 127 –rubricado "complemento por disponibilidad localizada"- del IV Convenio Colectivo de la entidad pública empresarial Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea (B.O.E. de 18.04.06).

[167] Un ejemplo ilustrativo de este género de complementos es el "plus festivos" reconocidos en el II Convenio Colectivo de gestión y mediación inmobiliaria (B.O.E. de 13.01.07), cuyo artículo 27 señala que "por cada hora que el personal del Grupo II trabaje en domingo o festivo intersemanal, además del salario ordinario, con independencia de la compensación en tiempo de descanso que pueda corresponderle, el trabajador percibirá un plus consistente en el 50 por ciento del precio hora ordinaria, para cuyo cálculo se tendrán en cuenta el Salario Base, el Plus de Vinculación y el Plus de Polivalencia que perciba el trabajador".

jornadas- la mayor cantidad de labor desempeñada –es el caso de primas, incentivos, destajos-. Pues, sin duda, se trata de percepciones salariales que, paradójicamente, priman a quienes carecen o se desentienden de responsabilidades familiares y personales –los trabajadores-, en perjuicio de quienes, por el contrario, asumen, en muchas ocasiones en solitario, tales obligaciones –las trabajadoras-. Por otro lado, además del impacto adverso de tal género de complementos en el colectivo de mujeres, es de reseñar su contribución a la perpetuación de roles sociales.

También en relación con la retribución mediante complementos salariales de la variante "tiempo de trabajo", ha de aludirse al complemento de nocturnidad. Éste, como se recordará, goza de especial amparo legal: pues, el artículo 36.2 del ET dispone que "el trabajo nocturno tendrá una retribución específica que se determinará en la negociación colectiva"; retribución específica que, a su vez, se materializa en numerosas ocasiones en el abono de un complemento salarial cuyo importe sin embargo no es objeto de precisión legal. Al respecto, ha de apelarse nuevamente a la moderación: en efecto, como ya se ha indicado respecto de otros complementos, también el de nocturnidad, nuevamente mayoritariamente otorgado a hombres, si es excesivo, puede provocar una discriminación sexista indirecta. Al respecto y sin entrar en valoraciones, procede señalar que la práctica negocial en la materia es variada, pues, en el muestro de convenios colectivos empleado se observan pluses de nocturnidad de diversa entidad: así, "del 20% del salario base" en el caso del III Convenio Colectivo General Estatal del Corcho (B.O.E. de 09.01.07), "de un 25 por 100 sobre el salario base" según el VIII Convenio Colectivo nacional de centros de enseñanza privada de régimen general o enseñanza reglada sin ningún nivel concertado o subvencionado (B.O.E. de

26.04.06)[168] o "del 28 por ciento sobre el salario pactado más la antigüedad" en el caso del Convenio Colectivo general de trabajo para la industria textil y de la confección (B.O.E. de 04.01.07)[169].

Las primas o pluses de asistencia o presencia conforman otro complemento por trabajo realizado –también estrechamente vinculado al factor "tiempo de trabajo"- cuya configuración negocial ha de cuidarse con sumo rigor. Desde una perspectiva de género y con el objeto de salvaguardar la neutralidad de la cláusula, parece imprescindible que ésta comprenda una enumeración exhaustiva de aquellas "ausencias", vinculadas al particular estatus social de la mujer o a sus necesidades biológicas, no susceptibles de redundar en penalizaciones. A tal efecto, lo dispuesto por el artículo 52.d) del ET puede resultar ilustrativo: éste, como se recordará, dispone que "no se computarán como faltas de asistencia (…) las ausencias debidas a (…) maternidad, riesgo durante el embarazo, enfermedades causadas por el embarazo, parto o lactancia (…) ni las motivadas por la situación física o psicológica derivada de violencia de género (…)". Tal lista, evidentemente, no puede considerarse cerrada: faltarían, cuando menos, el riesgo durante la lactancia natural, la paternidad –no convendría penalizar a los todavía escasos trabajadores que opten por tal mecanismo de corresponsabilidad familiar-, pero también otros procesos

[168] Por tal incremento del 25 por 100 optan, asimismo, el Convenio Colectivo estatal para la industria fotográfica 2005-2009 (B.O.E. de 06.06.06), el Convenio Colectivo estatal de empresas de reparto sin direccionar (B.O.E. de 17.07.07), el Convenio Colectivo estatal para las industrias de hormas, tacones, cuñas, pisos y cambrillones de madera y corcho (B.O.E. de 01.12.07), el Convenio Colectivo de ámbito estatal para las industrias del curtido, correas y cueros industriales y curtición de pieles para peletería (B.O.E. de 30.11.07), así como, en un ámbito inferior, el Convenio Colectivo del sector de industrias de tintorería y limpieza de ropa, lavandería y autoservicios, obradores de planchado a mano y máquina, establecimientos de recepción y entrega al público de Málaga (B.O.P. 7.11.07). Ya en el ámbito de los convenios colectivos de ámbito empresarial, también el Convenio Colectivo del Grupo Champion (B.O.E. de 09.06.06) opta por el citado incremento del 25 por 100 sobre el valor de la hora ordinaria.

[169] En otros casos se disponen incrementos de la retribución-hora diurna: así, el artículo 64 del V Convenio colectivo de empresas de enseñanza privada sostenidas total o parcialmente con fondos públicos, dispone que "las horas trabajadas en el período comprendido entre las 22 horas y las 6 horas, tendrán la consideración de trabajo nocturno, y se incrementarán a efectos de retribución en un 25% sobre el salario. Esto no será de aplicación cuando el salario se haya establecido atendiendo a que el trabajo sea nocturno por su propia naturaleza".

de incapacidad temporal, aún de corta duración, vinculados a patologías exclusivamente femeninas, así como ausencias justificadas en la atención de responsabilidades familiares. La enumeración de faltas de asistencia no computadas a efectos de generación del correspondiente complemento parece en todo caso la opción más garantista para las trabajadoras.

Finalmente, ha de aludirse a los complementos vinculados al desempeño de un concreto puesto de trabajo –particularmente de mando o jefatura-: puede citarse, a título ejemplificativo, el "plus de responsabilidad" reconocido a "los trabajadores adscritos a las categorías de encargados y subencargados, así como [a] todos aquellos empleados que realicen funciones correspondientes a los denominados 'equipos gerentes'", *ex* artículo 39 del VI Convenio Colectivo estatal de elaboradores de productos cocinados para su venta a domicilio (B.O.E. de 17.01.07), así como el "complemento de puesto de trabajo de Dirección o Estructura" contemplado –artículo 123- en el IV Convenio Colectivo de la entidad pública empresarial aeropuertos españoles y navegación aérea". Si bien pueden, a *priori*, considerarse neutros, no cabe excluir en todo caso un eventual impacto adverso: ello dependerá, entre otros extremos, de la proporción de trabajadores y trabajadoras que ocupen el puesto de que se trate. Si el desglose por sexos pone de manifiesto una situación de masculinización en los puestos premiados y, por el contrario, una feminización en los niveles inferiores, el complemento tal vez encierre una discriminación indirecta, particularmente si el sistema de promoción profesional o ascensos resulta poco transparente –libre designación de la empresa o valoración subjetiva de criterios- o se funda en la consideración de factores más frecuentes en hombres que en mujeres.

c) Complementos de situación y resultados de la empresa.

Los complementos de situación y resultados de la empresa no parecen generar un especial impacto en las trabajadoras, por lo que puede destacarse su carácter en principio neutro[170]. Con todo, una práctica aconsejable para asegurar tal neutralidad consiste en el reconocimiento de la posibilidad de devengo de tales complementos –precisamente en función de la situación y resultados de la empresa- a toda la plantilla, pues su otorgamiento tan sólo a determinadas categorías o niveles podría albergar una práctica discriminatoria.

V. GRATIFICACIONES EXTRAORDINARIAS.

El artículo 31 del ET dispone que "el trabajador tiene derecho a dos gratificaciones al año, una de ellas con ocasión de las fiestas de Navidad y la otra en el mes que se fije por convenio colectivo o por acuerdo entre el empresario y los representantes legales de los trabajadores". Asimismo, prosigue el precepto, "se fijará por convenio colectivo la cuantía de tales gratificaciones". Por consiguiente, habida cuenta la llamada del legislador a la regulación convencional, conforma ésta una materia objeto de un tratamiento minucioso en los convenios colectivos, también en los aquí analizados. Un estudio de tal regulación convencional desde una perspectiva de género obliga a prestar especial atención a los elementos retributivos conformadores del importe de la paga extra. En efecto, si, como es habitual, integran ésta el salario base y uno o varios complementos salariales[171], un eventual impacto adverso de tales conceptos se extenderá

[170] Tal categoría de complemento se halla contemplada, por ejemplo, en el XV Convenio Colectivo de la Industria Química (B.O.E. de 29.08.07), cuyo artículo 35 regula las "retribuciones variables en función de objetivos y resultados".

[171] Tal es el caso, entre otros, del II Convenio Colectivo Estatal para las empresas de gestión y mediación inmobiliaria (B.O.E. de 13.01.07).

asimismo sobre las pagas extraordinarias, más aún cuando éstas, en virtud de mejora convencional, sean más de dos[172].

La cuantía de la paga extraordinaria se halla asimismo condicionada al tiempo trabajado en el correspondiente período de devengo –habitualmente anual o, en algunos convenios, semestral-. Una medida de acción positiva particularmente deseable consiste en la expresa consideración de determinados períodos de suspensión –en especial los relacionados con la condición social y biológica de la trabajadora (maternidad, riesgos durante el embarazo y la lactancia natural, así como incapacidades temporales derivadas de patologías vinculadas a la maternidad, embarazo, lactancia o peculiaridades físicas de la mujer)- como efectivamente trabajados a efectos de generación de las pagas extraordinarias. No se desconoce la integración de la parte proporcional de referidas pagas extras en la base reguladora de las prestaciones correspondientes, por maternidad, riesgos durante el embarazo y la lactancia natural y también por incapacidad temporal. Con todo, el cómputo de los citados períodos y el consiguiente devengo de las pagas extraordinarias en su totalidad se consideran positivos en términos de género, al actuar a modo de prestación familiar convencional y al compensar siquiera parcialmente las pérdidas económicas vinculadas al embarazo –particularmente en el caso de incapacidades temporales en que las prestaciones otorgadas no alcanzan el 100 por 100 de la base reguladora-. Los convenios colectivos analizados, sin embargo, no recogen medidas como la propuesta.

VI. HORAS EXTRAORDINARIAS.

[172] Así, el artículo 20 del Convenio Colectivo de ámbito nacional de distribuidores cinematográficos y sus trabajadores (B.O.E. de 28.03.06) señala que “el trabajador tiene derecho a cuatro pagas extraordinarias (marzo, julio, octubre y diciembre). La cuantía de las mismas estará compuesta por 30 días de salario base más antigüedad”.

Las horas extraordinarias, como es evidente, generan importantes dificultades de conciliación de la vida familiar y laboral; dificultades, por lo demás, particularmente acuciantes en el caso de las trabajadoras, sobre las que, aún hoy, recaen preponderantemente las responsabilidades familiares. Con todo, si bien las propias horas extraordinarias y su entera regulación revisten, desde una perspectiva de género, un especial interés, procede, en el marco del presente capítulo, examinar un aspecto concreto del tratamiento convencional: el sistema de retribución arbitrado y sus repercusiones desde una perspectiva de género. A tal efecto, conviene recordar lo dispuesto en la materia por el artículo 35.1 del ET: "mediante convenio colectivo o, en su defecto, contrato individual, se optará entre abonar las horas extraordinarias en la cuantía que se fije, que en ningún caso podrá ser inferior al valor de la hora ordinaria, o compensarlas por tiempos equivalentes de descanso retribuido". La propia alternativa legal –percepción económica *versus* descanso retribuido- ostenta repercusiones de género: si bien decantarse, *a priori*, por una u otra opción no resulta sencillo, el descanso parece conformar una solución menos lesiva o más neutra. Con todo, ha de puntualizarse, que ésta última tampoco constituye, ni mucho menos, una alternativa inocua. Lo deseable sería que el convenio colectivo desincentivase efectivamente la realización de horas extraordinarias.

De optarse por la compensación económica de la hora extraordinaria, habrá de valorarse su importe en relación con la hora ordinaria y con la estructura salarial en su conjunto. Puesto que la premisa de partida es que los trabajadores presentan mayor disponibilidad que las trabajadoras para la realización de horas extraordinarias –habida cuenta la perpetuación de roles sociales-, un precio-hora excesivo redundaría, en cómputo global, en un mayor salario para los varones. Se ha señalado, en dicho sentido, que son

adecuados los convenios colectivos que retribuyen las horas extraordinarias hasta un 75 por 100 más que las horas ordinarias: tal posición es fruto de una interpretación histórica, pues ha de recodarse que la Ley del ET de 1980 indicaba que el valor de la hora extra debía de incrementarse como mínimo en un 75 por 100 respecto del fijado para la hora ordinaria[173].

VII. CONCEPTOS EXTRASALARIALES: ESPECIAL REFERENCIA A LOS BENEFICIOS SOCIALES.

Aún siendo el salario objeto de la obligación empresarial básica, no todo lo percibido por el trabajador en el marco del contrato de trabajo ostenta dicha naturaleza. Conforman el "paquete económico" o "compensación total" del trabajador, junto a las percepciones salariales, las llamadas percepciones extrasalariales[174]: mientras las primeras se encuentran unidas a la prestación de trabajo por una relación de causalidad en la que encuentran la causa de su devengo, las segundas, en cambio, sólo hallan en el contrato de trabajo la ocasión de su generación. Esto es, mientras es salario todo aquel concepto económico entregado en virtud del

[173] Conforme al artículo 35.1 de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, en efecto, "cada hora de trabajo que se realice sobre la duración máxima de la semana ordinaria de trabajo (…) se abonará con el incremento que se fije en convenio colectivo o contrato individual. En ningún caso el incremento será inferior al 75 por ciento sobre el salario que correspondería a cada hora ordinaria". De hecho, tal incremento del 75 por 100 es aún frecuente: *vid.* Convenio Colectivo general de trabajo para la industria textil y de la confección (B.O.E. de 04.01.07), cuyo artículo 74 dispone que "las horas extraordinarias serán abonadas con un recargo del 75 por 100, salvo pacto en contrario"; XX Convenio Colectivo nacional de autoescuelas (B.O.E. de 24.02.06), cuyo artículo 6 dispone que "cada hora extraordinaria se abonará con el 75 por 100 de recargo"; así como, Convenio Colectivo de ámbito nacional de distribuidores cinematográficos y sus trabajadores (B.O.E. de 28.03.06). Excesivo parece, en cambio, el abono al 175% del valor hora ordinaria previsto en el I Convenio Colectivo marco estatal de acción e intervención social (B.O.E. 19.06.07). Ya en el ámbito de convenios colectivos empresariales, puede citarse el II Convenio Colectivo de Repsol YPF, S. A. (B.O.E. 06.03.07), cuyo artículo 15.10 también prevé que las horas extraordinarias se abonen, de no ser posible su compensación mediante descansos, aplicando un incremento del 75 por 100 al valor hora.

[174] Sobre las percepciones extrasalariales, *vid.* MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A., *Las percepciones extrasalariales, (Estudio del régimen laboral, fiscal y de Seguridad Social aplicada)*, McGraw-Hill (Madrid, 1999).

trabajo desempeñado[175], las percepciones extrasalariales son aquellas abonadas en virtud de un ánimo distinto al remuneratorio, ya sea indemnizatorio, asistencial o de mera liberalidad. Así, según dispone el artículo 26.2 del ET, "no tendrán la consideración de salario las cantidades percibidas por el trabajador en concepto de indemnizaciones o suplidos por los gastos realizados como consecuencia de su actividad laboral, las prestaciones e indemnizaciones de la Seguridad Social y las indemnizaciones correspondientes a traslados, suspensiones o despidos". La enumeración legal reproducida, sin embargo, no es taxativa: percepciones extrasalariales son todas las entregadas en el marco de la relación laboral que carezcan de naturaleza salarial, por lo que también son tales las liberalidades empresariales (cestas de Navidad, aguinaldos…) o las prestaciones sociales o asistenciales (economatos[176], comedores de empresa[177], guarderías laborales, servicios de ocio y cultura, becas[178]…). Bajo la expresión "concepto extrasalariales" se albergan, pues, multitud de conceptos susceptibles de generar un impacto especial en términos de género[179].

---

[175] En palabras de ALONSO OLEA, M., "lo definitorio del salario es el título en cuya virtud se da", *Lecciones sobre el contrato de trabajo*, Universidad de Madrid, (Madrid, 1968), p. 146.

[176] Así, en el Capítulo rubricado "Régimen asistencial", el XV Convenio Colectivo de la industria química (B.O.E. de 29.08.07) establece que "las empresas (…) que ocupen más de 500 trabajadores en una misma localidad vendrán obligadas a mantener un economato laboral" (artículo 68).

[177] *Vid.*, nuevamente, XV Convenio Colectivo de la industria química (B.O.E. de 29.08.07), artículo 69.

[178] Debe destacarse, a tal efecto, la previsión contenida en el artículo 44 –titulado "becas"- del VI Convenio Colectivo de colegios mayores universitarios (B.O.E. de 24.10.07), según el cual "los trabajadores con tres años de antigüedad en la empresa que presten servicios con una jornada que supere la mitad de la jornada ordinaria en un Colegio Mayor tendrán derecho a plaza gratuita para sí o para sus hijos en los cursos ordinarios de la Universidad Pública a la que esté adscrita el Colegio Mayor (…). Para la obtención de la beca tiene preferencia el trabajador de mayor antigüedad, el que preste servicios a jornada completa sobre el que superando la mitad de la jornada esté contratado a tiempo parcial (…)". Como es de entender, tales prioridades –del trabajador más antiguo y a tiempo completo- son susceptibles de redundar en una discriminación indirecta de las trabajadoras.

[179] Como es de entender, son los convenios colectivos empresariales los que, en mayor medida, dan muestra de la variedad de percepciones extrasalariales existentes: al respecto, *vid.* II Convenio Colectivo de Repsol YPF, S. A., B.O.E. de 06.03.07, (cuyo título VI –rubricado "Beneficios sociales"- acoge un plan de pensiones, complementos por IT, vales de comida, préstamos personales, subvenciones de

Así, respecto de los pluses de distancia o transporte, gastos de locomoción, dietas, quebrantos de moneda[180], desgaste de útiles y herramientas, etc., habrá de analizarse su eventual masculinización y examinar si efectivamente cumplen con el cometido inherente a su naturaleza –la compensación de un gasto previo en que haya incurrido el trabajador con ocasión de la prestación de servicios- o se exceden del citado fin y, al tiempo, –por resultar desmesurados respecto del gasto previo- suponen un remuneración encubierta del trabajador.

Particularmente aconsejable resultan aquellas percepciones extrasalariales, en dinero o en especie, destinadas a facilitar la conciliación de la vida familiar y laboral. El análisis de los convenios colectivos seleccionados arroja, sin embargo, conclusiones poco alentadoras: por un lado, son aún escasos los textos convencionales que integran percepciones de dicho género y, por otro lado, no pocos de aquéllos que sí los acogen ofrecen regulaciones cuando menos inapropiadas. En dicho sentido, resulta poco comprensible el tratamiento de la denominada "Ayuda a guardería", contenida en el artículo 30 del II Convenio Colectivo de gestión y mediación inmobiliaria (B.O.E. de 13.01.07). Según dicho precepto, son requisitos para acceder al cobro de dicha ayuda: "a) Una antigüedad en la empresa de al menos seis meses" –con el consiguiente impacto adverso en los trabajadores temporales y consecuentemente en las trabajadoras-; "Que la contratación del trabajador/a sea a tiempo completo o a tiempo parcial igual o superior al 80 por ciento de la jornada ordinaria de trabajo en la empresa" –de modo que resultan excluidos numerosos trabajadores a tiempo parcial, categoría nuevamente constituida mayoritariamente por

---

intereses para adquisición de primera vivienda, subvenciones a la Asociación cultural y deportiva de empleados de Repsol YPF y ayudas a disminuidos físicos y mentales).

[180] *Vid.* artículo 31 del III Convenio Colectivo estatal de las administraciones de lotería (B.O.E. de 19.07.06).

mujeres-; “c) No haberse acogido a una reducción de jornada por guarda de un hijo menor superior a 1/8 de su jornada” –requisito que evidencia la voluntad de excluir del derecho a la ayuda de guardería a quienes ya disfrutan de una reducción de jornada por guarda legal de un menor[181]-. Una puntualización suplementaria evidencia aún más claramente la escasa sensibilidad de los redactores de la cláusula comentada: según ésta, en caso de que el trabajador/a tenga una jornada parcial (…) percibirá la ayuda a proporción”. Tal particularidad de aplicación a los trabajadores a tiempo parcial, nuevamente, es susceptible de redundar en una discriminación indirecta de las trabajadoras: éstas no sólo tienen más dificultades de acceso a la ayuda –debido a la exigencia de una jornada mínima-, además, el importe de la percepción extrasalarial es objeto de reducción proporcional.

En relación con lo apuntado, debe reiterarse, ya con carácter general, que deben examinarse con especial atención las regulaciones convencionales que reconozcan percepciones extrasalariales en proporción a la jornada desempeñada por los trabajadores a tiempo parcial, colectivo, como ya se ha señalado, mayoritariamente integrado por mujeres. Pues, si bien tal otorgamiento proporcional puede, en ocasiones, hallar justificación –por ejemplo, respecto del quebranto de moneda o en relación con un plus de transporte cuando el trabajador a tiempo parcial efectúe menos desplazamientos al concentrar su jornada determinados días de la semana- en otros, en cambio, el diverso tratamiento puede albergar discriminaciones indirectas.

[181] Procede recordar que, tras la reforma del citado artículo 37.5 del ET por LOIEMH, éste dispone: “quien por razón de guarda legal tenga a su cuidado directo algún menor de ocho años o una persona con discapacidad física, psíquica o sensorial, que no desempeñe una actividad retribuida, tendrá derecho a una reducción de la jornada de trabajo, con la disminución proporcional del salario entre, al menos, un octavo y un máximo de la mitad de la duración de aquélla”. Por consiguiente, siempre que un trabajador se halle disfrutando de una reducción de jornada por guarda legal de un menor, el acceso a la ayuda de guardería le será vedado. Solución asimismo de aplicación con anterioridad a la reforma del 2007, pues, en la versión anterior a ésta, el artículo 37.5 aludía a una reducción de la jornada de trabajo de “entre, al menos, un tercio y un máximo de la mitad de la duración de aquélla”.

En el apartado de mejoras de Seguridad Social, resulta hoy innecesario el complemento de los subsidios por riesgo durante el embarazo o por riesgo durante la lactancia natural, pues ambos –tras la reforma operada por LOIEMH- tienen ya la naturaleza de prestaciones derivadas de contingencia profesional (artículos 134 y 135 ter de la LGSS) consistentes en el 100 por 100 de la base reguladora (artículos 135 y 135 ter de la LGSS). Con todo, no está de más reseñar que la mayoría de los convenios colectivos analizados –aún siendo anteriores a la citada reforma- no otorgan complemento alguno al subsidio por riesgo durante el embarazo –único previo a la LOIEMH- entonces sólo del 75 por 100 de la base reguladora[182]. Debe denunciarse, asimismo, la confusión reinante en cuanto a complementos de la prestación por maternidad, a menudo contemplados por la negociación colectiva, a pesar de que aquélla es ya del 100 por 100 de la base reguladora[183]. En todo caso, superadas ya tales deficiencias convencionales por obra de las recientes reformas legales en la materia, permanecen otras no menos relevantes. Convendría, en dicho sentido, que los convenios colectivos deparasen un tratamiento especial a las incapacidades temporales por contingencias comunes vinculadas a patologías conectadas con el embarazo, la maternidad o los propios

---

[182] Sí recogía dicho complemento el III Convenio Colectivo General Estatal del Corcho (B.O.E. de 09.01.07), con todo con una redacción cuando menos desafortunada: "la empresa complementará desde el primer día el salario del trabajador en situación de incapacidad temporal, hasta el 100% del mismo, en los siguientes supuestos: (…) c) Cuando la incapacidad temporal sea declarada en situación de riesgo durante el embarazo".

[183] Muestra de tal confusión es el artículo 55 del XII Convenio Colectivo estatal para los centros de educación universitaria e investigación que, bajo la rúbrica "incapacidad temporal", señala lo siguiente: "en los supuestos de incapacidad temporal y de suspensión del contrato por maternidad y durante los tres primeros meses, se abonará al trabajador el complemento necesario para alcanzar el 100% de la retribución mensual ordinaria que le correspondería de haber podido desarrollar sus actividades laborales. En caso de continuar la incapacidad se abonará un mes más si tiene un trienio de antigüedad. Cuando en un mismo curso académico un trabajador se encuentre de incapacidad temporal y baja por maternidad, o esta última sea continuidad de la anterior, el complemento establecido en el párrafo anterior será abonado por uno de los dos supuestos anteriores". También en dicho sentido, *vid.* VIII Convenio Colectivo nacional de centros de enseñanza privada de régimen general o enseñanza reglada sin ningún nivel concertado o subvencionado (B.O.E. de 26.04.06).

condicionamientos biológicos de la mujer o, cuando menos, no incurriesen en discriminaciones indirectas al regular el frecuente complemento a la prestación por incapacidad temporal. Tal recomendación obedece a la detección de convenios colectivos que supeditan el citado complemento a previos períodos de antigüedad, con el consiguiente impacto adverso en las trabajadoras típicamente sujetas a relaciones laborales de más corta duración: el artículo 47 del VIII Convenio Colectivo nacional de centros de enseñanza privada de régimen general o enseñanza reglada sin ningún nivel concertado o subvencionado (B.O.E. de 26.04.06) dispone que así que "en los supuestos de incapacidad temporal, y durante los tres primeros meses, se abonará al trabajador el complemento necesario para alcanzar el 100 por 100 de su base reguladora. En caso de declaración de IT por accidente de trabajo, se continuará abonando al trabajador afectado el mencionado complemento un mes más por cada tres años de antigüedad en la empresa".

Finalmente, también los planes de pensiones han de analizarse desde una perspectiva de género. A tal efecto, es de reseñar, en primer término, el frecuente señalamiento de un período de antigüedad como condición previa para el acceso a la condición de partícipe, regla a *priori* razonable siempre y cuando el tiempo de prestación de servicios exigido lo sea asimismo: en dicho sentido, cabe citar el artículo 16.1 del II Convenio Colectivo de Repsol YPF, S. A. (B.O.E. de 06.03.07), a cuyo tenor "se fija en seis meses la antigüedad efectiva o reconocida necesaria para acceder a la condición de partícipe en el Plan de Pensiones de Repsol YPF, S. A."[184].

VIII. CONCLUSIONES.

[184] Por su parte, a tenor del artículo 150 del IV Convenio Colectivo de la entidad pública empresarial Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea (B.O.E. de 18.04.06), "todo trabajador que acredite un mínimo de 360 días naturales de servicio reconocido en Aena podrá convertirse en partícipe del Plan de Pensiones de los Empleados de Aena".

Las discriminaciones retributivas conforman una manifestación especialmente flagrante de la preterición colectiva de las mujeres en el mercado laboral. Frente a ellas, el ordenamiento jurídico arbitró el principio de igual retribución por trabajo de igual valor, asimismo acogido por la negociación colectiva. Ésta, tradicional instrumento de generación y perpetuación de las prácticas discriminatorias en materia salarial, constituye hoy un cauce privilegiado para su erradicación. Con todo, este segundo y deseado papel no ha sido del todo asumido por los negociadores. Pues, si bien son numerosos los textos convencionales que acogen el citado principio, lo cierto es que tal integración queda, en el mejor de los casos, reducida a una reproducción literal –y, por consiguiente, sólo formal- del axioma de igual retribución por trabajo de igual valor. En contraste con tal regla, los convenios colectivos perpetúan en ocasiones clasificaciones profesionales de dudosa lógica –operando una transformación de discriminaciones directas abiertas en discriminaciones directas ocultas- y optan, prácticamente en su totalidad, por estructuras salariales "clásicas", que, si bien no han sido consideradas indirectamente discriminatorias al estimarse la concurrencia de una justificación legítima, premian cualidades de hecho fundamentalmente masculinas –antigüedad, desempeño de actividades penosas, tóxicas, peligrosas, especial dedicación- y obvian, por el contrario, las peculiaridades del trabajo femenino –elevado grado de rotación en el empleo, contratación a tiempo parcial, etc.-. Si bien es legítimo recompensar la experiencia adquirida –Asunto "Cadman"-, la especial dificultad que entraña la realización de determinadas actividades o la disponibilidad horaria en el empleo, los complementos salariales resultantes deben guardar la debida proporcionalidad –evitando, en particular, una sobrevaloración del factor "antigüedad"-, responder efectivamente a la concurrencia de peculiares condiciones de trabajo –rehuyendo la transformación de complementos salariales en meros cauces

de incremento del salario base- y no premiar la desatención de responsabilidades familiares con la consiguiente perpetuación de roles sociales.

BIBLIOGRAFÍA: AA.VV.: - *La discriminación por razón de sexo en la negociación colectiva* (Coord.: PÉREZ DEL RÍO, T.), MTAS (Madrid, 1999). - *El espacio social europeo,* Lex Nova (Valladolid, 1991). - *Estudo sobre a situación sociolaboral da muller en Galicia,* CGRL (Santiago de Compostela, 2005). ALONSO OLEA, M., *Lecciones sobre el contrato de trabajo,* Universidad de Madrid, (Madrid, 1968). CABEZA PEREIRO, J. y JUSTO SUÁREZ, C., *Salarios*, en AA.VV., *Estudo sobre a situación sociolaboral da muller en Galicia,* CGRL (Santiago de Compostela, 2005). *Guía de buenas prácticas para garantizar la igualdad retributiva*, MTAS, Instituto de la Mujer (Madrid, 2001). LOUSADA AROCHENA, J. F., *Principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres: la aplicación judicial por la jurisdicción ordinaria del,* AL, 2004, Tomo 1. MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A., *Las percepciones extrasalariales, (Estudio del régimen laboral, fiscal y de Seguridad Social aplicada),* McGraw-Hill (Madrid, 1999). SALA FRANCO, T., *Igualdad de trato. Despidos colectivos,* en AA.VV., *El espacio social europeo,* Lex Nova (Valladolid, 1991). SALDAÑA VALDERAS, E., *Discriminación salarial*, en AA.VV. (Coord.: PÉREZ DEL RÍO, T.), *La discriminación por razón de sexo en la negociación colectiva*, MTAS (Madrid, 1999). QUINTANILLA NAVARRO, B., *Discriminación retributiva. Diferencias salariales por razón de sexo,* Marcial Pons, (Madrid, 1996).

CÁPITULO SEXTO

LOS DERECHOS DE CONCILIACIÓN DE LA VIDA PERSONAL, FAMILIAR Y LABORAL DE LAS PERSONAS TRABAJADORAS

SUMARIO: I. EL TIEMPO DE TRABAJO: CONSIDERACIÓN GENERAL. II. JORNADA REGULAR E IRREGULAR. III. CUESTIONES CONCRETAS: A) Jornada continuada y partida. B) Calendario y cuadros horarios. C) Turnicidad. D) Tiempo de presencia. E) Localización y disponibilidad. **IV. JORNADA FLEXIBLE Y CONCILIACIÓN DE LA VIDA PERSONAL, FAMILIAR Y LABORAL. V. DESCANSO SEMANAL Y FESTIVOS. VI. VACACIONES. VII. HORAS EXTRAORDINARIAS. VIII. ORGANIZACIÓN DEL TRABAJO. IX. PERMISOS Y LICENCIAS. X. LACTANCIA. XI. REDUCCIÓN DE JORNADA. XII. EXCEDENCIAS** A) Voluntaria. B) Por cuidado de hijos/as o familiares. C) Otras. **XIII. SUSPENSIÓN POR PATERNIDAD. XIV. SUSPENSIÓN POR ADOPCIÓN Y ACOGIMIENTO. XV PAUTAS DE LOS PLANES DE IGUALDAD. XVI. CONCLUSIÓN.**

I. EL TIEMPO DE TRABAJO: CONSIDERACIÓN GENERAL.

Debe de tenerse en cuenta que el tiempo de trabajo constituye, sin lugar a dudas, la condición más importante de todas las de la relación entre empresario y trabajador cuando se analiza la conciliación de la vida familiar y laboral. Es, sin duda, la más importante para que las personas puedan organizar su trabajo y hacerlo compatible con su vida extra-laboral. Y así lo reconoce ahora expresamente el art. 34.8 del ET. Ello no obstante, ha de reconocerse que las cláusulas de los convenios deben dirigirse sobre todo a establecer reglas que faciliten esta compatibilidad y la hagan más llevadera. Pero tal vez sea más difícil la tarea de introducir reglas de corresponsabilización de los varones, difíciles de imaginar y de articular en este ámbito. Por ello, resulta especialmente importante que se incida en que resulta harto necesario introducir reglas de conciliación en sectores con una

fuerte presencia masculina y una más débil incorporación de la mujer. Con lo cual probablemente se consiga el doble objetivo de corresponsabilizar a los hombres y al mismo tiempo incorporar a más trabajadoras. Pero, como comentario general, es evidente que en estos ámbitos con escasa incorporación de la mujer la atención a la materia resulta muy escasa, apenas perceptible.

II. JORNADA REGULAR E IRREGULAR.

En la dicotomía entre jornadas regulares e irregulares, hay convenios colectivos que mantienen ambas alternativas, y que definen la jornada regular como aquella que implica ocho horas de trabajo efectivo de lunes a viernes[185].

Cuando no se contempla directamente la jornada irregular, se prevé expresamente en algunas cláusulas que la jornada puede llegar hasta las nueve horas diarias, de acuerdo con el calendario laboral[186], o que en ningún caso se podrán realizar más de nueve horas ordinarias diarias de trabajo efectivo[187].

---

[185] Art. 38 CC estatal del sector del corcho. Que añade: "simultáneamente se considerará jornada regular o uniforme la resultante de la división de la jornada anual pactada…entre lo días laborables correspondientes a cada uno de los años de vigencia del presente convenio". También semana de lunes a viernes, "con carácter general", en el art. 26 CC para el sector de conservas, semiconservas, ahumados, cocidos, secados, elaborados, salazones, aceite y harina de pescados y mariscos, en el art. 21 CC nacional de colegios mayores universitarios privados, en el art. 7 XX CC de autoescuelas, en el art. 23 CC del cava y vinos espumosos de Cataluña, en el art. 26 XIII CC de la ONCE y su personal y art. 13 II CC de Repsol YPF, s.a., en este caso para el personal de jornada ordinaria. Igualmente, con alguna excepción, en el art. 35 IV CC marco estatal de servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal.

[186] Art. 64 IV CC general del sector de la construcción. El mismo número de horas en el art. 26 II CC estatal de instalaciones deportivas y gimnasios y en el Anexo II del Acta de la Comisión paritaria del convenio colectivo de ámbito nacional para las industrias cárnicas de 16 febrero 2006. También, art. 36 CC general de trabajo de la industria textil y de la confección, art. 9.1 CC para la industria fotográfica, art. 13 CC del sector de hostelería de Cantabria y art. 13 CC del campo para la provincia de Cádiz.

[187] Art. 20 XV CC estatal de empresas consultoras de planificación, organización de empresas y contable y art. 26 CC para el sector de conservas, semiconservas, ahumados, cocidos, secados, elaborados, salazones, aceite y harina de pescados y mariscos.

Por lo que respecta a la distribución de la jornada en tracto semanal, no es infrecuente que se contemple de modo expreso su realización de lunes a viernes[188]. Y, en cómputo diario, se detectan algunos preceptos que, en atención a la modalidad de contrato y de jornada que se realice, establecen horas máximas de salida del trabajo u horquillas de entrada y salida, que debe concretar la empresa[189].

Es obvio que cada vez más personas están cubiertas por convenios que establecen jornadas irregulares, como puede comprobarse en las sucesivas memorias anuales del CES. Con todo, dentro de esta irregularización se introducen ciertas limitaciones, como pueden ser:

- El establecimiento de una horquilla de jornada máxima y mínima diaria, vg., de entre seis y nueve horas, salvo supuestos excepcionales[190]. O de entre siete y nueve horas diarias o entre 35 y 45 horas semanales[191]. O bien de entre seis y diez, o entre 30 y 50 horas a la semana[192], o entre 32 y 46 horas semanales[193]. Como variante de esta posibilidad, también se concibe la de que las empresas aumenten o reduzcan la jornada en más o menos dos horas al día, a lo largo de un número máximo de días al año, mediando cierto preaviso[194]. O en más o menos una hora[195]. O que no se

[188] Entre otros, art. 9 CC de distribuidores cinematográficos y art. 32 CC de las Ikastolas del País Vasco.

[189] Vg., art. 35 IV CC marco estatal de servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal y art. 16 CC de la Comunidad Autónoma de Galicia para el sector de peluquerías de señoras, caballeros, unisex y belleza. Unas horas establecidas con carácter orientativo, en el art. 21 CC para el sector de grúas móviles autopropulsadas de Asturias.

[190] Art. 50 CC estatal para las empresas y trabajadores de transporte de enfermos y accidentados en ambulancia.

[191] Art. 36 IV CC colectivo general del sector de derivados del cemento, aunque por acuerdo de empresa podrán traspasarse, y alcanzar entre 6 y 10 horas diarias y entre 30 y 50 a la semana. También, art. 47 III CC estatal de la madera, con idéntica excepción, y una habilitación extraordinaria a la empresa para incrementar la jornada ordinaria o reducirla en más / menos dos horas.

[192] Art. 38 CC estatal del sector del corcho.

[193] Art. 14 CC estatal para las industrias de hormas, tacones, cuñas, pisos y cambrillones de madera y corcho.

[194] Esta es la regla del art. 28.4º CC estatal del sector del corcho.

sobrepasen en ningún caso las diez horas diarias[196] o las cuarenta y cuatro[197], cuarenta y cinco[198], cuarenta y ocho[199] o cincuenta horas semanales[200].

- La fijación de un plazo máximo dentro del año para que las empresas puedan proceder a una distribución irregular de la jornada[201], aunque estableciéndose en algunos casos procedimientos para acordarla sobrevenidamente, acaso por una sola vez[202], con preceptivas consultas a la representación unitaria[203]. O de un número máximo de semanas al año en las que la jornada puede ser irregularizada, a salvo nuevamente de acuerdo de empresa[204]. O de días máximos de ampliación o reducción de jornada a lo largo del año[205].

- El establecimiento de períodos de referencia inferiores al anual. Por ejemplo, mensual[206], bimensual, trimestral[207], o cuatrimestral[208]. Algún

---

[195] Anexo 2 Acta de la Comisión paritaria del convenio colectivo de ámbito nacional para las industrias cárnicas de 16 febrero 2006.

[196] Art. 80 CC de ámbito estatal para las industrias del curtido, correas y cueros industriales y curtición de pieles para peletería y art. 28 III CC de las cadenas de tiendas de conveniencia.

[197] Art. 25 CC estatal para la fabricación de helados.

[198] Art. 23 CC de la industria del calzado.

[199] Art. 21 CC de ámbito estatal de gestorías administrativas

[200] Arts. 36 y 37. CC general de trabajo de la industria textil y de la confección.

[201] Hasta el 28 febrero, en el art. 36 IV CC colectivo general del sector de derivados del cemento. Hasta el 31 enero, en el art. 47 III CC estatal de la madera.

[202] Art. 47 III CC estatal de la madera.

[203] Vg., art. 38 CC estatal del sector del corcho.

[204] Art. 37 CC general de trabajo de la industria textil y de la confección, que las fija en trece semanas al año.

[205] De sesenta, en el art. 46 III CC estatal de la madera.

[206] Art. 25 I CC estatal de empresas de reparto sin direccionar.

[207] III CC general de ámbito nacional para el sector de aparcamientos y garajes. Trimestral, en el art. 35 IV CC marco estatal de servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal.

convenio lo prevé, pero sólo para el trabajo a tiempo parcial, en regla de diferenciación que debe considerarse adecuada y pertinente[209].

- La remisión a acuerdo de empresa para determinar en qué semanas la jornada debe ser inferior para compensar las de mayor tiempo de trabajo. En defecto de pacto, se encuentra la regla de que las horas de exceso se acumulan para descansar días completos[210] y, viceversa, las de defecto para trabajar asimismo en días completos. Y, salvo razón técnica, organizativa o productiva, estas compensaciones deben efectuarse en los tres meses siguientes a que se produzca la circunstancia que las causa, en todo caso antes del 31 diciembre[211], o en los cuatro meses siguientes[212], o en los dos meses siguientes[213].

- El establecimiento de la regla de la voluntariedad para realizar excesos de jornada, salvo causa legal para que sean obligatorios[214].

- La disposición de un número máximo de días al año en los que el trabajador o la trabajadora podrán prestar servicios, como de 225 días[215].

- En los casos de establecimientos abiertos al público, en la situación de que accedan a él poco antes del cierre clientes rezagados, se establecen límites de atención después de la hora, cuyo tiempo de trabajo habrá que compensar por descanso[216].

---

[208] Art. 40 II CC estatal para las empresas de gestión y mediación inmobiliaria.

[209] Art. 28 CC estatal de elaboradores de productos cocinados para su venta a domicilio.

[210] También en el art. 21 CC del Grupo Champion y art. 28 I CC del Grupo Eroski.

[211] Art. 37 CC general de trabajo de la industria textil y de la confección.

[212] Art. 14 CC estatal para las industrias de hormas, tacones, cuñas, pisos y cambrillones de madera y corcho.

[213] Art. 26 XIII CC de la ONCE y su personal.

[214] Art. 32 CC de grandes almacenes.

[215] Art. 28 III CC de las cadenas de tiendas de conveniencia.

[216] Vg., art. 16 CC de la Comunidad Autónoma de Galicia para el sector de peluquerías de señoras, caballeros, unisex y belleza.

En clave más flexibilizadora, alguna cláusula le confiere facultades al acuerdo de empresa para imputar excesos o redistribuciones de jornada más allá de los límites previstos en el propio convenio[217]. O para trascender los límites que establece la propia norma convencional[218]. O prevé períodos especiales del año en los que la empresa puede variar el horario de trabajo y prolongar la jornada, como en temporada de ventas especiales y balances[219], con reglas especiales de compensación de los excesos de jornadas.

Por lo demás, hay convenios que simplemente se limitan a remitir aspectos de la distribución de la jornada a convenios o acuerdos de ámbito inferior[220], o que remiten al acuerdo de empresa la posibilidad de pactar jornadas irregulares[221]. U otros que, aunque establecen un régimen más o menos detallado, prevén que por acuerdo de empresa pueda establecerse cualquier otro sistema de organización y distribución de la jornada, distinto del previsto en el convenio[222]. Hay casos que establecen fases de consultas obligatorias que, finalizadas en desacuerdo, activan la intervención de la comisión paritaria del convenio, de procedimientos extrajudiciales de solución de conflictos o incluso de soluciones judiciales[223].

Hay que comentar, como regla especialmente gravosa para quienes trabajen a tiempo parcial, la que permite, mediante acuerdo de empresa,

---

[217] Art. 36 IV CC colectivo general del sector de derivados del cemento.

[218] Art. 38.3º CC estatal del sector del corcho.

[219] Art. 33 CC de grandes almacenes.

[220] Art. 35 IV CC colectivo general del sector de derivados del cemento, art. 42 CC de las empresas y trabajadores de perfumería y afines y art. 26 XIII CC de la ONCE y su personal, entre otros.

[221] Art. 42 CC de las empresas y trabajadores de perfumería y afines, art. 28 CC del sector de la mediación en seguros privados, anexo 2 Acta de la Comisión paritaria del convenio colectivo de ámbito nacional para las industrias cárnicas de 16 febrero 2006, art. 59 CC general de la industria salinera, art. 25 I CC estatal de empresas de reparto sin direccionar.

[222] Art. 38 CC estatal del sector del corcho.

[223] Art. 40 II CC estatal para las empresas de gestión y mediación inmobiliaria.

que no queden afectados por el cuadro horario que con carácter general se elabora para la empresa, de tal modo que tan sólo ostentan derecho a conocer su horario de trabajo con un preaviso de diez días[224].

En una tendencia garantista, hay convenios que expresan que la introducción de jornada irregular en los centros que no la tuvieran establecida deberá tener la consideración de modificación sustancial de las condiciones de trabajo, sujeta por lo tanto a los requisitos del art. 41 ET[225]. O que deben seguirse los trámites de este precepto cuando se produzcan modificaciones de la distribución de la jornada más allá de las previstas en el propio convenio[226].

Una técnica empleada en algunos convenios colectivos es la de la bolsa de horas, consistente en el reconocimiento a la empresa de un número de horas al año que pueden prestarse al margen del calendario laboral, en función de necesidades justificadas de la empresa y previa comunicación a la persona trabajadora[227]. Las normas convencionales que la utilizan suelen contemplar algunas garantías. Algunas de sus características básicas se refieren a:

- El número de horas a disposición de la empresa, que puede variar. Por ejemplo, cincuenta al año[228], o cien[229], u ochenta, cuarenta de disminución de la jornada y cuarenta de incremento[230], o veinte[231].

---

[224] Art. 32 CC de grandes almacenes.

[225] Art. 21 CC de ámbito estatal de gestorías administrativas y art. 40 II CC estatal para las empresas de gestión y mediación inmobiliaria.

[226] Art. 47 III CC estatal de la madera.

[227] Por ejemplo, art. 20 V CC estatal del sector de desinfección, desinsectación y desratización.

[228] Art. 42 CC de las empresas y trabajadores de perfumería y afines.

[229] Art. 41 CC estatal de mantenimiento y conservación de instalaciones acuáticas y art. 42 XV CC de la industria química.

[230] Arts. 82 y 83 CC de ámbito estatal para las industrias del curtido, correas y cueros industriales y curtición de pieles para peletería.

- El plazo de preaviso que deben cumplir las empresas al notificar su realización a las personas afectadas. Por ejemplo, tres días[232], o siete días[233], una semana[234] u ocho días[235]. El plazo de preaviso cobra interés no solo en la regulación de estas horas, sino, en general, en todas las cláusulas que establezcan sistemas de distribución irregular o flexible de la jornada[236]. Algún convenio, acaso por el reducido número de horas que consiente como de disposición de la empresa, no contempla preaviso alguno[237].

- De acuerdo con algunas cláusulas, la flexibilidad de este sistema sólo puede acoger adelantamientos en la hora de entrada o retrasos en la de salida, vg., en dos horas, o en la utilización de un número máximo de sábados al año[238] o al mes[239]. O sólo puede afectar los días laborables que se hayan fijado para cada trabajador/a.

- Se restringe su utilización a situaciones de necesidades imprescindibles de la empresa[240], o a manifiestas razones productivas[241], o

---

[231] Art. 28 III CC de las cadenas de tiendas de conveniencia.

[232] Art. 42 CC de las empresas y trabajadores de perfumería y afines.

[233] Art. 42 XV CC de la industria química.

[234] Art. 82 CC de ámbito estatal para las industrias del curtido, correas y cueros industriales y curtición de pieles para peletería.

[235] Art. 23 CC de la industria del calzado.

[236] Vg., siete días de antelación para fijar una semana como de jornada irregular, en el art. 37 CC general de trabajo de la industria textil y de la confección. O quince días, para los agentes vendedores, en el art. 35 XIII CC de la ONCE y su personal.

[237] Art. 28 III CC de las cadenas de tiendas de conveniencia.

[238] CC de las empresas y trabajadores de perfumería y afines.

[239] Dos sábados al mes, en el art. 83 CC de ámbito estatal para las industrias del curtido, correas y cueros industriales y curtición de pieles para peletería.

[240] Así se expresa en el art. 45 XV CC de la industria química.

[241] Art. 82 CC de ámbito estatal para las industrias del curtido, correas y cueros industriales y curtición de pieles para peletería.

a causas organizativas imprevisibles, tales como ausencias no previstas de otros trabajadores/as[242].

- Se fija un arco temporal máximo a lo largo del año en el que puede procederse a flexibilizar el tiempo de trabajo mediante bolsa de horas. Por ejemplo, a lo largo de catorce semanas al año[243].

- Se prefieren los sistemas de realización voluntaria[244]. En caso de que no baste con ello, se utilizarán sistemas supletorios de rotación y conocimiento del puesto[245]. O se fija, vg., un número máximo de sábados al año que puede realizar una persona al margen de su adscripción voluntaria[246].

- Se establecen sistemas de compensación que, en ocasiones, combinan la económica con los descansos alternativos[247]. Hay cláusulas que le reconocen la opción a la empresa, previa consulta a la representación unitaria[248]. Y otras que gravan el recurso a estas horas con períodos alternativos de descanso más prolongados[249], o con ciertos recargos salariales[250]. Algún precepto establece la compensación "preferentemente … en Semana Santa, Navidad u otras fiestas que se determinen, salvo pacto

[242] Art. 28 III CC de las cadenas de tiendas de conveniencia.

[243] Art. 82 CC de ámbito estatal para las industrias del curtido, correas y cueros industriales y curtición de pieles para peletería.

[244] Art. 45 XV CC de la industria química.

[245] Art. 42 CC de las empresas y trabajadores de perfumería y afines.

[246] Art. 45 XV CC de la industria química.

[247] Art. 42 CC de las empresas y trabajadores de perfumería y afines.

[248] Art. 41 CC estatal de mantenimiento y conservación de instalaciones acuáticas.

[249] Véase un ejemplo, en esta línea, en los arts. 42 y 45 XV CC de la industria química.

[250] Arts. 82 y 83 CC de ámbito estatal para las industrias del curtido, correas y cueros industriales y curtición de pieles para peletería.

individual en contrario con las personas afectadas y salvaguardando, en todo caso, las necesidades productivas de la empresa”[251].

- Se excluyen de este sistema ciertos supuestos: además de a las personas que tengan limitada su presencia por razones de seguridad, salud, embarazo o lactancia, a las que la tengan limitada por “cuidado de menores”[252].

- Se regulan plazos máximos de compensación de las horas por descanso o de los descansos por hora. Por ejemplo, disponiendo que las horas de más o de menos efectuadas a lo largo del primer semestre deben compensarse en el segundo, y las realizadas en éste, en el primero del año siguiente[253]. Asimismo, se establece la compensación por días completos, en los períodos de menor trabajo[254].

Debe criticarse, por evidentes criterios de justicia objetiva, que algunas cláusulas establezcan que toda la plantilla está sometida a este sistema, “independientemente de la duración del contrato”[255]. Porque, en el caso de relaciones de muy escasa duración, el grao de flexibilidad se incrementa, desde luego, mucho más de lo que sería razonable. Incluso se añade que el exceso de horas trabajadas, en su caso, se compensará para este tipo de contratos, a la finalización de los mismos[256].

Es interesante comprobar cómo algún precepto expresa que la implantación de alguna de estas modalidades de flexibilidad horaria es

[251] Art. 83 CC de ámbito estatal para las industrias del curtido, correas y cueros industriales y curtición de pieles para peletería.

[252] Art. 42 XV CC de la industria química y art. 82 CC de ámbito estatal para las industrias del curtido, correas y cueros industriales y curtición de pieles para peletería.

[253] Art. 82 CC de ámbito estatal para las industrias del curtido, correas y cueros industriales y curtición de pieles para peletería.

[254] Art. 23 CC de la industria del calzado.

[255] Art. 41 CC estatal de mantenimiento y conservación de instalaciones acuáticas.

[256] Art. 41 CC estatal de mantenimiento y conservación de instalaciones acuáticas.

incompatible con la realización de horas extraordinarias[257], o también con la realización o renovación de contratos temporales, o la conclusión de contratos de puesta a disposición[258].

Otra técnica que se aprecia en alguna cláusula consiste en establecer recomendaciones o pautas no vinculantes, referidas a la hora máxima de salida del trabajo o al tiempo del almuerzo en las jornadas partidas. Se trata de recomendaciones dirigidas a la empresa y a la representación unitaria, al objeto de llegar a acuerdos vinculantes a nivel de empresa[259].

No hay excesivos convenios que utilizan la posibilidad que ofrece el art. 34.4 ET de que se establezca una jornada ordinaria de trabajo más allá de las nueve horas, pero sí que hay ejemplos de preceptos que se acogen a esta posibilidad, en ocasiones limitándola a los períodos de máxima actividad[260]. O remitiéndola a acuerdo de empresa o pacto individual[261].

Y hay que recordar, en la medida en la que introducen importantes dificultades de organización del tiempo, las reglas de ciertos convenios de colectivos masculinizados de recuperación de las horas no trabajadas por fuerza mayor[262], de tal modo que el principio de corresponsabilización de los hombres exigiría una mayor atención a las mismas para establecer ciertas reglas organizativas al respecto, al menos en la medida de lo posible. Lo mismo puede decirse, aunque con menor intensidad, de otras situaciones, expresamente contempladas en el RD 1561/1995, de 21

[257] Art. 45 XV CC de la industria química.

[258] Art. 82 CC de ámbito estatal para las industrias del curtido, correas y cueros industriales y curtición de pieles para peletería.

[259] Art. 28 CC del sector de la mediación en seguros privados.

[260] Art. 40 II CC estatal para las empresas de gestión y mediación inmobiliaria.

[261] Art. 35 IV CC marco estatal de servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal, art. 22 I CC marco estatal de acción e intervención social y art. 36 XII CC de ámbito estatal para los centros de educación universitaria e investigación.

[262] Art. 67 IV CC general del sector de la construcción, art. 40 IV CC colectivo general del sector de derivados del cemento y art. 17 CC del campo para la provincia de Cádiz.

septiembre, de jornadas especiales, en su art. 2 y concordantes, como la prolongación de la jornada por desarrollo de funciones de mantenimiento o puesta en marcha o cierre del trabajo en la empresa[263], o los trabajos de portería y vigilancia[264], o las prolongaciones de jornada en el campo[265]. Y también, *mutatis mutandis*, en relación con las reglas de descanso entre jornadas que lo sitúan por debajo de las doce horas[266].

Otro tipo de cláusulas que merecen una consideración especial son las referidas al tiempo de presencia en el sector de los transportes, sobre el que también se proyectan problemas importantes de organización de la vida de las personas, máxime en torno a la distribución de las mismas y a las modalidades de compensación[267]. Alguna regla similar, basada en el RD 1006/1985, de 26 junio, se establece para el ámbito del deporte profesional, y en referencia a los desplazamientos y concentraciones[268].

III. CUESTIONES CONCRETAS: a) Jornada continuada y partida.

Es evidente el interés que la jornada continuada tiene en una organización del tiempo de trabajo compatible con las obligaciones y dedicaciones extralaborales de la persona. Por eso llama mucho la atención el descuido con el que la mayoría de los convenios la tratan. Algunos tan

---

[263] Art. 65 IV CC general del sector de la construcción, art. 38 CC general de trabajo de la industria textil y de la confección, art. 60 CC general de la industria salinera, art. 43 XV CC de la industria química, art. 86 CC de ámbito estatal para las industrias del curtido, correas y cueros industriales y curtición de pieles para peletería y art. 25 CC de la industria del calzado.

[264] Entre otros, art. 85 CC de ámbito estatal para las industrias del curtido, correas y cueros industriales y curtición de pieles para peletería y art. 25 CC de la industria del calzado.

[265] Por ejemplo, art. 13 CC del campo para la provincia de Cádiz.

[266] Art. 44 XV CC de la industria química.

[267] Véase, como ejemplo, el art. 14 CC para las empresas del sector de harinas panificables y sémolas, con interesantes reglas de compensación a favor de la persona trabajadora.

[268] Art. 9 II CC del balonmano profesional.

sólo declaran que la jornada laboral diaria podrá ser continuada o partida, o admiten que pueda ser continuada[269], o incorporan reglas de cuantificación en caso de jornada continuada y partida[270].

Hay ciertas cláusulas que la establecen, pero sólo para los meses de verano[271], o también durante otras vacaciones escolares[272], en ocasiones limitada a ciertos grupos o categorías profesionales, como es el caso del personal de administración[273], o promocionan al menos la jornada continuada los viernes[274]. Pero otras la tienen prevista para todo el año como sistema ordinario de prestación de servicios, aunque con alternativa de jornada partida, dentro de ciertos límites[275], o con la exigencia de trabajar algún día de la semana por la tarde, y para eso sólo durante parte del año[276]. Otros preceptos disponen, con carácter general, la jornada continuada, aunque con la posibilidad de introducir la jornada partida en

---

[269] Art. 53 III CC general de ámbito nacional para el sector de aparcamientos y garajes, art. 26 II CC estatal de instalaciones deportivas y gimnasios, art. 9.1 CC para la industria fotográfica, anexo 2 CC para las empresas del sector de harinas panificables y sémolas, art. 9 CC para granjas avícolas y otros animales, art. 25 I CC estatal de empresas de reparto sin direccionar, arts. 26 y 28 CC para el sector de conservas, semiconservas, ahumados, cocidos, secados, elaborados, salazones, aceite y harina de pescados y mariscos, art. 35 IV CC marco estatal de servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal, art. 14 CC del sector de hostelería de Cantabria.

[270] Art. 36 CC general de trabajo de la industria textil y de la confección.

[271] Art. 28 CC del sector de la mediación en seguros privados, art. 21 CC de ámbito estatal de gestorías administrativas, art. 18 V CC estatal para los centros de enseñanzas de peluquería y estética, de enseñanzas musicales y de artes aplicadas y oficios artísticos, arts. 38 y 39 VIII CC de centros de enseñanza privada de régimen general o enseñanza regada sin ningún nivel concertado o subvencionado, art. 21 CC nacional de colegios mayores universitarios privados, art. 16 CC del sector de oficinas y despachos de Salamanca y art. 13 II CC de Repsol YPF, s.a.

[272] Art. 30 V CC de empresas de enseñanza privada sostenidas total o parcialmente con fondos públicos y art. 32 CC de las Ikastolas del País Vasco.

[273] Art. 39 CC estatal para las industrias de elaboración del arroz.

[274] Art. 13 II CC de Repsol YPF, s.a.

[275] Art. 25 XXI CC de Banca.

[276] Art. 6.3 CC para las Cajas de Ahorro. Aunque con salvedades relativas a ciertas jornadas especiales para algunas categorías profesionales.

hasta un 15 por 100 de la plantilla, mediante el procedimiento del art. 41 ET y con la contraprestación de un complemento salarial específico[277].

Algunos convenios establecen límites horarios en la jornada continuada o "intensiva". Entre ellos, que las personas trabajadoras no pueden realizar más de treinta y seis horas semanales de servicios en la época del año en que permanezca vigente o que, para los sábados, no puede suponer que se trabaje más allá de las 14:00 h[278].

También se contienen garantías para los casos de jornadas partidas, como la de que la jornada diaria no podrá partirse en más de dos períodos[279].

Resulta muy adecuado cierto precepto que aprecia una relación directa entre jornada continuada y conciliación de la vida personal, familiar y laboral. Expresa que, con el fin de avanzar en la conciliación, "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 representación legal de los trabajadores, se podrá establecer la jornada de forma continuada"[280]. Sin que de esta redacción se deduzca ningún derecho subjetivo, queda clara la preocupación por un tema que está llamado a ganar centralidad en las mesas de negociación en los próximos años.

Por su indudable interés, debe reproducirse una cláusula que establece un procedimiento de implantación de jornada continuada: "se podrá solicitar a la empresa la implantación de la jornada continuada cuando así lo expresen por votación, como mínimo, el 60 por 100 de la

[277] Art. 29 XIII CC de la ONCE y su personal. Puede superarse ese umbral, y alcanzarse el 25 por 100, mediante acuerdo de empresa.

[278] Art. 20 XV CC estatal de empresas consultoras de planificación, organización de empresas y contable.

[279] Art. 28 III CC de las cadenas de tiendas de conveniencia, art. 35 IV CC marco estatal de servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal y art. 8 XX CC de autoescuelas.

[280] Art. 36 CC general de trabajo de la industria textil y de la confección.

plantilla. La empresa podrá acceder o no a esta solicitud mediante informe razonado”[281].

Es interesante la regla que impone la jornada continuada para el trabajo a tiempo parcial por debajo de un umbral de horas al día, por ejemplo de cuatro[282]. O la que dispone, en general, que las jornadas a tiempo parcial serán continuadas, excepto las que se realicen en sábados, domingos o jornadas especiales, que podrán ser partidas[283].

Hay preceptos que incorporan interesantes medidas de jornada continuada, pero que deben discutirse en la medida en que descansan en las mujeres la labor de cuidado de los descendientes de muy corta edad: “igualmente, en destinos en la Red Comercial en casos de maternidad, durante el año siguiente al parto y a la opción de la empleada, podrán solicitar la prestación de servicios en régimen de jornada continuada, quienes tuviesen jornada distinta. Salvadas las necesidades de servicio se favorecerá por la Dirección la resolución favorable del mayor número de solicitudes recibidas”[284].

Otra regla de interés consiste en la introducción de una jornada continua reducida de cinco horas al día, con disminución de la retribución hasta el 75 por 100, y que se declara incompatible con la reducción de jornada por guarda legal del art. 37.5 ET, con derecho de retorno incondicionado a la jornada de origen mediando preaviso de un mes[285].

---

[281] Art. 88 CC de ámbito estatal para las industrias del curtido, correas y cueros industriales y curtición de pieles para peletería. El mismo porcentaje en el art. 24 CC de la industria del calzado, aunque dispone que “si la empresa no accede a la solicitud de los trabajadores éstos podrán acudir a la jurisdicción competente, de conformidad con lo establecido en el art. 41 del Estatuto de los Trabajadores”.

[282] Art. 32 CC de grandes almacenes y art. 20 CC del Grupo Champion.

[283] Art. 35 IV CC marco estatal de servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal.

[284] Punto 4.1 Plan de Igualdad del Banco de Santander.

[285] Art. 38 II CC único para el personal laboral de la Administración General del Estado.

Alguna regla pone interesantes límites a la jornada partida, como el de que, salvo en el trabajo a turnos o contrataciones para el trabajo de tarde o de noche, el 70 por 100 de la jornada se ha de efectuar antes de las 15:00 horas[286].

Y, aunque no se refiera expresamente a la jornada continuada, debe reproducirse un precepto admonitorio, de acuerdo con el cual "empresa y trabajadores se pondrán de acuerdo con el ánimo de adelantar la jornada y procurar la tarde libre, siempre que sea posible y cubriendo las necesidades del servicio"[287].

B) Calendarios y cuadros horarios.

En la medida en la que el art. 34.4 ET impone que se publique anualmente el calendario laboral, el contenido del mismo puede introducir datos de interés en la previsibilidad del horario en la empresa. Asimismo, es interesante que se establezca el plazo máximo de que se dispone para su publicación[288]. O que se garantice su publicación a lo largo de todo el

[286] Art. 16 CC marco para los establecimientos financieros de crédito.

[287] Art. 10 CC de limpieza de edificios y locales de Cáceres.

[288] Por ejemplo, antes del 1 enero, en el art. 9.1 CC para la industria fotográfica. Hasta el 31 enero, en el art. 38 CC estatal del sector del corcho, en el art. 83 CC de ámbito estatal para las industrias del curtido, correas y cueros industriales y curtición de pieles para peletería y en el art. 26 I CC estatal de empresas de reparto sin direccionar. Hasta el 30 enero, en el art. 64 IV CC general del sector de la construcción, o en el primer mes de cada año, en el art. 35 IV CC marco estatal de servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal y en el art. 20 III CC de las administraciones de loterías. Antes del 15 febrero, en el art. 38 II CC único para el personal laboral de la Administración General del Estado. O de dos meses después de la publicación del calendario laboral oficial, en el art. 24 CC del cava y vinos espumosos de Cataluña. O de un mes contado a partir del calendario oficial en el BOE o boletín que corresponda, como en el art. 42 CC de las empresas y trabajadores de perfumería y afines o en el art. 46 XV CC de la industria química. O en los dos meses anteriores a la finalización del año natural, en relación con el calendario del año siguiente, en el art. 26 II CC estatal de instalaciones deportivas y gimnasios. O en los tres primeros meses del año en curso, en el art. 41 CC estatal de mantenimiento y conservación de instalaciones acuáticas y, con alguna excepción, en el art. 32 CC de grandes almacenes. O "al inicio del curso escolar", en el art. 21 V CC estatal para los centros de enseñanzas de peluquería y estética, de enseñanzas musicales y de artes aplicadas y oficios artísticos, en el art. 36 V CC de empresas de enseñanza privada sostenidas total o parcialmente con fondos públicos y en el art. 7 CC nacional de colegios mayores universitarios privados.

año[289]. Hay ciertas cláusulas que excluyen de las reglas sobre calendario, o de su concreción en el plazo previsto, los contratos inferiores a seis meses[290].

Sobre este tema, se encuentran cláusulas ciertamente exigentes y garantistas, que imponen un calendario laboral "específico de cada trabajador o puesto de trabajo, en el que constará la distribución de los días de trabajo al año, el horario, los descansos, los festivos, las vacaciones y los turnos y horarios diarios y semanales"[291]. Otros expresan que debe incluir "los horarios, las fiestas nacionales, autonómicas y locales, así como el cuadrante horario donde existan turnos rotativos y el período dentro del que se fijarán las fechas de vacaciones, así como los descansos"[292], o "los días laborables y de descanso de cada trabajador, así como su horario de trabajo"[293], o "el horario de trabajo diario en la empresa, la jornada semanal de trabajo, los días festivos y otros días inhábiles y los descansos semanales y entre jornadas"[294]. O la "jornada de trabajo, descanso semanal y vacaciones de todos los trabajadores"[295], ya en un grado de concreción menor. O las fiestas locales, las fechas hábiles para el disfrute de las vacaciones, la fijación de los descansos y las jornadas especiales, así como

[289] Art. 42 CC de las empresas y trabajadores de perfumería y afines y art. 26 II CC estatal de instalaciones deportivas y gimnasios.

[290] Art. 41 CC estatal de mantenimiento y conservación de instalaciones acuáticas.

[291] Todo ello debe fijarse, a más tardar, dentro del primer trimestre de cada año. Art. 53 III CC general de ámbito nacional para el sector de aparcamientos y garajes.

[292] Art. 42 CC de las empresas y trabajadores de perfumería y afines.

[293] Art. 20 III CC de las administraciones de loterías.

[294] Art. 16 CC de pompas fúnebres de Badajoz.

[295] Art. 41 CC estatal de mantenimiento y conservación de instalaciones acuáticas. Contenidos parecidos en el art. 51 XII CC general de centros y servicios de atención a personas con discapacidad.

las de las personas cuya actividad se desarrolle normalmente fuera del centro de trabajo[296]. O, meramente, que contenga turnos y horarios[297].

Hay convenios que, por las especificidades del sector, los combinan con cuadros horarios, en los que resulta de suma importancia, a los efectos de organización de la vida particular, que se conozcan con una antelación lo más amplia posible[298]. Hay reglas sobre preaviso en la publicación de los horarios específicos para las personas contratadas a tiempo parcial[299].

Otras cláusulas limitan la exigencia de cuadrantes trimestrales a los casos en los que se haya pactado jornada irregular, los cuales deben publicarse con una antelación mínima de un mes a su entrada en vigor e incluir turnos, horarios y descansos de todas las personas afectadas[300]. Sobre cuadros horarios trimestrales, hay preceptos que imponen su establecimiento, "con especificación de los distintos turnos y horas de entrada y salida", añadiéndose que los horarios deben ser adjudicados individualmente a cada trabajador/a, para que pueda conocer y controlar su jornada[301]. Con una finalidad próxima, algún precepto admite la revisión trimestral del calendario anual[302]. En esta línea, pueden citarse reglas sumamente exigentes sobre los calendarios trimestrales individuales de las

[296] Art. 46 XV CC de la industria química.

[297] Art. 35 IV CC marco estatal de servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal.

[298] Véase en este sentido art. 51 CC estatal para las empresas y trabajadores de transporte de enfermos y accidentados en ambulancia.

[299] Art. 28 CC estatal de elaboradores de productos cocinados para su venta a domicilio.

[300] Art. 26 II CC estatal de instalaciones deportivas y gimnasios.

[301] Art. 28 III CC de las cadenas de tiendas de conveniencia.

[302] Art. 35 IV CC marco estatal de servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal.

personas trabajadoras, que les permiten un conocimiento pormenorizado de su horario de trabajo[303].

Alguna cláusula admite que los cuadros horarios de años anteriores no pueden ser modificados en los posteriores más allá de ciertos límites sin implicar, en la esfera individual, modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo. Así, por ejemplo, se establece que las modificaciones que introduzca la empresa "no podrán suponer variaciones en la jornada diaria ordinaria superiores a una hora sobre la que regularmente venga efectuando cada trabajador con respecto a la del año anterior y sin que esta facultad pueda ser utilizada para transformar una jornada de mañana en una de tarde o viceversa, o de continuada a partida"[304].

c) Turnicidad.

En este sistema de organización del trabajo, tienen incidencia factores variados, pero que en último término se reconducen a las necesidades personales individuales. Pueden resultar adecuadas las jornadas de 24 horas, con descansos correspondientes para no superarse el máximo de jornada[305]. También, las que establecen un número mínimo de horas de los turnos en el caso del trabajo a tiempo parcial[306].

Como compensación a turnos que implican mayores inconvenientes en la vida personal, se establece una jornada anual notablemente inferior,

[303] Por ejemplo, art. 20 CC del Grupo Champion. También, art. 26 I CC del Grupo Eroski.

[304] Art. 32 CC de grandes almacenes.

[305] Art. 50 CC estatal para las empresas y trabajadores de transporte de enfermos y accidentados en ambulancia.

[306] Art. 27 CC estatal de elaboradores de productos cocinados para su venta a domicilio.

como sucede en algún convenio con las personas que realizan su prestación de servicios coincidiendo con el fin de semana[307].

Algunas cláusulas, relativas a sistemas de flexibilidad en el cambio de turnos entre dos o más personas, se analizan al tratar la organización del trabajo.

Siempre al margen de cuestiones retributivas, pueden plantearse problemas en los casos de ausencias imprevistas, que ponen de manifiesto la conveniencia de que se prevean sistemas informales de sustitución. Entre otras dificultades, la posible necesidad de que se mantenga en el desempeño de sus tareas la persona que debería dejar el trabajo, ante la no incorporación imprevista de la siguiente[308]. Hay convenios que establecen sistemas más o menos complejos para afrontar estas circunstancias[309].

Merecen atención las reglas que establecen criterios de prioridad en la elección de turnos, y que tienen en cuenta, con ciertas condiciones, además de a las mujeres embarazadas o en período de lactancia, a las personas que tengan menores o discapacitados a su exclusivo cargo[310]. Resulta de especial importancia el adjetivo "exclusivo", en la medida en que pueda favorecer situaciones que requieran especial atención, como es el caso de las familias monoparentales.

d) Tiempo de presencia.

[307] Art. 41 CC general de trabajo de la industria textil y de la confección y art. 84 CC de ámbito estatal para las industrias del curtido, correas y cueros industriales y curtición de pieles para peletería.

[308] Véanse algunas reglas, que distribuyen las consecuencias entre empresa y personas trabajadoras, en el art. 44 XV CC de la industria química.

[309] Vg., art. 13 II CC de Repsol YPF, s.a.

[310] Art. 44 XV CC de la industria química. Regla parecida en el art. 94 XII CC general de centros y servicios de atención a personas con discapacidad.

Este tipo de tiempo de trabajo, previsto por el RD 1561/1995 para ciertos sectores particulares, plantea problemas adicionales en la medida en que presupone la imposibilidad de organizar la vida extralaboral por un compromiso cuantitativamente mayor de jornada con la empresa. Hay varios convenios que se refieren a él[311], sin que se detecten medidas compensatorias más allá de las puramente salariales.

e) Localización y disponibilidad.

La mayoría de las cláusulas convencionales al respecto se refieren a cuestiones retributivas. Omitiéndolas en este apartado, se tratan ahora estrictamente problemas de tiempo de trabajo. Dentro de las circunstancias que este tipo de situaciones llevan consigo, en torno a la organización de la vida personal y familiar, las normas convencionales también intentan establecer ciertos límites. Entre otros, los que siguen:

- El reconocimiento del principio de voluntariedad[312], sin que la negativa individual a aceptar esta condición pueda acarrear cambio alguno en las condiciones de trabajo. Voluntariedad que también se contempla desde la perspectiva de desvinculación de esta condición, guardando un plazo de preaviso más o menos largo[313]. Ello, por supuesto, salvo que la contratación se realizase específicamente para el dispositivo de localización[314]. Hay convenios que establecen el carácter voluntario de la disponibilidad para casos concretos, tales como personas de más de

[311] Art. 50 CC estatal para las empresas y trabajadores de transporte de enfermos y accidentados en ambulancia y art. 24 CC para el sector de grúas móviles autopropulsadas de Asturias, entre otros.

[312] Entre otros muchos, art. 43 IV CC marco estatal de servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal.

[313] Art. 53 CC estatal para las empresas y trabajadores de transporte de enfermos y accidentados en ambulancia.

[314] Art. 53 CC estatal para las empresas y trabajadores de transporte de enfermos y accidentados en ambulancia.

cincuenta años de edad, mujeres en el último trimestre de gestación o quienes tengan hijos menores de doce meses[315].

- La fijación de un número máximo de días consecutivos durante los cuales puede estarse sometido/a a ella[316]. Y, dentro de estos días, un máximo de horas, promediado o fijas, en los que la persona en localización puede prestar servicios efectivos[317]. O el establecimiento de un máximo de disponobilidad porcentual a la jornada de convenio[318].

IV. JORNADA FLEXIBLE Y CONCILIACIÓN DE LA VIDA PERSONAL, FAMILIAR Y LABORAL.

Hay unos pocos convenios que regulan expresamente medidas de flexibilidad a favor de las personas trabajadoras. Se expresa, por ejemplo, que 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. En esta orientación, puede establecerse, en los departamentos, divisiones o centros donde fuera posible, un horario flexible de entrada y salida, previa petición de parte y acuerdo con la empresa[319]. Hay cláusulas que, en línea admonitoria, expresan que "desde la dirección de la empresa y centros de trabajo se facilitarán las medidas conducentes a conseguir el adecuado equilibrio entre la vida laboral y personal,

---

[315] Art. 24 I CC marco estatal de acción e intervención social y art. 21 CC del sector de intervención social de Madrid.

[316] Por, ejemplo, cinco días en el art. 53 CC estatal para las empresas y trabajadores de transporte de enfermos y accidentados en ambulancia.

[317] Art. 53 CC estatal para las empresas y trabajadores de transporte de enfermos y accidentados en ambulancia.

[318] Art. 43 IV CC marco estatal de servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal.

[319] Art. 42 CC de las empresas y trabajadores de perfumería y afines. Una regla parecida, y remitiendo al acuerdo de empresa, art. 42 XV CC de la industria química.

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"[320]. En estos preceptos, su introducción se confía al acuerdo de empresa.

La técnica del horario flexible se incorpora en algunos convenios colectivos. Se prevé, vg., para aquellas secciones en que lo permita el correcto funcionamiento de la producción, como una recomendación a la empresa, con un margen "deslizante" diario de media hora[321]. O que "la flexibilidad horaria de entrada al trabajo en jornada partida se incrementa en treinta minutos quedando establecida en 1 hora y treinta minutos y se mantiene en 1 hora para la jornada continuada". Y que "la flexibilidad horaria de salida del trabajo se incrementa en treinta minutos en jornada partidas y continua siendo de 1 hora en jornada continua"[322]. Incluso se extiende la flexibilidad, en la jornada partida, para el descanso para comer, que puede ser como mínimo de una hora y como máximo de dos[323]. En algún caso, se les reconoce un margen más amplio de flexibilidad, tanto en la entrada como en la salida, a quienes "acrediten situaciones personales o familiares de necesidad"[324]. La posibilidad de flexibilizar jornada se condiciona en otros preceptos a quienes tengan a su cargo a personas mayores, a hijos menores de doce años o a personas con discapacidad, o a

---

[320] Art. 57 XII CC general de centros y servicios de atención a personas con discapacidad. Una expresión pareja en el art. 30 XIII CC de la ONCE y su personal.

[321] Art. 79 CC de ámbito estatal para las industrias del curtido, correas y cueros industriales y curtición de pieles para peletería.

[322] Art. 13 II CC de Repsol YPF, s.a. Añade este precepto que "en la jornada partida la flexibilidad de entrada tendrá como límite máximo las 9:30 horas y la salida el límite mínimo resultado del cómputo de horas que tenga reconocido y que se recogerá en el calendario laboral que se establezca cada año. En la jornada continua los límites anteriores serán las 9:00 horas y las 14:30 horas".

[323] Art. 13 II CC de Repsol YPF, s.a.

[324] Art. 30 XIII CC de la ONCE y su personal.

familiares a su cargo con enfermedad grave hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad[325]. Y algún convenio establece medidas específicas de flexibilidad en el caso de hijos/as discapacitados/as[326].

Se registra alguna norma que prevé la implantación de "otras medidas de flexibilidad en relación con el tiempo de trabajo, siempre que…queden debidamente cubiertas las necesidades del servicio, a quienes tengan a su cargo hijos menores o familiares hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad con alguna discapacidad física o psíquica, o mayores de 65 años"[327].

Alguna cláusula se limita a reiterar lo previsto en el art. 34.8, sin que añada nada más al respecto[328].

Hay casos interesantes de regulación de una bolsa individual de tiempo disponible[329], de la que también son titulares quienes estén vinculados/as mediante contrato de duración determinada. En ella se integran todas las horas de descanso obligatorio derivadas de recuperación, de compensación por horas flexibles, horas extraordinarias o prolongaciones de jornada acordadas, así como días de libre disposición o excesos de jornada en el calendario anual. Su utilización será individual para las personas interesadas, excepto que se pacte el disfrute colectivo, mediante acuerdo de empresa. La finalidad de esta bolsa consiste en que se

---

[325] Art. 38 II CC único para el personal laboral de la Administración General del Estado. Se trata de una flexibilización de horario en una hora, que puede llegar excepcionalmente a dos horas, previa autorización del responsable de la unidad.

[326] Se trata del siguiente párrafo del art. 47 II CC único para el personal laboral de la Administración General del Estado: "los empleados públicos que tengan hijos con discapacitación psíquica, física o sensorial,, tendrán dos horas de flexibilidad horaria diaria a fin de conciliar los horarios de los centros de educación especial y otros centros donde el hijo o hija discapacitado reciba atención, con los horarios de los propios puestos de trabajo".

[327] Punto 4.1 Plan de Igualdad del Banco de Santander.

[328] Art. 28 CC del sector de la mediación en seguros privados y art. 80 CC de ámbito estatal para las industrias del curtido, correas y cueros industriales y curtición de pieles para peletería.

[329] Art. 45 bis XV CC de la industria química.

recurra a ella "para necesidades de carácter personal y/o familiar". Preferentemente se disfrutarán por jornadas completas, procurándose el acuerdo individual con la empresa. En caso de desacuerdo, prevalece la voluntad de la parte trabajadora, mediando un preaviso de siete días, aunque no cabe su acumulación con puentes o vacaciones. Si se generan a lo largo de los ocho primeros meses del año, deben disfrutarse en el último cuatrimestre, y si se devengan durante éste, deben ejercerse en los seis primeros meses el ejercicio siguiente.

Alguna técnica asimismo de interés se refiere a acumular las horas de reducción de jornada de un convenio con respecto al anterior en las semanas en las que existan días festivos locales[330], o en los días de Nochebuena, Nochevieja, puentes entre festivos o días inmediatamente anteriores o posteriores a festivos o vacaciones[331].

Como elemento de conciliación de vida familiar y laboral acaso demasiado parcial, la existencia de descendientes menores se utiliza en algunos convenios. Por ejemplo, a los efectos de establecer preferencias para la elección de turnos[332], aunque con el lamentable error a veces de que se presupone que va a ser la mujer la que se acoja a esta preferencia[333].

V. DESCANSO SEMANAL Y FESTIVOS

Sobre este particular, los mayores esfuerzos de los convenios se centran en garantizar, en la medida de lo posible, dos días consecutivos de

---

[330] Art. 21 CC de ámbito estatal de gestorías administrativas.

[331] Art. 16 CC marco para los establecimientos financieros de crédito y art. 39 II CC estatal para las empresas de gestión y mediación inmobiliaria.

[332] Art. 34 III CC de las cadenas de tiendas de conveniencia, en caso de hijos menores de tres años.

[333] Art. 34 III CC de las cadenas de tiendas de conveniencia: "la opción habrá de solicitarse por escrito antes del segundo mes siguiente a la incorporación al trabajo tras la baja maternal".

descanso a la semana[334], y que éstos coincidan en sábado y domingo[335], o en su caso en domingo y lunes[336], o al menos garantizar que uno de ellos sea el domingo[337], o a habilitar al menos, salvo problemas organizativos, un sábado libre de cada dos[338], o dos sábados libres de cada tres[339], o un domingo libre al mes[340] o cada cuatro semanas[341], o que nadie trabaje dos domingos consecutivos[342]. Algunas cláusulas disponen el descanso en sábado y domingo salvo para el personal de turnos y mantenimiento, el cual disfrutará en todo caso de dos días consecutivos[343], o contemplan el

[334] Por ejemplo, art. 30 CC estatal de elaboradores de productos cocinados para su venta a domicilio, art. 28 III CC de las cadenas de tiendas de conveniencia y art. 25 CC para el sector de grúas móviles autopropulsadas de Asturias. En algún caso, sólo a partir de determinado umbral de plantilla, como 35 trabajadores. En este sentido, art. 15 CC del sector de hostelería de Cantabria.

[335] Véase, en sistemas con evidentes problemas de organización del tiempo de trabajo, art. 52 CC estatal para las empresas y trabajadores de transporte de enfermos y accidentados en ambulancia, art. 30 CC estatal de elaboradores de productos cocinados para su venta a domicilio y art. 26 I CC marco estatal de acción e intervención social. También, art. 79 CC de ámbito estatal para las industrias del curtido, correas y cueros industriales y curtición de pieles para peletería, aunque estableciéndose también la jornada de martes a sábado. Igualmente se pacta la jornada de lunes a viernes en el art. 14 CC estatal para las industrias de hormas, tacones, cuñas, pisos y cambrillones de madera y corcho. Y, en norma derogable, en el art. 21 CC de ámbito estatal de gestorías administrativas. "Con carácter general", en el art. 25 CC estatal para la fabricación de helados y en el art. 23 CC del sector de intervención social de Madrid. Salvo "en las jornadas especiales", en el art. 35 IV CC marco estatal de servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal y en el art. 30 XIII CC de la ONCE y su personal. El art. 15 del CC del sector de oficinas y despachos de Salamanca expresa que "la jornada se distribuirá de tal forma que quede libre la jornada del sábado durante todo el año", aunque puede establecerse un turno de guardia para el sábado "cuando las necesidades de la empresa así lo requieran".

[336] Art. 25 I CC estatal de empresas de reparto sin direccionar.

[337] Art. 20 V convenio colectivo estatal del sector de desinfección, desinsectación y desratización y art. 12 CC de industria de panadería de Ciudad Real.

[338] Art. 30 VIII CC de centros de enseñanza privada de régimen general o enseñanza regada sin ningún nivel concertado o subvencionado, art. 26 I CC marco estatal de acción e intervención social y art. 32 XIII CC de la ONCE y su personal.

[339] Art. 36 XII CC de ámbito estatal para los centros de educación universitaria e investigación.

[340] III CC de las cadenas de tiendas de conveniencia.

[341] Art. 36 IV CC marco estatal de servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal. Un fin de semana cada cuatro descansos semanales, en el art. 49 XII CC general de centros y servicios de atención a personas con discapacidad.

[342] Art. 15 CC de pompas fúnebres de Badajoz.

[343] Art. 41 CC estatal del sector del corcho y art. 17 CC de la recuperación de residuos y materias primas secundarias.

descanso de sábado y domingo durante parte del año[344]. Otras, se limitan a garantizar a plazo que el descanso semanal alcance los dos días[345], exigiéndose cuando menos que se disfruten cuarenta y ocho horas seguidas durante dos fines de semana al mes[346]. O remiten a acuerdo de empresa la posibilidad de que no se trabaje los sábados[347]. Otras, compensan con mayor tiempo de descanso el hecho de que no pueda dejarse de trabajar el domingo[348]. O con ciertos suplementos salariales[349]. O incrementan el tiempo de descanso cuando no pueda disfrutarse en el momento inicialmente previsto[350].

Hay reglas que se limitan a establecer restricciones para que la empresa pueda habilitar el trabajo en los sábados, mediando ciertas circunstancias y compensaciones[351].

Otras, acogiéndose a la previsión del art. 37.1 ET, acumulan el descanso semanal por períodos de catorce días[352]. O se acogen a las reglas más flexibles de acumulación del RD 1561/1995, de 21 septiembre[353]. Sin que sea fácil de predecir las consecuencias de este sistema en el plano

---

[344] Art. 25 XXI CC de Banca.

[345] Art. 27 II CC estatal de instalaciones deportivas y gimnasios.

[346] Art. 21 CC nacional de colegios mayores universitarios privados.

[347] Art. 39 CC estatal para las industrias de elaboración del arroz.

[348] Art. 9-2 CC para la industria fotográfica, art. 20 CC del Grupo Champion y art. 27 I CC del Grupo Eroski.

[349] Algunas reglas en este sentido en el art. 32 CC de grandes almacenes, en el art. 20 CC del Grupo Champion y en el art. 27 I CC del Grupo Eroski.

[350] Art. 25 CC para el sector de grúas móviles autopropulsadas de Asturias.

[351] Por ejemplo, art. 37 CC general de trabajo de la industria textil y de la confección.

[352] Art. 30 CC estatal de elaboradores de productos cocinados para su venta a domicilio. Algún convenio contiene esta acumulación, pero sólo a petición del trabajador. Es el caso del art. 49 XII CC general de centros y servicios de atención a personas con discapacidad.

[353] Art. 44 XV CC de la industria química y art. 32 CC de grandes almacenes, art. 18 CC del Grupo Champion y art. 24 I CC del Grupo Eroski.

individual, la tendencia flexibilizadora, desde luego, puede plantear problemas de organización del tiempo y de los compromisos extralaborales. En todo caso, los convenios que habilitan con más libertad la prestación de servicios en fin de semana y en domingo establecer ciertos mínimos de estos días que deben quedar libres en un período de tiempo determinado[354].

En cuanto a los días festivos, no hay apenas reglas que puedan utilizarse al servicio de la conciliación de la vida personal, familiar y laboral. Puede resultar de interés la que prevé el pacto individual de acumular todos los días festivos del año para disfrutarlos en un período único[355].

También se encuentran cláusulas que contienen cierta regulación sobre el disfrute de "puentes", cuáles y cuántos pueden utilizarse y cómo se integran en el calendario anual[356].

VI. VACACIONES.

Dejando al margen los aspectos cuantitativos –número de días naturales o hábiles-, es muy frecuente la preferencia por el disfrute estival de la totalidad o de parte de las vacaciones[357], de tal forma que no es

[354] Véase art. 32 CC de grandes almacenes.

[355] Art. 23 CC del sector de hostelería de Cantabria.

[356] Art. 13 II CC de Repsol YPF, s.a.

[357] Art. 54 CC estatal para las empresas y trabajadores de transporte de enfermos y accidentados en ambulancia, art. 41 IV CC colectivo general del sector de derivados del cemento, art. 22 V convenio colectivo estatal del sector de desinfección, desinsectación y desratización, art. 46 CC de las empresas y trabajadores de perfumería y afines, art. 29 CC del sector de la mediación en seguros privados, art. 31 II CC estatal de instalaciones deportivas y gimnasios, art. 40 CC estatal para las industrias de elaboración del arroz, art. 47 XV CC de la industria química, art. 14 CC para granjas avícolas y otros animales, art. 37 CC de grandes almacenes, art. 22 CC de ámbito estatal de gestorías administrativas, art. 22 V CC estatal para los centros de enseñanzas de peluquería y estética, de enseñanzas musicales y de artes aplicadas y oficios artísticos, art. 32 V CC de empresas de enseñanza privada sostenidas total o parcialmente con fondos públicos, art. 42 VIII CC de centros de enseñanza privada de régimen general o enseñanza regada sin ningún nivel concertado o subvencionado, art. 27 I CC estatal de empresas de reparto sin direccionar,

extraña la compensación económica por no poder disfrutarse entre los meses de junio a septiembre[358] o en más días de vacaciones[359]. Bien al contrario, hay convenios que, a la vista del carácter estacional de las tareas que regulan, optan por un disfrute en el que se elude la temporada de verano[360]. También hay alusiones a las preferencias en las fechas de Navidad o Semana Santa[361]. Determinados convenios establecen una horquilla más amplia, en la que también se incluyen los meses de verano[362].

Dada la diversidad de preferencias personales en esta materia, las reglas sobre el carácter continuado o fraccionado de las vacaciones resultan variables de unos a otros convenios, sin que sea posible precisar *a priori* qué resulte más aconsejable para cada caso. Es habitual la regla de fraccionamiento en dos tramos[363], aunque hay ejemplos de cláusulas que

---

art. 41 II CC estatal para las empresas de gestión y mediación inmobiliaria, art. 11 9 CC de distribuidores cinematográficos, art. 31 CC para el sector de conservas, semiconservas, ahumados, cocidos, secados, elaborados, salazones, aceite y harina de pescados y mariscos, art. 23 CC nacional de colegios mayores universitarios privados, art. 30 III CC de las cadenas de tiendas de conveniencia, art. 19 XX CC de autoescuelas, art. 52 XII CC general de centros y servicios de atención a personas con discapacidad, art. 18 III CC de las administraciones de loterías, art. 38 XII CC de ámbito estatal para los centros de educación universitaria e investigación, art. 28 X CC de ámbito estatal de centros de asistencia y educación infantil, art. 17 CC del sector de oficinas y despachos de Salamanca, art. 14 II CC de Repsol YPF, s.a., art. 22 CC del Grupo Champion y art. 29 I CC del Grupo Eroski.

[358] Art. 37 CC de grandes almacenes y art. 22 CC del Grupo Champion.

[359] Art. 22 CC del Grupo Champion y art. 29 I CC del Grupo Eroski.

[360] Vg., art. 43 CC estatal de mantenimiento y conservación de instalaciones acuáticas y art. 26 CC estatal para la fabricación de helados.

[361] Art. 89 CC de ámbito estatal para las industrias del curtido, correas y cueros industriales y curtición de pieles para peletería y art. 14 CC para granjas avícolas y otros animales. Vacaciones específicas en este período en el art. 23 V CC estatal para los centros de enseñanzas de peluquería y estética, de enseñanzas musicales y de artes aplicadas y oficios artísticos, en el art. 16 VI CC de enseñanza y formación no reglada, en los arts. 43 y 44 VIII CC de centros de enseñanza privada de régimen general o enseñanza regada sin ningún nivel concertado o subvencionado, en el art. 112 XII CC general de centros y servicios de atención a personas con discapacidad, en el art. 38 XII CC de ámbito estatal para los centros de educación universitaria e investigación, en el art. 28 X CC de ámbito estatal de centros de asistencia y educación infantil y en el art. 34 CC de las Ikastolas del País Vasco.

[362] Art. 26 XXI CC de Banca.

[363] Entre otros, art. 22 CC de ámbito estatal de gestorías administrativas, art. 31 CC para el sector de conservas, semiconservas, ahumados, cocidos, secados, elaborados, salazones, aceite y harina de pescados y mariscos, art. 23 CC nacional de colegios mayores universitarios privados, art. 30 III CC de las cadenas de tiendas de conveniencia, art. 16 CC del sector de hostelería de Cantabria, art. 7 CC de tintorerías y quitamanchas, lavanderías y establecimientos de lavado y planchado de Málaga, art. 22 CC

optan por el disfrute de una sola vez[364], o de disfrute ininterrumpido de gran parte de los treinta días naturales[365], o cuando menos quince de los treinta[366]. En una orientación contraria, hay convenios que permiten su fraccionamiento en tres períodos[367], aunque a veces sólo a petición del trabajador/a y con autorización expresa de la parte empleadora[368]. Parece razonable la cláusula que prescribe que los períodos fraccionados no pueden ser inferiores a siete días[369]. Aunque hay otra que admite solicitar períodos mínimos de cinco días hábiles consecutivos[370].

Reviste interés que el calendario de vacaciones se publique y exponga con la suficiente antelación, por ejemplo, dentro del primer trimestre del año[371], o con una antelación mayor a dos meses[372], o no más

---

del Grupo Champion y art. 29 I CC del Grupo Eroski. En el art. 37 IV CC marco estatal de servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal, como alternativa al disfrute ininterrumpido.

[364] Art. 28 CC para las industrias extractivas, industrias del vidrio, industrias cerámicas y para las del comercio exclusivista de los mismos materiales. La misma regla, "como norma general", en el art. 62 CC general de la industria salinera y en el art. 26 CC para el sector de grúas móviles autopropulsadas de Asturias, aunque admite el fraccionamiento en dos períodos.

[365] Por ejemplo, veintiuno, en el art. 47 CC general de trabajo de la industria textil y de la confección, en el art. 89 CC de ámbito estatal para las industrias del curtido, correas y cueros industriales y curtición de pieles para peletería, en el art. 18 CC de pirotecnia de la Comunidad Valenciana. Diecisiete días, en el art. 22 CC del Grupo Champion y en el art. 29 I CC del Grupo Eroski.

[366] Art. 47 XV CC de la industria química y art. 18 CC de la Comunidad Autónoma de Galicia para el sector de peluquerías de señoras, caballeros, unisex y belleza.

[367] Art. 19 CC marco para los establecimientos financieros de crédito y art. 12 II CC del balonmano profesional. También, art. 26 XXI CC de Banca, aunque sólo mediando acuerdo de las partes. Igualmente, art. 24 CC del sector de intervención social de Madrid y art. 33 XIII CC de la ONCE y su personal.

[368] Art. 27 I CC marco estatal de acción e intervención social.

[369] Art. 41 II CC estatal para las empresas de gestión y mediación inmobiliaria.

[370] Art. 45 II CC único para el personal laboral de la Administración General del Estado.

[371] Art. 22 V convenio colectivo estatal del sector de desinfección, desinsectación y desratización, art. 31 II CC estatal de instalaciones deportivas y gimnasios, art. 47 CC general de trabajo de la industria textil y de la confección, art. 19 CC marco para los establecimientos financieros de crédito, art. 37 IV CC marco estatal de servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal, art. 10 CC de limpieza de edificios y locales de Cáceres y art. 14 CC de industria de panadería de Ciudad Real.

[372] Tres meses, en el art. 46 CC de las empresas y trabajadores de perfumería y afines y en el art. 47 XV CC de la industria química.

tarde del 1 de abril[373], o antes del 1 de enero de cada año[374], o dentro del primer semestre[375], o antes del quince de mayo[376], o antes del 1 noviembre del año anterior[377].

En cuanto a las preferencias, desgraciadamente se imponen criterios que nada tienen que ver con la conciliación, como es el caso más clásico de la antigüedad[378]. Hay bastantes cláusulas que se refieren al establecimiento de un orden rotativo[379] -que a veces se erige en criterio fundamental o exclusivo[380]-, que contemplan un sistema de sorteo[381], o que prevén otras que deben definirse en ámbitos inferiores, como la edad del trabajador o la existencia o no de familiares a cargo, preferentemente hijos en edad escolar obligatoria o preescolar, para que las vacaciones coincidan con las del

---

[373] Art. 40 CC estatal para las industrias de elaboración del arroz.

[374] Art. 15 CC para las empresas del sector de harinas panificables y sémolas.

[375] Art. 26 CC estatal para la fabricación de helados.

[376] Art. 18 III CC de las administraciones de loterías.

[377] Art. 30 III CC de las cadenas de tiendas de conveniencia.

[378] Art. 54 CC estatal para las empresas y trabajadores de transporte de enfermos y accidentados en ambulancia, art. 14 CC para granjas avícolas y otros animales y art. 19 CC marco para los establecimientos financieros de crédito. Con carácter supletorio, en el art. 26 XXI CC de Banca. Es frecuente su utilización con carácter subsidiario o accesorio, como en el art. 37 IV CC marco estatal de servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal, en el art. 24 CC del sector de intervención social de Madrid y en el art. 33 XIII CC de la ONCE y su personal.

[379] Art. 56 III CC general de ámbito nacional para el sector de aparcamientos y garajes, art. 31 II CC estatal de instalaciones deportivas y gimnasios, art. 40 CC estatal para las industrias de elaboración del arroz, art. 14 CC para granjas avícolas y otros animales, art. 37 IV CC marco estatal de servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal, art. 18 III CC de las administraciones de loterías, art. 27 I CC marco estatal de acción e intervención social, art. 24 CC del sector de intervención social de Madrid, art. 33 XIII CC de la ONCE y su personal y art. 45 II CC único para el personal laboral de la Administración General del Estado.

[380] Art. 37 CC de grandes almacenes, art. 30 III CC de las cadenas de tiendas de conveniencia, art. 17 CC de pompas fúnebres de Badajoz, art. 7 CC de tintorerías y quitamanchas, lavanderías y establecimientos de lavado y planchado de Málaga, art. 22 CC del Grupo Champion.

[381] Juntamente con el rotatorio, en el art. 29 I CC del Grupo Eroski.

período lectivo[382]. Sobre esta última pueden plantearse ciertos problemas, porque no siempre la existencia de un mayor número de personas que dependen económicamente de la titular del derecho implica unas mayores necesidades conciliatorias. Acaso sería más conveniente optar por otros criterios más equitativos, tales como, vg., otorgar preferencia a los cabeza de familia de unidades monoparentales. Más acertada es la cláusula que contempla la preferencia, aunque no como criterio principal, de quienes tengan a su cargo personas dependientes o menores[383]. Y también resulta muy interesante y plausible la regla de que se tengan en cuenta las circunstancias especiales de los trabajadores/as migrantes[384]. También hay convenios que utilizan como criterio dirimente en caso de igualdad en otros preferentes el de la mayor edad[385].

Todavía en cuanto a la elección de fechas de vacaciones por parte de las personas con hijos menores a su cargo, alguna cláusula establece su derecho a disfrutar de al menos quince días en los meses de julio y agosto y, el resto de las vacaciones, coincidiendo con las escolares de Semana Santa o Navidad, si así lo solicitan[386].

---

[382] Art. 56 III CC general de ámbito nacional para el sector de aparcamientos y garajes, art. 31 II CC estatal de instalaciones deportivas y gimnasios. Este criterio de las responsabilidades familiares se repite en varios convenios. Vg., art. 30 CC para las industrias extractivas, industrias del vidrio, industria cerámicas y para las del comercio exclusivista de los mismos materiales, art. 11 CC de distribuidores cinematográficos, art. 33 XIII CC de la ONCE y su personal y art. 26 XXI CC de Banca. Éste contiene una definición *ad hoc* de época de vacaciones preescolares y escolares: "la que en cada caso disponga la Autoridad competente por razón de territorio, y por edad escolar la definida por el Ministerio de Educación y Ciencia como período legal de preescolarización y escolarización obligatoria, actualmente desde los 3 años hasta los 16 años, este período puede ampliarse hasta dos años más, cuando documentalmente se acredite que este tiempo está siendo empleado para que el alumno concluya el ciclo de enseñanza escolar obligatoria".

[383] Art. 27 I CC marco estatal de acción e intervención social. También, art. 24 CC del sector de intervención social de Madrid. El art. 45 II CC único para el personal laboral de la Administración General del Estado prevé también la toma en consideración de otros criterios.

[384] Art. 30 CC para las industrias extractivas, industrias del vidrio, industrias cerámicas y para las del comercio exclusivista de los mismos materiales.

[385] Art. 26 XXI CC de Banca.

[386] Art. 9.4 CC para la industria fotográfica.

Puede plantearse el problema de que el establecimiento de una fecha general de vacaciones para toda la plantilla exija mantener un turno que preste servicios durante la misma. En tal caso, hay preceptos que dan preferencia a la adscripción voluntaria a tal turno, aplicándose supletoriamente un sistema de rotación[387].

A causa de la nueva regla del art. 38.3 ET, referida al derecho a disfrutar las vacaciones en fecha alternativa en los casos en que el calendario de las mismas coincida con la suspensión por maternidad o con una incapacidad temporal derivada de embarazo, el parto o la lactancia natural –regla que incorporan explícitamente algunas cláusulas[388]-, se suscita la posible situación en relación con otras bajas derivadas de incapacidad temporal[389]. Algunos convenios expresan la regla de que en tal caso no se ostenta derecho a la fijación de días alternativos[390]. Otros, tan

[387] Art. 29 CC del sector de la mediación en seguros privados.

[388] Art. 60 IV CC general del sector de la construcción, art. 29 CC del sector de la mediación en seguros privados, art. 30 CC para las industrias extractivas, industrias del vidrio, industrias cerámicas y para las del comercio exclusivista de los mismos materiales, art. 47 XV CC de la industria química, art. 89 CC de ámbito estatal para las industrias del curtido, correas y cueros industriales y curtición de pieles para peletería, art. 19 CC marco para los establecimientos financieros de crédito, art. 26 XXI CC de Banca, art. 28 CC de la industria del calzado, art. 18 CC de pirotecnia de la Comunidad Valenciana, art. 38 CC de las Ikastolas del País Vasco y punto 4.3 Plan de Igualdad del Banco de Santander. Una incorporación parcial en el art. 47 CC general de trabajo de la industria textil y de la confección y también en el art. 15 CC para las empresas del sector de harinas panificables y sémolas. Igualmente parcial es la regla contenida en el art. 32 V CC de empresas de enseñanza privada sostenidas total o parcialmente con fondos públicos, la del art. 41 II CC estatal para las empresas de gestión y mediación inmobiliaria, la del art. 23 CC nacional de colegios mayores universitarios privados y la del art. 10 XX CC de autoescuelas, la del art. 27 I CC marco estatal de acción e intervención social, la del art. 38 XII CC de ámbito estatal para los centros de educación universitaria e investigación, la del art. 32 X CC de ámbito estatal de centros de asistencia y educación infantil, la del art. 16 CC del sector de hostelería de Cantabria, la del art. 42 CC del sector de empaquetado de tomates de la provincia de Las Palmas, la del art. 24 CC del sector de intervención social de Madrid y las del art. 29 I CC del Grupo Eroski y la del art. 45 II CC único para el personal laboral de la Administración General del Estado, aunque éstas anterior a la LO 3/2007, de 22 marzo.

[389] Algunas cláusulas previas a la entrada en vigor de la LO 3/2007, de 22 marzo, a causa de la jurisprudencia comunitaria dictada al respecto, ya aproximaban reglas parecidas a la actualmente vigente. Por ejemplo, art. 56 III CC general de ámbito nacional para el sector de aparcamientos y garajes.

[390] Aunque hay cláusulas que expresan el derecho de la persona afectada de cobrar la diferencia entre el subsidio y lo que se cobraría en concepto de salario de vacaciones. Vg., art. 41 IV CC colectivo general del sector de derivados del cemento, art. 60 IV CC general del sector de la construcción, art. 40 CC estatal del sector del corcho, art. 46 CC de las empresas y trabajadores de perfumería y afines, art. 62 CC general de la industria salinera, art. 47 XV CC de la industria química, art. 37 IV CC marco estatal de servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal y art. 52 CC de la industria del calzado.

sólo permiten el retraso de las vacaciones, dentro del año natural, cuando la persona interesada se encuentre en situación de incapacidad temporal antes de la fecha pactada de inicio de su disfrute[391], en ocasiones limitándolo incluso a los supuestos de contingencias profesionales[392], o también hospitalización no programada[393], o a que las fechas ya hubieran sido pactadas anteriormente[394], o a que la persona interesada sufra internamiento clínico, con o sin intervención quirúrgica, o enfermedad grave[395]. A veces, se establece un plazo mínimo de acceso a la incapacidad temporal antes de las vacaciones, aplicable sólo a los casos de contingencia común[396]. Hay preceptos que equiparan a la regla del art. 38.3 ET tan sólo las incapacidades temporales derivadas de accidentes de trabajo[397]. En términos más flexibles, hay preceptos que establecen el no cómputo como días disfrutados de vacaciones de los correspondientes a días en que el trabajador o la trabajadora hubiera estado en incapacidad temporal, siempre que la misma dé lugar a prestaciones del sistema de Seguridad Social[398], o

---

[391] Art. 22 V convenio colectivo estatal del sector de desinfección, desinsectación y desratización y art. 27 I CC marco estatal de acción e intervención social, aunque en éste condicionándose a la correspondiente autorización en función de los turnos concedidos. Igualmente, en el art. 24 CC del sector de intervención social de Madrid y en el art. 25 CC del cava y vinos espumosos de Cataluña.

[392] Art. 40 CC estatal del sector del corcho, art. 30 CC para las industrias extractivas, industrias del vidrio, industria cerámicas y para las del comercio exclusivista de los mismos materiales y art. 15 CC para las empresas del sector de harinas panificables y sémolas. En el art. 29 I CC del Grupo Eroski sólo en el caso de un accidente de trabajo que requiera intervención quirúrgica y hospitalización.

[393] Art. 41 II CC estatal para las empresas de gestión y mediación inmobiliaria.

[394] Art. 60 IV CC general del sector de la construcción.

[395] Art. 26 XXI CC de Banca. En cuyo caso, los días de vacaciones pendientes se disfrutarán cuando las necesidades del servicio lo permitan. La misma regla, aunque sin referencia a la enfermedad grave, en el art. 52 XII CC general de centros y servicios de atención a personas con discapacidad. Sólo "hospitalización", en el art. 33 XIII CC de la ONCE y su personal.

[396] Art. 40 CC estatal para las industrias de elaboración del arroz.

[397] Art. 89 CC de ámbito estatal para las industrias del curtido, correas y cueros industriales y curtición de pieles para peletería y art. 28 CC de la industria del calzado.

[398] Art. 29 CC del sector de la mediación en seguros privados.

haya sido reconocida por el médico de la Seguridad Social[399]. Y hay preceptos que reconocen expresamente la suspensión del cómputo vacacional cuando, durante su disfrute, se cae en situación de incapacidad temporal derivada de contingencia común[400]. De tal modo que se reanuda el tracto cuando se expida alta médica[401]. En regla de interpretación discutible, cierto precepto establece el no cómputo como días de vacaciones de aquéllos de internamiento clínico, con o sin intervención quirúrgica, o enfermedad grave justificada a satisfacción de la empresa[402]. Sólo algunos establecen en estos casos el mantenimiento del derecho a las vacaciones aunque haya finalizado el año natural[403].

Hay algún convenio que establece como regla general la designación de un nuevo período para disfrute si la persona está en incapacidad temporal en el período previsto, pero introduce dos importantes excepciones: 1) cuando en la empresa se interrumpa la producción por disfrute vacacional. 2) Cuando, antes de 31 enero de cada año la empresa establezca turnos de vacaciones durante el año de forma nominal. En este segundo caso, la empresa compensará la diferencia entre la prestación que el trabajador perciba de la Seguridad Social y su retribución total[404].

Todas estas reglas convencionales han incrementado su interés una vez que el TS, reunido en Sala General, haya unificado doctrina en el sentido de que, al margen de mejora convencional, la persona de baja por

---

[399] Art. 9.4 CC para la industria fotográfica.

[400] Sin distinguir el origen de la contingencia, art. 45 II CC único para el personal laboral de la Administración General del Estado.

[401] Art. 43 CC estatal de mantenimiento y conservación de instalaciones acuáticas. Claro que –matiza la cláusula- no por ello se prorroga el plazo de duración de los contratos temporales.

[402] Art. 19 CC marco para los establecimientos financieros de crédito.

[403] Art. 40 CC estatal para las industrias de elaboración del arroz.

[404] Art. 31 CC para el sector de conservas, semiconservas, ahumados, cocidos, secados, elaborados, salazones, aceite y harina de pescados y mariscos.

incapacidad temporal durante el turno de vacaciones que tenía asignado, no puede exigir de la empresa la fijación de turno alternativo, ni siquiera dentro del mismo año natural, cuando obtiene el alta médica[405].

En torno a la conexión de las vacaciones y la maternidad, hay convenios que establecen una medida de claro cariz de conciliación de vida personal y laboral, y consiste en admitir expresamente que "las trabajadoras en baja por maternidad podrán unir las vacaciones al período de baja por maternidad, siempre dentro del año natural"[406]. De mejor factura técnica y mayor ámbito de aplicación es el precepto de acuerdo con el cual "se establece el derecho de las madres y los padres a acumular el período de disfrute de las vacaciones al permiso de maternidad, lactancia y paternidad, aun habiendo expirado ya el año natural a que tal período corresponda. Asimismo se reconoce este derecho en el caso de adopción y acogimiento"[407].

Y hay cláusulas restrictivas de dudosa legalidad. Como la que limita, para el caso de que, dentro del ámbito del art. 38.3 ET, no puedan disfrutarse las vacaciones antes del final del año natural, la posibilidad de hacerlo hasta el 31 marzo del año siguiente[408]. En sentido inverso, es razonable el precepto que le otorga a la mujer embarazada derecho a priorizar su turno vacacional a partir del sexto mes de embarazo[409]. Y es interesante que se extienda la misma regla de la maternidad a las

---

[405] STS de 3 octubre 2007 (recurso de casación para la unificación de doctrina 5068/2005).

[406] Art. 41 CC de grandes almacenes. Sin esta exigencia expresa de que la acumulación se produzca dentro del año natural, en el art. 37 III CC de las cadenas de tiendas de conveniencia. También, art. 37 CC del Grupo Champion.

[407] Art. 45 II CC único para el personal laboral de la Administración General del Estado.

[408] Art. 41 II CC estatal para las empresas de gestión y mediación inmobiliaria.

[409] Art. 21 CC de distribuidores cinematográficos.

situaciones de suspensión por adopción o acogimiento[410]. O a las suspensiones por paternidad[411].

En una orientación contraria, y puesto que pueden ser incompatibles de otro modo con este nuevo párrafo del art. 38 ET, ciertas cláusulas de convenios deben interpretarse en el sentido de que no se aplican a las situaciones de incapacidad temporal derivadas de embarazo[412].

Pese a la caducidad de las vacaciones al concluir el año natural, debe constatarse cómo algún convenio otorga un plazo suplementario durante los primeros días o meses del año siguiente para disfrutar las no consumidas en el anterior[413].

VII. HORAS EXTRAORDINARIAS.

En torno a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, las cuestiones que se plantean se refieren sólo a la realización efectiva de estas horas y a su compensación por períodos alternativos de descanso. Resultan adecuadas las reglas que optan por su compensación por jornadas completas[414], máxime si el tiempo de compensación es mayor que el de realización de trabajo en horas extraordinarias[415]. O también las que

---

[410] Art. 60 XII CC general de centros y servicios de atención a personas con discapacidad ,art. 18 III CC de las administraciones de loterías y art. 33 XIII CC de la ONCE y su personal.

[411] Art. 46 CC de las empresas y trabajadores de perfumería y afines y art. 27 I CC marco estatal de acción e intervención social y art. 24 CC del sector de intervención social de Madrid.

[412] Es el caso del art. 40 CC estatal del sector del corcho.

[413] Entre otros, art. 14 II CC de Repsol YPF, s.a. y art. 45 II CC único para el personal laboral de la Administración General del Estado.

[414] Art. 29 CC estatal de elaboradores de productos cocinados para su venta a domicilio, art. 45 CC de las empresas y trabajadores de perfumería y afines y art. 29 XV CC estatal de empresas consultoras de planificación, organización de empresas y contable. También en el art. 26 I CC del Grupo Eroski, aunque se trata de “horas realizadas fuera de la planificación”, sin que se definan expresamente como extraordinarias.

[415] Por ejemplo, art. 42 CC estatal para las industrias de elaboración del arroz.

establecen un número máximo de horas al año por debajo de las ochenta que pueden compensarse económicamente[416], o simplemente un número inferior a las ochenta horas al año[417], o las que ponen topes diarios o mensuales[418], o las que exigen una inmediación entre trabajo extraordinario y descanso por debajo de los cuatro meses[419]. También es de interés la regla de que la opción entre descanso y pago le corresponda al trabajador o trabajadora[420]. O asimismo las que dejan al criterio personal de la interesada la elección del momento de la compensación, al menos en un porcentaje de las horas realizadas[421]. Es igualmente digna de mención la regla que establece un mínimo preaviso para el descanso compensatorio[422].

Otro tema de interés se refiere a las excepciones a la regla de la voluntariedad en su realización, al margen de las que se realizan a causa de fuerza mayor. En cuanto las excepciones resulten más amplias o más flexibles, las dificultades en orden a la conciliación de la vida extra-laboral se multiplican[423]. En este sentido, hay convenios que exceptúan la regla de la voluntariedad, además de las de fuerza mayor, "aquellas cuya no

---

[416] Art. 45 CC de las empresas y trabajadores de perfumería y afines.

[417] Art. 9 X CC de ámbito estatal de centros de asistencia y educación infantil.

[418] Dos horas extraordinarias al día o quince al mes como máximo, aunque sin contar las estructurales y de fuerza mayor, en el art. 11 CC para granjas avícolas y otros animales. Los mismos topes numéricos en el art. 9 XX CC de autoescuelas y en el art. 17 CC de industria de panadería de Ciudad Real.

[419] Art. 32 CC de grandes almacenes y art. 23 CC de ámbito estatal de gestorías administrativas. También, en el art. 26 I CC del Grupo Eroski, para los excesos de jornada.

[420] Art. 45 CC de las empresas y trabajadores de perfumería y afines. También, en el art. 13 del CC para las empresas del sector de harinas panificables y sémolas, aunque sólo si la empresa no ha decidido la opción en los quince días inmediatamente siguientes a su realización. Igualmente, en el art. 29 CC para el sector de conservas, semiconservas, ahumados, cocidos, secados, elaborados, salazones, aceite y harina de pescados y mariscos. También elige aparentemente la persona trabajadora en el art. 43 XII CC general de centros y servicios de atención a personas con discapacidad. Asimismo, art. 9 CC del sector de empaquetado de tomates de la provincia de Las Palmas.

[421] El 50 por 100, en el art. 42 CC estatal para las industrias de elaboración del arroz.

[422] De siete días, en el art. 42 CC estatal para las industrias de elaboración del arroz.

[423] Vg., véanse reglas, más o menos rígidas al respecto, en el art. 45 CC de las empresas y trabajadores de perfumería y afines.

realización produzca a la empresa graves perjuicios o impida la continuidad de la producción…”[424], o las que se realicen en caso de riesgo de pérdida de materias primas[425], así como las correspondientes a la realización de dos balances o inventarios[426].

Como regla interesante, y de compensación por descanso, hay cláusulas que incorporan las realizadas por los trabajadores/as en la bolsa de tiempo a su favor que regula el propio convenio[427].

VIII. ORGANIZACIÓN DEL TRABAJO.

Se registran algunas cláusulas de tipo admonitorio, algunas de desastrosa factura técnica en cuanto conciben que las cuestiones de conciliación de vida personal, familiar y laboral atañen fundamentalmente a las mujeres[428].

Hay muy interesantes cláusulas consistentes en ciertas formas de auto-organización del trabajo por parte de las propias personas trabajadoras. Se trata de que entre ellas mismas puedan suplirse o disponer sobre cuándo van a prestar servicios, de tal modo que puedan “cubrirse” recíprocamente, de tal modo que puedan atender con más flexibilidad sus obligaciones personales. En esta línea, vg., hay que hacer referencia a alguna cláusula que permite, con ciertas condiciones de preaviso a la empresa, el cambio de turno entre trabajadores y trabajadoras “sin

---

[424] Art. 43 XV CC de la industria química. En términos similares, art. 43 XII CC general de centros y servicios de atención a personas con discapacidad.

[425] Art. 34 CC de grandes almacenes.

[426] Art. 28 III CC de las cadenas de tiendas de conveniencia.

[427] Art. 43 XV CC de la industria química.

[428] Es el caso del art. 44 XXI CC de Banca: “en los derechos de los trabajadores con responsabilidades familiares y, especialmente, en las circunstancias que rodean a la mujer trabajadora se tendrá en cuenta por las empresas en la organización del trabajo la Ley de conciliación de la vida familiar y laboral”.

discriminación alguna", garantizándose, eso sí, que quien sustituye posee conocimientos suficientes para el desarrollo de la actividad[429]. En la misma línea se prevé "con el fin de que se pueda conciliar la vida personal, familiar y laboral", que en las empresas en que se haya establecido un sistema de trabajo a turnos, y dos personas estén interesadas en intercambiarse los suyos respectivos, se favorecerá la adscripción voluntaria a uno determinado siempre que las circunstancias lo permitan[430].

También hay reglas que reconocen preferencia en la elección de turno de trabajo sobre nuevas contrataciones a "los trabajadores con hijos menores de tres años de edad". Todo ello rodeado de ciertas exigencias documentales[431]. La regla es, sin duda interesante, pero técnicamente mejorable. Primero, porque no siempre las personas con descendientes menores de tres años van a ser las que tengan más necesidades de conciliar su vida laboral con la personal y familiar. Segundo, por el evidente olvido del cuidado de las personas mayores dependientes. Y tercero porque ni siquiera establece una medida de acción positiva en favor de las mujeres, como desde luego sería pertinente. Algún precepto que incide en una regla de este tipo, prevé la toma en consideración de las personas afectadas por la elección de la beneficiaria del derecho[432].

Es una obviedad decir que la mayoría de las normas convencionales omiten reglas de este tipo, especialmente en ciertos ámbitos en los que la turnicidad está fuertemente implantada, pero en los que las partes negociadoras no se plantean problemas de ajuste con las necesidades extralaborales de las personas.

---

[429] Art. 35 CC estatal para las empresas y trabajadores de transporte de enfermos y accidentados en ambulancia.

[430] Art. 43 CC de las empresas y trabajadores de perfumería y afines.

[431] Art. 50 CC estatal de elaboradores de productos cocinados para su venta a domicilio.

[432] Art. 39 III CC de las cadenas de tiendas de conveniencia.

Al margen de cuestiones de turnicidad, alguna cláusula establece cláusulas de horario flexible o que conceden cierto margen de decisión a las personas sobre su propio horario, pero sólo para determinadas categorías o grupos profesionales. Es lo que hace, vg., el convenio colectivo de grandes almacenes, para el grupo de los mandos: "podrán flexibilizar su horario de forma que, respetando el máximo [de jornada] establecido en el artículo anterior, pueden 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 en el área o división, siempre que quede garantizada una correcta atención a los objetivos del puesto"[433].

También en relación con la organización del trabajo hay que hacer referencia a las cláusulas de convenios que regulan el teletrabajo. Se trata de un sistema de trabajo con muy fuertes peculiaridades, pero al que sin duda se le atribuyen muchas posibilidades de adaptación a las necesidades de las personas. En este sentido, las reglas que establecen un régimen voluntario y reglado, en línea con el Acuerdo Europeo, merecen sin lugar a dudas una valoración positiva[434]. Ya al margen del teletrabajo, pero en relación con las tecnologías de la información y de la comunicación, puede destacarse la regla de que " se potenciará el uso de la videoconferencia como vía para reducir la necesidad de los viajes de trabajo y facilitar una mejor conciliación de la vida personal y familiar"[435].

Una modalidad muy tradicional y conocida de ajuste de las necesidades personales entre dos trabajadores/as es la de las permutas, que se regulan en algunos convenios colectivos en los preceptos destinados a

---

[433] Art. 32 CC de grandes almacenes. También, art. 21 CC del Grupo Champion y art. 28 I CC del Grupo Eroski.

[434] Entre otras, art. 10 XV CC de la industria química.

[435] Punto 3.7 Plan de Igualdad del Banco de Santander.

los traslados o a la movilidad geográfica, con más o menos requisitos formales y materiales[436]. Como instituciones parecidas, hay cláusulas que contemplan el traslado por solicitud de persona interesada[437] o por mutuo acuerdo[438]. En el caso del traslado por solicitud de la persona trabajadora, como criterios de prioridad aparecen el supuesto de reunificación familiar y el criterio de la antigüedad en la solicitud[439]. Sin concederse derechos subjetivos, algún convenio, para la cobertura de vacantes en la misma plaza o próximas, dispone que, sin menoscabo de sus facultades de organización, las empresas, "siempre que concurra la idoneidad de los solicitantes, tendrán en cuenta las peticiones voluntarias y las circunstancias de la proximidad domiciliaria del trabajador"[440].

Todavía en cuanto a reglas de organización del trabajo, merecen comentarse ciertas preferencias no previstas en el ET. Por ejemplo, algunas relativas a personas trabajadoras miembros de familias numerosas: prioridad de permanencia en caso de movilidad geográfica y de conservación de sus condiciones de trabajo y mantenimiento de su empleo en casos de despido objetivo o colectivo[441]. Hay algún precepto que, con carácter programático, dispone que "en lo referido a la política de traslados, se tendrá en cuenta como uno de los criterios a seguir, las diferentes situaciones familiares, con la finalidad de una mejor conciliación entre la

---

[436] Por ejemplo, art. 7.7 CC para la industria fotográfica, art. 15 CC del Grupo Champion y art. 32 II CC único para el personal laboral de la Administración General del Estado.

[437] Vg., art. 25 II CC único para el personal laboral de la Administración General del Estado.

[438] Art. 18 CC de grandes almacenes y art. 12 II CC de Repsol YPF, s.a.

[439] Art. 24 CC marco para los establecimientos financieros de crédito. Aunando varias técnicas, el art. 9 CC de industria de panadería de Ciudad Real establece que "los traslados de personal sólo podrán efectuarse por solicitud del interesado, por acuerdo entre la empresa y el trabajador o por permuta con otro trabajador de distinta localidad, dentro de la misma empresa, siempre que exista acuerdo entre ambos y la empresa".

[440] Art. 30 XXI CC de Banca.

[441] Art. 27 III CC de las administraciones de loterías.

vida personal, familiar y laboral", a lo cual añade que "no se adoptarán medidas de traslado a otro municipio durante la situación de embarazo y lactancia de la mujer trabajadora"[442].

IX. PERMISOS Y LICENCIAS.

En esta materia, a diferencia de las de cuantificación y distribución de la jornada, sí que es más factible introducir cláusulas que, al margen de facilitar que las personas puedan conciliar su vida personal, familiar y laboral, persigan la corresponsabilización de los trabajadores varones. De ahí que resulte muy importante contrastar las mejoras que introduzcan los convenios colectivos.

Por cuestiones de priorización de los temas más centrales, se prescinde del análisis del permiso por matrimonio, del que existen múltiples mejoras cuantitativas y extensiones a parejas de hecho, en este caso rodeadas de mayores o menores requisitos formales. También, de permisos por otros acontecimientos familiares, más o menos vinculados a ciertos ritos católicos.

Se detectan numerosas mejoras en días de permisos para el caso de fallecimiento, hospitalización o enfermedad de parientes[443], en algunos

---

[442] Punto 3.5 del Plan de Igualdad del Banco de Santander.

[443] Prescindiendo de casos de desplazamientos, vg., a tres días, en el anexo V del IV CC colectivo general del sector de derivados del cemento, en el art. 23 V convenio colectivo estatal del sector de desinfección, desinsectación y desratización, en el art. 70 IV CC general del sector de la construcción, en el anexo 0 del CC estatal del sector del corcho, en el art. 46 CC estatal de elaboradores de productos cocinados para su venta a domicilio, en el art. 32 CC del sector de la mediación en seguros privados, art. 30 CC para las industrias extractivas, industrias del vidrio, industrias cerámicas y para las del comercio exclusivista de los mismos materiales, art. 41 CC estatal para las industrias de elaboración del arroz, art. 54 CC general de trabajo de la industria textil y de la confección, art. 16 CC estatal para las industrias de hormas, tacones, cuñas, pisos y cambrillones de madera y corcho, art. 17 CC para las empresas del sector de harinas panificables y sémolas, art. 16 CC para granjas avícolas y otros animales, art. 38 CC de grandes almacenes, art. 27 CC estatal para la fabricación de helados, art. 24 V CC estatal para los centros de enseñanzas de peluquería y estética, de enseñanzas musicales y de artes aplicadas y oficios artísticos, art. 17 VI CC de enseñanza y formación no reglada, art. 37 V CC de empresas de enseñanza privada sostenidas total o parcialmente con fondos públicos, art. 49 VIII CC de centros de enseñanza privada de

casos con la muy interesante y plausible técnica de mejorar tan sólo el permiso en el caso de consanguíneos y no de afines[444], o la menos interesante de seleccionar sólo como afines a suegro/a[445]. O se introducen mejoras sólo para los familiares directos –cónyuge y consanguíneos de primer grado[446]-, o para el fallecimiento de cónyuge[447] y de hijos[448], o algunos más, con remisión al límite legal de los demás encuadrables en el art. 37.3 b) ET[449]. Deben destacarse, como reglas interesantes, ciertas cláusulas que establecen la concesión de días adicionales si son necesarios, pero teniendo éstos el carácter de recuperables de la manera en que indique

---

régimen general o enseñanza regada sin ningún nivel concertado o subvencionado, art. 21 CC de distribuidores cinematográficos, art. 24 CC nacional de colegios mayores universitarios privados, art. 35 III CC de las cadenas de tiendas de conveniencia, art. 48 IV CC marco estatal de servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal, art. 11 XX CC de autoescuelas, art. 53 XII CC general de centros y servicios de atención a personas con discapacidad, art. 21 III CC de las administraciones de loterías, art. 39 XII CC de ámbito estatal para los centros de educación universitaria e investigación, art. 29 X CC de ámbito estatal de centros de asistencia y educación infantil, art. 18 CC de pompas fúnebres de Badajoz, art. 15 CC de industria de panadería de Ciudad Real, art. 21 CC del sector de empaquetado de tomates de la provincia de Las Palmas, art. 27 CC del sector de intervención social de Madrid, art. 18 CC del campo para la provincia de Cádiz, art. 27 CC para el sector de grúas móviles autopropulsadas de Asturias, art. 25 CC de tintorerías y quitamanchas, lavanderías y establecimientos de lavado y planchado de Málaga, art. 38 CC de las Ikastolas del País Vasco, art. 14 II CC de Repsol YPF, s.a. y art. 37 XIII CC de la ONCE y su personal. A tres días, pero con algunas variantes de interés, en el art. 30 I CC marco estatal de acción e intervención social. A cuatro días, en el art. 22 XV CC estatal de empresas consultoras de planificación, organización de empresas y contable y en el art. 45 I CC del Grupo Eroski. A cinco días en el art. 35 CC del Grupo Champion. A diez días –sólo cinco retribuidos- en el art. 23 V convenio colectivo estatal del sector de desinfección, desinsectación y desratización.

[444] Anexo V del IV CC colectivo general del sector de derivados del cemento. También, art. 17 CC para el sector de conservas, semiconservas, ahumados, cocidos, secados, elaborados, salazones, aceite y harina de pescados y mariscos, hasta cinco días, tanto en caso de fallecimiento como de enfermedad grave, hospitalización e intervención quirúrgica de índole mayor.

[445] Anexo 0 del CC estatal del sector del corcho.

[446] Cuatro días, en el art. 44 CC estatal de mantenimiento y conservación de instalaciones acuáticas. Y, en sentido descendiente, tres días para consanguíneos de segundo grado o afines. Tres días, en el art. 6.3 CC para las Cajas de Ahorro, sólo para parientes de primer grado de consanguinidad o afinidad. También, art. 20 CC de limpieza de edificios y locales de Cáceres, art. 19 CC del sector de hostelería de Cantabria, art. 19 CC del sector de oficinas y despachos de Salamanca y art. 47 II CC único para el personal laboral de la Administración General del Estado. Y cuatro días en el art. 21 CC del sector de empaquetado de tomates de la provincia de Las Palmas, aunque sólo para el caso de fallecimiento.

[447] A tres días, en el art. 27 XXI CC de Banca. A cinco días, en el art. 45 I CC del Grupo Eroski.

[448] A cinco días, en el art. 27 XXI CC de Banca. A cinco días, en el art. 45 I CC del Grupo Eroski.

[449] Anexo II del III CC estatal de la madera.

la empresa[450], o pudiendo acordarse la no percepción de haberes[451]. O las que admiten el fraccionamiento del permiso, vg., en caso de hospitalizaciones prolongadas, siempre que persistan las circunstancias que dieron lugar al mismo[452], o el fraccionamiento en medias jornadas[453], o su disfrute de forma discontinua[454], o al menos no consecutiva[455]. O también permitiéndose el comienzo demorado del mismo cuando, en caso de ingreso hospitalario, se establezcan turnos para cuidar de la persona familiar ingresada, en cuyo caso podrá utilizarse cuando corresponda el turno que se tiene asignado en la distribución familiar[456]. O la sustitución de días naturales por un número menor de días laborables[457], o el establecimiento de los días previstos en el art. 37.3 ET como hábiles[458], o por un número equivalente, pero sólo en el caso de los parientes más próximos[459]. Hay cláusulas que extienden el permiso, aunque por debajo de los dos días, en el caso de familiares que no se incluyan en la regla mínima del art. 37.3 ET, o de otras personas que convivan en el hogar familiar[460].

---

[450] Art. 46 CC estatal de elaboradores de productos cocinados para su venta a domicilio y art. 28 II CC estatal de instalaciones deportivas y gimnasios.

[451] Art. 48 XV CC de la industria química. También, art. 22 III CC de las administraciones de loterías, con quince días adicionales no retribuidos, aunque sólo en casos de desplazamiento al extranjero.

[452] Art. 32 CC del sector de la mediación en seguros privados y art. 30 CC para las industrias extractivas, industrias del vidrio, industrias cerámicas y para las del comercio exclusivista de los mismos materiales y art. 45 I CC del Grupo Eroski.

[453] Art. 27 CC para el sector de grúas móviles autopropulsadas de Asturias.

[454] Art. 21 III CC de las administraciones de loterías.

[455] Art. 19 CC del sector de hostelería de Cantabria.

[456] Art. 38 CC de grandes almacenes. También, con minuciosa regulación, art. 35 CC del Grupo Champion.

[457] Art. 17 CC para el sector de conservas, semiconservas, ahumados, cocidos, secados, elaborados, salazones, aceite y harina de pescados y mariscos: cinco días naturales o tres laborables.

[458] Art. 19 CC de pirotecnia de la Comunidad Valenciana y art. 37 XIII CC de la ONCE y su personal.

[459] Cónyuge y familiares de primer grado, en el art. 35 III CC de las cadenas de tiendas de conveniencia.

Alguna otra mejora ha sido absorbida por la LO 3/2007, de 22 marzo, en relación con intervenciones quirúrgicas que no requieren hospitalización[461].

Algún convenio introduce la posibilidad de que la enfermedad grave persista después de cierto tiempo, al objeto de reconocer un ulterior permiso pasados treinta días consecutivos desde la finalización del anterior[462].

Como práctica harto razonable, hay alguna cláusula que incrementa el permiso en caso de fallecimiento de cónyuge o pareja de hecho hasta los siete días, y reconoce siete días más en caso de que haya hijos menores a cargo[463]. O que mejora el permiso a los cinco días sólo en caso de fallecimiento del cónyuge o persona vinculada con análoga relación afectiva, padres e hijos[464]. O a los seis días en caso de fallecimiento de "cónyuge, padres, hijos, hermanos o nietos"[465]. O que concede una "excedencia" con derecho de reserva de puesto de trabajo de dos meses de duración a la persona trabajadora con hijos/as menores de catorce años a quien le falleciera el cónyuge[466]. O garantiza un permiso no retribuido de duración no superior a un mes en caso de fallecimiento de cónyuge, pareja de hecho o hijos[467].

---

[460] Entre otros, en el art. 54 CC general de trabajo de la industria textil y de la confección, art. 18 CC de pompas fúnebres de Badajoz, art. 20 CC de limpieza de edificios y locales de Cáceres, art. 21 CC del sector de empaquetado de tomates de la provincia de Las Palmas, art. 18 CC del campo para la provincia de Cádiz y art. 27 CC para el sector de grúas móviles autopropulsadas de Asturias.

[461] Art. 54 CC general de trabajo de la industria textil y de la confección.

[462] Art. 38 CC de las Ikastolas del País Vasco.

[463] Art. 17 CC para las empresas del sector de harinas panificables y sémolas.

[464] Art. 28 CC de ámbito estatal de gestorías administrativas. También, art. 38 CC de las Ikastolas del País Vasco. En este caso, también cinco días por enfermedad grave justificada.

[465] Art. 25 CC de tintorerías y quitamanchas, lavanderías y establecimientos de lavado y planchado de Málaga.

[466] Art. 41 III CC de las cadenas de tiendas de conveniencia.

[467] Art. 47 II CC único para el personal laboral de la Administración General del Estado.

Con el establecimiento del permiso por paternidad, cobran todavía más relieve los permisos por nacimiento de hijo/a. Hay muchos convenios que mejoran el mínimo del art. 37.3 de dos días[468], o expresan que también se concede por adopción[469], o acogimiento familiar o preadoptivo[470] o que en este caso se conceden más días, retribuidos o no, que en el caso de la filiación natural[471]. Alguna cláusula incrementa los días de permiso, por ejemplo a cuatro, en el caso de enfermedad grave de la madre o del recién nacido[472], o parto por cesárea[473]. Otras, sin mejorar el mínimo de dos días,

---

[468] Prescindiendo de casos de desplazamientos, a tres días, en el Anexo V del IV CC colectivo general del sector de derivados del cemento. Igualmente, Anexo 0 del CC estatal del sector del corcho, art. 18 CC de la recuperación de residuos y materias primas secundarias, art. 46 CC estatal de elaboradores de productos cocinados para su venta a domicilio, art. 32 CC del sector de la mediación en seguros privados, art. 30 CC para las industrias extractivas, industrias del vidrio, industrias cerámicas y para las del comercio exclusivista de los mismos materiales, art. 41 CC estatal para las industrias de elaboración del arroz, art. 16 CC estatal para las industrias de hormas, tacones, cuñas, pisos y cambrillones de madera y corcho, art. 16 CC para granjas avícolas y otros animales, art. 38 CC de grandes almacenes, art. 28 CC de ámbito estatal de gestorías administrativas, art. 27 CC estatal para la fabricación de helados, anexo II del III CC estatal de la madera, art. 24 V CC estatal para los centros de enseñanzas de peluquería y estética, de enseñanzas musicales y de artes aplicadas y oficios artísticos, art. 17 VI CC de enseñanza y formación no reglada, art. 49 VIII CC de centros de enseñanza privada de régimen general o enseñanza regada sin ningún nivel concertado o subvencionado, art. 21 CC de distribuidores cinematográficos, art. 24 CC nacional de colegios mayores universitarios privados, art. 48 IV CC marco estatal de servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal, art. 53 XII CC general de centros y servicios de atención a personas con discapacidad, art. 21 III CC de las administraciones de loterías, art. 30 I CC marco estatal de acción e intervención social, art. 39 XII CC de ámbito estatal para los centros de educación universitaria e investigación, art. 29 X CC de ámbito estatal de centros de asistencia y educación infantil, art. 6.3 CC para las Cajas de Ahorro, art. 18 CC de pompas fúnebres de Badajoz, art. 20 CC de limpieza de edificios y locales de Cáceres, art. 15 CC de industria de panadería de Ciudad Real, art. 27 CC del sector de intervención social de Madrid, art. 25 CC de tintorerías y quitamanchas, lavanderías y establecimientos de lavado y planchado de Málaga y art. 38 CC de las Ikastolas del País Vasco. A tres días "laborables", en el art. 18 CC del campo para la provincia de Cádiz. A cuatro días, en el art. 19 CC del sector de hostelería de Cantabria. A cinco días, en el art. 17 CC para las empresas del sector de harinas panificables y sémolas, en el art. 36 III CC de las cadenas de tiendas de conveniencia y en el art. 35 CC del Grupo Champion. A siete días, en el art. 21 CC del sector de empaquetado de tomates de la provincia de Las Palmas. A diez días naturales, en el art. 14 II CC de Repsol YPF, s.a. y en el art. 47 II CC único para el personal laboral de la Administración General del Estado.

[469] Art. 23 V convenio colectivo estatal del sector de desinfección, desinsectación y desratización y art. 41 CC estatal para las industrias de elaboración del arroz, art. 63 CC general de la industria salinera, Anexo II del III CC estatal de la madera, art. 21 CC del sector de empaquetado de tomates de la provincia de Las Palmas, art. 26 CC del cava y vinos espumosos de Cataluña y art. 47 II CC único para el personal laboral de la Administración General del Estado.

[470] Art. 28 CC de ámbito estatal de gestorías administrativas. De una semana a un mes, en el art. 27 XXI CC de Banca.

[471] Art. 23 V convenio colectivo estatal del sector de desinfección, desinsectación y desratización.

añaden que uno de los dos debe ser hábil a los efectos del Registro Civil[474], o que ambos deben ser hábiles[475], o también que pueden no ser consecutivos, pero comprendidos en los quince días siguientes al nacimiento o llegada al hogar de la persona adoptada[476]. Hay algún precepto que sustituye los dos días por dieciséis horas, que pueden disfrutarse a lo largo del año en curso[477]. Es de interés alguna regla que incrementa los días, pero no para utilizar la mejora sin solución de continuidad, sino dentro de un período de 30 días siguientes a la fecha de nacimiento[478]. Alguna cláusula no establece tanto un permiso retribuido como una ampliación compensable con descuento de festivos o vacaciones[479].

Hay preceptos dudosos en su interpretación, como alguno, poco posterior en su publicación a la LO 3/2007, de 22 marzo, que establece un permiso por nacimiento de hijo de quince días[480]. Podría entenderse que en ese plazo pretende incluir no sólo el permiso del art. 37.3 ET, sino la suspensión del art. 48 bis ET. Aunque del tenor literal del precepto debería deducirse que en tal caso al permiso de quince días debería seguirle la

---

[472] Art. 63 CC general de la industria salinera. Regla parecida en el art. 27 CC estatal para la fabricación de helados.

[473] Art. 48 XV CC de la industria química.

[474] Art. 48 XV CC de la industria química. O simplemente las hora precisas, en el art. 27 CC estatal para la fabricación de helados.

[475] Art. 19 CC de pirotecnia de la Comunidad Valenciana y art. 37 XIII CC de la ONCE y su personal. El art. 14 II CC de Repsol YPF, s.a. reconoce, para el personal a turnos, cinco días laborables de disfrute al menos, de los diez naturales que reconoce en general.

[476] Art. 38 CC de las Ikastolas del País Vasco.

[477] Art. 26 CC del cava y vinos espumosos de Cataluña.

[478] Art. 27 XXI CC de Banca.

[479] Art. 48 IV CC marco estatal de servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal.

[480] Art. 44 CC estatal de mantenimiento y conservación de instalaciones acuáticas.

suspensión de trece días, probablemente fuera otra la voluntad de las partes negociadoras. En una orientación diferente, habría que preguntarse si deben considerarse vigentes cláusulas que reconocían permisos adicionales no retribuidos, vg., de quince días, en convenios anteriores a la LO 3/2007, de 22 marzo[481].

Resulta de interés la regla de acuerdo con la cual se reconoce una licencia de un mes sin sueldo en los casos de nacimiento o adopción o acogimiento de hijos o fallecimiento, hospitalización, enfermedad grave o intervención quirúrgica que requiera reposo[482]. O para el traslado al extranjero para realizar los trámites de una adopción internacional[483]. O ciertas cláusulas que conceden licencia sin retribución de 30 días al año que pueden disfrutarse por períodos no inferiores a dos días y con ciertas limitaciones en su determinación[484]. O alguna que reconoce un mes sin sueldo para someterse a técnicas de reproducción asistida[485]. U otra, que además del permiso del art. 37.3 b) ET, ya sea o no en su mínimo legal, reconoce otros cinco días de licencia retribuidos más para varias finalidades, de los cuales dos de nuevo pueden ser para nacimiento de hijos[486].

---

[481] Es el caso del art. 22 III CC de las administraciones de loterías, aunque restringido a despazamientos al extranjero.

[482] Art. 30 CC del sector de la mediación en seguros privados. De una semana a un mes en el art. 27 XXI CC de Banca.

[483] Art. 20 CC marco para los establecimientos financieros de crédito, art. 45 II CC estatal para las empresas de gestión y mediación inmobiliaria y punto 4.4 Plan de Igualdad del Banco de Santander. Dos meses con esta finalidad en el art. 61 XII CC general de centros y servicios de atención a personas con discapacidad. Entre una semana y un mes, en el art. 6.4 CC para las Cajas de Ahorros.

[484] Art. 39 CC de grandes almacenes.

[485] Art. 20 CC marco para los establecimientos financieros de crédito, art. 45 II CC estatal para las empresas de gestión y mediación inmobiliaria y punto 4.4 Plan de Igualdad del Banco de Santander. Dos meses sin sueldo en el art. 61 XII CC general de centros y servicios de atención a personas con discapacidad. Entre una semana y un mes, como permiso no retribuido, en el art. 6.4 CC para las Cajas de Ahorros. Reconoce derecho a ausencias retribuidas para la realización de técnicas de reproducción asistida el art. 22 CC de limpieza de edificios y locales de Cáceres y art. 47 II CC único para el personal laboral de la Administración General del Estado. Un día “para la aplicación de nuevas técnicas de fecundación”, en el art. 21 CC del sector de empaquetado de tomates de la provincia de Las Palmas.

Asimismo merece comentario alguna cláusula que establece un permiso para tramitar documentos relativos a la adopción o al acogimiento[487]. U otra que establece un derecho a una licencia no retribuida de quince días naturales para la realización de los trámites de adopción o acogimiento[488], ampliables a sesenta días en los casos internacionales[489]. O de dos meses, con mantenimiento de las retribuciones básicas, en el caso de adopción internacional, cuando es necesario el desplazamiento de los progenitores al país de origen de la persona adoptada[490]. En estas cláusulas se aprecia claramente el influjo del actual art. 49 del Estatuto Básico del Empleado Público[491].

Tienen importancia los permisos por asuntos propios, o "de libre disposición"[492], en la medida en que permiten la atención puntual de imprevistos correspondientes a la vida extralaboral. Muchos convenios los reconocen, retribuidos y de breve duración[493], aunque condicionados en

---

[486] O también para fallecimiento de parientes por consanguinidad, de nuevo con esta limitación que se ha valorado positivamente. Art. 38 CC de grandes almacenes.

[487] Art. 46 CC estatal de elaboradores de productos cocinados para su venta a domicilio. Hasta tres días o su equivalente en horas, en el art. 21 III CC de las administraciones de loterías.

[488] Un día retribuido y quince no retribuidos en el art. 89 CC de ámbito estatal para las industrias del curtido, correas y cueros industriales y curtición de pieles para peletería, ampliables a treinta en caso de adopción o acogimiento internacional. Un día retribuido para estos trámites en el art. 36 III CC de las cadenas de tiendas de conveniencia.

[489] Art. 36 CC para las industrias extractivas, industrias del vidrio, industrias cerámicas y para las del comercio exclusivista de los mismos materiales. También quince días en el art. 54 CC general de trabajo de la industria textil y de la confección. Plazos similares en el art. 52 XV CC de la industria química y en el art. 27 CC de la industria del calzado.

[490] Art. 47 II CC único para el personal laboral de la Administración General del Estado.

[491] Ley 7/2007, de 12 abril. En concreto, el siguiente pasaje: "si fuera necesario del desplazamiento previo de los progenitores al país de origen del adoptado, en los casos de adopción o acogimiento internacional, se tendrá derecho, además, a un permiso de hasta dos meses de duración, percibiendo durante este período exclusivamente las retribuciones básicas".

[492] Art. 81 CC de ámbito estatal para las industrias del curtido, correas y cueros industriales y curtición de pieles para peletería.

[493] De un día, en el art. 81 CC de ámbito estatal para las industrias del curtido, correas y cueros industriales y curtición de pieles para peletería, o el tiempo proporcional, en caso de contrato a tiempo parcial. También de un día en el art. 18 CC para las empresas del sector de harinas panificables y sémolas y en el art. 18 CC del sector de hostelería de Cantabria. De ocho horas al año, en el art. 26 CC del cava y

ciertos de ellos a algunas exigencias: que no pueden acumularse al disfrute de vacaciones, disfrutarse conjuntamente o pasarse al año siguiente, o que la empresa puede excluir para su disfrute los períodos punta de actividad[494]. O que el número de ausencias no puede superar un umbral tal que perturbe la normalidad del proceso productivo[495].

Otro permiso no previsto en el ET sobre el que los convenios inciden bastante es el de consultas médicas. Cuando se trata de consultas de la propia persona trabajadora, los preceptos suelen reconocer el tiempo necesario[496], y exigir la oportuna acreditación[497], aunque en ocasiones se establece un número máximo de horas al año a modo de "crédito de

---

vinos espumosos de Cataluña. De dos días, en el art. 55 CC estatal para las empresas y trabajadores de transporte de enfermos y accidentados en ambulancia, en el art. 41 II CC estatal para las empresas de gestión y mediación inmobiliaria, en el art. 10 XX CC de autoescuelas, en el art. 45 CC general de trabajo de la industria textil y de la confección, aunque en este caso en proporción, para el trabajo a tiempo parcial, en el art. 10 CC de limpieza de edificios y locales de Cáceres y en el art. 25 CC de tintorerías y quitamanchas, lavanderías y establecimientos de lavado y planchado de Málaga. De tres días, en el art. 23 V convenio colectivo estatal del sector de desinfección, desinsectación y desratización, en el art. 28 II CC estatal de instalaciones deportivas y gimnasios, en el art. 44 CC estatal de mantenimiento y conservación de instalaciones acuáticas, en el art. 21 III CC de las administraciones de loterías, en el art. 31 I CC marco estatal de acción e intervención social, en el art. 28 CC del sector de intervención social de Madrid y en el art. 19 CC del sector de oficinas y despachos de Salamanca. De cuatro días por cada año natural en el art. 27 XXI CC de Banca y en el art. 48 IV CC marco estatal de servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal. Con cinco días, en el art. 38 XIII CC de la ONCE y su personal. Seis días, en el art. 93 XII CC general de centros y servicios de atención a personas con discapacidad y en el art. 47 II CC único para el personal laboral de la Administración General del Estado.

[494] Art. 10.1 CC para la industria fotográfica.

[495] Art. 81 CC de ámbito estatal para las industrias del curtido, correas y cueros industriales y curtición de pieles para peletería.

[496] Art. 46 CC estatal de elaboradores de productos cocinados para su venta a domicilio, art. 52 CC de las empresas y trabajadores de perfumería y afines, art. 30 CC del sector de la mediación en seguros privados, art. 44 CC estatal de mantenimiento y conservación de instalaciones acuáticas, art. 10.1 CC para la industria fotográfica, art. 35 III CC de las cadenas de tiendas de conveniencia, art. 11 XX CC de autoescuelas, art. 15 CC de industria de panadería de Ciudad Real, art. 25 CC de tintorerías y quitamanchas, lavanderías y establecimientos de lavado y planchado de Málaga, art. 38 CC de las Ikastolas del País Vasco y art. XIII CC de la ONCE y su personal, entre otros muchos.

[497] Art. 23 V convenio colectivo estatal del sector de desinfección, desinsectación y desratización, art. 30 CC del sector de la mediación en seguros privados, art. 38 CC de grandes almacenes, art. 28 CC de ámbito estatal de gestorías administrativas, entre otros muchos, art. 29 CC estatal para la fabricación de helados, art. 35 III CC de las cadenas de tiendas de conveniencia, art. 22 CC del sector de empaquetado de tomates de la provincia de Las Palmas, art. 19 CC del sector de oficinas y despachos de Salamanca, entre otros, art. 35 CC del Grupo Champion, art. 45 I CC del Grupo Eroski, art. 37 XIII CC de la ONCE y su personal y art. 47 II CC único para el personal laboral de la Administración General del Estado, entre otros muchos

horas”[498], o se condiciona a que la “enfermedad no sea permanente o…suponga una situación reiterativa”[499], o se concede un día entero en caso de consulta médica forzosa fuera de la localidad[500], o se conceden un número máximo de permisos al año[501]. También se encuentra la técnica de conceder un número de horas para cada consulta, vg. tres, o seis, para consultas a especialista[502]. Algún convenio reconoce la obligación de la empresa de facilitar medio de transporte cuando el centro de trabajo se ubique a más de dos kilómetros[503]. Además, se reconocen derechos adicionales para acompañar a dichas consultas a descendientes de primer grado menores de edad[504], en algún caso limitando la edad del menor[505], o

---

[498] Dieciocho, con alguna excepción, en el art. 57 III CC general de ámbito nacional para el sector de aparcamientos y garajes y en el art. 56 CC general de trabajo de la industria textil y de la confección. Dieciséis, contando consultas propias y de familiares, en el art. 28 II CC estatal de instalaciones deportivas y gimnasios y en el art. 30 I CC marco estatal de acción e intervención social. También dieciséis, en el art. 30 CC para las industrias extractivas, industrias del vidrio, industrias cerámicas y para las del comercio exclusivista de los mismos materiales, en el art. 27 CC de la industria del calzado y en el art. 27 CC del sector de intervención social de Madrid. aunque en éste no se incluyen las asistencias a centros médicos determinadas por prescripción facultativa. Ocho horas para visitas médicas al especialista y cuatro para visitas de medicina general, en el art. 90 CC de ámbito estatal para las industrias del curtido, correas y cueros industriales y curtición de pieles para peletería. Veinticuatro horas en el art. 21 CC de distribuidores cinematográficos. Ocho horas en el art. 19 CC del sector de hostelería de Cantabria. Veinte horas para acompañamiento de hijos/as y mayores a cargo, en el art. 38 CC de las Ikastolas del País Vasco. Ocho horas para acompañamiento del cónyuge o persona con quien se conviva, en el art. 26 CC del cava y vinos espumosos de Cataluña. Seis horas para acompañamiento de menores de 14 años a urgencia médica, en el art. 35 CC del Grupo Champion. El mismo número de horas, o un día, para acompañar a menores de 16 años, en el art. 45 I CC del Grupo Eroski.

[499] Art. 35 III CC de las cadenas de tiendas de conveniencia.

[500] Art. 26 CC del cava y vinos espumosos de Cataluña.

[501] Art. 37 XIII CC de la ONCE y su personal: cuatro permisos retribuidos al año, pero sin límite alguno si la persona trabajadora es remitida al especialista “por iniciativa del médico de empresa o del médico de cabecera que le corresponde”.

[502] Art. 22 CC del sector de empaquetado de tomates de la provincia de Las Palmas.

[503] Art. 34 CC de limpieza de edificios y locales de Huesca.

[504] Art. 30 CC del sector de la mediación en seguros privados.

[505] Por ejemplo, a ocho años, en el art. 56 CC general de trabajo de la industria textil y de la confección. O a 14, en el art. 38 CC de grandes almacenes, con un crédito de seis horas anuales para urgencias de inmediata atención. O a 16, en el art. 35 III CC de las cadenas de tiendas de conveniencia, en el art. 18 CC de pompas fúnebres de Badajoz y en el art. 45 I CC del Grupo Eroski.

a que se trate de visitas al pediatra[506], o a familiares de primer grado que tengan mermadas sus aptitudes físicas o psíquicas[507], o a familiares de primer grado a cargo[508], o a cónyuge e hijos[509], o a hijos menores de 16 años o ascendientes de primer grado con discapacidad que convivan con la persona solicitante[510], o a familiares que convivan con el solicitante[511]. También a ascendientes de primer grado, en alguna cláusula que incorpora la recomendable restricción de que sólo en caso de familiares consanguíneos[512]. No es extraña la cláusula que limita el permiso de consulta médica a la asistencia prestada a través de los servicios sanitarios del Sistema Nacional de Salud[513], aunque alguna declara expresamente que no tiene trascendencia que los facultativos sean o no de la Seguridad Social[514], o también hay cláusulas eclécticas, entre ambos polos[515]. O la que considera no retribuidos todos los permisos de acompañamiento a una

---

[506] Cuatro horas al año, en el art. 29 CC estatal para la fabricación de helados.

[507] Por ejemplo, quince horas al año para estos menesteres, en el art. 23 V convenio colectivo estatal del sector de desinfección, desinsectación y desratización. O menores de hasta ocho años en el art. 52 CC de las empresas y trabajadores de perfumería y afines.

[508] Art. 48 XV CC de la industria química. Pero definiéndolos restrictivamente: "personas que presenten una necesidad real de tal acompañamiento en base a razones de edad, accidente o enfermedad que hagan que no pueda valerse por sí mismo y que no está en condiciones de acudir solo a la visita médica". A ello se añaden una serie de precisiones adicionales. A familiares de primer grado por consanguinidad o afinidad, en el art. 27 CC del sector de intervención social de Madrid.

[509] Art. 17 CC para las empresas del sector de harinas panificables y sémolas.

[510] Art. 21 III CC de las administraciones de loterías.

[511] Art. 22 CC del sector de empaquetado de tomates de la provincia de Las Palmas.

[512] Art. 51 CC de las empresas y trabajadores de perfumería y afines y art. 56 CC general de trabajo de la industria textil y de la confección.

[513] Entre otros muchos, art. 28 II CC estatal de instalaciones deportivas y gimnasios, art. 56 CC general de trabajo de la industria textil y de la confección, art. 21 CC de distribuidores cinematográficos, art. 29 X CC de ámbito estatal de centros de asistencia y educación infantil y art. 15 CC de industria de panadería de Ciudad Real.

[514] Art. 56 XV CC de la industria química y art. 38 CC de grandes almacenes.

[515] Art. 29 CC estatal para la fabricación de helados.

tercera persona[516], y por tanto compensables[517]. O también compensables -o mediando solicitud de cambio de turno- las licencias por acompañamiento de hijo menor de catorce años en el caso de consulta programada[518]. También debe hacerse referencia a los créditos de horas para consulta médica propia o de familiares que convivan y que no pueden desplazarse por sus propios medios, pero que sólo se conceden cuando dicha consulta exija desplazamiento[519]. Y a convenios que optan, mejor que por un permiso, por facilitar, en la medida de lo posible, cambios de turno para el acompañamiento a consulta médica de familiares menores o dependientes hasta el primer grado de consanguinidad[520].

Resulta curioso contrastar cómo los convenios resultan selectivos, al reproducir algunos de los permisos reconocidos en el art. 37.3 ET. En este sentido, son ya habituales las cláusulas que reproducen el de exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto, pero no en los ámbitos provinciales[521]. Puede llegar a suceder lo mismo, a poco que los convenios

---

[516] Art. 19 CC del sector de oficinas y despachos de Salamanca. De acompañamiento a hijos menores de 9 años o disminuidos y ascendientes mayores de 65 años.

[517] Art. 56 CC general de trabajo de la industria textil y de la confección y art. 27 XXI CC de Banca.

[518] Art. 41 CC de grandes almacenes.

[519] De al menos diez kilómetros -16 horas al año- o a otras provincias -32 horas-, en el art. 16 CC estatal para las industrias de hormas, tacones, cuñas, pisos y cambrillones de madera y corcho. O de ocho horas para asistir a clínicas fuera de la localidad de residencia prescritas por el médico de la Seguridad Socia, en el art.. 29 del mismo convenio.

[520] De nuevo se excluye, con buen criterio, la afinidad. Art. 35 IV CC marco estatal de servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal. También, art. 37 CC del Grupo Champion., para el caso de acompañamiento a consultas de menores de 14 años que no sean urgencias.

[521] Sí se alude a él en el art. 23 V convenio colectivo estatal del sector de desinfección, desinsectación y desratización, en el art. 57 III CC general de ámbito nacional para el sector de aparcamientos y garajes, en el art. 18 CC de la recuperación de residuos y materias primas secundarias, en el art. 46 CC estatal de elaboradores de productos cocinados para su venta a domicilio, en el art. 28 II CC estatal de instalaciones deportivas y gimnasios, en el art. 44 CC estatal de mantenimiento y conservación de instalaciones acuáticas, en el art. 41 CC estatal para las industrias de elaboración del arroz, en el art. 48 XV CC de la industria química, en el art. 28 CC de ámbito estatal de gestorías administrativas, en el art. 24 V CC estatal para los centros de enseñanzas de peluquería y estética, de enseñanzas musicales y de artes aplicadas y oficios artísticos, en el art. 17 VI CC de enseñanza y formación no reglada, en el art. 37 V CC de empresas de enseñanza privada sostenidas total o parcialmente con fondos públicos, en el art. 49 VIII

no afinen sus cláusulas, con el nuevo permiso por intervención quirúrgica que precise reposo domiciliario[522].

En relación con la realización de exámenes prenatales y de técnicas de preparación al parto, alguna cláusula de convenio establece que el otro progenitor, previa solicitud a la empresa, podrá acceder a un permiso no retribuido para acompañar a su pareja a dichos exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto[523]. Lo cual resulta positivo, pues el ET no aclara si los hombres son titulares de un permiso originario y retribuido de asistencia a las técnicas de preparación al parto. Con un objetivo similar, hay un precepto que reconoce el derecho a los trabajadores que ostenten la condición de futuros padres, de "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"[524]. Otra cláusula concede al trabajador un permiso de "dos horas mensuales para acompañar a la esposa

---

CC de centros de enseñanza privada de régimen general o enseñanza regada sin ningún nivel concertado o subvencionado, en el art. 28 I CC estatal de empresas de reparto sin direccionar, en el art. 44 II CC estatal para las empresas de gestión y mediación inmobiliaria, en el art. 21 CC de distribuidores cinematográficos, en el art. 24 CC nacional de colegios mayores universitarios privados, en el art. 35 III CC de las cadenas de tiendas de conveniencia, en el art. 27 XXI CC de Banca, en el art. 11 XX CC de autoescuelas, en el art. 53 XII CC general de centros y servicios de atención a personas con discapacidad, en el art. 39 XII CC de ámbito estatal para los centros de educación universitaria e investigación, en el art. 29 X CC de ámbito estatal de centros de asistencia y educación infantil, en el art. 32 CC de la industria del calzado, en el art. 22 CC de limpieza de edificios y locales de Cáceres, en el art. 19 CC de la Comunidad Autónoma de Galicia para el sector de peluquerías de señoras, caballeros, unisex y belleza, en el art. 27 CC del sector de intervención social de Madrid, en la disposición final quinta CC del sector de oficinas y despachos de Salamanca, en el art. 27 CC para el sector de grúas móviles autopropulsadas de Asturias, en el art. 25 CC de tintorerías y quitamanchas, lavanderías y establecimientos de lavado y planchado de Málaga, en el art. 38 CC de las Ikastolas del País Vasco, en el art. 45 I CC del Grupo Eroski, en el art. 37 XIII CC de la ONCE y su personal y en el art. 47 II CC único para el personal laboral de la Administración General del Estado.

[522] Ya se incluye, entre otros en el art. 70 IV CC general del sector de la construcción, en el art. 41 CC estatal para las industrias de elaboración del arroz, en el art. 24 V CC estatal para los centros de enseñanzas de peluquería y estética, de enseñanzas musicales y de artes aplicadas y oficios artísticos, en el art. 17 VI CC de enseñanza y formación no reglada, en el art. 21 III CC de las administraciones de loterías.

[523] Art. 51 CC de las empresas y trabajadores de perfumería y afines.

[524] Art. 20 VI CC de enseñanza y formación no reglada, art. 40 VIII CC de centros de enseñanza privada de régimen general o enseñanza regada sin ningún nivel concertado o subvencionado y art. 32 X CC de ámbito estatal de centros de asistencia y educación infantil.

a los reconocimientos médicos durante el tiempo de embarazo…”[525] Más ortodoxo es el precepto que dispone que “este derecho podrá ser disfrutado por ambos progenitores”[526].

Redactado en un lenguaje algo impreciso, pero de interés, es el precepto que otorga un permiso, por el tiempo indispensable para el cumplimiento de deberes “relacionados con la conciliación de la vida familiar y laboral…”[527].

Merece destacarse alguna regla que establece, para la trabajadora que tenga reconocida la condición de víctima de violencia de género, el derecho a licencias sin sueldo necesarias para asistir a servicios sociales, policiales o de salud, previa acreditación de su necesidad[528], o más en concreto, para realizar exámenes asistenciales (psicológicos o médico-físicos) del servicio correspondiente de la Seguridad Social[529].

Por lo demás, hay bastantes convenios que reconocen ciertas licencias sin sueldo[530], en ocasiones destinadas a circunstancias no cubiertas por la propia ley o el convenio con carácter retribuido, como es el caso del fallecimiento de familiares más allá del segundo grado[531]. Hay alguna cláusula en la que no se concreta su carácter retribuido o no

---

[525] Art. 16 CC para granjas avícolas y otros animales.

[526] Art. 30 I CC marco estatal de acción e intervención social.

[527] Art. 47 II CC único para el personal laboral de la Administración General del Estado.

[528] Art. 52 bis XV CC de la industria química.

[529] Art. 35 III CC de las cadenas de tiendas de conveniencia.

[530] Vg., de cuatro días, en el art. 54 CC de las empresas y trabajadores de perfumería y afines y en el art. 27 CC de la industria del calzado, o de hasta quince días, en el art. 26 V CC estatal para los centros de enseñanzas de peluquería y estética, de enseñanzas musicales y de artes aplicadas y oficios artísticos, en el art. 17 VI CC de enseñanza y formación no reglada, en el art. 38 V CC de empresas de enseñanza privada sostenidas total o parcialmente con fondos públicos y en el art. 50 VIII CC de centros de enseñanza privada de régimen general o enseñanza regada sin ningún nivel concertado o subvencionado.

[531] Art. 54 CC de las empresas y trabajadores de perfumería y afines.

retribuido, sin que resulte fácil extraer conclusiones a partir de su ubicación sistemática[532].

En algún convenio se contemplan licencias sin sueldo más prolongadas, vg. de una duración máxima de cinco días[533], quince días[534], un mes[535], o tres meses[536], sin que se destinen a una finalidad concreta y sometidas a ciertos requisitos de concesión. Todas ellas tienen regímenes de disfrute fraccionado muy casuísticos, con requisitos diversos y variados plazos de preaviso. En sentido próximo, puede citarse una licencia destinada a la atención y cuidado de hijos menores de ocho años[537]. U otra de hasta seis meses por accidente o enfermedad grave de parientes de primer grado[538], o "en casos extraordinarios y debidamente justificados"[539], o por hospitalización o cuidados paliativos de parientes de primer grado de

---

[532] Art. 6.3 CC para las Cajas de Ahorros. Más bien parece que se trata de un permiso retribuido.

[533] Art. 27 CC para el sector de grúas móviles autopropulsadas de Asturias.

[534] Art. 25 CC nacional de colegios mayores universitarios privados, art. 12 XX CC de autoescuelas, art. 29 I CC marco estatal de acción e intervención social, art. 42 XII CC de ámbito estatal para los centros de educación universitaria e investigación, art. 30 X CC de ámbito estatal de centros de asistencia y educación infantil, art. 26 CC del sector de intervención social de Madrid y art. 38 CC de las Ikastolas del País Vasco. Entre quince días y un mes, o dos meses, en el art. 23 CC de limpieza de edificios y locales de Huesca. Quince días para atención de familiares a cargo, en el art. 24 CC del sector de empaquetado de tomates de la provincia de Las Palmas y en el art. 35 CC del Grupo Champion.

[535] Art. 23 XV CC estatal de empresas consultoras de planificación, organización de empresas y contable, fraccionable en dos períodos de quince días en dos semestres, y que podrá ser denegado cuando se acojan a él un determinado número de personas. De veinte días, para personas que lleven no menos de dos años en la empresa, en el art. 31 CC de ámbito estatal de gestorías administrativas. De un mes en caso de hospitalización prolongada por enfermedad grave del cónyuge o de parientes de primer grado de consanguinidad o afinidad o acompañamiento en la asistencia médica a estos familiares con enfermedad crónica o discapacidades graves en el punto 4.4 Plan de Igualdad del Banco de Santander.

[536] Art. 54 CC de las empresas y trabajadores de perfumería y afines, art. 64 CC general de la industria salinera, art. 52 XV CC de la industria química, art. 49 IV CC marco estatal de servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal, art. 54 XII CC general de centros y servicios de atención a personas con discapacidad, art. 38 CC de las Ikastolas del País Vasco, art. 14 II CC Repsol YPF, s.a., art. 36 XIII CC de la ONCE y su personal y art. 46 II CC único para el personal laboral de la Administración General del Estado.

[537] Art. 41 CC de grandes almacenes. También, art. 38 CC del Grupo Champion, con referencia al tiempo en que permanezca hospitalizado.

[538] Art. 27 XXI CC de Banca y art. 6.4 CC para las Cajas de Ahorros.

[539] Art. 6.4 CC para las Cajas de Ahorros.

consanguinidad o afinidad[540]. En ocasiones no se precisa su plazo máximo[541], más allá de apuntarse que "no supongan períodos largos y continuados de atención"[542], o se apunta que "por razones verdaderamente excepcionales, podrán concederse licencias sin sueldo de duración no superior a un año"[543]. Otras, se reconoce un permiso asimismo no retribuido "por el tiempo necesario" para el cuidado de hijos menores de ocho años hospitalizados[544]. O de un mes para cuidado de un hijo menor de seis años o de un ascendiente que conviva con el trabajador/a, no desempeñe una actividad retribuida y sufra un grado severo de dependencia[545]. O para la realización de estudios relacionados con los cometidos profesionales actuales o futuros de la persona interesada[546], o de estudios superiores o de doctorado[547]. O de dos meses en caso de hospitalización prolongada del cónyuge o parientes de primer grado o acompañamiento en la asistencia a éstos, si tienen enfermedad crónica o discapacidades graves[548]. No faltan cláusulas que reconocen permisos no

---

[540] Art. 6.4 CC para las Cajas de Ahorros. Se trata d e un permiso de entre una semana y seis meses.

[541] Art. 17 CC para el sector de conservas, semiconservas, ahumados, cocidos, secados, elaborados, salazones, aceite y harina de pescados y mariscos.

[542] Art. 52 XV CC de la industria química.

[543] Art. 36 XIII CC de la ONCE y su personal.

[544] Art. 41 CC de grandes almacenes.

[545] Art. 20 CC marco para los establecimientos financieros de crédito y art. 45 II CC estatal para las empresas de gestión y mediación inmobiliaria.

[546] Art. 50 CC del sector de la mediación en seguros privados. Son bastantes numerosos y diversos los permisos de esta naturaleza. Entre otros, también arts. 40 y 41 XII CC de ámbito estatal para los centros de educación universitaria e investigación. Algún convenio llega a reconocer una excedencia forzosa de un curso escolar, como el art. 37 X CC de ámbito estatal de centros de asistencia y educación infantil. Ciertos derechos parejos en los arts. 6.4 y 6.11 CC para las Cajas de Ahorros y en el art. 43 CC de las Ikastolas del País Vasco.

[547] Art. 27 XXI CC de Banca.

[548] Art. 61 XII CC general de centros y servicios de atención a personas con discapacidad.

retribuidos y no basados en causas concretas de duración más larga cuanto más tiempo de prestación de servicios lleve la persona interesada[549].

A caballo entre la conciliación de la vida personal y laboral y la salud de la mujer embarazada, hay que aludir a algún permiso que se concede a las trabajadoras embarazadas antes del comienzo de su baja por maternidad, de entre quince días y tres meses, sin retribución, pero con parte del período como de mantenimiento del alta y cotización a la Seguridad Social[550]. Y, en el tramo temporal siguiente, se establece, "con el objetivo de promover la conciliación de la vida familiar y laboral", que "los trabajadores y trabajadoras que hayan agotado el período ordinario de suspensión del contrato por maternidad…podrán disfrutar de un permiso retribuido, con reserva del puesto de trabajo, por un período de dos semanas adicionales a los plazos fijados en la Ley"[551]. Se trata de una medida alternativa a la acumulación del permiso de lactancia, que además no se produce en menoscabo de éste, pero que comparte con él una indudable tendencia hacia su feminización.

Otra modalidad consiste en el reconocimiento de un número de días –vg. tres al año, o su equivalente en horas- que pueden utilizarse por asuntos particulares previo aviso y justificación, con la contrapartida de que habrán de recuperarse, o disfrutarse a cuenta de las vacaciones, según se pacte con la empresa[552]. Una variante es el permiso "por necesidades personales", que no se concretan[553].

---

[549] Art. 20 CC marco para los establecimientos financieros de crédito: quince días con al menos un año y entre uno y seis meses con cinco años de prestación de servicios.

[550] Art. 37 III CC de las cadenas de tiendas de conveniencia. De entre uno y tres meses, en el art. 37 CC del Grupo Champion y en el art. 46 I CC del Grupo Eroski.

[551] Art. 37 XIII CC de la ONCE y su personal.

[552] Art. 30 CC del sector de la mediación en seguros privados. Un día, desde 2007, en el art. 28 CC de ámbito estatal de gestorías administrativas.

[553] Art. 28 CC de ámbito estatal de gestorías administrativas.

Hay que referirse a un permiso de interés, que se concede con carácter de 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"[554].

También merece atención un llamado "permiso parcialmente retribuido", de acuerdo con el cual una persona, en un período de cinco años, trabaja cuatro y libra el quinto en su totalidad, de manera que a lo largo de todo el período percibe el 84 por 100 de sus retribuciones[555]. Al margen de su potencialidad como elemento de dinamización del empleo, ostenta asimismo grandes posibilidades en la esfera de la conciliación de la vida personal, familiar y laboral.

X. LACTANCIA.

Al margen de preceptos que reiteran la ley parcialmente, eludiendo la posibilidad de acumulación por jornadas[556], en muchos casos previos a la LO 3/2007, de 22 marzo[557], hay cláusulas que ya contemplan de modo

---

[554] Art. 44 II CC estatal para las empresas de gestión y mediación inmobiliaria. Parecida regla en el art. 47 II CC único para el personal laboral de la Administración General del Estado.

[555] Art. 38 CC de las Ikastolas del País Vasco.

[556] Art. 23 V convenio colectivo estatal del sector de desinfección, desinsectación y desratización, art. 18 CC de la recuperación de residuos y materias primas secundarias, art. 32 CC para las industrias extractivas, industrias del vidrio, industrias cerámicas y para las del comercio exclusivista de los mismos materiales, art. 17 CC para las empresas del sector de harinas panificables y sémolas, art. 28 I CC estatal de empresas de reparto sin direccional, art. 19 CC del sector de hostelería de Cantabria, art. 19 CC de la Comunidad Autónoma de Galicia para el sector de peluquerías de señoras, caballeros, unisex y belleza y art. 18 CC del campo para la provincia de Cádiz.

[557] Art. 57 III CC general de ámbito nacional para el sector de aparcamientos y garajes, art. 55 CC general de trabajo de la industria textil y de la confección, art. 63 CC general de la industria salinera, art. 10.4 CC para la industria fotográfica, art. 51 VIII CC de centros de enseñanza privada de régimen general o enseñanza regada sin ningún nivel concertado o subvencionado, art. 21 CC de distribuidores cinematográficos, art. 17 CC para el sector de conservas, semiconservas, ahumados, cocidos, secados,

expreso esta acumulación, aunque no hacen sino reiterar la regla de la ley, sin configurarlo previamente como un derecho subjetivo de la trabajadora[558].

En cuanto a la acumulación, y a la vista de la doctrina judicial, ya algún convenio la contempló antes de dicha Ley Orgánica, disponiendo, en regla manifiestamente mejorable que "previo aviso no inferior a quince días, las trabajadoras podrán acumular el período de baja por maternidad un máximo de catorce días naturales, en compensación al no disfrute de este derecho de reducción de la jornada diaria"[559], o que "se admite la acumulación en un solo período del equivalente al permiso diario legal, disfrutándose el resultante inmediatamente después del permiso maternal[560]. Como defectos más evidentes de la regla, debe destacarse su exacerbada feminización, que podría desde luego matizarse, así como la presunción implícita de que va a utilizar el permiso una mujer que haya agotado íntegra la suspensión del contrato por maternidad[561]. Por supuesto, hay cláusulas de convenios posteriores a la Ley Orgánica que mantienen la misma regla de acumulación[562].

---

elaborados, salazones, aceite y harina de pescados y mariscos, art. 30 I CC marco estatal de acción e intervención social, art. 44 XII CC de ámbito estatal para los centros de educación universitaria e investigación.

[558] Art. 70 IV CC general del sector de la construcción, arts. 22 y 41 CC estatal para las industrias de elaboración del arroz, art. 90 CC de ámbito estatal para las industrias del curtido, correas y cueros industriales y curtición de pieles para peletería, Anexo II III CC estatal de la madera, art. 27 V CC estatal para los centros de enseñanzas de peluquería y estética, de enseñanzas musicales y de artes aplicadas y oficios artísticos, art. 20 VI CC de enseñanza y formación no reglada.

[559] Art. 49 CC estatal de elaboradores de productos cocinados para su venta a domicilio. CC estatal de elaboradores de productos cocinados para su venta a domicilio. Acumulación por idéntico número de días, en el art. 41 del CC, también anterior a la LO 3/2007, de 22 marzo, de grandes almacenes. La misma regla en el art. 40 V CC de empresas de enseñanza privada sostenidas total o parcialmente con fondos públicos, en el art. 37 CC del Grupo Champion y en el art. 47 I CC del Grupo Eroski. Y acumulación de diez días, en el art. 38 III CC de las cadenas de tiendas de conveniencia. Acumulación de dieciocho días en el art. 23 III CC de las administraciones de loterías.

[560] Art. 14 II CC de Repsol YPF, s.a.

[561] Igualmente, en el art. 27 CC de la industria del calzado, aunque en defecto de acuerdo entre la empresa y la persona trabajadora. La misma deficiencia, en el art. 25 CC de tintorerías y quitamanchas, lavanderías y establecimientos de lavado y planchado de Málaga.

Los preceptos que reconocen el derecho incondicionado a la acumulación, establecen un número de días, de por ejemplo diez[563] o de quince[564], o de dos semanas[565], o de tres semanas[566], o no fijan el número de días[567]. Prevén que su disfrute debe ser ininterrumpido después del alta por maternidad[568]. Alguno, con talante restrictivo expresa que "por elección del trabajador, los treinta minutos de reducción de jornada podrán ser acumulados para disfrutarlos como jornadas completas"[569]. Otros, de mejor factura, disponen que la reducción diaria podrá sustituirse, a voluntad de "los trabajadores", "por un período de tiempo de permiso retribuido equivalente a la suma de cada una de las horas diarias", de tal modo que "el disfrute de este derecho deberá producirse, necesariamente, de forma consecutiva al permiso por maternidad o paternidad", debiendo comunicarse a la empresa su ejercicio con un mes de antelación[570]. De entre las virtudes que tiene esta cláusula, debe citarse que contempla expresamente la acumulación a favor del otro progenitor, de modo que no presume que ejercerá el derecho la madre y precisamente al finalizar el permiso de maternidad. Además, deja claro que su disfrute no es incompatible con el de la madre de dicho permiso por maternidad.

---

[562] Entre otros, art. 21 CC marco para los establecimientos financieros de crédito.

[563] Art. 30 CC del sector de la mediación en seguros privados.

[564] Art. 27.3 XXI CC de Banca y punto 3.1 Plan de Igualdad del Banco de Santander.

[565] Art. 27 CC del sector de intervención social de Madrid.

[566] Art. 38 CC de las Ikastolas del País Vasco.

[567] Art. 43 CC del cava y vinos espumosos de Cataluña y art. 47 II CC único para el personal laboral de la Administración General del Estado.

[568] Salvo que se establezca otro régimen mediante acuerdo con el empresario. Art. 30 CC del sector de la mediación en seguros privados. La misma regla de disfrute después del permiso por maternidad en el art. 27 XXI CC de Banca.

[569] Art. 25 CC de tintorerías y quitamanchas, lavanderías y establecimientos de lavado y planchado de Málaga.

[570] Es la regla del art. 49 XV CC de la industria química.

Otra cláusula de interés divide el permiso acumulado en dos tramos: uno de diez días naturales que deben disfrutarse a continuación de la baja por maternidad –a lo cual habría que aplicarle las críticas ya expresadas- y uno adicional de cinco días hábiles, que deben disfrutarse en todo caso a lo largo de los doce primeros meses de vida del niño[571]. Por lo demás, este precepto convencional contiene un condicionamiento curioso y cuyas consecuencias habrá que valorar con cuidado y atención: que quien disfrute del permiso de lactancia, se hombre o mujer, debe haberse acogido a la totalidad o a parte del permiso por maternidad o por paternidad.

Hay cláusulas que remiten a acuerdo individual los términos de la acumulación, en la misma orientación que el propio ET[572]. Y otras que encomiendan a la comisión mixta paritaria del convenio la concreción horaria[573]. En algún caso, se expresa que podrá acordarse entre la empresa y la trabajadora "cualquier otra fórmula de acumulación que las partes acuerden"[574].

Alguna regla, en clave restrictiva, condiciona el derecho de acumulación por días completos del permiso de lactancia a que la persona beneficiaria mantenga la prestación efectiva de servicios hasta que el menor cumpla los nueve meses[575]. Dicho en otras palabras, durante ese período no puede acogerse a la excedencia por cuidado de hijos. La regla tiene su lógica sistemática, pese a su talante estricto.

---

[571] Art. 6.3 CC para las Cajas de Ahorro.

[572] Art. 53 CC de las empresas y trabajadores de perfumería y afines, art. 26 CC nacional de colegios mayores universitarios privados.

[573] Art. 28 II CC estatal de instalaciones deportivas y gimnasios.

[574] Art. 49 XV CC de la industria química.

[575] Art. 37 CC del Grupo Champion.

Resulta de mucho interés, por el amplio abanico de posibilidades que abre, la posibilidad, contemplada en algún convenio[576], de que la lactancia acumulada, en vez de disfrutarse a jornada completa, pueda utilizarse a tiempo parcial, "con la correspondiente prolongación del mismo".

Ya al margen de cuestiones de acumulación, debe destacarse la posibilidad de que la hora de lactancia se emplee como reducción al comienzo o al final de la jornada[577].

Alguna cláusula parece situar en posición de igualdad de derechos a la mujer y al hombre en esta materia[578], lo cual debe considerarse desde luego adecuado. En una línea contraria, alguna cláusula, que interpretada literalmente es ilegal, limita el derecho del padre a que "ambos sean trabajadores de la misma empresa"[579]. Es de interés la posibilidad de que la reducción se disfrute entre ambos progenitores de forma indistinta o simultaneada por mitades[580].

Asimismo, hay que hacer referencia a mejoras referidas a la edad del menor. Algún convenio incrementa ésta hasta los doce meses[581]. Y no está mal, por las dudas que pudieran plantearse, que se aclare que los mismos

---

[576] Art. 47 II CC único para el personal laboral de la Administración General del Estado.

[577] Art. 27 CC del sector de intervención social de Madrid y punto 3.1 del Plan de Igualdad del Banco de Santander.

[578] Con muchas dudas, derivadas de una muy deficiente redacción, art. 49 CC estatal de elaboradores de productos cocinados para su venta a domicilio. También con alguna duda, art. 49 II CC estatal para las empresas de gestión y mediación inmobiliaria. De modo más claro, art. 11 XX CC de autoescuelas. También claramente en el art. 62 XII CC general de centros y servicios de atención a personas con discapacidad y en el art. 32 X CC de ámbito estatal de centros de asistencia y educación infantil.

[579] Art. 30 CC de ámbito estatal de gestorías administrativas.

[580] Art. 27 CC del sector de intervención social de Madrid.

[581] Art. 53 IV CC marco estatal de servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal, art. 30 I CC marco estatal de acción e intervención social, art. 27 CC del sector de intervención social de Madrid, art. 37 XIII CC de la ONCE y su personal y art. 47 II CC único para el personal laboral de la Administración General del Estado.

derechos se ostentan en el caso de menores adoptados o acogidos por debajo de la edad establecida en el art. 37.4 ET[582].

Un precepto convencional incluye una regla asimismo interesante: se trata de que la persona que utilice este derecho podrá ser trasladada al centro de trabajo que ella solicite dentro de la misma provincia durante el tiempo a lo largo del cual mantenga su vigencia[583].

XI. REDUCCIÓN DE JORNADA.

Sobre la reducción de jornada por guarda legal, las innovaciones de la negociación colectiva son escasas, aparte de reiteraciones adaptadas a la normativa vigente[584], o no adaptadas, muchas veces porque se trata de convenios anteriores a la LO 3/2007, de 22 marzo[585], o de mejoras

---

[582] Art. 47 II CC único para el personal laboral de la Administración General del Estado.

[583] Art. 49 CC estatal de elaboradores de productos cocinados para su venta a domicilio.

[584] Art. 23 V convenio colectivo estatal del sector de desinfección, desinsectación y desratización, art. 70 IV CC general del sector de la construcción, art. 18 CC de la recuperación de residuos y materias primas secundarias, art. 47 CC de las empresas y trabajadores de perfumería y afines, art. 34 CC para las industrias extractivas, industrias del vidrio, industrias cerámicas y para las del comercio exclusivista de los mismos materiales, art. 22 CC estatal para las industrias de elaboración del arroz, art. 49 XV CC de la industria química, art. 28 V CC estatal para los centros de enseñanzas de peluquería y estética, de enseñanzas musicales y de artes aplicadas y oficios artísticos, art. 20 VI CC de enseñanza y formación no reglada, art. 26 CC nacional de colegios mayores universitarios privados, art. 27 XXI CC de Banca, art. 19 CC del sector de hostelería de Cantabria, art. 39 CC de tintorerías y quitamanchas, lavanderías y establecimientos de lavado y planchado de Málaga y art. 38 CC de las Ikastolas del País Vasco.

[585] Art. 57 III CC general de ámbito nacional para el sector de aparcamientos y garajes, art. 55 CC general de trabajo de la industria textil y de la confección, art. 63 CC general de la industria salinera, art. 10.5 CC para la industria fotográfica, art. 94 CC de ámbito estatal para las industrias del curtido, correas y cueros industriales y curtición de pieles para peletería, art. 41 CC de grandes almacenes, art. 30 CC de ámbito estatal de gestorías administrativas, art. 41 V CC de empresas de enseñanza privada sostenidas total o parcialmente con fondos públicos, art. 40 VIII CC de centros de enseñanza privada de régimen general o enseñanza regada sin ningún nivel concertado o subvencionado, art. 21 CC de distribuidores cinematográficos, art. 53 IV CC marco estatal de servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal, art. 57 XII CC general de centros y servicios de atención a personas con discapacidad, art. 24 III CC de las administraciones de loterías, art. 28 I CC marco estatal de acción e intervención social, art. 45 XII CC de ámbito estatal para los centros de educación universitaria e investigación, art. 32 X CC de ámbito estatal de centros de asistencia y educación infantil, art. 27 CC de la industria del calzado, art. 6.3 CC para las Cajas de Ahorro, art. 25 CC del sector de intervención social de Madrid, art. 18 CC del campo para la provincia de Cádiz, punto 4.2 Plan de Igualdad del Banco de Santander, art. 37 CC del Grupo Champion y art. 40 XIII CC de la ONCE y su personal.

absorbidas por ésta[586]. Cierta cláusula, anterior a ésta, estableció el límite mínimo de reducción en una hora diaria[587], en una regla que puede tener interés actual en caso de jornadas irregulares, pero que plantea la duda de si no debería considerar de modo particular el trabajo a tiempo parcial[588]. Alguna cláusula de indudable interés también ha quedado obsoleta y poco operativa después de la Ley Orgánica. Dispone que "los trabajadores con hijos entre seis y ocho años de edad podrán concertar con la empresa la realización de una jornada inferior a la que tuvieran establecida con carácter normal. Será requisito indispensable para su concesión y establecimiento que el momento de la prestación de la jornada sea determinado necesariamente con la conformidad de ambas partes. Los trabajadores con un preaviso de quince días podrán dejar sin efecto el acuerdo"[589].

Debe destacarse alguna regla que incrementa la edad del menor que genera el derecho de reducción hasta los diez años[590]. Habría que preguntarse si resulta adecuado que se fijen edades tan avanzadas de edad de la persona que causa la reducción de jornada, desde la perspectiva de que la empresa tenga una expectativa más o menos razonable en el medio plazo de que la beneficiaria se reincorpore a la jornada ordinaria.

Hay alguna regla convencional curiosa que mejora la ley al reconocer la reducción de jornada por cuidado de familiares de primer grado de consanguinidad o afinidad que por razones de edad, accidente o

---

[586] Como las del art. 44 CC de grandes almacenes, del art. 26 CC del sector de empaquetado de tomates de la provincia de Las Palmas y del art. 14 II CC Repsol YPF, s.a.

[587] Art. 29 II CC estatal de instalaciones deportivas y gimnasios.

[588] Por lo demás, algunas mejoras convencionales han sido absorbidas por la LO 3/2007, de 22 marzo. Es el caso del art. 49 II CC estatal para las empresas de gestión y mediación inmobiliaria.

[589] Art. 39 CC del Grupo Champion.

[590] Art. 48 CC estatal de elaboradores de productos cocinados para su venta a domicilio y art. 30 CC del sector de la mediación en seguros privados.

enfermedad no puedan valerse por sí mismos, aunque los mismos realicen actividad retribuida[591]. Claro que esta regla se hace depender, además de a que existan razones justificadas, a la "previa aceptación de la empresa". No está de más el que se prevea, en regla que tiene analogía con la de la excedencia por cuidado de hijos, que "se facilitará el acceso a las actividades formativas"[592].

Y deben destacarse como cláusulas muy positivas, ante las oscilaciones judiciales que ha habido al respecto, las que expresan la compatibilidad entre la reducción de jornada y el derecho de lactancia[593]. En una orientación divergente, otros convenios establecen que si alguien se acoge al derecho del art. 37.5 ET, la licencia por lactancia se reducirá en la misma proporción"[594].

Ante la posibilidad de que un número importante de personas en una empresa se acojan a esta reducción de jornada, ciertas cláusulas convencionales se preocupan de establecer determinados criterios que atiendan a estas situaciones. Se dispone, por ejemplo, que en las dependencias, secciones o unidades productivas o comerciales en las que coincidan en el tiempo y en reducción de jornada varios trabajadores, se debe establecer, preservando el derecho a la reducción, cómo dejar cubiertas las necesidades del servicio, procurando el acuerdo común y en atención a las circunstancias concurrentes[595]. O que –en sistema también aplicable al derecho de lactancia- "las partes acordarán en el seno de la comisión paritaria un protocolo donde se fijen criterios objetivos de aplicación y un índice de dificultades de concesión y alternativas, en

---

[591] Art. 29 II CC estatal de instalaciones deportivas y gimnasios.

[592] Art. 27 XXI CC de Banca y art. 6.3 CC para las Cajas de Ahorro.

[593] Art. 14 II CC Repsol YPF, s.a.

[594] Art. 37 XIII CC de la ONCE y su personal.

función del tamaño del centro, el número de personas en la plantilla del mismo, número de reducciones por centro de trabajo, etc[596].

El CC único para el personal laboral de la Administración General del Estado establece una peculiar reducción de jornada de hasta el 50 por 100, retribuida, para el cuidado de un familiar de primer grado, por razón de enfermedad muy grave y por el plazo de un mes, con algunas variantes de disfrute parcial[597].

Resulta de interés cierto precepto convencional que establece un derecho de reducción de jornada que no se liga al cuidado de menores, dependientes o familiares, de carácter temporal –un curso escolar- y que ostenta una estructura parecida al derecho del art. 37.4 ET[598]. U otro con similar derecho, que no requiere justificación alguna, igualmente sometido a ciertos requisitos objetivos, de entre seis y dieciocho meses de duración[599].

Algunos convenios aluden a la reducción de jornada en caso de neonatos prematuros o que requieran hospitalización después del parto, y reiteran lo expresado en el art. 37.4 bis del ET[600]. Como quiera que este

---

[595] Art. 47 CC de las empresas y trabajadores de perfumería y afines.

[596] Art. 47 I CC del Grupo Eroski.

[597] Art. 38 II CC único para el personal laboral de la Administración General del Estado.

[598] Art. 38 CC de las Ikastolas del País Vasco.

[599] Art. 48 I CC del Grupo Eroski.

[600] Art. 23 V convenio colectivo estatal del sector de desinfección, desinsectación y desratización, art. 57 III CC general de ámbito nacional para el sector de aparcamientos y garajes, art. 18 CC de la recuperación de residuos y materias primas secundarias, art. 28 II CC estatal de instalaciones deportivas y gimnasios, art. 32 CC para las industrias extractivas, industrias del vidrio, industrias cerámicas y para las del comercio exclusivista de los mismos materiales, art. 22 CC estatal para las industrias de elaboración del arroz, art. 41 CC estatal para las industrias de elaboración del arroz, art. 55 CC general de trabajo de la industria textil y de la confección, arts. 48 y 49 XV CC de la industria química, art. 10.1 CC para la industria fotográfica, art. 30 CC de ámbito estatal de gestorías administrativas, art. 22 CC marco para los establecimientos financieros de crédito, art. 51 VIII CC de centros de enseñanza privada de régimen general o enseñanza regada sin ningún nivel concertado o subvencionado, art. 49 II CC estatal para las empresas de gestión y mediación inmobiliaria, art. 21 III CC de las administraciones de loterías, art. 44 XII CC de ámbito estatal para los centros de educación universitaria e investigación, art. 32 X CC de ámbito estatal de centros de asistencia y educación infantil, art. 27 CC de la industria del calzado, art. 37

precepto regula tanto la licencia de una hora como la reducción de jornada de dos, la ubicación sistemática de la regla en los convenio fluctúa, entre la reducción de jornada y los permisos. De la redacción de alguna cláusula debe deducirse que se compatibilizan la ausencia retribuida de una hora con la reducción de jornada de dos horas[601]. Resulta de muy discutible legalidad la cláusula de algún convenio que declara que esta licencia es "incompatible con el disfrute de cualquier otro permiso o licencia que el trabajador, hombre o mujer, tenga o pueda tener concedido"[602]. Hay que destacar alguna mejora en la reducción de jornada, que alcanza las tres horas[603].

Y alguna cláusula se refiere a los derechos del art. 37.7 correspondientes a las víctimas de violencia de género, a la reducción de la jornada o a la reordenación del tiempo de trabajo[604]. Puede citarse una muy interesante cláusula que, además de reiterar la regla legal, añade que sólo en caso de que la persona lo solicite podrá ser asistida por la representación legal de los trabajadores[605]. En general, los convenios poco añaden a la ley también a este respecto, y en algunos casos reiteran en un precepto único todas las reglas del ET introducidas por la LO 1/2004[606].

CC del Grupo Champion y art. 47 II CC único para el personal laboral de la Administración General del Estado.

[601] Art. 29 II CC estatal de instalaciones deportivas y gimnasios.

[602] Art. 51 CC de las empresas y trabajadores de perfumería y afines.

[603] Art. 41 CC de grandes almacenes. Previendo una regla de proporcionalidad en el caso del trabajo a tiempo parcial que sólo es legal en la medida en la que mejore el mínimo del ET. También tres horas en el art. 37 CC del Grupo Champion.

[604] Reiterando prácticamente la regla general, art. 29 II CC estatal de instalaciones deportivas y gimnasios.

[605] Art. 48 CC de las empresas y trabajadores de perfumería y afines y art. 55 CC general de trabajo de la industria textil y de la confección.

[606] Vg., art. 137 CC para las industrias extractivas, industrias del vidrio, industrias cerámicas y para las del comercio exclusivista de los mismos materiales y art. 14 CC de grandes almacenes, art. 33 bis XXI CC de Banca, art. 34 IV CC marco estatal de servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la protección de la autonomía personal, art. 58 I CC marco estatal de acción e intervención social, art. 8 CC para las Cajas de Ahorros, art. 56 CC del sector de intervención social de Madrid, art. 43

XII. EXCEDENCIAS: A) Voluntaria.

Después de la modificación que ha habido en la misma por la LO 3/2007, de 22 marzo, con la reducción de su duración mínima hasta los cuatro meses[607] -que, por cierto, desconocen no pocos convenios[608]-, sin duda se ha incrementado su interés desde el punto de vista de la atención de las necesidades personales y familiares. De ahí que puedan formularse algunos comentarios a la vista de ciertas cláusulas convencionales:

- Resulta contrario al principio de igualdad entre trabajadores indefinidos y temporales que se excluya a éstos de su disfrute, como se hace en alguna cláusula[609], por más que durante su disfrute corra la duración del contrato. Más ajustada a derecho es la cláusula que fija como período máximo el que resta hasta el vencimiento del contrato[610].

- Merecen particular atención las reglas que incorporaran reservas de puesto de trabajo, durante la totalidad o parte de la excedencia[611]. O las que

---

CC del Grupo Champion y art. 41 I CC del Grupo Eroski. También, art. 80 III CC estatal de la madera, con las peculiaridades de que pondera bastante el interés de la empresa y de que cuantifica la reducción de jornada entre un octavo y un medio. También una cuantificación, entre una octava parte y tres cuartas partes, en el art. 65 II CC estatal para las empresas de gestión y mediación inmobiliaria, que unifica los derechos de las mujeres trabajadoras víctimas de violencia de género. Entre la mitad de la jornada y una hora, en el art. 30 CC de la industria del calzado, en precepto que engloba asimismo los restantes derechos que el ET les concede a aquéllas.

[607] Algún convenio posterior a la LO 3/2007 sigue insistiendo, *contra legem*, en el período mínimo de un año. Por ejemplo, art. 77 III CC estatal de la madera.

[608] Entre otros, art. 45 CC de las Ikastolas del País Vasco.

[609] Art. 57 CC estatal para las empresas y trabajadores de transporte de enfermos y accidentados en ambulancia, art. 55 CC de las empresas y trabajadores de perfumería y afines y art. 53 XV CC de la industria química. Con más dudas, en el art. 31 CC estatal para la fabricación de helados.

[610] Art. 79 IV CC colectivo general del sector de derivados del cemento, art. 76 CC estatal del sector del corcho, art. 77 III CC estatal de la madera y art. 29 CC para el sector de grúas móviles autopropulsadas de Asturias.

[611] Entre otros, art. 79 IV CC colectivo general del sector de derivados del cemento y art. 21 CC estatal para las industrias de elaboración del arroz.

establecen la posibilidad de que la persona excedente solicite su reingreso antes del final de la excedencia, cumpliéndose ciertos requisitos[612].

- Y hay que hacer referencia a alguna excedencia voluntaria particular, vg., la que se concede, con reserva de puesto de trabajo y de no más de dos meses, para conseguir el buen fin de la operación de adopción o acogimiento internacionales[613]. Se trata de una variante de los permisos anteriormente analizados.

b) Por cuidado de hijos/as o familiares.

No pocos convenios reiteran o reproducen, total o parcialmente, las reglas del art. 46.3[614], en algún caso con errores debido a que se copian versiones anteriores del mismo, aunque los convenios se firmasen posteriormente, o sin estar actualizados a causa de la fecha en que fueron firmados[615]. Por ejemplo, alguna cláusula sólo reconoce un año –y no los

---

[612] Art. 10.6 CC para la industria fotográfica.
[613] Art. 54 CC general de trabajo de la industria textil y de la confección.

[614] Algunos convenios, por razones temporales, reproducen las reglas previas a la LO 3/2007, de 22 marzo. Entre ellos, art. 66 CC estatal del sector del corcho. Otros se ajustan fielmente a la nueva redacción del precepto. Entre éstos, art. 89 IV CC general del sector de la construcción, art. 54 XV CC de la industria química o art. 78 III CC estatal de la madera. O no tan fielmente, como es el caso del art. 18 CC de la recuperación de residuos y materias primas secundarias. Reproduciendo también las reglas del ET, art. 55 CC de las empresas y trabajadores de perfumería y afines, art. 50 CC del sector de la mediación en seguros privados, art. 33 V CC estatal para los centros de enseñanzas de peluquería y estética, de enseñanzas musicales y de artes aplicadas y oficios artísticos, art. 19 VI CC de enseñanza y formación no reglada, arts. 29 y 30 CC nacional de colegios mayores universitarios privados.. Con no pocas dudas interpretativas, art. 29 CC de ámbito estatal de gestorías administrativas, art. 32 XXI CC de Banca, art. 33 I CC marco estatal de acción e intervención social, art. 29 CC de la industria del calzado, art. 6.11 CC para las Cajas de Ahorros y art. 30 CC del sector de intervención social de Madrid.

[615] Entre otros muchos, art. 51 CC general de trabajo de la industria textil y de la confección y art. 66 CC general de la industria salinera, éste con un grave error sobre el segundo y tercer año de excedencia por cuidado de hijos, que son de reserva de puesto similar y no de mera preferencia de reingreso, como expresa equivocadamente el convenio. También negociados antes de la LO 3/2007, de 22 marzo, arts. 55 y 56 VIII CC de centros de enseñanza privada de régimen general o enseñanza regada sin ningún nivel concertado o subvencionado, art. 19 XX CC de autoescuelas, art. 26 III CC de las administraciones de loterías, arts. 29, 40 X CC de ámbito estatal de centros de asistencia y educación infantil, art. 19 CC de pompas fúnebres de Badajoz, art. 43 CC del cava y vinos espumosos de Cataluña, art. 14 II CC Repsol YPF, s.a. y art. 41 XIII CC de la ONCE y su personal.

dos previstos en la actualidad en la Ley- para la excedencia por cuidado de familiares[616]. O reglas de versiones anteriores del art. 46.3 que sólo reconocían más allá del primer año de excedencia un derecho preferente de reingreso[617]. Alguna mejora interesante que sólo se condecía en el caso de familiares consanguíneos, ha quedado absorbida por la LO 3/2007, de 22 marzo[618].

Hay reglas que, por ilegales o contrarias al principio de igualdad, deben tenerse por no puestas. Por ejemplo, el que se excluya de estos derechos a las personas sometidas a contratos temporales o que lleven menos de un año de prestación de servicios en la empresa[619].

Existe alguna regla que amplía la excedencia al cuidado de familiares, dentro del primer grado de consanguinidad o afinidad, aunque realicen actividad retribuida, si se encuentran en situación de incapacidad temporal, y no puede valerse por sí mismos por razones de edad, accidente o enfermedad. Este derecho se condiciona a que existan razones justificadas y a la previa aceptación de la empresa[620]. Otra, con buen criterio, extiende de modo expreso la excedencia para el cuidado de la pareja de hecho[621].

Algún precepto interesante se refiere al *dies a quo* de la excedencia por cuidado de hijo/a, en caso de adopción internacional, que puede anticiparse al momento de la notificación de la embajada[622].

---

[616] Art. 23 V convenio colectivo estatal del sector de desinfección, desinsectación y desratización.

[617] Art. 19 CC de pompas fúnebres de Badajoz y art. 21 CC del sector de hostelería de Cantabria.

[618] Art. 30 II CC estatal de instalaciones deportivas y gimnasios.

[619] Art. 46 CC estatal de mantenimiento y conservación de instalaciones acuáticas.

[620] Art. 30 II CC estatal de instalaciones deportivas y gimnasios.

[621] Art. 56 XII CC general de centros y servicios de atención a personas con discapacidad.

[622] Entre otros, aparece esta regla en el art. 46 II CC estatal para las empresas de gestión y mediación inmobiliaria.

Lamentablemente, los convenios, más allá de reiterar la dicción del art. 46.3 ET, todavía no entran en un tema que debe ser central después de la LO 3/2007, de 22 marzo, que es el disfrute fraccionado de esta excedencia. Simplemente, enuncian esta modalidad de disfrute al reiterar la actual redacción del art. 46.3 ET.

Hay cláusulas que ostentan un interés clarificador. Por ejemplo, la que expresa que en los casos de excedencias por cuidado de hijo natural, salvo las primeras seis semanas tras el alumbramiento, la excedencia podrá ejercerla indistintamente cualquier miembro de la pareja[623]. Con ella, se eliminan las dudas sobre el *dies a quo* a partir del cual puede utilizarse el derecho. La limitación que introduce la cláusula no tiene otra lógica que la de poner de manifiesto una incompatibilidad puramente material. En un sentido contrario, otro precepto admite que el período de tres años sólo empiece a computar tras la finalización de la baja por maternidad y de la lactancia acumulada[624].

Otros amplían la duración de ambas –por cuidado de descendientes directos/as y de familiares-[625], o de alguna de ellas[626], en una dirección sobre la que hay que alertar sobre el peligro de desprofesionalización de las personas que se acojan a ellas. También hay casos de equiparación a tres años de las dos, mejorándose así la de familiares[627]. Y de incremento de la

[623] Art. 46 CC estatal de mantenimiento y conservación de instalaciones acuáticas.

[624] Art. 47 CC de las Ikastolas del País Vasco.

[625] Por ejemplo, las dos a cinco años en el art. 79 IV CC colectivo general del sector de derivados del cemento y en el art. 15 CC para granjas avícolas y otros animales.

[626] A cuatro años la excedencia por cuidado de hijo, en el art. 41 III CC de las cadenas de tiendas de conveniencia y en el art. 40 CC del Grupo Champion. Éste aumenta la de cuidado de familiares a tres años. A seis años la de cuidado de hijo en el art. 49 I CC del Grupo Eroski.

[627] Art. 21 CC estatal para las industrias de elaboración del arroz, art. 54 XV CC de la industria química, art. 43 CC de grandes almacenes, art. 46 V CC de empresas de enseñanza privada sostenidas total o parcialmente con fondos públicos, art. 52 IV CC marco estatal de servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal, art. 23 XX CC de autoescuelas y punto 3.6 Plan de Igualdad del Banco de Santander.

excedencia por cuidado de hijos sólo para el caso de disminuciones físicas, psíquicas o sensoriales de los mismos[628].

Hay preceptos que incrementan el plazo de reserva del mismo puesto de trabajo, vg., hasta los dieciocho meses[629], o hasta los dos años[630], aunque a veces sólo para el caso de familias numerosas o familiares que no puedan valerse por sí mismos[631], o a lo largo del período máximo de tres años de la excedencia por cuidado de hijos[632], o a la duración máxima de ambas[633], o sólo reconocen reserva durante tres años en la de cuidado de familiares[634], o reserva de tres años a las dos[635]. Alguna cláusula reconoce el derecho de la persona en esta situación a solicitar su reingreso, que será obligatorio para la empresa "debiendo destinarle, una vez recibida la comunicación de reingreso, a su antiguo puesto de trabajo y categoría que ostentaba antes de la licencia"[636]. Alguna otra especifica los requisitos del puesto similar al que la persona debe ser reincorporada más allá del primer año de excedencia[637]. Y tiene interés la que establece, para el caso de una

[628] Art. 54 II CC único para el personal laboral de la Administración General del Estado.

[629] Art. 49 I CC del Grupo Eroski.

[630] Art. 51 CC estatal de elaboradores de productos cocinados para su venta a domicilio, art. 36 CC para las industrias extractivas, industrias del vidrio, industrias cerámicas y para las del comercio exclusivista de los mismos materiales, art. 43 CC de grandes almacenes, art. 29 CC de ámbito estatal de gestorías administrativas, art. 40 CC del Grupo Champion y art. 54 II CC único para el personal laboral de la Administración General del Estado.

[631] Art. 41 III CC de las cadenas de tiendas de conveniencia.

[632] Art. 46 CC estatal de mantenimiento y conservación de instalaciones acuáticas, art. 47 V CC de empresas de enseñanza privada sostenidas total o parcialmente con fondos públicos, art. 18 CC para el sector de conservas, semiconservas, ahumados, cocidos, secados, elaborados, salazones, aceite y harina de pescados y mariscos.

[633] Art. 93 CC de ámbito estatal para las industrias del curtido, correas y cueros industriales y curtición de pieles para peletería.

[634] Art. 23 XX CC de autoescuelas.

[635] Art. 46 CC de las Ikastolas del País Vasco.

[636] Art. 10.2 CC para la industria fotográfica.

[637] Punto 3.6 Plan de Igualdad del Banco de Santander: "asimismo, y una vez transcurrido este plazo, la reincorporación se producirá en un puesto de trabajo del mismo grupo profesional dentro de la misma

enfermedad muy grave de hijos/as, ascendientes de primer grado por consanguinidad o cónyuge, que la excedencia del art. 46.3 ET no tendrá límite temporal alguno, tanto en cuanto a la duración como a la reserva del mismo puesto de trabajo[638].

Así mismo son destacables los convenios que ensanchan el haz de derechos de las personas en estas excedencias familiares y expresan, vg., que tienen derecho a participar en las convocatorias de traslados y/o ascensos como si estuviesen en activo[639]. O que durante el primer año de excedencia se conserva el derecho de ayuda a guardería o a la ayuda para la formación de hijos/as[640]O que mantienen durante toda su vigencia la percepción de la compensación económica por hijo a cargo prevista en un acuerdo de mejoras sociales, así como las condiciones especiales en los productos y servicios bancarios que hubieran sido contratados durante la situación de activo[641].

En el caso de la excedencia por cuidado de hijos/as, algunos convenios mantienen la perniciosa práctica de denominarla "excedencia por maternidad", con las consecuencias implícitas que ello lleva consigo[642]. Algunos, retocando ligeramente ese error, se refieren a la "excedencia por maternidad/paternidad", con parecido error terminológico, pero ya sin sesgos definidos de género[643]. Otros, introducen mejoras

---

plaza o, en cualquier caso…dentro de un radio de 25 km. desde el centro del municipio donde la persona prestaba sus servicios".

[638] Art. 49 I CC del Grupo Eroski.

[639] Art. 43. CC de grandes almacenes y art. 40 CC del Grupo Champion.

[640] Art. 6.11 CC para las Cajas de Ahorros.

[641] Punto 3.6 Plan de Igualdad del Banco de Santander.

[642] Art. 16 CC para las empresas del sector de harinas panificables y sémolas y art. 52 IV CC marco estatal de servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal.

[643] Art. 15 CC para granjas avícolas y otros animales.

bienintencionadas, pero con un evidente sesgo sexista, como la que prevé, con reglas especiales, "un período máximo de doce meses a partir de la finalización de la baja maternal"[644]. Y no faltan preceptos que introducen mejoras sustantivas, pero con esta nomenclatura desafortunada: "durante el primer año de excedencia por maternidad, en el que legalmente se tiene reservado el puesto de trabajo, las personas empleadas que tengan préstamos hipotecarios podrán suspender los pagos de las cuotas mensuales correspondientes"[645].

Aún peor es alguna cláusula que feminiza en su régimen sustantivo esta excedencia y expresa que "la mujer trabajadora, a partir de la finalización de la baja por maternidad o del disfrute de vacaciones tendrá derecho, previa solicitud, a disfrutar excedencia con reserva de puesto de trabajo…"[646] Resulta sumamente irresponsable que no se corrija este defecto.

c) Otras.

En el ámbito de la conciliación, son muy interesantes ciertas cláusulas que configuran "excedencias especiales o extraordinarias" para atender al cónyuge o a familiares por consanguinidad en situaciones de enfermedad o incapacidad que requieran asistencia, por un plazo máximo de seis meses y con reserva de puesto de trabajo[647], o de doce meses[648], o

[644] Art. 46 II CC estatal para las empresas de gestión y mediación inmobiliaria.

[645] Punto 3.9 Plan de Igualdad del Banco de Santander.

[646] Art. 55 XII CC general de centros y servicios de atención a personas con discapacidad.

[647] Art. 80 IV CC colectivo general del sector de derivados del cemento.

[648] Art. 37 X CC de ámbito estatal de centros de asistencia y educación infantil. La califica como "excedencia forzosa". Igualmente, art. 37 X CC de ámbito estatal de centros de asistencia y educación infantil.

de veinticuatro meses[649]. U otras, más prolongadas, de tres años, para cuidado de familiares de primer grado de consanguinidad que hayan sido declarado "minusválidos" por la Seguridad Social, con necesidad de cuidados permanentes, o en situación de gran invalidez, y que reconocen reserva absoluta de puesto de trabajo[650]. Otra vez hay que insistir en la conveniencia de que sólo se reconozca el derecho en el parentesco por consanguinidad.

Hay alguna, de interés en relación con la vida personal, de un año como mínimo, por tratamiento personal de toxicomanía o alcoholismo bajo vigilancia médica[651]. O de entre tres meses y un año, por necesidad de tratamiento médico por causas de rehabilitación o recuperación no reconocidas como incapacidad temporal[652]. Todas ellas sometidas a ciertos requisitos convencionales que ahora no son del caso.

Asimismo hay cláusulas relativas a excedencias por cuestiones de estudios. Algunas de ellas ya se han analizado al tratar los permisos no retribuidos. Puede ahora hacerse alusión a una "excedencia voluntaria especial", vinculada a ciertos requisitos de antigüedad, de entre seis meses y tres años de duración, con derechos de reserva idénticos a los de la excedencia por cuidado de hijos para actividades de desarrollo personal o perfeccionamiento profesional tales como estudios profesionales o aprendizaje de idiomas, de carácter oficial y académico[653].

---

[649] Art. 43 CC de las Ikastolas del País Vasco.

[650] Art. 46 CC estatal de mantenimiento y conservación de instalaciones acuáticas. Sin plazo máximo, hasta la curación o fallecimiento del familiar, cuando éste no pueda valerse por sí mismo, conviva con la persona trabajadora y excepcionalmente necesite una atención especial, en el art. 10 bis CC del sector de empaquetado de tomates de la provincia de Las Palmas.

[651] Art. 51 CC estatal de elaboradores de productos cocinados para su venta a domicilio. CC estatal de elaboradores de productos cocinados para su venta a domicilio.

[652] Art. 50 CC del sector de la mediación en seguros privados.
[653] Art. 50 I CC del Grupo Eroski.

La misma estructura ostenta otra excedencia de "responsabilidad y compromiso social", para dedicaciones a ONG, ya mediando relación profesional y remunerada, ya a título de colaboración o voluntariado[654].

Merece cierto comentario crítico una "excedencia" que se concede a "las trabajadoras que hayan dado a luz dentro del curso escolar", que comienza después de la finalización de los permisos de maternidad y lactancia y que tiene lugar hasta la finalización del mismo trimestre[655]. Otra vez se incide en el defecto de confiar en exclusiva en las madres el cuidado de los menores.

Y hay que citar una cláusula imposible de entender, por no denominarla incalificable, que considera como situación de excedencia forzosa el tiempo "durante el período de gestación de la trabajadora"[656]. Hay que hacer unos esfuerzos interpretativos mayúsculos para no considerarla una discriminación directa. Sólo algo más tolerable es el precepto que considera a la mujer embarazada en situación de excedencia forzosa "durante el período de gestación … a petición de la misma"[657].

Asimismo, se mantienen algunas instituciones claramente discriminatorias, como la excedencia por matrimonio, aunque sea con carácter voluntario. Dispone alguna cláusula que "al contraer matrimonio se tenderá derecho a continuar en activo o quedar en situación de

[654] Art. 50 I CC del Grupo Eroski. Por su parte, el art. 46 II CC único para el personal laboral de la Administración General del Estado establece una licencia de no más de un año para realizar una misión en países en vías de desarrollo. El art. 48 de este convenio la califica como una suspensión del contrato. Si no se solicita el reingreso en plazo, se pasa a situación de excedencia voluntaria por interés particular por un período mínimo de dos años.

[655] Art. 47 CC de las Ikastolas del País Vasco.

[656] Art. 54 VIII CC de centros de enseñanza privada de régimen general o enseñanza regada sin ningún nivel concertado o subvencionado.

[657] Art. 19 XX CC de autoescuelas y art. 37 X CC de ámbito estatal de centros de asistencia y educación infantil.

excedencia voluntaria por un período no inferior a un año ni superior a tres”[658].

XIII. SUSPENSIÓN POR PATERNIDAD.

Las escasas referencias que hay en los convenios colectivos tienden a remitirse a la legislación vigente[659], o a reiterar total o parcialmente el tenor literal del art. 48 bis ET[660]. Algún precepto añade que “salvo acuerdo diferente con la empresa, la suspensión se realizará inmediatamente a continuación del permiso o de la suspensión compartida”[661].

En toda esta materia de permisos y guarda legal no falta alguna interesante cláusula admonitoria que, redactada antes de la LO 3/2007, de 22 marzo, expresa que “…las partes firmantes del presente convenio se obligan a…favorecer los permisos por paternidad, maternidad y por responsabilidades familiares, sin que ello afecte negativamente a las posibilidades de empleo, a las condiciones de trabajo y al acceso a puestos de especial responsabilidad de mujeres y hombres”[662].

XIV. SUSPENSIÓN POR ADOPCIÓN Y ACOGIMIENTO.

[658] Art. 29 CC de la industria del calzado.

[659] Art. 80 IV CC colectivo general del sector de derivados del cemento y art. 35 CC para las industrias extractivas, industrias del vidrio, industrias cerámicas y para las del comercio exclusivista de los mismos materiales. En algún caso, no se expresa el límite mínimo de un año para el acogimiento provisional, como en el art. 22 CC estatal para las industrias de elaboración del arroz.

[660] Arts. 22 y 41 CC estatal para las industrias de elaboración del arroz, art. 50 bis XV CC de la industria química, art. 92 CC de ámbito estatal para las industrias del curtido, correas y cueros industriales y curtición de pieles para peletería, art. 25 V CC estatal para los centros de enseñanzas de peluquería y estética, de enseñanzas musicales y de artes aplicadas y oficios artísticos, art. 20 VI CC de enseñanza y formación no reglada, art. 27 XXI CC de Banca, art. 38 CC de las Ikastolas del País Vasco y punto 3.4 Plan de Igualdad del Banco de Santander.

[661] Art. 31 CC de la industria del calzado.

[662] Disposición adicional primera CC de ámbito estatal de gestorías administrativas.

Este tema se trata sistemáticamente en materia de conciliación, porque no se corresponde directamente con la maternidad y la seguridad y la salud en el trabajo, por más que la ley y la práctica totalidad de los convenios colectivos traten conjuntamente ambas suspensiones. En realidad, hay muy poco que decir a este respecto, porque las cláusulas que se refieren a la paternidad/maternidad adoptiva o por acogimiento se limitan a reiterar las referencias del art. 45.1 d)[663] y art. 48.4 a la misma[664], o simplemente se remiten a dichos preceptos[665]. Se detectan preceptos no acomodados a la legalidad vigente que expresan suspensiones más reducidas[666].

En realidad, y por su estrecha relación con la suspensión por parto, no es fácil que la negociación colectiva introduzca mejoras eficaces sobre unos mínimos legales ciertamente imperativos. Al menos, en tanto en cuanto la suspensión por adopción y acogimiento no ganen cierta autonomía frente a aquélla.

---

[663] Art. 86 IV CC general del sector de la construcción.

[664] Art. 23 V convenio colectivo estatal del sector de desinfección, desinsectación y desratización, art. 18 CC de la recuperación de residuos y materias primas secundarias, art. 56 CC de las empresas y trabajadores de perfumería y afines, art. 35 CC para las industrias extractivas, industrias del vidrio, industrias cerámicas y para las del comercio exclusivista de los mismos materiales, art. 48 CC general de trabajo de la industria textil y de la confección, art. 49 XV CC de la industria química, art. 10.2 CC para la industria fotográfica, art. 92 CC de ámbito estatal para las industrias del curtido, correas y cueros industriales y curtición de pieles para peletería, art. 60 XII CC general de centros y servicios de atención a personas con discapacidad, art. 25 III CC de las administraciones de loterías, art. 43 XII CC de ámbito estatal para los centros de educación universitaria e investigación, art. 31 CC de la industria del calzado, art. 20 CC de la Comunidad Autónoma de Galicia para el sector de peluquerías de señoras, caballeros, unisex y belleza, disposición final quinta CC del sector de oficinas y despachos de Salamanca, art. 38 CC de las Ikastolas del País Vasco y art. 43 CC del cava y vinos espumosos de Cataluña.

[665] Art. 47 CC estatal de elaboradores de productos cocinados para su venta a domicilio, art. 49 CC del sector de la mediación en seguros privados, art. 41 CC de grandes almacenes, art. 25 V CC estatal para los centros de enseñanzas de peluquería y estética, de enseñanzas musicales y de artes aplicadas y oficios artísticos, art. 20 VI CC de enseñanza y formación no reglada, art. 48 VIII CC de centros de enseñanza privada de régimen general o enseñanza regada sin ningún nivel concertado o subvencionado, art. 35 CC nacional de colegios mayores universitarios privados, art. 43 X CC de ámbito estatal de centros de asistencia y educación infantil, art. 25 CC de tintorerías y quitamanchas, lavanderías y establecimientos de lavado y planchado de Málaga y art. 37 CC del Grupo Champion.

[666] Art. 19 CC del campo para la provincia de Cádiz.

XV. PAUTAS DE LOS PLANES DE IGUALDAD.

Algunos de los convenios sectoriales posteriores a la entrada en vigor de la LO 3/2007, de 22 marzo, incorporan, en sus pautas para los planes de igualdad de empresa, ciertas reglas referidas a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral. Se reitera, por ejemplo, que dichos planes podrán contemplar, entre otras materias, cuestiones de ordenación del tiempo de trabajo para favorecer la conciliación[667]. Se expresa que el diagnóstico de situación deberá incluir datos desagregados por sexos en referencia, entre otras materias, a ordenación de la jornada y conciliación de la vida personal, familiar y laboral, así como excedencias y regímenes de turnos[668], o a "distribución de la plantilla en relación con ordenación de la jornada, horas anuales de trabajo, régimen de turnos y medidas de conciliación de la vida familiar y laboral", así como con "excedencias del último año y los motivos"[669].

Ya en el plano de los objetivos, se enuncia, como uno posible, "conseguir una mayor y mejor conciliación de la vida familiar y laboral de hombres y mujeres mediante campañas de sensibilización, difusión de los permisos y excedencias legales existentes, etc[670]. Algún convenio habilita a la comisión de igualdad para que, entre otras cuestiones, haga seguimiento del plan de igualdad en materia de horarios y jornadas flexibles, con datos desagregados por sexos[671].

---

[667] Art. 78 CC del sector de la mediación en seguros privados, disposición adicional sexta III CC estatal de la madera y disposición adicional segunda CC para las Cajas de Ahorros.

[668] Art. 102 XV CC de la industria química.

[669] Disposición adicional sexta III CC estatal de la madera.

[670] Art. 103 XV CC de la industria química y disposición adicional sexta III CC estatal de la madera.

[671] Cláusula adicional primera CC para las industrias extractivas, industrias del vidrio, industrias cerámicas y para las del comercio exclusivista de los mismos materiales.

Por supuesto, en los convenios de empresa ya se albergan contenidos más concretos. Por ejemplo, en algún plan de igualdad se expresa como objetivo la mejora de la posición laboral de las mujeres "haciendo más compatible el trabajo con la atención a las responsabilidades familiares, tanto para los hombres como para las mujeres", prevé un código de buenas prácticas que debe versar, entre otros contenidos, sobre medidas de organización del tiempo de trabajo y asume que, en su desarrollo, las partes deben poner en marcha medidas de conciliación de vida familiar y laboral[672]. Otro, concibe un campo de actuación al respecto, que incluye un "plan de flexibilización horaria coordinado con plan del otro miembro de la pareja; convenios de colaboración con entidades que facilitan las tareas de conciliación: guarderías, residencias, empresas de cuidados de niños, de limpieza…, ampliación de convenios con entidades de tiempo libre y ocio, adaptación de nuestros horarios laborales, etc"[673].

XVI. CONCLUSIÓN.

En cuanto a jornada, horario y, en general, tiempo de trabajo, debe reconocerse que la negociación colectiva introduce contenidos diversos, y cláusulas de indudable interés para la conciliación de la vida personal, familiar y laboral. Ahora bien, en términos generales no puede decirse que los convenios hayan tenido demasiado en cuenta, salvo raras excepciones, esta perspectiva. Más bien, puede decirse que existen cláusulas aisladas que incorporan buenas prácticas y que pueden servir de modelos para su acogimiento en otras unidades de negociación.

---

[672] Anexo VIII del II CC Repsol YPF, s.a. Las mismas medidas en el Plan de Igualdad del Banco de Santander.

[673] Art. 64 I CC del Grupo Eroski.

En realidad, muchas de las reglas sobre distribución de la jornada, calendarios, jornada continua, vacaciones u horas extraordinarias, entre otros contenidos, no obedecen en su génesis a objetivos explícitos o implícitos de hacer más compatible el trabajo con las tareas extra-laborales de las personas. Sin embargo, en la medida en que generan ciertas garantías tales como predeterminación del tiempo de trabajo, fijeza en los descansos semanales o mayor duración de los mismos, adaptación de las vacaciones a las preferencias individuales o acumulación de los períodos de descanso, producen consecuencias positivas a la vez en la atención a la vida personal y familiar de trabajadores y trabajadoras. En este sentido, una negociación colectiva más inclinada a conseguir dichos objetivos sin duda puede todavía perfeccionar estas herramientas y moldearlas a la medida de las necesidades del colectivo representado por el banco social.

Pero debe reconocerse que, si se exceptúan algunos convenios colectivos, falta una tarea sistemática de abordar el tiempo de trabajo como la condición que más influye en la atención de las obligaciones y de las tareas personales. Una adecuada toma de conciencia sin duda puede producir importantes frutos en la mayoría de los convenios colectivos. En esta línea, el nuevo apartado octavo del art. 34 debe servir de orientación a las partes negociadoras sobre la trascendencia de todos los contenidos referidos en los arts. 34 y ss. del ET para la atención de la familia y de otras ocupaciones personales. No en vano todos los documentos programáticos a nivel comunitario e interno se refieren a la necesidad de flexibilizar el tiempo de trabajo, tanto para atender a las necesidades de las empresas como a las de las personas trabajadoras, para que puedan conciliar sus obligaciones laborales con las personales.

Sin perjuicio de que haya convenios de empresa con especial sensibilidad hacia esta orientación, debe reconocerse que las reglas de los sectoriales de ámbito estatal resultan comparativamente más ambiciosas e

incisivas, en tanto que las de los de ámbito inferior –en particular los provinciales de sector- apenas prestan atención a la misma. Y, dicho sea de paso, en la medida en que regulan las condiciones de trabajo en ámbitos con una presencia mayoritariamente masculina, el interés por regular la jornada y el horario de un modo compatible con la atención de las obligaciones familiares decae todavía más.

Porque, como ya se ha apuntado anteriormente, al regular el tiempo de trabajo resulta relativamente sencillo establecer unas reglas que lo hagan más compatible con la vida personal de los trabajadores, pero no es fácil arbitrar medidas que tiendan hacia la corresponsabilización de los hombres en el cuidado de la familia. Precisamente por eso sería más importante que estas medidas de compatibilización aparecieran en los convenios de sectores con baja presencia femenina. Pero en absoluto esa es la inclinación de las partes que se sientan a negociarlos.

En cuanto a la regulación de los permisos, los comentarios deben ser parcialmente distintos. Los convenios tienden a introducir mejoras sustantivas, pero con técnicas escasamente flexibles, aunque de nuevo hay contenidos sumamente interesantes. Entre otros, algunos que procuran la corresponsabilización de los hombres en la atención a sus familiares mediante la técnica de conceder permisos sólo para el cuidado de consanguíneos, no de afines.

Pero, más allá de estas cláusulas bien encaminadas, o de otras que introducen medidas flexibles y adaptables a las necesidades individuales, de nuevo en la mayoría de los preceptos de los convenios hay un evidente sesgo sexista, que consiste en atribuir a las mujeres las tareas de cuidado. Esta orientación se percibe de un modo muy particular en la regulación de las excedencias, pero también en las nuevas reglas sobre acumulación del derecho de lactancia, en las que raramente se concibe la posibilidad de que los trabajadores hombres sean los beneficiarios.

Por lo demás, la mayoría de las posibilidades que abre la LO 3/2007, de 22 marzo, están pendientes de ser asumidas por la negociación colectiva. Temas tan centrales como el disfrute fraccionado de la excedencia por cuidado de hijos o familiares o la extensión de ciertos derechos de la maternidad a la paternidad todavía están pendientes. De modo que bueno será seguir con atención la evolución de la negociación colectiva en estas materias novedosas.

CAPÍTULO SÉPTIMO

LOS DERECHOS DE MATERNIDAD DE LAS MUJERES TRABAJADORAS

SUMARIO: I. LA PROTECCIÓN JURÍDICA DE LA MATERNIDAD DE LA MUJER TRABAJADORA: ¿ALGO MÁS QUE NORMATIVA DE SEGURIDAD Y SALUD LABORAL?: A) Marco jurídico comunitario e interno. B) Regulación convencional. **II.LA REGULACIÓN DE LA MATERNIDAD AL SERVICIO DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD POR RAZÓN DE SEXO / GÉNERO:** A) Fundamento: De las medidas protectoras a la igualdad de sexo / género. B) Marco normativo. C) Disposiciones convencionales. **III. CONCLUSIONES.**

I. LA PROTECCIÓN JURÍDICA DE LA MATERNIDAD DE LA MUJER TRABAJADORA: ¿ALGO MÁS QUE NORMATIVA DE SEGURIDAD Y SALUD LABORAL?

a) Marco jurídico comunitario e interno.

Uno de los momentos de mayor trascendencia en la carrera profesional de las trabajadoras es, sin lugar a dudas, la situación de embarazo, por la incidencia directa que tiene sobre su trabajo. No en vano, la maternidad se protege desde los propios albores de nuestra legislación social y ello seguirá siendo así mientras exista el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. De lo contrario, no podría hablarse de un ordenamiento calificable de social[674]. Como muestra de ello, puede traerse a colación el contenido de la reforma operada en el art. 9 de la Ley de 13 de

[674] Así lo ha afirmado LOUSADA AROCHENA, F., *El derecho a la maternidad de la mujer trabajadora*, Instituto de la Mujer-MTAS (Madrid, 2002), p. 16.

marzo de 1900 sobre el trabajo de las mujeres y los niños, aprobada en el año 1906, en la que se prohibía el "trabajo a las mujeres durante un plazo de cuatro a seis semanas posteriores al alumbramiento. En ningún caso será dicho plazo inferior a las cuatro semanas; será de cinco o seis si de una certificación facultativa resultase que la mujer no puede, sin perjuicio de su salud, reanudar su trabajo"[675].

Por otra parte, además, hay que tener muy presente que la maternidad, como circunstancia biológica diferenciadora entre hombres y mujeres, permite y justifica regulaciones específicas tendentes a su protección y, por lo tanto, dirigidas particularmente al colectivo femenino. Es decir, ni existen, ni deben existir, normas de protección genérica del colectivo de mujeres trabajadoras frente al colectivo de hombres trabajadores. Cualquier regulación diferente o separada de un sexo / género frente al otro, deberá estar siempre justificada por causas objetivas y razonables. De lo contrario se incurrirá en una discriminación por razón de sexo / género contraria al principio de igualdad[676]. De hecho, todas las diferencias normativas surgidas a lo largo del tiempo con un sentido protector del colectivo femenino frente al masculino fueron anuladas, precisamente, por atentar contra el principio de igualdad. En unos casos, tal derogación fue entendida tácitamente, aunque no siempre con la unanimidad deseable. Así ha sucedido con el Decreto de 26 de julio de 1957, sobre industrias y trabajos prohibidos a las mujeres y a los niños por peligrosos e insalubres. Con todo, cualquier duda que todavía pudiera persistir sobre su vigencia ha sido definitivamente *aclarada* con la

---

[675] *Vid.* esta cita y sus comentarios en CABEZA PEREIRO, J., "Maternidad y riesgos laborales", en AA.VV., *Trabajo y familia en la jurisdicción social. Conciliación de la vida familiar y laboral y protección contra la violencia de género,* CDJ, XVII, 2006, pp. 233 ss.

[676] En este sentido, PÉREZ DEL RÍO, T. y BALLESTER PASTOR, A., *Mujer y salud laboral,* La Ley (Madrid, 2000), p. 7.

disposición derogatoria única de la LPRL[677] que suprime aquella disposición "en los aspectos de su normativa relativos al trabajo de las mujeres". En otros casos, la derogación tuvo que esperar una resolución del TC. Así ha sucedido, entre otras, con la prohibición del trabajo de la mujer en las minas, pues además de constituir una de las actividades prohibidas en el Decreto de 1957, también lo era en la Carta Social Europea. La cuestión fue definitivamente zanjada por el TC en su Sentencia 229/1992, de 14 de diciembre, cuyo fundamento jurídico 4 dispone que "el mandato de no discriminación por sexo del art. 14 CE, consecuente al principio de igualdad de derechos entre hombres y mujeres exigen, desde luego eliminar aquellas normas jurídicas que (con la salvedad del embarazo y la maternidad) aunque históricamente respondieran a una finalidad de protección de la mujer como sujeto fisiológicamente más débil suponen refrendar o reforzar una división sexista de trabajos y funciones mediante la imposición a las mujeres de límites aparentemente ventajosos pero que le suponen una traba para su acceso al mercado de trabajo".

Ahora bien, el significado y fundamento de la protección jurídica de la maternidad no han permanecido incólumes, habiendo sufrido una importante evolución a lo largo del tiempo, cuyo término, por lo menos por ahora y atendiendo a su perspectiva normativa, se sitúa en el contenido del art. 45.1 ET, apartado d), que prevé la suspensión del contrato de trabajo, entre otros motivos, por "maternidad", pero también por "riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural de un menor de nueve meses y adopción o acogimiento, tanto preadoptivo como permanente o simple (…)". A partir de esta declaración general, su desarrollo se contiene en otros preceptos normativos incursos en distintos textos legales. Por un lado,

[677] Como ha sostenido LOUSADA AROCHENA, F., "no se trata de una norma con eficacia derogatoria, sino más bien, de carácter aclaratorio. La derogación se había producido en virtud de la disposición derogatoria 3ª de la Constitución, casi diecisiete años antes", cfr. *El derecho a la maternidad…, op. cit.*, p. 124.

el art. 48.4 ET que regula la suspensión del contrato de trabajo por parto y por adopción y acogimiento. Y, por otro, el art. 26 LPRL que contiene los distintos mecanismos de protección de la salud de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia, entre los que se incluyen, la suspensión contractual por riesgo durante el embarazo y por riesgo durante la lactancia natural. El reconocimiento normativo de esta última suspensión –la del riesgo durante la lactancia natural- no tuvo lugar hasta la promulgación de la LOIEMH, dándose así por concluido el largo espacio temporal de incumplimiento por parte del legislador español de los mandatos de la Directiva 1992/85/CEE, de 19 de octubre[678].

Esta doble protección, la contenida en el ET y la de la LRPL, justifica el debate, todavía inacabado, sobre la finalidad pretendida con cada una de ellas, especialmente con la del art. 48.4 ET, pues es obvio, que las dispensadas por el art. 26 LPRL se enmarcan dentro de las medidas tendentes a proteger la salud de la trabajadora embarazada y del feto[679]. Incluso cuando se trate de la suspensión contractual por riesgo durante la lactancia natural de hijos menores de nueve meses[680]. Téngase en cuenta que la regulación de esta nueva causa de suspensión conforma la tan esperada transposición del art. 5 de la Directiva 1992/85/CEE[681], a la

[678] Directiva 1992/85/CEE, de 19 de octubre, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia (DOCE de 28 de noviembre de 1992).

[679] Por todos, *vid.* PÉREZ DEL RÍO, T. y BALLESTER PASTOR, A., *Mujer y salud laboral…, op. cit.,* p. 13.

[680] Como ha afirmado tajantemente CABEZA PEREIRO, J., "el único anclaje cierto de esta materia (la lactancia) en el tópico de la seguridad y salud en el trabajo es el del riesgo durante la lactancia", cfr. "Maternidad y riesgos laborales", en AA.VV., *Trabajo y familia en la jurisdicción social…, op. cit.,* p. 253.

[681] Como habían insinuado PÉREZ DEL RÍO, T. y BALLESTER PASTOR, A., "la aplicación directa de esta Directiva (la 1992/85/CEE) resulta en algunos puntos necesaria como consecuencia de los defectos de transposición que se aprecian en algunos incisos del art. 26 LPRL", cfr. *Mujer y salud laboral…, op. cit.,* p. 13. Más incisivo ha sido CABEZA PEREIRO, J., que ha afirmado que "sí que es suficientemente conocida la clamorosa insuficiencia de la legislación española a la luz de las obligaciones derivadas de la Directiva comunitaria", cfr. "Maternidad y riesgos laborales", en AA.VV., *Trabajo y familia en la jurisdicción social…, op. cit.,* p. 254.

sazón, décima Directiva específica de la Directiva 1989/391/CEE, de 12 de junio, de aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo[682]. En cambio, el contenido del art. 48.4 ET, así como sus raíces comunitarias, dejan bastante espacio a la ambigüedad y a la ambivalencia para poder determinar, sin ningún género de dudas su finalidad. Por mucho que quieran incluirse las 16 semanas de suspensión contractual por parto entre las medidas tendentes a proteger la seguridad y la salud de la trabajadora que ha dado a luz, a lo que no son pocos los argumentos vertidos por el Derecho comunitario, pero también por el art. 48.4 ET, tampoco son escasos, los criterios que parecen justificar la existencia de este permiso, o cuando menos una parte sustancial, en la atención y cuidados del menor y, por lo tanto, en el más amplio marco de la conciliación de la vida familiar y laboral. Entre los argumentos que relacionan la existencia de dicho permiso con la normativa preventiva, basta recordar que su duración mínima está prevista en una norma comunitaria de seguridad salud laboral, la Directiva 1992/85/CEE. Concretamente, según su art. 8.1, el permiso de maternidad será como mínimo de "catorce semanas ininterrumpidas, distribuidas antes y/o después del parto, con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales". Y según su art. 8.2 este permiso deberá incluir "un permiso de maternidad obligatorio de cómo mínimo dos semanas, distribuidas antes y/o después del parto, con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales". En el ámbito interno, el criterio determinante de la relación entre la suspensión contractual por parto y la seguridad y salud de la trabajadora, es la obligatoriedad de disfrutar de seis semanas de permiso de forma inmediata al parto, conformando, salvo excepciones, un derecho de carácter

[682] DOCE de 29 de junio de 1989.

intransferible[683]. Y entre los criterios que permiten relacionar las suspensiones contractuales del art. 48.4 ET con la conciliación de la vida familiar y laboral, suele referirse la posibilidad de transferir parte del tiempo de descanso al otro progenitor, facultad introducida por Ley 39/1999, de 5 de noviembre[684] y en la que sigue abundando la LOIEMH, pero también la extensión de su disfrute a las adopciones y acogimientos, extensión también confirmada desde la citada reforma de 1999[685].

En todo caso y aunque sólo sea a efectos de cumplimentar, con un criterio uniforme, los distintos capítulos que componen este estudio sobre el principio de igualdad en la negociación colectiva, resulta obligado decantarse por alguna de las alternativas propuestas y a partir de ahí estudiar su tratamiento en los distintos convenios colectivos. Y si en el capítulo anterior, el objeto de estudio era el tiempo de trabajo desde una

---

[683] Como advierte el propio art. 48.4 ET, en su párrafo primero, "en caso de fallecimiento de la madre, con independencia de que ésta realizara o no algún trabajo, el otro progenitor podrá hacer uso de la totalidad o, en su caso, de la parte que reste del período de suspensión, computado desde la fecha del parto, y sin que se descuente del mismo la parte que la madre hubiera podido disfrutar con anterioridad al parto". Sobre la relación entre la licencia por maternidad y la salud laboral, se ha pronunciado con claridad la jurisprudencia del TJCE: "como reconoció el legislador comunitario cuando adoptó la Directiva 1992/85/CEE, la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia se encuentra en una situación específica de vulnerabilidad que requiere que se le conceda un permiso de maternidad, pero que, especialmente durante este permiso, no puede asimilarse a la de un hombre ni a la de una mujer en situación de incapacidad temporal por enfermedad" (Asunto Boyle). Para conocer otros argumentos que justifican tal conexión, *vid.* CABEZA PEREIRO, J., "Maternidad y riesgos laborales", en AA.VV., *Trabajo y familia en la jurisdicción social…, op. cit.,* p. 235 ss.

[684] Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras (BOE del 6). Como señala su propia Exposición de Motivos, la "Ley introduce cambios legislativos en el ámbito laboral para que los trabajadores puedan participar de la vida familiar, dando un nuevo paso en el camino de la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres. Trata además de guardar un equilibrio para favorecer los permisos por maternidad y paternidad sin que ello afecte negativamente a las posibilidades de acceso al empleo, a las condiciones del trabajo y al acceso a puestos de especial responsabilidad de las mujeres. Al mismo tiempo se facilita que los hombres puedan ser copartícipes del cuidado de sus hijos desde el mismo momento del nacimiento o de su incorporación a la familia".

[685] Al respecto, *vid.* TARANCÓN PÉREZ, E., "La suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo, maternidad, adopción y acogimiento", en AA.VV., *Mujer y trabajo* (coord. RUÍZ PÉREZ, E.), Bomarzo (Albacete, 2003), p. 68 (sobre su reconocimiento a los supuestos de adopción y acogimiento) y 71 (sobre la posibilidad de transferir la posibilidad de disfrute del permiso de maternidad a los padres). Como han destacado PÉREZ DEL RÍO, T. y BALLESTER PASTOR, A, la suspensión contractual por maternidad prevista en la normativa laboral se constituye en unos plazos "que a su vez se conforma en dos tramos: obligatorio el primero con el objetivo de proteger la salud de la trabajadora en situación de parto reciente (6 semanas); y voluntario el posterior, desligado de justificaciones sanitarias", cfr. *Mujer y salud laboral…, op. cit.,* p. 10.

perspectiva de sexo / género y con ello todas las instituciones jurídicas tendentes a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, entre las que, como es obvio, se incluyen muchas relacionadas con el embarazo y la maternidad –permisos para exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto (art. 37.1 ET y 26.5 LPRL), el permiso por lactancia (art. 37.4 ET), excedencias por guarda legal (art. 37.5 ET), etc-, en el que ahora se inicia se limita, que no es poco, al tratamiento de la maternidad desde la perspectiva preventiva y su eficacia al servicio del cumplimiento del principio de igualdad por razón de sexo / género. En definitiva, al estudio de las suspensiones contractuales reconocidas en el apartado d) del art. 45 ET: suspensión contractual por maternidad y adopción y acogimiento y por riesgo durante el embarazo y lactancia. Pero también, al de todas aquellas medidas preventivas previas a una declaración de riesgo durante el embarazo y de riesgo durante la lactancia y que van desde una evaluación específica de los riesgos laborales que puedan influir negativamente en la salud de las trabajadora embarazada o del feto, hasta proceder a su movilidad funcional extraordinaria. Se trata, al igual que la situación de riesgo durante el embarazo y de riesgo durante la lactancia natural, de medidas contenidas en el art. 26 LPRL. Con todo, aunque ya fue objeto de análisis en el capítulo cuarto de este estudio, no hay que olvidar otro mecanismo de gran relevancia a efectos del cumplimiento del principio de igualdad por razón de sexo / género, también vinculado con la salud laboral de las trabajadoras afectadas. Se trata, concretamente, de la prohibición de despido de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia, al que se refieren los arts. 53 y 55 ET. Sobre su vinculación con la seguridad y salud laboral volveremos a continuación.

En fin, la elección de todas estas materias se ha hecho atendiendo, fundamentalmente, al contenido del Derecho comunitario, toda vez el tratamiento unitario de todas ellas se hizo en el ámbito de la política

europea de seguridad y salud tras la aprobación de la Directiva 1992/85/CEE. Como ya se dijo antes, el permiso por maternidad se reconoce en esta Directiva, probablemente porque la seguridad e higiene es de todas las materias posibles aquélla con la que el descanso por maternidad guarda mayor identidad de razón[686]. El cumplimiento estricto del principio de igualdad permite y extiende el reconocimiento de los mismos derechos tratándose de menores acogidos y adoptados. Sobre el riesgo durante el embarazo y el riesgo durante la lactancia y todas las medidas que deberán adoptarse previamente a la declaración de tales situaciones, su vinculación con la seguridad y salud queda fuera de cualquier duda. No hay más que atender el contenido del art. 5 Directiva 1992/85/CE. Y en cuanto a la prohibición de despido de la trabajadora embarazada o que haya dado a luz o en período de lactancia, previsto en el art. 10 Directiva 1992/85/CEE, también puede defenderse su conexión con la seguridad y salud de la trabajadora. No en vano tal prohibición se reconoce expresamente "como garantía para las trabajadoras (…) del ejercicio de los derechos de protección de su seguridad y salud"[687]. En el contexto de la Directiva 1992/85/CEE, la posibilidad de que la trabajadora sea despedida durante el permiso de maternidad o en período de lactancia, puede comportar para ella una perturbación que puede provocar una alteración en su salud y también, por ende, en la del feto o recién nacido, entendida como el bienestar físico, mental y social que comporta en tales circunstancias[688]. La única salvedad es que el despido no estuviese

[686] Esta idea en GARRIGUES GIMÉNEZ, A., NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P. y CEBRIÁN CARRILLO, A., *La maternidad y paternidad en el Derecho de la Unión Europea. Comentario a la Directiva 2006/54/CE; su inmediata incorporación por la futura Ley de igualdad y el propósito reparados de esta respecto de algunos defectos transpositivos de la Directiva 92/85/CE,* RMTAS, núm. 67, 2007, p. 242.

[687] Cfr. art. 10 Directiva 1992/85/CEE.

[688] Esta idea en GARRIGUES GIMÉNEZ, A., NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P. y CEBRIÁN CARRILLO, A., *La maternidad y paternidad en el Derecho de la Unión Europea…, op. cit.,* p. 245.

motivado por la maternidad de la trabajadora sino por alguna de las causas admitidas por las distintas legislaciones nacionales[689].

Si atendemos al Derecho interno, puede afirmarse que la regulación, desde la perspectiva preventiva, de las situaciones de embarazo, parto reciente y lactancia, constituyen, casi en exclusiva las únicas disposiciones normativas destinadas a la protección de la salud de la mujer trabajadora por su condición biológica diferente a la del hombre. Sobre las razones que produjeron esta situación y sus consecuencias, volveremos en el capítulo siguiente. Ahora bien, frente a la uniformidad normativa de todos los mecanismos tendentes a la protección de la maternidad ex Directiva 1992/85/CEE, la dispersión de su regulación interna –ET y LPRL-, se ha proyectado a otros ámbitos diferentes, entre ellos, a la negociación colectiva. Si a todo ello se añade la existencia y regulación de otros mecanismos, también relacionados con la maternidad, pero atentos a finalidad diferentes a la preventiva –excedencias, reducción de jornada, etc-, se justifica que todavía perdure el debate doctrinal sobre la ubicación, finalidad y fundamento de la regulación de la maternidad.

a) Regulación convencional.

Centrándonos ya en la situación de la negociación colectiva en España, el análisis de los convenios objeto de este estudio confirman lo expuesto con anterioridad: bastante imprecisión a la hora de fijar la finalidad pretendida con los instrumentos jurídicos protectores de la maternidad. En todo caso, la gran mayoría de los analizados se han decantado por considerar sólo disposiciones preventivas aquellas que

[689] Como advierte el art. 55.5 ET "lo establecido en las letras anteriores será de aplicación, salvo que, en esos casos se declare la procedencia del despido por motivos no relacionados con el embarazo o con el ejercicio del derecho a los permisos y excedencia señalados".

tengan como base la LPRL y su normativa de desarrollo, quedando fuera de este grupo todas las demás. Como tal normativa preventiva, su finalidad es la protección de la seguridad y la salud de la trabajadora embarazada, del feto o del recién nacido. La regulación del riesgo por embarazo y del riesgo durante la lactancia y las medidas que preceden a la declaración de tales situaciones, conforman el objetivo mayoritario de las cláusulas de estos convenios. En este grupo, todo lo que se refiere a la suspensión contractual por parto y acogimiento y adopción, se integra en otras secciones diferentes, de lo más variado, aunque mayoritariamente relacionadas con el tiempo de trabajo y, por ende, con medidas de conciliación de la vida personal, familiar y laboral.

Como prueba de todo lo que aquí acaba de exponerse, puede citarse en III Convenio Colectivo sectorial de ámbito estatal de las administraciones de loterías, B.O.E. de 16.07.2006. El art. 47 de su título IX dedicado a la "seguridad y salud en el trabajo", dispone las medidas que habrán de adoptarse con el fin de proteger la salud de las trabajadoras embarazadas o en situación de parto reciente y ello se hace a través de una remisión a los arts. 16 y 26 LPRL[690]. En cambio, todo lo que atañe a la suspensión del contrato de trabajo por parto y por adopción y acogimiento, se ordena en otro título del Convenio, el referido a la "conciliación de la vida familiar y laboral" –título V-, concretamente, en su art. 25[691]. Esta

[690] Art. 47.4: "Respecto a la protección a la maternidad, la empresa adoptará las medidas necesarias para evitar la exposición de las trabajadoras en situación de embarazo o parto reciente a los riesgos determinados en la evolución a que se refiere el artículo 16 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, que pueden afectar a la salud de las trabajadoras o del feto, a través de la adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo de la trabajadora afectada, en los términos previstos en el artículo 26 de la mencionada Ley".

[691] Art. 25: En el supuesto de parto, la suspensión tendrá una duración de dieciséis semanas, que se disfrutarán de forma ininterrumpida, ampliables en el supuesto de parto múltiple en dos semanas más por cada hijo a partir del segundo (…) En los supuestos de adopción y acogimiento, tanto preadoptivo como permanente, de menores de hasta seis años, la suspensión tendrá una duración de dieciséis semanas ininterrumpidas, ampliable en el supuesto de adopción o acogimiento múltiple en dos semanas más por cada hijo a partir del segundo, contadas a la elección del trabajador, bien a partir de la decisión administrativa o judicial de acogimiento, bien a partir de la resolución judicial por la que se constituye la adopción. La duración de la suspensión será, asimismo, de dieciséis semanas en los supuestos de

misma estructura y división de materias es la seguida, en el Convenio Colectivo general de trabajo de la industria textil y de la confección, B.O.E. de 4.01.2007. Su art. 99, inmerso en un su capítulo VIII dedicado a la "seguridad y salud laboral" prevé las medidas de protección de la maternidad, entre las que nuevamente se incluyen la evaluación de riesgos laborales a que se refiere el art. 16 LPRL y la adaptación, cambio o suspensión contractual del art. 26 LPRL. Las 16 semanas de permiso de maternidad se regulan en su art. 48 dentro de su capítulo III sobre "inicio y desarrollo de la relación laboral". Y un tercer ejemplo de convenios que persisten en esta estructura es 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, B.O.E. de 31.08.2007. En este Convenio Colectivo, el reconocimiento de las dieciséis semanas ininterrumpidas de licencia por maternidad y adopción y acogimiento –art. 35-, forman parte de un capítulo dedicado al "tiempo de la prestación de trabajo", mientras que la evaluación de los riesgos laborales específicos en relación con las trabajadoras en situación de embarazo o parto reciente y las medidas que deben adoptarse cuando los resultados de tal evaluación revelen un riesgo para su seguridad y salud –art. 131- se integra dentro del capítulo XII dedicado a la "seguridad y salud en el trabajo".

Al margen de los de sector estatal, también en el ámbito empresarial son varios los convenios que han optado mayoritariamente por esta estructura. En todo caso sirva adelantar por ahora la existencia de una regulación sobre maternidad mucho más pormenorizada en los de empresa

---

adopción o acogimiento de menores mayores de seis años de edad cuando se trate de menores discapacitados o minusválidos o que por sus circunstancias y experiencias personales o que por provenir del extranjero, tengan especiales dificultades de inserción social y familiar debidamente acreditadas por los servicios sociales competentes. En caso de que la madre y el padre trabajen, el período de suspensión se distribuirá a opción de los interesados, que podrán disfrutarlo de forma simultánea o sucesiva, siempre con períodos ininterrumpidos y con los límites señalados".

que en los de sector, pues mientras que la mayoría de estos últimos se limitan a reproducir el contenido de la LPRL, especialmente, sus arts. 16 y 26, no sucede lo mismo con las cláusulas de los convenios empresariales, siendo varias las ocasiones en las que mejoran el contenido de las disposiciones legales y reglamentarias. Así en el II Convenio Colectivo de Repsol YPF, S.A., B.O.E. de 6.03.2007, las medidas relativas a la protección de la maternidad se incluyen en un título dedicado íntegramente a la "seguridad y salud laboral" –título VIII- y su contenido desarrolla convencionalmente las medidas contenidas en el art. 26 LPLR. En concreto, ordena la "modificación de las condiciones de trabajo o el cambio de puesto sin menoscabo de las condiciones económicas de la trabajadora". Sobre el cambio de puesto, se dispone el modo de ordenación. Cuando dicho cambio de puesto no resultara posible se declarará el paso de la trabajadora a la "situación de suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo". Aunque no es el único, es importante señalar que dicho Convenio Colectivo, aun siendo aprobado antes de la LOIEMH, ya contemplaba la extensión de todas las medidas anteriores al período de lactancia "si las condiciones del trabajo pudieran influir negativamente en la salud de la mujer o del hijo". Como contrapartida, no contempla, ni en ésta ni en ninguna otra sección, la suspensión contractual por maternidad del art. 48.4 ET. La estructura y división de materias a la que estamos aludiendo se reitera en el II Convenio Colectivo único para el personal laboral de la Administración General del Estado, B.O.E. de 14.10.2006. En concreto, todo lo que atañe a la protección de la maternidad desde la perspectiva preventiva se integra en un capítulo dedicado a la "salud laboral y acción social". Se trata, de la "adaptación de las condiciones o del tiempo o turno de trabajo, o, en su caso, al cambio temporal de puesto de trabajo o funciones" y todo ello "previas las actuaciones y con las garantías establecidas en el artículo 26 de la Ley de Prevención de Riesgos

Laborales” -art. 65-. Y todo lo que se refiere al régimen jurídico de la suspensión contractual por parto y nacimiento o adopción se ordena en otro precepto, el 53 que se integra en el capítulo XI del Convenio dedicado, propiamente, a la “suspensión y extinción del contrato de trabajo”.

Ahora bien no todos los convenios colectivos analizados se han decantado claramente por una estructura y división de materias determinada. En alguno, los derechos reconocidos a las trabajadoras embarazadas pasan casi desapercibidos entre otras cuestiones jurídicas diferentes. Así sucede, con el XXI Convenio Colectivo de banca, B.O.E. de 16.09.2007, que dentro de lo que califica como “movimientos de personal” ordena los que afectan a las trabajadoras durante su embarazo o durante la lactancia. En concreto, como dispone su art. 31 “cuando el trabajo que realice una mujer encinta pueda poner en peligro el embarazo, según prescripción facultativa, tendrá derecho a que se le asigne un nuevo trabajo en las condiciones adecuadas, sin reducción del salario, regresando al puesto anterior una vez finalice dicha situación. Durante el embarazo o lactancia la trabajadora no será objeto de cambios de puesto de trabajo que impliquen destino a otro municipio”. En otros, el reconocimiento y la regulación de los derechos de maternidad de las mujeres trabajadoras se hace genéricamente sin calificarse, *a priori*, como normativa preventiva, como normativa reguladora del tiempo de trabajo o de cualquier otra clase. En este grupo hay que mencionar el Convenio Colectivo de la industria del calzado, B.O.E. de 23.09.2007, en el que como otra condición laboral más, de hecho así se califica el capítulo en el que se incluyen tales cláusulas convencionales –capítulo IV-, se regulan las suspensiones contractuales por maternidad –art. 31- y las medidas de protección a la maternidad –art. 32-. Como es fácil imaginar, las primeras se refieren a las suspensiones contractuales por parto, acogimiento y adopción a las que se alude el art. 48.4 ET, mientras que las segundas, lo hacen en relación con las medidas

preventivas relacionadas en el art. 26 LPRL. Algo similar, o por lo menos con la misma ausencia de criterio lógico y coherente, sucede en el Convenio Colectivo estatal para la industria fotográfica, B.O.E. de 6.06.2006, ya que dentro de su capítulo dedicado a "licencias y excedencias" –capítulo 10-, ordena la suspensión por parto y adopción y acogimiento –art. 10.2- y el riesgo durante el embarazo –art. 10.3-. Téngase en cuenta, además, que en el mismo Convenio Colectivo hay un capítulo dedicado exclusivamente a la "salud laboral" –capítulo 15-, que omite toda referencia a las medidas protectoras de la situación de embarazo, parto o lactancia de las trabajadoras.

La ordenación convencional de los derechos de maternidad de las trabajadoras al margen de las previsiones convencionales sobre riesgos laborales es bastante habitual. Además del Convenio Colectivo estatal para la industria fotográfica, B.O.E. de 6.06.2006, sucede lo mismo, entre otros, en el V Convenio Colectivo estatal para los centros de enseñanzas de peluquería y estética, de enseñanzas musicales y de artes aplicadas y oficios artísticos, B.O.E. de 2.07.2007 y en el Convenio Colectivo de grandes almacenes, B.O.E. de 27.04.2006. Tanto en uno, como en el otro, existe un capítulo dedicado expresamente a la ordenación convencional de la salud laboral[692] y, sin embargo, en ninguno se incluye medida alguna de protección de la salud de la trabajadora embarazada o del feto, que sí aparecen reguladas en otras secciones convencionales. En el Convenio Colectivo estatal para los centros de enseñanzas de peluquería y estética, de enseñanzas musicales y de artes aplicadas y oficios artísticos, B.O.E. de 2.07.2007, en su art. 25, dentro de la sección "vacaciones y permisos", en

[692] Convenio Colectivo estatal para los centros de enseñanzas de peluquería y estética, de enseñanzas musicales y de artes aplicadas y oficios artísticos, B.O.E. de 2.07.2007, su título VIII bajo el título "seguridad y salud laboral" compuesto de un solo precepto dedicado a la representación y participación en materia preventiva (art. 61). Y en el Convenio Colectivo de grandes almacenes, B.O.E. de 27.04.2006, su capítulo VII, más extenso que el anterior, bajo el título "disposiciones varias y seguridad y salud laboral".

el que se ordena la "suspensión del contrato por maternidad, riesgo del embarazo, adopción y acogimiento". Y en el Convenio Colectivo de grandes almacenes, B.O.E. de 27.04.2006, que dentro de la sección rubricada "conciliación de la vida familiar y laboral", regula la suspensión del contrato por maternidad y adopción, la suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo y los trabajos de la mujer embarazada –arts. 41 y 42-. En los de empresa, entre otros, sucede exactamente lo mismo en el Convenio Colectivo del grupo Champion, B.O.E. de 9.06.2006 y en el I Convenio Colectivo de supermercados del grupo Eroski, B.O.E. de 6.06.2006. También en los dos existe una sección o capítulo sobre salud laboral[693], quedando fuera de sus disposiciones la ordenación de las medidas protectoras del estado de gestación o de la trabajadora que acaba de dar a luz. En el primero de ellos, el del grupo Champion, B.O.E. de 9.06.2006, la ordenación de la suspensión contractual por maternidad y adopción, la del riesgo durante el embarazo y la de los trabajos que pueda desarrollar la trabajadora embarazada, se integran en un capítulo dedicado a las "licencias, protección a la familia y excedencias" –capítulo VIII-. En el segundo Convenio Colectivo, el de supermercados del grupo Eroski, B.O.E. de 6.06.2006, todo lo relativo a la protección del estado de gestación, parto reciente y lactancia, forman parte de un capítulo que titula "regulación de derechos sociales" –capítulo VI-.

Y ya por último, también hay que citar algunos convenios en los que el reconocimiento de derechos relacionados con la maternidad se hace parcialmente. Es decir, la negociación colectiva sólo va a incidir sobre alguno de los derechos previstos en la normativa heterónoma. Por ejemplo, la única mención que contiene el II Convenio Colectivo estatal para las

[693] En el del grupo Champion, su capítulo XI –salud laboral- integrado por un solo precepto, el art. 55. En el del grupo Eroski, su capítulo VII –seguridad y salud laboral- mucho más completo que el anterior, de hecho consta de varios preceptos, uno de ellos sobre las riesgos músculo esqueléticos, sobre el que se incidirá en el capítulo siguiente.

empresas de gestión y mediación inmobiliaria, B.O.E. de 13.01.2007, a los derechos de maternidad de las mujeres trabajadoras, se hace dentro de su capítulo X dedicado "seguridad y salud laboral", que contiene un precepto, el art. 55 que incluye y ordena todas las medidas a que se refiere el art. 26 LPRL. El Convenio Colectivo no contiene ninguna referencia, ni mención a las 16 semanas de suspensión contractual por maternidad. En sentido contrario, en el VI Convenio Colectivo nacional de colegios mayores universitarios privados, B.O.E. de 24.10.2007, la única mención a los derechos de maternidad lo es en alusión a la suspensión contractual por parto, adopción y acogimiento del art. 48.4 ET y dentro de un capítulo VI sobre "jornadas, vacaciones, permisos, excedencias, jubilaciones, maternidad".

II. LA REGULACIÓN DE LA MATERNIDAD AL SERVICIO DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD POR RAZÓN DE SEXO / GÉNERO.

a) Fundamento: de las medidas protectoras a la igualdad de sexo / género.

Desde sus orígenes y hasta la actualidad, el fundamento de la protección jurídica de la maternidad de las mujeres trabajadoras, ha sufrido una importante evolución a lo largo del tiempo. En síntesis, se pueden distinguir tres grandes etapas[694]:

La primera, coincidente con la aprobación de las primeras normas de Derecho del Trabajo e inspirada en una corriente paternalista que justificaba la protección de las mujeres por su carácter de sexo débil frente a los hombres. La consecuencia, fue la proliferación de normas prohibitivas

[694] Siguiendo a LOUSADA AROCHENA, F., *El principio de transversalidad en la dimensión de género*, MTAS (Madrid, 2007), pp. 78 ss.

de determinados trabajos considerados impropios de la condición femenina, lo cual suponía la imposición de una serie de límites en el acceso al empleo y producía el tan denostado efecto *boomerang* a la hora de proceder a su contratación[695].

La segunda etapa se corresponde con el éxito del feminismo igualitarista de corriente liberal: mujeres y hombres son iguales en derechos y deberes, a salvo, exclusivamente, las diferencias derivadas de sus condiciones físicas o biológicas. Por supuesto, la maternidad conforma una de ellas. La normativa paternalista fue entonces objeto de revisión y reducción, y se pasó a un ordenamiento inspirado en la igualdad que se conseguiría con la extensión a las mujeres de los derechos de los hombres. Así las cosas, la protección de la maternidad dejaba de ser una aplicación del principio paternalista protector, inspirador del ordenamiento jurídico, para pasar a configurarse como una excepción del principio de igualdad. De este modo las normas sobre maternidad se transformaron en dispositivas y se justificaban, exclusivamente, en el hecho biológico diferencial existente entre los dos sexos/géneros.

La tercera y última etapa, en la que nos encontramos en la actualidad, deriva de la superación de la corriente feminista anterior. Ya no se propugna la igualdad de la mujer con el hombre dentro de una sociedad construida sobre el modelo masculino, sino la creación de un modelo diferente en el que participen hombres y mujeres. Este nuevo modelo social, debe comenzar por aceptar el papel subordinado de la mujer en el ámbito laboral y la asunción de las cargas familiares, casi en exclusiva, y ello porque la igualdad no puede conseguirse con leyes *neutras* que olviden

[695] Como ha destacado LÓPEZ ANIORTE, M.C., resultaba esclarecedor el Fuero del Trabajo de 1938, en el que se anunciaba que el Estado prohibiría "el trabajo nocturno de las mujeres (…) y libertaría "a la mujer casada del taller y de la fábrica", cfr. "El lento proceso de extensión a los varones de las medidas conciliatorias", en AA.VV., *La presencia femenina en el mundo laboral: metas y realidades* (dir. SÁNCHEZ TRIGUEROS, C.), Aranzadi (Navarra, 2006), p. 91.

la desigualdad de situaciones de partida. Lo que pretende la igualdad es la modificación de una sociedad que se considera desigual. En definitiva, y en lo que se refiere a la maternidad, no es asumible un modelo en el que sus normas protectoras sean consideradas una excepción a la regla general, al tener como destinatarios sólo a una parte de la población. Lo que se pretende es que la regulación de la maternidad, al margen del hecho biológico del embarazo y del parto, pase a ser un instrumento de consecución de la igualdad por razón de sexo / género a través de distintos mecanismos de actuación. Entre ellos hay que destacar dos fundamentales. El primero, que se integra dentro de los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral, consistente en el reparto de las responsabilidades familiares. Uno de los ejemplos más representativos de esta tendencia es el permiso de paternidad de trece días, introducido por la LOIEMH y que se reconoce exclusivamente al padre o al otro progenitor en el caso de nacimiento, adopción o acogimiento de un hijo[696]. En esta misma línea de búsqueda de la corresponsabilidad entre hombres y mujeres en el cuidado y atención de los hijos, también puede mencionarse el permiso de lactancia del art. 37.4 ET, si bien, en este caso, la corresponsabilidad entre sexos/géneros ya se había conseguido muchos años antes. Otros instrumentos al servicio de la corresponsabilidad en las cargas familiares y por lo tanto a hacer efectiva la conciliación de la vida familiar y laboral es la reducción de jornada por guarda legal –art. 37.5 ET- y las excedencias para el cuidado de hijos –art. 46.3 ET-. El segundo de los mecanismos a los que aludíamos con anterioridad es la socialización de la maternidad. Esto es, si la maternidad debe utilizarse al servicio de la igualdad entre hombres y mujeres, su ejercicio en el ámbito laboral no debe, ni puede, causar ningún perjuicio a las trabajadoras, ni tampoco a las

[696] Art. 48 bis ET, añadido por la disposición adicional décimo primera LOIEMH. Se trata de una nueva causa de suspensión contractual que se añade a los dos de permiso previstos en el art. 37.3 b) ET.

empresas. En fin, todas las cargas que se deriven de la misma deberán ser asumidas por el Estado en una estrategia socializadora. Si lo que está en juego es el principio de igualdad, la maternidad deja de verse como algo perteneciente a la esfera privada para ser elevada a la categoría de cuestión pública[697]. Como es obvio, aquí se incluyen obligatoriamente los mecanismos de protección pública de la maternidad a través de las prestaciones de Seguridad Social.

b) Marco normativo.

En el ámbito normativo interno, el reconocimiento expreso de la regulación protectora de la maternidad como instrumento al servicio del principio de igualdad y prohibición de discriminación por razón de sexo / género, no se produjo hasta la aprobación de la LOIEHM. Como dispone su art. 8 "constituye discriminación directa por razón de sexo todo trato desfavorable a las mujeres relacionado con el embarazo o la maternidad". Sobre su contenido y sobre el resto de disposiciones existentes en el ordenamiento jurídico interno en esta materia se volverá con posterioridad.

En cambio, en el ámbito comunitario, tal conexión –la maternidad con la igualdad por razón de sexo / género-, ya se había dejado sentir, aunque de forma muy liviana, desde la aprobación de las primeras directivas reguladoras de materias sociales. Así, ya en el año 1976, la Directiva 1976/207/CEE, de 9 de febrero[698], reconocía el "principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres" en todas sus condiciones de trabajo y que dicho principio supone la "ausencia de toda discriminación

[697] Esta última idea, aunque con algún matiz diferencial, en CONDE-PUMPIDO TOURÓN. T., "La maternidad y la conciliación familiar dentro de la tutela de la igualdad", en AA.VV., *Trabajo y familia en la jurisdicción social…, op. cit.,* p. 29.

[698] Directiva 1976/207/CEE, de 9 de febrero, 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 (DOCE de 14 de febrero).

por razón de sexo, bien sea directa o indirectamente" (arts. 1 y 2). Y de otro lado, como continuaba señalando su art. 2.3, "la presente Directiva no obstará las disposiciones relativas a la protección de la mujer, especialmente en lo que se refiere al embarazo y a la maternidad". Precisamente, por ser la maternidad la causa más importante y frecuente de discriminación por razón de sexo / género en el empleo y, en general, en todo lo que se refiere a las condiciones laborales, el TJCE tuvo que pronunciase en numerosas ocasiones al respecto. La ausencia de disposiciones reguladoras específicas sobre el embarazo y maternidad, le obligó a resolver las cuestiones planteadas sobre la base de la Directiva 1976/207/CEE. Entre otros, pueden mencionarse los asuntos Hofmann, Dekker, Habermann-Beltermann, Hertz, Brown y Thibault[699]. De la resolución de todos ellos se desprende que cualquier trato desfavorable a una mujer relacionado con el embarazo o la maternidad constituye una discriminación directa por razón de sexo y por lo tanto contraria al principio de igualdad. En la actualidad, la Directiva 1976/207/CEE junto con las modificaciones operadas en su contenido por la Directiva

[699] Para una sinopsis de cada uno de ellos, *vid.* PÉREZ DEL RÍO, T., "El principio de igualdad de trato y la prohibición de discriminación por razón de sexo en el Derecho comunitario", en AA.VV., *Mujer y trabajo…*, *op. cit.*, p. 306 ss. En todo caso, conviene destacar la Sentencia TJCE de 8 de noviembre de 1990 (Asunto Dekker) que consideró discriminatoria sexista la no contratación de una candidata considerada apta por el empresario, cuando dicha negativa se basa en su estado de embarazo. Para apreciar tal discriminación se utilizó un *test* diferente al tradicional: no se puede utilizar el *test* de comparación entre un hombre y una mujer porque el embarazo no es comparable. El *test* que se utiliza es el de sustitución. Como argumenta el Tribunal, para pronunciarse sobre la eventual discriminación hay que examinar "si la razón de la negativa de contratación se aplica indistintamente a los trabajadores de ambos sexos o si por el contrario, se aplica exclusivamente a uno de los dos sexos". Y en este supuesto, concluye afirmativamente, toda vez que la "negativa de contratación debida al embarazo solamente puede oponerse a las mujeres y, por lo tanto, constituye una discriminación directa por razón de sexo".

2002/73/CEE, de 23 de septiembre[700], han sido refundidas en un único texto normativo: la Directiva 2006/54/CE, de 5 de julio[701].

En el ámbito de la política europea de seguridad y salud en el trabajo y con la finalidad de proteger la seguridad y salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia, se aprobaba la Directiva 1992/85/CEE, de 19 de octubre. Aunque no se determine expresamente, contiene una serie de medidas que si bien dispuestas con una finalidad preventiva, también son necesarias para hacer efectivo el principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo / género en las situaciones de embarazo, parto o lactancia. Entre ellas, un procedimiento específico de evaluación de riesgos laborales, una eventual reorganización de la actividad laboral de la trabajadora embarazada o en período de lactancia y una serie de prohibiciones, entre ellas, la no realización de trabajo nocturno. La conexión, o mejor dicho, la instrumentalización de tales mecanismos preventivos de protección de la maternidad con el principio de igualdad y prohibición de discriminación por razón de sexo / género, se aprecian claramente en el contenido de la Sentencia TJCE de 19 noviembre 1998 (Asunto C-66/96, Hoj Pedersen, Andersen, Pedersen y Sorensen). Entre otras cuestiones, se planteaba la compatibilidad de las directivas 1976/207/CEE y 1992/85/CEE con una legislación nacional que permite a un empresario la posibilidad de obligar a una mujer embarazada que no está en situación de incapacidad laboral, a dejar de trabajar sin pagarle su salario, cuando considere que no puede darle trabajo. En primer lugar, el Tribunal recuerda que una normativa

[700] Directiva 2002/73/CE, de 23 de septiembre, que modifica la Directiva 76/207/CE 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 (DOCE de 5 de octubre).

[701] Directiva 2006/54/CE, de 5 de julio, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición) (DOCE del 26).

como ésta “afecta exclusivamente a los empleados del sexo femenino” y, por lo tanto, constituye una discriminación contraria al art. 5 Directiva 1976/207/CEE que dispone que “los hombres y las mujeres deben disfrutar de las mismas condiciones de trabajo, comprendidas las condiciones de despido”. Por otro lado y en lo que atañe a la protección de la condición biológica de la mujer durante su embarazo y después del embarazo, evoca el contenido del art. 3.2 Directiva 1976/207/CEE y con ello de la legitimidad de los Estados para mantener o adoptar disposiciones destinadas a hacer efectiva esta protección[702]. Ahora bien, la propia Directiva 1992/85/CEE contiene una serie de medidas específicas de evaluación e información para todas aquellas actividades que puedan presentar un riesgo para la seguridad y la salud de la trabajadora embarazada o una repercusión en su embarazo o en su lactancia, así como de reorganización de la actividad laboral cuando de los resultados de tal evaluación se revele la existencia de riesgos. En primer lugar, se exige y se determina un procedimiento de adaptación de las condiciones de trabajo. Si no fuera posible tal adaptación, el empresario tomará las medidas necesarias para garantizar un cambio de puesto. Sólo en último lugar, cuando tampoco sea posible el cambio, la trabajadora quedará dispensada de su trabajo, con arreglo a las legislaciones o prácticas nacionales durante todo el tiempo necesario para la protección de su salud. A partir del contenido de estas disposiciones, el Tribunal entiende que la legislación nacional que se somete a su valoración “no reúne los requisitos materiales y formales exigidos por la Directiva 1992/85/CEE para dispensar a la trabajadora de efectuar su prestación de trabajo. Por una parte, el cese de la empleada, responde al interés del empresario; por otra, el empresario no puede tomar esta decisión sin examinar previamente la posibilidad de

[702] “La presente Directiva no obstará las disposiciones relativas a la protección de la mujer, especialmente en lo que se refiere al embarazo y a la maternidad”.

organizar las condiciones y/o el tiempo de trabajo de la empleado o incluso la posibilidad de destinarla a otro puesto". En fin, de todo lo anterior, el Tribunal deduce la oposición de la legislación nacional a las directivas 1976/206/CEE y 1992/85/CEE.

Pero a todos los mecanismos anteriores de protección de la trabajadora embarazada o en período de lactancia, la Directiva 1992/85/CEE, añade otro más, que resulta de especial trascendencia. A saber, la prohibición de despido que regula su art. 10. En síntesis, se prohíbe el despido de una trabajadora embarazada desde el comienzo de su embarazo hasta el final del permiso de maternidad, salvo en los casos en los que estuviese justificado por motivos no inherentes a su estado. Los Estados tomarán las medidas necesarias para proteger a las trabajadoras de las consecuencias de un despido de esta clase considerado ilegal. Sin lugar a dudas, se trata de una medida fundamental en la lucha contra la discriminación, que supuso el tránsito hacia un sistema objetivo de protección en el que las dificultades de prueba quedaban superadas por la presunción de discriminación siempre la extinción coincidiera temporalmente con el embarazo[703].

Como ya se dijo antes, la Directiva 1976/207/CEE, de 9 de febrero, había sido modificada por la Directiva 2002/73/CE, de 23 de septiembre y ambas fueron refundidas en la Directiva 2006/54/CE, de 5 de julio. Pero al margen de la búsqueda de mayor claridad, las disposiciones de esta última también reflejan la doctrina que desde hacía varios años había ido creando el TJCE sobre el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres. En primer lugar, como advierte su Exposición de Considerandos, se recuerda que la "igualdad entre hombres y mujeres es un principio

[703] CARDONA RUBERT, B., *cit.* por SAN MARTIN MAZZUCCONI, C., "Trabajo y embarazo: de la protección al blindaje ciego", en AA.VV., *La presencia femenina en el mundo laboral…, op. cit.*, pp. 249-250.

fundamental del Derecho comunitario en virtud del artículo 2 y del artículo 3, apartado 2 del Tratado, así como de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (…)”[704]. También que “de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que el trato desfavorable a una mujer relacionado con el embarazo o la maternidad constituye discriminación directa por razón de sexo. Dicho trato debe por lo tanto figurar expresamente en la presente Directiva”[705]. Y, por otro lado, que “en lo que respecta al principio de igualdad de trato, es legítimo proteger la condición biológica de una mujer durante el embarazo y la maternidad, así como prever medidas de protección de la maternidad con el fin de lograr una verdadera igualdad. Por consiguiente, la presente Directiva no debe afectar a lo dispuesto en la Directiva 1992/85/CEE, de 19 de octubre (…) tampoco debe afectar a lo dispuesto en la Directiva 1996/34/CE, de 3 de junio (…)”[706]. Por razones de claridad, “conviene asimismo adoptar expresamente disposiciones para la protección del derecho al trabajo de las mujeres en permiso de maternidad, en particular su derecho a reincorporarse al mismo puesto o a un puesto equivalente, a que sus condiciones laborales no se deterioren como resultado de dicho permiso, así como a beneficiarse de cualquier mejora en las condiciones de trabajo a las que hubieran podido tener derecho durante su ausencia”[707]. Y ya por último, “deben aplicarse consideraciones análogas al reconocimiento por los Estados miembros a hombres y mujeres de un derecho individual e intransferible al permiso por adopción de hijos. Corresponde a los Estados miembros determinar la oportunidad de conceder tal derecho al permiso parental y al permiso por adopción, así como las condiciones, distintas del despido y la

[704] Considerando (2).

[705] Considerando (23).

[706] Considerando (24).

[707] Considerando (25).

reincorporación laboral, que queden fuera del ámbito de aplicación de la presente Directiva”[708].

Ya en el propio articulado de la Directiva 2006/54/CE, hay que mencionar algunas disposiciones relativas a los derechos de maternidad de las trabajadoras y el principio de igualdad de oportunidades y de trato entre hombres y mujeres. Primero, se define la “discriminación directa” como “la situación en que una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada por razón de sexo de manera menos favorable que otra en situación comparable” (art. 2.1, apartado a) y la 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” (art. 2.1, apartado b). Tras estas definiciones, se puntualiza que “a efectos de la presente Directiva, el concepto de discriminación incluirá: el trato menos favorable a una mujer en relación con el embarazo o el permiso de maternidad en el sentido de la Directiva 1992/85/CEE” (art. 2.2, apartado c). Y por último, en su art. 9, se enumeran distintos ejemplos de discriminación entre los que se mencionan “interrumpir el mantenimiento o la adquisición de derechos durante los períodos de permiso por maternidad o por razones familiares, legal o convencionalmente prescritos y remunerados por el empresario” (apartado g). En esta línea, su art. 15 dispone que “la mujer en permiso de maternidad tendrá derecho, una vez finalizado el período de permiso, a reintegrarse en su puesto de trabajo o a uno equivalente, en términos y condiciones que no le resulten menos favorables y a beneficiarse de cualquier mejora en las condiciones de trabajo a la que hubiera podido tener derecho durante su

[708] Considerando (27).

ausencia". De nuevo, y no es necesario insistir más en ello, la maternidad aparece entre los factores que impiden diferencias de trato perjudiciales entre mujeres y hombres.

Antes de entrar a analizar las disposiciones contenidas en nuestro ordenamiento jurídico interno sobre el tema planteado, conviene recordar las existentes sobre esta materia en el ámbito internacional. A tal efecto, hay que partir ineludiblemente de las disposiciones contenidas en el Convenio núm. 103, de 28 de junio de 1952, sobre la protección de la maternidad, ratificado por España en 1965, que reconoce, entre otros derechos de las mujeres trabajadoras, un descanso por parto. En caso de enfermedad, un descanso prenatal suplementario (art. 3)[709]. Y también les reconoce el derecho a interrumpir el trabajo por lactancia (art. 5)[710]. En lo que se refiere a la socialización de las cargas derivadas de la maternidad, se prevé del derecho recibir prestaciones dinerarias, prestaciones médicas y a la remuneración de las horas de lactancia (art. 4 y 5)[711]. Las disposiciones

[709] Art. 3 Convenio núm. 103 OIT: "1. Toda mujer a la que se aplique el presente Convenio tendrá derecho, mediante presentación de un certificado médico en el que se indique la fecha presunta del parto, a un descanso de maternidad. 2. La duración de este descanso será de doce semanas por lo menos; una parte de este descanso será tomada obligatoriamente después del parto. 3. La duración del descanso tomado obligatoriamente después del parto será fijada por la legislación nacional, pero en ningún caso será inferior a seis semanas. El resto del período total de descanso podrá ser tomado, de conformidad con lo que establezca la legislación nacional, antes de la fecha presunta del parto, después de la fecha en que expire el descanso obligatorio, o una parte antes de la primera de estas fechas y otra parte después de la segunda. 4. Cuando el parto sobrevenga después de la fecha presunta, el descanso tomado anteriormente será siempre prolongado hasta la fecha verdadera del parto, y la duración del descanso puerperal obligatorio no deberá ser reducida. 5. En caso de enfermedad que, de acuerdo con un certificado médico, sea consecuencia del embarazo, la legislación nacional deberá prever un descanso prenatal suplementario cuya duración máxima podrá ser fijada por la autoridad competente. 6. En caso de enfermedad que, de acuerdo con un certificado médico, sea consecuencia del parto, la mujer tendrá derecho a una prolongación del descanso puerperal cuya duración máxima podrá ser fijada por la autoridad competente".

[710] Art. 5.1 Convenio núm. 103 OIT: "Si una mujer lacta a su hijo, estará autorizada a interrumpir su trabajo para este fin durante uno o varios períodos cuya duración será determinada por la legislación nacional (…)".

[711] Art. 4 Convenio núm. 103 OIT: "1. Cuando una mujer se ausente de su trabajo en virtud de las disposiciones del artículo 3, tendrá derecho a recibir prestaciones en dinero y prestaciones médicas. 2. Las tasas de las prestaciones en dinero deberán ser fijadas por la legislación nacional, de suerte que sean suficientes para garantizar plenamente la manutención de la mujer y de su hijo en buenas condiciones de higiene y de acuerdo con un nivel de vida adecuado. 3. Las prestaciones médicas deberán comprender la asistencia durante el embarazo, la asistencia durante el parto y la asistencia puerperal, prestada por una comadrona diplomada o por un médico, y la hospitalización, cuando ello fuere necesario; la libre elección

del Convenio núm. 103 se completan con una prohibición de despido (art. 6): “cuando una mujer se ausente de su trabajo en virtud de las disposiciones del artículo 3 del presente Convenio, será ilegal que su empleador le comunique su despido durante dicha ausencia, o que se lo comunique de suerte que el plazo señalado en el aviso expire durante la mencionada ausencia”.

Unos años después fue aprobado el Convenio núm. 111, de 25 de junio de 1958, sobre la discriminación en materia de empleo y ocupación, también ratificado por España en 1967, que incluye el sexo entre los factores de distinción que pueden generar una situación de discriminación prohibida. Concretamente, como dispone su art. 1.1, se entiende por discriminación “cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación”. Sin embargo, la tacha de discriminación es insostenible cuando lo relevante no es el sexo del sujeto protegido, sino la especial situación de maternidad -paternidad, en su caso- por la que atraviesa la persona trabajadora, de ahí que las normas antidiscriminatorias admitan medidas relativas a la protección de la

---

del médico y la libre elección entre un hospital público o privado deberán ser respetadas. 4. Las prestaciones en dinero y las prestaciones médicas serán concedidas en virtud de un sistema de seguro social obligatorio o con cargo a los fondos públicos; en ambos casos, las prestaciones serán concedidas, de pleno derecho, a todas las mujeres que reúnan las condiciones prescritas. 5. Las mujeres que no reúnan, de pleno derecho, las condiciones necesarias para recibir prestaciones tendrán derecho a recibir prestaciones adecuadas con cargo a los fondos de la asistencia pública, a reserva de las condiciones relativas a los medios de vida prescritos por la asistencia pública. 6. Cuando las prestaciones en dinero concedidas en virtud de un sistema de seguro social obligatorio estén determinadas sobre la base de las ganancias anteriores, no deberán representar menos de dos tercios de las ganancias anteriores tomadas en cuenta para computar las prestaciones. 7. Toda contribución debida en virtud de un sistema de seguro social obligatorio que prevea prestaciones de maternidad, y todo impuesto que se calcule sobre la base de los salarios pagados y que se imponga con el fin de proporcionar tales prestaciones, deberán ser pagados, ya sea por los empleadores o conjuntamente por los empleadores y los trabajadores, con respecto al número total de hombres y mujeres empleados por las empresas interesadas, sin distinción de sexo. 8. En ningún caso el empleador deberá estar personalmente obligado a costear las prestaciones debidas a las mujeres que él emplea”.

mujer en todo lo que se refiere a su maternidad[712]. En este sentido, como puntualiza el art. 5.1 Convenio núm. 111 OIT "las medidas especiales de protección o asistencia previstas en otros convenios o recomendaciones adoptados por la Conferencia Internacional del Trabajo no se consideran como discriminatorias", pudiendo además, todo miembro, "previa consulta con las organizaciones de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan, definir como no discriminatorias cualesquiera otras medidas especiales destinadas a satisfacer las necesidades particulares de las personas a las que, por razones tales como el sexo, la edad, la invalidez, las cargas de familia o el nivel social o cultural, generalmente se les reconozca la necesidad de protección o asistencia especial".

En nuestro ordenamiento jurídico, una disposición similar a esta última fue introducida con la aprobación de la LOIEMH, afirmándose, en su art. 8, que "constituye discriminación directa por razón de sexo todo trato desfavorable a las mujeres relacionado con el embarazo o la maternidad", lo que abre el camino a la "configuración de la maternidad como un auténtico derecho innato en la condición de ser mujer, más que como una protección concedida"[713]. Se trata de una declaración de significativa trascendencia, sobre todo si se pone en conexión con otros preceptos de la LOIEMH. Entre ellos, el que reconoce e implanta el principio de transversalidad en la dimensión de sexo / género. A saber, su art. 4 que dispone que "la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres es un principio informador del ordenamiento jurídico y como tal se integrará y observará en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas". Y también, el que contiene la definición genérica del principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres, su art. 3: "el

[712] Esta idea en SEMPERE NAVARRO, A.V., "Una nota sobre las suspensiones contractuales ligadas a la maternidad", en AA.VV., *La presencia femenina en el mundo laboral…, op. cit.,* p. 169.

[713] Cfr. LOUSADA AROCHENA, F., *El principio de transversalidad…, op. cit.,* p. 80.

principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres supone la ausencia de toda discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo, y, especialmente, las derivadas de la maternidad, la asunción de obligaciones familiares y el estado civil".

Ahora bien, la prohibición de discriminación por embarazo o maternidad perdería todo su sentido si los Poderes públicos no se comprometiesen a garantizar su coste cero para la mujer trabajadora y también para las empresas. Así las cosas, entre los criterios generales de actuación de los poderes públicos, en el art. 14.7 LOIEMH se establecen "la protección de la maternidad, con especial atención a la asunción por la sociedad de los efectos derivados del embarazo, parto y lactancia". Se trata, como es obvio, de la cobertura económica social de todos los períodos en los que la trabajadora queda dispensada de su trabajo como consecuencia de su maternidad: subsidio por maternidad, por riesgo durante el embarazo y durante la lactancia, incapacidad temporal, etc. Sin ser este el lugar adecuado para proceder a un examen de estas prestaciones, no está de más reparar en su notable repercusión en la consecución de la igualdad real entre trabajadoras y trabajadores. Ahora bien, pese a las mejoras introducidas en su contenido por la LOIEMH, la equiparación total no ha sido conseguida. A modo de conclusión, "puede afirmarse que la LOIEHM se sitúa más en el claro que en el oscuro, pero aún nos quedan zonas oscuras por aclarar (…) la LOIEMH es un punto de partida, no un punto de llegada. Se reconocen unos principios generales muy correctos (…) pero no se llega hasta el final en su aplicación, especialmente cuando se trata de comprometer a la Seguridad Social. Y mientras aún queden discriminaciones por embarazo/maternidad, los derechos de maternidad que nos exige la dimensión de género no serán plena realidad"[714].

[714] Cfr. LOUSADA AROCHENA, F., *El principio de transversalidad…, op. cit.,* p. 83.

Otro mecanismo que confirma la regulación de la maternidad al servicio del principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el ámbito laboral y que también ha sido introducido por la LOIEMH, es la reincorporación de las trabajadoras a su puesto de trabajo tras disfrutar de su permiso de maternidad, beneficiándose de "cualquier mejora en las condiciones de trabajo a la que hubieran podido tener derecho durante la suspensión del contrato" (art. 48.4 ET, último párrafo), posibilidad también reconocida en el art. 15 Directiva 2006/54/CE[715]. Ahora bien, sin perjuicio de que se haga mención a alguna cláusula convencional en tal sentido, para el estudio de esta previsión nos remitimos a lo expuesto en el capítulo cuarto de este informe. Y lo mismo hay que decir sobre el nuevo contenido del art. 38.3 ET, también introducido ex LOIEMH y que reconoce legalmente lo que hasta ese momento era una jurisprudencia consolidada. A saber, la compatibilidad del disfrute de las vacaciones anuales con las suspensiones contractuales por incapacidad temporal relacionadas con el embarazo, parto y lactancia[716]. A tal efecto, el último párrafo del art. 38.3 ET, en su nueva redacción dispone que "cuando el período 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 período de suspensión del contrato de trabajo previsto en el art. 48.4 de esta Ley, se tendrá derecho a disfrutar de 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 corresponda". En este caso su análisis

[715] "La mujer en permiso de maternidad tendrá derecho, una vez finalizado el período de permiso, a reintegrase en su puesto de trabajo o a uno equivalente, en términos y condiciones que no le resulten menos favorables y a beneficiarse de cualquier mejora en las condiciones de trabajo a la que hubiera podido tener derecho durante su ausencia".

[716] *Vg.*, Sentencia TC de 20 de noviembre de 2006 (RTC 2006/324).

se ha efectuado en el capítulo sexto dedicado al tiempo de trabajo desde la perspectiva de sexo / género[717].

c) Disposiciones convencionales.

Centrándonos ya en las cláusulas de los convenios colectivos objeto de este estudio, debe destacarse la escasa utilización del reconocimiento de derechos de maternidad de las mujeres trabajadoras, pese a su importancia como instrumento al servicio del principio de igualdad por razón de sexo / género. Lógicamente, algo habrá tenido que ver que hasta el año 2007 no se hubiese aprobado la LOIEMH y con ella el reconocimiento expreso del concepto de discriminación directa por razón de sexo como todo trato desfavorable a las mujeres relacionado con el embarazo o la maternidad (art. 8). Sin embargo, en tal insuficiencia también ha podido pesar algo la falta de unanimidad a la hora de determinar la finalidad pretendida con cada uno de los mecanismos jurídicos protectores de la maternidad, especialmente, cuando se trata de vincular algunos de ellos –por ejemplo, las dieciséis semanas de duración de la licencia por maternidad- con la seguridad y la salud en el trabajo. Como tercera y última circunstancia, podría añadirse una más y que se refiere a la existencia de una regulación heterónoma bastante completa. Con defectos e insuficiencias, desde luego. Pero en particular, y en lo que se refiere al tratamiento de los derechos de maternidad de las mujeres trabajadoras desde su perspectiva preventiva, satisfactoria, sobre todo tras la introducción de las reformas operadas con la

[717] Sobre éstos y otros mecanismos correctores de las discriminaciones por embarazo o maternidad existentes en la normativa anterior a la LOIEMH, *vid.* LOUSADA AROCHENA, F., *El principio de transversalidad…, op. cit.,* pp. 81-82. Si bien, en las mismas páginas el autor también hace hincapié en las discriminaciones por embarazo y maternidad que todavía se mantienen en el ámbito de la Seguridad Social.

LOIEMH, en particular, con el reconocimiento del riesgo durante la lactancia natural.

De todas las circunstancias anteriores, sin lugar a dudas, la última parece ser la que más ha repercutido en el actual tratamiento convencional de los derechos de maternidad. No en vano, en la mayoría de los supuestos, los convenios se limitan a reproducir, y no siempre con la exactitud deseable, el contenido de la legislación vigente. Las mejoras convencionales, aunque las hay, son ciertamente escasas. Y lo mismo sucede con la adaptación de las previsiones de la normativa heterónoma al sector, actividad o empresa a la que va destinado el convenio colectivo. También constan algunas mejoras. Pero nuevamente su número, ciertamente escaso, impide que computen para poder defender una valoración global final de carácter positivo.

En definitiva, a fin de ofrecer una visión completa y sistemática de los convenios colectivos analizados, empezaremos por exponer las cláusulas que ordenan los deberes propiamente preventivos que deberá cumplir el empresario a fin de proteger de todos los riesgos laborales a sus trabajadoras en situación de embarazo o en período de lactancia. Esto es, las que se contienen en la LPRL y en su normativa reglamentaria de desarrollo. Por supuesto, tales deberes se corresponden con el correlativo derecho de la trabajadora a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo. Una vez expuestas, se pasará a la mención de las que conforman el desarrollo o, en su caso, la mejora convencional de las suspensiones contractuales previstas en el art. 48.4 ET.

Así las cosas, en primer lugar, son muchos los convenios colectivos, de cualquier rango, que se limitan a reproducir, de forma más o menos literal, el contenido de la legislación vigente, en particular, el art. 26 LPRL. Entre los muchos ejemplos existentes pueden citarse el IV Convenio Colectivo marco estatal de servicios de atención a las personas

dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal, B.O.E. de 4.08.2006 (art. 33)[718], el II Convenio Colectivo estatal de instalaciones deportivas y gimnasios, B.O.E. de 6.09.2006 (art. 52)[719] y el Convenio Colectivo de trabajo de las empresas dedicadas a la limpieza de edificios y locales en la provincia de Cáceres, D.O.Extremadura de 3.05.2005 (art. 22).

Con todo, esto sucede en el mejor de los casos, pues no son pocas las ocasiones en las que la transcripción se hace parcialmente, omitiendo el reconocimiento de alguno o algunos de los derechos reconocidos en la ley.

[718] Art. 33: "Si, tras efectuar la evaluación de riesgos por parte de la Empresa y el Comité de Seguridad y Salud, existiesen puestos de trabajo que puedan influir negativamente en la salud de la trabajadora, durante el embarazo o la lactancia, o del feto, el empresario deberá adoptar las medidas necesarias para evitar la exposición de la trabajadora a dicho riesgo. Cuando la adaptación no fuese posible, o a pesar de tal adaptación, las condiciones del puesto de trabajo pudieran influir negativamente en la salud de la mujer trabajadora embarazada o del feto, ésta deberá desempeñar un puesto de trabajo o función diferente y compatible con su estado. En el supuesto de que el cambio de puesto no resultara técnica u objetivamente posible, o no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados, podrá declararse el paso de la trabajadora afectada a la situación de suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo, contemplada en el art. 45.1 d) de Estatuto de los Trabajadores, durante el período necesario para la protección de su seguridad o de su salud y mientras persista la imposibilidad de reincorporarse a su puesto anterior o a otro puesto compatible con su estado. En este supuesto la empresa complementará las prestaciones de la Seguridad Social hasta el importe íntegro de sus retribuciones desde el primer día. En todo caso se estará a lo dispuesto en el art. 26 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (…)".

[719] Art. 52: Protección a la maternidad: "La evaluación de los riesgos deberá comprender la 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 del feto, en cualquier actividad susceptible de presentar un riesgo específico. Si existiera un riesgo para la seguridad y la salud o una posible repercusión sobre el embarazo y la lactancia 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 de trabajos a turnos. Cuando la adaptación no resulte posible o, a pesar de tal adaptación, las condiciones de un puesto de trabajo pudieran influir negativamente en la salud de la trabajadora embarazada o del feto, y así lo certifique el médico que en el régimen de la Seguridad Social aplicable asista facultativamente a la trabajadora, ésta deberá desempeñar un puesto de trabajo o función diferente y compatible con su estado. El empresario deberá determinar, previa consulta con los representantes de los trabajadores, la relación de los puestos de trabajo exentos de riesgos a estos efectos. El cambio de puesto o función se llevará a cabo de conformidad con las reglas y criterios que se apliquen en los supuestos de movilidad funcional y tendrá efectos hasta el momento en que el estado de salud de la trabajadora permita su reincorporación al anterior puesto. Si no existiese puesto de trabajo o función compatible la trabajadora podrá ser destinada a un puesto no correspondiente a su grupo o categoría equivalente, si bien conservará el derecho al conjunto de retribuciones de su puesto de origen. Todo esto también será de aplicación al período de lactancia. En caso de que no existiera ningún puesto de trabajo o función compatible con el estado de la trabajadora, ésta pasará a una situación de suspensión del contrato de trabajo con derecho a una prestación económica por riesgo durante el embarazo. La empresa complementará esta prestación hasta el 100% de su retribución (o de la base reguladora si es mejor). En el supuesto de riesgo durante el embarazo, la suspensión del contrato finalizará el día en que se inicie la suspensión del contrato por maternidad biológica o desaparezca la imposibilidad de la trabajadora de reincorporarse a su puesto anterior o a otro compatible con su estado".

Así sucede con el art. 32 Convenio Colectivo de la industria del calzado, B.O.E. de 23.09.2007, que a la hora de reproducir el art. 26 LPRL excluye todo lo relativo a la suspensión por riesgo durante el embarazo y a la suspensión por riesgo durante la lactancia -téngase en cuenta que el convenio fue aprobado tras la entrada en vigor de la LOIEMH y por lo tanto el art. 26 LPRL ya había sido reformado para incluir esta última situación-. Desde luego, tales omisiones no significan, en ningún caso, la negación de los correspondientes derechos a la trabajadora embarazada o en período de lactancia, pues su reconocimiento legal es más que suficiente para reclamar su cumplimiento. En cualquier caso su falta de mención en el Convenio Colectivo es representativa de una falta absoluta de conciencia de los negociadores sobre la salud laboral de las trabajadoras en relación con su maternidad y, por supuesto, sobre el principio de igualdad por razón de sexo / género.

No obstante, también existe la situación contraria. Esto es, convenios colectivos que aparentemente se limitan a reproducir el contenido de la LPRL y sin embargo también añaden alguna mejora de notable repercusión en los derechos de maternidad que asisten a sus trabajadoras, por lo menos en la fecha de su aprobación. Se trata, concretamente, del art. 10.3 del Convenio Colectivo estatal para la industria fotográfica, B.O.E. de 6.06.2006, que reproduce literalmente el contenido del art. 26 LPRL, salvo su apartado 4 –el vigente en el año 2006- que lo sustituye por unos términos más amplios, parece que para dar entrada a la suspensión contractual por riesgo durante la lactancia[720]. Quizás haya sido inconscientemente, pero la redacción es la que es y así debería

[720] "(…) Lo dispuesto anteriormente –adaptación, cambio y suspensión contractual- será también de aplicación durante el período de lactancia si las condiciones de trabajo pudieran influir negativamente en la salud de la mujer o del hijo y así lo certificase el médico que, en el Régimen de Seguridad Social aplicable, asista facultativamente a la trabajadora (…)".

interpretarse, sobre todo teniendo en cuenta el contenido de la Directiva 1992/85/CEE. Con todo, y pese a lo acertado de la cláusula, tanto desde la perspectiva preventiva, como desde la perspectiva de la igualdad por razón de sexo / género, los negociadores habían omitido un pequeño detalle. A saber, la cobertura económica de la trabajadora durante la pretendida suspensión contractual por riesgo durante la lactancia, pues no fue asumida por la representación de los empresarios afectados por el Convenio y en aquel entonces no existía tal prestación pública de Seguridad Social. Exactamente lo mismo sucede en el II Convenio Colectivo estatal para las empresas de gestión y mediación inmobiliaria, B.O.E. de 13.01.2007, concretamente con la redacción de su art. 55. Ahora bien, tampoco aquí queda claro si la eventual inclusión del riesgo durante la lactancia se ha hecho consciente o inconscientemente, pero también en este caso los términos del precepto son lo que son y la proximidad temporal de la aprobación de la LOIEMH podría justificar que los negociadores previesen con anticipación tal situación.

Ya en lo que se refiere a medidas concretas, existe una clara tendencia en la negociación colectiva estudiada a olvidar el deber empresarial de adaptar el puesto de trabajo, tras la oportuna evaluación de riesgos laborales, y a centrarse en la existencia de puestos de trabajo alternativos. En definitiva, en el cambio de puesto de trabajo. Así las cosas, la única cláusula convencional relativa a los derechos de maternidad de las mujeres trabajadoras existente en el XXI Convenio Colectivo de banca, B.O.E. de 16.09.2007, es su art. 31 que se refiere, precisamente, al “cambio de puesto de trabajo por razón de embarazo”. Con gran laxitud, se reconoce el derecho de la trabajadora embarazada a que se le asigne un nuevo puesto de trabajo en las condiciones adecuadas y sin reducción de su salario, “regresando al puesto anterior una vez finalice dicha situación”. A lo que se añade que “durante el embarazo o lactancia no será objeto de cambios de

puesto de trabajo que impliquen destino a otro municipio". En todo caso, frente a esta última cláusula y de acuerdo con el contenido del último párrafo del art. 48.4 ET, cabría la posibilidad de que la trabajadora solicitase un nuevo destino en otro municipio, al que se reincorporaría tras la conclusión de su licencia. En otros casos, también de única cláusula convencional sobre maternidad, el contenido del convenio colectivo todavía es mucho más genérico y se limita a disponer que "la empresa, dentro de las posibilidades existentes, facilitará un puesto de trabajo idóneo a su estado (embarazo)". Además, tal posibilidad, se prevé para aplicar a partir del quinto mes de embarazo. Así lo ordena el art. 21 del Convenio Colectivo de ámbito nacional de distribuidores cinematográficos y sus trabajadores, B.O.E. de 28.03.2006. En otros, y también sin previa adaptación, se puntualiza que el cambio de puesto de trabajo se haga respetando la categoría profesional y la jornada habitual de la trabajadora afectada, tal y como ordena el art. 53 del I Convenio Colectivo marco estatal de acción e intervención social, B.O.E. de 19.06.2007. Y en otros más, se acude a la idoneidad del puesto de trabajo, sin más determinación. Entre estos últimos, el art. 42 del Convenio Colectivo de grandes almacenes, B.O.E. de 27.04.2006. La idoneidad de los "puestos, régimen horario y condiciones de trabajo" cuando se trate de una mujer embarazada o en período de lactancia, también se contempla en el art. 66 del XV Convenio Colectivo de la industria química, B.O.E. de 29.09.2007[721]. La excepción a esta tendencia generalizada de obviar la adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo, la constituye el Convenio Colectivo de trabajo de ámbito estatal para las industrias del curtido, correas y cueros

[721] También prescinden de la adaptación de las condiciones y del tiempo de trabajo, para pasar directamente al cambio de puesto de trabajo de la trabajadora embarazada, los siguientes convenios: el Convenio Colectivo de las empresas y trabajadores de perfumería y afines, B.O.E. de 23.08.2007 (art. 65, apartado 7), el Convenio Colectivo general del sector de derivados del cemento, B.O.E. del 18.10.2007 (art. 74) y el Convenio Colectivo estatal para las empresas y trabajadores de transporte de enfermos y accidentados en ambulancia, B.O.E. de 16.11.2007.

industriales y curtición de pieles para peletería, B.O.E. de 30.11.2007, pues su ordenación de los derechos de maternidad, se centra, precisamente en la "adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo de la trabajadora afectada", así lo dispone el apartado 6 de su art. 108. En cuanto al resto de los deberes empresariales a fin de proteger la seguridad y la salud de la trabajadora embarazada o que haya dado a luz, el Convenio Colectivo se remite genéricamente a los "términos previstos en el artículo 26 de la mencionada ley (LPRL) y del Estatuto en su redacción dada por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo (…)"[722].

Sobre el cambio de puesto de trabajo, en no pocas ocasiones, las disposiciones convencionales generan ciertas dudas sobre el procedimiento que debe seguir la empresa para llevarlo a cabo. Así, frente a todos los trámites previstos en el art. 26.2 LPRL, en algunos sectores y actividades parece que es suficiente con una prescripción médica, sin más. Entre otros, en el III Convenio Colectivo sectorial del ámbito estatal de las administraciones de loterías, B.O.E. de 19.07.2006, cuyo art. 47.7 dispone que "en el caso de la trabajadora embarazada cuyo médico prescriba un cambio de puesto de trabajo por razón de su estado, se adecuará a otros cometidos, respetándose su situación económica". Lo mismo acontece en el Convenio Colectivo estatal de elaboradores de productos cocinados para su venta a domicilio, B.O.E. de 17.01.2007: "la acreditación del estado de la gestante se justificará a través de los correspondientes informes médicos de la Seguridad Social que certifiquen la conveniencia de su cambio de ubicación a tenor de su estado" (art. 47.2). Eso sí, según este Convenio

[722] Otro ejemplo de disposición convencional centrada en la adaptación de las condiciones de trabajo es el Convenio Colectivo del sector de harinas panificables y sémolas, B.O.E. de 3.09.2007, cuya disposición reguladora de la protección de la maternidad determina que "la empresa adoptará las medidas necesarias para evitar la exposición de las trabajadoras en situación de embarazo o parto reciente a los riesgos determinados en la evaluación que se refiere en el artículo 16 de la Ley 31/1995, que pueden afectar a la salud de las trabajadoras y al feto, a través de una adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo de la trabajadora afectada en los términos previstos en el artículo 26 de la mencionada Ley y de conformidad con el cual se tendrá en cuenta así mismo las posibles limitaciones en la realización del trabajo nocturno y el trabajo a turnos".

Colectivo, el cambio de puesto o incluso de centro, ha de ser solicitado por la trabajadora cuando se "encuentre indispuesta para desempeñar los cometidos básicos de su puesto de trabajo por hallarse en estado de gestación" (art. 47.2). El Convenio Colectivo de recuperación de residuos y materias primas secundarias, B.O.E. de 23.10.2007, en su art. 18 vuelve a aludir y a mencionar únicamente al "previo certificado del médico o facultativo de la Seguridad Social que lo justifique (el cambio)".

En todo caso, no faltan convenios que aluden expresamente al deber específico de evaluar los riesgos laborales que puedan afectar a la trabajadora embarazada o en período de lactancia y cuando los resultados de dicha evaluación revelen la existencia de tales riesgos, al deber empresarial de adaptar las condiciones o el tiempo de trabajo de la trabajadora afectada. Sólo cuando esta adaptación no sea posible se procederá al cambio de puesto de trabajo o función. Si bien, en la mayoría de los casos, lo hacen sin añadir nada nuevo al contenido del art. 26 LPRL. Desde luego, entre las medidas de adaptación se encuentran la no realización de trabajo nocturno, ni de trabajo a turnos, lo que, en todo caso, ha de considerarse derechos de la mujer y no limitaciones a su trabajo. Entre los muchos convenios existentes ha de citarse el V Convenio Colectivo del sector de desinfección, desinsectación y desratización, B.O.E. de 7.11.2007 y ello pese a que la rúbrica de su precepto regulador destaca, exclusivamente, el "cambio de puesto por riesgo en caso de embarazo y derecho de retorno al puesto" (art. 35, apartado c). Sin embargo, en su contenido se contempla la evaluación específica de los riesgos laborales, la adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo, el cambio de puesto de trabajo y, por último, la suspensión de contrato con derecho a prestación económica por riesgo durante el embarazo. También mencionan los deberes empresariales de evaluar, adaptar y, sólo después, cambiar de

puesto de trabajo, el art. 32 del Convenio Colectivo de la industria del calzado, B.O.E. de 23.09.2007, el art. 33 del IV Convenio Colectivo marco estatal de servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal y el art. 55 del II Convenio Colectivo estatal para las empresas de gestión y mediación inmobiliaria, B.O.E. de 13.01.2007. En el ámbito empresarial, uno de los más completos es el I Convenio Colectivo de supermercados del grupo Eroski, B.O.E. de 6.06.2006, pues los deberes empresariales de evaluar, adaptar y cambiar de puesto de trabajo se describen y se exigen teniendo en cuenta la organización y el trabajo que se desarrolla en la empresa, lo cual, merece toda clase de valoraciones positivas. Téngase en cuenta, además, que el colectivo mayoritario en la empresa es el femenino[723].

Sobre la suspensión contractual por riesgo durante el embarazo, son varios los convenios que mejoran la prestación económica de la Seguridad Social, para alcanzar el cien por cien de la base reguladora de la trabajadora. No obstante, en la actualidad tal mejora es sólo aparente, ya que entre las muchas reformas operadas por LOIEMH una de ellas ha sido, precisamente, la que se acaba de exponer. A saber, la de elevar el subsidio, que antes era del 75 por ciento de la base reguladora por contingencias comunes, al 100 por cien de la base reguladora correspondiente y que es la establecida para la prestación de incapacidad temporal por contingencias profesionales[724]. De ahí que en la actualidad carezcan de sentido previsiones tales como la contenida en el art. 74 del Convenio Colectivo general del sector de derivados del cemento, B.O.E. de 18.10.2007[725] y en

[723] Art. 39 I Convenio Colectivo de supermercados del grupo Eroski, B.O.E. de 6.06.2006.

[724] Vid. art. 135.3 LGSS.

[725] "Cuando el cambio de puesto de trabajo al que hace referencia el artículo 24 de la LPRL no fuera técnica u objetivamente posible o no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados, la trabajadora podrá solicitar la suspensión de su contrato de trabajo, con reserva del puesto y solicitar la prestación económica de la Seguridad Social. En tales supuestos, la empresa complementará dicho subsidio hasta alcanzar el cien por cien de la base reguladora mientras dure dicha situación (…)".

el art. 22 del Convenio Colectivo del sector de harinas panificables y sémolas, B.O.E. de 3.09.2007[726]. Otra opinión más positiva es la que puede defenderse de las mejoras convencionales consistentes en complementar la prestación de la Seguridad Social "hasta el importe íntegro" de las retribuciones de la trabajadora, desde el primer día de suspensión, tal y como prevé, entre otros, el IV Convenio Colectivo marco estatal de servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal. En el ámbito empresarial, concretamente en el Convenio Colectivo del grupo Champion, B.O.E. de 9.06.2006, el complemento de la prestación de Seguridad Social lo es hasta "alcanzar el 100 por cien del salario fijo" (Art. 37) y en el I Convenio Colectivo de supermercados del grupo Eroski, B.O.E. de 6.06.2006, hasta alcanzar una "compensación que complemente el 100 por cien de su base de cotización". Desde luego, se trata de una medida convencional que contribuye positivamente al cumplimiento del principio de igualdad.

En cuanto a la suspensión por riesgo durante la lactancia natural, son muchos los convenios que, pese a haber sido aprobados tras la promulgación de la LOIEMH, no se han adaptado a su contenido, omitiendo cualquier referencia a esta nueva situación protegida, lo que llama especialmente la atención en sectores con importante presencia femenina, como sucede en el Convenio Colectivo de las empresas y trabajadores de perfumería y afines, B.O.E. de 23.08.2007 y en un ámbito territorial inferior, el Convenio Colectivo de la Comunidad Autónoma Gallega para el sector de peluquerías de señoras, caballeros, unisex y belleza, D.O.Galicia 1.09.2007. Otros supuestos de falta de adaptación a la

[726] "Cuando la incapacidad temporal sea consecuencia de accidente laboral, enfermedad profesional o de riesgo durante el embarazo, el trabajador afectado percibirá, a cargo de la empresa, a partir del primer día y hasta el máximo de un año, la diferencia entre el 75% abonado por la Seguridad Social sobre la base para fijación de las primas a ingresar en la misma y el 100% de esta base".

legislación vigente lo constituyen el V Convenio Colectivo del sector de desinfección, desinsectación y desratización, el Convenio Colectivo de recuperación de residuos y materias primas secundarias y el Convenio Colectivo estatal para las empresas y trabajadores de transporte de enfermos y accidentados en ambulancia, B.O.E. de 16.11.2007. Con todo, entre las ausencias más llamativas, hay que citar el contenido del V Convenio Colectivo estatal para los centros de enseñanzas de peluquería y estética, de enseñanzas musicales y de artes aplicadas y oficios artísticos, que no sólo omite toda regulación sobre la suspensión contractual por riesgo durante la lactancia natural, sino también por riesgo durante el embarazo. Y ello pese a anunciar, en la rúbrica de su art. 25 –"suspensión del contrato por maternidad, riesgo durante el embarazo, adopción o acogimiento"- la ordenación de esta última situación. Es más, lo que también rubrica como "maternidad", se trata realmente de la suspensión contractual por paternidad, también introducida por la LOIEMH y regulada actualmente en el art. 48 bis ET[727].

En contra de las carencias anteriores, es importante destacar algunos convenios que sí se han adaptado plenamente a la LOIEMH, incluyendo expresamente la suspensión contractual por riesgo durante la lactancia. Aunque sólo sea a efectos meramente enunciativos, el IV Convenio Colectivo general del sector de la construcción, B.O.E. de 17.09.2007 y el Convenio Colectivo de trabajo de ámbito estatal del sector de mediación en

[727] De hecho en el texto del precepto –art. 25- y bajo el título antes mencionado –"suspensión del contrato por maternidad, riesgo durante el embarazo, adopción o acogimiento"- se reconoce a los trabajadores el derecho "a la suspensión del contrato durante trece días ininterrumpidos, ampliables en el supuesto de parto, adopción o acogimiento múltiples en dos días más por cada hijo a partir del segundo. Esta suspensión es independiente del disfrute compartido de los períodos de descanso por maternidad regulados en el artículo 48.4 del Estatuto de los Trabajadores. En el supuesto de parto, la suspensión corresponde en exclusiva al otro progenitor. En los supuestos de adopción o acogimiento, este derecho corresponderá sólo a uno de los progenitores, a elección de los interesados; no obstante, cuando el período de descanso regulado en el artículo 48.4 sea disfrutado en su totalidad por uno de los progenitores, el derecho a la suspensión por paternidad únicamente podrá ser ejercido por el otro. El trabajador deberá comunicar al empresario, con la debida antelación, el ejercicio de este derecho en los términos establecidos".

seguros privados, B.O.E. de 22.10.2007, pues en ambos se alude expresamente a la suspensión contractual por riesgo durante el embarazo y por riesgo durante la lactancia natural de un menor de nueve meses[728]. Se dice que su finalidad es enunciativa, toda vez que las cláusulas convencionales citadas no se desarrollan en ningún otro precepto del convenio.

Sobre la suspensión por maternidad y por adopción y acogimiento, esto es, las del art. 48.4 ET, nada o casi nada aportan los convenios colectivos objeto de este estudio sobre el principio de igualdad en la negociación colectiva. Quizás, al igual que sucedía con las medidas anteriores, tal omisión se deba a la existencia de disposiciones heterónomas con un contenido suficiente para el cumplimiento de su finalidad. En cualquier caso, y sobre todo con miras a la consecución de la igualdad real por razón de sexo / género, sería conveniente una mayor implicación de la negociación colectiva. Por el contrario, lo que nos encontramos son convenios que se limitan a reproducir exactamente el contenido del ET. Por ejemplo, el art. 47 del Convenio Colectivo estatal de elaboradores de productos cocinados para su venta a domicilio, B.O.E. de 17.01.2007 y el art. 48 del Convenio Colectivo general de trabajo de la industria textil y de la confección. En otros casos, los convenios contienen declaraciones o remisiones genéricas a la regulación estatal. Por ejemplo, el III Convenio Colectivo de ámbito estatal de gestorías administrativas, B.O.E. de 23.06.2006 que se limita a afirmar genéricamente que "las partes firmantes del presente Convenio se obligan a promover el principio de igualdad de oportunidades (…) favoreciendo los permisos de maternidad" (disposición adicional primera).

[728] En el IV Convenio Colectivo general del sector de la construcción, en su art. 86, apartado d) y en el Convenio Colectivo de trabajo de ámbito estatal del sector de mediación en seguros privados, B.O.E. de 22.10.2007, art. 49.

III. CONCLUSIONES.

La protección jurídica de la maternidad de la mujer trabajadora conforma uno de los instrumentos esenciales para la consecución de la igualdad por razón de sexo / género. No en vano, la maternidad, como circunstancia biológica diferenciada entre mujeres y hombres, permite y justifica regulaciones específicas tendentes a su protección y, por lo tanto, dirigidas particularmente al colectivo femenino. Sin embargo el papel de la negociación colectiva en su ordenación se limita, prácticamente, a reproducir el contenido de la normativa estatal. Salvo ejemplos aislados, no se han encontrado cláusulas que mejoren ostensiblemente su contenido, lo que pone de relieve cierta desidia de los negociadores por el cumplimiento del principio de igualdad entre las trabajadoras y los trabajadores. Entre las razones que justifican esta situación, se advierte la existencia de una ordenación heterónoma bastante completa, sobre todo tras la introducción de las reformas operadas por la LOIEMH. De hecho, su art. 8 reconoce como discriminación directa por razón de sexo "todo trato desfavorable a las mujeres relacionado con el embarazo o la maternidad". Con todo, desde la perspectiva de la igualdad, todavía se constatan algunas quiebras. Entre las más importantes hay que mencionar todo lo relativo a los subsidios económicos. Se trata de lo que se califica como "socialización de la maternidad". Pero también, y aquí es donde la negociación colectiva tendría más margen de actuación, en la adaptación de todas las obligaciones empresariales preventivas al sector de actividad de que se trate, a fin de proteger la seguridad y salud de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia. Sin embargo, la reproducción, casi literal, de la normativa preventiva estatal, refleja cierta

falta de sensibilidad de todos los agentes implicados en la negociación, lo cual es ciertamente criticable.

BIBLIOGRAFÍA: AA.VV: - *Mujer y trabajo* (coord. RUÍZ PÉREZ, E.), Bomarzo (Albacete, 2003). - *La presencia femenina en el mundo laboral: metas y realidades* (dir. SÁNCHEZ TRIGUEROS, C.), Aranzadi (Navarra, 2006). - *Trabajo y familia en la jurisdicción social. Conciliación de la vida familiar y laboral y protección contra la violencia de género,* CDJ, XVII, 2006. CABEZA PEREIRO, J: "Maternidad y riesgos laborales", en AA.VV., *Trabajo y familia en la jurisdicción social. Conciliación de la vida familiar y laboral y protección contra la violencia de género,* CDJ, XVII, 2006. CONDE-PUMPIDO TOURÓN. T: "La maternidad y la conciliación familiar dentro de la tutela de la igualdad", en AA.VV., *Trabajo y familia en la jurisdicción social. Conciliación de la vida familiar y laboral y protección contra la violencia de género,* CDJ, XVII, 2006. GARRIGUES GIMÉNEZ, A., NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P. y CEBRIÁN CARRILLO, A: *La maternidad y paternidad en el Derecho de la Unión Europea. Comentario a la Directiva 2006/54/CE; su inmediata incorporación por la futura Ley de igualdad y el propósito reparados de esta respecto de algunos defectos transpositivos de la Directiva 92/85/CE,* RMTAS, núm. 67, 2007. LÓPEZ ANIORTE, M.C: "El lento proceso de extensión a los varones de las medidas conciliatorias", en AA.VV., *La presencia femenina en el mundo laboral: metas y realidades* (dir. SÁNCHEZ TRIGUEROS, C.), Aranzadi (Navarra, 2006). LOUSADA AROCHENA, F: *El derecho a la maternidad de la mujer trabajadora,* Instituto de la Mujer-MTAS (Madrid, 2002). *El principio de transversalidad en la dimensión de género,* MTAS (Madrid, 2007). PÉREZ DEL RÍO, T: "El principio de igualdad de trato y la prohibición de discriminación por razón de sexo en el Derecho comunitario", en AA.VV., *Mujer y trabajo* (coord. RUÍZ PÉREZ, E.), Bomarzo (Albacete, 2003). PÉREZ DEL RÍO, T. y BALLESTER PASTOR, A: *Mujer y salud laboral,* La Ley (Madrid, 2000). SAN MARTIN 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. SÁNCHEZ TRIGUEROS, C.), Aranzadi (Navarra, 2006). SEMPERE NAVARRO, A.V., "Una nota sobre las suspensiones contractuales ligadas a la maternidad", en AA.VV., *La presencia femenina en el mundo laboral: metas y realidades* (dir. SÁNCHEZ TRIGUEROS, C.), Aranzadi (Navarra, 2006). TARANCÓN PÉREZ, E: "La suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo, maternidad, adopción y acogimiento", en AA.VV., *Mujer y trabajo* (coord. RUÍZ PÉREZ, E.), Bomarzo (Albacete, 2003).

CAPÍTULO OCTAVO

LA SALUD LABORAL DESDE UNA PERSPECTIVA DE GÉNERO

SUMARIO: I. EL SEXO / GÉNERO COMO DIVERSIDAD QUE MARCA LA SALUD LABORAL. II. LA INTEGRACIÓN DEL SEXO / GÉNERO EN LA SALUD LABORAL: MARCO NORMATIVO HETERÓNOMO. III. LA SALUD LABORAL Y SU REGULACIÓN CONVENCIONAL: A) Ubicación de la salud laboral en la negociación colectiva. B) Cláusulas convencionales de tutela antidiscriminatoria. **IV. CONCLUSIONES.**

I. EL SEXO / GÉNERO COMO DIVERSIDAD QUE MARCA LA SALUD LABORAL.

Al igual que en otros ámbitos del ordenamiento jurídico, tampoco el de salud laboral, salvo ciertas excepciones, integra en su contenido la perspectiva de sexo / género. Se trata, además, de una carencia común de la práctica normativa actual, visible tanto a nivel estatal como comunitario. Como se ha visto en el capítulo anterior, la regulación del embarazo y de la maternidad, desde su perspectiva preventiva, conforman, casi en exclusiva, las únicas disposiciones normativas destinadas de forma específica a la protección de la salud de la mujer trabajadora por su condición biológica diferente a la del hombre. A tal efecto, y aunque de modo tardío y por etapas –la última, tras la entrada en vigor de la LOIEMH-, el art. 26 LPRL ha procedido a la transposición del contenido de la Directiva 1992/85/CEE, de 19 de octubre[729], y con ella a la exigencia del cumplimiento del deber

[729] Directiva 1992/85/CEE, de 19 de octubre, del Consejo, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia (DOCE de 28 de noviembre).

específico de evaluar los riesgos laborales, de adaptar o cambiar el puesto de trabajo de la trabajadora embarazada o en período de lactancia y, si ello fuera necesario, de suspender el contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo y también por riesgo durante la lactancia natural[730].

Sin perder de vista la perspectiva androcéntrica tradicional sobre la que se ido elaborando nuestro ordenamiento jurídico, son varias las razones que han llevado a la carencia anterior. En ocasiones, por presumir erróneamente que las patologías y sintomatologías femeninas son idénticas que las masculinas, lo cual puede resultar perjudicial para garantizar y preservar la salud de ambos sexos/géneros. En otras, por sus características hormonales específicas y la eventual complejidad que pudieran conllevar a la hora de analizar y comparar resultados, lo que en no pocas ocasiones ha provocado el olvido y omisión del sexo / género femenino. Y ya por último, aunque quizás de todas la más significativa, por la relevancia de la maternidad biológica -capacidad exclusivamente femenina- y su extensa regulación protectora, lo que ha provocado la ocultación de otras situaciones, factores y riesgos fundamentales a la hora de abordar el tema de la salud laboral de las trabajadoras, resultando así un tratamiento y una regulación heterónoma parcial de la temática estudiada[731].

Sin embargo y aunque teóricamente hombres y mujeres pueden sufrir los mismos accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, la realidad ha demostrado que los riesgos laborales no se distribuyen por igual. Al margen de sus diferencias físicas y biológicas, existen otros factores que también separan a ambos colectivos y que por su repercusión en su bienestar físico y mental, en definitiva, en su salud, deberán ser tenidos en

---

[730] *Vid.* capítulo séptimo.

[731] Estas causas en CABEZA PEREIRO, J., GONZÁLEZ VÁZQUEZ, M., JUSTO SUÁREZ, C. y LOUSADA AROCHENA, F., *Estudio sobre a situación sociolaboral da muller en Galicia,* CONSELLO GALEGO DE RELACIÓNS LABORAIS (Santiago de Compostela, 2006), pp. 207 ss.

cuenta a la hora de regular y ordenar jurídicamente la prevención de riesgos laborales. Se trata, en la mayoría de los supuestos, de circunstancias de índole social y laboral constitutivas de los llamados "riesgos psicosociales" de marcado carácter invisible, al no ser tenidos en cuenta por la sociedad como un problema colectivo, sino más bien un problema individual perteneciente al ámbito de la esfera privada de las personas[732].

Sin pretensión de exhaustividad, entre tales riesgos psicosociales, deben citarse, obligatoriamente, la doble jornada de trabajo, como consecuencia de la presencia y desarrollo simultáneo de una profesión o actividad laboral y el trabajo doméstico, todavía hoy casi exclusivamente femenina, con las graves repercusiones que conlleva sobre la salud de las afectadas, tales como situaciones de estrés, agotamiento, cuadros de ansiedad y depresión, etc[733].

También hay que hacer mención a la segregación horizontal y vertical por sexos/géneros del mercado de trabajo, lo que ha incidido en la aparición de riesgos laborales típicamente femeninos que, al mismo tiempo, han sido tradicionalmente olvidados o, cuando menos, relegados a un segundo plano en la ordenación de su prevención, por su aparente escasa incidencia en la salud de las afectadas. Como se ha señalado por la doctrina, se trata de aquellos riesgos que sin presentar un peligro directo para la vida, hacen perder lentamente la salud y las ocupaciones tradicionalmente feminizadas, se caracterizan justamente por la presencia

[732] Esta idea en GIL PÉREZ, Mª.E., "Mujer y salud laboral", en AA.VV., *Mujer y trabajo* (coord. RUIZ PÉREZ, E.), Bomarzo (Albacete, 2003), p. 149.

[733] Como ya señalaron en su momento PÉREZ DEL RÍO, T. y BALLESTER PASTOR, A., "la mujer se ha incorporado al mercado de trabajo sin por ello abandonar el rol social asignado, es decir, asumiendo al tiempo y casi en exclusiva las responsabilidades familiares", cfr. *Mujer y salud laboral*, La Ley (Madrid, 2000), p. 3. Ya recientemente, insisten en la persistencia de la doble jornada laboral ou "xornada inacabable" CABEZA PEREIRO, J., GONZÁLEZ VÁZQUEZ, M., JUSTO SÁNCHEZ, C. y LOUSADA AROCHENA, F., *Estudio sobre a situación sociolaboral da muller en Galicia..., op. cit.*, p. 207. Sobre la doble jornada de trabajo, puede consultarse el trabajo de FERNÁNDEZ COLLADOS, Mª.B., "La doble jornada femenina y sus consecuencias", en AA.VV., *La presencia femenina en el mundo laboral: metas y realidades* (dir. SÁNCHEZ TRIGUEROS, C.), Aranzadi (Navarra, 2006), p. 119 ss.

de este tipo de riesgos, casi siempre asociados a la organización del trabajo y a la ergonomía[734].

Como tercer factor diferencial entre los dos sexos/géneros, se alza la precariedad en el empleo que, como es sabido y está más que demostrado, afecta más al colectivo de mujeres que de hombres, con todas las carencias que en materia preventiva lleva aparejada tal temporalidad: la realización de trabajos a destajo, la ocupación de puestos de trabajo con más riesgo, pero fundamentalmente, menor formación y información, tal y como recuerda el propio preámbulo de la Directiva 1991/383/CEE, de 25 de junio, de medidas tendentes a promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de los trabajadores con una relación laboral de duración determinada o de empresas de trabajo temporal[735]. De hecho, el art. 28 LPRL que se limita a reproducir literalmente la Directiva, sin proceder a su completa transposición, formula el principio de igualdad de estos trabajadores en relación con los de duración determinada: "los trabajadores con relaciones de trabajo temporales o de duración determinada (...), deberán disfrutar del mismo nivel de protección en materia de seguridad y salud que los restantes trabajadores de la empresa en la que prestan sus servicios". A la precariedad anterior, debemos añadir el importante número de trabajadoras que realizan el trabajo sumergido en España, sobre todo en los sectores industriales manufactureros, realizando sus labores en lugares inadecuados –muchas veces en sus propios domicilios o naves clandestinas- y manejando equipos de trabajo con escasas o nulas garantías de seguridad, lo que genera un importante número de trabajadoras claramente desprotegidas en lo que atañe a su salud laboral frente al colectivo de trabajadores.

---

[734] *Vid.* PÉREZ DEL RÍO, T. y BALLESTER PASTOR, A., *Mujer y salud laboral..., op. cit.,* p. 3.

[735] DOCE de 29 de junio de 1991.

Y, ya por último, y relacionado con todos los anteriores, no hay que olvidar la situación de debilidad y de discriminación histórica de la mujer en el mercado de trabajo, lo que la convierte en víctima por excelencia de conductas atentatorias de su dignidad humana, con los efectos gravemente perjudiciales que conlleva para su salud tanto física, como mental. Se trata de todas aquellas conductas y comportamientos constitutivos de acoso laboral, tanto el moral o psicológico (*mobbing* en terminología anglosajona), el discriminatorio y el sexual. La trascendencia y repercusión de estas conductas, han motivado que sean estudiadas en un capítulo independiente de este estudio, concretamente, en su capítulo noveno al que nos remitimos en su integridad.

II. LA INTEGRACIÓN DEL SEXO / GÉNERO EN LA SALUD LABORAL: MARCO NORMATIVO HETERÓNOMO

Prescindir de tales diferencias y considerar idénticos o, cuando menos, similares los factores que inciden en la salud laboral de las trabajadoras y trabajadores, redunda en perjuicio del principio de igualdad, y de ahí la necesidad de integrar la dimensión de sexo / género en la normativa preventiva a fin de evitar disposiciones discriminatorias. El carácter transversal del principio de igualdad y, concretamente, del principio de igualdad por razón de sexo / género[736], exige tener en cuenta las diferencias existentes entre el colectivo femenino y el masculino y, a partir de ahí, adoptar cuantas acciones, objetivos y medidas sean necesarios para evitar resultados discriminatorios y con ello diferencias de trato perjudiciales para la salud laboral del colectivo de trabajadoras frente al colectivo de trabajadores. De hecho, la eliminación de las desigualdades y

[736] Sobre la dimensión transversal de la igualdad, *vid.* Capítulo Primero.

la promoción de la igualdad entre hombres y mujeres constituye un objetivo prioritario de todas las acciones y políticas de la Comunidad, tal y como se apunta en el art. 3.2 TCE, entre las que obviamente se incluye la salud, la higiene y la seguridad en el trabajo.

Descendiendo al terreno de nuestra normativa interna, y sin entrar por ahora en las reformas introducidas *ex* LOIEMH, basta detenerse por un momento en el contenido del art. 25.1 LPRL, que aún sin mencionar expresamente el sexo / género como diversidad que marca la salud en el trabajo, quizás pretendiese entre sus objetivos justificar una protección especial del colectivo de trabajadoras, precisamente, por las circunstancias de diversa índole que lo separan del de trabajadores. En particular, se ordena al empresario garantizar de "manera específica, la protección de los trabajadores que, por sus propias características personales o estado biológico conocido (…) sean especialmente sensibles a los riesgos derivados del trabajo (…)". Para continuar señalando que "los trabajadores no serán empleados en aquellos puestos de trabajo en los que, a causa de sus características personales, estado biológico (…), puedan ellos, los demás trabajadores u otras personas relacionadas con la empresa ponerse en situación de peligro o, en general, cuando se encuentren en estados o situaciones transitorias que no respondan a las exigencias psicofísicas de los respectivos puestos de trabajo". Naturalmente que no puede negarse la laxitud de la interpretación aquí vertida. Con todo, la falta de precisión del precepto en cuanto al colectivo destinatario[737], todavía más acusada en la

[737] Las dudas sobre su ámbito subjetivo de protección pueden consultarse, entre otros, en SALA FRANCO, T., *Derecho de la prevención de riesgos laborales*, Tirant lo Blanch (Valencia, 2007), p. 138. Tampoco en el manual de los profesores LÓPEZ GANDÍA, J. y BLASCO LAHOZ, J.F., se concreta quiénes son los destinatarios de las medidas y acciones contenidas en el art. 25.1 LPRL. Eso sí insisten en que se trata de una diferenciación en sentido subjetivo –referida al trabajador- y no en sentido objetivo –referida al riesgo-, *vid. Curso de prevención de riesgos laborales*, Tirant lo Blanch (Valencia, 2007), p. 210.

Directiva 1989/391/CEE, de 12 de junio[738], del que procede[739], propicia en parte tal disyuntiva. A modo de justificación, basta referir que la doble jornada a la que aludíamos con anterioridad sitúa a la trabajadora que la padece en una situación proclive a padecer determinadas patologías relacionadas o derivadas de su sobreesfuerzo personal. Es decir, la doble jornada, aún siendo una circunstancia social y, en todo caso, exógena a sus condiciones personales, la sitúan en un estado subjetivo de especial sensibilidad frente a determinados riesgos y por lo tanto a sufrir un daño en su vida o integridad física y personal.

Algo diferente sucede con el art. 25.2 LPRL, en el que al hilo de la protección de la función procreadora se alude expresamente al sexo / género, mencionando a ambos colectivos, el femenino y el masculino. En concreto, se obliga al empresario a "tener en cuenta en las evaluaciones los factores de riesgo que puedan incidir en la función de procreación de los trabajadores y trabajadoras (…), tanto en los aspectos de la fertilidad, como del desarrollo de la descendencia, con objeto de adoptar las medidas preventivas necesarias". Con todo, hay que significar que la mención expresa de ambos sexos/géneros no lo ha sido con la intención de incidir en sus diferencias biológicas ni, mucho menos, para destacar al colectivo generalmente omitido, el de las trabajadoras. Precisamente, en este precepto, parece que la finalidad ha sido la contraria que no es otra que destacar que "la protección frente a los riesgos que afectan a la función

[738] Directiva 1989/391/CEE, de 12 de junio, del Consejo, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo (DOCE del 29).

[739] El origen de este precepto se encuentra en el art. 15 Directiva 1989/391/CEE cuyo contenido se limita a ordenar que "los grupos expuestos a riesgos especialmente sensibles deberán ser protegidos contra los peligros que les afecten especialmente".

reproductora no es privativa de la mujer, sino que puede afectar también al hombre"[740].

Ahora bien, en la actualidad, contamos con un instrumento normativo fundamental para colmar las carencias referidas, la tantas veces mencionada LOIEMH, ya que al margen de sus disposiciones generales, aplicables a todos los ámbitos de la vida y, singularmente, en las esferas política, civil, laboral, económica, social y cultural, también ha introducido modificaciones en el ámbito de la ordenación de la salud, con carácter general y de la salud laboral, en particular.

En fin, tras constatar las diferencias físicas y sociales que separan en este ámbito al colectivo femenino del masculino, las modificaciones introducidas en la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad[741], tienen por finalidad "visibilizar los problemas sanitarios de las mujeres"[742] y ello se ha hecho a través de dos declaraciones: incluyendo expresamente el "principio de igualdad entre mujeres y hombres" entre los principios generales del sistema de salud, "evitando que, por sus diferencias físicas o por los estereotipos sociales asociados, se produzcan discriminaciones entre ellos en los objetivos y actuaciones sanitarias"[743]. Y la segunda, ordenando su cumplimiento en todas las actuaciones de las Administraciones Públicas

[740] Cfr. LÓPEZ GANDÍA, J. y BLASCO LAHOZ, J.F., *Curso de prevención de riesgos laborales…, op. cit.*, pp. 210-211. De hecho, como apuntaba LOUSADA AROCHENA, F. al poco tiempo de aprobarse la LPRL, hasta ese momento "la protección de la capacidad de procreación de los trabajadores, se ha limitado, en el plano normativo, a la de las mujeres, y, eficazmente, sólo respecto a las radiaciones ionizantes", cfr. "Artículo 25", en AA.VV., *Comentarios a la Ley de prevención de riesgos laborales* (coords. CABEZA PEREIRO, J. y LOUSADA AROCHENA, F.), Comares (Granada, 1998), p. 155.

[741] BOE del 29.

[742] Cfr. AA.VV., *Ley de igualdad y contrato de trabajo* (coord. LOUSADA AROCHENA, F.), Dossier Práctico, Francis Lefebvre (Santiago de Compostela, 2007), p. 41.

[743] Cfr. Art. 3.4 Ley 14/1986.

Sanitarias, garantizándose así la igualdad entre mujeres y hombres en el derecho a la salud[744].

Más en particular y en lo que se refiere a la salud laboral, resulta obligado traer a colación la consideración de una nueva situación, la del riesgo durante la lactancia natural del art. 26.4 LPRL. Como es sabido, la inobservancia por el legislador español de los mandatos de la Directiva 1992/85/CEE al respecto[745], pudo ser constatada en las varias ocasiones de las que dispuso para su completa transposición. Sin embargo, hubo que esperar más de 10 años y, tras ellos, a la aprobación de una norma "decididamente transversal y comprometida con la igualdad material"[746] para su definitiva introducción en nuestro ordenamiento jurídico como otra situación merecedora de protección frente a posibles riesgos laborales que puedan afectar al lactante, pero también a la madre. Al igual que en las situaciones de riesgo durante el embarazo, cuando no sea exigible la adaptación del puesto de trabajo o el cambio con otro compatible con la lactancia natural, también podrá declararse la suspensión de su contrato de trabajo. Como se ha opinado por la doctrina, parece correcta la opción de establecer un paralelismo lo más completo posible entre las dos situaciones de riesgo protegidas, la de riesgo durante el embarazo y durante la lactancia, lo que también se hace extensible a su protección social con la introducción del subsidio correspondiente[747]. Por su vinculación con la

[744] El nuevo apartado del art. 6 de la Ley 14/1986 dispone que "en la ejecución de lo previsto en el apartado anterior, las Administraciones públicas sanitarias asegurarán la integración del principio de igualdad entre mujeres y hombres garantizando su igual derecho a la salud".

[745] En la Directiva 1992/85/CEE la dispensa en el trabajo se reconoce para la situación de embarazo, parto reciente y lactancia. *Vid.* Art. 5 Directiva 92/85/CEE.

[746] Cfr. AA.VV., *Ley de igualdad y contrato de trabajo…, op. cit.,* p. 13.

[747] Esta idea en CABEZA PEREIRO, J., "Maternidad y riesgos laborales", en AA.VV., *Trabajo y familia en la jurisdicción social. Conciliación de la vida familiar y laboral y protección contra la violencia de género*, CDJ, núm. XVII, 2006, p. 254.

maternidad, su análisis convencional ha sido objeto de estudio en el capítulo anterior.

Con todo, al margen del reconocimiento de esta situación, en materia de salud laboral y sexo / género, la LOIEMH ha llegado más allá al introducir el necesario cumplimiento del principio de igualdad entre mujeres y hombres entre los objetivos de la política en materia de prevención de riesgos laborales, reformando el contenido de la LPRL. Concretamente, el nuevo art. 5.4 LPRL dispone que "las Administraciones públicas promoverán la efectividad del principio de igualdad entre mujeres y hombres, considerando las variables relacionadas con el sexo tanto en los sistemas de recogida y tratamiento de datos como en el estudio e investigación generales en materia de prevención de riesgos laborales, con el objetivo de detectar y prevenir posibles situaciones en las que los daños derivados del trabajo puedan aparecer vinculados con el sexo de los trabajadores".

Sin dejar de valorar positivamente el contenido de este precepto y su inclusión en la LPRL, no podemos dejar de citar las muchas carencias que todavía persisten en la normativa de salud laboral. Es más, podría afirmarse que en materia preventiva la transversalidad se ha cumplido sólo parcialmente. En concreto, en materia de política preventiva y su ejercicio a través de las Administraciones públicas competentes. Sin embargo, falta una referencia a actuaciones preventivas concretas y que resultan de gran trascendencia para la salud e integridad física de las trabajadoras y de los trabajadores. Entre ellas, podrían citarse, la revisión de los sistemas de recogida y presentación de datos en todas las materias relacionadas con la salud laboral, con la finalidad de desagregar los datos en función del sexo o en función de circunstancias relacionadas con el sexo. También el estudio multidisciplinar de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales que por los estudios estadísticos se manifiestan, de forma exclusiva o

significativamente predominante, sobre uno solo de los dos sexos. Investigar la influencia de la situación social y familiar de los hombres y las mujeres en la aparición de daños profesionales. Por supuesto, considerar los llamados riesgos psicosociales y, en particular, las situaciones de acoso sexual. Establecer programas de formación específica en materia de salud laboral desde una perspectiva de sexo / género. Y por último, adaptar todas las condiciones laborales a los condicionantes de sexo / género a fin de evitar situaciones de desprotección en la salud de las mujeres trabajadoras[748].

III. LA SALUD LABORAL Y SU REGULACIÓN CONVENCIONAL.

La insuficiencia de disposiciones heterónomas integradoras del principio de igualdad en la normativa sobre seguridad y salud en el trabajo, cede todo el protagonismo a su ordenación convencional y, con ello, al obligado análisis de las cláusulas de los convenios colectivos objeto de este estudio a fin de comprobar su adecuación al principio de igualdad por razón de sexo / género.

Con todo, no podemos olvidar que estamos en un ámbito, el de la salud laboral, en el que el espacio cedido a la autonomía colectiva parece, *a priori*, más reducido que el existente en otras materias jurídicas[749]. Y ello pese a las múltiples referencias y llamadas a la negociación colectiva habidas en la normativa estatal vigente. Como se advierte en la propia Exposición de Motivos de la LRPL, la citada norma "se configura como una referencia legal mínima en un doble sentido: el primero, como Ley que establece el marco legal a partir del cual las normas reglamentarias irán

[748] Vid. todas estas carencias en AA.VV., *Ley de igualdad y contrato de trabajo…, op. cit.,* p. 45.

[749] *Vg., vid.,* LÓPEZ GANDÍA, J. y BLASCO LAHOZ, J.F., *Curso de prevención de riesgos laborales…, op. cit.,* p. 91.

fijando y concretando los aspectos más técnicos de las medidas preventivas; y, el segundo, como soporte básico a partir del cual la negociación colectiva podrá desarrollar su función específica (…)". Al mismo tiempo, el art. 1 LPRL dispone que "la normativa sobre prevención de riesgos laborales está constituida por la presente Ley, sus disposiciones de desarrollo o complementarias y cuantas otras normas, legales o convencionales, contengan prescripciones relativas a la adopción de medidas preventivas en el ámbito laboral (…)". Y esencial sobre la relación entre las fuentes heterónomas y autónomas en materia preventiva es el contenido del art. 2.2 LPRL según el cual "las disposiciones de carácter laboral contenidas en esta Ley y en sus normas reglamentarias tendrán en todo caso el carácter de Derecho necesario mínimo indisponible, pudiendo ser mejoradas y desarrolladas en los convenios colectivos". Precisamente, la importancia, tanto cuantitativa[750], como cualitativa[751], del desarrollo reglamentario de la LPRL, ha sido la que parece haber dejado pocos resquicios a la actuación de la negociación colectiva. El desarrollo reglamentario ha sido y es por otra parte, la vía utilizada para transponer al Derecho interno las Directivas comunitarias de desarrollo de la Directiva 1989/391/CEE, de 12 de junio. En definitiva, el tantas veces aludido carácter tuitivo del Derecho del Trabajo se percibe de modo especialmente intenso en lo que se refiere a la ordenación de todas aquellas cuestiones relativas a la seguridad, higiene, salud y prevención de riesgos laborales. Como se ha defendido por la doctrina científica, no podía ser de otra manera cuando los "bienes jurídicos protegidos en juego son tan básicos y

[750] Como destacan LÓPEZ GANDÍA, J. y BLASCO LAHOZ, J.F., "de los cuarenta reglamentos previstos, se han elaborado y dictado diferentes Reales Decretos, separados, uno por cada Directiva, lo que ha llevado a un desarrollo fragmentario, sin una visión unitaria codificadora", cfr. *Curso de prevención de riesgos laborales…, op. cit.,* p. 79.

[751] De hecho son muchas las ocasiones en las que los preceptos legales no solicitan un simple desarrollo complementario del contenido de la ley, sino una regulación propia y suplementaria de la propia ley, así RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M., *El desarrollo reglamentario de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales,* RL, núm. 20, 1997, p. 5.

de tal envergadura como el bienestar, la salud, la integridad física y la vida misma del trabajador"[752].

Sin embargo, en contra de lo anterior, no hay que olvidar otras realidades que se oponen a las afirmaciones anteriores y que tienen su origen en el propio contenido de la LPRL. A saber, las escasas materias vedadas a la negociación colectiva en materia preventiva, por tener que provenir obligatoriamente del poder normativo del Estado, lo que significa que todas las demás son susceptibles de negociación siempre que se respeten los mínimos legales y reglamentarios. Concretamente, quedan tan sólo exceptuadas de la negociación colectiva las siguientes[753]:

- Todas las que no se refieran a obligaciones contractuales de empresarios y trabajadores. Así, por ejemplo, el Capítulo Segundo de la LPRL sobre "política en materia de prevención de riesgos para proteger la seguridad y salud en el trabajo" en el que se señalan dichos objetivos y las instituciones públicas creadas al efecto que, como es obvio, quedan excluidas de la autonomía colectiva de los representantes de los trabajadores y de los empresarios.

- Aquellas, que aún aludiendo a las obligaciones contractuales de empresarios y trabajadores, se encuentran ordenadas por normas imperativas absolutas, inmodificables convencionalmente por razones de orden público. Es lo que sucede con el Capítulo Séptimo de la LPRL relativo al régimen jurídico de "responsabilidades y sanciones" por el incumplimiento empresarial de sus obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales.

---

[752] Cfr. GARRIGUES GIMÉNEZ, A., "Fuentes (IV): la protección de la seguridad, higiene y salud en el ordenamiento jurídico español: la negociación colectiva", en AA.VV., *Manual de prevención de riesgos laborales (seguridad, higiene y salud en el trabajo)* (dir. GARCÍA NINET, J.I.), 2ª ed., Atelier (Barcelona, 2005), p. 131.

[753] Siguiendo a SALA FRANCO, T., *Derecho de la prevención de riesgos laborales…, op. cit.,* p. 46.

Por lo tanto, todas las demás, y en concreto, las materias reguladas en los Capítulos Tercero –sobre "derechos y obligaciones"-, Cuarto –sobre "servicios de prevención"-, Quinto –sobre "consulta y participación de los trabajadores"- y Sexto –sobre "obligaciones de los fabricantes, importadores y suministradores"-, son directamente negociables para su mejora sobre el contenido previsto en las disposiciones estatales reguladoras. Es más, sobre algunas de ellas, la propia LRPL propone directamente la intervención convencional a fin de llevar a la práctica experiencias positivas que redunden en una mejora de los derechos de los trabajadores. Así sucede con los derechos de información, consulta y participación y con su ejercicio por los delegados de prevención y el comité de seguridad y salud, pudiendo proponerse otros órganos representativos diferentes, concretar distintos ámbitos de actuación o, incluso, mantener situaciones existentes en la medida en que se presenten más favorables[754]. Pese a todo, y transcurridos más de diez años desde la entrada en vigor de la LPRL, el balance general no es muy positivo. Aunque se han conseguido ciertos avances, todavía son muchas las lagunas existentes en esta materia en la negociación colectiva.

a) Ubicación de la salud laboral en la negociación colectiva.

De entrada, y desde una perspectiva meramente formal, resulta obligado hacer mención a la diversidad de criterios utilizados en los convenios colectivos analizados a la hora de ubicar la ordenación de la materia, lo que dificulta enormemente la elaboración de unas conclusiones

[754] Esta idea en MENDOZA NAVAS, N., *Prevención de riesgos laborales: la regulación convencional*, Bomarzo (Albacete, 2007), p. 12.

definitivas[755]. Las opciones y elecciones al respecto son múltiples y variadas.

Así y aunque bajo diferentes denominaciones -"prevención de riesgos laborales", "seguridad y salud laboral", "seguridad e higiene en el trabajo", etc.-, son varios los convenios que ordenan las cuestiones de salud laboral en secciones o capítulos independientes y claramente identificados dentro de la estructura del convenio. Entre otros, podemos citar, el Convenio Colectivo marco estatal de acción e intervención social, B.O.E. de 19.07.2007, que dedica íntegramente su capítulo XIII –arts. 50 ss- a lo que denomina "seguridad y salud laboral", el Convenio Colectivo para el sector de las conservas, semiconservas, ahumados, cocidos, secados, elaborados, salazones, aceites y harina de pescados y mariscos, B.O.E. de 3.02.2007, con su capítulo X –arts. 36 ss- dedicado a la "seguridad e higiene en el trabajo", así como el II Convenio Colectivo estatal de instalaciones deportivas y gimnasios, B.O.E. de 6.06.2006, con su capítulo X, bajo el título de "salud laboral e IT"[756].

Otro grupo de convenios, aborda la regulación de la salud laboral de sus trabajadores, como parte integrante de secciones, títulos o capítulos dedicados a la ordenación de otros aspectos de la relación de trabajo. Si bien, como se ha visto en el capítulo anterior, los que han optado por esta opción suelen limitarse a la ordenación de la protección de la salud de las trabajadoras durante el embarazo y durante la lactancia, evitando entrar,

[755] La ausencia de una ubicación uniforme de la salud laboral en la negociación colectiva también ha sido destacada por MENDOZA NAVAS, N., *Prevención de riesgos laborales…, op. cit.,* p. 25.

[756] Otros convenios que dedican a la regulación de las cuestiones de seguridad y salud laboral una sección o capítulo independiente, son los siguientes: el Convenio Colectivo laboral para las empresas del sector de harinas panificables y sémolas, B.O.E. de 3.9.2007, con su capítulo V -arts. 26 y ss- dedicado, exclusivamente, a la "seguridad e higiene en el trabajo". También el Convenio Colectivo general de la industria salinera, B.O.E. de 19.10.2006, con un escueto, pero independiente capítulo IX –arts. 77 ss- dedicado a la "prevención de riesgos laborales". Asimismo, el Convenio Colectivo para la actividad de ciclismo profesional, B.O.E. de 6.06.2007, con un brevísimo capítulo VII –arts. 30 y 31- sobre "seguridad y salud en el trabajo". Y por último, el Convenio Colectivo de colegios mayores universitarios, B.O.E. de 24.10.2004, también con un capítulo XI –arts. 60 y 61-, dedicado únicamente a la "prevención de riesgos laborales".

aunque no siempre, en la regulación de otros aspectos del amplio marco de la prevención de los riesgos laborales. Así sucede, entre otros, con el XXI Convenio Colectivo de banca, B.O.E. de 16.07.2007, que dispone el "cambio de puesto de trabajo por razón de embarazo", cuando el "trabajo que realice una mujer encinta pueda poner en peligro el embarazo, según prescripción facultativa" –art. 31- dentro de su capítulo quinto dedicado a "movimientos de personal", en el que, entre otros, se regulan situaciones, tales como, traslados, dietas y comisiones de servicios, excedencias y reingresos, etc. Ahora bien, que no exista en el mentado Convenio Colectivo un capítulo dedicado exclusivamente a la salud laboral no significa que se haya omitido su regulación, incluso que la existente no haya tenido en cuenta la perspectiva de sexo / género. Al respecto, basta mencionar por ahora su art. 53 sobre "protección contra la violencia de género" y su art. 56 sobre "prevención del acoso sexual".

Algo parecido sucede con el Convenio Colectivo de la industria del calzado, B.O.E. de 23.08.2007, también carente de un capítulo dedicado exclusivamente a la regulación de la salud laboral. Sin embargo, su articulado no omite referencias a la prevención de riesgos laborales, si bien, nuevamente, tales referencias se centran en el reconocimiento de medidas tendentes a la protección de la maternidad. Así, en concreto, su art. 32, dentro del capítulo IV del Convenio dedicado a la ordenación de las "condiciones laborales" de sus trabajadores y en cumplimiento de lo previsto en el art. 26 LPRL, ordena la adaptación y, en su caso, el cambio de puesto de trabajo, cuando el desarrollado por la trabajadora embarazada o en período de lactancia presente algún riesgo para su seguridad o su salud o de su descendencia. Otra de las menciones del Convenio Colectivo de la industria del calzado a cuestiones relacionadas con la seguridad y salud, es la contenida en su art. 18 en el que con ocasión de la regulación del trabajo

a domicilio se hace constar la obligatoriedad de la forma escrita en el que conste “el lugar en el que se realice la prestación laboral, a fin de que puedan exigirse las necesarias medidas de higiene y seguridad que se determinen”. Desde luego y aunque se trate de una copia literal del contenido del art. 13.2 ET, no puede dejar de apreciarse cierta incidencia positiva en materia de igualdad sobre todo teniendo en cuenta el colectivo al que mayoritariamente se destina esta medida. A saber, el femenino, al ser ellas las que preferentemente optan por la prestación de servicios en su propio domicilio.

Y un tercer grupo –el mayoritario- está constituido por aquellos convenios en los que pese a existir un capítulo independiente dedicado exclusivamente a la regulación de las cuestiones de seguridad y salud laboral, ciertos aspectos de su ordenación aparecen en otros capítulos diferentes del mismo convenio. Normalmente, se trata de todo lo relativo a la protección de la salud de la trabajadora embarazada o en período de lactancia. Sin embargo, también los hay que atienden a otras cuestiones de seguridad y salud laboral y ello se hace en distintos apartados o secciones de su articulado.

Así acontece con el XV Convenio Colectivo de la industria química, B.O.E. de 29.08.2007, en el que pese a existir un extenso capítulo dedicado a la “seguridad y salud laboral” –capítulo IX-, ciertos derechos laborales integrantes de su contenido aparecen ordenados en capítulos separados. De nuevo tenemos que aludir a la ordenación de la protección de las trabajadoras durante el embarazo y la lactancia natural de un hijo menor de 9 meses, regulada parcialmente en el capítulo sobre “seguridad y salud laboral”, pero también en el dedicado a “licencias e excedencias”. En el primero, para hacer referencia a la adaptación de las condiciones o del

tiempo de trabajo[757] y en el segundo, para ordenar la suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo y por riesgo durante la lactancia de un menor de nueve meses[758]. Con todo, la maternidad no es la única materia sobre salud laboral mencionada en el XV Convenio Colectivo de la industria química fuera de su capítulo dedicado a la "seguridad y salud laboral". Por citar algún ejemplo, pueden mencionarse, la necesidad de integrar la actividad preventiva en el sistema general de gestión de la empresa, "a través de la implantación y aplicación de un plan de prevención de riesgos laborales"[759], obligación exigible al empresario como parte de su forma de "organización del trabajo" –capítulo II-, al igual que la necesidad de actualizar la evaluación de riesgos laborales", si procede, como consecuencia de la introducción de nuevas tecnologías[760]. Se omiten otras referencias a cuestiones de salud laboral dispersas a lo largo del Convenio Colectivo, habida cuenta su omisión de la perspectiva de sexo / género.

Al igual que en el XV Convenio Colectivo de la industria química, también en el V Convenio Colectivo estatal para los centros de enseñanzas de peluquería y estética, de enseñanzas musicales y de artes aplicadas y oficios artísticos, B.O.E. de 2.07.2007, existe un capítulo dedicado a la "seguridad y salud laboral". Sin embargo, algunas materias pertenecientes a

[757] Su art. 66.10 sobre "protección de la maternidad" exige al empresario adoptar "las medidas necesarias para evitar la exposición de las trabajadoras en situación de embarazo, parto reciente o durante el período de lactancia natural a los riesgos determinados en la evaluación a que se refiere el artículo 16 de la Ley 31/1995, que puedan afectar a la salud de las trabajadoras, del feto o del lactante, a través de una adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo de la trabajadora afectada (…)".

[758] Art. 50, *in fine:* "en el supuesto de riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia natural, en los términos previstos en el artículo 26 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, la suspensión del contrato finalizará el día en que se inicie la suspensión del contrato por maternidad biológica o el lactante cumpla nueve meses, respectivamente o, en ambos casos, cuando desaparezca la imposibilidad de la trabajadora de reincorporarse a su puesto anterior o a otro compatible con su estado".

[759] Art. 7 XV Convenio Colectivo de la industria química.

[760] Art. 10 XV Convenio Colectivo de la industria química.

este ámbito quedan fuera de su contenido. Y de nuevo, vuelve a ser, de forma exclusiva, la salud de la trabajadora embarazada. Concretamente la suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo se regula en un precepto, el 25, incluido en su título III dedicado a las "condiciones de trabajo". El que el capítulo anterior se haya analizado la protección de la salud durante el embarazo y la lactancia, justifica que no se insista más sobre esta cuestión.

Dentro de los convenios de empresa, esto mismo sucede en el Convenio Colectivo del grupo Champion, B.O.E. de 9.07.2006 y en el Convenio Colectivo del grupo Eroski, B.O.E. de 6.06.2006 los dos, a su vez, con una regulación muy parecida. Así, aunque ambos contengan un capítulo específico sobre "salud laboral" –capítulo XI, el del grupo Champion- y sobre "seguridad y salud laboral" –capítulo VII, el del grupo Eroski-, la ordenación de determinados elementos integrantes de esta materia quedan incluidos en otros capítulos diferentes de la norma convencional. Así, en el Convenio Colectivo del grupo Champion, la regulación de la protección de la salud de la trabajadora embarazada constituye un elemento más de la ordenación de las "licencias, protección a la familia y excedencias" –capítulo VIII-, mientras que en el del grupo Eroski se integra dentro de su capítulo VI dedicado a la "regulación de los derechos sociales". En este mismo capítulo del Convenio Colectivo del grupo Eroski, también se mencionan otros riesgos laborales, exclusiva o mayoritariamente femeninos, como son el acoso moral y sexual y se disponen sus medidas de prevención y protección (art. 42).

Y aun podría mencionarse un cuarto grupo de convenios, en los que no existe ninguna regulación específica sobre salud laboral. Tan sólo, en el mejor de los casos, declaraciones genéricas y remisiones al contenido de la normativa estatal sobre prevención de riesgos laborales. Por ejemplo, en el Convenio Colectivo estatal de empresas de mensajería, B.O.E. del

12.12.2006, en el que la ordenación de las cuestiones de seguridad y salud quedan relegadas a sus disposiciones adicionales y además a afirmaciones meramente genéricas. Concretamente, su disposición adicional tercera dispone que "las partes se comprometen a aplicar en todos sus términos, y dentro de la vigencia del presente Convenio Colectivo, el contenido íntegro para el sector de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales". Un mandato algo más concreto, aunque con perspectiva de futuro, se contiene en su disposición adicional cuarta según la cual las "partes firmantes acuerdan crear un grupo paritario de trabajo" para elaborar un "estudio sobre estas tendencias y en concreto las relacionadas con la utilización de los equipos de trabajo y equipos de protección individual (EPI) específicos de este sector productivo". En todo caso, se trata de una disposición ajena a la perspectiva de sexo / género. La escasez de disposiciones convencionales específicas en materia de seguridad y salud laboral, tampoco se ve suplida por previsiones sobre el principio de igualdad y no discriminación, pues tampoco existe ninguna referencia convencional al respecto en el ámbito de la seguridad y salud laboral.

Lo mismo puede afirmarse del contenido del III Convenio Colectivo estatal del sector del corcho, B.O.E. de 9.01.2007, cuya única mención en materia de seguridad y salud laboral es una llamada genérica a la LPRL a fin de priorizar "la eliminación de los puestos de trabajo tóxicos, penosos o peligrosos" (art. 49.5). Y también del XII Convenio Colectivo estatal para los centros de educación universitaria e investigación, B.O.E. de 9.01.2007, en el que además de genéricas, sus cláusulas sobre salud laboral están incluidas en un título del Convenio dedicado a otras cuestiones diferentes, en este caso, sobre "régimen asistencial, mejoras sociales y derechos sindicales"[761]. En otro orden de consideraciones, sorprende, además, que

[761] Su art. 51 dispone que "los centros y personal acogido a este Convenio cumplirán las disposiciones sobre seguridad e higiene contenidas en el Estatuto de los Trabajadores, Ley de Prevención de Riesgos Laborales y demás disposiciones legales". Dentro del ámbito de la salud laboral, también hay que citar su

no exista en todo el Convenio Colectivo ninguna cláusula sobre igualdad y no discriminación y que la "seguridad e higiene en el trabajo" haya sido excluida expresamente de los convenios de ámbito inferior a éste y superior a la empresa que pudieran negociarse a partir de la firma del presente (art. 1)[762]. Otros convenios colectivos cuya regulación en seguridad y salud laboral es inexistente o prácticamente inexistente son: el XV Convenio Colectivo nacional de autoescuelas, B.O.E. de 24.02.2006, cuyo único precepto en la materia, el art. 31, tiene carácter genérico y se dedica a reproducir el contenido de muchos preceptos de la normativa preventiva estatal. También el Convenio Colectivo de ámbito nacional de distribuidores cinematográficos y sus trabajadores, B.O.E. de 28.03.2006, que también contiene un único precepto, el art. 24, con una remisión genérica a la "Ley 31/1995 de prevención de riesgos laborales, así como el resto de reglamentos de especial aplicación a la actividad específica de la empresa y a la de sus diversos centros laborales, secciones o departamentos". Eso sí, como contrapartida, este Convenio contiene un precepto dedicado exclusivamente a la prevención de conductas constitutivas de acoso sexual –art. 25-. Tampoco el Convenio Colectivo de ámbito estatal para las industrias del frío industrial, B.O.E. de 23.10.2007, contiene una regulación pormenorizada sobre los riesgos laborales y su prevención en el sector. En cambio, como elemento positivo, sí contiene una disposición genérica sobre la igualdad por razón de sexo / género. Se trata, de su disposición transitoria sexta que establece que "sin perjuicio de la aplicación directa de la Ley de igualdad en todas aquellas materias que

---

art. 52, sobre revisiones médicas y que dispone que "todas las personas afectadas por el presente Convenio tendrán derecho a una revisión médica básica anual, que los centros deben facilitar sin coste para los trabajadores y que tendrá carácter voluntario para éstos".

[762] Art. 1: "El presente Convenio es de aplicación en todo el territorio español. En los Convenios de ámbito inferior a éste y superior al de empresa que pudieran negociarse a partir de la firma de este Convenio, se excluirán expresamente de la negociación: período de prueba, las modalidades de contratación, los grupos profesionales, el régimen disciplinario y las normas mínimas en materia de seguridad e higiene en el trabajo y la movilidad geográfica".

no están reguladas en el Convenio (permiso de paternidad, licencias, excedencias, etc), la Comisión Mixta estudiará a lo largo de la vigencia del mismo las normas de adaptación y desarrollo que, en su caso, sean necesarias para la aplicación de la Ley de igualdad, incluyendo lo relativo a los Planes de Igualdad para las empresas de más de 250 trabajadores". Con una falta absoluta de previsiones sobre seguridad y salud laboral, hay que citar, obligatoriamente, el II Convenio Colectivo de balonmano profesional, B.O.E. de 13.09.2006, así como el Acuerdo estatal del sector del metal, B.O.E. de 4.10.2006. Sólo queda referir aquellos convenios colectivos, en los que la ordenación de la seguridad y salud laboral se limita, casi exclusivamente, a previsiones sobre el deber empresarial de vigilar la salud de los trabajadores. Así sucede, entre otros, con el Convenio Colectivo marco para los establecimientos financieros de crédito, B.O.E. de 4.09.2007, cuyo art. 27, incluido en su capítulo V sobre "disposiciones varias" dispone la garantía de salud de sus trabajadoras y trabajadores a través de la "vigilancia periódica y voluntaria de su estado de su salud".

Una mención aparte en toda esta exposición merece el IV Convenio Colectivo general del sector de la construcción, B.O.E. de 18.09.2007, ya que presta especial atención a la ordenación de la seguridad y salud de las actividades incluidas en su ámbito de aplicación, a lo que dedica íntegramente la mitad de su contenido. De hecho, a diferencia de otros convenios, el que ahora se comenta, está dividido en dos grandes libros: el primero sobre sus "aspectos generales" (arts. 1-112), tal y como reza su propia rúbrica, mientras que el segundo atiende y ordena los "aspectos relativos a la seguridad y salud" (arts. 113-241). A su vez cada uno de estos libros, están subdivididos en los correspondientes títulos y capítulos en los que se integran los 241 preceptos del Convenio. Desde luego, la importancia, por lo menos cuantitativa, que le dedica a la ordenación de los

aspectos de seguridad y salud laboral, parece ser el resultado de las múltiples disposiciones aprobadas en el ámbito comunitario y estatal sobre prevención de riesgos laborales en el sector, especialmente en sus obras temporales o móviles. Como punto de partida en este contexto deben mencionarse obligatoriamente la Directiva 1992/57/CEE, de 24 de junio[763] y el RD 1627/1997, de 24 de octubre[764]. Y como punto de llegada, por lo menos por ahora, la Ley 32/2006, de 18 de octubre[765] y el RD 1109/2007, de 24 de agosto[766]. Ahora bien, las mismas razones que llevaron al legislador a la aprobación de todas estas disposiciones, en particular las especialidades que rodean la ejecución del trabajo en el sector y que lo separan del resto de sectores productivos, parecen ser las mismas que han orientado su regulación convencional y de ahí la omisión de la integración de la perspectiva de sexo / género para prestar atención a otras cuestiones. En cualquier caso, y como contrapartida, no hay que olvidar que se trata de un sector especialmente masculinizado. Ahora bien, ello no significa la inexistencia de trabajadoras, ni por supuesto, que deba obviarse el colectivo femenino frente al masculino con sus problemas específicos de salud. Si bien, la única mención al respecto es la protección jurídica de la maternidad (art. 86).

b) Cláusulas convencionales de tutela antidiscriminatoria.

[763] Directiva 1992/57/CEE, de 24 de junio, del Consejo, relativa a las disposiciones mínimas de seguridad y de salud que deben aplicarse en las obras de construcción temporales o móviles (DOCE de 26 de agosto).

[764] RD 1627/1997, de 24 de octubre, por el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y salud que deben aplicarse en las obras de construcción temporales o móviles (BOE del 25).

[765] Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción (BOE del 19).

[766] RD 1109/2007, de 24 de agosto, por el que se desarrolla la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción (BOE del 25).

Además de las funciones tradicionalmente asignadas a la negociación colectiva, en cuanto instrumento para la regulación de las condiciones de trabajo y empleo, es muy importante su consideración como mecanismo de garantía del derecho de los trabajadores a la seguridad y salud en el trabajo, a la vez que de fomento de la efectividad del principio de igualdad de trato en las condiciones de trabajo. Además, si hasta la aprobación de la LOIEMH, estas afirmaciones sólo podían ser defendidas desde una perspectiva doctrinal[767], tras su aprobación aparecen las razones normativas que justifican y exigen la intervención de la negociación colectiva para la efectividad del principio de igualdad de trato y de oportunidades en todos los ámbitos del desarrollo de las relaciones laborales, entre las que obviamente pueden y deben incluirse las de seguridad y salud laboral. Sin pretender reiterar cuestiones ya analizadas en el capítulo I de este informe, resultan de obligada cita al respecto el contenido del art. 45 LOIEMH y su llamada, aunque no todo lo acertada que cabría esperar, a la negociación de medidas de igualdad con los representantes legales de los trabajadores. Más incisivo, resulta el contenido del art. 43 LOIEMH, al permitir las "medidas de acción positiva" para lograr la "aplicación efectiva del principio de igualdad de trato y no discriminación en las condiciones de trabajo entre mujeres y hombres". Y ya por último, no se puede obviar la dimensión transversal de la igualdad, que resulta decisiva en toda esta materia.

Con todo, al margen de estas disposiciones normativas, hubiera sido deseable que los interlocutores sociales al más alto nivel hubiesen asumido este papel para poder transmitirlo a los sujetos legitimados en los distintos ámbitos de la negociación colectiva. Sin embargo, no parece ser esta la idea que subyace de sus acuerdos. De hecho, el vigente Acuerdo Interconfederal

[767] Sobre la negociación colectiva, salud laboral e igualdad de trato, *vid.* SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y., *Igualdad de género y salud laboral: propuestas institucionales, realidad normativa y práctica convencional*, RMTAS, núm. 53, 2004, p. 161. De forma más genérica, MERINO SEGOVIA, A., "Mujer y negociación colectiva", en AA.VV., *Mujer y trabajo…, op. cit.*, pp. 35 ss.

para la negociación colectiva del año 2007, prorrogado para el 2008, no conjuga expresamente el principio de igualdad de trato por razón de sexo / género y la seguridad y salud laboral en general. Sin desdeñar su contenido, las cláusulas aprobadas al efecto para el año 2008, lo hacen de forma independiente para cada una de las respectivas materias. El anexo II sobre la "igualdad de trato y de oportunidades" y el anexo III sobre "seguridad y salud en el trabajo". En lo que atañe a lo primero, para destacar la importancia de la negociación colectiva para el cumplimiento de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, los criterios que han de seguirse para su efectividad y la necesidad de cumplir con el contenido íntegro de la LOIEMH. Precisamente, a la hora de analizar su contenido se limita a mencionar únicamente tres aspectos: los planes de igualdad, las medidas de conciliación de la vida personal, familiar y laboral y el acoso sexual o acoso por razón de sexo que tradicionalmente no ha sido considerado riesgo laboral. En cuanto al anexo III, sobre "seguridad y salud en el trabajo", su contenido se centra en sintetizar los criterios y líneas de actuación de la negociación colectiva para el cumplimiento de la Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo 2007-2012 aprobada por la Comisión Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo de 28 de junio de 2007. De hecho, entre los "objetivos operativos y líneas de actuación" de la Estrategia se incluyen "fortalecer el papel de los interlocutores sociales y la implicación de los empresarios y de los trabajadores en la mejora de la seguridad y salud en el trabajo".

Sin perjuicio de todo lo expuesto hasta ahora y descendiendo ya al terreno de la realidad laboral y empresarial, es obvio que la negociación colectiva se convierte en el mecanismo o instrumento más eficaz para conseguir la penetración y verdadero cumplimiento del principio de igualdad por razón de sexo / género en la salud laboral de todos los

trabajadores[768]. Y ello porque frente al carácter genérico de la normativa heterónoma, la autónoma permite atender a muy diversas particularidades, que incluso quedan ajenas al contenido de los numerosos reglamentos estatales aprobados en desarrollo de la LPRL. En fin, la regulación convencional de la salud laboral permite atender a los riesgos exclusiva o mayoritariamente femeninos de un sector laboral determinado, de una empresa determinada o de un colectivo laboral determinado. Ello va a exigir su identificación particular, lo que difícilmente puede hacerse desde el poder legislativo y, una vez identificados, proceder a la adopción de las medidas preventivas necesarias para evitar un daño en la salud e integridad física de las trabajadoras afectadas.

Sin embargo, no podemos afirmar que nuestra negociación colectiva haya aprovechado esta situación de privilegio y con ello haya tratado de evitar resultados discriminatorios en la salud del colectivo femenino frente al masculino. Es más, de toda la muestra de convenios colectivos analizados, son muy pocos los que atienden a la existencia de riesgos exclusiva o mayoritariamente femeninos y cuando así lo hacen, casi siempre es de forma muy superficial. Incluso, en algunos convenios que contienen cláusulas genéricas sobre la igualdad de oportunidades y no discriminación, parece que olvidan que dicho principio también ha de cumplirse en el ámbito de la seguridad y salud laboral. Así, el art. 42 del Convenio Colectivo del grupo Champion, de 9.06.2006, tras reconocer el "principio de igualdad de trato en el trabajo", dispone que se "pondrá especial atención en cuanto al cumplimiento de la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en: el acceso al empleo, promoción profesional, la formación, estabilidad en el empleo y la igualdad salarial en trabajos de igual valor".

[768] Así lo ha afirmado, entre otros, SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y., *Igualdad de género y salud laboral…, op. cit.,* p. 162.

Al no ser muy numerosos, se intentará hacer una exposición de las cláusulas de los convenios colectivos en materia de seguridad y salud laboral que integran la dimensión de sexo / género y que, por lo tanto, tienen por finalidad la promoción de la igualdad real o sustancial de la mujer trabajadora en ese sector, en esa empresa o en esa actividad. En definitiva, se trata de las llamadas "medidas de tutela antidiscriminatorias" integrantes de lo que puede denominarse "salud laboral sexual"[769]. Se entiende por "salud laboral sexual" la "obligación contractual y deber legal del empresario de garantizar el bienestar físico, mental y social de sus trabajadoras, elaborando un plan de prevención, evaluando los agentes, sustancias, factores y condiciones que pueden incidir negativamente en su salud física, psíquica, organizacional y social con motivo u ocasión del trabajo y eliminando esos riesgos con medidas preventivas o protectoras adecuadas"[770].

Entre los más completos, puede citarse el Convenio Colectivo de supermercados grupo Eroski, B.O.E. de 6.06.2006, que menciona los "riesgos músculo esqueléticos" como uno de los causantes de las "mayores afecciones a la salud laboral de las trabajadoras" y que las "lesiones músculo-esqueléticas, sin ser exclusivas de, tienen más incidencia en las mujeres". A partir de estos datos y teniendo en cuenta que el femenino es el colectivo mayoritario en la organización, su Convenio Colectivo establece las medidas necesarias para eliminar o disminuir en lo posible dichos riesgos y evitar así la causación de daños que tendrían una especial repercusión en su colectivo de trabajadoras. En concreto, prevé un "Plan específico de prevención de lesiones músculo-esqueléticas, encaminado a

[769] Más ampliamente, SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y. y CRISTÓBAL RONCERO, R., "Salud laboral e igualdad por razón de género: en especial, sectores feminizados", en AA.VV., *La presencia femenina en el mundo laboral…, op. cit.,* pp. 229 ss.

[770] Cfr. SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y. y CRISTÓBAL RONCERO, R., "Salud laboral e igualdad por razón de género: en especial, sectores feminizados", en AA.VV., *La presencia femenina en el mundo laboral…, op. cit.,* p. 230.

intentar corregir hábitos de vida laboral y cotidiana con el fin de prevenir las lesiones que se producen en el trabajo. Dicho Plan comprende desde la elaboración de Protocolos de Reconocimientos Médicos Específicos Músculo-Esqueléticos, hasta la progresiva implantación de Escuelas de Espalda, programa formativo enfocado principalmente a aquellas secciones con el riesgo específico de manipulación de cargas, posturas forzadas, temperaturas frías y trabajo en alturas" (art. 52, apartado 8.4). Con todo, la que se acaba de citar, es la única cláusula del Convenio que integra la dimensión de sexo / género dentro del capítulo VIII dedicado a la ordenación de la "seguridad y salud laboral". Como ya se ha visto en el apartado anterior, la protección de la salud durante el embarazo y la lactancia de las trabajadoras del grupo Eroski (arts. 39 y 40), así como el acoso moral y sexual (art. 42), ambos riesgos laborales, exclusiva o mayoritariamente femeninos, respectivamente, quedan integrados en un capítulo diferente, el capítulo VI, bajo la rúbrica, "regulación de derechos sociales".

Dentro de los convenios de empresa, también hay que mencionar obligatoriamente el IV Convenio Colectivo de la entidad pública empresarial aeropuertos españoles y navegación aérea, B.O.E. de 18.04.2006, al incluir expresamente entre los riesgos laborales existentes en su empresa los "psicosociales" y ello a fin de desarrollar un procedimiento de evaluación específico. Como dispone su art. 117 en "el seno del CESS - Comité Estatal de Seguridad y Salud- dentro del período de vigencia del presente Convenio Colectivo, se desarrollará un procedimiento de evaluación de los riesgos psicosociales, de modo que sirva para identificar y valorar dichas situaciones de riesgo y facilite la adopción de las medidas correctoras precisas". Desde una perspectiva de sexo / género, hay que valorar muy positivamente tal inclusión y la referencia a esta clase de

riesgos, pues como es sabido y como tuvo ocasión de exponerse en la introducción del capítulo, vienen provocados por una serie de circunstancias, tanto laborales como sociales, que afectan más a las trabajadoras que a los trabajadores. Entre aquellas circunstancias se mencionaban la doble jornada laboral, la segregación horizontal y vertical, la precariedad en el empleo, el acoso moral y sexual, etc. Pero también, desde la perspectiva de sexo / género, la mención a un futuro procedimiento específico de evaluación de dichos riesgos conforma el instrumento adecuado para conseguir la igualdad real y evitar discriminaciones futuras. De hecho, la situación de inferioridad que afecta a las trabajadoras frente a los trabajadores en materia de seguridad y salud laboral deriva, en muchos supuestos, de la ausencia de planificación y evaluación de los riesgos laborales. Además, al igual que la normativa en la que está inserto, la evaluación de riesgos laborales utiliza en muchas ocasiones parámetros masculinizados. En definitiva, como advierte la doctrina científica, la evaluación de los riesgos es el instrumento adecuado para tener en cuenta los distintos factores físicos y biológicos, sociales y laborales, que diferencian al colectivo femenino y masculino y a partir de ahí poder adoptar las medidas preventivas adecuadas a cada uno de ellos[771].

Desde una perspectiva más genérica, el mismo Convenio Colectivo contiene otras cláusulas de salud laboral que parten y que diferencian la existencia de dos sexos/géneros, el femenino y el masculino. De todas formas, su generalidad hace de su presencia algo meramente simbólico. Así acontece con los reconocimientos médicos, ya que su art. 114 se limita a señalar que "la empresa garantizará reconocimientos médicos generales, ginecológicos y determinación del PSA (sólo hombres) de carácter

[771] Sobre la importancia de la evaluación de los riesgos en la integración del género en la salud laboral, SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y. y CRISTÓBAL RONCERO, R., "Salud laboral e igualdad por razón de género: en especial, sectores feminizados", en AA.VV., *La presencia femenina en el mundo laboral…, op. cit.*, pp. 229-230.

voluntario, gratuitos y anuales a todo el personal de Aena". Lo mismo que su art. 112 cuando dispone que los reconocimientos médicos específicos lo serán "en función de los riesgos de cada puesto de trabajo". Sin despreciar su inclusión, quizás hubiese sido un buen momento para especificar qué puestos de trabajo están expuestos a riesgos específicos y de ahí la necesidad de un reconocimiento médico particular. Sólo así podría comprobarse una eventual incidencia mayoritaria en la salud del colectivo femenino frente al colectivo masculino.

El resto de menciones a la salud laboral de las trabajadoras en los otros convenios colectivos de empresa constitutivos de este muestreo, quedan limitadas a meras referencias genéricas. Con todo, en algunas de ellas no puede dejar de apreciarse la idea del negociador, consciente o inconsciente, de integrar efectivamente la dimensión de sexo / género y, en definitiva, contribuir a la consecución de la igualdad real entre trabajadoras y trabajadores en materia de salud laboral. Quizás esto es lo que pueda predicarse del art. 22 del II Convenio Colectivo de Repsol YPF, S.A., B.O.E. de 6.03.2007, cuando dispone que los reconocimientos médicos "deberán tener en cuenta las características del puesto de trabajo o la función desempeñada" y que "trabajadores que por sus características personales, por sus condiciones de mayor exposición a riesgos o por otras circunstancias tengan mayor vulnerabilidad al mismo, serán vigilados de modo particular". Cláusulas idénticas o parecidas a la que se acaba de mencionar, son muy habituales en la negociación colectiva y en todos los ámbitos de negociación[772].

[772] A nivel sectorial, por citar algunos, el art. 107, apartado 5.4 Convenio Colectivo de trabajo de ámbito estatal para las industrial del curtido, correas y cueros industriales y curtición de pieles para peletería, B.O.E. de 30.11.2007: "aquellas personas y grupos que por sus características personales, por sus condiciones de mayor exposición a riesgos o por otras circunstancias tengan mayor vulnerabilidad al mismo, la vigilancia de la salud se hará de modo particular". También el art. 31 del III Convenio Colectivo sectorial de las cadenas de tiendas de conveniencia, B.O.E. de 12.12.2006, que dentro de los reconocimientos médicos dispone que "aquellos 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, serán vigilados de modo particular". Y asimismo, el art. 47.3 del

Dentro de los reconocimientos médicos, si bien ya en el ámbito sectorial, la consecución de la igualdad por razón de sexo / género es la finalidad pretendida con la inclusión de determinadas cláusulas convencionales tales como, la que exige que tales reconocimientos se realicen "atendiendo a posturas y a la manipulación de materias primas o aditivos que se manipulen en el centro de trabajo", como así dispone el art. 98 del Convenio Colectivo general de trabajo de la industria textil y de la confección, B.O.E. 4.01.2007 y ello por dos motivos fundamentales. El primero, por tratarse de un sector feminizado. Y el segundo, por atender a riesgos que afectan especialmente a las trabajadoras como consecuencia de la segregación laboral tanto horizontal como vertical. En sentido contrario, sorprende que otros convenios pretendan cumplir con la integración de la dimensión de sexo / género en sus cláusulas convencionales tan sólo haciendo visible al personal femenino, pero además de forma muy deficiente. Así 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, B.O.E. de 31.08.2007, que dentro de su capítulo XII dedicado a la "seguridad y salud en el trabajo", en su art. 135 dispone que "el empresario garantizará a los trabajadores, trabajadoras a su servicio la vigilancia periódica de su estado de salud en función de los riesgos inherentes al trabajo (…)". Todavía mayor imprecisión se observa en su art. 134, sobre "ropa de trabajo", al disponer que "las operarias y los trabajadores, trabajadoras afectados por el presente Convenio (…)".

En cualquier caso, de todas las obligaciones empresariales en materia preventiva, la de vigilar la salud de sus trabajadores, quizás sea sobre la que

---

Convenio Colectivo sectorial de ámbito estatal de las administraciones de loterías, B.O.E. 19.07.2006, al disponer que "la empresa garantizará a los trabajadores a su servicio la vigilancia de su estado de salud en función de los riesgos inherentes al trabajo que realiza y a las herramientas que utiliza (…)".

han recaído más disposiciones. Al igual que en los de convenios de empresa, las revisiones médicas, según las necesidades de cada unos de los sexos/géneros, es la previsión más habitual. Una muestra más, la del art. 31 del III Convenio Colectivo sectorial de las cadenas de tiendas de conveniencia, B.O.E. de 12.12.2006: "las empresas afectadas por el presente Convenio y a través de las mutuas patronales, efectuarán a todos los trabajadores que lo deseen, un reconocimiento médico anual, incluyendo, en su caso, una revisión ginecológica. Los trabajadores varones mayores de cuarenta años tendrán derecho a un reconocimiento anual de tipo urológico".

Entre las cláusulas que redundan positivamente en la salud laboral del género femenino, también hay que referir todas aquellas que reconocen enfermedades características de un sector laboral determinado, cuando su colectivo mayoritario sea el de mujeres. Así ocurre en el VIII Convenio Colectivo nacional de centros de enseñanza privada en régimen general o enseñanza reglada sin ningún nivel concertado o subvencionado, B.O.E. de 26.04.2006, que menciona una serie de enfermedades que parecen propias del sector y que por ello deben ser objeto de especial atención. En concreto, tal y como dispone su art. 78 su "Comisión Paritaria gestionará ante el INSS la creación de un servicio especializado de las enfermedades profesionales para su catalogación y atención, entre las que deben incluirse: enfermedades neurológicas crónicas, patología otorrinolaringológica, enfermedades infecto-contagiosas crónicas y alergias crónicas". Una previsión similar se contiene en el art. 75 del V Convenio colectivo de empresas de enseñanza privada sostenidas total o parcialmente con fondos públicos, B.O.E. de 17.01.2007. Tan sólo añade que la creación del servicio especializado lo será en el "marco que establezcan los Reglamentos de desarrollo de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales" y que será la Comisión Paritaria la que "se dirigirá a los órganos competentes,

instándoles la creación a dicho servicio”. Las mismas enfermedades, que en este caso ya se reconocen expresamente como “propias del sector”, también aparecen mencionadas en el art. 58 del X Convenio Colectivo de ámbito estatal de centro de asistencia y educación infantil, B.O.E. de 7.06.2007 y su mención, al igual que en los supuestos anteriores, lo es a efectos de estudiarlas “en el marco del desarrollo reglamentario de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (…) para proponer ante los organismos competentes la creación de un servicio especializado en su tratamiento”. Al lado de todas estas previsiones expresas, sorprende negativamente la falta de mención a cualquier tipo de riesgo específico de la actividad en otro convenio estatal de enseñanza. A saber, el VI Convenio Colectivo de enseñanza y formación no reglada, B.O.E. de 30.06.2007, cuyo capítulo XI sobre “seguridad y salud laboral” entra dentro de los que hemos calificado de genéricos. La falta de integración del sexo / género en sus disposiciones tampoco se suple con ninguna cláusula general sobre el principio de igualdad y no discriminación.

En el ámbito estatal hay que referirse al II Convenio Colectivo estatal de instalaciones deportivas, B.O.E. de 6.09.2006, ya que en su capítulo dedicado a la ordenación de la “salud laboral e IT” (arts. 52 y 53) contiene algunas previsiones que sin ser definitivas, sí pueden incidir positivamente en la consecución del principio de igualdad por razón de sexo / género en materia preventiva en este sector. Desde luego lo es su mención y la ordenación de medidas preventivas contra el acoso psicológico y moral en el trabajo que sufren mayoritariamente las trabajadoras. Pero además, en otro de sus apartados enumera determinados riesgos que afectan especialmente al sector y que son la “dermatitis laboral, posturas forzadas, movimientos repetidos de miembro superior y asma ocupacional”.

Frente a todo lo anterior y como nota negativa desde la perspectiva de la igualdad, hay que referir cierto Convenio Colectivo que bajo el pretexto de evitar la realización de determinadas actividades consideradas "especialmente penosas" o de "difícil realización" para el colectivo de trabajadoras y a fin de salvaguardar su salud e integridad física, consiguen un resultado prohibido por la ley, por atentar contra el principio de igualdad por razón de sexo / género. Se trata del Convenio Colectivo para el sector de conservas, semiconservas, ahumados, cocidos, secados, elaborados, salazones, aceite y harina de pescados y mariscos, B.O.E. de 3.02.2007, sector, como es sabido, mayoritariamente femenino. Si se atiende a su capítulo X sobre "seguridad e higiene en el trabajo" y con el subterfugio de proteger especialmente la salud de las trabajadoras incluidas en su ámbito de aplicación, o por lo menos, como así parece deducirse de una lectura de su contenido, se encuentran las siguientes cláusulas: la limitación de la "carga de barricas, carga de grandes fardos y acarreos pesados (…) a los hombres mayores de dieciocho años, sin perjuicio de que, momentáneamente, un menor de dicha edad pueda prestar ayuda para efectuar esos trabajos" (art. 37.b). En la misma línea, señala otra de sus cláusulas, "las empresas se obligan a no utilizar personal femenino en las labores de carga y descarga que exijan subirse a camiones y buques" (art. 37.e). Y ya como cláusula más genérica, "en caso alguno, ni aún tratándose de trabajadores varones adultos, se permitirá el transporte a brazo de mercancías cuyo peso exceda de 60 kilogramos y en distancia superior a 50 metros" (art. 37. a). Dejando de momento esta última, la irregularidad de las dos anteriores no parece dejar lugar a muchas dudas, toda vez que parten y presumen de determinada constitución física y de determinadas preferencias de las trabajadoras que les impiden la realización de ciertos trabajos, lo que, en definitiva, puede redundar en su contratación y en su promoción profesional. Se trata, ni más, ni menos, que de una

discriminación directa por razón de sexo / género. No puede decirse lo mismo sobre la última de las cláusulas antes citada y relativa a la prohibición de transportar determinados kilos, pues afecta tanto a trabajadoras y trabajadores. Con todo, el vocabulario no ha sido todo lo acertado como hubiera sido deseable.

IV. CONCLUSIONES.

La dimensión transversal del principio de igualdad por razón de sexo / género, también exige tener en cuenta las diferencias entre las condiciones y necesidades de hombres y mujeres en el ámbito de la seguridad y salud laboral. Prescindir de tales diferencias o, cuando menos, considerar idénticos los factores que inciden en la salud laboral de las trabajadoras y los trabajadores, redunda en perjuicio del principio de igualdad y de ahí la necesidad de integrar la dimensión de sexo / género en la normativa preventiva, a fin de evitar disposiciones discriminatorias. De hecho, entre las reformas operadas por la LOIEMH, una de ellas ha sido la ampliación de los objetivos de la política en materia de prevención de riesgos laborales, exigiendo expresamente de las Administraciones Públicas el cumplimiento del principio de igualdad entre hombres y mujeres (art. 5.4 LPRL).

Sin embargo, la insuficiencia de disposiciones normativas heterónomas sobre esta materia, cede todo el protagonismo a su ordenación convencional. Además, frente al carácter genérico de la normativa estatal, la autónoma permite atender a las muy diversas particularidades que, incluso, quedan ajenas al contenido de los múltiples reglamentos aprobados en desarrollo de la LPRL. La regulación convencional de la salud laboral permite atender a los riesgos exclusiva o mayoritariamente femeninos de un sector laboral determinado, de una empresa en particular o de un

colectivo específico. Si bien, no puede afirmarse que la negociación colectiva haya aprovechado esta situación de privilegio. En términos generales, los convenios colectivos analizados, al margen de los temas de embarazo, maternidad y acoso, apenas incorporan la perspectiva de sexo / género en los capítulos dedicados a la seguridad, salud y prevención de riesgos laborales. Con todo, el panorama no es absolutamente negativo. Existen varios ejemplos de preceptos convencionales que incorporan cláusulas integrantes de lo que denomina "salud laboral sexual", esto es, que integran la dimensión de sexo / género y que por lo tanto tienen por finalidad la promoción de la igualdad real o sustancial de la mujer trabajadora en ese sector, empresa o actividad determinada. Entre los más representativos se alude a los que atienden a riesgos que afectan mayoritariamente al colectivo femenino, como son los psicosociales y los derivados de la división sexual del trabajo, como los riesgos músculo-esqueléticos. También los que reconocen ciertas enfermedades como típicas de un sector laboral determinado, cuando este sector está ocupado principalmente por trabajadoras. En cualquier caso, de todas las obligaciones empresariales en materia preventiva, sobre la que han recaído más disposiciones, ha sido sobre la de vigilar la salud de sus trabajadores. Desde la dimensión de sexo / género es importante que en su cumplimiento se tengan en consideración las diferencias y necesidades de cada uno de los colectivos y son varios los convenios colectivos que así lo han llevado a cabo. No obstante, frente a todo lo anterior, también hay que referir que, precisamente, bajo el pretexto de evitar a las trabajadoras la realización de determinadas actividades consideradas "penosas", "peligrosas", "de difícil realización" y con ello salvaguardar su salud e integridad física, todavía se ocultan discriminaciones directas por razón de sexo / género. La supresión de estas discriminaciones, así como la toma en consideración del sexo / género en otros muchos ámbitos de la salud laboral –participación y

representación del personal, equipos de trabajo y equipos de protección individual, condiciones ergonómicas, etc-, todavía es una asignatura pendiente de aprobación por la negociación colectiva.

BIBLIOGRAFÍA: AA.VV: *Comentarios a la Ley de prevención de riesgos laborales* (coords. CABEZA PEREIRO, J. y LOUSADA AROCHENA, F.), Comares (Granada, 1998). *Mujer y trabajo* (coord. RUÍZ PÉREZ, E.), Bomarzo (Albacete, 2003). *Manual de prevención de riesgos laborales (seguridad, higiene y salud en el trabajo)* (dir. GARCÍA NINET, J.I.), 2ª ed., Atelier (Barcelona, 2005). *La presencia femenina en el mundo laboral: metas y realidades* (dir. SÁNCHEZ TRIGUEROS, C.), Aranzadi (Navarra, 2006). *Trabajo y familia en la jurisdicción social. Conciliación de la vida familiar y laboral y protección contra la violencia de género*, CDJ, núm. XVII, 2006. *Ley de igualdad y contrato de trabajo* (coord. LOUSADA AROCHENA, F.), Dossier práctico, Francis Lefebvre (Santiago de Compostela, 2007). CABEZA PEREIRO, J: "Maternidad y riesgos laborales", en AA.VV., *Trabajo y familia en la jurisdicción social. Conciliación de la vida familiar y laboral y protección contra la violencia de género*, CDJ, núm. XVII, 2006. CABEZA PEREIRO, J., GONZÁLEZ VÁZQUEZ, M., JUSTO SUÁREZ, C. y LOUSADA AROCHENA, F: *Estudio sobre a situación sociolaboral da muller en Galicia*, CONSELLO GALEGO DE RELACIÓNS LABORAIS (Santiago de Compostela, 2006). FERNÁNDEZ COLLADOS, Mª.B: "La doble jornada femenina y sus consecuencias", en AA.VV., *La presencia femenina en el mundo laboral: metas y realidades* (dir. SÁNCHEZ TRIGUEROS, C.), Aranzadi (Navarra, 2006). GARRIGUES GIMÉNEZ, A: "Fuentes (IV): la protección de la seguridad, higiene y salud en el ordenamiento jurídico español: la negociación colectiva", en AA.VV., *Manual de prevención de riesgos laborales (seguridad, higiene y salud en el trabajo)* (dir. GARCÍA NINET, J.I.), 2ª ed., Atelier (Barcelona, 2005). GIL PÉREZ, Mª.E: "Mujer y salud laboral", en AA.VV., *Mujer y trabajo* (coord. RUIZ PÉREZ, E.), Bomarzo (Albacete, 2003). LÓPEZ GANDÍA, J. y BLASCO LAHOZ, J.F: *Curso de prevención de riesgos laborales*, Tirant lo Blanch (Valencia, 2007). LOUSADA AROCHENA, F: "Artículo 25", en AA.VV., *Comentarios a la Ley de prevención de riesgos laborales* (coords. CABEZA PEREIRO, J. y LOUSADA AROCHENA, F.), Comares (Granada, 1998). MENDOZA NAVAS, N: *Prevención de riesgos laborales: la regulación convencional*, Bomarzo (Albacete, 2007). MERINO SEGOVIA, A: "Mujer y negociación colectiva", en AA.VV., *Mujer y trabajo* (coord. RUIZ PÉREZ, E.), Bomarzo (Albacete, 2003). PÉREZ DEL RÍO, T. y BALLESTER PASTOR, A: *Mujer y salud laboral*, La Ley (Madrid, 1999). RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M: *El desarrollo reglamentario de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, RL, núm. 20, 1997. SALA FRANCO, T: *Derecho de la prevención de riesgos laborales*, Tirant lo Blanch (Valencia, 2007). SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y: *Igualdad de género y salud laboral: propuestas institucionales, realidad normativa y práctica convencional*, RMTAS, núm. 53, 2004. SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y. y CRISTÓBAL RONCERO, R: "Salud laboral e igualdad por razón de género: en especial, sectores feminizados", en AA.VV., *La presencia femenina en el mundo laboral: metas y realidades* (dir. SÁNCHEZ TRIGUEROS, C.), Aranzadi (Navarra, 2006).

CAPÍTULO NOVENO

ACOSO SEXUAL Y ACOSO SEXISTA

SUMARIO: I. PODERES EMPRESARIALES Y NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN LA PREVENCIÓN Y EN LA SANCIÓN DEL ACOSO SEXUAL. II. NORMATIVA COMUNITARIA. III. SITUACIÓN ANTERIOR Y NOVEDADES DE LA LEY ORGÁNICA 3/2007, DE 22 DE MARZO, DE IGUALDAD EFECTIVA DE MUJERES Y HOMBRES: a) La introducción de los conceptos de acoso sexual y de acoso sexista. b) El carácter discriminatorio del acoso sexual y del acoso sexista. c) Chantaje sexual y sexista y acoso ambiental. d) La relación laboral como ámbito del deber de protección frente al acoso sexual y al acoso sexista. **IV. LAS MEDIDAS DE PREVENCIÓN DEL ACOSO SEXUAL Y DEL ACOSO SEXISTA:** a) Las medidas de prevención en el empleo privado. b) Las medidas de prevención en el empleo público estatal. **V. LAS MEDIDAS DE SANCIÓN PRIVADA DEL ACOSO SEXUAL Y DEL ACOSO SEXISTA. VI. EL TRATAMIENTO DEL ACOSO SEXUAL Y DEL ACOSO SEXISTA EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA:** a) Objetivos a alcanzar en la regulación negocial del acoso sexual y del acoso sexista. b) Apuntes sobre la evolución de la negociación colectiva. c) Una aproximación cuantitativa a la situación actual de la negociación colectiva. d) Cláusulas conceptuales. e) Declaraciones de principios. f) Mecanismos de prevención del acoso sexual y del acoso sexista. g) La sanción del acoso sexual y del acoso sexista. h) Garantías procedimentales. i) Algunas consideraciones finales.

I. PODERES EMPRESARIALES Y NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN LA PREVENCIÓN Y EN LA SANCIÓN DEL ACOSO SEXUAL.

El derecho de los/as trabajadores/as a un ambiente de trabajo sin acoso sexual –y, por extensión, a un ambiente de trabajo sin acoso sexista y sin acoso moral- es un derecho de enunciado aparentemente simple. Sin embargo, el correlativo deber empresarial dirigido a su satisfacción se caracteriza por la complejidad de su estructura y de su contenido, comprendiendo tanto un aspecto de negatividad –deber de abstención- como un aspecto de positividad –deber de protección-. Por un lado, el

empresario persona física y el representante legal del empresario persona jurídica deberán abstenerse de acosar sexualmente a sus trabajadores/as. Por otro lado, el empresario deberá evitar que, en el ámbito de la relación laboral, se cometa acoso sexual sobre cualquier trabajador/a, lo que incluye el ejercicio de sus potestades empresariales contra sus trabajadores/as que acosen sexualmente a compañeros/as de trabajo, sean o no subordinados/as.

No resulta difícil fundamentar el deber empresarial de abstención si consideramos el acoso sexual una vulneración de derechos fundamentales, como la no discriminación por razón de sexo / género, el derecho a la integridad física y moral y el derecho a la intimidad, los cuales el/a trabajador/a ostenta en su condición de ciudadano/a y, por la circunstancia de ser trabajador/a, no pierde, de donde el empresario los deberá respetar.

Pero el deber empresarial de protección es más que una obligación de abstención, es una obligación de hacer tendente a evitar el acoso sexual, y su fundamento acaso dependa de la discusión más general sobre si el empresario asume en el ámbito de sus potestades una posición de garante de los derechos fundamentales de sus trabajadores/as. Si bien, al margen de la solución de esa discusión más general, en relación con el acoso sexual se presentan importantes matices particulares que eliminan cualquier duda sobre el fundamento de ese deber de protección. En primer lugar, porque el acoso sexual es una violencia normalmente vinculada a relaciones de poder estructurado, lo cual supone una íntima cercanía entre el foco del conflicto y las potestades de dirección, que se erigen así como mecanismos idóneos –e incluso se podría decir como los más idóneos- para evitar dicha violencia.

Y, en segundo lugar, porque el acoso sexual, al comprometer la integridad física o moral, es calificable de riesgo laboral, y, con relación a éstos, no ofrece duda que la deuda de seguridad obliga a un hacer. Pero los problemas surgen a la hora de concretar ese hacer respecto al acoso sexual. La prevención de riesgos laborales se ha construido sobre los daños físicos,

como se comprueba examinando la profusa normativa sobre prevención de riesgos laborales en cualquier ordenamiento jurídico. Así las cosas, cuando nos enfrentamos a riesgos psicosociales causantes de daños psíquicos –es el supuesto del acoso sexual, y también del acoso sexista y del acoso moral-, las dificultades surgen doquiera: ¿Cómo se evalúan? ¿Cómo se previenen?.

Importantes matices particulares que convierten al acoso sexual en un ejemplo típico, y quizás estemos ante el ejemplo más típico fuera del caso de la deuda de seguridad, de implicación de los poderes empresariales en la tutela de un derecho de los/as trabajadores/as. Pero, al mismo tiempo, nos encontramos con dificultades de determinación del contenido del deber de protección, aunque, hablando en términos de generalidad, es evidente que una parte de su contenido es preventiva, y otra parte es sancionadora.

Comprendida la complejidad de la estructura y del contenido del deber empresarial dirigido a la satisfacción del derecho de los/as trabajadores/as a un ambiente de trabajo sin acoso sexual, se entenderá de inmediato el importante papel de la negociación colectiva en la prevención y en la sanción del acoso sexual, y ello es así desde distintas perspectivas:

a) Porque la negociación colectiva permite acometer una regulación más detallada del acoso sexual que la ley –eficacia reguladora-, posibilitando la prevención de las conductas de acoso sexual, ordenando el conflicto si aparece en la realidad, y facilitando la sanción del acoso sexual.

b) Porque la negociación colectiva permite adecuar las exigencias legales a las realidades empresariales –eficacia individualizadora-.

c) Porque la negociación colectiva acerca la norma legal a todos los sujetos implicados en las relaciones laborales –eficacia pedagógica-.

d) Porque la intervención de la negociación colectiva refuerza el rechazo a las conductas de acoso sexual –eficacia legitimadora-.

e) Porque la negociación colectiva, respecto a la contratación individual, sitúa a los/as trabajadores/as en una posición más equilibrada con respecto a la empresa, posibilitando el establecimiento de condiciones en el ejercicio de los poderes empresariales –eficacia compensadora-.

De este modo, la eficacia de las medidas de prevención y de sanción del acoso sexual se incrementa si se han acordado en la negociación colectiva, lo cual nos ratifica en el importante papel de la negociación colectiva en la lucha contra el acoso sexual –e igualmente por extensión en la lucha contra el acoso por razón de sexo-, y en ello ha insistido toda la doctrina científica –incluyendo a quien esto escribe- que ha analizado esta cuestión, desde los primeros estudios donde se destacaba *"la enorme importancia"* de la negociación colectiva[773] hasta los estudios más modernos que consideran *"casi imprescindible"* la regulación a través de la negociación colectiva por *"la configuración del acoso sexual en el trabajo como un derecho de protección del trabajador frente al empresario"*[774].

---

[773] En efecto, Teresa PÉREZ DEL RÍO / María Fernanda FERNÁNDEZ LÓPEZ / Salvador DEL REY GUANTER manifestaban, en 1993, que *"la inclusión de la negociación colectiva en la ordenación de la protección contra el acoso sexual tiene una enorme importancia … (en primer lugar) desde un punto de vista simbólico, en tanto que son los propios representantes de los trabajadores y el empresario o asociación empresarial los que se comprometen en la política contra tal tipo de comportamiento, desarrollando y consolidando la conciencia social contra el mismo … (en segundo lugar) en cuanto implica una participación activa de las partes contratantes, dotando así de la legitimación típica de la autonomía colectiva a las iniciativas que en este ámbito se adopten … en tercer lugar, una característica adicional de la negociación colectiva que debe poner al servicio de la protección contra el acoso sexual es su capacidad de individualización y especificación (porque) las características de dicha protección, tales como las del procedimiento interno a establecer, dependerán de factores variables de acuerdo con las caracterísiticas sectoriales, geográficas y de dimensión de la empresa (y) en cuarto lugar, la flexibilidad para adaptar tal regulación a las necesidades cambiantes, también característica esencial de la negociación colectiva, es también especialmente trascendente para la protección contra el acoso sexual … perfeccionándose y corrigiéndose (la regulación convencional) de acuerdo con las ventajas y desventajas que la aplicación concreta de la misma vaya mostrando en la práctica"*, "Discriminación e igualdad en la negociación colectiva", Instituto de la Mujer, Madrid, 1993, páginas 291 y 292, passim.

Una opinión que recogí en "El derecho de los trabajadores a la protección frente al acoso sexual", Editorial Comares, Granada, 1996, páginas 275 y 276. Y que también recogió Dolores DE LA FUENTE VÁZQUEZ en "Acoso sexual", dentro de "La discriminación por razón de sexo en la negociación colectiva", coordinado por Teresa PÉREZ DEL RÍO, Instituto de la Mujer, Madrid, 1999, página 253.

[774] Después de recoger las opiniones anteriores, Juan Antonio ALTÉS TÁRREGA concluía, en 2002, que *"la configuración del acoso sexual en el trabajo como un derecho de protección del trabajador frente al empresario hace casi imprescindible que el mismo se regule a través de la negociación colectiva*

II. NORMATIVA COMUNITARIA.

La preocupación por la cuestión del acoso sexual en la relación de trabajo dentro del ámbito de las Comunidades Europeas, se entronca con la política de igualdad entre los sexos, y, en el marco de esa política, se ha intentado, desde la década de los ochenta, la aprobación de una directiva. Un primer intento, donde ya se nos aparecen las vinculaciones entre los poderes empresariales, la negociación colectiva y las medidas de prevención del acoso sexual, culminó con un instrumento normativo no vinculante, aunque importante en el desarrollo posterior a nivel tanto comunitario como de los derechos internos. Se trata de la Recomendación de 27.11.1991 de la Comisión de las Comunidades Europeas, relativa a la protección de la dignidad de la mujer y del hombre en el trabajo, incluyendo en Anexo el Código de Conducta para combatir el acoso sexual.

Efectivamente, el Código de Conducta para combatir el acoso sexual busca, según se explica en su introducción, *"(el) proporcionar una orientación práctica para los empresarios, los sindicatos y los trabajadores sobre la protección de la dignidad de la mujer y del hombre en el trabajo"*. Implica, en consecuencia, a los poderes empresariales en las medidas de prevención del acoso sexual. Y, entre sus recomendaciones, destacaremos aquí –en cuanto supone implicar a la negociación colectiva- la recomendación dirigida a los empresarios para que las medidas que se adopten *"(se adopten) según sea necesario tras consultar o negociar con los sindicatos o con los representantes de los trabajadores … (pues) tienen más posibilidades de ser eficaces cuando se acuerdan conjuntamente"*.

---

delimitando los conceptos, tipificándolos dentro del cuadro de faltas y estableciendo las oportunas sanciones", "El acoso sexual en el trabajo", Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, página 139.

Reitaraba la Comisión de las Comunidades Europeas, en el Cuarto Programa Comunitario para la Igualdad de Oportunidades de Hombres y Mujeres, 1996/2000, su intención de volver a la carga para la aprobación de un instrumento normativo vinculante. Sin duda, los más amplios términos en que en el Tratado de Amsterdam (1998) se atribuyeron competencias a las instituciones comunitarias en materia de discriminación, han acabado de allanar el camino para aprobar al final una norma comunitaria vinculante.

Así la Directiva 2002/73/CE, de 23 de septiembre de 2002, contempló una regulación mínima tanto del acoso sexual como de la novedosa figura del acoso relacionado con el sexo que ha pasado a la reciente Directiva 2006/54/CE, de 5 de julio de 2006, refundición de la citada y otras directivas sobre igualdad de los sexos, a resumir como sigue:

1º. Se ofrece una definición de *"acoso"* como *"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 la persona y de crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo"*, y otra definición de *"acoso sexual"* como *"la situación en que se produce cualquier comportamiento verbal, no verbal o físico no deseado de índole sexual con el propósito o el efecto de atentar contra la dignidad de la persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo"* –definiciones actualmente contenidas en el artículo 2.1.c) y d) de la referida Directiva 2006/54/CE-.

2º. Se dice que *"el acoso y el acoso sexual, así como cualquier otro trato menos favorable basado en el rechazo de tal comportamiento por parte de una persona o su sumisión al mismo"*, son discriminatorios por razón de sexo –según artículo 2.2.a) de la referida Directiva 2006/54/CE-.

3º. Y se establece –artículo 26 de la Directiva 2006/54/CE- que *"los Estados miembros, de conformidad con la legislación, los convenios*

colectivos o las prácticas nacionales, alentarán a los empresarios y a los responsables del acceso a la formación a adoptar medidas eficaces para prevenir … en particular, el acoso y el acoso sexual en el lugar de trabajo, así como en el acceso al empleo, en la formación profesional y en la promoción". Medidas de prevención que conectan con la Recomendación de 27.11.1991 de la Comisión de las Comunidades Europeas, relativa a la protección de la dignidad de la mujer y del hombre en el trabajo, y que, de esta manera, mantiene su vigencia como desarrollo de la propia Directiva.

III. SITUACIÓN ANTERIOR Y NOVEDADES DE LA LEY ORGÁNICA 3/2007, DE 22 DE MARZO, DE IGUALDAD EFECTIVA DE MUJERES Y HOMBRES.

En su redacción originaria, el Estatuto de los Trabajadores no contenía ninguna referencia al acoso sexual en el trabajo, aunque su protección podía sustentarse, en atención a su artículo 4.2.e), en el derecho de los trabajadores *"al respeto a su intimidad y a la consideración debida de su dignidad"*. La Ley 3/1989, de 3 de marzo, modificó el artículo 4.2.e) del ET, añadiendo un inciso final de un enorme juego en la aplicación judicial posterior: *"comprendida la protección frente a ofensas verbales o físicas de naturaleza sexual"*. Un añadido muy bien valorado en la doctrina científica, aunque sin desconocer sus aspectos negativos: (1) la ausencia de una definición completa que además distinga chantaje y acoso ambiental, (2) la ausencia de la expresa consideración como discriminación sexista, (3) la ausencia de una regulación acabada de las acciones judiciales y (4) la ausencia de medidas de prevención del acoso sexual dentro de la empresa.

Las posteriores reformas normativas relativas al acoso sexual laboral se han centrado en el aspecto punitivo público. En el ámbito estrictamente

penal, el Código Penal aprobado por la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, introdujo un nuevo delito en su artículo 184, que se reformó a través de la Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril. Y en el ámbito de la infracción administrativa, la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, introdujo una infracción autónoma de *"acoso sexual, cuando se produzca dentro del ámbito a que alcanzan las facultades de dirección empresarial"*, contenida, desde el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, a la tipificación, en el artículo 8.13 de la Ley de Insfracciones y Sanciones del Orden Social, con el añadido final *"cualquiera que sea el sujeto activo de la misma"*.

Una mejora de los aspectos punitivos públicos no acompañada de una mejora de la legislación laboral, lo cual mantenía vigentes las críticas antes expuestas, y esa situación se hizo insostenible desde que la Directiva 2002/73/CE, de 23 de septiembre de 2002, abordó una regulación mínima del acoso sexual y del acoso relacionado con el sexo de obligada transposición. Superando esa situación de manifiesta mejorabilidad, la LOIEMH ha introducido importantes novedades en la regulación de la violencia de género en la relación laboral. De trascendente interés a nuestro estudio son las medidas de prevención y las medidas de sanción de acoso sexual y de acoso sexista que, por primera vez, implican a los poderes empresariales y a la negociación colectiva. Pero antes nos detendremos, siquiera más brevemente, en algunas otras novedades con cierto interés para nuestro estudio, especialmente las novedades de orden conceptual[775].

[775] Me limitaré al análisis del acoso sexual y del acoso sexista en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres, reelaborando lo que he escrito en "Ley de Igualdad y Contrato de Trabajo", Editorial Francis Lefebvre, Madrid, 2007. Debido al objeto limitado de este estudio, me permito remitir al/a interesado/a en más profundidades, a mi anterior estudio "El acoso sexual y el acoso moral por razón de género y su tratamiento procesal", dentro del Curso de Formación, dirigido por Jordi Agustí Juliá, "Riesgos psicosociales y su incidencia en las relaciones laborales y Seguridad Social", Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial XII/2004, Madrid. Y, naturalmente, a la bibliografía allí citada, de entre la que, si se me permite la licencia, destacaría mi libro "El derecho de los trabajadores a la protección frente al acoso sexual", Editorial Comares, Granada, 1996.

a) La introducción de los conceptos de acoso sexual y de acoso sexista.

La LOIEMH, artículo 7.1 y 2, introduce, con clara –aunque no literal- inspiración en el artículo 2.1.c) y d) de la Directiva 2006/54/CE, de 5 de julio de 2006, sendos conceptos del acoso sexual, *"sin perjuicio de lo establecido en el Código Penal … (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"*, y del 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"*. A la vista de estas definiciones legales, los elementos del acoso sexual y del acoso por razón de sexo –sin perjuicio de la exigencia adicional de producirse en el ámbito de la relación laboral para calificarse de laborales, y que se analizará de una manera separada- son los siguientes elementos:

1º. Los comportamientos de acoso, que, en relación con el acoso sexual se califican de verbales o físicos, lo que, como le ocurría al derogado artículo 4.2.e) del ET, aparenta excluir del ámbito de protección a las conductas no verbales sin agresión física, como la colocación de pósters pornográficos en el centro de trabajo o la observación de un trabajador en un espacio reservado sin éste percatarse. Ahora bien, no parece difícil sustentar una interpretación correctora con los dos siguientes argumentos:

a) En primer lugar, porque eses comportamientos no verbales sin agresión física se podrían considerar sin ninguna dificultad –y las consecuencias jurídico legales serían idénticas a las del acoso sexual- como un acoso por razón de sexo en el sentido del artículo 7.2 de la LOIEMH.

b) Y, en segundo lugar, porque el artículo 2.1.c) de la Directiva 2006/54/CE, de 5 de julio de 2006, en el cual se inspira el artículo 7.1 de la LOIEMH, se refiere a *"comportamiento no verbal, verbal o físico"* para definir el acoso sexual, llenándose así la laguna con la norma comunitaria.

2º. El carácter sexual del acoso sexual y la vinculación del acoso por razón de sexo con el sexo de una persona. No obstante, la diferencia entre ambas figuras se desvanece cuando se analiza la cuestión desde una perspectiva de género porque ambos nacen de los prejuicios de género. Por un lado, el acoso sexual obedece, no tanto a las apetencias sexuales del agresor, como a un estereotipo social de entendimiento de la sexualidad: el hombre es el cazador y la mujer es la presa. Un estereotipo que justifica la existencia del acoso sexual y que, a través del acoso sexual, se transmite y perpetúa. De ahí la afirmación, muchas veces repetida, de ser el acoso sexual una cuestión de poder, no de sexualidad. Y, al sustentarse en estereotipos –probablemente los más arraigados, los estereotipos sexuales-, se entenderá la calificación del acoso sexual como una violencia de género.

Por otro lado, algo similar se puede decir del acoso por razón de sexo, como se comprueba en dos casos prototípicos: el acoso misógino y el acoso por maternidad. La misoginia del acosador no la causa el sexo de la víctima, sino, en su esencia última, los estereotipos sociales asociados al sexo de la víctima, que son odiosos al misógino. El acoso por maternidad consiste tanto en impedir a una mujer una conducta no incluida en los estereotipos asociados a su sexo, cual es compatibilizar maternidad y trabajo, como en imponerle una conducta incluida en los estereotipos asociados a su sexo, cuál es una vuelta al hogar como su *"lugar natural"*.

Además el acoso por razón de sexo comprende –y en este aspecto la definición legal es meridianamente diáfana cuando se refiere a *"cualquier comportamiento realizado en función del sexo de una persona"*- otros

supuestos donde la relación con el sexo de la víctima no es necesariamente de causalidad, como el acoso derivado de las responsabilidades familiares o el acoso derivado de algunas decisiones sobre la propia sexualidad, como la transexualidad –que es considerada discriminación por razón de sexo desde la Sentencia de 30.5.1996, Caso P contra S, del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas-, supuestos de acoso por razón de sexo en donde las víctimas normalmente son mujeres, aunque –a diferencia de los casos donde el sexo resulta el motivo directo del acoso por razón de sexo- los hombres incumplidores de los roles de género también pueden ser víctimas.

3º. El carácter ofensivo. Si comparamos el artículo 7.1 y 2 de la LOIEMH con el artículo 2.1.c) y d) de la Directiva 2006/54/CE, de 5 de julio de 2006, se observará la eliminación del término *"no deseado"*. Con su contemplación en la norma comunitaria se podría pensar, haciendo una argumentación de reducción al absurdo, que, a los efectos de la Directiva, los comportamientos de naturaleza sexual con el propósito o el efecto de atentar contra su dignidad y de crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo son lícitos si la víctima no dice no, exigencia expresa de no consentimiento redundante respecto al dato de la ofensividad. Así las cosas, aparenta subyacer la idea de que a las mujeres les gusta ser ofendidas –una especie de reminescencia de la odiosa doctrina de la vis grata mullieris como justificación de las agresiones sexuales-, y de ahí deban decir no para convertir un acto, en sí mismo ofensivo, en ilícito.

Quizás esto ha determinado que en la aplicación judicial se haya atemperado la intensidad de la negativa de la víctima: le bastaría con manifestar incomodidad de manera racional en atención al contexto sin necesidad de negativa rotunda. En la Sentencia de 26.1.1995, Caso D. versus Comisión, del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas –confirmada en Auto de 11.1.1996 del Tribunal de Justicia-, se razona que cuando los hechos no se correspondan a *"una manera corriente*

de expresar un interés sexual" la víctima no es necesario manifieste claramente el carácter indeseado. Igualmente nuestro Tribunal Constitucional, en la STC 224/1999, de 13 de diciembre, ha rechazado la exigencia de no rotundo para considerar la existencia de un acoso sexual.

Al eliminar la referencia al carácter *"no deseado"*, el artículo 7 de la LOIEMH claramente se separa del artículo 2.1.c) y d) de la Directiva 2006/54/CE, de 5 de julio de 2006, y consolida la interpretación que, a nuestro juicio, se derivaba de la normativa española anterior, aparte de mantener la solución más armónica con el delito de acoso sexual recogido en el artículo 184 del Código Penal, que no contiene en su tipificación alusión alguna al no consentimiento. Por lo tanto, y atendiendo al artículo 7 de la LOIEMH, la antijuridicidad del acoso sexual y por razón de sexo se encontrará en ser un comportamiento *"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"*. No en la existencia de respuesta negativa de la víctima –sin perjuicio de que si hay una respuesta afirmativa se legitime, si es el caso, la ilicitud de la ofensa-.

b) El carácter discriminatorio del acoso sexual y del acoso sexista.

La consideración del acoso sexual como vulnerador de la prohibición de discriminación sexista fue una cuestión tiempo atrás sometida a gran discusión en la doctrina científica –tanto la de otros países como la propia española-: desde quienes negaban estuviésemos ante una discriminación sexista porque lo relevante no era el sexo sino las preferencias del sujeto activo, aunque se admitía que podría haber un trato desigual o arbitrario si se represaliaba a la víctima por la negativa a someterse a un chantaje sexual, a quienes consideraban era discriminatorio sexista, pero en la

modalidad de discriminación indirecta, porque las víctimas eran mayoritariamente mujeres, y hasta quienes consideraban era discriminación sexista directa porque la elección del sexo de la víctima era intencional, o porque –introduciendo argumentos propios de la perspectiva de género- el acoso sexual se utilizaba como forma de mantener la dominación de los hombres sobre las mujeres, creando dos ambientes de trabajo, uno para las mujeres con riesgo de acoso sexual, y otro para los hombres sin ese riesgo.

Solventó la Directiva 2002/73/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, modificativa de la Directiva 76/207/CEE, de modo definitivo la cuestión: son discriminatorios por razón de sexo –artículo 2.2.a) de la Directiva 2006/54/CE-. Y la LOIEMH, artículo 7.3, se limita, en este aspecto, a transponer la normas comunitarias, estableciendo sobre el particular que *"se considerarán en todo caso discriminatorios (por sexo) el acoso sexual y el acoso por razón de sexo"*.

Aunque la consideración del acoso sexual –y del acoso por razón de sexo- como discriminaciones por razón de sexo no quiere decir que ese sea el único bien jurídico protegido. El acoso sexual –y el acoso por razón de sexo- son ilícitos pluriofensivos. De entrada, atacan la integridad física o moral, que es derecho fundamental recogido en el artículo 15 de la Constitución. También –a lo menos en cuanto se refiere al acoso sexual- atacan el derecho a la intimidad personal en su vertiente de intimidad sexual, que también es un derecho fundamental recogido en el artículo 18 de la Constitución. Si el acoso sexual y el acoso por razón de sexo aparecen en el ámbito de una relación laboral, además atacan el derecho al trabajo, que recoge, aunque no como fundamental, el artículo 35 de la Constitución.

c) Chantaje sexual y sexista y acoso ambiental.

La LOIEMH, artículo 7.4, establece –siguiendo a su vez lo establecido en el artículo 2.2.a) de la Directiva 2006/54/CE- 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"*. Se está acogiendo aquí la distinción, básica en la materia, entre chantaje sexual –o por razón de sexo-, y acoso ambiental sexual –o por razón de sexo-. Recordemos a estos efectos diversos casos de acoso sexual.

1º. El chantaje sexual o acoso de intercambio o *"quid pro quo"* se produce cuando el sujeto activo del acoso sexual condiciona el acceso al empleo, una condición laboral o el cese del trabajador, a la realización de un acto de contenido sexual. Por consiguiente, sólo el empresario físico, el representante legal del empresario jurídico o un directivo con competencia delegada para decidir el acceso al empleo, una condición laboral o el cese del trabajador, pueden aparecer como sujetos activos de un chantaje sexual.

Habitualmente, el acoso de intercambio está orientado a un acto carnal, pero no es así siempre, y se puede orientar a otras ofensas sexuales. Por ejemplo, la empresa impone como condición de empleo un uniforme sexualmente provocativo transmisor de un aire de disponibilidad sexual.

A) Por su forma, el chantaje sexual se puede manifestar de manera explícita o implícita. Aunque son muchas las formas de chantaje explícito, directo o expreso, se pueden reconducir a la proposición o solicitud sexual, cuando no se prescinde totalmente de la voluntad de la persona agredida, y al requerimiento sexual, acompañado normalmente de compulsión física, cuando se prescinde totalmente de la voluntad de la persona agredida.

El chantaje sexual implícito, indirecto o tácito, se produce cuando el/la trabajador/a nunca ha sido solicitado o requerido sexualmente explícitamente, pero otros/as trabajadores/as de su mismo sexo, en

idénticas circunstancias profesionales, ascienden de categoría, mejoran sus salarios o reciben otros beneficios por aceptar las condiciones de un chantaje sexual, incitando implícita, indirecta o tácitamente a la aceptación.

B) Por sus efectos, el chantaje sexual puede conllevar o no una pérdida tangible de derechos laborales. Aunque no sea lo habitual, el chantaje sexual puede no conllevar dicha pérdida cuando, a pesar de la negativa del/a trabajador/a, el/la empresario/a o directivo/a no cumplen su amenaza, o en el chantaje sexual implícito, donde, más que pérdida de derechos, lo que hay es una no adquisición, o una pérdida de expectativas.

Sin embargo, lo habitual es la pérdida tangible de derechos laborales como represalia del/a empresario/a o directivo/a por la negativa del/a trabajador/a a someterse a la condición sexual. Realmente, el ilícito, en estos casos, se duplica, de un lado, el chantaje sexual es ilícito, y de otro lado, lo es la pérdida tangible de derechos laborales del/de la trabajador/a.

2º. El acoso ambiental se produce cuando el sujeto activo del acoso sexual crea un entorno laboral intimidatorio, hostil o humillante para el/la trabajador/a sin existir un condicionamiento para el acceso al empleo, una condición laboral o el cese del trabajador. De este modo, se multiplican los sujetos activos que, aparte el empresario físico, el representante legal del jurídico o un directivo, lo pueden ser compañeros de trabajo, clientes o terceros que se encuentran en alguna forma relacionados con la empresa.

Asimismo, las conductas de acoso sexual ofrecen una mayor variedad, ya que, tanto pueden ser las mismas conductas definidas de chantaje sexual, siempre que no medien condicionantes en la proposición o en los requerimientos, como otras diferentes conductas. Por ejemplo, las ofensas verbales, incluidas bromas o piropos o comentarios sobre la vida íntima del trabajador, la colocación de posters pornográficos en los lugares de trabajo o la observación de un/a trabajador/a en un espacio reservado.

d) La relación laboral como ámbito del deber de protección frente al acoso sexual y al acoso sexista.

La Disposición Adicional 11ª.1 de la LOEIMH le da una nueva redacción al artículo 4.2.e) del ET, que queda redactado en los términos siguientes: *"al respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad, comprendida la protección frente al acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, y frente al acoso sexual y al acoso por razón de sexo"*. No se han trasladado, sin embargo, los conceptos de acoso sexual y de acoso por razón de sexo del artículo 7 de la LOIEMH al ET, lo cual presenta un flanco a la crítica, ya que, como se ha dicho gráficamente en alguna ocasión, el/la trabajador/a llevan el ET en el bolsillo –o en el bolso-, de ahí la importancia, a los efectos de facilitar el conocimiento de sus derechos, de que todas las normas sobre contrato de trabajo se reúnan en ese texto.

El artículo 4.2.e) del ET se refiere expresamente a *"la relación de trabajo"* como marco delimitador de la protección del trabajador frente a un acto de acoso sexual o por razón de sexo, sin alusión a los sujetos, de modo que, para considerar laboral un acoso sexual o por razón de sexo, lo decisivo es su producción en el ámbito de dirección del empresario, independientemente de si el acosador es el empresario físico, un directivo, un compañero de trabajo o un tercero relacionado con la empresa. Por ello, es correcta la redacción literal de los artículos 8.13 y 8.13 bis de la LISOS. El 8.13 se refiere a *"el acoso sexual, cuando se produzca dentro del ámbito a que alcanzan las facultades de dirección empresarial, cualquiera que sea el sujeto activo de la misma"*. Y el 8.13 bis utiliza unos términos semejantes con relación a la tipificación legal del acoso por razón de sexo.

IV. LAS MEDIDAS DE PREVENCIÓN DEL ACOSO SEXUAL Y DEL ACOSO SEXISTA.

La LOIEMH no regula, como acaso debió hacer, unas concretas medidas de prevención de situaciones de acoso sexual y sexista, aunque sí obliga a su implantación negociada, tanto en el ámbito laboral general, como en el del empleo público de la Administración General del Estado, y organismos vinculados o dependientes. Pero esa inconcreción en cuanto a las concretas medidas de prevención no quiere decir que sean facultativas para el/a empleador/a. El artículo 48 de la LOIEMH –referido a empleadores/as privados/as- se manifiesta en términos imperativos: *"deberán"*. Y el artículo 62 de la LOIEMH –referido a empleadores/as públicos/as de carácter estatal- se sitúa –aunque la redacción no es tajante, defiriendo el tema a la negociación colectiva- en similar línea obligatoria.

Tal deber de prevención del acoso sexista se encuentra en sintonía con el derecho a la *"protección … frente al acoso sexual"* en los términos utilizados en el artículo 4.2.e) del ET, y con la concepción amplia del deber de seguridad empresarial instaurado en el artículo 14 de la LPRL. Igualmente la Recomendación de 27.11.1991 de la Comisión de las Comunidades Europeas recomienda al empresario establecer mecanismos para la denuncia del acoso sexual dentro del ámbito de la relación laboral.

De este modo, se refuerza la corriente judicial que, ya antes de la LOIEMH, claramente concluía que la adopción de medidas de prevención del acoso sexual y el adecuado tratamiento de la denuncia de la víctima exoneraría a la empresa de la responsabilidad indemnizatoria por daños y perjuicios que, en otro caso, asumiría, aun cuando el acosador no fuese directamente el empresario, a través de responsabilidad civil in eligendo o

in vigilando –y así lo ha entendido, por citar algún ejemplo, la STSJ/Andalucía de 24.7.2003, Ar. 2003 220180, o la STSJ/Galicia de 15.9.2005, Ar. 2006 272, exponentes perfectos de esa corriente judicial-.

a) Las medidas de prevención en el empleo privado.

El artículo 48 de la LOIEMH, contenido dentro de su Título IV, sobre *"el derecho al trabajo en igualdad de oportunidades"*, y, más concretamente, en su Capítulo III, sobre *"los planes de igualdad de las empresas y otras medidas de promoción de la igualdad"*, establece, bajo el epígrafe *"medidas específicas para prevenir el acoso sexual y el acoso por razón de sexo en el trabajo"*, los siguientes grupos de obligaciones legales:

A) Un grupo de obligaciones se dirigen a las empresas, las cuales *"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 dar cauce a las denuncias o reclamaciones que puedan formular quienes hayan sido objeto del mismo"*, y añadiendo que *"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"* –según el artículo 48, apartado 1, de la LOIEMH-.

La norma concede a las empresas y, cuando se trate de medidas negociadas, a los negociadores colectivos, un amplísimo margen en orden a regular las concretas medidas de prevención, aunque se pueden entresacar algunas posibles medidas de la genérica redacción literal de la norma legal:

1ª. La promoción por *"las empresas"* de *"condiciones de trabajo que eviten el acoso sexual y el acoso por razón de sexo"*. Obsérvese que los sujetos obligados a la promoción de esas condiciones de trabajo son

“las empresas”, lo que se encuentra en evidente sintonía con el derecho a la *“protección … frente al acoso sexual”*, en los términos utilizados –tanto en su redacción anterior a la LOIEMH como en la vigente posterior a la LOIEMH- en el artículo 4.2.e) del ET, y con la concepción amplia del deber de seguridad empresarial instaurado en el artículo 14 de la LPRL.

Qué condiciones de trabajo sean las que concretamente se han de promover en cada concreta empresa es algo que queda a la decisión del empresario, y que, sin duda alguna, dependerá de las circunstancias de cada concreta situación –tamaño de la empresa, dispersión o concentración de centros de trabajo, composición de la plantilla, existencia de precedentes de otras situaciones de acoso sexual o sexista, o, en general, de acoso moral-.

Ahora bien, esas condiciones de trabajo garantizarán una tolerancia cero de la empresa con las conductas de acoso sexual y de acoso por razón de sexo, y, a esos efectos, una declaración de principios adecuadamente publicada aparenta ser, en cualquiera de las situaciones, un elemento central para la creación de un ambiente de trabajo libre de acoso. Y la Recomendación de 27.11.1991 de la Comisión de las Comunidades Europeas, que debe orientar la interpretación, ratifica dichas conclusiones.

b) El arbitrar *“las empresas”* los *“procedimientos específicos para (la prevención (del acoso sexual y del acoso por razón de sexo) y para dar cauce a las denuncias o reclamaciones que puedan formular quienes hayan sido objeto del mismo”*. De nuevo sujetos obligados son *“las empresas”*.

Podríamos pensar que los procedimientos específicos a que la norma se refiere son los disciplinarios, y la prevención de que se habla es la propia de la sanción disciplinaria. Aunque esto chocaría con la rúbrica del artículo 48 de la LOIEMH, que alude a *“medidas específicas”* para la prevención.

Si leemos detenidamente la norma legal, observaremos además que se refiere literalmente a *“denuncias o reclamaciones”*, lo cual apunta a la

imposición de un sistema mixto que combine la eficacia preventiva de la responsabilidad disciplinaria con un procedimiento informal de solución.

Igualmente, la Recomendación de 27.11.1991 de la Comisión de las Comunidades Europeas recomienda al empresario establecer mecanismos formales e informales de denuncia del acoso sexual, consistiendo los informales en un procedimiento de solución con ciertas características.

Conviene precisar que, aunque no se contempla un proceso negociador con relación a las medidas expuestas en este y en el anterior apartado, es evidente que ese proceso negociador, o cualquier otro mecanismo de intervención de la representación legal de los trabajadores y trabajadoras, no está excluido si el empresario decide utilizarlos. Lo que ocurre es que, aún si no hay acuerdo sobre estas medidas, el artículo 48.1 LOIEMH le obliga al empresario a adoptar por sí mismo las tales medidas.

c) *"La elaboración y difusión de códigos de buenas prácticas, la realización de campañas informativas o acciones de formación"*. Si se adoptase alguna de estas medidas de prevención, que, a diferencia de las expuestas en los dos anteriores apartados, no se contemplan como un deber de la empresa sino sólo como una posibilidad facultativa, se establece que las tales *"deberán negociarse con los representantes de los trabajadores"*.

No se alcanza a entender muy bien por qué estas medidas deben ser necesariamente negociadas. Quizás la razón se encuentra en que, en mayor o menor medida, obligan a una colaboración con la representación del personal. Por ejemplo, en la difusión del código de buenas prácticas, con respecto a las campañas informativas o en orden a acciones de formación.

Tampoco aparenta muy claro si el empresario podría adoptar por sí mismo esas medidas si no se consigue llegar a un acuerdo con la representación de los trabajadores y trabajadoras. En principio, se podría considerar cumplida la exigencia de negociar, que es lo único exigido en el

artículo 48.2 de la LOIEMH. Ahora bien, si admitimos como correcta esa solución, asimismo deberíamos concluir que la representación de los trabajadores y trabajadoras no estaría obligada a colaborar con las diversas medidas que haya adoptado el empresario sin haber alcanzado un acuerdo.

d) La adopción de un protocolo de actuación sustentado en los principios mínimos establecidos, con relación al personal de la Administración General del Estado, en el artículo 62 de la LOIEMH. Es evidente que, aunque esa norma no es imperativamente aplicable más allá del ámbito del personal de la Administración General del Estado, nada impide sea asumida voluntariamente después de una negociación entre el empresario y la representación de los/as trabajadores/as –aquí la negociación se deriva de la letra del propio artículo 62 de la LOIEMH-.

B) Otro grupo de obligaciones dirigidas a los representantes de los trabajadores y trabajadoras –artículo 48.2 de la LOIEMH-, los cuales *"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 tuvieren conocimiento y que pudieren propiciarlo"*. También la Recomendación de 27.11.1991 de la Comisión de las Comunidades Europeas dirige diversas recomendaciones a los sindicatos a considerar al interpretar el artículo 48.2 de la LOIEMH.

Cualquiera de las anteriores medidas de prevención del acoso sexual y por razón de sexo se podrán incluir en los planes de igualdad de las empresas, o se podrán establecer o negociar como medidas autónomas, porque, si atendemos al título del Capítulo III del Título IV, que se refiere a *"los planes de igualdad de las empresas y otras medidas de promoción de la igualdad"*, es evidente que el artículo 48 de la LOIEMH contempla esas

otras medidas de promoción de la igualdad como no necesariamente incluibles en un plan de igualdad, pudiendo ser así medidas autónomas.

b) Las medidas de prevención en el empleo público estatal.

El artículo 62 de la LOIEMH, contenido dentro del Título V, sobre *"el principio de igualdad en el empleo público"*, y, más concretamente, en su Capítulo III, sobre *"medidas de igualdad en el empleo para la Administración General del Estado y para los organismos públicos vinculados o dependientes de aquélla"*, establece, bajo el epígrafe *"protocolo de actuación frente al acoso sexual y al acoso por razón de sexo"*, que, *"para la prevención del acoso sexual y del acoso por razón de sexo, las Administraciones Públicas negociarán con la representación legal de las trabajadoras y trabajadores, un protocolo de actuación"*, añadiendo además que *"comprenderá, al menos, los siguientes principios"*:

a) *"El compromiso de la Administración General del Estado y de los organismos públicos vinculados o dependientes de ella de prevenir y no tolerar el acoso sexual y el acoso por razón de sexo"*.

b) *"La intrucción a todo el personal de su deber de respetar la dignidad de las personas y su derecho a la intimidad, así como la igualdad de trato entre mujeres y hombres"*.

c) *"El tratamiento reservado de las denuncias de hechos que pudieran ser constitutivos de acoso sexual o de acoso por razón de sexo, sin perjuicio de lo establecido en la normativa de régimen disciplinario"*.

d) *"La identificación de las personas responsables de atender a quienes formulen una queja o denuncia"*.

Tales principios aparentan una mayor concreción respecto a las medidas contempladas, con carácter general para el ámbito laboral, en el

artículo 48 de la LOIEMH. Sin embargo, quedando ambas normas condicionadas a su posterior desarrollo por decisión del empresario o por negoción colectiva, aún está por ver si la Administración General del Estado servirá como un modelo de regulación para el empleo privado.

La Disposición Final 6ª de la LOIEMH establece que *"la aplicación del protocolo de actuación sobre medidas relativas al acoso sexual o por razón de sexo regulado en el artículo 62 de esta Ley tendrá lugar en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor del Real Decreto que lo apruebe"*. Por lo tanto, la negociación a la que se refiere el artículo 62 tendrá que ser convalidada por un Real Decreto. Una negociación que, aún hoy día, no ha alcanzado –salvo error u omisión involuntaria- fruto alguno.

V. LAS MEDIDAS DE SANCIÓN PRIVADA DEL ACOSO SEXUAL Y DEL ACOSO SEXISTA.

La LOIEMH no contiene demasiadas novedades en la sanción privada de las conductas de acoso sexual o de acoso por razón de sexo, limitándose a incluir *"el acoso sexual y el acoso por razón de sexo … al empresario o a las personas que trabajan en la empresa"* entre los incumplimientos contractuales justificativos del despido disciplinario en idénticos términos a la consideración como incumplimientos del *"acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual"* –artículo 54.2.g) del ET, en la redacción dada a dicha norma a través de la Disposición Adicional 11ª.13 de la LOIEMH-.

¿Qué debe hacer un empresario ante una denuncia de acoso?. Realizar una investigación completa de los hechos, adoptando si fueren convenientes las medidas cautelares oportunas, y, a la vista de esa investigación, acordar la solución más razonable, que puede ser despedir al

denunciado, imponerle otra sanción, o considerar no probado el acoso. Aunque en este caso, y salvo, naturalmente, una acreditada mala fe de la persona denunciante, ésta no deberá de ser objeto de ninguna represalia.

Si considera probado alguno de los acosos enumerados en el artículo 54.2.g) del ET, su trascendencia objetiva y su intencionalidad subjetiva excluirán en la mayoría de los casos la teoría gradualista, que, conforme a conocida doctrina judicial, obliga a individualizar la sanción atendiendo a la persona y a los hechos. Norma general que, sin duda alguna, también deberá admitir excepciones si la conducta de acoso no fuese muy grave.

Si el empresario opta por despedir a la persona denunciada, ésta puede impugnar en via judicial el despido disciplinario, en el cual no se va a dar intervención como parte procesal a la persona denunciante. La LOIEMH bien pudo aprovechar para permitir que, en dicho juicio de despido, se estableciese algún cauce de intervención de la víctima del acoso sexual o por razón de sexo, por ejemplo, como coadyuvante de la empresa.

Si el empresario opta por no despedir a la persona denunciada –no sancionándola o con menor sanción-, a la persona denunciante siempre le cabe la posibilidad de solicitar la resolución del contrato de trabajo al amparo del artículo 50 del ET –con posibilidad de solicitar una indemnización adicional-, aunque la LOIEMH tampoco haya aprovechado la oportunidad para establecer causa específica de resolución contractual.

VI. EL TRATAMIENTO DEL ACOSO SEXUAL Y DEL ACOSO SEXISTA EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA.

Tanto con carácter general como especialmente cuando se habla de negociación colectiva, la lucha contra el acoso sexual –y, por extensión, el acoso sexista- ha partido de la nada –es decir, de la tolerancia social de la

conducta-, ha seguido un camino lento –al enfrentarse a muchas resistencias ideológicas-, y aún no ha concluido en la inexorable dirección de dignidad de las personas –única dirección posible hablando de derechos fundamentales-. De este modo, nos encontramos en un proceso evolutivo que nos conduce a analizar a donde queremos llegar –lo que abordaremos en la Letra a)-, de donde hemos venido –lo que abordaremos en la Letra b)-, y donde estamos actualmente –lo que abordaremos en las Letras c) a g)-.

a) Objetivos a alcanzar en la regulación negocial del acoso sexual y del acoso sexista.

Siguiendo en especial las orientaciones de la Recomendación de 27 de noviembre de 1991 de la Comisión de las Comunidades Europeas, relativa a la protección de la dignidad de la mujer y del hombre en el trabajo, y las exigencias especificadas en los artículos 48 y 62 de la LOIEMH, la negociación colectiva debe alcanzar los siguientes objetivos para conseguir a través de las cláusulas oportunas[776] la regulación completa del acoso sexual y, como una lógica extensión, del acoso moral por razón de género –y, como una línea tendencial, del acoso moral sin más añadido-:

1ª. La inclusión de una definición de acoso sexual y de acoso moral por razón de género –o de acoso moral sin más añadido- que sea lo suficientemente amplia para recoger la variedad de supuestos y que expresamente comprenda tanto el chantaje sexual como el acoso ambiental.

2ª. Una declaración de principios, que se puede contener en el propio texto del convenio colectivo, garantizando el compromiso de la empresa y

[776] Una interesante guía sobre las cláusulas negociales de acoso sexual y de acoso moral por razón de género es la elaborada por María Jesús VILCHES ARRIBAS / Marta HERNÁNDEZ CANOSA / Teresa PÉREZ DEL RÍO, "Guía de criterios y cláusulas para el tratamiento del acoso sexual y moral por razón de género en la negociación colectiva", Consejería de Trabajo de la Comunidad de Madrid, Madrid, 2003.

de sus directivos de tolerancia cero en el tratamiento del acoso sexual y del acoso moral por razón de género –o del acoso moral sin más añadido-.

3ª. La integración del acoso sexual y del acoso moral por razón de género –o del acoso moral sin más añadido-, y, en general, de los llamados riescos psicosociales, dentro de medidas de salud laboral, permitiendo una mejora en la prevención como preferente sobre las medidas sancionadoras.

4ª. El establecimiento de un procedemento informal de solución que evite de raíz actos no deseados sin necesidade de acudir a procedimientos formales de sanción disciplinaria. Para la tramitación de las quejas, sería conveniente instaurar la figura del asesor –o mejor asesora- confidencial.

5ª. La adecuada regulación del procedimiento sancionador, evitando formalismos innecesarios y garantizando celeridad y confidencialidad, debiéndose establecer la participación de representantes de trabajadores/as, y, en caso de estar instauradas, de comisiones para la igualdade de trato.

6ª. La tipificación de infracciones disciplinarias, y sus correspondientes sanciones, considerando el principio de proporcionalidad, debiendo valorar que, si siempre se califica como muy grave, los comportamientos que no sean muy graves tenderán a quedarse impunes.

7º. El reconocimiento de una garantía de indemnidad a favor de quienes denuncien conductas de acoso sexual o de acoso moral por razón de género –o de acoso moral sin más añadido- y, en general, de cualquier personas que intervenga en un procedimiento tanto formal como informal.

8ª. El compromiso del empleado y de los agentes sociales en la formación de los intervinientes en las relaciones laborales, correspondiendo especialmente al empleador formar a sus directivos, y a los sindicatos formar a sus afiliados, especialmente si son representantes del personal.

Comprobemos ahora –según lo previsto- si la negociación colectiva ha alcanzado esos objetivos, y en qué medida, en el pasado y en el presente.

b) Apuntes sobre la evolución de la negociación colectiva.

Desde la Ley 3/1989, de 3 de marzo, que modificó el artículo 4.2.e) del ET, la negociación colectiva comenzó a contemplar muy tímidamente el acoso sexual. Los primeros estudios realizados pusieron en evidencia tanto esas pioneras regulaciones como sobre todo las importantes carencias. Un estudio de los convenios colectivos de 1991 y 1992, hasta mayo inclusive, de los convenios colectivos publicados en el BOE, destacaba[777] que *"(su) inmensa mayoría … no hacen referencia en forma alguna al tema del acoso sexual"*, lo cual obligaba a canalizar la sanción del acoso sexual a través de otras conductas, y muy especialmente el abuso de autoridad, cuyas regulaciones *"son relevantes para el acoso sexual"*. También se destacaba *"la dificultad de la negociación colectiva para desarrollar un papel innovador respecto a la normativa estatal … sólo cuando la normativa estatal se ha pronunciado al respecto expresamente en 1989, algunos convenios han comenzado lentamente a recoger casi miméticamente la fórmula legal"*. De este modo, *"ni se define con mayor precisión qué ha de entenderse exactamente por acoso sexual ni, sobre todo, se establecen unas vías específicas para la protección al respecto"*.

Algo después, analizamos los convenios colectivos de sector estatal desde 1990 hasta 1994, con resultado semejante. De entrada los convenios colectivos sin contemplación específica del acoso sexual eran la mayoría. Y en los que sí se hacía esa contemplación específica, se apreciaban, en primer lugar, importantes divergencias tanto en la definición de acoso sexual, que algunos convenios parecían limitar al chantaje sexual, mientras

[777] Teresa PÉREZ DEL RÍO / María Fernanda FERNÁNDEZ LÓPEZ / Salvador DEL REY GUANTER, "Discriminación …", obra citada, páginas 293 a 302, passim.

otros abarcaban el acoso ambiental, como en la sanción, que algunos convenios ceñían a la muy grave, mientras sólo uno permitía una gradación más amplia, y, en segundo lugar, ostensibles lagunas de regulación porque ningún convenio establecía medidas de prevención, y sólo uno se refería a la protección frente a represalias. Por ello, concluiamos que *"el panorama no es excesivamente halagüeño, pero, muy probablemente, ha de mejorar en un futuro próximo, en cuanto los sindicatos se conciencien del problema y los empresarios verifiquen la trascendencia de sus responsabilidades"*[778].

Otro estudio posterior, realizado en 1999 sobre 97 convenios colectivos y 5 laudos arbitrales[779], concluía que, *"aún cuando se va incrementando el número de convenios colectivos que mencionan el acoso sexual, apenas se encuentran cláusulas que afronten correctamente el problema"*. De *"los 30 que de una u otra forma hacen referencia al mismo, muchos plantean divergencias e importantes lagunas de regulación … algunos recogen el acoso mediante una declaración de principios pero sin aportar ningún elemento nuevo que permita avanzar hacia su eliminación, muy pocos recogen las dos modalidades de acoso –chantaje sexual y acoso sexual ambiental-, sólo uno establece procedimiento de denuncia y tampoco hay medida alguna de prevención y, sobre todo, ninguno de los convenios analizados aplica el Código de Conducta por lo que se refiere a la adopción y regulación de procedimientos de prevención y/o denuncia … (y) sólo uno contempla expresamente la protección contra represalias"*.

Muy poco después, y con unas conclusiones semejantes, se constató en otro estudio sobre el acoso sexual en la negociación colectiva[780] que *"poco ha cambiado la situación"*. La muestra se refería a los convenios

[778] José Fernando LOUSADA AROCHENA, "El derecho …", obra citada, páginas 278 a 284, passim.

[779] Dolores DE LA FUENTE VÁZQUEZ, "Acoso …", obra citada, páginas 260 a 272, passim.

[780] Juan Antonio ALTÉS TÁRREGA, "El acoso …", obra citada, páginas 147 a 152, passim.

colectivos interprovinciales vigentes a 31 de julio de 1999. Tan sólo 34 aludían expresamente al acoso sexual y, además de esa escasez, la regulación *"deja mucho que desear"*, destacando como datos relevantes:

a) Que *"24 de estos convenios y laudos se limitan a calificar el acoso sexual como falta muy grave y, salvo alguna excepción, ni tan siquiera definen la conducta que lo provoca … la diferenciación entre el acoso sexual ambiental y el chantaje sexual sólo aparece en 7 de ellos"*.

b) Que *"(sólo) una ínfima parte de los convenios … (califica el acoso sexual) como objeto de una especial atención … (aunque) no pasa de ser una mera declaración de principios pues no se desarrolla el modo en que (las conductas de acoso sexual) deben ser vigiladas ni prevenidas"*.

c) Que *"sólo uno de los convenios analizados prevé la sanción de las conductas que se configuren como una forma de represalia hacia quien denunció … y que (sólo) en dos de ellos … se prevé la protección de la continuidad en su puesto de trabajo de la persona que sufrió la conducta"*.

d) Que, aunque existen algunos convenios con procedimiento específico de sanción, en donde se destacan como muy sobresalientes las referencias a prontitud y a confidencialidad, *"no aparece suficientemente desarrollado (y) puede traducirse en importantes restricciones prácticas)"*.

Y el más moderno hasta el presente[781] de los estudios doctrinales generales –no limitados a un ámbito autonómico o inferior- se sitúa en la línea de estas conclusiones, aunque se constata alguna mejora. De entrada, se destaca *"un ligero avance en esta materia, pero ello nos obliga a apuntar lo mucho que aún queda por hacer para que este grave e incesante problema tenga la respuesta social, jurídica y sindical que merece"*. Entre los convenios sectoriales estatales, más de la mitad –22 de 40- se refieren al

[781] Juana María SERRANO GARCÍA, "Tratamiento del acoso sexual en la negociación colectiva", Revista de Derecho Social, Número 22, Abril / Junio 2003, en especial las conclusiones en las páginas 224 a 226.

acoso sexual, aunque se limitan a tipificarlo como falta muy grave, sin definirlo y sin establecer procedimientos de denuncia. En los sectoriales autonómicos la proporción baja –10 de 40-, y mejora en los provinciales –23 de 72-, donde se observan regulaciones detalladas. Y en los de empresa se aprecian carencias –salvo en las grandes empresas de telecomunicaciones y artes gráficas-. Tras aportar todos esos datos, la autora concluye que, en 2003, *"el acoso sexual continúa caracterizándose por una atomizada regulación y una importante fragmentación en numerosos ámbitos funcionales, además de por su escasa ordenación"*.

c) Una aproximación cuantitativa a la situación actual de la negociación colectiva.

Una aproximación cuantitativa a la situación actual de la negociación colectiva en cuanto al tratamiento del acoso sexual nos permite confirmar como continúa la lenta línea de progresión hacía una regulación adecuada en la totalidad de los convenios colectivos. Desde una perspectiva cuantitativa, se observa, en efecto, como ya mucho más de la mitad de los convenios colectivos de sector estatal contienen una regulación sobre el acoso sexual. Y dentro de este grupo cada vez menos se limitan a una mera tipificación del acoso sexual sin más aditamento. Todos los convenios colectivos de grandes empresas analizados contienen una regulación sobre el acoso sexual, algunos bastante completa. Y, en cuanto a los convenios colectivos de sector autonómico o provincial, el porcentaje es del tercio.

Más escasos son los convenios colectivos con referencias al acoso sexista, lo cual tiene su lógica si consideramos la moderna aparición del concepto, que se data a 2002 en la normativa comunitaria y a 2007 en la normativa interna. Resulta esperable una escasa tardanza en solventar la

laguna. En todo caso, y mientras ello no ocurra, parece bastante lógico plantear, en línea de principio y salvadas matizaciones, la extensión de las clásulas negociales sobre acoso sexual a la nueva figura del acoso sexista.

Si comparamos estas estadísticas con las estadísticas de las demás cláusulas negociales en materia de igualdad por razón de sexo / género, podremos comprobar como las cláusulas negociales sobre acoso sexual –y, por extensión, sobre acoso sexista- aparecen en mayor número de convenios colectivos que las demás cláusulas negociales en materia de igualdad por razón de sexo / género, salvadas las cláusulas negociales referidas a derechos de maternidad y a derechos de conciliación. Podemos, en consecuencia, alcanzar unas conclusiones razonablemente positivas, si consideramos el escaso tiempo transcurrido desde la recepción del concepto de acoso sexual en nuestra normativa interna –en el año 1989-.

d) Cláusulas conceptuales.

Las definiciones de acoso sexual son relativamente frecuentes en la negociación colectiva, aunque, desafortunadamente, no comprenden la totalidad de los convenios colectivos, ni siquiera la totalidad de los convenios colectivos con referencias al acoso sexual, que a veces limitan esas referencias a recoger tales conductas como infracciones, pero sin conceptuarlas. Más inusuales son las referencias al acoso por razón de sexo como consecuencia de su más reciente implantación en nuestro ordenamiento jurídico interno, con la adicional circunstancia de que, como ocurría con el acoso sexual, algunos convenios colectivos se limitan a recoger tales conductas como infracciones, pero tampoco las conceptúan. Un ejemplo es el artículo 54 del Convenio Colectivo estatal de la madera, BOE de 7.12.2007, que tipifica –y eso es bueno- pero no define –y eso no

es bueno-, y tipifica pero no define como infracción laboral muy grave, además de otros acosos discriminatorios, *"(el) sexual o por razón de sexo"*.

Y lo cierto es que, a pesar de existir definiciones legales que resultan suficientes a efectos aplicativos en el artículo 7 de la LOIEMH, se antoja conveniente –cuando no necesaria- una conceptuación dentro del ámbito del convenio colectivo, aunque éste se limite a trasladar la definición legal –operando, entonces, como cláusula de transmisión de las normas legales, y con las ventajas inherentes a dichas cláusulas negociales, ver Capítulo II-.

Por un lado, y desde una perspectiva estrictamente jurídica, para delimitar con claridad las conductas de acoso sexual y de acoso sexista, recogiendo, ampliando, explicando y ejemplificando a partir de los conceptos legales para su mejor comprensión, lo cual de conveniente se transforma en necesario, por imperativos de la seguridad jurídica, cuando se trata de definir los tipos infractores del acoso sexual y del acoso sexista.

Por otro lado, y desde una perspectiva pedagógica, para crear la conciencia de ilicitud de una serie de conductas que, en no pocas ocasiones, están asumidas socialmente como normales, no siendo extraño que el sujeto activo del acoso sexual se sorprenda al saber que su comportamiento es considerado como un ilícito, o que la mujer sujeto pasivo del acoso sexual lo considere como consecuencia usual del hecho de trabajar fuera de casa.

Una labor conceptual en la cual los negociadores colectivos suelen utilizar un modelo normativo de referencia. Antes de la LOIEMH, ese modelo normativo de referencia era, con cierta frecuencia, el artículo 4.2.e) del ET. Por ejemplo, el artículo 55 del IV Convenio Colectivo marco estatal de servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal, BOE de 4.8.2006, se refiere a *"los actos y conductas, verbales o físicas, de naturaleza sexual dirigidas a cualquier persona de la empresa"*. O el artículo 43 del II Convenio

Colectivo estatal de instalaciones y gimnasios, BOE de 6.9.2006, se refiere a "*toda conducta, en el ámbito laboral, que atente gravemente al respeto de la intimidad y dignidad mediante la ofensa, verbal o física, de carácter sexual*". En ambos casos, para tipificar el acto como infracción muy grave.

Resultaba destacable que algunos convenios colectivos –que en otros extremos, como la insistencia en lo indeseado, han quedado desfasados desde la LOIEMH- entraban en detalles conceptuales de gran interés –que mantienen su interés aún después de la LOIEMH-, como es el caso del artículo 57 del Convenio Colectivo de grandes almacenes, BOE de 27.4.2006, seguido en estes extremos por el artículo 42 del Convenio Colectivo del Grupo Eroski, BOE de 6.6.2006, y por el artículo 46 del Convenio Colectivo del Grupo Champion, BOE de 9.6.2006, declarando:

a) Que "*el acoso laboral se presume (más correcto sería decir el acoso se presume laboral) al producirse en el ámbito de la organización de la empresa, así como cuando la conducta se pone en relación con las condiciones de empleo, de formación o de promoción en el trabajo*".

b) Que "*no es necesario que las acciones de acoso sexual en el trabajo se desarrollen durante un periodo largo de tiempo (de modo que) una sola acción, por su gravedad, puede ser constitutiva de acoso sexual*".

c) Que "*estos comportamientos deterioran el entorno de trabajo y afectan negativamente a la calidad del empleo, condicionales (sic, condiciones) laborales y desarrollo profesional de la víctima de acoso*".

d) O que "*se pueden identificar comportamientos concretos que, a titulo de ejmplo, constituyen acoso sexual: insinuaciones y comentarios molestos, humillantes de contenido sexual; comentarios obscenos, proposiciones de carácter sexual, que propongan, inciten o presionen a mantener relaciones sexuales; insistencia en comentarios despectivos u*

ofensivos sobre la apariencia o condición sexual del trabajador/a; tocamientos, gestos obscenos, roces innecesarios; toda agresión sexual".

Tras la LOIEMH, ésta se debería erigir en el modelo normativo de referencia, y, en concreto, su artículo 7, donde –a diferencia de la Directiva 2006/54/CE, de 5 de julio de 2006-, se prescinde del *"no deseado"*. Sin embargo, sólo hemos encontrado, a nivel de convenio sectorial estatal, la definición legal en el artículo 56 del XXI Convenio Colectivo de banca, BOE de 16.8.2007. No deja de ser llamativo que sea éste el único –salvo error u omisión involuntaria- convenio sectorial estatal que acoja la definición legal, apreciándose mayoritariamente el mantenimiento de la definición que el convenio colectivo había acogido antes de la LOIEMH. Es decir, los negociadores colectivos se han olvidado de actualizar la definición de acoso sexual y, en su caso, de acoso sexista, con la LOIEMH, o, si no se han olvidado, han decidido voluntariamente mantener la definición que el convenio colectivo había acogido antes de la LOIEMH.

No tiene esto más problema si el concepto no resulta más restrictivo que el del artículo 7 de la LOIEMH. Es el caso –siguiendo claramente la estela del viejo artículo 4.2.e) del ET- del artículo 63 del Convenio Colectivo estatal para las empresas y trabajadores de transporte de enfermos y accidentados en ambulancia, BOE de 16.11.2007, que lo define como *"la conducta de naturaleza sexual, verbal o física, desarrollada en el ámbito laboral y que atente a la dignidad del trabajador o trabajadora objeto de la misma"*. Una opción negocial que, al prescindir de lo indeseado, no resulta contradictoria respecto al artículo 7 de la LOIEMH.

Aunque más problemática –al obligar a una explicación adicional no muy acorde con la exigible claridad de las normas, de donde no es opción negocial aconsejable-, tampoco es contradictoria aquella opción negocial que, si bien introduce lo indeseado en la definición, asimismo introduce la

especificación *"sabe o debe saber"* referida al agresor que nos permite constituir el acoso sexual tanto si la víctima opuso la negativa –entonces el agresor sabe que su conducta es indeseada- como si, aunque la víctima no se opusiera, el agresor –aplicando un criterio de normalidad- debiera saber que su conducta es indeseada. Es el caso del artículo 53 del Convenio Colectivo del sector de empaquetado de tomates de Las Palmas, BOP de 1.6.2007, que define acoso sexual como *"la conducta del sujeto que sabe, o debe saber, que es ofensiva y no deseada por la víctima, determinando una situación que afecta al empleo y a las condiciones de trabajo, y/o creando un entorno laboral ofensivo, hostil, intimidatorio y humillante"*.

Cuando surgen más problemas –y las críticas son más duras- es cuando se introducen restricciones respecto al artículo 7 de la LOIEMH, y, examinada la muestra de convenios colectivos, se observan demasiadas:

1ª. La adición restrictiva más usual –y ello obedece a las definiciones contenidas en la Directiva 2006/54/CE, de 5 de julio de 2006- es el término *"no deseado"*. Tal término aparece –y la lista no agota todos los casos que hemos rastreado, aunque se ha limitado a convenios estatales posteriores a la LOIEMH- en el artículo 61 del Convenio Colectivo de la industria química, BOE de 29.8.2007, en el artículo 58 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 de 31.8.2007, en el artículo 36.6 del Convenio Colectivo marco para los establecimientos financieros de crédito, BOE de 4.9.2007, en el artículo 23 del Convenio Colectivo de ámbito estatal para las industrias del arroz, BOE de 12.9.2007, y en el artículo 104 del Convenio Colectivo de ámbito estatal para las industrias del curtido, correas y cueros industriales y curtición de pieles para peletería, BOE de 30.11.2007.

2º. Ocasionalmente, se añaden otros elementos restrictivos, como el carácter libidinoso. Por ejemplo, el artículo 66 del Convenio Colectivo general del sector de derivados del cemento, BOE de 18.10.2007, que, al tipificar las faltas muy graves, lo define como *"las conductas con tendencia libidinosa, no deseadas por el destinatario o destinataria, que generen un entorno laboral hostil e incómodo objetivamente considerado"*.

3º. También en ocasiones se exige la gravedad. Por ejemplo, el artículo 35 del Convenio Colectivo estatal de empresas de reparto sin direccionar, BOE de 17.7.2007, al tipificar las faltas muy graves, se refiere al acoso sexual como *"toda conducta verbal o física, de naturaleza sexual, realizada por un trabajador a otro, se exteriorice por medio de actos, gestos o palabras, no deseada ni tolerada por la persona destinataria"*, y añade que *"la conducta deberá ser de carácter objetivamente grave, capaz de crear un clima laboral ofensivo, hostil, intimidatorio o humillante"*.

4º. Y en otras ocasiones se exige la penalidad. Por ejemplo, el artículo 39 del I Convenio Colectivo marco estatal de acción e intervención social, BOE de 19.6.2007, considera infracción muy grave *"el acoso sexual, definido en el artículo 184 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal"*, lo cual contrasta con el hecho de calificar asimismo como infracción muy grave *"el acoso laboral"* sin más aditamento en cuanto a si la conducta es publibe penalmente. El artículo 38 del Convenio Colectivo del sector de intervención social de Madrid, BOCM de 14.9.2007, sigue ese modelo –como sin duda era de esperar-.

¿Qué consecuencias jurídicas son predicables de las cláusulas negociales con elementos restrictivos adicionales respecto al artículo 7 de la LOIEMH?. La Sentencia de 6 de julio de 2006, Ar. 2006 6636, del Tribunal Supremo salvó la legalidad de una definición restrictiva de acoso

sexual –y moral- a los efectos de la adopción de medidas de prevención, utilizando los siguientes hitos argumentales en su fundamentación jurídica:

a) De entrada, se destaca como la definición se inscribe en *"un plan de actuación conjunto de empresa y trabajadores para hacer frente a toda situación de acoso moral o sexual que pueda producirse en la empresa, con el ánimo de evitar e incluso erradicar tales conductas en ella"*.

b) Tal dato le conduce de seguido a afirmar que *"el concepto o definición de acoso moral o sexual que se pueda recoger en ella, es un concepto meramente orientativo o expositivo, que no es susceptible de interpretaciones estrictas ni limitadas a la literalidad de la norma"*.

c) Por ello, *"lo lógico es entender que dicho plan tiene que entrar en acción con claridad y vigor aunque la situación de acoso sexual de que se trate no encaje en el restringido marco que señala la norma convencional comentada, bastando para ello que esa situación responda al concepto y criterios de acoso sexual generalmente admitidos en el derecho español"*.

De este modo, si el ámbito de eficacia de la cláusula conceptual es el establecimiento de medidas de prevención, debemos de considerar que el concepto ofrecido es meramente orientativo y que esas medidas serán aplicables aunque se trate de acoso sexual o sexista no comprendidos en la definición, haciendo prevalecer la evidente intención de los negociadores colectivos frente a su restrictiva literalidad. Pero el Tribunal Supremo no resuelve la cuestión cuando el ámbito de eficacia de la cláusula conceptual sea la tipificación de infracciones. Hay dos soluciones que se aplicarán según la letra y el contexto de cada convenio colectivo. Una sería considerar que los supuestos de acoso sexual o sexista no comprendidos en la tipificación deberán ser reconducidos a otras infracciones, de igual o menor sanción disciplinaria. Y otra sería sustituir el concepto convencional

por el concepto legal considerado como mínimo. Lo que en ningún caso sería admisible sería considerar impunes los acosos sexuales no tipificados.

A estas críticas desde la perspectiva estrictamente jurídica, se unen nuevas críticas desde la perspectiva pedagógica que, con estas cláusulas negociales con conceptos restrictivos de acoso sexual o de acoso sexista, queda totalmente defraudada, al trasmitir a los sujetos afectados por el convenio colectivo un concepto que es erróneo. Se alimenta con estas cláusulas negociales la creencia de que lo que no se incluye en ellas no es acoso sexual o sexista –si bien no es así, ya que, como se acaba de razonar, los operadores jurídicos, aunque salven la validez de la cláusula, nunca eludirán el concepto legal de acoso sexual o de acoso sexista-. Y así se ayuda a mantener creencias tan peregrinas –pero que los operadores jurídicos percibimos con cierta frecuencia- como que la víctima debe manifestar siempre su negativa de una manera rotunda, que si se trata de acercamientos amorosos sin apreciar libidinosidad no hay acoso sexual, o que las conductas no graves o no delictivas tampoco suponen acoso sexual.

e) Declaraciones de principios.

Las declaraciones de principios sobre tolerancia cero del acoso sexual –y, por extensión, del acoso sexista, y, en general, de cualquier acoso moral-, debidamente publicadas, son un elemento fundamental dentro de una política empresarial de lucha contra el acoso sexual –y, por extensión, contra el acoso sexista, y, en general, contra cualquier acoso moral-. Tales declaraciones se pueden realizar por la sóla voluntad del empresario, adoptando la fórmula de códigos de conducta, o se pueden integrar en la negociación colectiva, manifestándose a través de los convenios colectivos. Y, en este último caso, lo suyo es que se trate de

convenios colectivos de empresa o inferiores. No es que otros convenios de ámbito supraempresarial no puedan recoger un compromiso de tolerancia cero de todas las partes negociales, sino que, para su plena eficacia, las declaraciones de principios deben ser emitidas por el empresario que es deudor de seguridad –y no por las asociaciones empresariales-, y eso sólo acaece cuando estamos ante convenios colectivos de empresa o inferiores. De ahí que, cuando las declaraciones de principios se contengan en convenios colectivos supraempresariales, éstos mismos deberían exigir que se les diese una especial publicidad en cada una de las empresas afectadas.

Pueden las declaraciones de principios adoptar fórmulas más o menos amplias, siendo lo realmente relevante que resulten contundentes. Por ejemplo, el artículo 23 del Convenio Colectivo de ámbito estatal para las industrias del arroz, BOE de 12.9.2007, y a pesar de su sincretismo, perfectamente vale como declaración de principios al afirmar que *"se garantiza el compromiso de un ambiente exento de acoso sexual y moral"*.

Igualmente vale como declaración de principios la afirmación contenida en el mismo inicio del apartado 5 –sobre *"medidas específicas en prevención del acoso sexual"*- del Plan de Igualdad del Grupo Santander de que *"la empresa y las representaciones sindicales manifiestan su rotundo rechazo ante cualquier comportamiento indeseado de carácter o connotación sexual, comprometiéndose a colaborar eficazmente y de buena fe para prevenir, detectar, corregir y sancionar este tipo de conductas"*.

Una declaración de principios más amplia –introduciendo, además, un concepto de acoso sexual que, aún siendo anterior a la LOIEMH, es coherente con el contenido en el artículo 7 de esa LOIEMH-, la encontramos en el artículo 25 del Convenio Colectivo de ámbito nacional de distribuidores cinematográficos y sus trabajadores, BOE de 28.3.2006, y en el artículo 60 del III Convenio Colectivo sectorial de ámbito estatal de

las Administraciones de Loterías, en los cuales se afirma que "*de conformidad con la Recomendación y el Código de conducta relativo a la protección de la dignidad de mujer y hombre en el trabajo, de 27.11.1991, 92/131/CEE, las empresas y los representantes legales de los trabajadores se comprometen a crear y mantener un entorno laboral donde se respete la dignidad y libertad sexual del conjunto de personas que trabajan en este ámbito laboral, actuando frente a todo comportamiento o conducta de naturaleza sexual, de palabra o de acción, desarrollada en dicho ámbito, y que sea ofensiva para la trabajadora o el trabajador objeto de la misma*".

Todavía más amplia es la "*declaración*" contenida en el artículo 42 del Convenio Colectivo del Grupo Eroski, BOE de 6.6.2006, donde se afirma que, "*en consideración al debido respeto a la dignidad de la persona humana en todos los aspectos y ámbitos sociales en las que ésta se manifiesta y desenvuelve, en sintonía con lo establecido en la Carta Social Europea, y con el objetivo de asegurar el ejercicio efectivo del derecho de todas las personas que integran la organización a la protección a su dignidad en el trabajo, Grupo Eroski se compromete a: (1) Promover la concienciación, la información y la prevención del acoso sexual en el lugar de trabajo o en relación con el trabajo y a tomar las medidas apropiadas para proteger a las trabajadoras y trabajadores de tal conducta. (2) Promover la concienciación, la información y la prevención de acciones recurrentes, censurables o manifiestamente negativas y ofensivas dirigidas contra trabajadores/as individuales en el puesto de trabajo o en relación con el trabajo y a tomar todas las medidas adecuadas para protegerles de tal conducta. Por ello, los firmantes del presente convenio se comprometen a trabajar en la implantación de políticas y valores que garanticen y mantengan entornos laborales libres de acoso moral y sexual, donde se respete la dignidad de la persona y se facilite el desarrollo de las mismas*

… (y a) mantener entornos laborales positivos, prevenir comportamientos de acoso y, perseguir y solucionar aquellos casos que se produzcan”.

Y la más amplia rastreada es la contenida en el artículo 55, justamente rubricado *“declaración de principios”*, del Convenio Colectivo de grandes almacenes, BOE de 27.4.2006, que aparece reiterada en el artículo 44, éste rubricado *“prevención y tratamiento de situaciones de acoso moral y sexual – declaración de principios”*, del Convenio Colectivo del Grupo Champion, BOE de 9.6.2006, afirmando al efecto lo siguiente:

“La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, la integridad física y moral, son derechos fundamentales de la persona contemplados en la Constitución Española, además de los derechos contenidos en el Estatuto de los Trabajadores de respeto a la intimidad y a la consideración debida a su dignidad, comprendida la protección frente a ofensas verbales o físicas de naturaleza sexual. Asimismo, la Comisión Europea ha establecido medidas para garantizar la salud y seguridad de los trabajadores. Así, distintas Directivas aprobadas por el Consejo, desarrollan disposiciones básicas sobre la salud y seguridad y hace responsables a los empresarios de velar para que los trabajadores no enfermen en el trabajo, incluso a causa de acoso moral o sexual. Un entorno laboral libre de conductas indeseadas, de comportamientos hostiles y opresores, es responsabilidad de las empresas. Por ello, las empresas, junto con los representantes de los trabajadores, deben trabajar en implantar políticas, con distribución de normas y valores claros en todos los niveles de la organización, que garanticen y mantengan entornos laborales libres de acoso, donde se respete la dignidad del trabajador y se facilite el desarrollo de las personas. Por todo ello, las organizaciones firmantes del Convenio manifiestan su compromiso por mantener entornos laborales positivos, prevenir comportamientos de acoso y, perseguir y

solucionar aquellos casos que se produzcan en el ámbito laboral, sancionándose como faltas muy graves … en su grado máximo, si esta conducta es llevada a cabo prevaliéndose de una posición jerárquica”.

f) Mecanismos de prevención del acoso sexual y del acoso sexista.

Haciendo la advertencia de que, en sí mismas consideradas, las declaraciones de principios ya son mecanismos tendentes a la prevención del acoso sexual y del acoso sexista, lo cierto es que, al margen de las declaraciones de principios –que tampoco son abundantes-, los mecanismos de prevención –y, especialmente, el procedimiento informal de solución- aparecen en un número irrelevante de la muestra de convenios colectivos, y, aún en esos casos, las referencias adolecen de una escasa concreción y denotan desconocimiento de los fines preventivos. Sin duda alguna, una causa de esa situación, manifiestamente mejorable, son las dificultades de concreción de los mecanismos de prevención de los riesgos psicosociales como el acoso sexual y sexista. Pero también se encuentran otros factores, como la tendencia a formalizar el conflicto y a las respuestas sancionadoras –que dificultan la instauración de un auténtico procedimiento informal de solución-, una tendencia que se considera propia de nuestra cultura jurídica –aunque aquí se podría discutir sobre si es una tendencia propia del sistema español o, más en general, es típica de todas las sociedades androcéntricas-.

El procedimiento informal de solución, al cual se refiere la Recomendación de 27 de noviembre de 1991, y el Código de conducta, no pretende la sanción del agresor, sino la eliminación del acoso, y se construye sobre la idea –absolutamente razonable- de que la persona acosada lo que desea es trabajar sin acoso sexual, y no iniciar un lento procedimiento interno, que probablemente continuará ante organismos

públicos, y cuyo resultado final, además de lejano, se antoja incierto, tanto en sus respuestas formales –decisión empresarial, sanciones administrativas y/o sentencias judiciales-, como en sus consecuencias reales –riesgo de represalias, y, en general, de victimización secundaria, es decir, de ser perjudicada o recriminada socialmente por el hecho de haber denunciado-.

De hecho, y ante la escasez de ejemplos dentro de la negociación colectiva española, la doctrina suele acudir, para ofrecer ejemplos de mecanismos de prevención, a la experiencia comparada[782]. Actualmente cabe citar la regulación, aplicable al personal de la Xunta de Galicia, de la Ley Gallega 7/2004, de 16 de julio, para la igualdad de mujeres y hombres, una regulación que se construye sobre dos caracterísitcas fundamentales:

(a) La informalidad, que se garantiza por la simplicidad –ni siquiera se exige que la queja sea escrita-, y por la intervención de un/a asesor/a confidencial, preferiblemente una mujer, que, recibida una queja de acoso sexual, y siempre que los hechos no sean delictivos, entrará en contacto, de manera confidencial, con la persona denunciada, solo o en compañía de la persona denunciante, a elección de ésta, para manifestarle la existencia de una queja sobre su conducta y las responsabilidades disciplinarias en las que, de ser cierta y de reiterarse la conducta denunciada, se podría incurrir.

(b) La subsidiariedad, que supone la exclusión del procedimiento informal de solución cuando los hechos denunciados revistan caracteres de delito –es decir, se aplica a acosos no graves-, y que supone la atribución a

[782] Juana María SERRANO GARCÍA alude a la empresa Zanussi – Electrolux, *"que con una plantilla de un 43% de mujeres firmó con los sindicatos un acuerdo para prevenir el acoso sexual … esta empresa primero realizó una investigación sobre el fenómeno e inició una campaña de información y sensibilización, insertando material informativo en las nóminas de la plantilla … se creó una línea telefónica para informar sobre los casos de acoso sexual y prestar asesoramiento … se elaboró un código de conducta para la protección de la dignidad de muejres y hombres e incluso se introdujo un procedimiento informal administrado por dos asesoras … para la resolución de casos concretos de forma amistosa … en el procedimiento formal interviene el comité nacional de igualdad de oportunidades, formado por tres representantes sindicales y tres representantes de la empresa, que intentan llegar a una solución conciliadora y proponen medidas disciplinarias cuando la medida se considere justificada … en todas las empresas del grupo se han desarrollado cursos de formación en la prevención del acoso para todos los responsables de recursos humanos"*, "Tratamiento …", obra citada, páginas 223 y 224, passim.

la víctima de una plena disponibilidad, ya que, si no consideró aconsejable acudir al procedimiento informal de solución, e incluso si acudió, pero entendió insuficientes las explicaciones ofrecidas o se produjó reiteración de las conductas denunciadas, puede acudir al procedimiento disciplinario. De reiterarse las conductas después de acudir la víctima al procedimiento informal de solución, la infracción se calificará de infracción muy grave.

Si acudimos a los convenios colectivos muestreados, las citas al caso que se pueden hacer –y la verdad sea dicha, no es muy claro, por lo que se dirá, que sean citas al caso- se limitan prácticamente –aparte algunas otras referencias genéricas a las recomendaciones comunitarias como las contenidas en las declaraciones de principios- (1) al Convenio Colectivo de la banca, BOE de 19.7.2006, que inspira la regulación del Plan de Igualdad del Grupo Santander, y (2) al Convenio Colectivo de grandes almacenes, BOE de 27.4.2006, que inspira la regulación del Convenio Colectivo del Grupo Eroski, BOE de 6.6.2006, y del Grupo Champion, BOE de 9.6.2006.

(1) El Convenio Colectivo de la banca, BOE de 19.7.2006, regula, en su artículo 56, rubricado *"prevención de acoso sexual"*, *"(un) procedimiento interno e informal … con independencia de las acciones legales que puedan interponerse ante cualesquiera instancias administrativas o judiciales"*, que, en realidad, es más un procedimiento disciplinario formal que un procedimiento informal de solución, de ahí la presentación de la denuncia *"ante una persona de la dirección de la empresa"*, y la *"inmediata apertura de expediente informativo por parte de la empresa, especialmente encaminado a a averiguar los hechos e impedir la continuidad del acoso denunciado, para lo que se articularán las medidas oportunas al efecto, quedando la empresa exonerada de la posible responsabilidad por vulneración de derechos fundamentales"* –una cuestión que, se diga aquí lo que se diga, decidirán los órganos judiciales-.

La regulación se completa con diversas especificaciones sobre intervención de la representación de trabajadores/as, *"si así lo solicita la persona afectada"* –¿se refiere a la presunta víctima o al agresor?-, sobre la audiencia de los interesados como única formalidad exigible, sobre la práctica de cuantas diligencias sean conducentes al esclarecimiento de lo acaecido, sobre la sustanciación *"en un plazo máximo de 10 días"*, sobre la garantía de *"absoluta confidencialidad y reserva, por afectar directamente a la intimidad y honorabilidad de las personas"*, y, constatado el acoso sexual, sobre la imposición de una sanción, *"siempre que el sujeto activo se halle dentro del ámbito de dirección y organización de la empresa"*.

Por lo demás, el Plan de Igualdad del Grupo Santander es sustancial –cuando no literalmente- semejante, realizando algunas especificaciones adicionales, como la de que *"como medida cautelar previa a la finalización del procedimiento, el Banco podrá arbitrar la separación de denunciante y denunciado, sin que esta medida pueda suponer, en ningún caso, perjuicio en las condiciones de trabajo del denunciante"*, o la de que *"la empresa informará a la comisión de seguimiento del plan sobre los casos de acoso sexual que se hubieran producido, pudiendo intervenir la misma, si así lo considerase la persona afectada"* –se supone la víctima-.

(2) Y el Convenio Colectivo de grandes almacenes, BOE de 27.4.2006, establece, en su artículo 56, rubricado *"medidas preventivas"*, que *"todos los trabajadores tienen derecho a un entorno libre de conductas y comportamientos hostiles o intimidatorios hacia su persona que garantice su dignidad y su integridad física y moral"*, y que *"las personas con responsabilidad de mando tienen la obligación de garantizar las condiciones adecuadas de trabajo en su ámbito de responsabilidad"*, afirmaciones generales a partir de las cuales se detallan varias obligaciones:

a) El establecimiento de un procedimiento y su comunicación a los trabajadores en un año desde la entrada en vigor del convenio colectivo. Tal procedimiento –artículo 57- *"se desarrollará bajo los principios de rapidez y confidencialidad, garantizando y protegiendo la intimidad y la dignidad de las personas objeto de acoso … se garantizarán y respetarán los derechos de las personas implicadas … (y) se creará a nivel de empresa una comisión instructora de tratamiento de situaciones de acoso, con esta u otra denominación, como órgano encargado de la tramitación"*.

De no establecerse en el término de un año, se aplicará el procedimiento establecido en la disposición adicional 5ª, que establece que la comisión instructora de tratamiento de situaciones de acoso *"estará integrada por un médido, un representante del servicio de prevención central y un representante del departamento de personal, todos ellos ajenos al centro de trabajo en el cual se haya producido la situación"*. La extracción de los miembros no garantiza la intervención sindical de la representación de trabajadores/as, ni se habla del sexo de sus componentes.

El procedimiento comienza con una solicitud de intervención de la presunta víctima dirigida a esa comisión, que le presentará a ésta, al médico de empresa o a la representación del personal, y que será por escrito, correo certificado o cualquier otro medio establecido por la comisión, iniciando ésta una fase instructora para esclarecimiento de los hechos, con audiendcia de todos los intervinientes, incluidos los representantes de personal, y practicando las diligencias necesarias, a desarrollar, en un máximo de 30 días, con principios de confidencialidad, rapidez, contradicción e igualdad.

Por lo demás, la fase instructora puede concluir con la constatación del acoso, en cuyo caso se trasladará *"al responsable del departamento de personal al objeto de que éste adopte las medidas correctoras oportunas, aplicando las sanciones legales correspondientes"*, o no, en cuyo caso *"se*

archivará el expediente … (y) en la medida (en) que lo permita la organización del trabajo, se estudiará la viabilidad de cambios de puesto de trabajo, facilitando el cambio de puesto de trabajo si el trabajador afectado lo solicita y es aconsejado por el servicio médico de empresa”.

b) El establecimiento de los mecanismos de detección de posibles riesgos psicosociales y, en su caso, su evaluación, promoviendo la detección precoz de situaciones de riesgo a través de vigilancia de la salud.

c) La incorporación de las acciones formativas de todo el personal de ingreso, e información relativa a las materias que aborda el procedimiento.

Tal regulación inspira la regulación del artículo 42 del Convenio Colectivo del Grupo Eroski, BOE de 6.6.2006, y de los artículos 47 y 48 del Convenio Colectivo del Grupo Champion, BOE de 9.6.2006, aunque ninguno detalla el procedimiento específico de actuación. El del Grupo Eroski sí que aclara que ese procedimiento específico de actuación *“(se establecerá) en paralelo a los sistemas de géstión de conflictos interpersonales que existen en la organización … se desarrollará bajo los principios de seriedad, rapidez y confidencialidad, garantizando y protegiendo la intimidad y la dignidad de las personas objeto de acoso … (y) hará suyo el modelo establecido en el Código de Conducta Europeo para la prevención del acoso, estableciendo procedimientos simples, imparciales y claros para formular quejas o reclamaciones, creando las instancias internas de mediación y/o arbitraje oportunas, y garantizando y respetando, en todo caso, los derechos de las personas implicadas”*.

A la vista de estas regulaciones, se comprenderá que, a pesar de catalogarse como medidas preventivas tanto en el convenio de la banca como en el de grandes almacenes, estamos ante procedimientos que se inclinan –sobre todo el de banca- hacía la sanción, aunque es verdad que, en sus no muy informales regulaciones, aparecen algunos resquicios –y

especialmente la garantía de confidencialidad, o la existencia, en el de grandes almacenes, de una fase previa de instrucción ante un órgano con intervención de médicos/as y prevencionistas- que pueden facilitar soluciones de carácter convencional, las cuales, en todo caso, sólo serían factibles cuando se tratase de hechos que no tuviesen trascendencia penal y, simultáneamente, cuando el arreglo fuese a la libre instancia de la víctima.

g) La sanción del acoso sexual y del acoso sexista.

Mientras las anteriores cláusulas negociales relativas al acoso sexual y al sexista no aparecen en la totalidad de la muestra de convenios colectivos, las relativas a la sanción disciplinaria sí aparecen en su casi totalidad, de ahí que sean no pocos los convenios colectivos donde la única referencia a la cuestión del acoso sexual y sexista sea, justamente, en materia disciplinaria. Y al momento de extraer conclusiones generales sobre las abundantes tipificaciones, sin duda la más destacada es la gravedad de la sanción, porque siempre todas o alguna de las conductas de acoso sexual o sexista se encuentran entre las infracciones con sanciones muy graves. Justamente, la existencia de una distinción entre los convenios colectivos donde todos los acosos son muy graves, y aquellos donde hay más campo calificador, aparece como la otra conclusión general destacada. Así las cosas, se pueden establecer las siguientes categorías de convenios colectivos atendiendo a la sanción disciplinaria –y, a los efectos de evitar reiteraciones innecesarias, me limitaré a la cita de los de sector estatal-:

1º. Un primer grupo de convenios se limitan, en efecto, a calificar el acoso sexual –y, en su caso, sexista- como infracciones muy graves, sin establecer criterios en orden a la proporcionalidad de la sanción. Por ejemplo, califican el acoso sexual como muy grave –sin mayores detalles-

el artículo 47 del Convenio Colectivo estatal de empresas de mensajería, BOE de 12.12.2006, el artículo 47 del III Convenio Colectivo sectorial de las cadenas de tiendas de conveniencia, el artículo 53 del Convenio Colectivo de banca, BOE de 16.8.2007, el artículo 17 del Convenio Colectivo de la industria química, BOE de 29.8.2007, el artículo 92 del Convenio Colectivo de ámbito estatal para las industrias extractivas, industrias del vidrio, industrias cerámicas y para las del comercio exclusivista de estos materiales, BOE de 31.8.2007, el artículo 52 del Convenio Colectivo del sector de harinas panificables y sémolas, BOE de 3.9.2007, el artículo 66 del IV Convenio Colectivo general del sector de derivados del cemento, BOE de 18.10.2007, el artículo 63 del Convenio Colectivo de ámbito estatal del sector de mediación en seguros privados, BOE de 22.10.2007, el artículo 37 del Convenio Colectivo estatal del sector de desinfección, desinsectación y desratización, BOE de 7.11.2007, el artículo 63 del Convenio Colectivo estatal para las empresas y trabajadores de transporte de enfermos y accidentes en ambulancia, BOE de 16.11.2007, el artículo 54 del Convenio Colectivo estatal de la madera, BOE de 7.12.2007, o el artículo 23 del III Convenio Colectivo estatal de la madera, BOE de 7.12.2007. Incluso algún convenio contiene la aclaración de referirse de manera expresa tanto el chantaje sexual como el acoso ambiental –es el caso del artículo 35 del I Convenio Colectivo estatal de empresa de reparto sin direccionar, BOE de 17.7.2007-, o implícita al tipificar ambas clases de acoso sexual –es el caso del artículo 51 del II Convenio Colectivo estatal para las empresas de gestión y mediación inmobiliaria, BOE de 13.1.2007, o del artículo 36 del Convenio Colectivo marco para los establecimientos financieros de crédito, BOE de 4.9.2007-.

2º. Dentro de este primer grupo de convenios, algunos exasperan la sanción al extremo de prever como única posible el despido disciplinario –

es el caso, por ejemplo, del artículo 58 del III Convenio Colectivo sectorial, de ámbito estatal, de las Administraciones de Loterías, BOE de 19.7.2006-.

3º. También dentro de este primer grupo de convenios, otros, aún calificando el acoso sexual –y, en su caso, sexista- como infracciones muy graves, establecen unos criterios para la imposición de la sanción, que permiten reservar la sanción más grave de las infracciones muy graves –por definición, la sanción de despido disciplinario- a los que sean más graves. Al respecto, los criterios más utilizados a estos efectos de calificación, son:

a) El prevalimiento de una posición jerárquica –por ejemplo, aparece este criterio como agravante en artículo 25 del Convenio Colectivo de ámbito nacional de distribuidores cinematográficos y sus trabajadores, BOE de 28.3.2006, artículo 64 del Convenio Colectivo de grandes almacenes, BOE de 27.4.2006, artículo 55 del IV Convenio Colectivo marco estatal de servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal, BOE de 4.8.2006, artículo 43 del II Convenio Colectivo estatal de instalaciones deportivas y gimnasios, BOE de 6.9.2006, artículo 63 del Convenio Colectivo de ámbito estatal del sector de mediación en seguros privados, BOE de 22.10.2007-.

Un ejemplo destacable es el artículo 49 del Convenio Colectivo nacional de mataderos de aves y conejos, BOE de 6.7.2007, que, en vez de agravación, establece una sanción disciplinaria especial de inhabilitación para el ejercicio de funciones de mando o de cargos con responsabilidades.

b) La especial menestoridad de la víctima, como cuando la víctima resulta un/a trabajador/a con contrato no indefinido –por ejemplo, aparece este criterio como agravante en el artículo 55 del IV Convenio Colectivo marco estatal de servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal, BOE de 4.8.2006-.

c) La represalia contra quien denunció –por ejemplo, aparece este criterio como agravante en el artículo 55 del IV Convenio Colectivo marco estatal de servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal, BOE de 4.8.2006, y el artículo 62 del Convenio Colectivo estatal de elaboradores de productos cocinados para su venta a domicilio, BOE de 17.1.2007, matizando la posibilidad de imponer una nueva sanción en consonancia con la conducta de represalia-.

4º. Un segundo grupo de convenios amplian las posibilidades de recorrido de la sanción disciplinaria introduciendo criterios de distinción entre los comportamientos de acoso sexual –y, en su caso, sexista- tipificados como infracciones muy graves, y los como infracciones graves. Por ejemplo, los artículos 17 y 18 del Acuerdo Estatal del sector del metal, BOE de 4.10.2006, tipifican como infracción grave *"cualquier atentado contra la libertad sexual de los/as trabajadores/as que se manifieste en ofensas verbales o físicas, falta de respeto a la intimidad o la dignidad de las personas"*, y reservándose la tipificación como infracción muy grave para *"los atentados contra la libertad sexual que se produzcan aprovechándose de posición de superioridad laboral, o se ejerzan sobre personas especialmente vulnerables por su situación personal o laboral"*.

5º. Fuera de esta clasificación, están aquellos convenios –una minoría- que, aunque contemplan el acoso sexual –y, en su caso, sexista-, sin embargo no contienen una tipificación expresa, de donde se ha de acudir a otras infracciones disciplinarias, como los malos tratos o el abuso de autoridad. Es el caso del Convenio Colectivo general de trabajo de la industria textil y de la confección, BOE de 4.1.2007, del Convenio Colectivo, de ámbito estatal, para las industrias del arroz, BOE de 12.9.2007, o del Convenio Colectivo de ámbito estatal para las industrias del curtido, correas y cueros industrailes y curtición de pieles para peletería, BOE de 30.11.2007. Incluso algún convenio incluye el acoso

sexual como una forma de abuso de autoridad, lo cual excluye –debemos entender lo excluye sólo de esta concreta tipificación, sin perjuicio de poder acudir a otras de igual o menor gravedad- al acoso horizontal y al vertical ascendente –es el caso del artículo 72 del Convenio Colectivo general de la industria salinera, BOE de 19.10.2006, o el caso del artículo 61 del Convenio Colectivo de perfumerías y afines, BOE de 23.8.2007-.

¿Qué opción negocial es la más adecuada?. Ciertamente, la opción negocial de calificar el acoso sexual como infracción muy grave sin establecer criterios en orden a la proporcionalidad de la sanción, presenta la ventaja de evitar la degradación arbitraria de la sanción del acoso sexual grave por parte de las empresas. Ahora bien, si el acoso sexual no es grave, el empresario, al no poder imponer una sanción proporcional a la gravedad de la conducta, tenderá a dejarlo impune, lo cual es otro riesgo importante. De ahí que lo mejor sea establecer un abanico más amplio de posibilidades sancionadoras –bien tipificando acosos graves, o bien ampliando las posibilidades de sanción de las infracciones muy graves-, y, al mismo tiempo –y a los efectos de evitar degradaciones arbitrarias-, precisar muy bien cuáles son los criterios de diferenciación de los tipos graves y muy graves, y, dentro de los muy graves, las circunstancias que operan como cirucnstancia agravantes. Todo lo cual, y desde la perspectiva de los principios inspiradores del derecho sancionador, no es más que una consecuencia lógica de la tipicidad y la proporcionalidad de las sanciones.

h) Garantías de procedimiento.

La última modalidad de cláusulas negociales sobre acoso sexual y sexista se refieren a las garantías del procedimiento disciplinario, que buscan facilitar el ejercicio de los derechos de las personas implicadas, y,

en particular, de las víctimas, en relación con la imposición de sanción disciplinaria al agresor. Tales garantías llegarían a configurar, de aceptarse en su totalidad, una modalidad especial de procedimiento disciplinario, donde, además, se podrían integrar intentos de arreglo a solicitud siempre de la persona denunciante, salvo en los supuestos de tratarse de un acoso con trascendencia penal. Y eso es lo que ocurre con los procedimientos regulados –y estudiados más arriba- en (1) el Convenio Colectivo de la banca, BOE de 19.7.2006, que inspira la regulación del Plan de Igualdad del Grupo Santander, y (2) el Convenio Colectivo de grandes almacenes, BOE de 27.4.2006, que inspira la regulación del Convenio Colectivo del Grupo Eroski, BOE de 6.6.2006, y del Grupo Champion, BOE de 9.6.2006.

Pero los convenios colectivos suelen acoger solamente alguna o algunas garantías de procedimiento, sin llegar a configurar una modalidad especial de procedimiento disciplinario, y menos aún de integrar intentos de arreglo a solicitud siempre de la persona denunciante salvo en los supuestos de tratarse de un acoso con trascendencia penal. Y entre las garantías de procedimiento rastreadas, se encuentran todas las siguientes –y de nuevo aquí nos limitaremos a los convenios colectivos de sector estatal-:

1ª. La canalización de las denuncias no sólo a través de la jefatura de la empresa o de la dirección de personal –en la cual, además, pueden estar integrados los agresores directos, o quienes consienten la situación-, sino adicionalmente a través de la representación del personal –como es el caso del artículo 25 del Convenio Colectivo de ámbito nacional de distribuidores cinematográficos y sus trabajadores, BOE de 28.3.2006, del artículo 106 del Convenio Colectivo general de trabajo de la industria textil y de la confección, BOE de 4.1.2007, del artículo 61 del Convenio Colectivo de perfumería y afines, BOE de 23.8.2077, o del artículo 105 del Convenio Colectivo de ámbito estatal para las industrias del curtido, correas y cueros industriales y curtición de pieles para peletería, BOE de 30.11.2007-.

2ª. La apertura de expediente contradictorio como consecuencia inmediata de la denuncia de la presunta víctima –artículo 72 del Convenio Colectivo general de la industria salinera, BOE de 19.10.2006, y artículo 61 del Convenio Colectivo de perfumería y afines, BOE de 23.8.2077-.

3ª. La puesta en concocimiento de la representación del personal o, en su defecto, de la comisión paritaria del convenio colectivo, si se produjese algún caso de acoso sexual, abriendo cauces de investigación y asesorando a la persona afectada de las actuaciones legales que sean precisas para su defensa –artículo 60 del III Convenio Colectivo sectorial de ámbito estatal de las Administraciones de Loterías, BOE de 19.7.2006-.

4ª. La intrucción del procedimiento, recabando datos con rapidez y sigilo, conjuntamente por la dirección de la empresa y la representación del personal –artículo 58 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 de 31.8.2007-.

5ª. La separación de víctima y agresor como medida cautelar, y siendo el agresor el que se trasladará –artículo 23 del Convenio Colectivo de ámbito estatal para las industrias del arroz, BOE de 12.9.2007-.

6ª. El establecimiento de plazos máximos de tramitación del expediente –de 10 días en el artículo 106 del Convenio Colectivo general de trabajo de la industria textil y de la confección, BOE de 4.1.2007-.

7ª. La garantía de confidencialidad –artículo 60 del III Convenio Colectivo sectorial de ámbito estatal de las Administraciones ed Loterías, Boe de 19.7.2006, artículo 106 del Convenio Colectivo general de trabajo de la industria textil y de la confección, BOE de 4.1.2007, y artículo 35 del I Convenio Colectivo estatal de empresas de reparto sin direccionar-.

8ª. La garantía de continuidad en el puesto de trabajo de la persona víctima –artículo 61 del XV Convenio Colectivo de la industria química,

BOE de 29.8.2007-, y de traslado del agresor –artículo 23 del Convenio Colectivo de ámbito estatal para las industrias del arroz, BOE de 12.9.2007-, la garantía de no pérdida del empleo –artículo 105 del Convenio Colectivo de ámbito estatal para las industrias del curtido, correas y cueros industriales y curtición de pieles para peletería, BOE de 30.11.2007-, o, más en general, la protección frente a represalias –artículo 35 del I Convenio Colectivo estatal de empresas de reparto sin direccionar-.

i) Algunas consideraciones finales.

Tanto con carácter general como especialmente cuando se habla de negociación colectiva, la lucha contra el acoso sexual –y, por extensión, el acoso sexista- ha partido de la nada –es decir, de la tolerancia social de la conducta-, ha seguido un camino lento –al enfrentarse a muchas resistencias ideológicas-, y aún no ha concluido en la inexorable dirección de dignidad de las personas –única dirección posible hablando de derechos fundamentales-. De este modo, nos encontramos en un proceso evolutivo, que se ha iniciado en 1989, y que nos deberá conducir a la regulación del acoso sexual –y, por extensión, del acoso sexista- en la totalidad de los convenios colectivos, estableciendo cláusulas conceptuales, declaraciones de principios, mecanismos de prevención, sanciones disciplinarias y garantías de procedimiento, adaptadas a la realidad del convenio colectivo.

Las definiciones de acoso sexual son relativamente frecuentes en la negociación colectiva, aunque, desafortunadamente, no comprenden la totalidad de los convenios colectivos, ni siquiera la totalidad de los convenios colectivos con referencias al acoso sexual, que a veces limitan esas referencias a recoger tales conductas como infracciones, pero sin conceptuarlas. Más inusuales son las referencias al acoso por razón de sexo

como consecuencia de su más reciente implantación en nuestro ordenamiento jurídico interno, con la adicional circunstancia de que, como ocurría con el acoso sexual, algunos convenios colectivos se limitan a recoger tales conductas como infracciones, pero tampoco las conceptúan.

Las declaraciones de principios sobre tolerancia cero del acoso sexual –y, por extensión, del acoso sexista-, debidamente publicadas, son un elemento fundamental dentro de una política empresarial de lucha contra el acoso sexual –y, por extensión, contra el acoso sexista-. Tales declaraciones se pueden realizar por la sóla voluntad del empresario, adoptando la fórmula de códigos de conducta, o se pueden integrar en la negociación colectiva, manifestándose a través de los convenios colectivos. Sin embargo, no son muchos, de entre la muestra de convenios colectivos, los que contengan declaraciones de principios, lo cual deberá ser criticado.

También los mecanismos de prevención –como el procedimiento informal de solución- aparecen en un número irrelevante de la muestra, y, aún en esos casos, las referencias adolecen de una escasa concreción y denotan desconocimiento de los fines preventivos. Sin duda alguna, una causa de esa situación, manifiestamente mejorable, son las dificultades de concreción de los mecanismos de prevención de los riesgos psicosociales como el acoso sexual y sexista. Pero también se encuentran otros factores, como la tendencia a formalizar el conflicto y a las respuestas sancionadoras –que dificultan la instauración de un auténtico procedimiento informal de solución-, una tendencia que se considera propia de nuestra cultura jurídica –aunque aquí se podría discutir sobre si es una tendencia propia del sistema español o, más en general, es típica de todas las sociedades androcéntricas-.

Mientras las anteriores cláusulas negociales relativas al acoso sexual y al sexista no aparecen en la totalidad de la muestra de convenios colectivos, las relativas a la sanción disciplinaria sí aparecen en su casi

totalidad, de ahí que sean no pocos los convenios colectivos donde la única referencia a la cuestión del acoso sexual y sexista sea, justamente, en materia disciplinaria. Y al momento de extraer conclusiones generales sobre las abundantes tipificaciones, sin duda la más destacada es la gravedad de la sanción, porque siempre todas o alguna de las conductas de acoso sexual o sexista se encuentran entre las infracciones con sanciones muy graves. Justamente, la existencia de una distinción entre los convenios colectivos donde todos los acosos son muy graves, y aquellos donde hay más campo calificador, aparece como la otra conclusión general destacada.

La última modalidad de cláusulas negociales sobre acoso sexual y sexista se refieren a las garantías del procedimiento disciplinario, que buscan facilitar el ejercicio de los derechos de las personas implicadas, y, en particular, de las víctimas, en relación con la imposición de sanción disciplinaria al agresor. Tales garantías llegarían a configurar, de aceptarse en su totalidad, una modalidad especial de procedimiento disciplinario, donde, además, se podrían integrar intentos de arreglo a solicitud siempre de la persona denunciante, salvo en los supuestos de tratarse de un acoso con trascendencia penal. Pero, sin embargo, los convenios colectivos suelen acoger solamente alguna o algunas garantías de procedimiento, sin llegar a configurar una modalidad especial de procedimiento disciplinario.

CAPÍTULO DÉCIMO

ACOSO MORAL

SUMARIO: I. EL ACOSO MORAL, DE LA TOLERANCIA SOCIAL A LA IDENTIFICACIÓN CLÍNICA Y A LA PROTECCIÓN JURÍDICA: a) Las elaboraciones clínicas de Leymann y de Hirigoyen. b) El concepto en la doctrina científica española. c) El concepto en la aplicación judicial española. d) El abordaje parcial en la legislación española. **II. EL ACUERDO MARCO EUROPEO SOBRE ACOSO Y VIOLENCIA EN EL LUGAR DE TRABAJO. III. PODERES EMPRESARIALES Y NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN LA PREVENCIÓN Y EN LA SANCIÓN DEL ACOSO MORAL. IV. EL TRATAMIENTO DEL ACOSO MORAL EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA:** a) El concepto de acoso moral. b) La respuesta negocial preventiva y sancionadora frente al acoso moral. c) Algunas consideraciones finales.

I. EL ACOSO MORAL, DE LA TOLERANCIA SOCIAL A LA IDENTIFICACIÓN CLÍNICA Y A LA PROTECCIÓN JURÍDICA.

Aunque no sería difícil rastrear casos de acoso moral en la Historia de la Humanidad, lo cierto es que se trata de una forma de violencia de reciente identificación clínica, y aún más tardía contemplación jurídica, que, en un momento inicial, se ha canalizado por la doctrina científica y por la aplicación judicial a través de las normas generales frente a actos contrarios a Derecho, y que, en un momento posterior, se plasmará en normas específicas antiacoso, si bien ello aún no ha ocurrido de manera completa en España. Pero en Europa sí se ha producido recientemente una regulación a través del Acuerdo Marco Europeo sobre acoso y violencia en el lugar de trabajo. El análisis de las elaboraciones clínicas –en la Letra a)-, de la

doctrina científica española –en la Letra b)-, de la aplicación judicial española –en la Letra c)-, y de la situación legal española –en la Letra d)-, a los efectos de determinar qué es y qué no es acoso moral, y el análisis del Acuerdo Marco Europeo –en el Epígrafe II-, nos servirán de antesala para estudiar la implicación de poderes empresariales y negociación colectiva en la prevención y en la sanción del acoso moral –en el Epígrafe III- y el tratamiento del acoso moral en negociación colectiva –en el Epígrafe IV-.

a) Las elaboraciones clínicas de Leymann y de Hirigoyen.

Quienes identificaron el fenómeno del mobbing fueron los etólogos al constatar como ciertas especies de animales, agrupadas en manadas, hostigaban a sus individuos más débiles con la intención de expulsarlos. La denominación *"mobbing"*, que proviene de *"mob"*, o multitud, evoca muy directamente la idea de presión del grupo. El fenómeno lo trasladó a las relaciones humanas Heinz Leymann (Mobbing, Editorial Seuil, Paris, 1996), cuya definición de mobbing la construye sobre diversos elementos:

a) Una serie de actos hostiles que valorados individualmente pudieran ser anodinos, pero que, por su sistematicidad –se realizan por uno o unos pocos sujetos contra un solo sujeto-, recurrencia –una vez a la semana- y prolongación –a lo menos 6 meses-, resultan muy perniciosos.

b) Se enumeran 45 actos hostiles que se clasifican en 5 grupos: la privación a la víctima de la posibilidad de expresarse; la separación de su entorno para restarle apoyo social; el descrédito de la víctima ante sus compañeros; el comprometer su situación profesional; el ataque a la salud.

c) La realización de esos actos hostiles con la sistematicidad, recurrencia y prolongación descritas –con lo cual se excluyen los conflictos aislados- se acaba traduciendo en problemas psícosomáticos, el estrés a los seis meses, la ansiedad al año y más de dos años trastornos de personalidad.

Una aproximación algo diferente la realiza la victimóloga francesa Marie-France Hirigoyen (El acoso moral, Ediciones Paidós Ibérica, Barcelona, 1999), al vincular el fenómeno del acoso moral a la perversidad humana, lo cual le lleva a delimitar el concepto de un modo algo diferente:

a) Si bien se descarta una sola agresión como constitutiva de acoso moral, se rechazan umbrales temporales fijos, considerando que, en ocasiones, la especial gravedad de los actos hostiles es decisiva para la existencia de acoso moral en periodos temporales inferiores a seis meses.

b) La perversidad del sujeto agresor se manifiesta, no sólo en la dosificación de la gravedad y recurrencia de los actos hostiles, sino además en la construcción de una relación asimétrica de dominación psicológica para someter a la víctima, pudiendo concluir en un asesinato psicológico.

Tales aproximaciones al fenómeno del mobbing o, utilizando una expresión menos anglosajona, acoso moral, no son exactamente idénticas. La de Leymann incide más en los datos objetivos y la de Hirigoyen incide más en los datos subjetivos. Ninguna se debe tomar como dogma de fe en la protección jurídica, debiéndose considerar diferentes aproximaciones a un mismo fenómeno cuya identificación obliga a su utilización combinada.

La incidencia exagerada en los datos objetivos podría descartar, por ejemplo, el acoso cuando la situación no dura, a lo menos, seis meses mientras otras evidencias nos están conduciendo a una situación perversa. Al mismo tiempo, obligar a la demostración plena de los datos subjetivos podría dificultar la prueba de la situación de acoso de una manera importante. En consecuencia, es importante retener la imposibilidad de trasladar miméticamente las elaboraciones clínicas a la protección jurídica.

b) El concepto en la doctrina científica española.

No transcurrió demasiado tiempo desde la identificación clínica del acoso moral, que levanto un cierto revuelo mediático, hasta la aparición de los primeros estudios jurídicos y la interposición de las primeras reclamaciones judiciales, ambos hitos acaecidos alrededor del año 2000. Desde entonces, y parecidamente a lo ocurrido con la aplicación judicial, los análisis jurídico laborales han formado un importante cuerpo de doctrina[783]. Basándonos en tal doctrina, los elementos habitualmente usados para delimitar el concepto de acoso moral resultan los siguientes:

1º. El elemento esencial es la reiteración de actos que, aunque aisladamente sean legítimos o neutros, suponen, apreciados en su conjunto, un ataque a la dignidad de la víctima. La reiteración es decisiva, de modo que un acto aislado sin efectos permanentes puede ser ilegítimo, pero no es un acoso moral, y, por lo tanto, sus vías de protección serán otras distintas. Ahora bien, la reiteración se debe conjugar con la gravedad de los actos y con las demás circunstancias concurrentes para evitar excluir el acoso moral atendiendo a criterios prefijados de reiteración o duración temporal.

De este modo, la reiteración de actos, sean legítimos o ilegítimos, que suponen, apreciados en su conjunto, un ataque a la dignidad de la víctima es el elemento esencial del acoso moral desde la perspectiva de la

[783] De entre los estudios pioneros destacar los de Beatriz AGRA VIFORCOS / Roberto FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ / Rodrigo TASCÓN LÓPEZ, "El acoso moral en el trabajo (mobbing): análisis sobre la limitada respuesta jurídica a un antiguo problema de reciente estudio y futura solución legal", Revista de Trabajo y Seguridad Social, Números 233-234, 2002, de Pablo ARAMENDI SÁNCHEZ, "Acoso moral: su tipificación jurídica y su tutela judicial", Aranzadi Social, Número 2, 2002, de Faustino CAVAS MARTÍNEZ, "El acoso moral en el trabajo (mobbing): delimitación y herramientas jurídicas para combatirlo", Actualidad Jurídica Aranzadi, Número 555, 2002, de María Fernanda FERNÁNDEZ LÓPEZ, "El acoso moral en el trabajo, ¿una nueva forma de discriminación", Revista de Derecho Social, Número 19, 2002, y de Cristóbal MOLINA NAVARRETE, "La tutela frente a la violencia moral en los lugares de trabajo: entre prevención e indemnización", Aranzadi Social, Número 18, 2002. A formato libro –y pidiendo disculpas por las involuntarias omisiones- se citarán el de Beatriz AGRA VIFORCOS / Roberto FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ / Rodrigo TASCÓN LÓPEZ, "La respuesta jurídico-laboral frente al acoso moral en el trabajo", Ediciones Laborum, Murcia, 2004, el de Manuel CORREA CARRASCO (coordinador), "Acoso moral en el trabajo. Concepto, prevención, tutela procesal y reparación de daños", Editorial Aranzadi, Pamplona, 2006, el de María José ROMERO RÓDENAS, "Protección frente al acoso en el trabajo", Editorial Bomarzo, Albacete, 2004 (1ª y 2ª edición) y 2005 (3ª edición), el de Raquel SERRANO OLIVARES, "El acoso moral en el trabajo", Consejo Económico y Social, Madrid, 2005, y el de Ruth VALLEJO DACOSTA, "Riesgos psicosociales: prevención, reparación y tutela sancionadora", Editorial Aranzadi, Pamplona, 2005. Las citas se han limitado a las obras de la doctrina iuslaboralista.

protección jurídica. No es necesaria, en consecuencia, la gravedad de los actos aislados en sí mismos considerados si lo son en su conjunto. Tampoco es necesaria la producción de daños en la salud de la víctima, bastando la lesión en su dignidad, sirviendo los daños en su salud a otros efectos jurídicos –por ejemplo, a efectos de cuantificar indemnizaciones-.

2º. Se ha discutido en la doctrina científica acerca del elemento subjetivo del acoso moral –el ánimo de dañar-, que hay quien considera esencial y que hay quien considera accidental. Probablemente, la discusión se ha desenfocado. El ánimo de dañar es esencial del acoso moral, y, en un plano teórico, es lo que lo distingue de otros riesgos psicosociales. Ahora bien, no es necesaria, en un plano práctico, la prueba específica del ánimo de dañar. La sistematicidad de la reiteración delataría esa intención, y ello nos conduciría a la no necesidad de acreditarla de una manera específica.

3º. La reiteración de actos, sean legítimos o ilegítimos, que suponen, apreciados en su conjunto, un ataque a la dignidad de la víctima se puede dar entre uno o varios sujetos agresores y uno o varios sujetos víctima, y es indiferente que aquéllos sean superiores jerárquicos –acoso vertical descendente-, compañeros de trabajo –acoso horizontal-, e incluso inferiores jerárquicos –acoso vertical ascendente-, o terceros relacionados con la empresa –como clientes o proveedores-, siempre que se produzca en el ámbito de organización de la empresa y ésta deba, por tanto, prevenirlo.

4º. Para acabar de conceptuar el acoso moral se le suele distinguir de otros riesgos psicosociales. La existencia de una intención de humillación lo distingue del estrés laboral y otras patologías como el *"burn-out"*, o síndrome de estar quemado característico de trabajos con elevadas exigencias y escasas satisfacciones, la *"work-addiction"*, o gripe del yuppie, o adicción al trabajo, o el *"tecnoestrés"*, o dificultad de adaptación

a nuevas tecnologías. Tampoco se debe confundir con el autoritarismo en la organización del trabajo, aunque éste sea caldo de cultivo del acoso moral.

El acoso sexual –que también es un acoso discriminatorio- y los acosos discriminatorios no son, a nuestro juicio, especies del acoso moral, sino un punto de intersección entre la discriminación y el acoso moral. Tanto se pueden calificar de acoso moral con específica intencionalidad discriminatoria, como de discriminaciones con específica manifestación a través de la violencia física o psicológica. No se olvide esta circunstancia que nos permitirá entender los paralelismos existentes y las diferencias apreciables entre los mecanismos de protección jurídica de estas conductas.

c) El concepto en la aplicación judicial española.

Algo antes incluso del abordaje doctrinal, la justicia laboral ya se enfrentara a demandas sobre acoso moral, generando desde entonces un importante cuerpo de doctrina. En lo relativo a los conceptos, que es la que aquí nos interesa, suele reiterar las definiciones clínicas o doctrinales. Por ello, nos parece más fructífero abordar la perspectiva conceptual desde la óptica de los indicios habitualmente usados para considerar la existencia de un acoso moral. Se trata, en efecto, de una jurisprudencia de indicios, no de pruebas directas, que valora conjuntamente, en cada caso, los datos objetivos y subjetivos de manera complementaria y en análisis conjunto. Y los indicios más significativos –no exhaustivos- habitualmente usados son:

- La existencia de los actos típicos de hostigamiento de conformidad con las construcciones teóricas de los estudiosos de las ciencias sociales, como el descrédito, el ninguneo, la situación de ambigüedad de los roles en la cual el/a trabajador/a no conoce exactamente sus funciones, el insulto directo, el cometer injusticias, el propagar bulos o el aislamiento social.

- La reiteración, la persistencia, la proximidad temporal y la conexión lógica en el tiempo de los comportamientos probados, obligando a determinar si, desde una valoración conjunta de las conductas, éstas sólo se entienden dentro de un plan perverso, o pudieran tener otras justificaciones.

- La naturaleza diversa de los comportamientos probados, ya que, si las conductas aún siendo diversas inciden siempre sobre la víctima, de esa diversidad se podría deducir, de una manera razonable, un intento de camuflar la finalidad destructiva del acosador sobre la víctima del acoso.

- La existencia de un conflicto manifiesto, ya que, aunque no es un indicio decisivo porque no todo conflicto es manifestación de un acoso moral y porque el acoso moral puede no manifestarse como un conflicto, la existencia de un conflicto manifiesto vale como un indicio significativo.

- La existencia de un trato distinto hacia el/a trabajador/a con respecto a otros empleados o la afectación individualizada de determinadas circunstancias, órdenes o condiciones de trabajo o de su modificación, o sea, la idoneidad lesiva del acto en relación con la dignidad de la víctima.

- La existencia de patologías u otros posibles efectos sobre el sujeto pasivo como consecuencia de los comportamientos probados, otro indicio muy significativo, en la medida en que, siendo el efecto buscado por quien acosa, su aparición es indicio de que efectivamente existe una perversión.

Ninguno de los indicios –ni estos ni otros susceptibles de aparición conforme a la infinita casuística- deberán ser considerados como indicios decisivos –aunque alguno pueda serlo en un caso en concreto-, siendo lo determinante la valoración, en cada caso concreto, de los datos objetivos y los datos subjetivos de manera complementaria y en análisis conjunto. El juez laboral cobra, dentro de este contexto, un importante protagonismo, debiendo deslindar entre lo que es acoso moral y lo que no es acoso moral.

d) El abordaje parcial en la legislación española.

Aunque la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas Administrativas, Financieras y del Orden Social, ha recogido –en su artículo 28- un concepto de acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual –siguiendo lo establecido en la Directiva 2000/43/CE, de 29 de junio de 2000, y en la Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre de 2000-, y aunque la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, de Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres, ha recogido –en su artículo 7- un concepto de acoso sexual y de acoso por razón de sexo –siguiendo lo establecido en la Directiva 2002/73/CE, de 23 de septiembre de 2002-, tales conceptos no se corresponden con el concepto de acoso moral, y ello aunque algunos de sus elementos coincidirán con los elementos característicos del acoso moral.

Por lo tanto, y aún hoy día, seguimos sin disponer de un concepto legal con carácter general de acoso moral a efectos laborales, a diferencia de lo que ocurre, por poner ejemplos, en Suecia, Francia, Bélgica o Italia[784].

Sí encontramos conceptos de acoso moral en la negociación colectiva, como tendremos ocasión de analizar a lo largo de este Capítulo. Y, lo que es aún más importante, en el Acuerdo Interconfederal sobre Negociación Colectiva para el año 2008, se acuerda incorporar, a través de un Anexo IV, el Acuerdo Marco Europeo sobre acoso y violencia en el lugar de trabajo, estableciendo que, en su aplicación, "*transmitimos a los negociadores y a los distintos representantes empresariales y sindicales su contenido, adaptándolo a la realidad española … para favorecer la mejora*

[784] Un interesante análisis de los conceptos legales de acoso moral vigentes en Suecia, Francia, Bélgica o Italia lo ha abordado Manuel CORREA CARRASCO, "El concepto jurídico de acoso moral en el trabajo", dentro de la obra colectiva, que el mismo ha dirigido, "Acoso …", obra citada, páginas 73 a 79.

de las condiciones de trabajo y el buen funcionamiento de la empresa". Los negociadores colectivos están así cubriendo las lagunas del legislador.

II. EL ACUERDO MARCO EUROPEO SOBRE ACOSO Y VIOLENCIA EN EL LUGAR DE TRABAJO.

El Acuerdo Marco Europeo sobre acoso y violencia en el lugar de trabajo, firmado el 26 de abril de 2007, y suscrito por UNICE, UEAPME, CEEP y ETUC, incluyendo el Grupo de Enlace CEC / Eurocuadros, es, hasta el momento, el texto normativo sobre acoso moral más relevante en el ámbito comunitario. Se estructura en cinco capítulos. El primero es una "*introducción*". El segundo fija el "*objetivo*". El tercero contiene una "*descripción*" de los fenómenos de acoso y violencia. El cuarto se refiere a "*prevención, identificación y gestión de los problemas de acoso y violencia*". Y en el quinto se regula la "*puesta en práctica y seguimiento*". Pasemos al análisis de los diversos capítulos del Acuerdo Marco Europeo.

(1) El primer capítulo es una "*introducción*" que comienza declarando que "*el respeto mutuo por la dignidad de los demás a todos los niveles dentro del lugar de trabajo e una de las características dominantes de las organizaciones con éxito (y) por eso el acoso y la violencia son inaceptables*", de donde los firmantes "*los condenan en todas sus formas*", y "*consideran que es de interés mutuo de empleadores y trabajadores ocuparse de esta cuestión que puede tener serias consecuencias sociales y económicas*". Además, se alude al "*deber de los empleadores de proteger a los trabajadores contra el acoso y la violencia en el lugar de trabajo*".

Tales referidas formas de acoso y violencia "*pueden ser físicas, psicológicas o sexuales, pueden ser un solo incidente o patrones más sistemáticos de comportamiento, ser entre compañeros, entre superiores y subordinados o por terceros tales como clientes, pacientes, alumnos,*

etcétera, (y) variar desde casos de menor importancia de comportamiento irrespetuoso a actos más serios, incluyendo las ofensas penales, que requieren la intervención de las autoridades". Se trata, en consecuencia, de una perspectiva amplia del fenómeno del acoso y la violencia en el trabajo, incluyendo las formas de acoso contempladas en las Directivas 2000/43/CE, 2000/78/CE y 2002/73/CE –acosos sexual y discriminatorios-.

Por lo demás, *"el acoso y la violencia pueden potencialmente afectar a cualquier puesto de trabajo y a cualquier trabajador, con independencia del tamaño de la compañía, del campo de actividad o del tipo de contrato o de la relación de empleo"*. Tal potencialidad de afectación no significa la existencia de una uniformidad del riesgo para todo trabajador y en todo trabajo. De hecho, se afirma, por un lado, que *"ciertos grupos y sectores pueden tener más riesgo"*. Y, por otro lado, que *"en la práctica no todos los puestos y no todos los trabajadores se verán afectados"*. Se apunta, en consecuencia, la necesidad de individualizar el riesgo, eso sí, sin olvidar, que esa es la afirmación principal, la posible afectación de carácter general.

(2) El segundo capítulo fija el *"objetivo"*, que es doble, (a) de *"aumentar el conocimiento y la comprensión de empleadores, trabajadores y de sus representantes sobre el acoso y la violencia en el puesto de trabajo"*, y (b) de *"proporcionar a los empleadores, trabajadores y sus representantes a todos los niveles un marco de actuación para identificar, prevenir y manejar los problemas de acoso y de violencia en el trabajo"*. El Acuerdo Marco Europeo se sitúa, en consecuencia, más en el plano de los códigos de buena conducta que en el de las normas jurídicas completas, buscando ofrecer unas guías de actuación a través de la prevención, identificación y gestión de los problemas de acoso y violencia en el trabajo.

(3) El tercer capítulo contiene una *"descripción"* de los fenómenos de acoso y violencia, encontrando su esencia *"en el comportamiento inaceptable de uno o más individuos"*, y alertando de que *"algunas (de las*

formas que pueden adoptar) se pueden identificar más fácilmente que otras". Además, se destaca que *"el ambiente de trabajo puede influir en la exposición de las personas al acoso y a la violencia"*, de ahí la vinculación del acoso y la violencia en el trabajo con la deuda de seguridad de los/as empleadores/as. Hechas estas precisiones, el Acuerdo Marco Europeo contiene las definiciones de acoso y de violencia, y aclara tanto cuáles pueden ser sus sujetos activos, como cuáles sus sujetos pasivos, a saber:

a) *"Existe acoso cuando de uno o más trabajadores o directivos, repetida y deliberadamente, se abusa, se les amenaza y/o se les humilla en circunstancias relacionadas con el trabajo"*, y *"existe violencia cuando uno o más trabajadores o directivos son agredidos en circunstancias relacionadas con el trabajo"*. En consecuencia, los sujetos agredidos por el acoso o la violencia pueden ser tanto trabajadores/as como directivos/as.

b) *"El acoso y la violencia pueden ser realizadas por uno o más directivos o trabajadores, con el propósito o el efecto de violar la dignidad del jefe o trabajador, afectando a su salud y/o creando un ambiente hostil en el trabajo"*. En consecuencia, los sujetos agresores por el acoso o la violencia pueden ser tanto trabajadores/as como directivos/as, abarcando tanto supuestos verticales ascendentes y descendentes, como horizontales.

(4) El cuarto capítulo se refiere a *"prevención, identificación y gestión de los problemas de acoso y violencia"*, con una regulación construida sobre la idea básica, enunciada de entrada, de que *"concienciar y formar adecuadamente a jefes y trabajadores puede reducir la probabilidad del acoso y la violencia en el trabajo"*. De esta manera, se incide otra vez más sobre la conexión entre la tutela frente al acoso y la violencia, y el ambiente de trabajo que, a consecuencia de la deuda de seguridad de los/as empleadores/as, y de las obligaciones de los/as trabajadores/as de cumplir con las normas sobre salud laboral, depende de la diligencia de los/as empleadores/as y de la totalidad de trabajadores/as.

Pues bien, las actuaciones de prevención se concretan en una declaración de principios y en procedimientos adecuados. En cuanto a la primera, se establece que *"las empresas deben tener una declaración clara e inequívoca de que el acoso u la violencia no serán tolerados"*, la cual *"especificará los procedimientos que se seguirán cuando se presenten los casos"*. En cuanto a los segundos, *"pueden incluir una etapa informal en la cual una persona de confianza del empresario y de los trabajadores esté disponible para dar consejo y ayuda"*, aclarando que *"los procedimientos existentes pueden ser apropiados para abordar los problemas del acoso y de la violencia"* –y, en cada caso, habrá que valorar que sean apropiados-.

Además, se añade que *"un procedimiento adecuado se apoyará, de manera no limitativa, en lo siguiente: interesa a todas las partes proceder con la discreción necesaria para proteger la dignidad y la confidencialidad de todos; no se debe divulgar ninguna información a partes no implicadas en el caso; las quejas deben ser investigadas y tratadas sin demoras indebidas; todas las partes implicadas deben conseguir una audiencia imparcial y un tratamiento justo; las quejas deben estar apoyadas por información detallada; las acusaciones falsas no deben ser toleradas y pueden dar lugar a acciones disciplinarias; la ayuda externa puede ayudar"*. En suma, confidencialidad, celeridad y seriedad.

Las actuaciones de identificación obligan, *"si se comprueba que ha ocurrido acoso y violencia, (a tomar) las medidas necesarias con relación a los autores"*, lo cual *"puede significar acciones disciplinarias, incluso llegar al despido"*. Y, en último lugar, las actuaciones de gestión de los problemas de acoso y violencia suponen que *"la(s) víctima(s) recibirá(n) apoyo y, en caso de necesidad, ayuda para su reintegración"*. Tales actuaciones de identificación y gestión de los problemas de acoso y violencia, dirigidas a la sanción del agresor y a la reparación de la víctima,

asimismo ostentan una finalidad preventiva tanto general –frente a la totalidad del personal- como especial –frente a los sujetos implicados-.

Hay dos últimas matizaciones en este cuarto capítulo. La primera es la de que *"los empleadores, consultando con los trabajadores y/o sus representantes, establecerán, repasarán y supervisarán estos procedimientos para asegurarse que son eficaces tanto en la previsión de problemas como en tratarlos cuando se presenten"*, lo cual se compadece del carácter permanente de la deuda de seguridad de los/as empresarios/as, necesitada siempre de continua revisión, y, en todo caso, nos delata la importancia de la implicación des trabajadores/as y sus representaciones. Y la segunda matización es la de que, *"cuando proceda, las previsiones de este capítulo se pueden aplicar para tratar los casos de violencia externa"*.

(5) Y en el capítulo quinto se regula la *"puesta en práctica y seguimiento"*, que incluye una serie de disposiciones técnicas, en virtud de las cuales se delega en los miembros nacionales de los agentes firmantes la implementación en Estados miembros y Espacio Económico Europeo, invitando además a *"sus organizaciones miembros en países candidatos a que implementen este Acuerdo"*. La puesta en práctica se fija en 3 años desde su firma. El seguimiento se hará por el Comité del Diálogo Social. Y *"en el supuesto de preguntas sobre este Acuerdo, las organizaciones miembros implicadas se pueden referir conjunta o separadamente a las partes signatarias, quienes podrán responder conjunta o separadamente"*.

Por lo demás, se aclara que, *"en la aplicación de este Acuerdo, los miembros de las organizaciones signatarias evitarán cargas inútiles a las PYEMES"*, que *"la aplicación de este Acuerdo no constituye una razón válida para reducir el nivel de protección otorgada a los trabajadores en el campo del presente Acuerdo"* –cláusula stand still o de mantenimiento y no regresión del nivel de protección nacional-, y que *"el presente Acuerdo no perjudica el derecho de los interlocutores sociales a concluir, al nivel*

adecuado, incluido a escala europea, acuerdos que adapten y/o que completen el presente Acuerdo de manera que tengan en cuenta las necesidades específicas de los interlocutores sociales concernidos".

III. PODERES EMPRESARIALES Y NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN LA PREVENCIÓN Y EN LA SANCIÓN DEL ACOSO MORAL.

A consecuencia de semejantes razones a las expuestas con relación al acoso sexual en el Capítulo Noveno, el acoso moral se erige en otro ejemplo típico de implicación de los poderes empresariales en la tutela de un derecho de los/as trabajadores/as. En especial, en cuanto a la tutela preventiva, que encuentra una adicional justificación en la incuestionable consideración del acoso moral como un riesgo laboral psicosocial y, siendo como es un riesgo, amparado a través de la deuda de seguridad empresarial.

Pero los problemas surgen a la hora de concretar la deuda de seguridad empresarial con respecto al acoso moral. La prevención de riesgos laborales se ha construido sobre los daños físicos, como se comprueba examinando la profusa normativa sobre prevención de riesgos laborales en cualquier ordenamiento jurídico. Así las cosas, cuando nos enfrentamos a riesgos psicosociales causantes de daños psíquicos, las dificultades surgen doquiera: ¿Cómo se evalúan? ¿Cómo se previenen?.

El Acuerdo Marco Europeo sobre acoso y violencia en el lugar de trabajo realiza algunas aportaciones. De entrada, la implicación de los agentes sociales en la lucha contra la violencia y el acoso moral, y, en particular, el deber de la empresa de protección frente a la violencia y el acoso moral, es su esencia. Y, además, su cuarto capítulo, que es el núcleo de su regulación, se dedica a regular la *"prevención, identificación y gestión de los problemas de acoso y violencia"*. A lo dicho nos remitimos.

Igualmente nuestra doctrina científica, de una manera unánime y sin existir discrepancias, destaca la importancia de la implicación de los poderes empresariales en la tutela del acoso moral, en especial en la tutela preventiva. E igualmente se aborda el problema de determinar los mecanismos de prevención. Quizás la clasificación más elaborada es la que distingue entre la prevención primaria, secundaria y terciaria, definiéndose en los siguientes términos y obligando a las siguientes medidas, a saber[785]:

1ª. La prevención primaria *"tiene por objeto eliminar (los) orígenes (del acoso moral) y las causas que lo producen, de forma que en esta primera fase se impone la adopción de medidas por parte de la empresa destinadas a eliminar un ambiente de trabajo hostil, competitivo, con alto nivel de presión en cuanto a los objetivos a conseguir, dejando claro ante la plantilla el compromiso ético de la empresa de impulsar un entorno libre de acoso y el propósito de no consentir conductas de esa naturaleza"*.

Como ejemplos de medidas de prevención primaria, se podrían citar sin afán exhaustivo *"(explicar) la política de la empresa sobre el acoso … (incentivar) la colaboración y fluidez de las relaciones interpersonales … garantizar a los trabajadores el derecho a formular quejas sobre la materia sin sufrir represalia alguna, regulando un procedimiento sencillo en el que se garantice la confidencialidad … (formar) directivos y cuadros intermedios … (o) articular un sistema de audiencia de los trabajadores"*.

2ª. La prevención secundaria *"tiene por objeto detectar aquellas conductas, actuaciones o comportamientos en el seno de la organización empresarial que puedan ser susceptibles de producir mobbing, y cuya manifestación, en su caso, evidenciaría que el deber general de seguridad no ha sido suficientemente eficaz"*, siendo *"en este momento cuando*

[785] Sigo la exposición de María José ROMERO RÓDENAS, "Protección …", obra citada, páginas 54 a 58.

deberá llevarse a cabo por la empresa la evaluación de los riesgos psicosociales … o la propia autoevaluación hecha por los trabajadores".

Como ejemplos de medidas de prevención secundaria, se podrían citar sin afán exhaustivo *"exigir niveles de productividad adecuados … (intentar) que los rendimientos sean fruto de acuerdo … eliminar sistemas de control de los trabajadores en la empresa que impidan un cierto nivel de privacidad … rechazar categóricamente las prácticas directivas autoritarias … (o) trasladar a los directivos o mandos intermedios que originen una situación de conflicto generalizado con los trabajadores"*.

3ª. La prevención terciaria *"tiene por objeto la rehabilitación o recuperación de los trabajadores que han sido víctima de acoso moral en el trabajo"*, exigiendo –de nuevo sin afán exhaustivo- *"poner en práctica medidas concretas de traslado de puesto de trabajo, mayor información y formación de los trabajadores en la materia, reiteración de los principios éticos sobre los que se asienta la estructura organizativa empresarial, e incluso la adopción de medidas disciplinarias frente al sujeto acosador"*.

Hechas estas consideraciones en torno a la implicación de los poderes empresariales en la prevención y en la sanción del acoso moral, ello todo nos conduce, a consecuencia nuevamente de semejantes razones a las expuestas con relación al acoso sexual en el Capítulo Noveno, al importante papel de la negociación colectiva en la prevención y en la sanción del acoso moral. E igualmente estamos aquí ante otro lugar común en nuestra doctrina científica, que destaca sin fisuras ese importante papel.

Y así se afirma[786] que *"(las) cláusulas antimobbing (son) fruto de una nueva cultura negocial … cuando los interlocutores sociales tomen*

[786] Beatriz AGRA VIFORCOS / Roberto FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ / Rodrigo TASCÓN LÓPEZ, "La respuesta …", obra citada, páginas 118 a 121, passim. En sentido semejante, véase María José ROMERO RÓDENAS, "Protección …", obra citada, páginas 60 a 62, quien destaca algunas experiencias con resultados calificados como *"altamente positivos"*. También Sonia Isabel PEDROSA ALQUÉZAR, "Actualidad de la prevención del acoso moral en el trabajo desde la perspectiva jurídica", dentro de la obra, coordinada por Manuel CORREA CARRASCO, "Acoso …", obra citada, páginas 116 a 118.

conciencia … de las dimensiones reales del problema", dirigiéndose a (1) *"insertar en el producto negocial códigos de conducta"*, (2) *"tipificar como infracción laboral (el) mobbing"*, y (3) *"diseñar cauces internos de solución para poner fin a estos conflictos en el seno de la empresa, a modo y manera, por ejemplo, de cuanto tiempo ha sucedió con el acoso sexual"*.

IV. EL TRATAMIENTO DEL ACOSO MORAL EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA.

De una manera algo más rápida que el acoso sexual –probablemente al haber aprovechado los caminos que previamente éste había roturado-, el tratamiento del acoso moral en la negociación colectiva ha evolucionado desde la ausencia absoluta de cláusulas antimobbing a una situación en la cual, sin todavía ser la deseable, esas cláusulas encuentran una cierta implantación. A los efectos de su estudio, distinguiremos tres clases de cláusulas negociales: las conceptuales, las preventivas y las sancionadoras.

a) El concepto de acoso moral.

La ausencia de un concepto normativo de acoso moral en el ordenamiento jurídico español convierte en especialmente relevantes las cláusulas negociales sobre el concepto de acoso moral, y, acaso conscientes de esa circunstancia, los negociadores colectivos, cuando han decidido regular el acoso moral, han asumido la tarea adicional de conceptuarlo, de ahí que, en la mayoría de los convenios con tratamiento específico del acoso moral, se contengan definiciones que clasificaremos en tres grupos:

1º. Un primer grupo de definiciones construyen un concepto propio del acoso moral frente al acoso sexual y al discriminatorio, con elementos que entroncan con las elaboraciones clínicas, como son los siguientes:

a) La sistematicidad o recurrencia de las conductas –artículo 60 del III Convenio Colectivo sectorial, de ámbito estatal, de las Administraciones de Loterías, BOE de 19.7.2006, artículo 51 del II Convenio Colectivo estatal para las empresas de gestión y mediación inmobiliaria, BOE de 13.1.2007, o artículo 63 del Convenio Colectivo de ámbito estatal del sector de mediación en seguros privados, BOE de 22.10.2007-.

b) La prolongación temporal de las conductas –artículo 60 del III Convenio Colectivo sectorial, de ámbito estatal, de las Administraciones de Loterías, BOE de 19.7.2006, o artículo 51 del II Convenio Colectivo estatal para las empresas de gestión y mediación inmobiliaria, BOE de 13.1.2007-.

c) La violencia o la hostilidad psicológica –artículo 60 del III Convenio Colectivo sectorial, de ámbito estatal, de las Administraciones de Loterías, BOE de 19.7.2006, o artículo 51 del II Convenio Colectivo estatal para las empresas de gestión y mediación inmobiliaria, BOE de 13.1.2007-.

d) La intencionalidad destructiva del acosador moral sobre la dignidad de la víctima –artículo 60 del III Convenio Colectivo sectorial, de ámbito estatal, de las Administraciones de Loterías, BOE de 19.7.2006-.

Son definiciones donde sustancialmente aparecen esos elementos propios de las elaboraciones clínicas la del artículo 51 del II Convenio Colectivo estatal para las empresas de gestión y mediación inmobiliaria, BOE de 13.1.2007, donde se define como *"el comportamiento negativo entre compañeros o entre superiores e inferiores jerárquicos, a causa del cual el afectado/a es objeto de una violencia psicológica extrema de forma sistemática y durante un tiempo prolongado, sea cual sea la forma de expresión de las situaciones de acoso"*, o la del artículo 62 del XV Convenio Colectivo de la industria química, BOE de 29.8.2007, donde se define como *"toda conducta abusiva o de violencia psicológica que se realice de forma prolongada en el tiempo sobre una persona en el ámbito laboral, manifestada a través de reiterados comportamientos, hechos,*

órdenes o palabras que tengan como finalidad desacreditar, desconsiderar o aislar a un trabajador con objeto de conseguir un autoabandono produciendo un daño progresivo en su dignidad o integridad física".

2º. Un segundo grupo sustituye o complementa las anteriores definiciones con ejemplos de actos de acoso moral. El supuesto más significativo rastreado en la muestra de convenios colectivos, es el artículo 57 del Convenio Colectivo de grandes almacenes, BOE de 27.4.2006, donde después de afirmar que *"se entiende por acoso moral toda conducta, práctica o comportamiento, realizada de modo sistemático o recurrente en el seno de una relación de trabajo, que suponga directa o indirectamente un menoscabo o atentado contra la dignidad del trabajador, al cual se intenta someter emocional y psicológicamente de forma violenta u hostil, y que persigue anular su capacidad, promoción profesional o su permanencia en el puesto de trabajo, afectando negativamente al entorno laboral"*, se añade que *"a título de ejemplo, entre las conductas que aisladamente o en combinación con otras, pasivas o activas, pudieran llegar a ser constitutivas de acoso moral, cabe destacar: (1) Al trabajador/a se le ignora, se le excluye o se le hace el vacío. (2) Se evalúa su trabajo de manera desigual o de forma sesgada, criticando el trabajo que realiza despectivamente. (3) Se le deja sin ningún trabajo que hacer, ni siquiera a iniciativa propia, o se le asignan tareas o trabajos absurdos, sin sentido, o por debajo de su capacidad profesional o competencias. (4) Se le exige una carga de trabajo insoportable de manera manifiestamente malintencionada o que pone en peligro su integridad física o su salud. (5) Recibe ofensas verbales, insultos, gritos. (6) Recibe críticas y reproches por cualquier cosa que haga o decisión que tome en su trabajo. (7) Le humillan, desprecian o minusvaloran en público ante otros colegas o ante terceros. (8) Se le impiden oportunidades de desarrollo profesional"*.

Tal concepto reaparece en los convenios colectivos de las grandes empresas del sector de comercio. Por ejemplo, se transcribe literalmente en el artículo 46 del Convenio Colectivo del Grupo Champion, BOE de 9.6.2006. Sin embargo, el artículo 42 del Convenio Colectivo del Grupo Eroski, BOE de 6.6.2006, se limita a tomar la definición, no los ejemplos.

3º. Un tercer grupo de definiciones utilizan los elementos del acoso sexual o del acoso discriminatorio según la normativa comunitaria. Por ejemplo, el artículo 23 del Convenio Colectivo de ámbito estatal para las industrias del arroz, BOE de 12.9.2007, define paralelamente el acoso moral y sexual como *"una situación o comportamiento verbal, no verbal o físico no deseado de índole sexual y psicológico con el propósito o efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando se cree un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo"*. Tal modelo de definición reaparece en algún otro convenio colectivo muestreado, como es el artículo 43 del Convenio Colectivo del sector de empaquetado de tomates de la Provincia de las Palmas, BOP de 1.6.2007.

Nos corresponde alertar sobre este último grupo de definiciones en la medida en que, al difuminar los elementos característicos del acoso moral de conformidad con las elaboraciones clínicas, se corre el riesgo de ampliar excesivamente el concepto con las consiguientes disfunciones tanto desde una perspectiva meramente pedagógica como desde una perspectiva estrictamente jurídica. Desde una perspectiva meramente pedagógica, se difumina la conducta, lo cual dificultará su exacta identificación, con la consecuente inseguridad de los/as trabajadores/as en cuanto a sus derechos. Y desde una perspectiva estrictamente jurídica, se corre el riesgo de abarcar situaciones que no son acoso moral –como el maltrato, la desconsideración, o el ejercicio arbitrario del mando-, lo cual dificultará la aplicación de las medidas preventivas, y, muy especialmente, de las infracciones laborales.

b) La respuesta negocial preventiva y sancionadora frente al acoso moral.

La respuesta negocial preventiva y sancionadora frente al acoso moral ha tomado como modelo la respuesta negocial preventiva y sancionadora frente al acoso sexual. Son excelentes ejemplos de esta afirmación general el artículo 64 del Convenio Colectivo de grandes almacenes, BOE de 27.4.2006, el artículo 53 del Convenio Colectivo del Grupo Eroski, BOE de 6.6.2006, y el artículo 56 del Convenio Colectivo del Grupo Champion, BOE de 9.6.2006. Todos ellos establecen medidas de prevención y sanción del acoso sexual y laboral que son comunes a ambos. Se trata, además, de una opción lógica. Yendo algo más allá, se podría afirmar, en línea de principio y salvadas matizaciones, que todo lo que se ha dicho en orden al tratamiento negocial del acoso sexual es extensible al tratamiento negocial del acoso moral. En consecuencia, sería reiterativo, y sin duda alguna innecesario, repetir aquí lo que ya se ha dicho sobre el acoso sexual. Ahora lo que conviene es llamar la atención sobre cláusulas negociales específicamente referidas al acoso moral, con las cuales no se hará otra cosa sino ratificar la certeza general de esa equiparación jurídica.

(1) En cuanto a la respuesta negocial preventiva, los convenios colectivos muestreados se mueven mayoritariamente en la línea de igualar el tratamiento con el del acoso sexual, regulando, por ejemplo, declaraciones de principios comunes, medidas de prevención comunes destinadas a la información, formación y sensibilización, o garantías de procedimiento comunes en los casos de denuncia. Un ejemplo es el artículo 23 del Convenio Colectivo de ámbito estatal para las industrias del arroz, BOE de 12.12.2007, en donde, después de *"(garantizar) el compromiso de un ambiente exento de acoso sexual y moral"*, se establece lo siguiente:

a) Que *"estas situaciones darán preferencia a la continuidad de puesto de trabajo de la víctima y el traslado de la persona acosadora"*, añadiéndose que *"hasta que el asunto quede resuelto, la empresa establecerá cautelarmente la separación de la víctima y la persona presunta acosadora, siendo este ultima la que será objeto de movilidad"*.

b) Que *"se elaborarán y difundirán códigos de buenas practicas … (y) campañas informativas y acciones de formación y sensibilización"*.

Algunos convenios establecen normas específicas para el acoso moral que se podrían aplicar al acoso sexual. Es el caso del artículo 52 del II Convenio Colectivo estatal de instalaciones deportivas y gimnasios, BOE de 6.9.2006, donde se afirma que *"las partes firmantes son conscientes de la relevancia que está tomando el acoso psicológico y moral en el trabajo, así como de las graves consecuencias que de su existencia se derivan para la seguridad y salud de los trabajadores, y que además conlleva importantes consecuencias para el normal desarrollo de la actividad de la empresa"*, y que *"las partes se comprometen a prevenir aquellas prácticas consideradas perversas y que puedan implicar situaciones de acoso laboral hacia los trabajadores y, en caso de que aparezcan, a investigarlas y erradicarlas, así como a su evaluación como otro riesgo laboral"*.

Conviene hacer una aclaración adicional en cuanto a los mecanismos preventivos y es concretamente relativa a la eficacia que con respecto al acoso moral puede tener el procedimiento informal de solución que es considerado mecanismo preventivo idóneo con respecto al acoso sexual. Tal procedimiento informal de solución puede ser eficaz cuando se trata del acoso sexual y, por extensión, del acoso sexista. Pero en el caso del acoso moral es más dudosa su eficacia directa en cuanto se trata de una conducta perversa. Ahora bien, el procedimiento informal de solución sí es eficaz para resolver conflictos interpersonales en el seno de la empresa, y, en consecuencia, como medida de prevención de riesgos psicosociales, lo cual

redundará de manera indirecta en la prevención del acoso moral, que está demostrado surge menos en ambientes de trabajo sin riesgos psicosociales.

(2) En cuanto a la respuesta negocial sancionadora, los convenios colectivos muestreados consideran como muy grave *"el acoso laboral"* –por ejemplo, artículo 39 del I Convenio Colectivo marco estatal de acción e intervención social, BOE de 5.6.2007, o artículo 37 del Convenio Colectivo del sector de intervención social de Madrid, BOCM de 6.7.2007-, *"(el acoso) … moral"* –por ejemplo, artículo 48 del III Convenio Colectivo sectorial de las cadenas de tiendas de conveniencia, BOE de 12.12.2006, o artículo 52 del Convenio Colectivo del sector de harinas panificables y sémolas, BOE de 3.9.2007-, o *"el acoso … moral o psicológico, tanto entre compañeros como entre personas entre las que exista una relación de jerarquía"* –por ejemplo, artículo 37 del V Convenio Colectivo estatal del sector de desinfección, desinsectación y desratización, BOE de 7.11.2007-.

Una calificación disciplinaria del acoso moral como infracción laboral muy grave que es totalmente asumible cuando la definición de acoso moral se corresponde con las elaboraciones clínicas: sistematicidad, recurrencia y prolongación temporal de las conductas; violencia u hostilidad psicológica; intencionalidad destructiva del acosador moral. Nada que objetar, en consecuencia, a cláusulas negociales como las contenidas en el artículo 51 del II Convenio Colectivo estatal para las empresas de gestión y mediación inmobiliaria, BOE de 13.1.2007, o en el artículo 62 del XV Convenio Colectivo de la industria química, BOE de 29.8.2007, que califican como infracción muy grave el acoso moral que ellas mismas definen –en los términos más arriba transcritos- utilizando los elementos característicos de las elaboraciones clínicas sobre acoso moral.

E incluso es totalmente asumible, desde la perspectiva del principio de proporcionalidad de las conductas y de las sanciones, la exclusiva sanción del acoso moral con el despido disciplinario, como expresamente

se establece en el artículo 58 del III Convenio Colectivo de ámbito estatal de las Administraciones de Loterías, BOE de 19.7.2006, cuando en su artículo 59 se ha definido el acoso moral como *"toda conducta, práctica o comportamiento realizada de modo sistemático o recurrente en el seno de una relación de trabajo, que suponga directa o indirectamente un menoscabo o atentado contra la dignidad del trabajador, al que se intenta someter emocional y psicológicamente de forma violenta u hostil, y que persigue anular su capacidad, su promoción profesional o su permanencia en el puesto de trabajo, afectando así negativamente al entorno laboral"*.

La cuestión es más problemática cuando el concepto de acoso moral se construye o bien prescindiendo de algunos o de varios de los elementos utilizados en las elaboraciones clínicas sobre el acoso moral, o bien utilizando los conceptos de acoso sexual o discriminatorio aunque eliminando el componente sexual o discriminatorio de la definición, o bien, de manera más sencilla, no ofreciendo una propia definición de lo que, a los efectos del convenio colectivo, se califica como acoso moral, ya que, en estos casos, se corre el riesgo de sancionar como acoso moral otras conductas diferentes –como el maltrato, la desconsideración, o el ejercicio arbitrario del mando- que no necesariamente, en atención al principio de proporcionalidad, son merecedoras en todos los casos de la sanción de despido disciplinario, o de otra sanción disciplinaria de carácter muy grave.

Por lo demás, algunos convenios –en una nueva equiparación con el acoso sexual-, consideran el prevalimiento de una posición jerárquica como una circunstancia agravante –por ejemplo, el artículo 64 del Convenio Colectivo de grandes almacenes, BOE de 27.4.2006, el artículo 53 del Convenio Colectivo del Grupo Eroski, BOE de 6.6.2006, el artículo 56 del Convenio Colectivo del Grupo Champion, BOE de 9.6.2006, o el artículo 61 del XV Convenio Colectivo de la industria química, BOE de 29.8.2007-. Resulta adecuado para garantizar la sanción máxima cuando así lo merezca

atendiendo a criterios razonables asumidos por los negociadores colectivos, que en el convenio colectivo se tipifiquen tales circunstancias agravatorias. Además, su mención específica supone mejora la calidad técnico jurídica del convenio colectivo desde la perspectiva del principio de la tipicidad.

También es oportuno citar el artículo 69 del Convenio Colectivo de ámbito estatal del sector de mediación en seguros privados, BOE de 22.10.2007, que, bajo la denominación *"actuación frente a situaciones de acoso moral"*, establece un completo procedimiento disciplinario especial:

a) El procedimiento buscará *"(esclarecer) los hechos … (y) se desarrollará bajo los principios de rapidez, confidencialidad, contradicción e igualdad, garantizando y protegiendo la intimidad y la dignidad de las personas objeto del acoso. Asimismo, se garantizarán y respetarán los derechos de las personas implicadas en el procedimiento"*.

b) La tramitación del expediente le corresponderá a *"una comisión compuesta por miembros del servicio médico de prevención ajena, representantes de la empresa y representación legal de los trabajadores"*.

c) Medida cautelar. *"Durante la tramitación del (procedimiento) y en la medida que lo permita la organización del trabajo, se facilitará la separación de la persona denunciante (y de la persona) denunciada"*.

d) Garantías de contradicción *"Conocido el hecho por (la) comisión a través de comunicación clara y fehaciente del mismo, se iniciará la fase de instrucción o de esclarecimiento de los hechos, dando audiencia a todos los intervinientes, testigos y cuantas personas considere la comisión deban personarse. Dicha fase culminará con la elaboración de un informe que se pondrá en conocimiento, en primer lugar, de la persona denunciante"*.

e) Finalización del procedimiento. *"Cuando el informe constate la existencia de acoso, se trasladará dicho informe al responsable del departamento de personal al objeto de que éste adopte las medidas correctoras oportunas, aplicando las sanciones legales correspondientes"*.

f) “Cuando el informe no constate situaciones de acoso, o no sea posible la verificación de los hechos, se archivará el expediente dando por finalizado el proceso. En la medida que lo permita la organización del trabajo, se estudiará la separación de los implicados, si el trabajador afectado lo solicita y es aconsejado por el servicio médico de la empresa”.

g) *“La empresa asegurará que los trabajadores implicados en la denuncia, tanto los que planteen una queja en materia de acoso como los que presten asistencia en el proceso, como testigos o facilitando información, no será objeto de intimidación, persecución o represalias”*.

d) Algunas consideraciones finales.

De una manera algo más rápida que el acoso sexual –probablemente al haber aprovechado los caminos que previamente éste había roturado-, el tratamiento del acoso moral en la negociación colectiva ha evolucionado desde la ausencia absoluta de cláusulas antimobbing a una situación en la cual, sin todavía ser la deseable, esas cláusulas encuentran una cierta implantación. A los efectos de su estudio, hemos distinguido –y, a los efectos de las conclusiones, debemos seguir distinguiendo- tres clases de cláusulas negociales: las conceptuales, las preventivas y las sancionadoras.

(1) La ausencia de un concepto normativo de acoso moral en el ordenamiento jurídico español convierte en especialmente relevantes las cláusulas negociales sobre el concepto de acoso moral, y, acaso conscientes de esa circunstancia, los negociadores colectivos, cuando han decidido regular el acoso moral, han asumido la tarea adicional de conceptuarlo, de ahí que, en la mayoría de los convenios con tratamiento específico del acoso moral, se contengan definiciones que clasificaremos en tres grupos:

1º. Un primer grupo de definiciones construyen un concepto propio del acoso moral frente al acoso sexual y al discriminatorio, con elementos

que entroncan con las elaboraciones clínicas, como son los siguientes: la sistematicidad o recurrencia de las conductas, la prolongación temporal de las conductas, la violencia o la hostilidad psicológica, y la intencionalidad destructiva del acosador moral sobre la dignidad de la persona víctima.

2º. Un segundo grupo de definiciones sustituye o complementa las anteriores definiciones con ejemplos de actos de acoso moral.

3º. Un tercer grupo de definiciones utilizan los elementos del acoso sexual o del acoso discriminatorio según la normativa comunitaria. Y nos corresponde alertar sobre este último grupo de definiciones en la medida en que, al difuminar los elementos característicos del acoso moral de conformidad con las elaboraciones clínicas, se corre el riesgo de ampliar excesivamente el concepto con las consiguientes disfunciones tanto desde una perspectiva meramente pedagógica como desde una perspectiva estrictamente jurídica. Desde una perspectiva meramente pedagógica, se difumina la conducta, lo cual dificultará su exacta identificación, con la consecuente inseguridad de los/as trabajadores/as en cuanto a sus derechos. Y desde una perspectiva estrictamente jurídica, se corre el riesgo de abarcar situaciones que no son acoso moral –como el maltrato, la desconsideración, o el ejercicio arbitrario del mando-, lo cual dificultará la aplicación de las medidas preventivas, y, muy especialmente, de las infracciones laborales.

(2) La respuesta negocial preventiva y sancionadora frente al acoso moral ha tomado como modelo la respuesta negocial preventiva y sancionadora frente al acoso sexual. Yendo algo más allá, se podría afirmar, en línea de principio y salvadas matizaciones, que todo lo que se ha dicho en orden al tratamiento negocial del acoso sexual es extensible al tratamiento negocial del acoso moral. Ahora bien, con dos matizaciones que se han extraído del análisis de los convenios colectivos muestreados.

Una primera se refiere a los mecanismos preventivos y es en cuanto a la eficacia que con respecto al acoso moral puede tener el procedimiento

informal de solución que es considerado mecanismo preventivo idóneo con respecto al acoso sexual. Tal procedimiento informal de solución puede ser eficaz cuando se trata del acoso sexual y, por extensión, del acoso sexista. Pero en el caso del acoso moral es más dudosa su eficacia directa en cuanto se trata de una conducta perversa. Ahora bien, el procedimiento informal de solución sí es eficaz para resolver conflictos interpersonales en el seno de la empresa, y, en consecuencia, como medida de prevención de riesgos psicosociales, lo cual redundará de manera indirecta en la prevención del acoso moral, que está demostrado surge menos en ambientes de trabajo sin riesgos psicosociales. Por lo tanto, es eficaz no directa sino indirectamente.

Y una segunda matización que se ha extraído del análisis de aquellos convenios colectivos se refiere a los mecanismos sancionadores y es en cuanto a la corrección –que en el caso del acoso sexual y, por extensión, del acoso sexista, es más cuestionable debido a la mayor amplitud de comportamientos que comprende el acoso sexual y, por extensión, el acoso sexista- de sancionar el acoso moral siempre con una sanción muy grave, y tendencialmente con la más grave, que es el despido disciplinario, siempre que, naturalmente, consideremos un concepto estricto de acoso moral, sustentado en los elementos utilizados en las elaboraciones clínicas: la sistematicidad o recurrencia de las conductas, la prolongación temporal de las conductas, la violencia o la hostilidad psicológica, y la intencionalidad destructiva del acosador moral sobre la dignidad de la persona víctima.

CAPÍTULO UNDÉCIMO

LA PROTECCIÓN DE LAS VÍCTIMAS DE VIOLENCIA DE GÉNERO EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

SUMARIO: I. LOS DERECHOS LABORALES DE LA TRABAJADORA VÍCTIMA DE VIOLENCIA DE GÉNERO EN LA RELACIÓN DE PAREJA: a) Los derechos de la víctima a la acomodación razonable de sus obligaciones laborales. b) La justificación de las ausencias o faltas de puntualidad motivadas por la violencia de género. **II. NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y VIOLENCIA DE GÉNERO:** a) Funciones de la negociación colectiva en la lucha contra la violencia de género. b) Tipología formal de las cláusulas negociales sobre violencia de género. c) Las cláusulas generales y de transmisión normativa. d) Las cláusulas de concreción de los derechos legales. e) La regulación de otros nuevos derechos. **III. LA ACREDITACIÓN DE LAS SITUACIONES DE VIOLENCIA DE GÉNERO DESDE UNA PERSPECTIVA NEGOCIAL. IV. ALGUNAS CONSIDERACIONES FINALES.**

I. LOS DERECHOS LABORALES DE LA TRABAJADORA VÍCTIMA DE VIOLENCIA DE GÉNERO EN LA RELACIÓN DE PAREJA.

Si contra la violencia de género en la relación laboral se ocupan las normas laborales, una ficticia compartimentación de la realidad social nos permitiría concluir que contra la violencia de género en relaciones no laborales el Derecho del Trabajo nada tiene que decir. Pero esto es algo muy erróneo. De un lado, porque la realidad social no se puede compartimentar en correlación con las distintas ramas jurídicas, de donde, aún cuando se desenvuelva en relaciones no laborales, la violencia de género puede generar implicaciones en el ámbito de una relación laboral. De otro lado, porque, encontrándose los prejuicios de género omnipresentes en la totalidad de las relaciones sociales, una víctima de violencia de

género en una relación no laboral puede ser, por esos mismos prejuicios, trabajadora discriminada en el ámbito laboral –victimización secundaria-.

Por ello, el Derecho del Trabajo, además de combatir la violencia de género en la relación laboral, debe coadyuvar en el combate de la violencia de género en relaciones no laborales en cuanto se presenten implicaciones en el ámbito laboral, y la eliminación de las implicaciones negativas de la violencia de género sobre la relación laboral y la creación de otras positivas es una nueva labor, como todas las suyas social, que le toca asumir al Derecho del Trabajo, lo que se compadece con el principio de transversalidad de la dimensión de género, elaboración original de las nuevas concepciones jurídicas feministas consistente en integrar la dimensión de la igualdad en todas las normas del ordenamiento jurídico.

La Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, ha aplicado esas nuevas concepciones jurídicas feministas cuando aborda *"de un modo integral y multidisciplinar"* –Exposición de Motivos, II- el problema de la violencia de género en las relaciones de pareja –que es el ámbito de la Ley Orgánica-. De ahí, en suma, que, dentro de la LOPIVG, aunque con valor de ley ordinaria –disposición final 3ª-, se contengan, en el Capítulo II de su Título II, y, más concretamente, en su artículo 21, rubricado *"derechos laborales y de Seguridad Social"*, los siguientes derechos laborales a favor de las trabajadoras víctimas de violencia de género a exponer resumidamente[787]:

a) Los derechos de la víctima a la acomodación razonable de sus obligaciones laborales.

[787] He seguido en la exposición subsiguiente mi anterior estudio sobre "Aspectos laborales y de Seguridad Social de la violencia de género en la relación de pareja", Actualidad Laboral, Número 7, 2005.

El artículo 21, apartado 1, de la LOPIVG establece, con carácter general, que *"la trabajadora víctima de violencia de género tendrá derecho, en los términos previstos en el Estatuto de los Trabajadores, a la reducción de jornada o a la reordenación de su tiempo de trabajo, a la movilidad geográfica, al cambio de centro de trabajo, a la suspensión de la relación laboral con reserva de puesto de trabajo y a la extinción del contrato de trabajo"*. Si un denominador común ostentan dichos derechos, es el de suponer una acomodación razonable de las obligaciones laborales a la situación personal de una trabajadora sometida a violencia de género. Justamente, el artículo 2.d) de la LOPIVG contempla, como uno de los fines de la ley, el de *"garantizar derechos en el ámbito laboral … que concilien los requerimientos de la relación laboral … con las circunstancias de aquellas trabajadoras que sufran violencia de género"*.

Obsérvese, de entrada, la ausencia de referencia a la movilidad funcional, aunque el derecho a una acomodación razonable –por ejemplo, la trabajadora solicita un trabajo sin atención al público, o que no le obligue a salir a la calle, para no encontrarse con el agresor- sí vendría amparado en el espíritu legislativo y en la generalidad del artículo 2.d) de la LOPIVG.

La disposición adicional 7ª de la LOPIVG, al abordar las correlativas modificaciones del Estatuto de los Trabajadores, concreta estos derechos de la víctima a la acomodación razonable de sus obligaciones laborales, y son:

1º. El derecho a la reducción o a la reordenación del tiempo de trabajo –artículo 37, apartado 7, del ET-. Realmente, se establecen, a favor de *"la trabajadora víctima de violencia de género para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral"*, dos derechos, uno *"la reducción de la jornada de trabajo con disminución proporcional del salario"*, y otro *"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"*.

Para el ejercicio de estos derechos se establecen dos distintos sistemas, uno acordado con la empresa y otro legal a falta de un acuerdo.

Uno acordado con la empresa: *"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, o conforme al acuerdo entre la empresa y la trabajadora afectada"*. La posibilidad de acuerdo individual sólo debe admitirse si no hay convenio colectivo o acuerdo colectivo o si, habiéndolo, se limita a mejorar su contenido, no a acordar empeorando.

Otro legal a falta de un acuerdo: *"en su defecto, la concreción de estos derechos corresponderá a la trabajadora, siendo de aplicación las reglas establecidas en el apartado anterior, incluidas las relativas a la resolución de discrepancias"*. Tales reglas atribuyen *"la concreción horaria y la determinación del periodo de disfrute … al trabajador, dentro de su jornada ordinaria"* –artículo 37.6 del ET-, lo que, si bien vale para la reducción de jornada, no tanto para la reordenación del tiempo de trabajo.

La referencia final a *"incluidas las relativas a la resolución de discrepancias"* nos remite, en última instancia, a la modalidad procesal especial en materia de permisos de lactancia y reducciones de jornada por motivos familiares del artículo 138 bis de la LPL, cuyos defectos técnicos resultan muy criticables, y más en su aplicación a la violencia de género: necesidad de agotamiento de trámites preprocesales, inhabilidad de agosto.

2º. El derecho a la movilidad geográfica y al cambio de centro de trabajo –artículo 40, apartado 3 bis, del ET-. Nuevamente un derecho a favor de *"la trabajadora víctima de violencia de género … para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral"*, aunque añadiendo ahora la especificación de *"que se vea obligada a abandonar el puesto de trabajo en la localidad donde venía prestando sus servicios"*. Parece la norma exigir a la trabajadora, además de acreditar su condición

de víctima de la violencia de género, la obligación de abandono del puesto de trabajo, lo que no es lógico, con el inconveniente adicional de valorar cuando se entenderá obligada. Debería bastar, a nuestro juicio, la decisión de la víctima, aunque ciertamente la letra de la norma no es fácil de salvar.

El derecho se concreta en un *"derecho preferente 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 trabajo"*, una preferencia que, atendiendo a la importancia del bien jurídico protegido, deberá ser prevalente frente a derechos como el de movilidad voluntaria de los trabajadores a tiempo parcial –artículo 12.4.e) del ET-, el derecho de consorte –artículo 40.3 del ET- o, incluso, el derecho preferente a ocupar una plaza vacante del excedente voluntario –artículo 46.5 del ET-.

A los efectos de posibilitar el ejercicio de ese derecho, *"la empresa estará obligada a comunicar a la trabajadora las vacantes existentes en dicho momento o las que se pudieran producir en el futuro"*. La norma contempla una información individualizada a la trabajadora o trabajadoras víctimas de la violencia de genero: no basta utilizar el tablón de anuncios.

¿Quid iuris si el empresario no cumple con su obligación de información y ocupa la plaza con otro trabajador que ya estuviere contratado o que contrate al efecto?. La trabajadora víctima de la violencia de género podrá reclamar en vía judicial –a través de la modalidad procesal de tutela de derechos fundamentales, artículos 175 a 182 de la LPL- la asignación de la plaza como forma de reposición del derecho vulnerado.

Respecto a la duración de la medida de protección, se distingue entre *"una duración inicial de seis meses, durante los cuales la empresa tendrá la obligación de reservar el puesto de trabajo que anteriormente ocupaba la trabajadora"*, y, *"terminado este periodo, la trabajadora podrá optar entre el regreso a su puesto de trabajo anterior o la continuidad en el nuevo. En este último caso, decaerá la mencionada obligación de reserva"*.

3º. El derecho a la suspensión de la relación laboral con reserva de puesta de trabajo –artículo 45, apartado 1, letra n), y artículo 48, apartado 6, del ET-. Tal derecho a la suspensión se ejercita a través de *"(una) decisión de la trabajadora que se vea obligada a abandonar su puesto de trabajo como consecuencia de ser víctima de violencia de género"*. Aquí se reitera con complicación la cuestión de si basta, a los efectos de ejercicio del derecho, la decisión de la víctima o se exige acreditar la obligación, no sólo de abandonar *"el puesto de trabajo en la localidad donde venía prestando sus servicios"*, sino de abandonar *"su puesto de trabajo"*, lo que, salvo interpretación lógica correctora, aún complica más la exigencia.

La duración de la suspensión inicialmente *"no podrá exceder de seis meses, salvo que de las actuaciones de tutela judicial resultase que la efectividad del derecho de protección a la víctima requiriese la continuidad de la suspensión (y) en este caso, el juez podrá prorrogar la suspensión por periodos de tres meses, con un máximo de dieciocho meses"*. Parece lógico que ese juez sea el del Juzgado de Violencia sobre la Mujer, aunque incardinada la norma en el ET sin mayores especificaciones, nos podría hacer pensar que ese juez debe ser el del Juzgado de lo Social.

4º. El derecho a la extinción del contrato de trabajo –artículo 49, apartado 1, letra m), del ET-. Tal derecho a la extinción se ejercita a través de *"(una) decisión de la trabajadora que se vea obligada a abandonar definitivamente su puesto de trabajo como consecuencia de ser víctima de violencia de género"*. ¿Pero cómo se acredita que el abandono del puesto de trabajo será *"definitivo"*, lo que, en gran medida, es un dato futurible?. La solución más lógica –y así lo hemos avanzado y ahora y aquí lo reiteramos- es dejar a la libre autodeterminación de la trabajadora víctima de la violencia de género el ejercicio de uno u otro de los expuestos derechos, salvo si, excepcionalmente, hay un fraude o un abuso de derecho.

Quizás convenga precisar que si, en un momento inicial, la trabajadora ha optado por el ejercicio de uno de los derechos de menos impacto en su vida profesional, ello, a nuestro juicio, no debe impedir que, en un momento posterior, ejercite otro de los derechos de más impacto en su vida profesional, salvo, se insiste, si, excepcionalmente, hay un fraude o un abuso de derecho. Ninguna norma expresa impide esa conclusión y, al contrario, la finalidad legislativa de máxima protección nos lleva a esa conclusión. Por lo tanto, la trabajadora siempre podrá, aún si ejercitó antes otros derechos, extinguir su relación laboral ex artículo 49.1.m) del ET.

Con relación a la vigencia temporal de estos derechos, la aplicación de la prescripción anual –artículo 59 del ET- desde que se pueden ejercitar –artículo 1969 del Código Civil-, que es la fecha de la orden de protección –artículo 23 de la LOPIVG-, se acomoda mal a su propia dinámica, ya que, como estos derechos están vinculados a una situación de violencia de género, si desaparece –por ejemplo, por fallecimiento del marido agresor-, no tendría sentido su ejercicio aunque no hubiera transcurrido un año, y, al contrario, si se mantiene –por ejemplo, a causa de agresiones post-divorcio-, sí tendría sentido su ejercicio aunque hubiera transcurrido más de un año.

Una garantía común de ejercicio de estos derechos es la prohibición de despido disciplinario de *"las trabajadoras víctimas de violencia de género por 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, en los términos y condiciones reconocidos en esta Ley"* –artículo 55.5.II.b) del ET-. La LOPIVG olvidó extender la garantía al despido objetivo en los artículos 53.4.II.b) del ET y 122.2.II.b) de la LPL, y asimismo modificar, en paralelo con el 55.5.II.b) del ET, el artículo 108.2.II.b) de la LPL. Pero la LOIEMH ha solventado estos defectos –disposiciones adicionales 11ª.14 y 13ª.2 y 3-.

b) La justificación de las ausencias o faltas de puntualidad motivadas por la violencia de género.

El artículo 21, apartado 4, de la LOPIVG establece, con carácter general, que *"las ausencias o faltas de puntualidad al trabajo motivadas por la situación física o psicológica derivada de la violencia de género se considerarán justificadas, cuando así lo determinen los servicios sociales de atención o servicios de salud, según proceda, sin perjuicio de que dichas ausencias sean comunicadas por la trabajadora a la mayor brevedad"*. Sin embargo, esta norma no encuentra un desarrollo correlativo en la disposición adicional 7ª de la LOPIVG, que, al reformar el ET, se limita a excluir *"las faltas de asistencia … motivadas por la situación física o psicológica derivada de violencia de género, acreditada por los servicios sociales de atención o servicios de salud, según proceda"* del cómputo de las faltas de asistencia a los efectos de un despido objetivo *"por faltas de asistencia al trabajo"* –según artículo 52, letra d), del ET-.

Tal defecto de desarrollo correlativo en la legislación estatutaria ordinaria planteará algunas carencias protectoras. Por ejemplo, la no regulación específica como permiso retribuido en al artículo 37.3 del ET aparenta permitir el descuento de los salarios correspondientes a las ausencias y/o a las faltas de puntualidad, salvo, naturalmente, si esas ausencias encontrasen amparo en algún permiso retribuido –como el traslado del domicilio habitual ex artículo 37.3.c) del ET o la asistencia a diligencias judiciales ex artículo 37.3.d) del ET-. Asimismo, se debió establecer algún matiz –y aún reconociendo el importante juego aplicativo de la prohibición de despido según los artículos 54.4.II.b) y 55.5.II.b) del ET- a los efectos de la aplicación del artículo 54.2.a) del ET, donde, recordémoslo, se consideran causa justificada de despido disciplinario *"las faltas repetidas e injustificadas de asistencia o puntualidad al trabajo"*.

II. NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y VIOLENCIA DE GÉNERO.

Expuesta resumidamente la regulación laboral contenida en la LOPIVG, ha llegado el momento de verificar sus desarrollos en la negociación colectiva, destacando de entrada como la LOPIVG ha marcado un hito en el tratamiento de la violencia de género en la negociación colectiva –de hecho, ha marcado un hito en el tratamiento de la violencia de género en la totalidad de los ámbitos jurídicos-. Y ese hito se comprueba cuando se constata antes y después de la LOPIVG el número de convenios colectivos donde se contemplan derechos laborales de las trabajadoras víctimas de violencia de género, y lo que es más importante sus contenidos.

Antes de la LOPIVG apenas unos cuantos convenios colectivos –verdaderamente pioneros- asumían una regulación mínima de los derechos laborales de las víctimas. Por ejemplo, el Convenio Colectivo Casino Bahía de Cádiz, BOP/Cádiz de 31.7.2004, contemplaba la posibilidad de negociar con la empresa permisos retribuidos de una o dos semanas o de los días de asistencia a diligencias judiciales. O el II Convenio Colectivo de empresas concesionarias de cables de fibra óptica, BOE de 23.9.2004, establecía el permiso retribuido de *"los trabajadores víctimas de violencia de género para la asistencia a tratamientos médicos y comparecencias judiciales"*.

Desde la LOPIVG se ha incrementado notablemente tanto el número de convenios colectivos como la trascendencia de los contenidos. Si verificamos la muestra de convenios analizados comprobaremos como más de una docena contemplan derechos laborales de las víctimas de violencia de género. Y adicionalmente comprobaremos a lo largo de este Capítulo como las cláusulas convencionales presentan contenidos sumamente interesantes en cuanto a concreción y mejora de derechos legales. Aunque

previamente al análisis de esas cláusulas convencionales debemos explicar por qué la LOPIVG ha operado como catalizador de ese cambio negocial.

a) Funciones de la negociación colectiva en la erradicación de la violencia de género.

La negociación colectiva, tan importante en la determinación de las condiciones de trabajo, debe ocupar, en la tutela laboral de la violencia doméstica, un importante protagonismo. Y no sólo por la trascendencia en el ámbito de la igualdad de las funciones reguladora, individualizadora y compensadora que, con carácter general, cumple el convenio colectivo. Sino además por la propia regulación de la LOPIVG, con un llamamiento implícito y algún otro llamamiento explícito a la negociación colectiva.

Nuestra doctrina más autorizada se refiere, y con toda la razón, a *"la fragilidad de las obligaciones que (se) imponen … y de los correlativos derechos de las trabajadoras afectadas por la violencia de género"*[788], lo cual se interpreta como llamamiento implícito a la negociación colectiva:

a) Primero porque, a falta de normas autoejecutivas, estamos ante *"una serie de reglas que sugieren a las partes del contrato de trabajo y a la negociación colectiva ámbitos en los que permitir la introducción de las exigencias derivadas del maltrato a la dinámica de la relación de trabajo"*.

b) Segundo porque *"(los negociadores se erigen) en destinatarios de la acción de formación y sensibilización al respecto que con tanta profusión anuncia la ley, so pena de que se neutralicen por omisión o insuficiente regulación una buena parte de sus reglas más novedosas"*.

A este llamamiento implícito, se une otro llamamiento explícito en una materia central en el régimen legal como los derechos a la reducción o

[788] María Fernanda FERNÁNDEZ LÓPEZ, "La dimensión laboral de la violencia de género", Editorial Bomarzo, Albacete, 2005, páginas 27 y 28, passim.

a la reordenación del tiempo de trabajo –artículo 37, apartado 2, del ET-, que, con carácter principal, *"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"*.

Y aunque los derechos a la reducción o a la reordenación del tiempo de trabajo son, por explícito llamamiento legal, materia donde típicamente se desarrollará la negociación colectiva, no es la única donde se puede desarrollar, y a efectos ejemplificativos, se podrían citar otras materias[789]:

a) La mejora de las condiciones de ejercicio de los derechos a la movilidad geográfica, al cambio de centro de trabajo, a la suspensión de la relación laboral con reserva de puesto de trabajo y a la extinción del contrato de trabajo –por ejemplo, estableciendo algunas compensaciones-.

b) El establecimiento de nuevas fórmulas de acomodación razonable de las obligaciones laborales, como la posibilidad de movilidad funcional.

c) La concreción del derecho a ausentarse de la trabajadora víctima de violencia de género en un específico permiso con posible retribución.

---

[789] Djamil Tony Kahale Carrillo, en un interesante estudio sobre la violencia de género en la negociación colectiva, enumera las siguientes posibilidades de mejora: *"a) Ofrecer ayudas económicas para las situaciones de emergencia en caso de violencia de género, mediante la creación de un fondo monetario. b) Anticipar el período vacacional. c) Conceder préstamos con facilidades de pago. d) Permisos de trabajo retribuidos con duración determinada. e) Conceder jornadas flexibles durante el tiempo necesario, a las trabajadoras víctimas de violencia de género, para normalizar su situación. f) 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. g) Mejorar las condiciones temporales de reserva de empleo en los supuestos de movilidad geográfica. h) Derecho preferente de ocupar puestos de trabajo de igual categoría en otros centros de trabajo del mismo empresario, cuando requieran cambiar de residencia. i) 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, ONGs, asociaciones o grupos de mujeres especializados en la materia, garantizándole la discreción y el sigilo del asunto que tendrán los miembros que compongan dicha comisión. j) 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 ... k) 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"*, "El reconocimiento de derechos laborales a las mujeres víctimas de violencia de género en los convenios colectivos", Aranzadi Social, Número 14, 2007, BIB 2007 1777.

d) El establecimiento de medidas económicas –por ejemplo, regulando anticipos salariales, o financiando créditos para afrontar gastos-.

e) El establecimiento de medidas de salud –por ejemplo, la intervención asistencial voluntaria de los servicios médicos de la empresa-.

Ciertamente, la negociación colectiva tropieza con alguna dificultad en esta nueva función social. Por lo pronto, los eventuales conflictos entre la empresa y la trabajadora víctima se manifiestan en el ámbito individual, lo que dificulta su asunción como un conflicto sindical de interés colectivo –que surgirá más como conflicto de solidaridad que como conflicto directo, salvo el más inusual caso de una empresa con varias trabajadoras víctimas-.

Además, nos encontramos con una ausencia casi absoluta de experiencia negocial en materia de derechos laborales de las víctimas de violencia de género, ya que, antes de la LOPIVG, eran muy escasos los convenios colectivos donde se regulaban derechos a favor de las trabajadoras víctimas de violencia de género. Los convenios colectivos, en consecuencia, se enfrentan a la tendencia negocial de no regular la materia.

Sin duda con conciencia de las funciones a desempeñar por la negociación colectiva y con conciencia de sus inconvenientes, en el Acuerdo Interconfederal sobre Negociación Colectiva para el año 2007, en un extremo no alterado en la prórroga para el año 2008, y después de realizar invocación a la LOPIVG, se declaraba que *"las organizaciones empresariales y sindicales consideramos que la negociación colectiva es un cauce adecuado para facilitar el ejercicio efectivo de estos derechos"*.

b) Tipología formal de las cláusulas negociales sobre violencia de género.

Una aproximación general a las cláusulas negociales sobre violencia de género, que se han incrementando en cantidad y en calidad de manera

significativa desde la LOPIVG, se puede realizar desde una perspectiva formal –atendiendo a la colocación sistemática de esas cláusulas- o desde una perspectiva material –atendiendo a los contenidos sustantivos de esas cláusulas-. Desde una perspectiva formal, se puede distinguir entre aquellos convenios colectivos donde esas cláusulas se agrupan en una sola norma convencional, de aquellos otros donde esas cláusulas se dispersan a lo largo del articulado del convenio colectivo dependiendo de la concreta materia.

Por ejemplo –y limitaré los ejemplos a los convenios colectivos estatales de sector-, esas cláusulas aparecen agrupadas en el artículo 14 del Convenio Colectivo de grandes almacenes, BOE de 27.4.2006, en el artículo 34 del IV Convenio Colectivo marco estatal de servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal, BOE de 4.8.2006, en el artículo 57 del VI Convenio Colectivo estatal de elaboradores de productos cocinados para su venta a domicilio, o en el artículo 80 del III Convenio Colectivo estatal de la madera, BOE de 7.12.2007, todos con rúbrica sobre la violencia de género.

Incluso en algunos convenios colectivos el artículo se constituye en un capítulo específico, como el artículo 65, que se constituye en Capítulo XV del II Convenio Colectivo estatal para las empresas de gestión y mediación inmobiliaria, BOE de 13.1.2007, y el artículo 137, que se constituye en Capítulo XIII 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 de 31.8.2007.

Y son convenios colectivos donde esas cláusulas se dispersan a lo largo de su articulado dependiendo de la concreta materia el Convenio Colectivo de perfumería y afines, BOE de 23.8.2007 –artículos 28, 48 y 56.b)-, o el XV Convenio Colectivo de la industria química, BOE de 29.8.2007 –artículos 25.2, 28.2, 49.5, 51 y 52 bis-. Algunos convenios

colectivos sólo recogen una norma, como el II Convenio Colectivo estatal de instalaciones deportivas y gimnasios, BOE de 6.9.2006 –artículo 29.e)-.

¿Cuál es la opción más adecuada?. Por un lado, integrar cada norma en la específica materia a que la norma se refiere se compadece con la técnica transversal inspiradora de la LOPIVG –y de la LOIEMH-. Por otro lado, agrupar las cláusulas sobre violencia de género en una misma norma del convenio colectivo, aparte de un valor simbólico, favorece su conocimiento por las personas interesadas. Quizás una declaración general donde se aludiese a la protección de las víctimas de violencia de género con remisión a otros artículos concretos integrados en su sede material propia permitiría combinar la técnica con los aspectos simbólicos y pedagógicos.

No está ahora de más destacar un convenio de empresa, y es el II Convenio Colectivo de Repsol YPF S.A., BOE de 6.3.2007, en cuanto introduce el matiz sistemático de completar la regulación de los derechos de la víctima de violencia con una declaración general. Efectivamente, en su artículo 5, se recoge una cláusula general de igualdad de oportunidades de la cual se deriva, entre otras cosas, que *"se (incluya), como parte integrante de este Convenio Colectivo, un Anexo IX sobre la protección a trabajadores y trabajadoras víctimas de violencia ejercida en el entorno familiar"*. Y ese Anexo es donde se regulan los derechos de las víctimas.

c) Las cláusulas generales y de transmisión normativa.

Desde una perspectiva material, atendiendo a los contenidos sustantivos de las cláusulas sobre violencia de género, un primer grupo lo conformarían aquellas cláusulas negociales que se limitan a remitirse, copiar total o parcialmente y/o resumir las normas legales, sin merecer más comentarios que los hechos en su momento a las cláusulas de transmisión de las normas legales a los convenios colectivos –Capítulo Segundo-. Por

ejemplo, el artículo 34 del IV Convenio Colectivo marco estatal de servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal, BOE de 4.8.2006, el artículo 137, que se constituye en Capítulo XIII, 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 de 31.8.2007, o el artículo 29.e) del II Convenio Colectivo estatal de instalaciones deportivas y gimnasios, BOE de 6.9.2006. También es el caso del artículo 56 del Convenio Colectivo del sector de intervención social de Madrid, DOMa de 14.9.2007, siendo, por cierto, la única referencia a los derechos de las trabajadoras víctimas de violencia de género rastreada en los convenios colectivos de sector infraestatal utilizados en nuestro estudio.

d) Las cláusulas de concreción de los derechos legales.

A los efectos de analizar las cláusulas negociales tendentes a la concreción de los derechos laborales de las trabajadoras víctimas de violencia de género, que configuran un segundo grupo desde una perspectiva material, asumiremos una sistemática idéntica –en la intención de facilitar una lectura comparativa- a la antes asumida para analizar los derechos laborales de las víctimas en los términos mínimos de la LOPIVG:

1º. El derecho a la reducción o a la reordenación del tiempo de trabajo –regulado en el artículo 37, apartado 7, del ET-. Sin punto de comparación, este derecho es el abordado en la negociación colectiva con mayores particularidades, lo que se compadece con el llamamiento expreso que en la norma legal de referencia se hace a esa regulación convencional.

Desarrollando esta norma legal, los convenios colectivos han mantenido posturas diferentes. Algunos renuncian a regular la cuestión, como el artículo 48 del Convenio Colectivo de perfumería y afines, BOE

de 23.8.2007, al afirmar que *"el ejercicio de estos derechos se acordará y concretará entre la persona afectada y la dirección de la empresa"*.

Otros sí asumen la función que, en orden a la concreción de los derechos relativos a jornada, le asigna a la negociación colectiva la LOPIVG, aunque en este aspecto se aprecian dos corrientes de tendencia, y una postura más aperturista detectada en un único convenio colectivo, en relación con los límites temporales de la reducción de jornada, cuales son:

a) Una corriente de tendencia es a asimilar esos límites temporales con los de la reducción de jornada por cuidado de menores o familiares, como es el caso del artículo 14 del Convenio Colectivo de grandes almacenes, BOE de 27.4.2006, que realiza una remisión expresa a *"los términos establecidos para la reducción de jornada por guarda legal"*.

Tal criterio de asimilación de la reducción de jornada por violencia de género a la reducción de jornada por cuidado de menores o familiares también es seguido en el artículo 41.1 del Convenio Colectivo del Grupo Eroski, BOE de 6.6.2006, y en el artículo 43.II del Convenio Colectivo del Grupo Champion, BOE de 9.6.2006, ambas grandes empresas comerciales.

Sin hacer una remisión expresa a los límites temporales de la reducción de jornada por cuidado de menores o familiares, otras veces se contemplan sus mismos límites temporales, a saber *"un mínimo de un octavo y un máximo de la mitad"*, como resulta ser el supuesto del artículo 80 del III Convenio Colectivo estatal de la madera, BOE de 7.12.2007.

b) Otra corriente de tendencia es a establecer unos límites amplios, como *"al menos una cuarta parte"* –que, antes de la LOIEMH, era el de la reducción de jornada por cuidado de menores o familiares- y *"un máximo de tres cuartas partes"*, en el artículo 65 del II Convenio Colectivo estatal para las empresas de gestión y mediación inmobiliaria, BOE de 13.1.2007.

c) El Convenio Colectivo de la industria química, BOE de 29.8.2007, aún va más allá –y, desde esta perspectiva es el más loable- al referirse, en

su artículo 49.5, a *"el tiempo que considere necesario y sin que sean de aplicación los límites máximo y mínimo establecidos en el anterior apartado 2"* –reducción de jornada por cuidado de menores o familiares-.

2º. El derecho a la movilidad geográfica y al cambio de centro de trabajo –regulado en el artículo 40, apartado 3 bis, del ET-. Algunos convenios colectivos concretan la norma legal en orden a las características del posible puesto de trabajo de destino. Recordemos que en la norma legal lo que se reconoce a la trabajadora es *"derecho preferente a ocupar otro puesto de trabajo, del mismo grupo profesional o categoría equivalente"*.

Pues bien, en algunos convenios colectivos se restringe esa calificación para pasar a decir *"del mismo grupo profesional"*, como es el caso del artículo 28 del Convenio Colectivo de perfumería y afines, BOE de 23.8.2007, o el artículo 28.2 del XV Convenio Colectivo de la industria química, BOE de 29.8.2007. Tales restricciones no se acomodan a la norma legal de referencia, resultando bastante dudosa su sujeción a la legalidad.

Otros convenios colectivos eliminan cualquier calificación restrictiva del posible puesto de trabajo de destino, ampliando las posibilidades de elección de la trabajadora víctima de la violencia de género, por ejemplo, cuando se alude sin más exigencias a *"vacantes en otros centros de trabajo de otras localidades"* en el artículo 65 del II Convenio Colectivo estatal para las empresas de gestión y mediación inmobiliaria, BOE de 13.1.2007.

Muy diferente es el planteamiento del artículo 32.1 del II Convenio Colectivo único del personal laboral de la Administración General del Estado, que ciertamente se refiere a *"un puesto de trabajo del mismo grupo profesional y área funcional"*, pero no para otorgar una preferencia, sino para atribuir un completo *"derecho al traslado"*, con lo cual tal concreción del puesto de trabajo aquí sí opera en beneficio de la víctima de violencia.

3º. El derecho a la suspensión de la relación laboral con reserva de puesta de trabajo –regulado en el artículo 45, apartado 1, letra n), y en el

artículo 48, apartado 6, del ET-. Algún convenio colectivo mejora la norma legal estableciendo una retribución parcial, como ocurre con el artículo 54.c) del II Convenio Colectivo único del personal laboral de la Administración General del Estado, BOE de 14.10.2006, que califica esta situación de *"excedencia"*, y que establece el *"derecho a percibir las retribuciones íntegras … durante los dos primeros meses de excedencia"*.

4º. El derecho a la extinción del contrato de trabajo –regulado en el artículo 49, apartado 1, letra m), del ET-. Los convenios colectivos analizados se limitan a copiar total o parcialmente o resumir la norma legal.

5º. La justificación de las ausencias o faltas de puntualidad motivadas por la violencia de género –regulada en el artículo 21, apartado 4, de la LOPIVG-. Algún convenio colectivo mejora la norma legal estableciendo la retribución de esas ausencias, como el artículo 57.4 del VI Convenio Colectivo estatal de elaboradores de productos cocinados para su venta a domicilio, BOE de 17.1.2007, donde se admiten *"permisos de trabajo retribuidos a fin de que puedan realizarse las gestiones (cambio de residencia, asistencia a juicios, acudir a tratamiento psicológico, etc.)"*.

e) La creación de otros nuevos derechos.

Algunas cláusulas negociales, que configuran un tercer grupo desde una perspectiva material de cláusulas negociales sobre derechos laborales de las víctimas de violencia de género, contemplan evidentes mejoras a la regulación legal, creando nuevos derechos a favor de las víctimas como:

1º. El derecho a la movilidad funcional, como es el caso del artículo 25.2 del XV Convenio Colectivo de la industria química, BOE de 29.8.2007, donde se establece que *"con la finalidad de evitar la posibilidad de encontrarse con su agresor, la trabajadora o trabajador víctima de violencia de género que tenga reconocida esta condición y que efectúe su*

prestación laboral fuera del centro de trabajo, tendrá derecho preferente a ocupar otro puesto de trabajo, del mismo grupo profesional, que la empresa tenga vacante en cualquiera de sus centros de trabajo", y quedando obligada la empresa *"comunicar a la trabajadora las vacantes existentes en dicho momento o las que se pudieran producir en el futuro"*.

¿Se beneficia este derecho de la prohibición de despido disciplinario –artículos 55.5.II.b) del ET y 108.2.II.b) de la LPL- y objetivo –artículos 53.4.II.b) del ET y 122.2.II.b) de la LPL-?. Tales normas se refieren a *"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"*. Aunque no sea muy lógico que la prohibición no ampare el derecho a la movilidad funcional, y sí ampare fórmulas más incisivas sobre la relación laboral, la letra de la norma dificulta la extensión de la garantía –de ahí la conveniencia de pactarla en el convenio colectivo-.

2º. El derecho a licencias sin sueldo, como es el caso del artículo 52 bis del XV Convenio Colectivo de la industria química, BOE de 29.8.2007, donde se establece que *"la trabajadora víctima de violencia de género, siempre que tenga esa condición legalmente reconocida, tendrá derecho a las licencias sin sueldo que sean necesarias para asistir a los servicios sociales, policiales o de salud, previa acreditación de su necesidad"*.

3º El derecho a la *"anticipación del periodo vacacional"* que se establece en el artículo 57.4 del VI Convenio Colectivo estatal de elaboradores de productos cocinados para su venta a domicilio, BOE de 17.1.2007. Nos encontramos ante un derecho perfecto que, por su exclusiva voluntad, la víctima puede utilizar para adelantar sus vacaciones –no para demorarlas- con la finalidad de satisfacer necesidades urgentes de tiempo –y sin duda ahí se encuentra la lógica del derecho a anticipar las vacaciones-. Obsérvese que no es una preferencia en la elección de vacaciones, sino de

anticipar las que ya se han elegido, lo cual elude cualquier posible fricción con otros/as trabajadores/as, quienes no verán alteradas sus vacaciones.

4º. La prestación de servicios de apoyo psicológico –asistencia, información y atención a la víctima, así como orientación familiar-, de apoyo médico –incluida la atención psiquiátrica- y de apoyo jurídico –de carácter especializado 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 o la obtención de prestaciones o medidas de asistencia social- que se establece en el Anexo IX del II Convenio Colectivo de Repsol YPF S.A., BOE de 6.3.2007, que cubre tanto a la trabajadora como a sus hijos conviventes, que se prestará garantizando la confidencialidad más estricta y que es complementaria de las medidas legalmente previstas o que se prevean.

5º. El derecho a *"ayuda económica para los gastos ocasionados por la necesidad de alquiler o compra de vivienda habitual"* que se establece en el Anexo IX del II Convenio Colectivo de Repsol YPF S.A., BOE de 6.3.2007, y que se concreta en *"ayuda alquiler, en los valores previstos para los casos de movilidad geográfica, durante todo el tiempo que la víctima se vea obligada a dejar temporalmente el domicilio habitual, hasta entonces compartido con el agresor"*, y en *"ayuda a fondo perdido y crédito puente para la compra de vivienda, en los valores previstos para la movilidad geográfica, cuando la víctima opte por esta solución como mejor forma para resolver su problema"*. La remisión a la regulación de la movilidad geográfica es para cuantificar la ayuda, y no supone vincular la ayuda al ejercicio del derecho de la trabajadora a la movilidad geográfica.

III. LA ACREDITACIÓN DE LAS SITUACIONES DE VIOLENCIA DE GÉNERO DESDE UNA PERSPECTIVA NEGOCIAL.

El artículo 23 de la LOPIVG, bajo el epígrafe *"acreditación de las situaciones de violencia de género ejercida sobre las trabajadoras"*, establece que *"las situaciones de violencia que dan lugar al reconocimiento de los derechos regulados en este Capítulo se acreditarán con la orden de protección extendida a favor de la víctima"*, y que *"excepcionalmente, será título de acreditación de esta situación, el informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de que la demandante es víctima de violencia de género hasta tanto se dicte la orden de protección"*. Tal acreditación excepcional se justifica en la urgencia de la adopción de las medidas de protección laborales y de Seguridad Social.

Desde la perspectiva negocial, la cuestión inmediata es la naturaleza de esta norma legal en sus relaciones con el convenio colectivo, cupiendo tres posibilidades teóricas: una sería la disponibilidad absoluta –el convenio colectivo podría establecer exigencias más favorables o más desfavorables-, otra la disponibilidad in mellius y no in pejus –el convenio colectivo podría establecer exigencias más favorables, pero no más desfavorables-, y otra la indisponibilidad absoluta –el convenio colectivo no podría establecer exigencias más favorables ni más desfavorables, de donde la materia quedaría congelada para su regulación por norma con rango de ley, sin que el convenio colectivo pudiese regular válidamente dicha materia-.

La disponibilidad absoluta se deberá de excluir, y esto no ofrece duda alguna desde la perspectiva del artículo 3.5 del ET, cuando se trate de plasmación o de concreción de derechos reconocidos en la LOPIVG. No obstante, cuando se trate de derechos concedidos en el convenio colectivo, la cuestión es más dudosa. Desde una perspectiva de validez jurídica, no aparenta ser necesariamente ilegal que el convenio colectivo expresamente establezca una exigencia adicional a un derecho no reconocido en la LOPIVG –por ejemplo, una sentencia condenatoria para conceder una

ayuda económica-. Aunque desde una perspectiva de legitimación social, no resultaría fácilmente asumible la creación de dos categorías de víctimas.

Situándonos en los derechos reconocidos en la LOPIVG, la duda surge alrededor de si la norma legal congela la materia, o si se admite la existencia de convenios colectivos más favorables, solución más coherente con los principios propios del ordenamiento laboral. La cuestión no es de laboratorio. Bastará con leer los artículos 25.2 y 28.2 del XV Convenio Colectivo de la industria química, BOE de 29.8.2007, para comprobar que la definición de víctima de violencia de género que se da en cada uno de esos artículos y *"a efectos de (su) aplicación"*, es más amplia que la legal, admitiéndose su acreditación no sólo a través de la acreditación judicial, sino también *"por los servicios sociales de atención o servicios de salud"*.

Incluso el II Convenio Colectivo de Repsol YPF S.A., BOE de 6.3.2007, introduce una ampliación mayor del ámbito subjetivo, en la medida en que, en su Anexo IX sobre *"protección a trabajadores y trabajadoras víctimas de violencia ejercida en el entorno familiar"*, se contempla no sólo a las trabajadoras víctimas de violencia de género, sino además que *"se entiende por víctima de la violencia ejercida en el entorno familiar la realizada sobre el empleado de Repsol YPF S.A., así como a sus hijos que convivan con él, siempre que el agresor sea una persona con quien el empleado mantenga una relación de parentesco o afectividad (cónyuge, ex cónyuge, pareja de hecho o familiar de cualquier grado)"*.

IV. ALGUNAS CONSIDERACIONES FINALES.

Los derechos laborales de las trabajadoras víctimas de la violencia de género en la relación de pareja es una materia sin tradición en la práctica negocial, y cuyo desenvolvimiento ha venido de la mano de la intervención legislativa. Muy poco tiempo para una implantación a fondo de esta como

de cualquier otra materia. Y aún así, se ha rastreado una muestra significativa de convenios colectivos con regulaciones en materia de derechos laborales de las trabajadoras víctimas de la violencia de género en la relación de pareja, aunque –salvo uno que es provincial y limitado a reiterar la ley-, son todos los rastreados convenios colectivos de sector estatal o de grandes empresas, lo cual nos demuestra como esos niveles negociales actúan como la locomotora de arrastre de los niveles inferiores.

Dentro de esos convenios colectivos con regulaciones en materia de derechos laborales de las trabajadores víctimas de la violencia de género en la relación de pareja, las cláusulas más usuales son las de mera transmisión de las normas legales, que normalmente se acompañan con otras cláusulas con mayores desarrollos, aunque en algunas ocasiones son las únicas contempladas en el convenio colectivo, lo cual aunque se debe saludar como positivo en cuanto nos demuestra la preocupación de los negociadores, desaprovecha las posibilidades de la negociación colectiva.

Otro grupo de convenios colectivos introduce algunas concreciones significativas de las normas legales, por ejemplo, delimitando los términos del derecho a la reducción o reordenación del tiempo de trabajo, especificando el puesto de destino en el derecho a la movilidad geográfica y al cambio de centro de trabajo, o mejorando a través de una retribución total o parcial el derecho a la suspensión de la relación laboral con reserva de puesta de trabajo, o a las ausencias motivadas por la violencia de género.

Y otro grupo de convenios colectivos –ciertamente más excepcionales- acomete la creación de nuevos derechos: movilidad funcional, licencias sin sueldo, anticipo de vacaciones, apoyo a la víctima o ayuda económica. Incluso se ha rastreado una ampliación significativa del ámbito subjetivo de protección, extendiéndola a la totalidad de las víctimas mujeres u hombres de violencia doméstica, y no sólo dentro de las relaciones de pareja, ampliándose la protección a la relación de parentesco.

Todo lo cual nos dibuja un paisaje en la negociación colectiva que, sin ser ni muy de lejos el más ideal, sí demuestra una cierta progresión –en especial en convenios colectivos de sector estatal y grandes empresas- en la materia de derechos laborales de las trabajadoras víctimas de la violencia de género en la relación de pareja, que nos permite alcanzar conclusiones esperanzadoras en cuanto a que la negociación colectiva mínimamente cumpla en un plazo no muy largo el importante papel asignado por la ley, y asumido por los agentes sociales, en la lucha contra la violencia de género.

CAPÍTULO DUODÉCIMO

IGUALDAD Y DISCRIMINACIÓN EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

SUMARIO: I. LOS MARCOS NORMATIVOS DE REFERENCIA EN MATERIA DE IGUALDAD Y DISCRIMINACIÓN EN EL ÁMBITO LABORAL: a) Fuentes reguladoras y conceptos generales en derecho comunitario. b) Fuentes reguladoras y conceptos generales en derecho interno. **II. EL FOMENTO LEGAL DE LAS MEDIDAS DE IGUALDAD EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA:** a) Las exigencias de la normativa comunitaria. b) La plasmación la normativa interna. **III. IGUALDAD Y DISCRIMINACIÓN EN LOS ACUERDOS INTERCONFEDERALES SOBRE NEGOCIACIÓN COLECTIVA. IV. CLÁSULAS GENERALES DE IGUALDAD EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA:** a) Convenios estatales de sector. b) Grandes empresas. c) Convenios autonómicos y provinciales. d) Algunas consideraciones finales.

I. LOS MARCOS NORMATIVOS DE REFERENCIA EN MATERIA DE IGUALDAD Y DISCRIMINACIÓN EN EL ÁMBITO LABORAL.

La discriminación es un fenómeno de carácter polimórfico. Ciertamente, la totalidad de las discriminaciones ostentan un denominador común, que es la consideración peyorativa hacia un grupo humano derivada de prejuicios arraigados en la sociedad. Pero a partir de ese denominador común difieren las causas de la discriminación, y, difiriendo las causas, difieren las manifestaciones. Hablando desde la perspectiva jurídica, esa variedad de causas y de manifestaciones obliga a que los mecanismos de tutela no puedan ser idénticos para todas las formas de discriminación, adaptándose la tutela jurídica a la realidad de las cosas para ser más eficaz.

De este modo, la tutela jurídica frente a la discriminación por razón de sexo / género, a la que hemos aludido hasta ahora, no es extensible de

manera automática a las demás formas de discriminación. Ahora bien, esto no significa que pueda ser inferior en términos de eficacia. Lo que esto significa es que las medidas no tienen no tiene por qué ser idénticas. E incluso la eficacia obliga a que sean distintas. Por ejemplo, la estrategia de transversalidad es operativa cuando hablamos de mujeres debido a la extensión de los prejuicios de género, pero en otros ámbitos supondría difuminar los esfuerzos –incluso presupuestarios- contra la discriminación.

Tal conclusión es generalizable a la totalidad de las discriminaciones al no ser posible una equiparación total en la tutela de las demás formas de discriminación. Basten algunos ejemplos. Una reserva de empleo es una técnica de tutela antidiscriminatoria admisible a favor de las personas discapacitadas, aunque sería inadmisible, por contrario a la libertad sindical negativa o de no afiliación a sindicato, a favor de los/as afiliados/as a un sindicato. La prohibición de trabajar, aplicable para proteger a los menores de edad, es un mecanismo de tutela difícilmente extensible a las demás formas de discriminación, y claramente rechazable si se tratase de mujeres.

Y esa variedad en la tutela –especialidad de la tutela- ha llevado a una variedad en los marcos normativos de referencia –especialidad de las fuentes-. Es decir, no sólo se regulan medidas no exactamente idénticas, sino que, además, se regulan en normas no exactamente idénticas. De ahí la conveniencia de que, antes de analizar el tratamiento de la igualdad y discriminación en la negociación colectiva, realicemos unos apuntes acerca de la normativa comunitaria e interna de la tutela de igualdad y no discriminación en el ámbito laboral que nos permitirá delimitar los marcos normativos de referencia dentro de los cuales aquélla se debe desenvolver.

a) Fuentes reguladoras y conceptos generales en derecho comunitario.

Mientras la tutela comunitaria contra la discriminación por sexo arranca de los Tratados de Roma, de 1957, la tutela comunitaria contra otras causas de discriminación arranca del Tratado de Amsterdam, 1998, cuando se introdujo una cláusula competencial general –el artículo 13 del Tratado de la Unión Europea- a cuyo amparo surgirán tanto la Directiva 2000/43/CE, 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, como la Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación –refiriéndose a la discriminación por motivos de la religión o convicciones, la discapacidad, la edad o la orientación sexual-.

Ambas directivas presentan unos contenidos bastante semejantes. Los elementos conceptuales se desarrollan en una primera parte de carácter dogmático, que se corresponde con el Capítulo I sobre *"disposiciones generales"* de la Directiva 2000/43/CE y de la Directiva 2000/78/CE. Y los mecanismos de eficacia se desarrollan en una segunda parte de carácter instrumental, que se corresponde con el Capítulo II sobre *"recursos y cumplimiento"* de la Directiva 2000/43/CE y de la Directiva 2000/78/CE, y con el Capítulo III sobre *"organismos de promoción de la igualdad de trato"* de la Directiva 2000/43/CE. Por lo demás, la Directiva 2000/78/CE tiene un Capítulo III sobre *"disposiciones particulares"*. Y ambas Directivas concluyen con un Capitulo IV sobre *"disposiciones finales"*.

No es el momento de abordar un análisis exhaustivo de la Directiva 2000/43/CE, ni de la Directiva 2000/78/CE, sino sólo de los aspectos de mayor interés a nuestro estudio sobre negociación colectiva. Más adelante aludiremos a los mecanismos de eficacia sólo en cuanto se refieren a la negociación colectiva –se regulan en los artículos 11 y 14 de la Directiva de la Directiva 2000/43/CE y en los artículos 13 y 16 de la Directiva 2000/78/CE-. Pero antes conviene realizar un somero estudio de la parte

dogmática de la Directiva 2000/43/CE y de la Directiva 2000/78/CE, que se contiene en el Capítulo I de cada Directiva, ambos titulados como "*disposiciones generales*", y que abordamos a continuación destacando los elementos comunes y los elementos diferenciales de ambas regulaciones:

1º. La definición del principio de igualdad de trato como ausencia de toda discriminación directa e indirecta –artículo 2 de la Directiva 2000/43/CE y artículo 2 de la Directiva 2000/78/CE- es, con las diferencias relativas a los motivos de discriminación –en una el origen racial o étnico, en la otra la religión o convicciones, la discapacidad, la edad o la orientación sexual-, sustancialmente igual en ambas Directivas, comprendiendo la discriminación directa, la discriminación indirecta y el acoso relacionado con uno de los motivos de discriminación contemplados.

(a) Hay discriminación directa cuando, por alguno de los motivos discriminatorios, "*una persona sea tratada de manera menos favorable de lo que sea, haya sido o vaya a ser tratada otra en situación comparable*".

(b) Hay discriminación indirecta "*cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúe a personas definidas (por alguno de los motivos discriminatorios) en desventaja particular con respecto a otras personas, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y salvo que los medios para la consecución de la finalidad sean adecuados y necesarios*".

Tratándose de personas con una discapacidad determinada, hay otra salvedad alternativa, que es la de que "*el empresario o cualquier persona u organización, esté obligado, en virtud de la legislación nacional, a adoptar medidas adecuadas (de acuerdo con la norma comunitaria) para eliminar las desventajas que supone esa disposición, ese criterio o esa práctica*".

(c) Hay acoso cuando se produzca un "*comportamiento no deseado*" que se relacione con alguno de los motivos discriminatorios y "*que tenga*

como objetivo o consecuencia atentar contra la dignidad de la persona y crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante, u ofensivo".

(d) Asimismo, se considera discriminatoria *"toda orden de discriminar a personas"* por alguno de los motivos que se contemplan.

Por lo demás, la Directiva 2000/78/CE –no, sin embargo, la 2000/43/CE- añade que *"la presente Directiva se entenderá sin perjuicio de las medidas establecidas en la legislación nacional que, en una sociedad democrática, son necesarias para la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención de infracciones penales, la protección de la salud y la protección de los derechos y libertades de los ciudadanos"*.

2º. La regulación de la excepción de buena fe ocupacional –artículo 4 de la Directiva 2000/43/CE y artículo 4 de la Directiva 2000/78/CE- habilita a *"los Estados miembros (para) disponer que una diferencia de trato basada en una característica relacionada con el origen racial o étnico (o con los otros motivos de discriminación) no tendrá carácter discriminatorio cuando, debido a la naturaleza de las actividades profesionales concretas o al contexto en que se lleven a cabo, dicha característica constituya un requisito profesional esencial y determinante, siempre y cuando el objetivo sea legítimo y el requisito, proporcionado"*.

Específicamente –artículo 4 de la Directiva 2000/78/CE-, *"los Estados miembros podrán mantener en su legislación nacional vigente el día de adopción de la presente Directiva, o establecer en una legislación futura que incorpore prácticas nacionales existentes el día de adopción de la presente Directiva, disposiciones en virtud de las cuales en el caso de las actividades profesionales de iglesias y de otras organizaciones públicas o privadas cuya ética se base en la religión o las convicciones de una persona, por lo que respecta a las actividades profesionales de estas organizaciones, no constituya discriminación una diferencia de trato basada en la religión o las convicciones de una persona cuando, por la*

naturaleza de estas actividades o el contexto en el que se desarrollen, dicha característica constituya un requisito profesional esencial, legítimo y justificado respecto de la ética de la organización", añadiéndose que se *"(respetarán) disposiciones y principios constitucionales de los Estados miembros, así como los principios generales del Derecho Comunitario"*, y que *"no (se) podrá justificar una discriminación basada en otro motivo"*.

También específicamente, se establece que *"siempre y cuando sus disposiciones sean respetadas, las disposiciones de la presente Directiva se entenderán sin perjuicio del derecho de las iglesias y de las demás organizaciones públicas o privadas cuya ética se base en la religión o las convicciones, actuando de conformidad con las disposiciones constitucionales y legislativas nacionales, podrán exigir en consecuencia a las personas que trabajen para ellas una actitud de buena fe y de lealtad hacia la ética de la organización"* –artículo 4 de la Directiva 2000/78/CE-.

3º. La habilitación para acciones positivas –artículo 5 de la Directiva 2000/43/CE y artículo 7 de la Directiva 2000/78/CE- supone que *"con el fin de garantizar la plena igualdad en la práctica, el principio de igualdad de trato no impedirá que un Estado miembro mantenga o adopte medidas específicas para prevenir o compensar las desventajas que afecten a personas de un origen racial o étnico concreto"* u *"ocasionadas por cualquiera de los motivos"* de discriminación que se han contemplado, y *"por lo que respecta a las personas con discapacidad, el principio de igualdad de trato no constituirá un obstáculo al derecho de los Estados miembros de mantener o adoptar disposiciones relativas a la protección de la salud y la seguridad en el lugar de trabajo, ni para las medidas cuya finalidad sea crear o mantener disposiciones o facilidades con objeto de proteger o fomentar la inserción de dichas personas en el mundo laboral"*.

4º. La Directiva 2000/78/CE regula –en su artículo 5- los *"ajustes razonables para las personas con discapacidad"*, estableciendo al efecto

que *"los empresarios tomarán las medidas adecuadas, en función de las necesidades de cada situación concreta, para permitir a las personas con discapacidades acceder al empleo, tomar parte en el mismo o progresar profesionalmente, o para que se les ofrezca formación, salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario … (no considerándose) cuando sea paliada en grado suficiente mediante medidas existentes en la política del Estado miembro sobre discapacidades"*.

5º. La Directiva 2000/78/CE regula –en su artículo 6- la *"justificación de diferencias de trato por motivos de edad"*, estableciendo al efecto *que "los Estados miembros podrán disponer que las diferencias de trato por motivos de edad no constituirán discriminación si están justificadas objetiva y razonablemente, en el marco del Derecho nacional, por una finalidad legítima, incluidos los objetivos legítimos de las políticas de empleo, del mercado de trabajo y de la formación profesional, y si los medios para lograr este objetivo son adecuados y necesarios"*, y añadiendo de seguido que *"dichas diferencias de trato podrán incluir, en particular"*:

a) *"El establecimiento de condiciones especiales de acceso al empleo y a la formación profesional, de empleo y de trabajo, incluidas las condiciones de despido y recomendación, para los jóvenes, los trabajadores de mayor edad y los que tengan personas a su cargo, con vistas a favorecer su inserción profesional o garantizar (su) protección"*.

b) *"El establecimiento de condiciones mínimas en lo que se refiere a la edad, la experiencia profesional o la antigüedad en el trabajo para acceder al empleo o a determinadas ventajas vinculadas al mismo"*.

c) *"El establecimiento de una edad máxima para la contratación, que esté basada en los requisitos de formación del puesto en cuestión o en la necesidad de un período de actividad razonable previo a la jubilación"*.

También se establece que *"los Estados miembros podrán disponer que no constituirán discriminación por motivos de edad, la determinación,*

para los regímenes profesionales de seguridad social, de edades para poder beneficiarse de prestaciones de jubilación o invalidez u optar a las mismas, incluidos el establecimiento para dichos regímenes de distintas edades para trabajadores o grupos o categorías de trabajadores y la utilización, en el marco de dichos regímenes, de criterios de edad en los cálculos actuariales, siempre que no suponga discriminación por sexo".

6º. El ámbito de aplicación de ambas Directivas –artículo 3 de la Directiva 2000/43/CE y artículo 3 de la Directiva 2000/78/CE- contempla tanto el sector público como el sector privado, incluidos los organismos públicos, en relación con los siguientes ámbitos comunes –la 2000/43/CE se aplica además a otros ámbitos a los que no se extiende la 2000/78/CE, aunque sin interés a nuestro estudio, al tratarse de ámbitos extralaborales-:

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"*.

d) *"La afiliación y participación en una organización de trabajadores o de empresarios, o en cualquier organización cuyos miembros desempeñen una profesión concreta, incluidas las prestaciones concedidas por las mismas"*.

Ambas Directivas aclaran que *"no (afectan) a la diferencia de trato por motivos de nacionalidad y se (entiende) sin perjuicio de las disposiciones y condiciones por las que se regulan la entrada y residencia de nacionales de terceros países y de apátridas en el territorio de los*

Estados miembros y de cualquier tratamiento derivado de la situación jurídica de los nacionales de terceros países y de los apátridas".

Y en la Directiva 2000/78/CE –no, sin embargo, en la 2000/43/CE- se permite que *"los Estados miembros podrán prever la posibilidad de que la presente Directiva no se aplique a las fuerzas armadas por lo que respecta a la discriminación basada en la discapacidad y en la edad"*.

b) Fuentes reguladoras y conceptos generales en derecho interno.

El artículo 14 de la Constitución española establece 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 circunstancia personal o social"*. Su desenvolvimiento en el ámbito laboral se ha caracterizado por el establecimiento de principios generales, y no de regulaciones particulares. Hasta la transposición de la Directiva 2000/43/CE y de la Directiva 2000/78/CE, el Estatuto de los Trabajadores se había limitado a establecer el derecho del trabajador a no ser discriminado en la relación de trabajo –artículo 4.2.c)- y a una norma general sobre la no discriminación en las relaciones laborales –artículo 17-.

Si bien con la transposición de la Directiva 2000/43/CE y la Directiva 2000/78/CE a través de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, se ha mejorado el panorama, introduciendo conceptos y habilitando acciones, la regulación sigue pecando –aunque menos- de principialismo al transponer los principios de la normativa comunitaria, olvidando que, mientras esta es abstracta, la normativa interna la debe concretar, no limitándose a copiarla. Y además no ha sido muy atinada la técnica legislativa de transposición a través de una ley de carácter temporal, como es la de acompañamiento,

incorporando unas normas como las transpuestas de carácter permanente[790].

La referida Ley 62/2003 aborda la transposición de la Directiva 2000/43/CE y de la Directiva 2000/78/CE, en el Capítulo III de su Título II, sobre *"medidas para la aplicación del principio de igualdad de trato"*, que se subdivide en tres Secciones, una 1ª, sobre *"disposiciones generales"*, comprensiva de los artículos 27 y 28, una 2ª, sobre *"medidas en materia de igualdad de trato y no discriminación por el origen racial o étnico de las personas"*, comprensiva de los artículos 29 a 33, y una 3ª, sobre *"medidas en materia de igualdad de trato y no discriminación en el trabajo"*, comprensiva de los artículos 34 a 43. Algunos de ellos no son normas con un contenido directo, sino normas reformadoras de otras normas legales.

Después de delimitar el ámbito del Capítulo, especificando las discriminaciones a las cuales se está refiriendo –el origen racial o étnico, la religión o convicciones, la discapacidad, la edad y la orientación sexual- y estableciendo su ámbito subjetivo de aplicación –tanto al sector público como al sector privado, artículo 27- se recogen –en el artículo 28- las siguientes definiciones coincidentes con las definiciones de las Directivas:

(1) *"Principio de igualdad de trato (como) la ausencia de toda discriminación directa o indirecta por razón del origen racial o étnico, la religión o convicciones, la discapacidad, la edad o la orientación sexual de una persona"*, siendo *"discriminación directa cuando una persona sea tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual"*, y *"discriminación indirecta cuando una*

[790] Sobre la transposición de dichas Directivas a través de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, véanse los análisis muy razonadamente críticos de Jesús Ramón MERCADER UGUINA en "Avalanchas normativas y legislación al por mayor. Algunas reflexiones sobre la Ley de Acompañamiento para el 2004", Relaciones Laborales, Número 6, 2004, y de Antonio Vicente SEMPERE NAVARRO en "Contenido sociolaboral de las Leyes 61 y 62/2003, de Presupuestos y Acompañamiento para 2004", Aranzadi Social, Número 18, 2003, BIB 2003 1530.

disposición legal o reglamentaria, una cláusula convencional o contractual, un pacto individual o una decisión unilateral, aparentemente neutros, puedan ocasionar una desventaja particular a una persona respecto de otras por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, siempre que objetivamente no respondan a una finalidad legítima y que los medios para la consecución de esta finalidad no sean adecuados y necesarios".

(2) *"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"*. Y se aclara que *"cualquier orden de discriminar a las personas por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual se considerará en todo caso discriminación"*, e igualmente *"el acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual"*.

A lo largo de los demás artículos del Capítulo aparecen otras definiciones contenidas en las Directivas, como son la habilitación de acciones positivas en cuanto *"para garantizar en la práctica la plena igualdad por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad y orientación sexual, el principio de igualdad de trato no impedirá que se mantengan o se adopten medidas específicas 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"* –artículo 35, y de manera parecida artículo 30-.

O la excepción de buena fe ocupacional –artículo 34-, al afirmar que *"las diferencias de trato basadas en una característica relacionada con cualquiera de las causas a que se refiere el párrafo anterior no supondrán discriminación cuando, debido a la naturaleza de la actividad profesional*

concreta de que se trate o al contexto en que se lleve a cabo, dicha característica constituya un requisito profesional esencial y determinante, siempre que el objetivo sea legítimo y el requisito proporcionado".

También se contemplan en la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, normas específicas sobre discapacitados en la línea de la Directiva 2000/78/CE –véase el artículo 38, modificando la Ley 13/1982, de Integración Social de los Minusválidos-. Pero no se contemplan normas específicas en relación con la edad como en la Directiva 2000/78/CE, aunque sí aparecen en la posterior Ley 14/2005, de 1 de julio, sobre las cláusulas de los convenios colectivos referidas al cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación.

Por lo demás, se ofrece –en el artículo 37- una nueva redacción de los artículos 4.2.c) y 17.1 del ET. El 4.2.c) establece el derecho de los trabajadores en la relación de trabajo *"a no ser discriminados directa o indirectamente para el empleo, o una vez empleados, por razones de sexo, estado civil, edad dentro de los límites marcados por esta ley, origen racial o étnico, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación sexual, afiliación o no a un sindicato, así como por razón de lengua, dentro del Estado español, (y) tampoco podrán ser discriminados por razón de discapacidad, siempre que se hallasen en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo o empleo de que se trate"*.

Y el 17.1 establece que *"se entenderán nulos y sin efecto los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que contengan discriminaciones directas o indirectas desfavorables por razón de edad o discapacidad o favorables o adversas en el empleo, así como en materia de retribuciones, jornada y demás condiciones de trabajo por circunstancias de sexo, origen, incluido el racial o étnico, estado civil, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación*

sexual, adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con otros trabajadores en la empresa y lengua dentro del Estado español".

Con esto se ha agotado el contenido conceptual de la referida Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social. Se corresponden sus demás normas –sobre organismos de promoción de la igualdad, legitimaciones procesales, carga de la prueba, tipificación de sanciones administrativas específicas- con las relativas a mecanismos de eficacia de las Directivas 2000/43/CE y 2000/78/CE. De entre esas normas sobre mecanismos de eficacia, nos corresponde examinar los relativos a la negociación colectiva, que comprenden un llamamiento a los negociadores colectivos –artículo 42-, y una referencia a los planes de igualdad –artículo 43-, con el previo estudio de sus referentes comunitarios.

II. EL FOMENTO LEGAL DE LAS MEDIDAS DE IGUALDAD EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA.

A diferencia de la discriminación por razón de sexo / género, en donde el legislador ha instaurado, con la finalidad de integrar la igualdad en las relaciones colectivas de trabajo, un marco normativo especial sobre la negociación colectiva de medidas de igualdad que ha sido examinado con detenimiento en el Capítulo Primero, con relación a las demás causas de discriminación, el legislador se ha conformado con realizar llamamientos a la negociación colectiva para instaurar medidas de igualdad en los convenios colectivos, que examinaremos a continuación tanto en el ámbito comunitario como en el ámbito interno, para después examinar la respuesta que, por los negociadores colectivos, se ha dado a tal llamamiento, tanto al máximo nivel de acuerdos en la cumbre, como al nivel más ordinario de la negociación colectiva, distinguiendo entre las cláusulas generales de igualdad y las medidas particulares para las discriminaciones específicas.

a) Las exigencias de la normativa comunitaria.

Tanto la Directiva 2000/43/CE, 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, como la Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, establecen –en sus artículos 11 y 13, respectivamente- un mandato de fomento de la igualdad en el ámbito del *"diálogo social"* –es la idéntica rúbrica de tales dos artículos recién citados-, en los siguientes términos:

a) De un lado, *"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"*.

b) De otro lado, *"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 normas antidiscriminatorias"* en los ámbitos de cada Directiva, siempre que *"entren dentro de las competencias de la negociación colectiva"*, debiéndose respetar *"los requisitos mínimos establecidos en la presente Directiva y las correspondientes medidas nacionales de desarrollo"*.

Igualmente ambas Directivas establecen, de manera semejante, que *"los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para velar por que … se declaren o puedan declararse nulas o se modifiquen todas las disposiciones contrarias al principio de igualdad de trato que figuren en*

los … convenios colectivos” –artículo 14 de la Directiva 2000/43/CE, añadiendo el artículo 16 de la Directiva 2000/78/CE, “nulas e inválidas”-.

Se trata, en consecuencia, de una combinación entre el fomento y una garantía de no discriminación, aquél más vago y ésta más incisiva, una combinación semejante a la que se ha utilizado en la Directiva 2006/54/CE, de 5 de julio de 2006, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición).

b) La plasmación en la normativa interna.

En el artículo 42 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, rubricado *“fomento de la igualdad en la negociación colectiva”*, se establece 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”*. Una habilitación a favor de la negociación colectiva que, si ahora es expresa, antes ya era implícita a la vista de la amplitud de los términos que, para el contenido regulador de los convenios colectivos, se establece en el artículo 85 del ET.

Y el artículo 43 de la referida Ley 62/2003, de 30 de diciembre, rubricado *“fomento de planes de igualdad”*, avanza algo más al afirmar que *“los poderes públicos fomentarán la adopción por las empresas y por las organizaciones sindicales y empresariales de planes de igualdad a favor de las personas con discapacidad, mediante los incentivos y medidas de apoyo establecidos para ello”*. No se aclara, empero, lo que sea un plan y –como ocurre con el artículo 42- el fomento aparenta limitarse a una declaración legal de fomento sin ningún compromiso de índole económico.

Aquí se acaba la transposición de las citadas Directiva en lo relativo a la materia de negociación colectiva. En consecuencia, y como se avanzó, el legislador no establece un marco normativo especial sobre la negociación colectiva de medidas de igualdad como el que ha regulado para la discriminación por razón de sexo / género. Por lo tanto, se estará al marco normativo general, y, en concreto, en cuanto a las garantías de nulidad, invalidez o modificación de las cláusulas discriminatorias, se estará a las normas generales sobre control de oficio –artículo 90.5 del ET-.

III. IGUALDAD Y DISCRIMINACIÓN EN LOS ACUERDOS INTERCONFEDERALES SOBRE NEGOCIACIÓN COLECTIVA.

En el Acuerdo Interconfederal sobre Negociación Colectiva para el año 2007, se han dedicado algunas normas a orientar la negociación colectiva de medidas de igualdad que aparecen en su Capítulo VI, sobre la *"igualdad de trato y oportunidades"*, y, además de unas especificaciones relativas a la discriminación por razón de sexo / género, analizadas en el Capítulo Primero, y de otras especificaciones relativas a la discriminación por discapacidad, a analizar en el Capítulo Décimo Tercero, asimismo contiene unas declaraciones generales y unas orientaciones a la negociación colectiva, que se han visto prorrogadas sin sufrir modificación alguna en el Acuerdo Interconfederal sobre Negociación Colectiva para el año 2008.

Tales declaraciones generales se dirigen, de entrada, a constatar que, *"a pesar de los avances registrados en los últimos años, determinados colectivos, como las personas con discapacidad y los mayores de 45 años, encuentran aún dificultades para su incorporación al mercado de trabajo o para hacerlo en términos de igualdad con el resto de los trabajadores"*, que *"a estos grupos se suma más recientemente la población trabajadora inmigrante"*, y que, *"(aunque) las mujeres y los jóvenes que en los últimos*

años se han beneficiado mayoritariamente del proceso sostenido de creación de empleo … su situación laboral en el mercado refleja todavía algunos de los problemas estructurales del mismo (menores tasas de actividad y empleo, mayor desempleo, mayores tasas de temporalidad)”.

Hechas estas constataciones, y aún reconociendo que *“algunas de las dificultades y problemas señalados para la incorporación y mantenimiento en el empleo de los colectivos citados proceden del ámbito familiar o sociocultural, carencias e ineficiencias del sistema formativo y de la intermediación laboral”*, las organizaciones firmantes manifiestan su creencia de *“que la negociación colectiva puede contribuir a la corrección de posibles fenómenos de desigualdad, promoviendo asimismo actuaciones concretas dirigidas a eliminar discriminaciones directas e indirectas”*.

Una creencia que conduce a las siguientes orientaciones a la negociación colectiva: a) *“La adopción de cláusulas declarativas antidiscriminatorias, que pueden incluirse como principio general o de manera específica en apartados concretos del convenio”*. b) *“La adecuación del contenido de los convenios colectivos a la normativa vigente o, en su caso, la mejora de la misma, eliminando aquellas cláusulas que estén superadas por modificaciones normativas en materia de no discriminación y reconocimiento de igualdad de trato”*. c) *“Contemplar la promoción de la estabilidad laboral de los jóvenes y una formación adecuada a su actividad”*. d) *“Aplicar las mismas condiciones laborales para los inmigrantes que para el resto de los trabajadores en formas y tipos de contratación, retribuciones, prevención y seguridad, clasificación y promoción, formación y derecho a prestaciones sociales, teniendo en cuenta, con la suficiente flexibilidad, aquellas situaciones específicas y excepcionales que puedan surgir con ocasión de la aplicación del régimen de permisos por acontecimientos familiares, cuando éstos conlleven la necesidad de largos desplazamientos”*. e) *“La igualdad de*

derechos de los trabajadores contratados a tiempo parcial y con contratos temporales con quienes son contratados a jornada completa y con contratos indefinidos, respectivamente”. f) *“Evitar la discriminación de los trabajadores de más edad en el acceso y mantenimiento del empleo”*. g) *“Contribuir al establecimiento de un marco equitativo para el desarrollo de las condiciones de trabajo de hombres y mujeres, propiciando aquellas actuaciones que eliminen los obstáculos para tal equidad, y acudiendo a la inclusión de acciones positivas, cuando se constate la existencia de situaciones desiguales de partida vinculadas a las condiciones laborales”*.

IV. CLÁUSULAS GENERALES DE IGUALDAD EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA.

Las cláusulas generales de igualdad en la negociación colectiva referidas a discriminaciones diferentes al sexo / género adolecen de mayor precariedad cuantitativa y cualitativa que las relativas a la discriminación por sexo / género. Precariedad cuantitativa en el sentido de que no son tantos los convenios colectivos que las recogen. Y precariedad cualitativa en el sentido de que su contenido usualmente se limita a declaraciones generales de igualdad sin mayores concreciones. Una precariedad cuantitativa y cualitativa que debe ser objeto, desde una perspectiva general, de la consecuente crítica, aunque, para una mejor apreciación, es conveniente distinguir entre los varios niveles de la negociación colectiva.

a) Convenios estatales de sector.

Entre los convenios estatales de sector, las cláusulas generales de igualdad suelen ser declaraciones generales de igualdad referidas a causas de discriminación que coinciden sustancialmente –aunque no siempre

idénticamente- con las contenidas en las declaraciones generales de igualdad recogidas en la normativa aplicable. Por ejemplo, el artículo 46.1 del XXI Convenio Colectivo de banca, BOE de 16.8.2007, se inspira claramente en el artículo 14 de la CE cuando establece que *"las relaciones laborales en las empresas deben estar presididas por la no discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, adhesión sindical o cualquier otra condición o circunstancia personal o social"*, aunque obsérvese que se ha sustituido la *"opinión"* a que se refiere el artículo 14 de la CE por la *"adhesión sindical"*, que es una causa de menor amplitud. Tal cláusula general de igualdad se completa –en el artículo 46.3- con la declaración, asimismo general, de que *"las empresas realizarán esfuerzos tendentes a lograr la igualdad de oportunidades en todas sus políticas"*.

Una técnica diferente es la utilizada en el artículo 7 del Convenio Colectivo de perfumerías y afines, BOE de 23.8.2007, que opta por hacer una remisión total al artículo 14 de la CE cuando establece que *"ambas partes se comprometen a velar por la igualdad de retribución para trabajos de igual valor y por la no discriminación por ninguno de los supuestos contemplados en el artículo 14 de la Constitución española"*.

Más inspirado en las Directivas 2000/43/CE, de 29 de junio de 2000, y 2000/78/CE, de 27 de noviembre de 2000, es la enumeración de causas de discriminación contenidas en el artículo 9 del III Convenio Colectivo sectorial, de ámbito estatal, de las administraciones de loterías, BOE de 19.7.2006, donde se establece que *"las partes firmantes del convenio se comprometen … a garantizar la aplicación real y efectiva del principio de igualdad de trato y no discriminación en los centros de trabajo, en particular por razón de origen racial o étnico, convicciones o religión, discapacidad, edad, sexo, orientación sexual e identidad sexual"*, aludiéndose a la transexualidad con dicha referencia a la identidad sexual.

Por último, otro grupo de convenios se inspira claramente en el artículo 4.2.c) del ET. Es el caso de la disposición adicional 1ª del III Convenio Colectivo de ámbito estatal de gestorías administrativas, BOE de 23.5.2006, cuando establece que *"las partes afectadas por este convenio, y en la aplicación del mismo, se comprometen a promover el principio de igualdad de oportunidades y no discriminación por razones de sexo, estado civil, edad, raza, nacionalidad, condición social, ideas religiosas o políticas, afiliación o no a un sindicato, así como por razones de lengua, dentro del Estado español"* –obsérvese el añadido de la nacionalidad, y el olvido de la orientación sexual, a la enumeración del artículo 4.2.c) del ET- y que *"tampoco podrán ser discriminados los empleados por razones de disminuciones psíquicas o sensoriales, siempre que se hallaren en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo o empleo de que se trate"*. Una cláusula semejante es la disposición adicional 2ª del II Convenio Colectivo estatal para las empresas de gestión y mediación inmobiliaria, BOE de 13.1.2007. Otra cláusula semejante, aunque sin el inciso relativo a la discapacitación, y añadiendo la discriminación por orientación sexual, es el artículo 41.a) del V Convenio Colectivo estatal del sector de desinfección, desinsectación y desratización, BOE de 7.11.2007.

Resulta una declaración general más concreta en cuanto a la materia, y sin concreción en cuanto a las causas de discriminación –lo cual facilita una aplicación amplia-, la contenida en el artículo 44 del Convenio Colectivo marco estatal de acción e intervención social, BOE de 19.6.2007, donde se dice que *"la formación y capacitación de quien preste sus servicios en la empresa, centro o entidad, y de acuerdo con las necesidades de la misma, está abierta, sin discriminación de ningún tipo"*. Una referencia que no debe impedir la aplicación de medidas de acción positiva.

Al lado de estas declaraciones generales de igualdad, es destacable el artículo 54 del Convenio Colectivo de grandes almacenes, BOE de

27.4.2006, que, después declarar que *"las partes firmantes de este convenio declaran su voluntad de respetar el principio de igualdad de trato en el trabajo a todos los efectos, no admitiéndose discriminaciones por razón de sexo, estado civil, edad, raza o etnia, religión o convicciones, discapacidad, orientación sexual, ideas políticas, afiliación o no a un sindicato, etcétera"* –y subráyese lo atinado de este etcétera final-, instaura una comisión para la igualdad de oportunidades y la no discriminación *"integrada por la representación empresarial y los sindicatos firmantes del convenio"*, *"que se dotará de un reglamento interno de funcionamiento"*, y entre cuyas funciones –la mayoría vinculadas a la discriminación por razón de sexo / género- se encuentran (1) la de *"(realizar) un estudio sobre la evolución del empleo con especificación del sexo en contacto con el observatorio de empleo y la igualdad de oportunidades en el sector y en base a ello realizará políticas activas que eliminen las eventuales discriminaciones que pudieran detectarse por razón de sexo, estado civil, edad, procedencia territorial, y demás circunstancias que pudieran originar discriminación o quiebra del principio de igualdad de oportunidades"*, y (2) la de *"(elaborar) una guía de buena conducta"*.

¿Qué conclusiones se extraen en el nivel negocial de los convenios colectivos de sector estatal?. De entrada, no son muchos los convenios colectivos que se han podido citar de entre los escogidos en la muestra, tratándose de alrededor de una sexta parte, lo cual incluso contrasta con el porcentaje de convenios colectivos con cláusulas generales de igualdad por razón de sexo / género, alrededor de un tercio, esto es el doble. Además, los contenidos no son demasiado concretos, limitándose a transcribir normas legales de manera más o menos exacta, y sólo encontrándose un convenio colectivo con una cláusula con vocación de eficacia, al implantar una comisión de igualdad –y no sólo para igualdad por razón de sexo / género-.

b) Grandes empresas.

Cuando se trata de convenios colectivos de grandes empresas, el panorama cambia moderadamente hacia mejor. De entrada, el porcentaje de convenios colectivos con cláusulas generales de igualdad se incrementa a la mitad de los convenios escogidos en la muestra. Y, además, los contenidos de esas cláusulas son bastante más concretos. Al efecto de comprobarlo, analizaremos cuatro convenios colectivos: el Convenio Colectivo del Grupo Champion, BOE de 9.6.2006, el Convenio Colectivo del Grupo Eroski, BOE de 6.6.2006, el II Convenio Colectivo único para el personal laboral de la Administración General del Estado, BOE de 14.10.2006, y, de último, el II Convenio Colectivo de Repsol YPF S.A., BOE de 6.3.2007.

(1) El Convenio Colectivo del Grupo Champion, BOE de 9.6.2006, dedica su Capítulo IX a la *"igualdad de oportunidades y no discriminación"*, recogiendo unos principios generales –artículo 42-, y regulando los derechos de las trabajadoras víctimas de violencia de género –artículo 43-, y las medidas de prevención y tratamiento de situaciones de acoso sexual y moral –artículos 44 a 48-. Como principios generales se establece que *"las partes firmantes de este convenio declaran su voluntad de respetar el principio de igualdad de trato en el trabajo a todos los efectos, no admitiéndose discriminaciones por razón de sexo, estado civil, edad, raza o etnia, religión o convicciones, discapacidad, orientación sexual, ideas políticas, afiliación o no a un sindicato, etcétera"*. Se trata, en consecuencia, de una enumeración amplia y, además, con carácter abierto.

(2) El Convenio Colectivo del Grupo Eroski, BOE de 6.6.2007, dedica varios artículos a las cuestiones de igualdad. Se establece, en su artículo 9 sobre *"igualdad y no discriminación"*, que *"las empresas velarán activamente por que se respete el principio de igualdad en el trabajo a todos los efectos (acceso al empleo, selección, retribución,*

formación, etcétera) y niveles de aplicación, no admitiéndose discriminaciones por razón de sexo, estado civil, discapacidad, orientación sexual, raza, condición social, ideas religiosas o políticas, afiliación o no a un sindicato, etcétera, dentro de los límites enmarcado por el ordenamiento jurídico y en observancia del compromiso que Grupo Eroski asume al respecto en el artículo 64 del presente convenio". Pues en efecto, se asume –en el apartado 1 de su artículo 64- un "*compromiso"*, en cuya virtud, y después de reconocer que "*el lugar de trabajo es uno de los ámbitos estratégicos para reducir la discriminación en la sociedad (de modo que) si en el lugar de trabajo se reúne a personas de diferente sexo, edad, raza, extracción social y capacidad física, y se les trata equitativamente, el lugar de trabajo contribuye a reducir las tensiones provocadas por los prejuicios y los estereotipos y a demostrar que la vida social y el trabajo sin discriminación son posibles, efectivos y deseables"*, y de asimismo reconocer que "*la igualdad en el empleo y la ocupación es trascendental para las personas en términos de libertad, dignidad y bienestar"*, se establece que "*Grupo Eroski no tolera ningún tipo de práctica discriminatoria en su organización y cohabita con diferentes realidades socio demográficas que integra en su cultura para su convivencia y enriquecimiento de sus valores"*, que "*la propia diversidad de la organización por su particularidad individual y la integración de dichas realidades son la base para una cultura sin prácticas discriminatorias y garante de una efectiva igualdad de trato y de oportunidades profesionales"*, y que, "*asimismo, es pretensión superar el planteamiento basado exclusivamente en la prohibición de discriminar para adoptar una perspectiva más amplia que abarca la obligación de impedir la discriminación y promover la igualdad efectiva"*. Tras estas cláusulas generales de igualdad –apartado 1 del artículo 64-, se regulan normas concretas sobre igualdad por sexo / género, incluyendo un plan de

igualdad –apartados 2 y 3 del artículo 64-, normas concretas sobre personas con discapacidad –artículo 65-, y otras sobre inmigrantes y minorías étnicas –artículo 66-, y otras normas sobre cercanía e integración –artículo 67-.

(3) El II Convenio Colectivo único para el personal laboral de la Administración General del Estado, BOE de 14.10.2006, ostenta la particularidad de regular, en su artículo 5, una *"comisión para la igualdad"* dependiente de la comisión de interpretación, vigilancia, estudio y aplicación, que *"será paritaria y estará integrada por once representantes de cada una de las partes firmantes del convenio"*, estableciéndose como funciones (1) la de que *"velará en el ámbito del presente convenio por el desarrollo y cumplimiento de la legislación para la igualdad y para evitar la discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social"*, y (2) la de que *"controlará, vigilará y podrá elevar, en su caso, propuestas de modificación de las circunstancias discriminatorias al órgano pertinente para la corrección de las mismas"*. A efectos de cumplir esas funciones, *"la comisión podrá ser consultada y emitir informe acerca de las cuestiones que pudieran suscitarse con relación a los distintos procedimientos de gestión y aplicación del presente convenio que afecten a sus competencias"*, y *"los trabajadores acogidos a este convenio podrán dirigirse directamente o a través de sus representantes cuando estimen que se ha producido o que se pueda producir una situación discriminatoria"*.

(4) El II Convenio Colectivo de Repsol YPF S.A., BOE de 6.3.2007, dedica su artículo 5 a la *"igualdad de oportunidades"*, donde se establece con carácter general que *"las partes firmantes de este convenio, impulsarán el análisis y la promoción de iniciativas que respondan a cuestiones relacionadas con el principio de igualdad de oportunidades"*, alcanzando ambas partes los siguientes acuerdos –se prescindirá ahora de los acuerdos específicos sobre igualdad de sexo / género, y de otro acuerdo

específico relativo a la inserción de las personas con discapacidad-: *"los procedimientos de selección que impliquen promoción respetarán el principio de igualdad de oportunidades … en materia de formación, se promoverá el principio de igualdad de oportunidades en aquellas acciones formativas referidas a las relaciones interpersonales en la organización"*.

c) Convenios autonómicos y provinciales.

Cuando se trata de convenios colectivos de sector infraestatal, el porcentaje de convenios colectivos con cláusulas de igualdad se mantiene sustancialmente igual –alrededor de una sexta parte de la muestra- en relación con los convenios colectivos de sector estatal. Ahora bien, desde una perspectiva cualitativa, se aprecia una mayor pobreza de contenidos en la medida en que se limita la cláusula de igualdad a una materia concreta o a una causa de discriminación –usualmente, el sexo-, dando la impresión de despreocupación de los negociadores colectivos cuando la desigualdad se aprecie fuera de esas materias concretas o de esas causas de discriminación.

Por ejemplo, el artículo 42 del Convenio Colectivo del sector de intervención social de Madrid, BOCM de 14.9.2007, se limita –siguiendo la estela del artículo 44 del Convenio Colectivo marco estatal de acción e intervención social, BOE de 19.6.2007- a recoger el principio de igualdad en la materia concreta de la formación continua, estableciendo que *"la formación y capacitación de quien preste sus servicios en la empresa, centro o entidad, y de acuerdo con las necesidades de la misma, está abierta, sin discriminación de ningún tipo"*. Una referencia que, como ya se ha dicho, no debe impedir la aplicación de medidas de acción positiva.

O la disposición final 2ª del Convenio Colectivo del sector del campo de Cádiz, BOP de 24.10.2007, que –en una cláusula con un contenido material a medio camino entre las cláusulas generales de

igualdad por razón de sexo / género y las cláusulas de género neutro dirigidas a evitar el lenguaje sexista- afirma que *"ambas partes declaran que la redacción del convenio, independientemente de sus expresiones en masculino o femenino, no significan en ningún caso discriminación alguna de género, siendo por tanto todos los derechos y condiciones acordados en el presente convenio aplicables tanto a mujeres como a hombres"*.

Más adecuada por su generalidad en orden a las condiciones de trabajo y a las causas de discriminación, es la disposición adicional 5ª del Convenio Colectivo de las Ikastolas de Araba, Bizkaia y Gipuzkoa, DOPV de 8.10.2007, donde se establece que, *"con independencia de la modalidad contractual utilizada, edad, sexo … el presente convenio colectivo afecta en las mismas condiciones a todo el personal que desarrolle su actividad en el ámbito del mismo, sin que circunstancia alguna sea causa de discriminación, manteniéndose el criterio de que a igual categoría corresponde una igual retribución y unas iguales condiciones laborales"*.

d) Algunas consideraciones finales.

Las cláusulas generales de igualdad en la negociación colectiva referidas a discriminaciones diferentes al sexo / género adolecen de mayor precariedad cuantitativa y cualitativa que las relativas a la discriminación por sexo / género. Precariedad cuantitativa en el sentido de que no son tantos los convenios colectivos que las recogen. Y precariedad cualitativa en el sentido de que su contenido usualmente se limita a declaraciones generales de igualdad sin mayores concreciones. Una precariedad cuantitativa y cualitativa que debe ser objeto, desde una perspectiva general, de la consecuente crítica, aunque, para una mejor apreciación, es conveniente distinguir entre los varios niveles de la negociación colectiva.

Entre los convenios estatales de sector escogidos en la muestra de estudio, no se han podido citar muchos con cláusulas generales de igualdad, tratándose de alrededor de una sexta parte, lo cual incluso contrasta con el porcentaje de convenios colectivos con cláusulas generales de igualdad por razón de sexo / género, alrededor de un tercio, esto es el doble. Además, los contenidos no son demasiado concretos, limitándose a transcribir normas legales de manera más o menos exacta, y sólo encontrándose un convenio colectivo con una cláusula con vocación de eficacia, al implantar una comisión de igualdad –y no sólo para igualdad por razón de sexo / género-.

Cuando se trata de convenios colectivos de grandes empresas, el panorama cambia moderadamente hacia mejor. De entrada, el porcentaje de convenios colectivos con cláusulas generales de igualdad se incrementa a la mitad de los convenios escogidos en la muestra. Y, además, los contenidos de esas cláusulas son bastante más concretos. Al efecto de comprobarlo, hemos analizado cuatro convenios colectivos: el Grupo Champion, el Grupo Eroski, la Administración General del Estado, y Repsol YPF S.A.

Y cuando se trata de convenios colectivos de sector infraestatal, el porcentaje de convenios colectivos con cláusulas de igualdad se mantiene sustancialmente igual –alrededor de una sexta parte de la muestra- en relación con los convenios colectivos de sector estatal. Ahora bien, desde una perspectiva cualitativa, se aprecia una mayor pobreza de contenidos en la medida en que se limita la cláusula de igualdad a una materia concreta o a una causa de discriminación –usualmente, el sexo-, dando la impresión de despreocupación de los negociadores colectivos cuando la desigualdad se aprecie fuera de esas materias concretas o de esas causas de discriminación.

Ahora bien, y aún siendo criticable esta precariedad cuantitativa y cualitativa de unas cláusulas generales de igualdad dirigidas a comprometer a la negociación colectiva en la tutela antidiscriminatoria y que facilitan el conocimiento de las normas antidiscriminatorias por los agentes sociales, lo

más relevante a los efectos de valorar la implicación de los convenios colectivos en el tratamiento del principio de igualdad son las cláusulas concretas relativas a discriminaciones concretas. Hasta este momento, se han analizado las relativas a la discriminación por razón de sexo / género. Desde este momento, se analizarán las relativas a la discriminación por razón de discapacidad, o de enfermedad, alcoholismo o drogodependencias.

CAPÍTULO DÉCIMO TERCERO

LA DISCRIMINACIÓN POR MOTIVOS DE DISCAPACIDAD

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN DE FUENTES NORMATIVAS. II. DECLARACIONES DE PRINCIPIOS. III. MEDIDAS DE INSERCIÓN LABORAL. IV. RESERVA DE PUESTOS DE TRABAJO. V. MEDIDAS DE ADAPTACIÓN A LOS PUESTOS DE TRABAJO. VI. MEDIDAS DE MOVILIDAD FUNCIONAL. VII. VICISITUDES DEL CONTRATO DE TRABAJO. VIII. REGLAS CONVENCIONALES REFERIDAS A LA RELACIÓN LABORAL ESPECIAL. IX. CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN DE FUENTES NORMATIVAS.

En esta concreta materia, lo cierto es que los convenios analizados han desarrollado muy escasos contenidos, probablemente por la escasa tradición existente en la negociación colectiva. Debe recordarse que en el año 2000, con base en el art. 13 del Tratado de Roma, se aprobó la Directiva 2000/78/CE, de 27 noviembre, del Consejo, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. Como norma de transposición, la Ley 62/2003, de 30 diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, modificó algunos preceptos del ET, de la Ley de Procedimiento Laboral y del texto refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, entre otros textos legislativos. Asimismo, hay que tener en cuenta la Ley 51/2003, de 2 diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, de aplicación supletoria en el campo del empleo y de la ocupación.

Como norma anterior, y de gran importancia en lo tocante a la integración en el mercado de trabajo, al fomento del empleo y al establecimiento de cuotas de reserva, debe tenerse muy presente la Ley 13/1982, de 7 abril, de integración social de los minusválidos, desarrollada, en lo que aquí interesa, por el RD 1451/1983, de 11 mayo, que regula el empleo selectivo y las medidas de fomento del empleo de los trabajadores minusválidos. Y debe también aludirse al más reciente RD 290/2004, de 20 febrero, sobre enclaves laborales como medida de fomento del empleo de las personas con discapacidad. Más en general, a toda una batería de medidas de carácter coyuntural sobre fomento del empleo, de las que ahora puede citarse el RD 870/2007, de 2 julio, que contiene el programa de empleo con apoyo como medida de fomento del empleo de personas con discapacidad en el mercado ordinario de trabajo.

Y ya más en un ámbito de estructura del contrato de trabajo, debe citarse, por una parte, el RD 1368/1985, de 17 julio, que regula la relación laboral especial de los minusválidos que trabajen en centros especiales de empleo. Asimismo, hay que recordar la disposición adicional primera de la Ley 43/2006, de 29 diciembre, de mejora del crecimiento y del empleo, por la que se regula el contrato de fomento del empleo para personas con discapacidad[791]. Y, dicho sea de paso, el capítulo I de esta Ley contiene el actual programa de fomento del empleo, con varias referencias a las personas con discapacidad.

II. DECLARACIONES DE PRINCIPIOS.

Resulta curioso comprobar cómo muchas de las reglas convencionales que establecen principios generales de igualdad y no

[791] Una referencia implícita a él en el art. 13.6 CC de la industria química.

discriminación omiten la discapacidad entre las causas de diferencia de trato expresamente proscritas[792], aunque hay alguna excepción que sí la considera expresamente[793]. Entre las que sí la incluyen, no falta la condición de que "siempre que se hallaren en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo o empleo de que se trate"[794].

III. MEDIDAS DE INSERCIÓN LABORAL.

Algún convenio concreto expresa como objetivo el de eliminar las desigualdades en el acceso al empleo y en las condiciones de trabajo que se hayan establecido en relación con las personas discapacitadas[795]. Otro, expresa que las empresas se comprometen a facilitar la integración a sus plantillas de personas discapacitadas[796]. O que ambas partes firmantes "asumen el compromiso de impulsar la inserción laboral de las personas con discapacidad, dando prioridad a la contratación directa [y], si ésta no fuera posible por causas objetivas, se recurrirá a la utilización de las medidas alternativas legalmente previstas"[797].

---

[792] Art. 25 CC estatal de mantenimiento y conservación de instalaciones acuáticas, art. 21 CC estatal para las industrias de elaboración del arroz, art. 6 CC estatal para la fabricación de helados, art. 46 XXI CC de Banca, art. 58 IV CC marco estatal de servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal, disposición final cuarta CC del sector de oficinas y despachos de Salamanca, disposición adicional quinta CC de las Ikastolas del País Vasco y art. 5 II CC único para el personal laboral de la Administración General del Estado.

[793] Art. 54 CC de grandes almacenes, art. 9 III CC de las administraciones de loterías y art. 42 CC del Grupo Champion.

[794] Disposición adicional primera CC de ámbito estatal de gestorías administrativas, disposición adicional segunda II CC estatal para las empresas de gestión y mediación inmobiliaria y art. 6 III CC de las cadenas de tiendas de conveniencia.

[795] Art. 13 CC IV CC marco estatal de servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la protección de la autonomía personal.

[796] Art. 29 CC de limpieza de edificios y locales de Huesca.

[797] Art. 5 II CC de Repsol YPF, s.a.

Debe hacerse referencia a la incorporación en algún convenio, como compromiso social y como elemento de su gestión, de la puesta en marcha de políticas destinadas a promover, impulsar y normalizar la plena integración social y laboral de las personas con discapacidad[798]. En este ámbito de actuación, se postula la generación de empleo directo y la mejora de las condiciones de trabajo de las personas discapacitadas mediante acuerdos estratégicos con organizaciones de tutela de los derechos y de la situación de estos colectivos sociales[799].

IV. RESERVA DE PUESTOS DE TRABAJO.

Hay interesantes mejoras legales, que incrementan la cuota de reserva de discapacitados, por ejemplo, al 3 por 100[800], o al 4 por 100[801], o hasta el 5 por 100[802], o que recomiendan, si es posible, la superación del porcentaje legalmente establecido[803]. Otros preceptos se limitan a recordar la exigencia de reservar el 2 por 100 prevista en el art. 38 de la Ley 13/1982[804], o, simplemente, remiten a la legislación vigente[805], aunque en ocasiones traen a colación la posibilidad de que opten por alguna de las

[798] Art. 65 I CC del Grupo Eroski.

[799] *Ibid.*

[800] Art. 27 XII CC general de centros y servicios de atención a personas con discapacidad.

[801] Art. 26 CC estatal de mantenimiento y conservación de instalaciones acuáticas.

[802] Art. 53 CC de la industria del calzado.

[803] Art. 29 CC de limpieza de edificios y locales de Huesca.

[804] Art. 54 CC de ámbito estatal para las industrias del curtido, correas y cueros industriales y curtición de pieles para peletería y art. 15 I CC marco estatal de acción e intervención social.

[805] Art. 46 CC para el sector de conservas, semiconservas, ahumados, cocidos, secados, elaborados, salazones, aceite y harina de pescados y mariscos y art. 13.6 CC de la industria química.

medidas alternativas al cumplimiento de dicha cuota de reserva, de acuerdo con el referido precepto legal[806].

Hay reservas que se refieren a la propia empresa que es parte del convenio, y que constituyen medidas a favor de los discapacitados. Es el caso del CC de la ONCE, que establece una reserva absoluta para sus afiliados y afiliadas para todos aquellos puestos de trabajo que, por su contenido funcional, sean susceptibles de desempeño por unos y otras[807].

V. MEDIDAS DE ADAPTACIÓN DE LOS PUESTOS DE TRABAJO.

A partir del concepto de "ajustes razonables", del art. 5 de la Directiva 2000/78/CE, ahora incorporado al art. 37.2 de la Ley 13/1982, se proyecta un tópico destinado a tener cierto protagonismo en la negociación colectiva. Y, aunque todavía no hay demasiados ejemplos, puede citarse algún precepto que expresa que "en el espíritu general de la necesidad de adaptar los puestos de trabajo a las características individuales de las personas y no al revés, esa adaptación se realizará con especial atención para los/las trabajadores/as minusválidos/as y discapacitados/as…a fin de garantizar su plena integración laboral, evitando el desarrollo de tareas marginales"[808]. U otro que encomienda a las empresas que procuren adoptar las medidas adecuadas para la adaptación de los puestos de trabajo y la accesibilidad en la empresa a las personas discapacitadas, teniendo en cuenta no obstante las características particulares de dichos puestos y de las propias instalaciones existentes[809].

---

[806] Art. 37 II CC estatal para las empresas de gestión y mediación inmobiliaria.

[807] Art. 12 XIII CC de la ONCE y su personal.

[808] Art. 33.6 CC del sector de empaquetado de tomates de la provincia de Las Palmas.

[809] Art. 13.6.6 CC de la industria química.

A veces, este tipo de medidas aparecen mezcladas con las de supresión de barreras arquitectónicas más bien destinadas a clientes y consumidores. En este ámbito, se articulan reglas de adaptación de los puestos de trabajo, a partir de criterios técnicos, ergonómicos y de accesibilidad[810].

VI. MEDIDAS DE MOVILIDAD FUNCIONAL.

Se trata de cláusulas bastante comunes en nuestra negociación colectiva, que le reconocen a la persona que no puede desarrollar las tareas que le competían a causa de una disminución de su capacidad, la posibilidad de ser asignada a trabajos adecuados a sus condiciones, si ello es posible[811], en algunos preceptos estableciendo una obligación en este sentido para la empresa[812]. En tal caso, la remuneración será la correspondiente a la categoría de sus nuevas funciones[813]. Aunque algún convenio precisa que, si la disminución de la capacidad profesional se debiera a contingencia profesional, se deben mantener las retribuciones del puesto de origen si no recibe prestación de la Seguridad Social[814].

Hay cláusulas que, con más o menos extensión, describen y limitan las causas de discapacidad que justifican la movilidad de la persona

[810] Art. 65 I CC del Grupo Eroski.

[811] En términos admonitorios, art. 8.3 CC para la industria fotográfica.

[812] Art. 10 CC estatal para las industrias de hormas, tacones, cuñas, pisos y cambrillones de madera y corcho.

[813] Art. 74 IV CC general del sector de la construcción,art. 54 CC de ámbito estatal para las industrias del curtido, correas y cueros industriales y curtición de pieles para peletería y art. 13.6 CC de la industria química.

[814] Art. 38 CC general de la industria salinera.

interesante. Por ejemplo, “enfermedad profesional, accidente de trabajo o desgaste físico natural”[815].

Resulta interesante el establecimiento de ciertas preferencias, que otorgan prioridad a las personas de la propia empresa[816], y entre éstas, vg., a las titulares de subsidios o pensiones de cuantía inferior al salario mínimo interprofesional, o a las que carezcan de subsidio, pensión o medios propios para su sostenimiento[817]. O a las que hayan sufrido disminución de su capacidad laboral a causa de accidente de trabajo o enfermedad profesional[818]. Otros criterios de interés que se utilizan, al margen del siempre objetivo de la antigüedad en la empresa, pueden referirse al mayor número de hijos menores de edad o incapacitados para el trabajo[819].

Aunque estas cláusulas se refieran por lo general a personas que hayan sido calificadas como incapacitadas permanentes totales, absolutas o grandes inválidas, algún precepto se refiere a supuestos de incapacidades permanente parciales, para acoplarlas a trabajos adecuados a sus condiciones[820].

---

[815] Art. 26 CC estatal de mantenimiento y conservación de instalaciones acuáticas. En parecidos términos, art. 13.6 CC de la industria química: “enfermedad profesional, accidente de trabajo o desgaste físico, psíquico o sensorial”.

[816] Art. 38 CC general de la industria salinera.

[817] Art. 18 CC para el sector de conservas, semiconservas, ahumados, cocidos, secados, elaborados, salazones, aceite y harina de pescados y mariscos. La misma regla en el art. 13.6 CC de la industria química, que añade que “el orden para el beneficio que se establece en el apartado anterior 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”.

[818] Art. 54 CC de ámbito estatal para las industrias del curtido, correas y cueros industriales y curtición de pieles para peletería, art. 39 CC para granjas avícolas y otros animales y art. 53 CC de la industria del calzado.

[819] Art. 26 CC estatal de mantenimiento y conservación de instalaciones acuáticas.

[820] Art. 16 CC de grandes almacenes.

Hay reglas que enumeran las plazas que se pueden proveer con personas con capacidad disminuida: portería, conserjería, vigilancia, entre otras[821].

VII. VICISITUDES DEL CONTRATO DE TRABAJO.

Hay alguna cláusula de interés que prevé una situación de excedencia para las personas que se incorporen a un contrato ordinario procedentes de un centro especial de empleo. Se establece que "todo trabajador con discapacidad procedente de un centro especial de empleo que se incorpore al empleo ordinario tendrá derecho a un año de excedencia voluntaria en el centro especial de empleo con derecho a reincorporarse si hubiera vacante en la categoría que ostentaba en la empresa cuando se resuelva la relación laboral con la empresa ordinaria"[822]. Esta regla, en la medida en que facilita el tránsito de la relación laboral especial a la común, debe considerarse como sumamente positiva.

VIII. REGLAS CONVENCIONALES REFERIDAS A LA RELACIÓN LABORAL ESPECIAL.

Los convenios que regulan este tipo de relaciones contienen preceptos aislados que mejoras el régimen del RD 1368/1985, de 17 julio. Entre otros, y en materia de tiempo de trabajo, además de reglas que reducen la jornada por debajo de los parámetros del art. 34 ET[823], se incluyen ciertos permisos retribuidos, en ocasiones sin que se exija un

[821] Art. 54 CC de ámbito estatal para las industrias del curtido, correas y cueros industriales y curtición de pieles para peletería. También, art. 53 CC de la industria del calzado.

[822] Art. 55 XII CC general de centros y servicios de atención a personas con discapacidad.

[823] Art. 102 XII CC general de centros y servicios de atención a personas con discapacidad.

motivo concreto[824]. Hay cláusulas que simplemente reiteran derechos enunciados en dicha norma reglamentaria[825], o mejoran los días de permiso para asistencia a tratamientos de rehabilitación médico-funcionales y para participar en acciones de orientación, formación y readaptación profesionales, pero sin derecho a remuneración[826].

IX. CONCLUSIÓN.

Resulta evidente, pues, que el bagaje es sumamente exiguo en cláusulas que atiendan a la integración laboral de las personas discapacitadas y a sus condiciones de trabajo. Y todavía más escaso en la toma en cuenta de la discapacidad como una causa de discriminación que tiene que ser abordada en la negociación colectiva. Sí que debe reconocerse cierta práctica en el establecimiento de cuotas de reserva y en cláusulas sobre movilidad funcional de las personas que hayan sufrido contingencias incapacitantes, en particular de tipo profesional.

Puede justificarse esta situación a causa de lo relativamente novedoso que es el bloque normativo de la discriminación por discapacidad y esperarse un paulatino cambio de la situación en los próximos años. Pero debe reconocerse que acaso haya que atribuirle un importante grado de culpa en el estado actual de las cosas al hecho de que no haya habido un suficiente debate social a la hora de trasponer la Directiva 2000/78/CE, como sí lo hubo, o al menos bastante mayor, en relación con la incorporación de la Directiva 2002/73/CE y con el trámite de aprobación de la LO 3/2007, de 22 marzo. En relación con otras discriminaciones, como

[824] Art. 103 XII CC general de centros y servicios de atención a personas con discapacidad.

[825] Es el caso del art. 103.2 XII CC general de centros y servicios de atención a personas con discapacidad.

[826] Art. 104 XII CC general de centros y servicios de atención a personas con discapacidad.

la edad o la discapacidad, el Gobierno a la sazón ejerciente prefirió que apenas hubiese siquiera discusión parlamentaria y utilizó el oblicuo recurso a una ley de acompañamiento para hurtarle a la sociedad la necesaria toma de postura al respecto. En resumen, da la impresión de que falta la necesaria sensibilidad e implicación colectiva en la materia.

CAPÍTULO DECIMOQUINTO

LA DISCRIMINACIÓN POR MOTIVOS DE ENFERMEDAD, ALCOHOLISMO O DROGODEPENDENCIAS

SUMARIO: I. LA ENFERMEDAD COMO FACTOR DE DISCRIMINACIÓN. MARCO LEGAL Y JURISPRUDENCIA COMUNITARIA E INTERNA. a) Marco legal. b) La jurisprudencia comunitaria: especial referencia a la STJCE de 11 de julio de 2006, Caso "Chacón Navas". c) La jurisprudencia interna. Un matiz: la concurrencia de un "elemento de segregación". **II. NO DISCRIMINACIÓN DE LAS PERSONAS AFECTADAS POR VIH / SIDA. III. EL DESPIDO DE LAS PERSONAS TRABAJADORAS CON PROBLEMAS DE ALCOHOLISMO O DROGODEPENDENCIA. IV. CONCLUSIONES.**

I. LA ENFERMEDAD COMO FACTOR DE DISCRIMINACIÓN. MARCO LEGAL Y JURISPRUDENCIA COMUNITARIA E INTERNA.

a) Marco legal.

Una adecuada aproximación al objeto de estudio exige partir de lo dispuesto por el artículo 4.2.c) del ET, precepto a cuyo tenor "en la relación de trabajo, los trabajadores tienen derecho a no ser discriminados directa o indirectamente para el empleo, o una vez empleados, por razones de sexo, estado civil, edad dentro de los límites marcados por esta Ley, origen racial o étnico, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación sexual, afiliación o no a un sindicato, así como por razón de lengua, dentro del Estado español". Prohibición de discriminación, a su vez complementada con la siguiente puntualización, fruto de la reforma

operada por Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social: “Tampoco podrán ser discriminados por razón de discapacidad, siempre que se hallasen en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo o empleo de que se trate”. Si bien, con anterioridad a la citada reforma, el párrafo segundo del artículo 4.2 c) del ET se hallaba diversamente redactado –al disponer la prohibición de discriminación de “por razón de disminuciones físicas, psíquicas y sensoriales, siempre que [los trabajadores] se hallasen en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo o empleo de que se trate”-, no resultó alterada la jurisprudencia –a la que más adelante se hará mención- en torno al despido del trabajador en situación de incapacidad temporal. Pues, el referido precepto legal ha de entenderse en todo caso referido a la discapacidad –concepto que, como se verá, conviene distinguir de la enfermedad-. De este modo, en aplicación del artículo 4.2.c) del ET, es nulo el despido del trabajador por causa de su minusvalía, calificación que no resulta extensible, a *priori* cuando menos, al motivado por la baja médica del trabajador.

Descartada la identificación de los conceptos “enfermedad” y “discapacidad” y la consiguiente aplicación, a los supuestos en análisis, del artículo 4.2.c) del ET, procede referirse al artículo 52 del mismo cuerpo legal. Pues, la enfermedad o, mejor dicho, los procesos de incapacidad temporal que pueden derivar de aquélla son susceptibles de motivar un despido objetivo. Conforme al citado artículo 52.d), en efecto, “El contrato podrá extinguirse: d) Por faltas de asistencia al trabajo, aun justificadas pero intermitentes, que alcancen el 20 por 100 de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos o el 25 por 100 en cuatro meses discontinuos dentro de un período de doce meses, siempre que el índice de absentismo total de la plantilla del centro de trabajo supere el 5 por 100 en los mismos períodos de tiempo. No se computarán como faltas de asistencia (…) las

ausencias debidas a (…) accidente de trabajo (…), enfermedad o accidente no laboral cuando la baja haya sido acordada por los servicios sanitarios oficiales y tenga una duración de más de veinte días consecutivos (…)". Es preciso, asimismo, recordar que el citado artículo 52 del ET, si bien en su letra a), acoge el despido objetivo basado en la "ineptitud sobrevenida del trabajador", circunstancia, a su vez, susceptible de derivar del padecimiento de un enfermedad determinada[827]. En efecto, "el concepto de ineptitud se refiere, de acuerdo con la doctrina científica y la jurisprudencia, y siguiendo también el uso del lenguaje ordinario, a una inhabilidad o carencia de facultades profesionales que tiene su origen en la persona del trabajador, bien por falta de preparación o de actualización de sus conocimientos, bien por deterioro o pérdida de sus recursos de trabajo –rapidez, percepción, destreza, capacidad de concentración, etc.-"[828]. Circunstancias ante las que, por cierto, la negociación colectiva puede, y debe, desempeñar un destacado papel mediante la incorporación de cláusulas –particularmente de movilidad funcional- para los supuestos de pérdida de capacidad sobrevenida de menor entidad –no susceptibles de incapacidad permanente absoluta-[829].

[827] Procede recordar que, según el citado artículo 52.a) del ET, "el contrato podrá extinguirse por ineptitud del trabajador conocida o sobrevenida con posterioridad a su colocación efectiva en la empresa. La ineptitud existente con anterioridad al cumplimiento de un período de prueba no podrá alegarse con posterioridad a dicho cumplimiento".

[828] STS de 2 de mayo de 1990 (Ar. 3937). Sobre dicha causa de extinción contractual, *vid.* GOÑI SEIN, J. L., *La ineptitud del trabajador como causa de despido*, REDT, núm. 11, 1982, p. 442; SEMPERE NAVARRO, A. V., y LUJÁN ALCARAZ, J. *Significado y virtualidad de la extinción por ineptitud del trabajador debida a causas físicas*, AS, 1996, BIB 1996/1432; SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., *La ineptitud psicofísica como causa extintiva del contrato de trabajo*, AS, 1998, BIB 1998/1325.

[829] SOLÀ MONELLS, X., *La extinción de la relación laboral por pérdida de capacidad sobrevenida de menor entidad*, en AA.VV., *La extinción del contrato de trabajo* (Dir.: PÉREZ AMOROS, F., Coord.: FUSTÉ MIQUELA, J. M.), Bomarzo (Albacete, 2006), p. 383. *Vid.*, asimismo, ESTEVE SEGARRA, A. y LACOMBA PÉREZ, F., *La extinción del contrato de trabajo en la negociación colectiva*, Tirant Lo Blanch (Valencia, 2000), p. 83 y 84.

b) La jurisprudencia comunitaria: especial referencia a la STJCE de 11 de julio de 2006, Caso "Chacón Navas".

La ya referida polémica acerca de la identidad o distinción entre los conceptos "discapacidad" y "enfermedad" ha resultada zanjada, en el marco comunitario, por la STJCE de 11 de julio de 2006, Caso "Chacón Navas". El litigio en cuyo marco se plantean las cuestiones prejudiciales resueltas por la referida resolución puede resumirse como sigue[830]: el 14 de octubre de 2003, Sonia Chacón Navas, trabajadora de la empresa Eurest Colectividades, S.A., procede a la suspensión de su contrato de trabajo por incapacidad temporal; meses después, el 28 de mayo de 2004, hallándose la trabajadora aún en dicha situación, la empresa procede a su despido. En la notificación no se precisa el motivo de la rescisión que se reconoce ya como improcedente por lo que se ofrece, asimismo, la indemnización correspondiente. La Sra. Chacón Navas plantea demanda por despido nulo, pues entiende que la empresa, al proceder a la resolución contractual debido exclusivamente a su enfermedad, ha incurrido en una conducta discriminatoria. El Juez de Instancia, conocedor de la jurisprudencia interna en la materia –que se inclina por la calificación de los despidos como el de la Sra. Chacón como improcedentes-, pone de manifiesto la existencia de una "relación de causalidad entre enfermedad y discapacidad": a su juicio, en efecto, "la enfermedad puede producir deficiencias que discapaciten al individuo", por lo que es preciso que "los trabajadores [estén] protegidos en el momento oportuno en virtud de la prohibición de discriminación por motivos de discapacidad". Tal razonamiento conduce al planteamiento de las cuestiones prejudiciales siguientes:

[830] Al respecto, también puede consultarse, ESTEBAN LEGARRETA, R., *Cuestión Prejudicial al Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea. Discriminación por enfermedad*, AS, núm. 5, 2005, BIB 2005/1146.

1ª. “¿La Directiva 2000/78, en tanto que en su artículo 1 establece un marco general para luchar contra la discriminación por motivos de discapacidad, incluye dentro su ámbito protector a una trabajadora que ha sido despedida de su empresa exclusivamente por razón de encontrarse enferma?”[831].

2ª. “Subsidiariamente y para el supuesto de que se considerara que las situaciones de enfermedad no encajan dentro del marco protector que la Directiva 2000/78 dispensa contra la discriminación por motivos de discapacidad y la primera pregunta fuera respondida negativamente: ¿se puede considerar a la enfermedad como una seña identitaria adicional frente a las que proscribe discriminación la Directiva 2000/78?”.

El TJCE responde negativamente a ambas preguntas. En cuanto a la primera, parte el Tribunal del concepto de “discapacidad”, que, reconoce, no resulta definido por la Directiva 2000/78 y, habida cuenta la ausencia de remisión expresa al Derecho de los Estados miembros, debe ser objeto de una interpretación autónoma y uniforme en toda la Comunidad atendiendo al contexto y objetivo de la norma comunitaria. Así, puesto que la “finalidad de la Directiva 2000/78 es combatir determinados tipos de discriminación en el ámbito del empleo y de la ocupación “, “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”. Ahora bien, “al utilizar en el artículo 1 de la mencionada Directiva el concepto ‘discapacidad’, el legislador escogió deliberadamente un término que difiere del de ‘enfermedad’. Así, pues, es preciso excluir la

[831] Procede recordar lo dispuesto por el citado artículo 1 de la Directiva 2000/78: “la presente Directiva tiene por objeto 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”.

equiparación pura y simple de ambos conceptos”[832]. Por consiguiente, “una persona que ha sido despedida por su empresario exclusivamente a causa de una enfermedad no está incluida en el marco general establecido por la Directiva 2000/78 para luchar contra la discriminación por motivos de discapacidad”.

Ya en cuanto a la segunda cuestión prejudicial planteada, el TJCE aclara, por un lado, que ninguna disposición del Tratado –ni siquiera el artículo 13 que sí menciona la discriminación por discapacidad- contiene una prohibición de discriminación por enfermedad, y, por otro lado, que no cabe ampliar “por analogía” las causas de discriminación enumeradas en el artículo 1 de la Directiva 2000/78. Por ello, “procede responder a la segunda cuestión prejudicial 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 2000/78 prohibe toda discriminación”.

c) La jurisprudencia interna. Un matiz: la concurrencia de un “elemento de segregación”.

El TS califica el despido por enfermedad como improcedente y no como nulo. Pues, a juicio del alto tribunal, no cabe subsumir a la enfermedad en aquella “otra condición o circunstancia personal o social” a que alude el artículo 14 CE. Según la Sala, “la referencia del inciso final no puede interpretarse en el sentido de que comprenda cualquier tipo de

[832] El TJCE emplea dos argumentos suplementarios que conducen a idéntica conclusión: “El decimosexto considerando de la Directiva 2000/78 establece que ‘la adopción de medidas de adaptación a las necesidades de las personas con discapacidad en el lugar de trabajo desempeña un papel importante a la hora de combatir la discriminación por motivos de discapacidad’. La importancia que el legislador comunitario atribuye a las medidas destinadas a adaptar el puesto de trabajo en función de la discapacidad demuestra que tuvo en mente supuestos en los que la participación en la vida profesional se ve obstaculizada durante un largo período. Por lo tanto, para que la limitación de que se trate pueda incluirse en el concepto ‘discapacidad’ se requiere probabilidad de que tal limitación sea de larga duración”. “La Directiva 2000/78 no contiene indicación alguna que sugiera que los trabajadores se encuentran protegidos en virtud de la prohibición de discriminación por motivos de discapacidad tanto pronto como aparezca cualquier enfermedad”.

condición o de circunstancia, pues en ese caso la prohibición de discriminación se confundiría con el principio de igualdad de trato afirmado de forma absoluta. Lo que caracteriza la prohibición de discriminación, justificando la especial intensidad de este mandato y su penetración en el ámbito de las relaciones privadas es (…) el que en ella se utiliza un factor de diferenciación que merece especial rechazo por el ordenamiento y provoca una reacción más amplia, porque para establecer la diferencia de trato se toman en consideración condiciones que históricamente han estado ligadas a formas de opresión o de segregación de determinados grupos de personas o que se excluyen como elementos de diferenciación para asegurar la plena eficacia de los valores constitucionales en que se funda la convivencia en una sociedad democrática y pluralista. 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 por la empresa, no es un factor discriminatorio en el sentido estricto que este término tiene en el inciso final del artículo de la Constitución Española" (STS de 29 enero de 2001[833], Fundamento Jurídico 2º).

Asimismo, "tampoco resulta aplicable la garantía del artículo 4.2.c), 2º, del Estatuto de los Trabajadores, porque no consta que el actor haya sido declarado minusválido, ni el despido se ha producido en atención a una minusvalía sin repercusión en la aptitud para el trabajo, sino en atención a los períodos de baja en el trabajo y la consiguiente pérdida para la empresa de interés productivo en el trabajador" (nuevamente, STS de 29

[833] Ar. 2069. En el mismo sentido, *vid.* SSTS de 23 de septiembre de 2002 (Ar. 1923) –a cuyo tenor la enfermedad "es un aspecto de la relación laboral que la empresa no considera favorable a su propio interés, pero tampoco puede subsumirse en el inciso final del artículo 14 de la Constitución"-, así como de 12 de julio de 2004 (Ar. 7075) y de 23 de mayo de 2005 (Ar. 9656).

enero de 2001[834], Fundamento Jurídico 2º). Distinción de los conceptos "enfermedad" y "discapacidad", por cierto, también puesta de manifiesto por el TJCE en la ya analizada sentencia "Chacón Navas".

La extinción motivada por las bajas médicas del trabajador, puesto que no concurre causa discriminatoria *ex* artículo 14 de la CE, ni tampoco causa legal de despido en virtud de lo dispuesto por el ET, ha de calificarse como improcedente. En efecto, según ha precisado el TS, "la calificación de despido improcedente es la que resulta aplicable a un despido en el que no se acredita la causa invocada por el empresario, sea ésta disciplinaria o de otra naturaleza, cuando no está en ninguno de los supuestos del artículo 108.2 de la Ley de Procedimiento [o 55.5 del ET]"[835]. Tal calificación, por consiguiente, deberá aplicarse también a los supuestos en que el móvil real del despido no halle amparo en el ordenamiento, "porque cuando no hay causa legal para la extinción del contrato de trabajo y la causa real no se encuentra entre las tipificadas como determinantes de la nulidad del despido la calificación aplicable es la de improcedencia"[836]. Esto es, de no cumplirse las condiciones previstas en el artículo 52.d) del ET, que contempla la morbilidad del trabajador como causa de extinción contractual, el despido ha de reputarse improcedente (STS de 12 de julio de 2004[837]). Por consiguiente, "las bajas por enfermedad no constituyen causa de despido, pero tampoco son determinantes de que las producidas con

[834] Ar. 2069.

[835] SSTS de 2 de noviembre de 1993 (Ar. 8346), de 23 de mayo de 1996 (Ar. 4612), de 30 de diciembre de 1997 (Ar. 447).

[836] STS de 29 de enero de 2001 (Ar. 2069).

[837] Ar. 7075. La sentencia citada dispone expresamente: "esta situación del trabajador no es, desde luego, una causa lícita de extinción del contrato de trabajo, pues el artículo 52.d) del Estatuto de los Trabajadores, que contempla la morbilidad del trabajador como una posible causa de despido, la somete a una serie de condiciones que no se han cumplido en este caso. Pero ello determina la improcedencia del despido; no su nulidad, y el propio precepto citado indica que las ausencias por enfermedad, aun justificadas, pueden constituir, en determinadas condiciones, causa lícita de despido en atención al interés de la empresa".

motivo de ellas tengan carácter discriminatorio" (STS de 23 de mayo de 2005[838], Fundamento Jurídico 2º).

Las sentencias reseñadas, expresivas de la exclusión de la calificación de los despidos motivados por bajas médicas como nulos, introducen sin embargo la puntualización siguiente: la enfermedad en "sentido genérico", dicen, "no es un factor discriminatorio", "aunque pudiera serlo en otras circunstancias en las que resulte apreciable el elemento de segregación" (nuevamente, SSTS de 29 de enero de 2001[839], de 12 de julio de 2004[840] y de 23 de mayo de 2005[841]). A *priori*, pues, la enfermedad no se considera causa discriminatoria, esto es, "condición o circunstancia personal o social" *ex* artículo 14 CE. Con todo, sí puede adquirir tal categoría de observarse el referido factor de segregación. Precisamente, en la concurrencia de este último se basa la STSJ de Cataluña de 12 de julio de 2006 (Ar. 509)[842]. En ésta, la Sala del referido Tribunal considera, mayoritariamente, que la empresa, al despedir cuarenta y un trabajadores en situación de incapacidad temporal alegando en cada supuesto que éstos han incurrido en una disminución continuada y voluntaria del rendimiento pactado (artículo 54.2.e) del ET), traspasa con sus decisiones la sutil frontera que separa la enfermedad, configurada como causa de despido improcedente, de la enfermedad, caracterizada como factor discriminatorio determinante de la nulidad del despido[843]. Sin desconocer la glosada jurisprudencia del Alto Tribunal sobre el despido del

[838] Ar. 9656.

[839] Ar. 2069.

[840] Ar. 7075.

[841] Ar. 9656.

[842] Sobre ésta, puede consultarse el comentario de CÁMARA BOTÍA, A., *De nuevo sobre la calificación del despido motivado por bajas médicas del trabajador*, AS, 2007, BIB 2007/538.

[843] Además, conviene destacar que, en cada uno de los mencionados supuestos, la empresa reconoce, *a posteriori*, la improcedencia de tales extinciones.

trabajador por enfermedad –a la que, de hecho, la sentencia alude profusamente-, a juicio de la mayoría de los Magistrados, el supuesto en análisis no encaja en la misma: en este caso, la empresa "ha escogido un grupo de trabajadores en situación de baja laboral y ha determinado, sin constancia de otro motivo que dicha circunstancia, la extinción de sus respectivos contratos de trabajo. No se perfila así (…) la enfermedad como una simple circunstancia genérica de incapacidad para el trabajo (…). Antes y al contrario, (…) se identifica un factor de segregación con el que la empresa configura una auténtica categoría colectiva o clase de trabajadores caracterizada exclusivamente por dicha circunstancia, clase a la que reduce o niega importantes derechos, incluido el de ocupación, y a la que da, en consecuencia, un trato de inferioridad que, a nuestro juicio, debe encontrarse entre los naturalmente vedados por la prohibición contenida en el art. 14 de la Constitución y las prescripciones de los arts. 4.c) y 17 ET" (Fundamento Jurídico 5º).

La apreciación del fundamental "elemento de segregación" parece descansar en dos elementos: por un lado, la concurrencia de una enfermedad, hecho, como se ha visto, por sí sólo insuficiente a efectos de apreciación de una discriminación –a solución distinta se llegaría, probablemente, de derivar el despido del padecimiento por los trabajadores de una concreta patología: SIDA, obesidad, diabetes…[844]-; por otro lado, la pluralidad de sujetos afectados[845], factor que debería asimismo resultar intrascendente. Pues, de concurrir efectivamente discriminación de un

---

[844] En dicho sentido, *vid.* CÁMARA BOTÍA, A., *De nuevo sobre la calificación del despido motivado por bajas médicas…, op. cit.*, p. 3.

[845] De la relevancia otorgada a tal circunstancia da cuenta el siguiente razonamiento: "en el caso de no ser cuarenta y uno, sino, cien, trescientos o quinientos trabajadores de entre los que en la empresa están en situación de baja laboral por enfermedad sería mantenible, podríamos preguntarnos, otro criterio que el adoptado por la Sala" (Fundamento Jurídico 5º).

colectivo, el número de trabajadores afectados en la empresa en cuestión no habría de resultar determinante.

Del escaso peso de la fundamentación jurídica de la sentencia analizada son muestra los votos particulares formulados a la misma. Parten éstos de la distinción entre incapacidad temporal y discapacidad[846] –confusión, por cierto, en la que no incurre la construcción del voto mayoritario de la Sala, aunque sí la sentencia de instancia-, para, a continuación, restar relevancia al número de trabajadores afectados: "a pesar de que las cifras que se manejan sean llamativas, no en vano SEAT es seguramente una de las empresas industriales más importantes de Cataluña, y con un mayor número de trabajadores (…), han sido despedidos 41 trabajadores que se hallan en situación de incapacidad temporal sobre un total de 872 trabajadores que estaban en dicha situación, lo que supone una proporción inferior al 5%, semejante a la de una empresa de 20 trabajadores que despida a un único trabajador que está en IT, o de 40 trabajadores que despida a dos, y así sucesivamente". Por ello, a juicio de los magistrados que formulan el voto discrepante "el afán segregacionista no se deduce necesariamente del número de trabajadores afectados" y, en consecuencia, "de los hechos de autos no puede colegirse que los trabajadores de SEAT que estaban en situación de IT configurasen un colectivo 'acosado' u objeto de posibles represalias por parte de la

[846] Conforme al voto particular discrepante, "no es la misma cosa la incapacidad temporal y la discapacidad (…). Para llegar a esta conclusión basta hacer un breve repaso de la normativa laboral y de Seguridad Social en que se regulan ambas situaciones. Así, el artículo 128.a) de la Ley General de la Seguridad Social es el que da el concepto legal de la incapacidad temporal como la situación en la que se encuentra un trabajador, en situación de alta, que recibe la asistencia sanitaria de la Seguridad Social y está impedido temporalmente para su trabajo, con la consecuencia de la suspensión temporal del contrato de trabajo, *ex* art. 45.1.c) del Estatuto de los Trabajadores, situación que es distinta de la discapacidad que hace referencia a disminuciones físicas, psíquicas o sensoriales, que pueden afectar a personas trabajadoras o no, y que está regulada, en preceptos diferentes, tales como la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos, y normas de desarrollo, el artículo 144 y siguientes de la Ley General de la Seguridad Social para las prestaciones de invalidez en su modalidad no contributiva, el artículo 181 y concordantes de la propia LGSS, sobre prestaciones familiares por hijo a cargo, y de modo particular en el Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, sobre procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía".

empresa". Así, "en el despido del trabajador demandante no se aprecia un trato desigual respecto de otros trabajadores de una importante empresa privada que se mueve en el marco de la economía de mercado, reconocida en el artículo 28 de la Constitución, sin que tampoco concurra una causa de discriminación prohibida por la Ley, tanto por no confundirse incapacidad temporal con discapacidad, como por no estarse ante un auténtico colectivo de trabajadores afectados por una decisión empresarial discriminatoria".

Si bien son notables las fisuras del razonamiento en que se sustenta la nulidad del despido del trabajador en situación de incapacidad temporal, la STSJ de Cataluña de 12 de julio de 2006 contribuye sin embargo a enriquecer el debate. En efecto, a pesar de que el elemento numérico no puede, por si sólo, determinar tal calificación, sí ha de considerarse, al menos, un indicio de trato peyorativo a un colectivo determinado. Tal vez el razonamiento hubiera de completarse con la referencia a una patología determinada. Pues, si bien parece hoy sentada la línea jurisprudencial conforme a la que ha de calificarse como improcedente el despido de un trabajador cuya enfermedad le incapacita temporal y/o reiteradamente para el trabajo, tal vez dicha doctrina deba matizarse cuando los procesos de incapacidad temporal hallen su causa en enfermedades que susciten un fuerte rechazo social, debiendo por ello proporcionarse especial protección a los enfermos –un ejemplo paradigmático es, sin duda, el de los enfermos de SIDA, al que se aludirá seguidamente-.

Incluso, siendo éste un estudio necesariamente impregnado de una perspectiva de género, cabría preguntarse por el impacto discriminatorio de extinciones contractuales cuya motivación real consista en los procesos de incapacidad temporal generados por patologías feminizadas o masculinizadas: esto es, ¿si las enfermedades determinantes de las situaciones suspensivas por incapacidad temporal afectasen preponderantemente a las trabajadoras o a los trabajadores de un

determinado sector o empresa –habida cuenta sus peculiares condicionamientos biológicos o la especial repercusión de una concreta actividad en éstos- procedería igualmente calificar tales extinciones como improcedentes?[847]

II. NO DISCRIMINACIÓN DE LAS PERSONAS AFECTADAS POR VIH/SIDA.

Ya se ha adelantado que el despido fundado en el padecimiento de determinadas enfermedades sí puede calificarse como nulo, solución que conforma una excepción a la glosada doctrina jurisprudencial que reputa tales extinciones como meramente improcedentes. Tal es el caso de los despidos de trabajadores afectados de VIH o SIDA, efectuados precisamente por la concurrencia de tal virus o enfermedad.

El SIDA (Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida) se materializa en la paulatina destrucción del sistema inmunitario producida por el VIH (Virus de Inmunodeficiencia Humana). Con todo, la infección por el citado virus no determina una inmediata afectación del sistema inmunitario: incluso, es frecuente el transcurso de largos períodos entre el momento del contagio y aquél en que el sujeto cae enfermo debido a la incapacidad de reacción su sistema inmunitario frente a patologías varias. Procede, así, distinguir dos colectivos: por un lado, el constituido por las personas seropositivas, ya infectadas pero que no presentan señales de enfermedad; por otro lado, el grupo integrado por los pacientes que sí han desarrollado la enfermedad y, por consiguiente, padecen sus síntomas, en algunas ocasiones con claras repercusiones sobre su capacidad de trabajo. Mientras la capacidad de desarrollo personal y profesional de los primeros no resulta

[847] *Vid.* Capítulo Octavo de este estudio, “La salud laboral desde una perspectiva de género”.

afectada –o resulta invadida en un grado mínimo habida cuenta el constante seguimiento médico de que han de ser objeto-, en el caso de los enfermos de SIDA, en cambio, las infecciones y procesos patológicos sufridos generarán, desde la óptica laboral, bajas temporales e incluso incapacidades permanentes para la actividad profesional. En todo caso, unos y otros han de ser objeto de una especial protección por parte del ordenamiento jurídico, también del laboral.

En efecto, si bien las vías de transmisión del VIH se hallan acotadas –el contagio sólo es susceptible de producirse por vía parenteral, sexual y materno-filial-, la carencia de información precisa, los prejuicios y los temores determinan la discriminación social y laboral de seropositivos y enfermos de SIDA. La infección por VIH y la enfermedad del SIDA conforman, pues, patologías en que cabe apreciar el "elemento de segregación" a cuya concurrencia el Tribunal Supremo supedita la calificación del despido por enfermedad como nulo y no como improcedente. Así lo entiende la SJS núm. 3 de Castellón, de 7 de junio de 2005 (Ar. 2559)[848], en la que, tras el análisis de los indicios aportados por el actor y en aplicación de la doctrina de la carga de la prueba se aprecia que el móvil o "única razón demostrada" del despido es que el trabajador "posee una enfermedad que actualmente ni social ni laboralmente ha sido aceptada (…), una enfermedad infecciosa que (…) tiene una connotación discriminatoria socialmente para la persona que la padece", de modo que "el hecho de despedir a un trabajador por ser portador del VIH tiene ese matiz segregacionista al que hace referencia el TS en la sentencia referida [STS de 29 de enero de 2001]". Si bien dicha sentencia de instancia ha sido revocada por el TSJ de la Comunidad Valenciana, en sentencia de 11 de

[848] Sobre ésta puede consultarse, BLASCO JOVER, C., *El despido del trabajador seropositivo o enfermo de SIDA. A propósito de la SJS núm. 3 de Castellón, de 7 de junio de 2005*, AS, núm. 5, 2006, BIB 2006/756.

octubre de 2005 (Ar. 1636), debe puntualizarse que el fallo de suplicación no pone en tela de juicio la configuración de la infección por VIH como circunstancia personal discriminatoria *ex* artículo 14 de la CE, pues, dicha resolución se basa esencialmente en la ausencia de prueba del conocimiento por la empresa del contagio del trabajador. Razonamiento ante el que, tal vez, cabría alegar que tal prueba no es precisa: en un supuesto como el debatido, basta, en efecto, con que el actor aporte indicios del referido conocimiento empresarial y, por consiguiente, de una eventual vulneración del derecho a no ser discriminado. Antes al contrario, sí es esencial la prueba, por la empresa, de concurrencia de motivos ajenos a la condición de seropositivo del actor, prueba, en el caso de autos, de la disminución de rendimiento o desobediencia imputados al trabajador en la carta de despido y a los que la Sala, por cierto, ni siquiera alude.

Es más, en el caso particular del portador de VIH, la aplicación de la doctrina del TS –sentada entre otras en sentencia de 29 de enero de 2001- se vuelve más difícil si cabe que en el caso del enfermo de SIDA propiamente dicho. En efecto, como ya se apuntó, el primero carece de sintomatología alguna, esto es, no padece aún la enfermedad, por lo que probablemente no proceda a la suspensión de su contrato por incapacidad temporal: decaen, pues, las premisas sobre los que se sustenta la improcedencia de los despidos por enfermedad, cuales son, como se recordará, los reiterados procesos de incapacidad temporal y el consiguiente descenso de la capacidad productiva y rentabilidad del trabajador. Ahora bien, incluso en el caso del enfermo de SIDA, sólo estas últimas circunstancias –sin duda más frecuentes habida cuenta el cuadro clínico de los pacientes- son susceptibles de justificar un despido. La extinción contractual por el padecimiento de la enfermedad se reputará nula en todo caso.

III. EL DESPIDO DE LAS PERSONAS TRABAJADORAS CON PROBLEMAS DE ALCOHOLISMO O DROGODEPENDENCIA.

Si bien el alcoholismo y la drogodependencia no dejan de ser enfermedades[849], el tratamiento legal de que son objeto presenta notable peculiaridades. Basta recordar lo dispuesto por el artículo 54.2.f) del ET, a cuyo tenor "se considerarán incumplimientos contractuales la embriaguez habitual o toxicomanía si repercuten negativamente en el trabajo". Las manifestaciones frecuentes del alcoholismo y la propia drogodependencia –ya de por sí habitual-, en el caso de incidencia negativa en la actividad, pueden así sustentar un despido disciplinario. Condición esencial es, en todo caso, la referida afectación en términos negativos de la prestación laboral misma –habida cuenta la disminución de rendimiento del trabajador o el quebranto de su deber de diligencia o de buena fe-, de las relaciones personales en el seno de la empresa –al provocarse situaciones de tensión o discusiones con compañeros-, de las condiciones de seguridad e higiene o incluso de la propia imagen de la empresa. De este modo, las conductas referidas, más que el alcoholismo o drogodependencia de que derivan, conforman las causas últimas de despido[850]. Algunos convenios colectivos proceden, así, a la tipificación de tales repercusiones: con el objeto de sancionar el daño susceptible de ser causado a la imagen de la empresa, el artículo 29 del Convenio Colectivo de Pirotecnia de la Comunidad Valenciana (D.O.C.V. de 03.08.2007) configura, por ejemplo, como falta

[849] La embriaguez habitual se equipara al alcoholismo: STS de 3 de junio de 1963 (RJ 2655).

[850] Por ello, por cierto, se aboga con frecuencia por la supresión de tales causas de despido disciplinario: FITA ORTEGA, F., *La relación laboral y el consumo de alcohol o sustancias tóxicas: en torno a la conveniencia de suprimir la embriaguez habitual o toxicomanía como causa autónoma de despido disciplinario*, en AA.VV., *La extinción del contrato de trabajo* (Dir.: PÉREZ AMOROS, F., Coord.: FUSTÉ MIQUELA, J. M.)…, *op. cit.*, p. 180 y siguientes.

grave "la embriaguez fuera de acto de servicio vistiendo el uniforme de la empresa, siempre que por el uniforme pueda identificarse a la empresa"[851].

A menudo, el referido precepto estatutario se halla reflejado en la negociación colectiva, al configurar los convenios colectivos la embriaguez habitual y la toxicomanía como faltas muy graves susceptibles de las máximas sanciones, entre las que se encuentra el propio despido. Así sucede, entre otros, en los textos convencionales siguientes: Convenio Colectivo de limpieza de edificios y locales de la provincia de Huesca (B.O.P. de 15.04.2005)[852] y II Convenio Colectivo de Repsol YPF, S.A. (B.O.E. 06.03.07)[853]. Otros convenios, por su parte, operan una especie de reinterpretación del artículo 54.2.f) del ET de dudosa legalidad: es el caso del Convenio Colectivo de ámbito de la Comunidad Autónoma de Galicia para el sector de peluquerías de señoras, caballeros, unisex y belleza (D.O.G. de 15.06.07), que configura como falta muy grave susceptible de sanción mediante despido, "la embriaguez o drogadicción durante el servicio o fuera del mismo, siempre que, en este último caso, fuese habitual"[854]. Como se recordará, la sanción de conductas acaecidas fuera del ámbito estrictamente laboral debe ser objeto de interpretación

[851] Vinculando, asimismo, la embriaguez y toxicomanía con el perjuicio al prestigio de la empresa, el artículo 68 del XIII Convenio Colectivo de la empresa O.N.C.E. y su personal (B.O.E. de 25.10.05) dispone que constituye falta grave "La falta de aseo o higiene personal, la embriaguez y toxicomanía, si repercuten negativamente en el trabajo, así como cualquier conducta o actitud, durante el ejercicio del trabajo, que suponga perjuicio grave para la imagen de la organización". Asimismo, de concurrir reiteración en el período de seis meses –podría decirse manifestación del requisito de la habitualidad-, tal falta adquiere el grado de muy grave, susceptible de sanción mediante despido.

[852] *Vid.* artículo 40. También en el mismo sentido, *vid.* artículo 24 del Convenio Colectivo de trabajo de las empresas dedicadas a la limpieza de edificios y locales de la provincia de Cáceres (D.O.E. de 03.05.05), artículo 37 del Convenio Colectivo del sector de oficinas y despachos de Salamanca (B.O.P. de 06.09.07), artículo 53 del Convenio Colectivo regional de Asturias para el sector de grúas móviles autopropulsadas (B.O.P.A. 19.09.2007).

[853] *Vid.* artículo 41.5.

[854] En términos similares se expresa el artículo 36 del Convenio Colectivo para la actividad de la industria de panadería de Ciudad Real (B.O.P de 13.04.07), a cuyo tenor se tipifica como falta muy grave "la embriaguez o el consumo de sustancias psicotrópicas, habitualmente, fuera del servicio a la empresa, la realización de trabajo en estado ebrio o bajo los efectos de sustancias psicotrópicas".

restrictiva, máxime cuando la ley exige expresamente, como es el caso, repercusión negativa en el trabajo, requisito que no cabe entender sustituido por la habitualidad. Sólo la conducta del trabajador que entrañe un incumplimiento de sus obligaciones laborales –derivadas del contrato mismo o de las normas aplicables a éste- es susceptible de sanción[855], incumplimiento en el que, como es de entender, se incurre habitualmente en el lugar de trabajo y con menor frecuencia fuera del mismo. En todo caso, no cabe sanción de una condición o circunstancia personal del trabajador –cual puede ser el alcoholismo o drogadicción- laboralmente innocua. En sentido contrario, el Convenio Colectivo del grupo Champión (B.O.E. de 09.06.06) no alude de modo expreso al requisito legal de la habitualidad al configurar como falta muy grave "la embriaguez y drogodependencia manifestada en jornada laboral y en su puesto de trabajo"[856]. Tal requisito, en todo caso, se desprende del tenor de la norma legal, no sólo del mismo artículo 54.2.f), sino también del apartado 1 de dicho precepto, a cuyo tenor "el contrato de trabajo podrá extinguirse por decisión del empresario, mediante despido basado en un incumplimiento *grave* (…) del trabajador"; gravedad, en el caso de la "embriaguez", manifestada en su reiteración[857]. Por consiguiente, no son causa de despido la embriaguez o toxicomanía ocasional[858]: es más, la ocasionalidad puede operar como atenuante de otras faltas, reduciendo su gravedad[859].

---

[855] El artículo 58.1 del ET, en efecto, señala que "los trabajadores podrán ser sancionados por la dirección de las empresas en virtud de incumplimientos laborales, de acuerdo con la graduación de faltas y sanciones que se establezcan en las disposiciones legales o en el convenio colectivo que sea aplicable".

[856] *Vid.* artículo 56. En el mismo sentido, *vid*. artículo 53 del Convenio Colectivo del grupo Eroski (B.O.E. 06.06.06).

[857] "El art. 54 ET, aparte de exigir, presidiendo todas las causas, que el incumplimiento sea *grave*, menciona para algunas de ellas su reiteración, agravante característica de todo Derecho sancionador. Así, (…) la embriaguez [ha de ser] *habitual*", ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M. E., *Derecho del Trabajo*, 24ª ed., Civitas (Madrid, 2006), p. 516.

[858] En dicho sentido, el IV Convenio Colectivo general de derivados del cemento (B.O.E. de 18.10.07) tipifica como falta leve "la embriaguez ocasional" susceptible de sanción mediante amonestación verbal o

A modo de complemento de la referida previsión legal, no pocos convenios colectivos, en el marco del régimen disciplinario de aplicación en el sector o empresa de que se trate, precisan, cuantifican incluso, la "habitualidad". Tal es el caso, en el marco de los textos convencionales de ámbito estatal, del Convenio Colectivo de ámbito nacional de distribuidores cinematográficos y sus trabajadores (B.O.E. de 28.03.06), que configura como falta grave –sancionable mediante suspensión de empleo y sueldo de cuatro a treinta días- "llegar un día en estado de embriaguez al puesto de trabajo" y como falta muy grave –sancionable mediante suspensión de empleo y sueldo de treinta a noventa días o despido- "la embriaguez habitual, entendiendo como tal la asistencia al trabajo tres días en un mes en estado de embriaguez, y la toxicomanía".

Si bien no se incluye en el muestro de convenios aquí empleado, debe, por su particular enfoque, aludirse al XV Convenio Colectivo de RENFE (B.O.E. de 22.03.2005). Pues, desde el año 1993, con ocasión de la publicación del X Convenio Colectivo (B.O.E. de 26.08.1993), los sucesivos convenios de la citada empresa han contemplado un "plan de drogodependencia y alcoholismo"[860], asimismo incorporado al texto vigente que procede a su dotación económica[861]. Dicho plan, desarrollado con la participación y cooperación de dirección, sindicatos y trabajadores, se estructura en dos programas de actuación –"de Prevención" y "de

---

escrita. En el mismo sentido, *vid.* Convenio Colectivo marco para los establecimientos financieros de crédito (B.O.E. de 04.09.07).

[859] MARTÍN VALVERDE, A., RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F., GARCÍA MURCIA, J., *Derecho del Trabajo*, 16ª ed., Tecnos (Madrid, 2007), p. 704. Con todo, en algunos supuestos –particularmente, cuando la embriaguez redunda en una vulneración de las reglas más elementales en materia de prevención (caso de los conductores de vehículos)- se ha procedido a una atenuación del requisito de la habitualidad: *vid*. un análisis de esta cuestión en AGUILERA IZQUIERDO, R., *Las causas del despido disciplinario y su valoración por la jurisprudencia*, Aranzadi (Navarra, 1997), p. 229.

[860] *Vid.* artículos 560 y 561. Un análisis del citado Convenio y de otras experiencias similares en ROMERO RÓDENAS, M. J., *Sida y toxicomanía: un análisis jurídico laboral y de Seguridad Social*, Ibidem (Madrid, 1995), p. 153 y siguientes.

[861] *Vid.* Cláusula 15ª -"Disposición derogatoria"- y Cláusula 4ª -"Fondo de Ayudas Sociales"-.

Atención y Reinserción Laboral”- con el objeto de alcanzar las finalidades básicas siguientes: “prevenir conductas de consumo de drogas y alcohol”, así como “proporcionar información, asesoramiento y tratamiento a los trabajadores afectados por este tipo de problemas, con el fin de que puedan reintegrarse en el medio socio-laboral”. Así, mientras en el marco del Programa de Prevención, se prevén “medidas tendentes a cambiar o mejorar la calidad de vida y la educación para la salud, fomentando el autocontrol individual y colectivo ante el problema de la drogodependencia”, la finalidad principal del Programa de Atención y Reinserción Laboral consiste en “proporcionar a la persona información, asesoramiento y orientación hacia un tratamiento que le proporcione la ayuda necesaria para solucionar los problemas relacionados con el consumo de drogas y/o alcohol y que en última instancia le facilite los apoyos necesarios para lograr un estado en el que se encuentre física, psíquica y socialmente en condiciones para reintegrarse a la vida laboral y social”. De este modo, el XV Convenio Colectivo de RENFE aborda las problemáticas de la toxicomanía y del alcoholismo, no ya desde una perspectiva disciplinaria, sino de salud, así como, por supuesto, de prevención de riesgos laborales, al configurar actuaciones específicas –particularmente de detección- en el caso del personal de circulación. De un modo similar, el IV Convenio Colectivo de Entidad Pública Empresarial Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea (B.O.E. 18.04.06) dispone, en su artículo 147, que “Aena facilitará a sus trabajadores Planes de Atención al Empleado y desarrollará Programas para la Prevención y Tratamiento voluntario de conductas adictivas, y de Apoyo Emocional”, a cuyo efecto dispone la creación de una Comisión Paritaria de Acción Social, así como la financiación o disposición de “masa salarial” correspondiente.

IV. CONCLUSIONES.

El diccionario de la Real Academia Española define a la enfermedad como “la alteración más o menos grave de la salud”. Tan amplio concepto, como es de entender, recibe en Derecho del Trabajo múltiples y variados tratamientos, siendo los elaborados en torno a las extinciones contractuales “por enfermedad” los más destacados:

- La enfermedad, sobrevenida, puede restar temporalmente capacidad de trabajo, generando la correspondiente suspensión contractual *ex* artículo 45 del ET –y, en su caso, de reunirse los requisitos para ello establecidos, el acceso a la prestación de Seguridad Social por incapacidad temporal-. Tal enfermedad puede, asimismo, motivar la decisión extintiva empresarial, bien por el absentismo del trabajador en los términos del artículo 52.d) del ET –con la consiguiente calificación de procedencia-, bien como consecuencia de su “ineptitud sobrevenida” *ex* artículo 52.a) del mismo texto legal, bien habida cuenta “el descenso de la capacidad productiva del trabajador”, móvil extintivo no expresamente recogido por la normativa laboral –con la consiguiente calificación de improcedencia-. Incluso, de apreciarse un “elemento de segregación” –particularmente, en el caso de patologías que susciten un especial rechazo social o con un destacado impacto en colectivos definidos por el sexo-, tal extinción “por enfermedad” es susceptible de calificarse como discriminatoria.

- La enfermedad, congénita o adquirida, puede resultar o tornarse definitiva o crónica, generando una irreversible disminución física, psíquica o sensorial del afectado, esto es, su estado de minusvalía, en el grado que corresponda (cuestión distinta es la afectación de la capacidad de trabajo del sujeto, determinante, en el ámbito del Derecho de la Seguridad Social, del reconocimiento del correspondiente grado de incapacidad permanente *ex* artículo 137 y siguientes de la LGSS). El trato peyorativo,

por razón de tal minusvalía, resultará en todo caso –en aplicación del artículo 4.2.c) del ET- discriminatorio.

Se apreciará, pues, discriminación por enfermedad, en todo caso, cuando derive en minusvalía y, excepcionalmente, cuando dada la concreta patología de que se trate o su especial impacto en un colectivo definido por el sexo, resulte subsumible en aquellas "condiciones personales o sociales" a que alude el artículo 14 de la CE, por tratarse de "condiciones que históricamente han estado ligadas a formas de opresión o de segregación de determinados grupos de personas o que se excluyen como elementos de diferenciación para asegurar la plena eficacia de los valores constitucionales en que se funda la convivencia en una sociedad democrática y pluralista" (STS de 29 de enero de 2001, Ar 2069).

La discriminación por enfermedad, de modo especial por VIH/SIDA, así como el alcoholismo y la toxicomanía conforman temáticas muy escasamente reguladas por la negociación colectiva. No se observan, en efecto, cláusulas impeditivas de despidos discriminatorios contra personas afectadas de VIH/SIDA y sólo dos de los convenios consultados incluyen protocolos de actuación frente a adicciones. Es más, la práctica totalidad de los textos convencionales analizados sólo contemplan el alcoholismo y la toxicomanía como incumplimientos contractuales graves y culpables desencadenantes del despido disciplinario del trabajador. Los negociadores, con carácter general, omiten pues toda perspectiva preventiva o de salud.

BIBLIOGRAFÍA: AA.VV., *La extinción del contrato de trabajo* (Dir.: PÉREZ AMOROS, F., Coord.: FUSTÉ MIQUELA, J. M.), Bomarzo (Albacete, 2006). AGUILERA IZQUIERDO, R., *Las causas del despido disciplinario y su valoración por la jurisprudencia*, Aranzadi (Navarra, 1997). ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M. E., *Derecho del Trabajo*, 24ª ed., Civitas (Madrid, 2006). BLASCO JOVER, C., *El despido del trabajador seropositivo o enfermo de SIDA. A propósito de la SJS núm. 3 de Castellón, de 7 de junio de 2005*, AS, núm. 5, 2006, BIB 2006/756. CÁMARA BOTÍA, A., *De nuevo sobre la calificación del despido motivado por bajas médicas del trabajador*, AS, 2007, BIB 2007/538. ESTEBAN LEGARRETA, R., *Cuestión Prejudicial al Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea. Discriminación por enfermedad*, AS, núm. 5, 2005, BIB 2005/1146. ESTEVE SEGARRA, A. y LACOMBA PÉREZ, F., *La extinción del contrato de trabajo en la negociación colectiva*, Tirant Lo

Blanch (Valencia, 2000). FITA ORTEGA, F., *La relación laboral y el consumo de alcohol o sustancias tóxicas: en torno a la conveniencia de suprimir la embriaguez habitual o toxicomanía como causa autónoma de despido disciplinario*, en AA.VV., *La extinción del contrato de trabajo* (Dir.: PÉREZ AMOROS, F., Coord.: FUSTÉ MIQUELA, J. M.), Bomarzo (Albacete, 2006). GOÑI SEIN, J. L., *La ineptitud del trabajador como causa de despido*, REDT, núm. 11, 1982. MARTÍN VALVERDE, A., RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F., GARCÍA MURCIA, J., *Derecho del Trabajo*, 16ª ed., Tecnos (Madrid, 2007). ROMERO RÓDENAS, M. J., *Sida y toxicomanía: un análisis jurídico laboral y de Seguridad Social*, Ibidem (Madrid, 1995). SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., *La ineptitud psicofísica como causa extintiva del contrato de trabajo*, AS, 1998, BIB 1998/1325. SEMPERE NAVARRO, A. V., y LUJÁN ALCARAZ, J. *Significado y virtualidad de la extinción por ineptitud del trabajador debida a causas físicas*, AS, 1996, BIB 1996/1432. SOLÀ MONELLS, X., *La extinción de la relación laboral por pérdida de capacidad sobrevenida de menor entidad*, en AA.VV., *La extinción del contrato de trabajo* (Dir.: PÉREZ AMOROS, F., Coord.: FUSTÉ MIQUELA, J. M.), Bomarzo (Albacete, 2006).

CONCLUSIONES

1. Los espacios de intervención de la negociación colectiva en el marco normativo especial diseñado para la negociación colectiva de medidas de igualdad entre mujeres y hombres. Como importante novedad, la LOIEMH instaura un marco normativo especial para la negociación colectiva de medidas de igualdad entre mujeres y hombres diferenciado del marco normativo general para la negociación colectiva, regulando en su texto *"los planes de igualdad de las empresas y otras medidas de promoción de la igualdad"* –Capítulo III de su Título IV-, y alguna otra norma sobre fomento de la igualdad –el artículo 43- y planes de igualdad en el empleo público estatal –el artículo 64-, y modificando el Título III del ET –a través de su disposición adicional 11ª.17/19-. Sin embargo, el marco normativo de la negociación colectiva de medidas de igualdad de mujeres y hombres diseñado en la LOIEMH no es enteramente legal, quedando algunos espacios significativos a la negociación colectiva para incidir de una manera autorregulada sobre su propio marco normativo, y que –a riesgo de cometer algún olvido- son los tres espacios siguientes:

1º. La posibilidad de articular / orientar / dirigir la negociación de la igualdad a través de acuerdos en la cumbre –artículo 83.2 y 3 del ET-, una posibilidad de la que se ha venido haciendo uso los agentes sociales en los Acuerdos Interconfederales sobre Negociación Colectiva, que, desde el año 2002 y hasta el año 2008, han dedicado normas a la igualdad de los sexos.

Aunque no cabe desconocer la trascendencia positiva que han tenido en la mejora de las medidas de igualdad en la negociación colectiva, esto no nos impide destacar algunos aspectos mejorables en los Acuerdos

Interconfederales, que han optado por una mera orientación –y no una imposición- de contenidos sobre la igualdad en la negociación colectiva.

2º. La posibilidad de establecer en los convenios colectivos supraempresariales los términos y las condiciones, a través de las oportunas reglas de complementariedad, de la negociación de los planes de igualdad en las empresas de más de 250 trabajadores/as, incluyendo implícitamente la posibilidad de regular medidas concretas –artículo 85.2.II.b) del ET-.

Se trata de una posibilidad que, examinados los convenios colectivos de sector estatal publicados en el BOE con posterioridad a la LOIEMH, no está siendo muy utilizada. Solamente hemos rastreados dos convenios: uno es el XV Convenio Colectivo de la industria química, BOE de 9.8.2007, y otro es el III Convenio Colectivo estatal de la madera, BOE de 7.12.2007.

3º. La posibilidad de obligar a la implantación de un plan de igualdad en los términos que se negocien en el convenio colectivo, es decir, operando la libertad de los agentes sociales en el doble sentido de decidir la implantación de un plan de igualdad allí donde legalmente no es obligado y de pactar cuáles son sus términos concretos –artículo 45.3 de la LOIEMH-.

2. Cláusulas antidiscriminatorias generales de igualdad por razón de sexo / género: a) Las cláusulas antidiscriminatorias generales. Una práctica bastante extendida en la negociación colectiva es la de recoger cláusulas antidiscriminatorias generales en materia de igualdad por razón de sexo / género –por ejemplo, los convenios estatales de sector analizados contienen cláusulas antidiscriminatorias generales en aproximadamente un tercio; a niveles inferiores disminuye el porcentaje-. Se corresponden estas cláusulas antidiscriminatorias generales con las declaraciones generales contenidas en las normas jurídicas vigentes a todos los niveles –a nivel comunitario, a nivel constitucional y a nivel de legalidad interna ordinaria-.

Y un convenio colectivo implicado en la erradicación de la discriminación sexista en consecuencia deberá contener cláusulas antidiscriminatorias generales sobre igualdad por razón de sexo / género concebidas de manera instrumental con respecto a las medidas concretas de igualdad que en el mismo se regulen –sin las cuales, eso sí es verdad, las cláusulas antidiscriminatorias generales pierden su sentido para pasar a ser mero maquillaje-, sirviendo, en conclusión, como principios ordenadores de la regulación convencional que inspirarán su interpretación y aplicación.

b) Las cláusulas negociales de transmisión de las normas legales. Muchas de las medidas de igualdad contenidas en los convenios colectivos en materia de igualdad por razón de sexo / género son simple transmisión de las normas legales correspondientes, e incluso se podría afirmar sin mucho margen de error que, en todo convenio colectivo donde se contemplan medidas de igualdad, algunas son simple transmisión de las normas legales. Se trata en suma de cláusulas habituales de las que, por esa habitualidad sobradamente conocida, ni siquiera es necesario dar ejemplos.

Aún considerando sus inconvenientes, no es menos cierto que trasladar la letra de la regulación legal a la negociación colectiva, no sólo ostenta las mismas funciones simbólica y pedagógica que las cláusulas antidiscriminatorias generales, sino la adicional de fomentar el ejercicio de los derechos reconocidos en las normas estatales. Por ello, las debemos considerar positivas, aunque alertando sobre la necesidad de constante revisión para que se produzca la adecuada actualización de contenidos, permitiendo el cumplimiento de las funciones propias de dichas cláusulas.

c) Utilización convencional de lenguaje no sexista. Los negociadores colectivos, especialmente a nivel de sector estatal o autonómico y en las grandes empresas, utilizan cada vez más

frecuentemente los genéricos neutros o la enunciación expresa de ambos sexos. En estos niveles se ha superado, diciéndolo con generalidad, la tradicional asignación a mujeres y hombres de categorías profesionales. También a estos niveles se están implantando las llamadas cláusulas de género neutro, afirmando, por ejemplo, que *"en el texto del Convenio se ha utilizado el masculino como genérico para englobar a los trabajadores y trabajadoras, sin que esto suponga ignorancia de las diferencias de género existentes, al efecto de no realizar una escritura demasiado compleja"*.

Pero es cuando bajamos a sectores provinciales o a convenios colectivos de pequeñas o medianas empresas cuando el uso del lenguaje resulta menos cuidado. Al respecto, se observan disfunciones tales como la utilización general del género masculino, con absoluto olvido del género femenino, el mantenimiento de categorías profesionales en femenino en convenios colectivos, la utilización del género bajo el presupuesto de ser un hombre el destinatario de la norma convencional, los errores semánticos delatores de una idea subliminal sexista, o las correcciones parciales en el lenguaje sexista, sólo corregido en cuestiones de usual interés femenino.

d) Las cláusulas de implantación de comisiones de igualdad. Las comisiones de igualdad, cualquiera que sea su denominación, si reguladas de manera adecuada y funcionando de manera rigurosa, son instrumentos eficaces para la consecución de la igualdad de oportunidades en las empresas –y no sólo por razón de sexo / género-. Tras la LOIEMH, han proliferado, aunque su implantación dista mucho de ser la deseable, existiendo muchos ámbitos negociales donde no se contemplan, e incluso en sectores o empresas feminizadas. Y sus competencias suelen estar vinculadas a la implantación de los planes de igualdad en las empresas, si bien se ha observado la tendencia positiva de generalizar sus competencias. Una tendencia que, seguramente acentuada en la práctica por la dificultad

de deslindar lo que está o puede estar en el plan de igualdad y la materia relacionada con el principio de igualdad, las acabará convirtiendo, presumiblemente, en comisiones de igualdad con competencias generales. Algunos convenios colectivos –caracterizados, además, por ampliar las competencias a todas las formas de discriminación- así ya lo han previsto de manera directa, atribuyéndoles competencias generales sobre igualdad.

Por lo demás, la creación de comisiones de igualdad no es incompatible –y algunos convenios colectivos regulan ambas cuestiones- con la atribución de competencias en materia de igualdad a la representación del personal –extremo éste obligatorio a la vista de la regulación vigente-, o a la comisión de vigilancia del convenio colectivo.

3. Igualdad por razón de sexo / género en el acceso al empleo, en la formación y en la promoción profesional. A modo de reflexión de carácter general, debe destacarse que los convenios aquí analizados no proceden, desde una perspectiva transversal, a un tratamiento riguroso del acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesional o del período de prueba. Pocos conceptúan, como de hecho sucede en la realidad, tales aspectos de la relación laboral como focos de discriminación por razón de género o sexo y pocos, por consiguiente, introducen mecanismos efectivos de erradicación de las mismas y menos aún de acción positiva. A lo sumo, los textos analizados introducen declaraciones abstractas –por lo demás sólo en contadas ocasiones expresamente referidas a las cuestiones aquí analizadas- y en todo caso con un valor meramente programático o pedagógico. Se perpetúan, en términos generales, los criterios tradicionales: esto es, la exigua regulación convencional del ingreso al trabajo con el consiguiente elevado margen de discrecionalidad empresarial; la omnipresencia del factor antigüedad a efectos de promoción interna, con la importante salvedad conformada por puestos de confianza o

responsabilidad para los que rige la libre designación empresarial; el tratamiento aparentemente neutro de la formación y período de prueba, centrado, respectivamente, en el señalamiento de permisos y facilidades para la primera –con total desatención de las peculiares necesidades de las trabajadoras- y de su duración para el segundo –ignorando en este caso el carácter temporal de la contratación, más frecuente aún en caso de mujeres-. Ante tal panorama, sólo cabe concluir que se perpetúan asimismo las discriminaciones por razón de género o sexo en el acceso al empleo, a la formación profesional, a efectos de promoción interna y durante el período de prueba.

4. Igualdad por razón de sexo / género en las condiciones de trabajo. La extensión de este capítulo, pero sobre todo, las diversas cuestiones que en él se han analizado, dificulta considerablemente la extracción de unas conclusiones generales y comunes. Con todo, hay que partir de una afirmación indiscutible y que es la trascendencia de la regulación convencional de las condiciones de trabajo para la consecución del principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo / género. Y ello desde el mismo momento de la elección de la modalidad contractual bajo la cual el trabajador o la trabajadora prestará sus servicios al empresario. Si se tiene en cuenta que las mujeres han sido y son destinatarias fundamentales de determinadas modalidades de contratación, es obvio que un tratamiento aparentemente neutro de estas materias por la negociación colectiva puede llevar aparejado un importante perjuicio para ellas. El principio de igualdad también ha de respetarse en el momento de la extinción de la relación laboral y al margen, incluso, de que la contratación lo fuese de carácter temporal. De lo contrario, se incurrirá en una discriminación por razón de sexo / género. No obstante, sobre esta última cuestión el papel de la negociación colectiva ha sido meramente

anecdótico. La existencia de una normativa estatal suficientemente protectora contra los despidos discriminatorios ha dejado a la negociación en un segundo plano.

Sobre las distintas modalidades de contratación, hay que reconocer que son varios los avances conseguidos por la negociación colectiva, pues no son aisladas las cláusulas que mejoran el contenido de la regulación legal y que, por lo tanto, repercuten positivamente sobre el colectivo femenino. Entre otras, pueden citarse todas aquellas que limitan la contratación temporal en la empresa, las que reconocen prioridad a los trabajadores temporales para transformarse en indefinidos, las que prevén mecanismos automáticos de conversión, etc. En la medida en que todas estas cláusulas afectan a un número mayoritario de trabajadoras o a un sector feminizado, contribuyen positivamente a la consecución del principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo / género, no en vano contribuyen a mejorar su empleabilidad, su estabilidad laboral, su protección social, etc. Ahora bien, de todas las modalidades contractuales existentes la que quizás tenga más repercusión sobre el colectivo femenino y por lo tanto mayor impacto desde la perspectiva de sexo / género, sea la contratación a tiempo parcial. Aunque todavía queda mucho espacio por recorrer, poco a poco, la negociación colectiva ha ido incorporando ciertas novedades al contenido de su regulación legal. Desde una perspectiva de sexo / género, son destacables todas aquellas cláusulas que introducen ciertas dosis de flexibilidad en la ordenación de la jornada para poder conciliar con mayor facilidad la vida personal, familiar y laboral. Con la misma finalidad, también se encuentran cláusulas que exigen al empresario la programación del trabajo de su personal a tiempo parcial. Asimismo repercuten positivamente sobre el colectivo femenino, todas las que ordenan y priorizan la conversión de personal a tiempo parcial en personal

a tiempo completo, así como las que prevén su conversión automática cuando la jornada parcial sobrepase determinados límites.

Con todo, uno de los problemas que persisten en nuestro mercado de trabajo es su segmentación por sexo, tanto horizontal como vertical. Es obvio que la negociación colectiva, a través de la identificación de los puestos de trabajo que podrán ser cubiertos con contratos de una u otra naturaleza, podría contribuir a dar por finalizada tal segmentación. Sin embargo, han sido muy pocos los convenios que se han decidido y han procedido a elaborar esta delimitación. En la misma línea de parquedad se sitúa la regulación convencional de los fijos-discontinuos, pues no son muchos los convenios que completan el régimen jurídico legal de esta modalidad de contratación y, mucho menos, los que integran la perspectiva de sexo / género, lo cual es ciertamente criticable por el importante número de trabajadoras afectadas. De hecho, gran parte de la ordenación convencional de los fijos-discontinuos se dedica a regular el derecho al llamamiento, recurriendo mayormente a los criterios ordinarios –antigüedad- que, además, no implican diferencias de trato entre el colectivo masculino y el femenino. Desde la perspectiva de sexo / género, tienen mayor interés cláusulas que contienen reglas como las que expresan la preferencia en el llamamiento de los fijos-discontinuos frente a los de carácter eventual o las que les reconocen prioridad para ocupar puestos de trabajo fijos con continuidad en la plantilla de la empresa.

En lo que atañe a la movilidad funcional como consecuencia del *ius variandi* empresarial, se ha comprobado que cuanto más regulado esté el procedimiento y menos margen de actuación se conceda al empresario, las trabajadoras cuentan con más posibilidades de ascenso y con ello poder romper con el famoso “techo de cristal” que desde siempre ha obstaculizado sus ascensos laborales. De ahí que, desde la dimensión de

sexo / género, jueguen un papel importante cláusulas convencionales reguladoras de procedimientos específicos de movilidad funcional ascendente. En cuanto a la movilidad descendente, el papel de la negociación colectiva es más residual, toda vez que desde la propia normativa estatal se insiste en su causalidad y en su temporalidad.

Mucho más importante es el papel que juega la negociación colectiva para integrar la dimensión de sexo / género en la movilidad geográfica de los trabajadores y trabajadoras. Dicha integración exige tomar en consideración las especiales dificultades a las que habrán de enfrentarse las mujeres para poder acatar la orden empresarial, por muy justificada que esté. Tales dificultades están mayoritariamente provocadas por la existencia de responsabilidades y cargas familiares. Así las cosas, hay que hacer mención a todas esas cláusulas que incluyen mejoras generales al contenido de la regulación estatal de la movilidad geográfica, así como aquellas que tienen en cuenta situaciones particulares que afectan, exclusiva o mayoritariamente, a las mujeres trabajadoras. Entre las tradicionales y generales hay que referir las que facilitan la búsqueda de vivienda o alojamiento y las que reconocen mayor compensación por gastos. Desde una perspectiva más particular, destacan todas las que tratan de compatibilizar derechos de maternidad o de conciliación con la movilidad geográfica. Tratándose de desplazamientos temporales, desde una perspectiva de sexo / género vuelven a ser fundamentales las cláusulas convencionales que flexibilizan el tiempo de trabajo.

Y ya por último, sobre las extinciones discriminatorias, ya se adelantó el escaso papel que jugaba la negociación colectiva. Al margen de esta cuestión, no hay que olvidar que la discriminación por sexo / género no se basa únicamente en el sexo / género de la persona discriminada, sino también en la concurrencia de cualquier otra circunstancia que tenga una

conexión directa y evidente con este estado. Es evidente que el embarazo y la maternidad conforman una de estas circunstancias, pudiendo ocasionar discriminaciones directas. El ejercicio de derechos de conciliación, pese a que pretenden la corresponsabilidad entre los sexos/géneros en las cargas y responsabilidades familiares, sigue siendo causa de discriminaciones indirectas, pues todavía siguen ejerciéndolos mayoritariamente las mujeres.

5. Igualdad por razón de sexo / género en la retribución y en los beneficios sociales. Las discriminaciones retributivas conforman una manifestación especialmente flagrante de la preterición colectiva de las mujeres en el mercado laboral. Frente a ellas, el ordenamiento jurídico arbitró el principio de igual retribución por trabajo de igual valor, asimismo acogido por la negociación colectiva. Ésta, tradicional instrumento de generación y perpetuación de las prácticas discriminatorias en materia salarial, constituye hoy un cauce privilegiado para su erradicación. Con todo, este segundo y deseado papel no ha sido del todo asumido por los negociadores. Pues, si bien son numerosos los textos convencionales que acogen el citado principio, lo cierto es que tal integración queda, en el mejor de los casos, reducida a una reproducción literal –y, por consiguiente, sólo formal- del axioma de igual retribución por trabajo de igual valor. En contraste con tal regla, los convenios colectivos perpetúan en ocasiones clasificaciones profesionales de dudosa lógica –operando una transformación de discriminaciones directas abiertas en discriminaciones directas ocultas- y optan, prácticamente en su totalidad, por estructuras salariales “clásicas”, que, si bien no han sido consideradas indirectamente discriminatorias al estimarse la concurrencia de una justificación legítima, premian cualidades de hecho fundamentalmente masculinas –antigüedad, desempeño de actividades penosas, tóxicas, peligrosas, especial dedicación- y obvian, por el contrario, las peculiaridades del trabajo

femenino –elevado grado de rotación en el empleo, contratación a tiempo parcial, etc.-. Si bien es legítimo recompensar la experiencia adquirida –Asunto “Cadman”-, la especial dificultad que entraña la realización de determinadas actividades o la disponibilidad horaria en el empleo, los complementos salariales resultantes deben guardar la debida proporcionalidad –evitando, en particular, una sobrevaloración del factor “antigüedad”-, responder efectivamente a la concurrencia de peculiares condiciones de trabajo –rehuyendo la transformación de complementos salariales en meros cauces de incremento del salario base- y no premiar la desatención de responsabilidades familiares con la consiguiente perpetuación de roles sociales.

6. Los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral de las personas trabajadoras. En cuanto a jornada, horario y, en general, tiempo de trabajo, debe reconocerse que la negociación colectiva introduce contenidos diversos, y cláusulas de indudable interés para la conciliación de la vida personal, familiar y laboral. Ahora bien, en términos generales no puede decirse que los convenios hayan tenido demasiado en cuenta, salvo raras excepciones, esta perspectiva. Más bien, puede decirse que existen cláusulas aisladas que incorporan buenas prácticas y que pueden servir de modelos para su acogimiento en otras unidades de negociación.

En realidad, muchas de las reglas sobre distribución de la jornada, calendarios, jornada continua, vacaciones u horas extraordinarias, entre otros contenidos, no obedecen en su génesis a objetivos explícitos o implícitos de hacer más compatible el trabajo con las tareas extra-laborales de las personas. Sin embargo, en la medida en que generan ciertas garantías tales como predeterminación del tiempo de trabajo, fijeza en los descansos semanales o mayor duración de los mismos, adaptación de las vacaciones a

las preferencias individuales o acumulación de los períodos de descanso, producen consecuencias positivas a la vez en la atención a la vida personal y familiar de trabajadores y trabajadoras. En este sentido, una negociación colectiva más inclinada a conseguir dichos objetivos sin duda puede todavía perfeccionar estas herramientas y moldearlas a la medida de las necesidades del colectivo representado por el banco social.

Pero debe reconocerse que, si se exceptúan algunos convenios colectivos, falta una tarea sistemática de abordar el tiempo de trabajo como la condición que más influye en la atención de las obligaciones y de las tareas personales. Una adecuada toma de conciencia sin duda puede producir importantes frutos en la mayoría de los convenios colectivos. En esta línea, el nuevo apartado octavo del art. 34 debe servir de orientación a las partes negociadoras sobre la trascendencia de todos los contenidos referidos en los arts. 34 y ss. del ET para la atención de la familia y de otras ocupaciones personales. No en vano todos los documentos programáticos a nivel comunitario e interno se refieren a la necesidad de flexibilizar el tiempo de trabajo, tanto para atender a las necesidades de las empresas como a las de las personas trabajadoras, para que puedan conciliar sus obligaciones laborales con las personales.

Sin perjuicio de que haya convenios de empresa con especial sensibilidad hacia esta orientación, debe reconocerse que las reglas de los sectoriales de ámbito estatal resultan comparativamente más ambiciosas e incisivas, en tanto que las de los de ámbito inferior –en particular los provinciales de sector- apenas prestan atención a la misma. Y, dicho sea de paso, en la medida en que regulan las condiciones de trabajo en ámbitos con una presencia mayoritariamente masculina, el interés por regular la jornada y el horario de un modo compatible con la atención de las obligaciones familiares decae todavía más.

Porque, como ya se ha apuntado anteriormente, al regular el tiempo de trabajo resulta relativamente sencillo establecer unas reglas que lo hagan más compatible con la vida personal de los trabajadores, pero no es fácil arbitrar medidas que tiendan hacia la corresponsabilización de los hombres en el cuidado de la familia. Precisamente por eso sería más importante que estas medidas de compatibilización aparecieran en los convenios de sectores con baja presencia femenina. Pero en absoluto esa es la inclinación de las partes que se sientan a negociarlos.

En cuanto a la regulación de los permisos, los comentarios deben ser parcialmente distintos. Los convenios tienden a introducir mejoras sustantivas, pero con técnicas escasamente flexibles, aunque de nuevo hay contenidos sumamente interesantes. Entre otros, algunos que procuran la corresponsabilización de los hombres en la atención a sus familiares mediante la técnica de conceder permisos sólo para el cuidado de consanguíneos, no de afines.

Pero, más allá de estas cláusulas bien encaminadas, o de otras que introducen medidas flexibles y adaptables a las necesidades individuales, de nuevo en la mayoría de los preceptos de los convenios hay un evidente sesgo sexista, que consiste en atribuir a las mujeres las tareas de cuidado. Esta orientación se percibe de un modo muy particular en la regulación de las excedencias, pero también en las nuevas reglas sobre acumulación del derecho de lactancia, en las que raramente se concibe la posibilidad de que los trabajadores hombres sean los beneficiarios.

Por lo demás, la mayoría de las posibilidades que abre la LO 3/2007, de 22 marzo, están pendientes de ser asumidas por la negociación colectiva. Temas tan centrales como el disfrute fraccionado de la excedencia por cuidado de hijos o familiares o la extensión de ciertos derechos de la maternidad a la paternidad todavía están pendientes. De modo que bueno

será seguir con atención la evolución de la negociación colectiva en estas materias novedosas.

7. Los derechos de maternidad de las mujeres trabajadoras. La protección jurídica de la maternidad de la mujer trabajadora conforma uno de los instrumentos esenciales para la consecución de la igualdad por razón de sexo / género. No en vano, la maternidad, como circunstancia biológica diferenciada entre mujeres y hombres, permite y justifica regulaciones específicas tendentes a su protección y, por lo tanto, dirigidas particularmente al colectivo femenino. Sin embargo el papel de la negociación colectiva en su ordenación se limita, prácticamente, a reproducir el contenido de la normativa estatal. Salvo ejemplos aislados, no se han encontrado cláusulas que mejoren ostensiblemente su contenido, lo que pone de relieve cierta desidia de los negociadores por el cumplimiento del principio de igualdad entre las trabajadoras y los trabajadores. Entre las razones que justifican esta situación, se advierte la existencia de una ordenación heterónoma bastante completa, sobre todo tras la introducción de las reformas operadas por la LOIEMH. De hecho, su art. 8 reconoce como discriminación directa por razón de sexo "todo trato desfavorable a las mujeres relacionado con el embarazo o la maternidad". Con todo, desde la perspectiva de la igualdad, todavía se constatan algunas quiebras. Entre las más importantes hay que mencionar todo lo relativo a los subsidios económicos. Se trata de lo que se califica como "socialización de la maternidad". Pero también, y aquí es donde la negociación colectiva tendría más margen de actuación, en la adaptación de todas las obligaciones empresariales preventivas al sector de actividad de que se trate, a fin de proteger la seguridad y salud de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia. Sin embargo, la reproducción, casi literal, de la normativa preventiva estatal, refleja cierta

falta de sensibilidad de todos los agentes implicados en la negociación, lo cual es ciertamente criticable.

8. La salud laboral desde una perspectiva de género. La dimensión transversal del principio de igualdad por razón de sexo / género, también exige tener en cuenta las diferencias entre las condiciones y necesidades de hombres y mujeres en el ámbito de la seguridad y salud laboral. Prescindir de tales diferencias o, cuando menos, considerar idénticos los factores que inciden en la salud laboral de las trabajadoras y los trabajadores, redunda en perjuicio del principio de igualdad y de ahí la necesidad de integrar la dimensión de sexo / género en la normativa preventiva, a fin de evitar disposiciones discriminatorias. De hecho, entre las reformas operadas por la LOIEMH, una de ellas ha sido la ampliación de los objetivos de la política en materia de prevención de riesgos laborales, exigiendo expresamente de las Administraciones Públicas el cumplimiento del principio de igualdad entre hombres y mujeres (art. 5.4 LPRL).

Sin embargo, la insuficiencia de disposiciones normativas heterónomas sobre esta materia, cede todo el protagonismo a su ordenación convencional. Además, frente al carácter genérico de la normativa estatal, la autónoma permite atender a las muy diversas particularidades que, incluso, quedan ajenas al contenido de los múltiples reglamentos aprobados en desarrollo de la LPRL. La regulación convencional de la salud laboral permite atender a los riesgos exclusiva o mayoritariamente femeninos de un sector laboral determinado, de una empresa en particular o de un colectivo específico. Si bien, no puede afirmarse que la negociación colectiva haya aprovechado esta situación de privilegio. En términos generales, los convenios colectivos analizados, al margen de los temas de embarazo, maternidad y acoso, apenas incorporan la perspectiva de sexo /

género en los capítulos dedicados a la seguridad, salud y prevención de riesgos laborales. Con todo, el panorama no es absolutamente negativo. Existen varios ejemplos de preceptos convencionales que incorporan cláusulas integrantes de lo que denomina “salud laboral sexual”, esto es, que integran la dimensión de sexo / género y que por lo tanto tienen por finalidad la promoción de la igualdad real o sustancial de la mujer trabajadora en ese sector, empresa o actividad determinada. Entre los más representativos se alude a los que atienden a riesgos que afectan mayoritariamente al colectivo femenino, como son los psicosociales y los derivados de la división sexual del trabajo, como los riesgos músculo-esqueléticos. También los que reconocen ciertas enfermedades como típicas de un sector laboral determinado, cuando este sector está ocupado principalmente por trabajadoras. En cualquier caso, de todas las obligaciones empresariales en materia preventiva, sobre la que han recaído más disposiciones, ha sido sobre la de vigilar la salud de sus trabajadores. Desde la dimensión de sexo / género es importante que en su cumplimiento se tengan en consideración las diferencias y necesidades de cada uno de los colectivos y son varios los convenios colectivos que así lo han llevado a cabo. No obstante, frente a todo lo anterior, también hay que referir que, precisamente, bajo el pretexto de evitar a las trabajadoras la realización de determinadas actividades consideradas “penosas”, “peligrosas”, “de difícil realización” y con ello salvaguardar su salud e integridad física, todavía se ocultan discriminaciones directas por razón de sexo / género. La supresión de estas discriminaciones, así como la toma en consideración del sexo / género en otros muchos ámbitos de la salud laboral –participación y representación del personal, equipos de trabajo y equipos de protección individual, condiciones ergonómicas, etc-, todavía es una asignatura pendiente de aprobación por la negociación colectiva.

9. Cláusulas negociales sobre acoso sexual y sobre acoso sexista. Tanto con carácter general como especialmente cuando se habla de negociación colectiva, la lucha contra el acoso sexual –y, por extensión, el acoso sexista- ha partido de la nada –es decir, de la tolerancia social de la conducta-, ha seguido un camino lento –al enfrentarse a muchas resistencias ideológicas-, y aún no ha concluido en la inexorable dirección de dignidad de las personas –única dirección posible hablando de derechos fundamentales-. De este modo, nos encontramos en un proceso evolutivo, que se ha iniciado en 1989, y que nos deberá conducir a la regulación del acoso sexual –y, por extensión, del acoso sexista- en la totalidad de los convenios colectivos, estableciendo cláusulas conceptuales, declaraciones de principios, mecanismos de prevención, sanciones disciplinarias y garantías de procedimiento, adaptadas a la realidad del convenio colectivo.

Las definiciones de acoso sexual son relativamente frecuentes en la negociación colectiva, aunque, desafortunadamente, no comprenden la totalidad de los convenios colectivos, ni siquiera la totalidad de los convenios colectivos con referencias al acoso sexual, que a veces limitan esas referencias a recoger tales conductas como infracciones, pero sin conceptuarlas. Más inusuales son las referencias al acoso por razón de sexo como consecuencia de su más reciente implantación en nuestro ordenamiento jurídico interno, con la adicional circunstancia de que, como ocurría con el acoso sexual, algunos convenios colectivos se limitan a recoger tales conductas como infracciones, pero tampoco las conceptúan.

Las declaraciones de principios sobre tolerancia cero del acoso sexual –y, por extensión, del acoso sexista-, debidamente publicadas, son un elemento fundamental dentro de una política empresarial de lucha contra el acoso sexual –y, por extensión, contra el acoso sexista-. Tales declaraciones se pueden realizar por la sóla voluntad del empresario, adoptando la fórmula de códigos de conducta, o se pueden integrar en la

negociación colectiva, manifestándose a través de los convenios colectivos. Sin embargo, no son muchos, de entre la muestra de convenios colectivos, los que contengan declaraciones de principios, lo cual deberá ser criticado.

También los mecanismos de prevención –como el procedimiento informal de solución- aparecen en un número irrelevante de la muestra, y, aún en esos casos, las referencias adolecen de una escasa concreción y denotan desconocimiento de los fines preventivos. Sin duda alguna, una causa de esa situación, manifiestamente mejorable, son las dificultades de concreción de los mecanismos de prevención de los riesgos psicosociales como el acoso sexual y sexista. Pero también se encuentran otros factores, como la tendencia a formalizar el conflicto y a las respuestas sancionadoras –que dificultan la instauración de un auténtico procedimiento informal de solución-, una tendencia que se considera propia de nuestra cultura jurídica –aunque aquí se podría discutir sobre si es una tendencia propia del sistema español o, más en general, es típica de todas las sociedades androcéntricas-.

Mientras las anteriores cláusulas negociales relativas al acoso sexual y al sexista no aparecen en la totalidad de la muestra de convenios colectivos, las relativas a la sanción disciplinaria sí aparecen en su casi totalidad, de ahí que sean no pocos los convenios colectivos donde la única referencia a la cuestión del acoso sexual y sexista sea, justamente, en materia disciplinaria. Y al momento de extraer conclusiones generales sobre las abundantes tipificaciones, sin duda la más destacada es la gravedad de la sanción, porque siempre todas o alguna de las conductas de acoso sexual o sexista se encuentran entre las infracciones con sanciones muy graves. Justamente, la existencia de una distinción entre los convenios colectivos donde todos los acosos son muy graves, y aquellos donde hay más campo calificador, aparece como la otra conclusión general destacada.

La última modalidad de cláusulas negociales sobre acoso sexual y sexista se refieren a las garantías del procedimiento disciplinario, que buscan facilitar el ejercicio de los derechos de las personas implicadas, y, en particular, de las víctimas, en relación con la imposición de sanción disciplinaria al agresor. Tales garantías llegarían a configurar, de aceptarse en su totalidad, una modalidad especial de procedimiento disciplinario, donde, además, se podrían integrar intentos de arreglo a solicitud siempre de la persona denunciante, salvo en los supuestos de tratarse de un acoso con trascendencia penal. Pero, sin embargo, los convenios colectivos suelen acoger solamente alguna o algunas garantías de procedimiento, sin llegar a configurar una modalidad especial de procedimiento disciplinario.

10. Cláusulas negociales sobre acoso moral (antimobbing). De una manera algo más rápida que el acoso sexual –probablemente al haber aprovechado los caminos que previamente éste había roturado-, el tratamiento del acoso moral en la negociación colectiva ha evolucionado desde la ausencia absoluta de cláusulas antimobbing a una situación en la cual, sin todavía ser la deseable, esas cláusulas encuentran una cierta implantación. A los efectos de su estudio, hemos distinguido –y, a los efectos de las conclusiones, debemos seguir distinguiendo- tres clases de cláusulas negociales: las conceptuales, las preventivas y las sancionadoras.

(1) La ausencia de un concepto normativo de acoso moral en el ordenamiento jurídico español convierte en especialmente relevantes las cláusulas negociales sobre el concepto de acoso moral, y, acaso conscientes de esa circunstancia, los negociadores colectivos, cuando han decidido regular el acoso moral, han asumido la tarea adicional de conceptuarlo, de ahí que, en la mayoría de los convenios con tratamiento específico del acoso moral, se contengan definiciones que clasificaremos en tres grupos:

1º. Un primer grupo de definiciones construyen un concepto propio del acoso moral frente al acoso sexual y al discriminatorio, con elementos que entroncan con las elaboraciones clínicas, como son los siguientes: la sistematicidad o recurrencia de las conductas, la prolongación temporal de las conductas, la violencia o la hostilidad psicológica, y la intencionalidad destructiva del acosador moral sobre la dignidad de la persona víctima.

2º. Un segundo grupo de definiciones sustituye o complementa las anteriores definiciones con ejemplos de actos de acoso moral.

3º. Un tercer grupo de definiciones utilizan los elementos del acoso sexual o del acoso discriminatorio según la normativa comunitaria. Y nos corresponde alertar sobre este último grupo de definiciones en la medida en que, al difuminar los elementos característicos del acoso moral de conformidad con las elaboraciones clínicas, se corre el riesgo de ampliar excesivamente el concepto con las consiguientes disfunciones tanto desde una perspectiva meramente pedagógica como desde una perspectiva estrictamente jurídica. Desde una perspectiva meramente pedagógica, se difumina la conducta, lo cual dificultará su exacta identificación, con la consecuente inseguridad de los/as trabajadores/as en cuanto a sus derechos. Y desde una perspectiva estrictamente jurídica, se corre el riesgo de abarcar situaciones que no son acoso moral –como el maltrato, la desconsideración, o el ejercicio arbitrario del mando-, lo cual dificultará la aplicación de las medidas preventivas, y, muy especialmente, de las infracciones laborales.

(2) La respuesta negocial preventiva y sancionadora frente al acoso moral ha tomado como modelo la respuesta negocial preventiva y sancionadora frente al acoso sexual. Yendo algo más allá, se podría afirmar, en línea de principio y salvadas matizaciones, que todo lo que se ha dicho en orden al tratamiento negocial del acoso sexual es extensible al tratamiento negocial del acoso moral. Ahora bien, con dos matizaciones que se han extraído del análisis de los convenios colectivos muestreados.

Una primera se refiere a los mecanismos preventivos y es en cuanto a la eficacia que con respecto al acoso moral puede tener el procedimiento informal de solución que es considerado mecanismo preventivo idóneo con respecto al acoso sexual. Tal procedimiento informal de solución puede ser eficaz cuando se trata del acoso sexual y, por extensión, del acoso sexista. Pero en el caso del acoso moral es más dudosa su eficacia directa en cuanto se trata de una conducta perversa. Ahora bien, el procedimiento informal de solución sí es eficaz para resolver conflictos interpersonales en el seno de la empresa, y, en consecuencia, como medida de prevención de riesgos psicosociales, lo cual redundará de manera indirecta en la prevención del acoso moral, que está demostrado surge menos en ambientes de trabajo sin riesgos psicosociales. Por lo tanto, es eficaz no directa sino indirectamente.

Y una segunda matización que se ha extraído del análisis de aquellos convenios colectivos se refiere a los mecanismos sancionadores y es en cuanto a la corrección –que en el caso del acoso sexual y, por extensión, del acoso sexista, es más cuestionable debido a la mayor amplitud de comportamientos que comprende el acoso sexual y, por extensión, el acoso sexista- de sancionar el acoso moral siempre con una sanción muy grave, y tendencialmente con la más grave, que es el despido disciplinario, siempre que, naturalmente, consideremos un concepto estricto de acoso moral, sustentado en los elementos utilizados en las elaboraciones clínicas: la sistematicidad o recurrencia de las conductas, la prolongación temporal de las conductas, la violencia o la hostilidad psicológica, y la intencionalidad destructiva del acosador moral sobre la dignidad de la persona víctima.

11. Cláusulas negociales sobre protección laboral de las trabajadoras víctimas de la violencia de género en la relación de pareja. Los derechos laborales de las trabajadoras víctimas de la violencia de género en la relación de pareja es una materia sin tradición en la práctica

negocial, y cuyo desenvolvimiento ha venido de la mano de la intervención legislativa. Muy poco tiempo para una implantación a fondo de esta como de cualquier otra materia. Y aún así, se ha rastreado una muestra significativa de convenios colectivos con regulaciones en materia de derechos laborales de las trabajadoras víctimas de la violencia de género en la relación de pareja, aunque –salvo uno que es provincial y limitado a reiterar la ley-, son todos los rastreados convenios colectivos de sector estatal o de grandes empresas, lo cual nos demuestra como esos niveles negociales actúan como la locomotora de arrastre de los niveles inferiores.

Dentro de esos convenios colectivos con regulaciones en materia de derechos laborales de las trabajadores víctimas de la violencia de género en la relación de pareja, las cláusulas más usuales son las de mera transmisión de las normas legales, que normalmente se acompañan con otras cláusulas con mayores desarrollos, aunque en algunas ocasiones son las únicas contempladas en el convenio colectivo, lo cual aunque se debe saludar como positivo en cuanto nos demuestra la preocupación de los negociadores, desaprovecha las posibilidades de la negociación colectiva.

Otro grupo de convenios colectivos introduce algunas concreciones significativas de las normas legales, por ejemplo, delimitando los términos del derecho a la reducción o reordenación del tiempo de trabajo, especificando el puesto de destino en el derecho a la movilidad geográfica y al cambio de centro de trabajo, o mejorando a través de una retribución total o parcial el derecho a la suspensión de la relación laboral con reserva de puesta de trabajo, o a las ausencias motivadas por la violencia de género.

Y otro grupo de convenios colectivos –ciertamente más excepcionales- acomete la creación de nuevos derechos: movilidad funcional, licencias sin sueldo, anticipo de vacaciones, apoyo a la víctima o ayuda económica. Incluso se ha rastreado una ampliación significativa del

ámbito subjetivo de protección, extendiéndola a la totalidad de las víctimas mujeres u hombres de violencia doméstica, y no sólo dentro de las relaciones de pareja, ampliándose la protección a la relación de parentesco.

Todo lo cual nos dibuja un paisaje en la negociación colectiva que, sin ser ni muy de lejos el más ideal, sí demuestra una cierta progresión –en especial en convenios colectivos de sector estatal y grandes empresas- en la materia de derechos laborales de las trabajadoras víctimas de la violencia de género en la relación de pareja, que nos permite alcanzar conclusiones esperanzadoras en cuanto a que la negociación colectiva mínimamente cumpla en un plazo no muy largo el importante papel asignado por la ley, y asumido por los agentes sociales, en la lucha contra la violencia de género.

12. Cláusulas generales de igualdad en la negociación colectiva referidas a discriminaciones diferentes a la igualdad por razón de sexo / género. Las cláusulas generales de igualdad en la negociación colectiva referidas a discriminaciones diferentes al sexo / género adolecen de mayor precariedad cuantitativa y cualitativa que las relativas a la discriminación por sexo / género. Precariedad cuantitativa en el sentido de que no son tantos los convenios colectivos que las recogen. Y precariedad cualitativa en el sentido de que su contenido usualmente se limita a declaraciones generales de igualdad sin mayores concreciones. Una precariedad cuantitativa y cualitativa que debe ser objeto, desde una perspectiva general, de la consecuente crítica, aunque, para una mejor apreciación, es conveniente distinguir entre los varios niveles de la negociación colectiva.

Entre los convenios estatales de sector escogidos en la muestra de estudio, no se han podido citar muchos con cláusulas generales de igualdad, tratándose de alrededor de una sexta parte, lo cual incluso contrasta con el porcentaje de convenios colectivos con cláusulas generales de igualdad por

razón de sexo / género, alrededor de un tercio, esto es el doble. Además, los contenidos no son demasiado concretos, limitándose a transcribir normas legales de manera más o menos exacta, y sólo encontrándose un convenio colectivo con una cláusula con vocación de eficacia, al implantar una comisión de igualdad –y no sólo para igualdad por razón de sexo / género-.

Cuando se trata de convenios colectivos de grandes empresas, el panorama cambia moderadamente hacia mejor. De entrada, el porcentaje de convenios colectivos con cláusulas generales de igualdad se incrementa a la mitad de los convenios escogidos en la muestra. Y, además, los contenidos de esas cláusulas son bastante más concretos. Al efecto de comprobarlo, hemos analizado cuatro convenios colectivos: el Grupo Champion, el Grupo Eroski, la Administración General del Estado, y Repsol YPF S.A.

Y cuando se trata de convenios colectivos de sector infraestatal, el porcentaje de convenios colectivos con cláusulas de igualdad se mantiene sustancialmente igual –alrededor de una sexta parte de la muestra- en relación con los convenios colectivos de sector estatal. Ahora bien, desde una perspectiva cualitativa, se aprecia una mayor pobreza de contenidos en la medida en que se limita la cláusula de igualdad a una materia concreta o a una causa de discriminación –usualmente, el sexo-, dando la impresión de despreocupación de los negociadores colectivos cuando la desigualdad se aprecie fuera de esas materias concretas o de esas causas de discriminación.

Ahora bien, y aún siendo criticable esta precariedad cuantitativa y cualitativa de unas cláusulas generales de igualdad dirigidas a comprometer a la negociación colectiva en la tutela antidiscriminatoria y que facilitan el conocimiento de las normas antidiscriminatorias por los agentes sociales, lo más relevante a los efectos de valorar la implicación de los convenios colectivos en el tratamiento del principio de igualdad son las cláusulas concretas relativas a discriminaciones concretas. Hasta este momento, se han analizado las relativas a la discriminación por razón de sexo / género.

Desde este momento, se analizarán las relativas a la discriminación por razón de discapacidad, o de enfermedad, alcoholismo o drogodependencias.

13. La discriminación por motivos de discapacidad. Resulta evidente que el bagaje es sumamente exiguo en cláusulas que atiendan a la integración laboral de las personas discapacitadas y a sus condiciones de trabajo. Y todavía más escaso en la toma en cuenta de la discapacidad como una causa de discriminación que tiene que ser abordada en la negociación colectiva. Sí que debe reconocerse cierta práctica en el establecimiento de cuotas de reserva y en cláusulas sobre movilidad funcional de las personas que hayan sufrido contingencias incapacitantes, en particular de tipo profesional.

Puede justificarse esta situación a causa de lo relativamente novedoso que es el bloque normativo de la discriminación por discapacidad y esperarse un paulatino cambio de la situación en los próximos años. Pero debe reconocerse que acaso haya que atribuirle un importante grado de culpa en el estado actual de las cosas al hecho de que no haya habido un suficiente debate social a la hora de trasponer la Directiva 2000/78/CE, como sí lo hubo, o al menos bastante mayor, en relación con la incorporación de la Directiva 2002/73/CE y con el trámite de aprobación de la LO 3/2007, de 22 marzo. En relación con otras discriminaciones, como la edad o la discapacidad, el Gobierno a la sazón ejerciente prefirió que apenas hubiese siquiera discusión parlamentaria y utilizó el oblicuo recurso a una ley de acompañamiento para hurtarle a la sociedad la necesaria toma de postura al respecto. En resumen, da la impresión de que falta la necesaria sensibilidad e implicación colectiva en la materia.

14. La discriminación por motivos de enfermedad, alcoholismo o drogodependencias. El diccionario de la Real Academia Española define a

la enfermedad como “la alteración más o menos grave de la salud”. Tan amplio concepto, como es de entender, recibe en Derecho del Trabajo múltiples y variados tratamientos, siendo los elaborados en torno a las extinciones contractuales “por enfermedad” los más destacados:

- La enfermedad, sobrevenida, puede restar temporalmente capacidad de trabajo, generando la correspondiente suspensión contractual *ex* artículo 45 del ET –y, en su caso, de reunirse los requisitos para ello establecidos, el acceso a la prestación de Seguridad Social por incapacidad temporal-. Tal enfermedad puede, asimismo, motivar la decisión extintiva empresarial, bien por el absentismo del trabajador en los términos del artículo 52.d) del ET –con la consiguiente calificación de procedencia-, bien como consecuencia de su “ineptitud sobrevenida” *ex* artículo 52.a) del mismo texto legal, bien habida cuenta “el descenso de la capacidad productiva del trabajador”, móvil extintivo no expresamente recogido por la normativa laboral –con la consiguiente calificación de improcedencia-. Incluso, de apreciarse un “elemento de segregación” –particularmente, en el caso de patologías que susciten un especial rechazo social o con un destacado impacto en colectivos definidos por el sexo-, tal extinción “por enfermedad” es susceptible de calificarse como discriminatoria.

- La enfermedad, congénita o adquirida, puede resultar o tornarse definitiva o crónica, generando una irreversible disminución física, psíquica o sensorial del afectado, esto es, su estado de minusvalía, en el grado que corresponda (cuestión distinta es la afectación de la capacidad de trabajo del sujeto, determinante, en el ámbito del Derecho de la Seguridad Social, del reconocimiento del correspondiente grado de incapacidad permanente *ex* artículo 137 y siguientes de la LGSS). El trato peyorativo, por razón de tal minusvalía, resultará en todo caso –en aplicación del artículo 4.2.c) del ET- discriminatorio.

Se apreciará, pues, discriminación por enfermedad, en todo caso, cuando derive en minusvalía y, excepcionalmente, cuando dada la concreta patología de que se trate o su especial impacto en un colectivo definido por el sexo, resulte subsumible en aquellas "condiciones personales o sociales" a que alude el artículo 14 de la CE, por tratarse de "condiciones que históricamente han estado ligadas a formas de opresión o de segregación de determinados grupos de personas o que se excluyen como elementos de diferenciación para asegurar la plena eficacia de los valores constitucionales en que se funda la convivencia en una sociedad democrática y pluralista" (STS de 29 de enero de 2001, Ar 2069).

La discriminación por enfermedad, de modo especial por VIH/SIDA, así como el alcoholismo y la toxicomanía conforman temáticas muy escasamente reguladas por la negociación colectiva. No se observan, en efecto, cláusulas impeditivas de despidos discriminatorios contra personas afectadas de VIH/SIDA y sólo dos de los convenios consultados incluyen protocolos de actuación frente a adicciones. Es más, la práctica totalidad de los textos convencionales analizados sólo contemplan el alcoholismo y la toxicomanía como incumplimientos contractuales graves y culpables desencadenantes del despido disciplinario del trabajador. Los negociadores, con carácter general, omiten pues toda perspectiva preventiva o de salud.

ANEXO DE CONVENIOS COLECTIVOS ANALIZADOS

Convenio Colectivo de limpieza de edificios y locales de la Provincia de Huesca, BOP de 15.4.2005.

Convenio Colectivo de trabajo de las empresas dedicadas a la limpieza de edificios y locales en la Provincia de Cáceres, BOP de 3.5.2005.

XX Convenio Colectivo nacional de autoescuelas, BOE de 24.2.2006.

Convenio Colectivo de ámbito nacional de distribución cinematográfica y sus trabajadores, BOE de 28.3.2006.

Convenio Colectivo nacional taurino, BOE de 15.4.2006.

IV Convenio Colectivo de la Entidad Pública Empresarial Aereopuertos Españoles y Navegación Aérea, BOE de 18.4.2006.

VIII Convenio Colectivo nacional de centros de enseñanza privada de régimen general o enseñanza reglada sin ningún nivel concertado o subvencionado, BOE de 26.4.2006.

Convenio Colectivo de grandes almacenes, BOE de 27.4.2006.

III Convenio Colectivo estatal de gestorías administrativas, BOE de 23.5.2006.

Convenio Colectivo para la actividad del ciclismo profesional, BOE de 6.6.2006.

Convenio Colectivo estatal para la industria fotográfica, BOE de 6.6.2006.

Convenio Colectivo de trabajo del sector pompas fúnebres de la Provincia de Badajoz, DOEx de 27.8.2006.

III Convenio Colectivo sectorial, de ámbito estatal, de las administraciones de loterías, BOE de 19.7.2006.

IV Convenio Colectivo marco estatal de servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal, BOE de 4.8.2006.

II Convenio Colectivo estatal de instalaciones deportivas y gimnasios, BOE de 6.9.2006.

II Convenio Colectivo del balonmano profesional, BOE de 13.9.2006.

Acuerdo estatal del sector del metal, BOE de 4.10.2006.

II Convenio Colectivo único para el personal laboral de la Administración General del Estado, BOE de 14.10.2006.

Convenio Colectivo general de la industria salinera, BOE de 19.10.2006.

XIII Convenio Colectivo de la empresa O.N.C.E. y su personal, BOE de 25.10.2006.

Convenio Colectivo para la industria de las granjas avícolas y otros animales, BOE de 9.11.2006.

Convenio Colectivo estatal de empresas de mensajería, BOE de 12.12.2006.

III Convenio Colectivo sectorial de las cadenas de tiendas de conveniencia, BOE de 12.12.2006.

Convenio Colectivo general de trabajo de la industria textil y de la confección, BOE de 4.1.2007.

III Convenio Colectivo general estatal del corcho, BOE de 9.1.2007.

XII Convenio Colectivo estatal para los centros de educación universitaria e investigación, BOE de 9.1.2007.

II Convenio Colectivo estatal para las empresas de gestión y mediación inmobiliaria, BOE de 13.1.2007.

V Convenio Colectivo de empresas de enseñanza privada sostenidas total o parcialmente con fondos públicos, BOE de 17.1.2007.

VI Convenio Colectivo estatal de elaboradores de productos cocinados para su venta a domicilio, BOE de 17.1.2007.

Convenio Colectivo para el sector de conservas, semiconservas, ahumados, cocidos, secados, elaborados, salazones, aceites y harina de pescado y mariscos, BOE de 3.2.2007.

II Convenio Colectivo de Repsol YPF S.A., BOE de 6.3.2007.

Convenio Colectivo para la actividad de industria de panadería de Ciudad Real, BOP de 13.4.2007.

Convenio Colectivo de trabajo para el sector del cava y vinos espumosos de Cataluña, DOCa de 16.4.2007.

Convenio Colectivo de ámbito estatal de centros de asistencia y educación infantil, BOE de 7.6.2007.

Convenio Colectivo marco estatal de acción e intervención social, BOE de 19.6.2007.

Convenio Colectivo de pirotecnia de la Comunidad Valenciana, DOCV de 3.8.2007.

VI Convenio Colectivo de enseñanza y formación no reglada, BOE de 30.6.2007.

Convenio Colectivo estatal de mantenimiento y conservación de instalaciones acuáticas, BOE de 2.7.2007.

V Convenio Colectivo estatal para los centros de enseñanza de peluquería y estética, de enseñanzas musicales y artes aplicadas y oficios artísticos, BOE de 2.7.2007.

Convenio Colectivo nacional de mataderos de aves y conejos, BOE de 6.7.2007.

I Convenio Colectivo estatal de empresas de reparto sin direccionar, BOE de 17.7.2007.

Convenio Colectivo de ámbito de la Comunidad Autónoma de Galicia para el sector de peluquerías de señoras, caballeros, unisex y belleza, DOGa de 15.6.2007.

XXI Convenio Colectivo de banca, BOE de 16.8.2007.

IV Convenio Colectivo general del sector de la construcción, BOE de 17.8.2007.

Convenio Colectivo de la industria del calzado, BOE de 23.8.2007.

Convenio Colectivo de perfumería y afines, BOE de 23.8.2007.

XV Convenio Colectivo de la industria química, BOE de 29.8.2007.

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 de 31.8.2007.

Convenio Colectivo del sector de harinas panificables y sémolas, BOE de 3.9.2007.

Convenio Colectivo de las ikastolas de Araba, Biskaia y Gipuzkoa, DOPV de 8.10.2007.

Convenio Colectivo marco para los establecimientos financieros de crédito, BOE de 4.9.2007.

Convenio Colectivo del sector de oficinas y despachos de la Provincia de Salamanca, BOP de 6.9.2007.

Convenio Colectivo, de ámbito estatal, para las industrias del arroz, BOE de 12.9.2007.

Convenio Colectivo para el sector de grúas móviles autopropulsadas de la Comunidad Autónoma de Asturias, BOPA de 19.9.2007.

IV Convenio Colectivo general del sector de derivados del cemento, BOE de 18.10.2007.

Convenio Colectivo de ámbito estatal del sector mediación en seguros privados, BOE de 22.10.2007.

Convenio Colectivo para el sector de recuperación de residuos y materias primas secundarias, BOE de 23.10.2007.

Convenio Colectivo de ámbito estatal para las industrias del frío industrial, BOE de 23.10.2007.

VI Convenio Colectivo de colegios mayores universitarios, BOE de 24.10.2007.

Convenio Colectivo del sector del campo de Cádiz, BOP de 24.10.2007.

V Convenio Colectivo estatal del sector de desinfección, desinsectación y desratización, BOE de 7.11.2007.

Convenio Colectivo del sector de industrias de tintorería y limpieza de ropa, lavandería y autoservicios, obradores de planchado a mano y máquina, establecimiento de recepción y entrega al público de la Provincia de Málaga, BOP de 7.11.2007.

Convenio Colectivo estatal para las empresas y trabajadores de transporte de enfermos y accidentados en ambulancia, BOE de 16.11.2007.

Convenio Colectivo de ámbito estatal para las industrias del curtido, correas y cueros industriales y curtición de pieles para peletería, BOE de 30.11.2007.

Convenio Colectivo estatal para las industrias de hormas, tacones, cuñas, pisos y cambrillones de madera y corcho, BOE de 1.12.2007.

III Convenio Colectivo estatal de la madera, BOE de 7.12.2007.

Se ha manejado, además, el Plan de Igualdad del Grupo Banco Santander, firmado el 8.10.2007, con los Sindicatos CCOO, UGT y FITC.