

CATALINA RUIZ-RICO RUIZ

LAS CLÁUSULAS SOCIALES DE IGUALDAD DE GÉNERO EN  
LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA DE ANDALUCÍA



Instituto Andaluz de la Mujer  
**CONSEJERÍA DE IGUALDAD, SALUD Y POLÍTICAS SOCIALES**

**LAS CLÁUSULAS SOCIALES DE IGUALDAD DE GÉNERO EN  
LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA DE ANDALUCÍA**

**Catalina Ruiz-Rico Ruiz**

**INSTITUTO ANDALUZ DE LA MUJER**

**SEVILLA, 2014**

TÍTULO:

Las Cláusulas Sociales de Igualdad de Género en la Negociación Colectiva de Andalucía

AUTORÍA:

Catalina Ruiz-Rico Ruiz  
Profesora Titular de Derecho Constitucional  
Departamento de Derecho Público  
Área de Derecho Constitucional  
Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas  
Universidad de Jaén

EDITA:

Junta de Andalucía  
Consejería de Igualdad, Salud y Políticas Sociales  
Instituto Andaluz de la Mujer

©De la edición: Instituto Andaluz de la Mujer  
1ª ed.

**ISBN 978-84-697-1286-3**

Haz un uso responsable de los recursos. Si decides imprimir todo el documento o parte de él, imprímelo en blanco y negro y a doble cara, considerando cuidadosamente la elección del tipo de papel. Practica la ecoedición.



RECICLABLE



Practica Bookcrossing

## ÍNDICE

I.	BREVE REFERENCIA AL PROCESO METODOLÓGICO.....	5
II.	CUESTIONES PREVIAS.....	6
2.1.	Estado actual de la discriminación por circunstancias familiares y personales .....	7
2.2.	Cuestiones constitucionales en torno al derecho a no ser discriminado por circunstancias familiares y personales .....	12
III.	EL DERECHO A NO SER DISCRIMINADO POR CIRCUNSTANCIAS FAMILIARES Y PERSONALES EN LOS CONVENIOS COLECTIVOS ANDALUCES DESDE UNA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL .....	18
3. 1.	A través de la movilidad geográfica.....	20
3. 2.	En la movilidad funcional.....	24
3.3.	Mediante la flexibilidad de jornada y adaptabilidad de los permisos al trabajador .....	26
3.3.1.	Como derecho derivado de la conciliación de la vida laboral y familiar .....	26
3.3.2.	La elección de turnos como mecanismo de conciliación de la vida laboral y familiar .....	37
3.3.3.	La flexibilización convencional de los permisos y licencias para su adaptación a las circunstancias familiares y personales .....	43
3. 4.	En las vacaciones .....	49
3. 5.	En la previsión del absentismo y pluses .....	61
3. 6.	Por medio de las nuevas tecnologías: teletrabajo .....	64
IV.	CLÁUSULAS DISCRIMINATORIAS Y SU INCONSTITUCIONALIDAD .....	66
4.1.	Tipología de cláusulas discriminatorias .....	67
4.2.	Discriminación de ciertas categorías profesionales .....	76
V.	RESPONSABILIDAD SOCIAL EN LAS EMPRESAS Y ADMINISTRACIÓN DE ANDALUCÍA .....	80
5.1.	Compromiso de la empresa con la conciliación de la vida laboral y familiar como cláusula genérica de responsabilidad social .....	83
5.2.	Protección jurídica a ciertos colectivos con el fin de atenuar la discriminación múltiple .....	85
5.3.	Responsabilidad social en diversos aspectos laborales .....	95
VI.	PLANES DE IGUALDAD EN LAS EMPRESAS Y ADMINISTRACION ANDALUZAS: SU APLICACIÓN PRÁCTICA. ....	157
6.1.	Conclusiones de diagnósticos .....	158
6.2.	Contenido relevante de los Planes de Igualdad .....	162
6.3.	Clausulas innovadoras de los planes de igualdad.....	164
6.4.	Deficiencias de los Planes de Igualdad de empresas andaluzas.....	166
VII.	BREVES CONCLUSIONES SOBRE LOS INFORMES DEL DEFENSOR DEL PUEBLO ANDALUZ RELATIVOS A LA CONCILIACIÓN DE LA VIDA LABORAL, FAMILIAR Y PERSONAL.....	168
ANEXO 1. LA CONCILIACIÓN DE LA VIDA LABORAL Y FAMILIAR ¿DERECHO O PRINCIPIO RECTOR DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS?.....		
		170
ANEXO 2. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA EN TORNO A LA CONCILIACIÓN DE LA VIDA LABORAL, FAMILIAR Y PERSONAL .....		
		187
ANEXO 3. INFORME JURÍDICO SOBRE TITULARIDAD, CONTENIDO Y LÍMITES DEL DERECHO A CONCILIAR.....		
		222
ANEXO 4. ENCUESTAS A TRABAJADORES Y EMPRESARIOS REALIZADAS EN COLABORACIÓN CON LA FEDERACIÓN PROVINCIAL DE COMERCIO DE GRANADA .....		
		282
ANEXO 5. PONENCIA EN EL SEMINARIO “RESPONSABILIDAD SOCIAL: UNA ESTRATEGIA DE PROGRESO ANTE LA CRISIS” (UNIVERSIDAD DE JAÉN, 8 DE JUNIO DE 2012) .....		
		286

## I. BREVE REFERENCIA AL PROCESO METODOLÓGICO.

Este estudio se ha realizado a propósito de un proyecto investigador sobre “Los derechos de conciliación de la vida laboral, familiar y personal en los planes de igualdad y convenios colectivos de Andalucía y su aplicación por las empresas y administración andaluzas”, concedido por el Instituto Andaluz de la Mujer (Consejería de Igualdad y Bienestar Social de la Junta de Andalucía).

La metodología de este proyecto investigador se basó en una previa labor de documentación de los convenios colectivos de las empresas y administración andaluzas, fundamentalmente a través del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales. Aunque la accesibilidad a los planes de igualdad de estas entidades apareció obstaculizada por la confidencialidad que según la Inspección de Trabajo, el propio Instituto Andaluz de la Mujer y las Cámaras de Comercio les confiere la legislación de protección de datos.

Con posterioridad se verificó una selección pormenorizada de los derechos de conciliación, permisos, licencias y excedencias de los convenios colectivos de empresas y entidades públicas andaluzas y las medidas conciliatorias de los planes de igualdad accesibles.

En la fase inicial de este proyecto investigador también se mantuvieron contactos y reuniones con representantes sindicales, en particular responsables de igualdad de sindicatos mayoritarios, para efectuar una primera aproximación a las cláusulas sociales, obteniendo información de elevado interés hasta su finalización.

En una etapa ulterior del proyecto investigador, se ha procedido a la elaboración y difusión de cuestionarios entre entidades del sector público y privado andaluz con objeto de realizar los respectivos estudios de campo en colaboración con las Federaciones

empresariales y de comercio. De este modo se han obtenido resultados indicativos de la aplicación práctica de los derechos de conciliación mediante una muestra de más de quinientos trabajadores y empleados que voluntariamente han contestado al cuestionario.

Paralelamente, se han mantenido reuniones con expertos e instituciones con competencias en la materia y analizado informes de la Fiscalía, del Defensor del Pueblo Andaluz de los últimos años, así como la Jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía sobre cláusulas sociales

## II. CUESTIONES PREVIAS

Para aproximarse a la conciliación de la vida laboral, familiar y personal hay que descender a la realidad social a través de la mayoría de las encuestas en las que más de la mitad de la población activa reconoce tener problemas para compatibilizar el trabajo con las tareas domésticas y el cuidado de hijos y familiares y más de un 90% de los trabajadores considera necesario flexibilizar el horario laboral, que se deteriora la educación de los hijos y un 42% de las mujeres abandonan el trabajo tras nacimiento de hijo).

En particular, las trabajadoras expresan su insatisfacción y su pesimismo en relación a la conciliación puesto que su situación cotidiana no parece haber mejorado ni con la Ley de Igualdad ni con las políticas de igualdad y menos aun con el nivel de corresponsabilidad de los hombres.

Ante este panorama desalentador, cabría cuestionar las razones por las que siendo la conciliación un derecho medular de la igualdad de oportunidades, sin embargo, no constituye una prioridad de los poderes públicos, de las empresas ni tampoco del Derecho, y se ha convertido en una epidemia con la que hay que convivir (o malvivir)

aunque perjudique la salud de los trabajadores y trabajadoras y vulnere la protección de la familia, de los menores y el libre desarrollo de la personalidad.

## 2.1. Estado actual de la discriminación por circunstancias familiares y personales

Entre los derechos de la igualdad, la conciliación de la vida laboral, familiar y personal puede calificarse como un derecho particularmente subdesarrollado, siendo reciente su reconocimiento por el Tribunal Constitucional a través del derecho a no ser discriminado por circunstancias familiares y personales mediante STC de 14 de marzo de 2011.

En particular, la protección jurídica contra la discriminación sexual se ha desarrollado de un modo superior respecto la violencia de género y la discriminación retributiva, que en relación a la conciliación de la vida laboral, familiar y personal. Así el Estatuto de los Trabajadores solo prevé la discriminación sexual como causa de despido y de nulidad de las cláusulas de los convenios colectivos sin que la discriminación por circunstancias familiares y personales se regule explícitamente con los mismos efectos.

Paralelamente, también la conciliación de la vida laboral, familiar y personal se presenta como un derecho subestimado por ramificarse en derechos laborales y administrativos, difuminando su naturaleza originaria como derecho constitucional. En la práctica, los operadores jurídicos como los técnicos en recursos humanos, empresarios, e incluso órganos judiciales parecen ignorar que la concesión o denegación de permisos y licencias comprometen el derecho constitucional de igualdad. Aunque el Tribunal Constitucional ha sostenido que los jueces no pueden ignorar en estos supuestos la dimensión constitucional por los valores e intereses a que responde, como la protección de la familia y de los menores.

El estadio actual de la conciliación de la vida laboral, familiar y personal no superaría en nuestro país una evaluación de impacto de género, pues ha fracasado incluso antes incluso de haberse consolidado como derecho. El hecho de no haberse conseguido rebatir la percepción empresarial de la conciliación como una cuestión privada, perteneciente a la esfera doméstica predominante en la práctica fundamenta esta afirmación, manifestándose mediante los hábitos conciliatorios más frecuentes del recurso a abuelos, vecinos, amigos, en suma, clandestinizando este derecho.

Tampoco desde la aprobación de la Ley 3/2007, para la Igualdad de Trato entre Mujeres y Hombres, el derecho a conciliar la vida laboral, familiar y personal se ha normalizado en la práctica, dentro de los convenios colectivos o mediante acuerdos directos entre empresario y trabajador. Al margen de que los permisos, licencias, excedencias o reducciones de jornada se reducen a circunstancias extraordinarias de la vida del trabajador o trabajadora, como matrimonio, enfermedad o fallecimiento de familiares. Sin embargo, no se ha promovido la transversalidad de la igualdad en la regulación de cuestiones laborales como turnos, vacaciones, absentismo o pluses, introduciendo las circunstancias familiares y personales como un criterio informador y aplicativo en estos aspectos.

De otra parte, la infrautilización de los permisos y licencias por razones subjetivas y económicas, por temor al despido o al mobbing tras la solicitud y ejercicio de los derechos de conciliación, y a conflictos con el empresario y otros trabajadores del entorno, revela consecuencias disuasorias. Especialmente minoritaria resulta la conciliación de la vida laboral, familiar y personal entre el sexo masculino por causas diversas, como que su ejercicio pueda acarrear el riesgo pérdida de la estima por el empresario, sus superiores sueldos y la ausencia de predisposición para corresponsabilizarse en el hogar. La conciliación se ha feminizado debido a su utilización casi

exclusiva por las mujeres aunque con efectos inversos, puesto que el ejercicio de los permisos y licencias para conciliar, implica el riesgo de discriminación femenina al asumir en solitario el doble rol laboral y familiar.

Aunque en realidad priman las razones económicas en base a la penalización que implica el ejercicio de los permisos y licencias en la empresa mediante la privación de derechos laborales y de Seguridad Social. En concreto la pérdida de retribuciones por este motivo, tiende a configurar la conciliación como un derecho de alto standing al que sólo pueden acceder quienes tienen capacidad económica para asumir el coste de su ejercicio o pueden contratar servicio doméstico para facilitar la asunción de funciones laborales y familiares. Al margen de que en un contexto de crisis económica el temor a que la conciliación se entienda como una falta de compromiso con la empresa y pueda derivar en una pérdida del puesto de trabajo, afecta negativamente a su ejercicio. También los conflictos que pueden surgir del uso de derechos conciliatorios y su reenvío a la esfera judicial sin cauces alternativos de mediación determinan un uso anormal de los mismos.

Por último, el modelo de autorregulación impuesto legalmente en el campo de la igualdad de oportunidades ha frustrado las expectativas del derecho a conciliar. En particular, la voluntariedad predominante en los planes de igualdad de las empresas, de su contenido ha dejado al arbitrio privado el derecho de conciliación de la vida laboral, familiar y personal.

Las reformas legales recientes en materia laboral también facilitan la aplicación de medidas de responsabilidad social por las empresas y la administración al comprimirse los derechos laborales y de los empleados públicos. El legislador establece disposiciones que pueden

ser mejoradas a través de la negociación colectiva o decisiones de gestores privados o públicos.

Al respecto, la Resolución de 30 de enero de 2012, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el II Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva pretende la estabilidad en el empleo y que la negociación colectiva promueva la ordenación flexible del tiempo de trabajo y su concreción en la empresa para la mejor adaptación a las necesidades productivas y de los trabajadores. Esta disposición establece que los convenios, especialmente los de empresa, debieran promover la racionalización del horario de trabajo con el objetivo de mejorar la productividad y favorecer la conciliación de la vida laboral y personal. La flexibilidad del tiempo de trabajo debiera ir acompañada de garantías y seguridad para las personas, que le permitan compatibilizar el tiempo de trabajo y de conciliación. Para la aplicación de medidas de mayor flexibilidad deberán existir razones económicas, técnicas, organizativas o de producción que lo justifiquen.

La flexibilidad de la jornada laboral y la conciliación de la vida laboral, familiar y personal en cuanto mejoran el bienestar de los trabajadores y el clima laboral, conforman el campo de aplicación de la Responsabilidad Social. Sin embargo, se reserva al empresario la posibilidad de conjugar estos aspectos con la productividad y razones económicas, técnicas u organizativas. Por lo que el empresario goza de un amplio margen de maniobra para facilitar la flexibilización y conciliación actuando de un modo socialmente responsable ante la ausencia de un deber legal.

De otra parte, la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral regula cuestiones relacionadas con la responsabilidad social. Según el carácter coercitivo o simplemente facultativo previsto en esta regulación, se reduce o amplía el campo

de aplicación de la RS. En concreto, el reconocimiento de un derecho al disfrute de permisos necesarios para concurrir a exámenes, así como a una preferencia a elegir turno de trabajo, si tal es el régimen instaurado en la empresa, implica su subordinación al voluntarismo empresarial como característico de la RS.

En esta línea también la dependencia de ciertos derechos a un pacto mediante negociación colectiva amplía el campo de aplicación de la negociación colectiva. La referida norma modifica el apartado 8 del artículo 34 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores dispone que el trabajador tendrá derecho a adaptar la duración y distribución de la jornada de trabajo para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral en los términos que se establezcan en la negociación colectiva o en el acuerdo a que llegue con el empresario. En realidad, el derecho a conciliar del trabajador permanece a expensas de la determinación empresarial.

De otra parte la regulación laboral únicamente promueve la utilización de la jornada continuada, el horario flexible u otros modos de organización del tiempo de trabajo y de los descansos que permitan la mayor compatibilidad entre el derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral de los trabajadores y la mejora de la productividad en las empresas. Por esta razón, la capacidad y potestad empresarial para facilitar la flexibilidad y la conciliación de la esfera laboral y familiar permanece a expensas de la voluntad empresarial. Su actuación facilitadora de estas materias constituyen actuaciones socialmente responsables.

Particular relevancia a estos efectos manifiesta la nueva redacción dada al artículo 40 del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores sobre movilidad geográfica. Este precepto presenta un aspecto discutible como es la prioridad legal de permanencia en el

puesto de trabajo de los representantes legales de los trabajadores por su posible carácter de privilegio, mientras se confía a la negociación colectiva o a un acuerdo la permanencia de otros colectivos como aquéllos con cargas familiares, de determinada edad o personas con discapacidad. Respecto de estos últimos trabajadores, el empresario o gestor puede adoptar una decisión socialmente responsable como un plus en relación con la legalidad.

Esta normativa laboral también regula colectivos susceptibles de promoción mediante actuaciones socialmente responsables como son aquéllos que de forma estructural o coyuntural, presentan especiales dificultades para el acceso y la permanencia en el empleo, como el de las mujeres víctimas de violencia de género, de las personas con discapacidad, de las personas en situación de exclusión social y de las víctimas del terrorismo.

## 2.2. Cuestiones constitucionales en torno al derecho a no ser discriminado por circunstancias familiares y personales

Entre las cuestiones constitucionales que plantea la conciliación de la vida laboral, familiar y personal destaca su admisión como derecho fundamental y su construcción como derecho individual. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha otorgado carta de naturaleza al derecho fundamental a no ser discriminado por circunstancias familiares y personales, un concepto más amplio que el derecho a conciliar, aunque ateniéndose a su inclusión legal en los convenios colectivos, en la ley o a acuerdos entre empresarios y trabajadores. De modo que sólo se reconocen permisos y licencias tasados y típicos, sin que el trabajador o funcionario pueda reivindicar un derecho a conciliar adaptado a sus individuales circunstancias familiares y personales. La postura del Tribunal Constitucional no se muestra a favor de derechos atípicos de conciliación, y únicamente los considera

exigibles y con un contenido eficaz si presentan una base legal o convencional.

Pero esta posición no resulta coherente con la naturaleza de principio informador del derecho que le atribuye la Ley de Igualdad, lo que debería traducirse en la aplicación del derecho a conciliar por encima de la propia legislación y de la autonomía privada.

A mayor abundamiento, el Tribunal Constitucional reconoce que la conciliación implica intrínsecamente deberes y responsabilidades familiares, razón suficiente para no condicionar este derecho fundamental a su previsión legal o convencional. Al respecto, la STC admite que junto a los intereses patronales concurren otros de rango preferente debido a su origen constitucional, a saber, los que derivan de la obligación de protección de la familia (art. 39.1 CE), teniendo una primacía indiscutible el interés y protección de los hijos menores.

Respecto de la cuestión relativa al carácter individual del derecho de conciliación, aun dista de adquirir tal perfil en la realidad empresarial, dado que suele condicionarse a que el otro progenitor no pueda responsabilizarse familiarmente o denegarse cuando éste no trabaja. La dependencia del derecho a conciliar de la situación laboral del cónyuge, pareja de hecho o conviviente, desvirtúa la naturaleza individual del derecho a conciliar la vida laboral y familiar. En esta línea, la STC 14 de marzo de 2011 fundamenta el reconocimiento del derecho de conciliación en su repercusión negativa sobre la igualdad de oportunidades de la mujer del trabajador. A nivel legal, el Estatuto de los Trabajadores únicamente reconoce la naturaleza individual en los derechos de lactancia y reducción de jornada, y la posibilidad de concreción horaria. Su evolución jurídica habría pues, de desligarse de las circunstancias familiares y personales del titular como las relacionadas con su cónyuge debiendo primar su condición de derecho individual.

Por otra parte, la corresponsabilidad en el ámbito laboral permanece en un estadio embrionario al no reconocerse como derecho en la Ley de Igualdad. Si bien la tendencia judicial y legal a la custodia compartida abre la viabilidad jurídica del derecho a la corresponsabilidad familiar y a que las empresas colaboren con las decisiones de los jueces sobre visitas y cuidado de hijos.

En relación a la titularidad de los derechos de conciliación en la esfera laboral presenta también una vertiente constitucional, planteando no obstante si su reconocimiento debe realizarse atendiendo a los sujetos más discriminados, al deber y el derecho de corresponsabilidad, o al sexo menos representado. En principio, los permisos laborales relacionados con la maternidad presentan una causa biológica que determina la titularidad de la mujer y la consignación femenina del poder de disposición.

Sin embargo, el enfoque de la conciliación al fomento de la corresponsabilidad como prevé la Ley de Igualdad permite extender al sexo masculino la titularidad de los derechos de conciliación para evitar que se discrimine por razones sexuales. Desde la perspectiva de protección constitucional de la familia y de la infancia se impone la prolongación de los derechos laborales de conciliación a ambos progenitores y la aproximación de la duración de los permisos de paternidad y maternidad.

Al respecto, la desigualdad real de las mujeres debe ponderarse y equilibrarse con la necesidad de corresponsabilidad de los hombres incluso en derechos de conciliación con una causa o fundamentación biológica como la maternidad. La igualdad en la titularidad de los derechos de conciliación cuestiona la constitucionalidad del permiso de paternidad con una duración inferior al maternal y el poder de disposición que aun mantienen las mujeres sobre ciertos derechos conciliatorios. De igual modo la incipiente generalización de la

custodia compartida fundamenta un derecho de corresponsabilidad de los hombres en el ámbito laboral y la colaboración de las empresas para la atención por éstos de sus deberes familiares.

Desde un enfoque constitucional, los convenios colectivos andaluces suelen contener cláusulas discriminatorias respecto de las parejas de hecho, imponiéndoles requisitos adicionales como la exigibilidad de un plazo mínimo de convivencia o limitativos impidiendo que puedan usar el permiso “por matrimonio” sólo cada tres años y en relación a las unidades familiares monoparentales. Únicamente el Real Decreto 295/2009 de 6 de marzo, atribuye catorce días más de subsidio por maternidad y familia numerosa, disponiendo una superior protección jurídica a este tipo de unidad familiar.

En relación a los conflictos con otros derechos, la conciliación se enfrenta a las necesidades organizativas de la empresa, dificultándose especialmente su implantación en las pequeñas y medianas empresas. Desde una perspectiva constitucional, las meras incomodidades que pueda ocasionar el trabajador a la empresa por intentar conciliar no pueden justificar una denegación de este derecho. La ponderación del perjuicio empresarial con el derecho de conciliación constituye una labor eminentemente constitucional que supera el plano laboral.

Las previsiones legales para resolver los conflictos entre trabajadores respecto del uso de permisos y licencias también se adentra en el campo constitucional. Los convenios colectivos andaluces que solo permiten conciliar a un porcentaje determinado de trabajadores, sin atender a las circunstancias familiares y personales, o dirimiendo la conflictividad únicamente a través de criterios contrarios como la rotación, la antigüedad, la edad, o la categoría profesional, deben ser objeto de un análisis de su constitucionalidad. Los efectos discriminatorios derivados de la absoluta omisión e inaplicación de

las circunstancias familiares y personales permiten plantear la inconstitucionalidad de los criterios habituales de elección de horarios, turnos, vacaciones, en las empresas y la administración.

Al respecto, el propio Tribunal Constitucional deniega el derecho de conciliación por la alteración de la jornada y del resto de los turnos de los trabajadores afectados, que de forma indirecta, hubieran visto sustancialmente modificadas sus condiciones de trabajo sin causa justificativa. De modo que ni siquiera las circunstancias familiares y personales se consideran por el Alto Tribunal justificación suficiente para que los demás trabajadores deban facilitar la conciliación.

La ausencia de baremación en la atribución de los derechos de conciliación, permisos o licencias o de un orden de prelación entre trabajadores en caso de conflicto o desacuerdo, puede propiciar situaciones discriminatorias.

Por último, las penalizaciones en la normativa laboral y especialmente, de Seguridad Social por el uso y ejercicio de derechos de conciliación deben someterse a un análisis de constitucionalidad por incurrir en el ámbito de la discriminación indirecta. La neutralidad de estas disposiciones, sin embargo, causa un mayor perjuicio a las mujeres como principales usuarias de los derechos de conciliación, con el consiguiente riesgo de discriminación sexual y disuasorio. Al respecto, el Tribunal Constitucional confirma la necesidad de conservar la mejora intrínseca al derecho de conciliar y en los mismos términos la STS de 6 abril 2004 afirma que del disfrute del derecho no puede seguirse para el trabajador perjuicio alguno al estar concebido como una mejora social. En esta línea, la Directiva del Consejo de 2010 reconoce que la experiencia de los Estados miembros ha mostrado que el nivel de ingresos durante el permiso parental es factor que influye en su utilización.

En suma, parece preciso reformar la Ley de Igualdad que se ha mostrado insuficiente para la consolidación del derecho fundamental a conciliar la vida laboral, familiar y personal. A partir de esta modificación legislativa, el Estatuto de los Trabajadores debería introducir en la regulación de sus distintos apartados laborales como criterio jurídico transversal las circunstancias familiares y personales impulsando la discriminación que trae causa de éstas, en los mismos términos que la discriminación por razón de sexo. Las vacaciones, los turnos, los permisos, licencias, excedencias habrían de permeabilizarse a las circunstancias familiares y personales de los trabajadores y trabajadoras para evitar efectos y consecuencias discriminatorias. Pero también ha de introducirse la posibilidad de novar los contratos laborales para la adaptación a las circunstancias familiares y personales y no sólo como en la actualidad por razones técnicas, económicas u organizativas.

Aspectos como la salud laboral en el marco de la negociación colectiva andaluza, no pueden ser ignorados como hasta ahora las enfermedades psicosociales derivadas de la doble asunción de funciones laborales y familiares. Como tampoco los empresarios andaluces pueden excusar el cumplimiento del derecho fundamental a no ser discriminado por circunstancias familiares y personales en base a simples incomodidades organizativas, actuando como límite a la libertad de empresa. La conciliación de la vida laboral, familiar y personal debe llevar a la convicción empresarial de su rentabilidad admitiendo que el presentismo no garantiza la productividad y que la insuficiencia del sistema actual para conciliar, está obligando a la utilización por los trabajadores de vías indirectas a través de bajas u otros subterfugios con un coste público para la Seguridad Social. Se impone la revisión del modelo laboral y su transformación en otro más autoorganizativo y participativo, que proteja a los derechos laborales de igualdad.

### III. EL DERECHO A NO SER DISCRIMINADO POR CIRCUNSTANCIAS FAMILIARES Y PERSONALES EN LOS CONVENIOS COLECTIVOS ANDALUCES DESDE UNA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL

El enfoque constitucional de las medidas de igualdad y conciliación adoptadas por las empresas y entidades andaluzas, implica una perspectiva singular que prevalece incluso sobre consideraciones laborales. La naturaleza y ratio última de los permisos, licencias y excedencias laborales debe reconducirse necesariamente a la esfera constitucional a través del derecho fundamental a la igualdad y a la no discriminación. El análisis constitucional de los convenios colectivos y de los planes de igualdad andaluces determinará las cláusulas discriminatorias y los conflictos que emergen en la aplicación de los derechos de conciliación de la vida laboral, familiar y personal.

La aceptación de la negociación colectiva como fuente del derecho sin exclusión de las disposiciones que rebajan el techo legal, cercenan las facultades de conciliación de los trabajadores, o disponen imperativamente la prioridad absoluta de la libertad empresarial sobre el derecho a conciliar, reclama un planteamiento en términos de inconstitucionalidad.

Por último, se analizará la función de las prácticas igualitarias del sector público y privado andaluz como medidas de responsabilidad social, con especial detenimiento en aquéllas que contribuyen a la corrección de desigualdades y en última instancia, al progreso social de la Comunidad Autónoma.

Desde una aproximación inicial a las medidas igualitarias en los convenios colectivos y planes de igualdad de las empresas andaluzas, destaca su escasa cobertura jurídica limitada a situaciones excepcionales de la esfera familiar y personal (como matrimonio,

hospitalización y fallecimiento de familiares...), sin garantizar una normalización del derecho a conciliar en la vida ordinaria de los trabajadores y empleados.

En este sentido, a pesar de su naturaleza de principio informador del ordenamiento jurídico, el derecho a la igualdad en las empresas se reduce a prever circunstancias extraordinarias que no permiten compatibilizar cotidianamente la esfera laboral con la familiar y personal. Al margen de que aparece compartimentado en los permisos, licencias o excedencias sin transversalidad a otras previsiones negociables de los convenios colectivos.

En particular, el contenido habitual de los convenios y planes de las empresas andaluzas integrado por cuestiones como la movilidad funcional y geográfica, la jornada laboral, los turnos, las vacaciones o los pluses, prescinde de las circunstancias personales y familiares del trabajador o trabajadora, con posibles efectos inconstitucionales. Aunque paralelamente la prioridad de otros criterios típicos de las relaciones laborales como la categoría profesional, edad, antigüedad, sobre las responsabilidades familiares y personales, pueden vulnerar el derecho fundamental a la igualdad

Resulta excepcional en los convenios colectivos andaluces el reconocimiento “deberes relacionados con la conciliación de la vida laboral, familiar y personal”, si bien en ese caso suele restringirse su ámbito aplicativo. En esta línea, destaca el Convenio del Instituto Municipal de Deportes de Córdoba concede permiso al trabajador “por cumplimiento de un deber inexcusable de carácter público o personal y por deberes relacionados con la conciliación de la vida laboral o familiar y sólo podrá concederse cuando se demuestre la imposibilidad de relación de horario no coincidente con la jornada laboral así como la obligación de que el cumplimiento del mismo sea personal e insustituible”.

En los siguientes epígrafes, se desarrollan las cuestiones expuestas tras un estudio detenido de los convenios colectivos andaluces en materia del derecho a la igualdad y a no ser discriminado por circunstancias familiares y personales.

### 3.1. A través de la movilidad geográfica

En los convenios colectivos del sector público y privado andaluz, minoritariamente se incluyen cláusulas que atienden a las circunstancias familiares y personales al regular la movilidad geográfica de los trabajadores y trabajadoras, y siempre de un modo sesgado y excluyente. La negociación colectiva se bifurca entre conferir derechos preferentes a ciertos colectivos para no ser trasladados y los convenios que conceden prioridad a determinados trabajadores a efectos de movilidad geográfica como a las víctimas de violencia de género.

La previsión habitual de las circunstancias familiares en los convenios colectivos aparece limitada a los matrimonios y uniones de hecho, cuando la pareja trabaje en la misma empresa, concediéndoles un derecho preferente a ser trasladado a la misma categoría y nivel si la hubiere. En esta línea, cabe mencionar el convenio colectivo de la empresa pública Deporte Andaluz, SA, cuya cláusula 13 admite que en caso de matrimonios o uniones de hecho en el caso de que ambos miembros de la pareja sean trabajadores, si uno de ellos fuere trasladado a otra localidad el otro tendrá derecho preferente a ser trasladado a la misma siempre que haya algún puesto vacante de su categoría y nivel; y el artículo 12 del Convenio Empresa Pública de Desarrollo Agrario y Pesquero, establece que en caso de matrimonio o uniones de hechos que sean trabajadores de la empresa si uno fuere trasladado tendrá derecho preferente el otro a ser trasladado a la misma; o el convenio Corporación de Medios de Cádiz, SLU, artículo 17, cuando presten sus servicios dos trabajadores que sean matrimonio o pareja de hecho y uno fuese afectado por el traslado,

la empresa procurará trasladar a ambos siempre que las necesidades organizativas y productivas del centro de origen y de destino lo permitan.

No obstante, aunque estos convenios atienden a dicha circunstancia familiar propia del estado civil, no siempre incorporan un derecho preferente y eluden un compromiso de la empresa en base a razones organizativas o productivas, limitándose al supuesto de que los cónyuges o pareja trabajen en la misma empresa y condicionado a que haya vacante.

Excepcionalmente, la conciliación de la vida laboral y familiar se manifiesta mediante la atribución de un derecho preferente al traslado del cónyuge o pareja de hecho. Aunque, en realidad, implicaría una prioridad del estado civil sobre otras circunstancias familiares que podría cuestionarse desde el punto de vista constitucional. El tratamiento desigual de las responsabilidades familiares a nivel de movilidad geográfica parece injustificado, al conferirse protección jurídica únicamente a la reagrupación familiar, ignorando otros motivos familiares graves que podrían influir en la decisión empresarial de traslado. El derecho constitucional a conciliar se incumple sistemáticamente en la regulación colectiva de la movilidad geográfica, al impedirse al trabajador o trabajadora alegar circunstancias familiares justificadas para evitar el traslado, salvo en ciertos Convenios como el de Mercasevilla\_ que permite al trabajador afectado plantear una solicitud escrita (cláusula 12).

También adquiere relevancia constitucional el orden de prelación para efectuar los traslados en los escasos convenios colectivos andaluces que atienden a algunas circunstancias familiares y personales, como el de la Empresa Grupo Hispatec Informática Empresarial SAU manifestando que la empresa trasladará con carácter preferente a los de menor antigüedad en la empresa y

dentro de éstos a los que sufran menor perjuicio atendiendo a los siguientes criterios y prioridades:

- Que hayan sido trasladados forzosamente con anterioridad.
- Minusválidos o dependientes de tratamiento médico que no pueda ser recibido en lugar de destino.
- Número de hijos y edad del trabajador.
- Proximidad geográfica del puesto a cubrir y si son matrimonio o pareja de hecho la empresa intentará trasladar a ambos siempre que lo soliciten y existan vacantes de igual o similar categoría en el centro de trabajo de la localidad a la que vaya a ser trasladado el cónyuge (artículo 48).

En este convenio, sin embargo, se confiere un derecho preferente a los trabajadores con hijos respecto al matrimonio o pareja de hecho, en términos coherentes con los fines primordiales a los que responde la conciliación de la vida laboral y familiar, aunque mantiene un criterio rotatorio secundario para los empleados que hayan sido trasladados forzosamente con anterioridad ( también en la cláusula 51 de este mismo convenio se prevé la rotación por departamentos siempre por razones técnicas, económicas u organizativas).

Este orden de prelación difiere del de otros convenios como el de la Empresa Metropolitana de Abastecimiento y Saneamiento de Aguas de Sevilla, SA, cuya cláusula 31 incorpora en primer lugar a las víctimas de violencia de género que se vean obligadas a trasladarse, a quienes tengan capacidad disminuida, a los que tengan más de cincuenta años, con el traslado a centros más cercanos a domicilio familiar, y en caso de igualdad con estos criterios, a la antigüedad. Se omiten como criterio prioritario las circunstancias y responsabilidades familiares, con el riesgo de efectos discriminatorios por primar la edad y la antigüedad sobre este derecho fundamental

destinado a la protección de los menores y de la familia con rango preferente a aquellos parámetros.

Paradójicamente, pese a los superiores trastornos que la movilidad geográfica puede causar a una familia numerosa, solo algunos convenios como el de la empresa Verificaciones Industriales de Andalucía, S.A, en su artículo 48 permite a los trabajadores “la no aplicación de la movilidad geográfica o cambio sustancial de las condiciones de trabajo frente al colectivo general de trabajadores”. La dependencia del derecho a conciliar respecto de la protección de la familia se manifiesta en este caso limitando la libertad empresarial respecto a la decisión sobre movilidad geográfica de los trabajadores y empleados.

No obstante, aunque la movilidad geográfica en los convenios colectivos apenas se detiene en la problemática de la conciliación de la vida laboral, familiar y personal, excepcionalmente genera un permiso mínimo de estancia en el domicilio por motivos de desplazamiento (cláusula 12 del convenio Empresa Aguas de Lanjarón, concediendo un día si el desplazamiento es superior a quince días). Aunque la igualdad no presenta una dimensión transversal capaz de informar cuestiones laborales como la movilidad geográfica, limitándose exclusivamente a los permisos, licencias, reducciones de jornada o excedencias. El derecho fundamental a no ser discriminado por circunstancias familiares y personales tiende a ser vulnerado al prescindirse de estas últimas como criterio para la atribución de un derecho preferente al trabajador.

Resulta relevante la novedosa participación del trabajador en la decisión sobre movilidad geográfica, permitida en algún convenio mediante solicitud y respetando las necesidades del servicio (convenio de la Empresa Rendelsur, SA)

### 3.2. En la movilidad funcional

Respecto de la movilidad funcional, los convenios colectivos andaluces tampoco muestran interés por integrar las responsabilidades familiares como límite de la libertad empresarial, más allá de los supuestos de riesgos para la maternidad y violencia de género. En esta línea se inscribe el Convenio Colectivo de la Empresa Andaluza de Gestión de Servicios Especializados S.L., para la protección de la maternidad, reconociendo a la trabajadora un derecho a la adaptación de las condiciones de trabajo o en su caso al cambio temporal de puesto de trabajo durante el embarazo para garantizar la protección de la madre y del feto. De un modo excepcional, algún convenio mantiene un compromiso con el derecho a conciliar como el Convenio del Instituto Municipal de Deportes de Córdoba, incorporando criterios para procesos de movilidad basados en cargas familiares (artículo 14).

Sin embargo, desde una perspectiva constitucional, debe plantearse la necesidad de que la negociación colectiva no prescinda de las circunstancias personales y familiares al regular la movilidad funcional, restringiéndola en el sentido del mantenimiento del puesto de trabajo o en su caso, también del cambio del mismo. En la actualidad, salvo los supuestos mencionados, solo las titulaciones académicas permiten limitar la organización empresarial en materia de movilidad funcional (artículo 24 Convenio para personal de radio Chiclana Emisora Municipal; artículo 12 del convenio Empresa Pública Desarrollo Agraria y Pesquero, “la movilidad funcional no tendrá otras limitaciones que las exigidas por titulaciones académicas o profesionales”). Aunque resulta paradójico que sólo circunstancias personales motivadas por estudios del trabajador puedan incidir en la decisión sobre movilidad funcional mientras las responsabilidades familiares ni siquiera se valoren a estos efectos ni tampoco las

enfermedades psicosociales derivadas de la asunción simultánea de la vida laboral y familiar.

A través de la movilidad funcional, se comprueba como constante de los convenios colectivos andaluces la prelación de los derechos profesionales sobre las circunstancias familiares y personales, a pesar del rango preferente asignado a estas últimas por el Tribunal Constitucional. En este sentido, el Convenio Empresa Alarcontrol, S.L. admite que la movilidad funcional se efectuará sin perjuicio de los derechos básicos y profesionales de los trabajadores.

La postura mayoritaria de los convenios colectivos andaluces respecto de la movilidad funcional es pues, ajena a las circunstancias familiares y personales de los trabajadores, aunque en la práctica esta medida puede ser una consecuencia colateral del ejercicio del derecho a conciliar. El Convenio Mercacórdoba, SA, cuyo artículo 29 permite a la dirección efectuar cambios de puestos cuando sean necesarios para la buena marcha del servicio y al objeto de compensar la flexibilidad aportada por aquellos trabajadores susceptibles de realizar tareas de diferente naturaleza, aunque no regula la movilidad funcional derivada del ejercicio de permisos y licencias dentro de la empresa como un mecanismo del empresario capaz de facilitar la conciliación y que debería preverse en los convenios colectivos.

La identificación de determinadas circunstancias familiares y personales como razones objetivas y necesarias para la decisión empresarial sobre movilidad funcional del trabajador o trabajadora aparece en el convenio de la empresa Acosol que atribuye al Comité Permanente de Igualdad la constatación de existencia de causas objetivas por cambio de puesto de trabajo por necesidad de la empresa, considerándolas en el supuesto de trabajadoras

embarazadas y personal con hijos e hijas pequeñas, con las garantías de la ley.

Sin embargo, puede concluirse que los convenios colectivos andaluces no incorporan con carácter transversal la conciliación a la movilidad funcional, ni siquiera en términos generales que impidan la discriminación como el convenio Empresa Eldor España SA, cuyo artículo 16 establece al respecto “sin que en ningún caso pueda producirse discriminación a ningún trabajador por su empleo y antigüedad”, pero sin incluir las circunstancias familiares y personales.

### 3.3. Mediante la flexibilidad de jornada y adaptabilidad de los permisos al trabajador

#### 3.3.1. Como derecho derivado de conciliación de la vida laboral y familiar

La progresiva incorporación del derecho a la adaptación de jornada y de la flexibilidad horaria en los convenios colectivos andaluces implica un avance en la normalización del derecho constitucional a conciliar en las empresas de esta Comunidad Autónoma (convenio empresa Escuela Andaluza de Salud Pública, artículo 26, el personal tendrá derecho a adaptar la duración y distribución de la jornada de trabajo para hacer efectivo su derecho de conciliación, y hasta la aprobación del plan de igualdad este derecho se hará efectivo mediante acuerdo entre persona afectada y la empresa).

El análisis de los convenios colectivos de las empresas públicas y privadas en Andalucía permite confirmar una tendencia a la flexibilización de la jornada laboral atendiendo a las circunstancias familiares y personales (artículo 18 Convenio Instituto Municipal de Deportes de Córdoba, en la elección de jornada se estará a lo dispuesto en ley de conciliación familiar). El derecho a flexibilizar la

jornada laboral por motivos de conciliación comienza a incorporarse aunque de forma condicionada a la petición del trabajador y a las necesidades y autorización empresarial (artículo 26 Convenio de la Empresa Fundación andaluza Fondo de Formación y Empleo, para el establecimiento de la jornada y calendario se atenderá a los siguientes criterios siempre que el normal desarrollo de la actividad lo permita: la conciliación de la vida personal, familiar y laboral; convenio Parcemasa, con motivo de conciliar la vida laboral y familiar para los casos que la ley no lo determine se podrá modificar o reducir la jornada laboral entre un tercio y mitad previa petición del trabajador y conformidad de la empresa y la dirección de recursos humanos, previo informe del director de área, se podrá autorizar dicha solicitud atendiendo las necesidades del servicio y por un periodo mínimo de seis meses, concretando asimismo el horario a desarrollar por la tarde y la realización del horario flexible se realizará por periodos de un año).

Entre las modalidades de flexibilidad horaria en los convenios colectivos andaluces destacan las modificaciones horarias de entrada y salida del trabajo (artículo 34 Convenio Santana Motor y Santana Motor Andalucía, S.A., establece tolerancia de tres minutos al inicio de la jornada transcurrido el cual se considera retraso voluntario, se descuenta del tiempo y se pueden recuperar) o créditos horarios. Ambas posibilidades aparecen en el Convenio de la Empresa Mancomunada del Aljarafe, SA, facilitando un periodo flexible de entrada de treinta minutos si no perjudica el normal desarrollo o funcionamiento de la empresa y un crédito horario de quince horas anuales con autorización jefe del servicio de recurso humanos; o la aceptación voluntaria de horas extraordinarias a discreción de los trabajadores salvo fuerza mayor (convenio Servyguar González, SL). La discrecionalidad del empleado en la asunción de horas extraordinarias sin imposición empresarial responde a la penetración del derecho a conciliar en las relaciones laborales.

Respecto de la variedad consistente en la concesión de bolsas o créditos horarios para asuntos propios o familiares generales o particulares destaca el convenio Proilabal Promoción de Iniciativas Almerienses SL, reconociendo que los trabajadores tendrán derecho a una bolsa horaria de dieciséis horas al año para asistencia a consultas de médicos solicitadas previamente y justificadas; convenio empresa Flexol España, SL las horas extraordinarias quedarán contabilizadas en bolsa horaria personal, y a disposición de cada persona para compensarlas como descansos con autorización previa de su jefe. En relación con la flexibilidad en la entrada y salida con recuperación del tiempo flexibilizado se recoge en el convenio Compañía española de Petróleos, SA, artículo 36, con flexibilidad treinta minutos de retraso debiendo prolongar por el mismo tiempo para así cumplir la jornada establecida; convenio Empresa Municipal de Vivienda Suelo Equipamiento de Sevilla, SA, artículo 18, el trabajador podrá solicitar en virtud de sus circunstancias personales y/o familiares, la reducción de su horario de mañana entre las ocho y las dos o entre la nueve y las tres y las horas restantes deberán prestarse....; convenio Empresa Municipal de Vivienda Suelo Equipamiento de Sevilla SA, artículo 18, el trabajador podrá solicitar en virtud de sus circunstancias personales y/o familiares, la reducción de su horario de mañana entre las ocho y las dos o entre la nueve y las tres y las horas restantes deberán prestarse....; convenio Empresa Provincial de Informática SA EPRINSA 071, se flexibiliza horario de jornada entre siete y media y nueva o desde dos y media y cuatro para la salida, la empresa se compromete a estudiar los casos de trabajadores con hijos en edad no superior a diez años que soliciten que su horario se amplíe hasta las nueve y media para la entrada y hasta las cuatro y media para la salida, siempre y cuando acrediten que la entrada al colegio de sus hijos se produce entre las nueve y media y las necesidades organizativas de la empresa no lo impidan.

La proyección de las circunstancias familiares y personales a la jornada laboral genera un derecho a su flexibilidad que conforma un subderecho de conciliación mediante la modificación o novación de aquélla. En consecuencia, la flexibilización de la jornada laboral supone una cesión del poder organizativo intrínseco a la libertad empresarial y constituye un supuesto excepcional del carácter transversal de la conciliación como principio informador del derecho laboral.

La flexibilización de la jornada laboral en los convenios colectivos andaluces se configura paulatinamente como una facultad del trabajador o trabajadora, y más aun como un derecho laboral no exento de condicionantes. No obstante, la flexibilidad horaria tiende a abstraerse de su causa originaria conciliatoria y a independizarse de las circunstancias familiares y personales como evolución natural, siendo en última instancia los intereses personales del trabajador los que determinen la distribución de la jornada. En este sentido, el artículo 18 del convenio colectivo de la empresa Herederos de José Castilla S.L. permite que opcionalmente y de forma voluntaria, los trabajadores puedan acogerse a una distribución de trabajo semanal en cinco días.

La autonomía del derecho a conciliar respecto de las circunstancias familiares y personales contribuye a liberar al trabajador de la obligación de acreditarlas ante la empresa y de que esta última pueda no considerarlas justificadas para autorizar la flexibilización de jornada. A través de la vía negocial, se está generando un nuevo derecho a conciliar al margen de los permisos y licencias previstos legalmente, aunque la flexibilidad horaria aun permanece influenciada por las mismas circunstancias familiares y personales de los derechos como cuidado de hijos y menores o discapacitados. En particular, el convenio de la empresa Fundación Deportiva Municipal de Málaga, concediendo al empleado por guarda legal de menor de

doce años y cuando lo permita la organización del trabajo del servicio lo permita la parte de la jornada que convenga a sus intereses personales; artículo 19 del convenio colectivo de la Empresa Pública Deporte Andaluz, SA, los trabajadores a su cargo con menores de doce años, la jornada será de nueve y media a dos y como consecuencia de la utilización de flexibilidad horaria fuera necesario cumplimentar la jornada de 35 horas; convenio Vimcorsa, cláusula 25 la empresa podrá establecer un horario flexible y si tienen a cuidado menor de 12 años o anciano o minusvalía podrá optar por horario flexible prestando servicio de ocho horas en jornada de mañana y las dos restantes entre 15 y 18 con autorización de la gerencia; convenio de la Empresa Sociedad de Comunicación Social de Manilva, SA, disponiendo una jornada reducida de veinticinco horas semanales a los trabajadores con hijos o hijas menores de 10 años; Convenio Empresa Fundación General de la Universidad de Málaga, artículo 14, podrán acogerse a jornada reducida los trabajadores que tengan a su cargo hijos menores de 12 años o mayores discapacitados a su cargo, con reducción proporcional de sus retribuciones y a flexibilidad horaria los que tenga hijos menores de 16 años o discapacitados a su cargo; flexibilidad horaria para quienes tengan a su cargo personas mayores o con discapacidad o familiares con enfermedad grave como el convenio de la Empresa Organismo Autónomo Local de Juventud y Deportes de Écija o el convenio Empresa Municipal de la Vivienda y Aparcamientos de Estepona, SL).

La facultad de concreción horaria restringida por ley exclusivamente a la reducción de jornada y a las víctimas de violencia de género, se ha ampliado a través de la negociación colectiva (convenio de la Empresa Gerencia de Urbanismo Excmo. Ayuntamiento de Málaga, en su artículo 11 permite la reducción de la jornada por motivos familiares para cuidado de menor de 10 años, la concreción horaria y determinación del periodo de disfrute por el trabajador en término

de la normativa vigente y preaviso con de quince días). La novación de la relación laboral constituye el instrumento jurídico para articular la modificación horaria, aunque el Estatuto de los Trabajadores en su artículo 41 no incluye las circunstancias familiares y personales sino solo condiciones técnicas, organizativas y económicas. Para la novación convencional del contrato de trabajo, puede atenderse a circunstancias familiares y personales diversas, como el Convenio colectivo de la Empresa Organismo Autónomo Local de Juventud y Deportes de Écija que concede con carácter personal y temporal la modificación del horario en un máximo de dos horas por motivos de conciliación y en los casos de familias monoparentales con hijos, hijas discapacitadas, dos horas de flexibilidad horaria a fin de conciliar; o el convenio Vimcorsa que previa autorización de la empresa y por motivos relacionados con la conciliación concede de forma temporal y por un máximo de dos horas, la modificación del horario fijo.

No obstante, las circunstancias personales pueden ser objeto de un tratamiento preferencial incluso sobre las familiares si solo se prevé la adaptabilidad de la jornada laboral para la realización de cursos o exámenes por el trabajador o trabajadora (convenio Empresa Municipal de la Vivienda de Huelva, SA, reconociendo el derecho a la adaptación de jornada para asistencia a cursos de carácter oficial)

La jornada laboral continúa, sin embargo, supeditada a criterios funcionales de la empresa como la rotación o a las necesidades organizativas de la empresa. La preeminencia de la opción rotativa sobre las circunstancias familiares o personales pretende evitar conflictividad en la empresa, aunque plantea su posible inconstitucionalidad. Esta solución en principio aséptica para evitar conflictos entre trabajadores prescinde del derecho constitucional a conciliar por responsabilidades familiares y personales, y provoca efectos inconstitucionales si pospone a los titulares de este derecho.

En esta línea, puede citarse el convenio de las empresas Herederos de José Castilla S.L. (artículo 28, los descansos semanales serán rotativos); y el convenio Transportes Urbanos de Linares, S.L (cláusula 5, la supresión de los descansos será rotativa entre trabajadores).

También las necesidades organizativas empresariales suelen condicionar el derecho a flexibilizar el horario laboral aunque sin atender a la jurisprudencia sobre este tema, relegando las circunstancias familiares y personales aun cuando no exista imposibilidad, perjuicio para el empresario o repercuta en la productividad . Al respecto, el artículo 12 convenio de la Empresa Mancomunada de Aljarafe permite al inicio jornada laboral un tiempo flexible a la entrada de treinta minutos “sino perjudica funcionamiento de otras actividades”; convenio Empresa Metropolitana de Abastecimiento y Saneamiento de Aguas de Sevilla, SA, cuyo artículo 25 señala que la flexibilidad horaria se extenderá al personal cuya actividad laboral lo permita en función de su régimen de trabajo y organización; o artículo 15 convenio Empresa Gas Natural de Andalucía SA estableciendo expresamente que la flexibilidad de horario no puede menoscabar la funcionalidad del trabajo ni afectar a la productividad en la jornada partida .

Prevalece, en suma, la configuración del derecho a la flexibilidad horaria aunque subordinado a la previa autorización de las empresas, habitualmente a través de sus respectivos departamentos de recursos humanos (artículo 18 convenio Empresa Municipal Vivienda Suelo y Equipamiento de Sevilla, SA , permite la reducción de horario de mañana por circunstancias personales y familiares previa autorización de la dirección de recursos humanos atendiendo a las necesidades del servicio que podrá rechazarla). Esta posición deja el derecho constitucional de conciliación en manos de operadores jurídicos sin criterios de decisión razonables ni objetivos, con el riesgo

de abusos y de vulneración de este derecho. La ponderación entre la libertad organizativa de la empresa y el derecho a conciliar se interpreta y decide por técnicos sin neutralidad, en vez de la intervención de órganos representativos y de la previsión en los convenios de las causas tasadas de denegación al trabajador para limitar el margen de maniobra de aquéllos.

El derecho a conciliar mediante la flexibilización de la jornada laboral en los convenios colectivos atiende ocasionalmente a circunstancias familiares y personales graves que reclaman una protección jurídica superior. En particular, la atención a necesidades especiales como los trabajadores con hijos discapacitados, justifica la flexibilización de la jornada laboral (artículo 26 convenio Empresa Escuela Andaluza de Salud Pública, para conciliar horarios con centros de educación especial y hasta dos horas de flexibilidad horaria que podrán concederse en cualquier momento de la jornada; convenio empresa Pública Hospital de Poniente, artículo 46 flexibilidad horaria de quienes tengan hijos con discapacidad a los cuales ha de garantizarse la flexibilidad horaria para conciliar horarios con los centros de educación especial hasta dos horas de flexibilidad horaria; o la previsión de la flexibilidad horaria en las unidades monoparentales (Convenio empresa Municipal de Saneamientos de Córdoba, SA, artículo 29, por motivos relacionados con conciliación de la vida personal, familiar laboral y en casos de familias monoparentales, se podrá conceder modificación de horario habitual en un máximo de dos horas; convenio de la Empresa Organismo Autónomo Local de Juventud y Deportes de Écija, excepcionalmente se podrá conceder con carácter personal y temporal la modificación del horario fijo en un máximo de dos horas por motivos de conciliación y en los casos de familias monoparentales...)

También los convenios colectivos reflejan el derecho a flexibilidad horaria previsto legalmente para las víctimas de la violencia de

género, aunque solo excepcionalmente agregan un plus de protección jurídica, como el de la Empresa Planificación y Desarrollo Urbanístico de Estepona, SL estableciendo que las víctimas de violencia de género podrían hacer flexible su horario sin mediar solicitud, con la sola comunicación y en caso de discrepancias o dificultades para llevar a cabo dicho horario se procederá a la búsqueda de soluciones atendiendo principio buena fe; y el convenio empresa Promoción y Comunicación Estepona, SL, en los mismos términos que el anterior; el convenio de la empresa Teatro de la Maestranza y Salas del Arenal SA, cuyo artículo 49 atribuye a la mujer maltratada un derecho a reducir su jornada de trabajo con límite de dos horas durante un máximo de un año, sin pérdida retributiva alguna y podrán solicitar a la dirección de la empresa una modificación de su jornada sin pérdida retributiva. Tendrá derecho a permisos retribuidos para acudir a consultas de tratamiento con el psicólogo y a comparecencias judiciales por el tiempo necesario para ello así como a anticipar sus vacaciones).

En sentido diverso, respecto a la posibilidad de que el empresario modifique el horario establecido se reduce considerablemente en proporción inversa a la flexibilidad de jornada para los trabajadores, salvo excepciones y mediante compensación. Al respecto, el artículo 9 del Convenio Colectivo Grupo Hispatec Informática Empresarial SAU, al prever los horarios de verano, fiestas y horarios especiales dispone que deberá comunicarse a los trabajadores con un mes de antelación sin que pueda cambiarse el mismo salvo causa de fuerza mayor y si se produjesen modificaciones con menos de quince días de adelanto sobre el horario mensual y se produjese perjuicio al trabajador se compensará con un periodo de descanso igual a la franja horaria modificada.

De otra parte, la flexibilización horaria para conciliar la vida laboral, familiar y personal contribuye a la viabilidad de la participación de los

trabajadores en las empresas mediante los convenios que atienden a la posibilidad de que éstos formulen peticiones y solicitudes. Así, cabe mencionar el convenio Mercacórdoba, SA, que para facilitar la conciliación de las circunstancias personales de los trabajadores con su jornada de trabajo, admite que los responsables de los servicios siempre que las necesidades de los mismos lo permitan, atenderán las peticiones que en este sentido les planteen los trabajadores y con esta finalidad podrán asimismo utilizar fórmulas de flexibilización de horarios y o de teletrabajo; cláusula cuatro del convenio de la Fundación teatro Villamaría, teniendo en cuenta las sugerencias de los trabajadores para mayor eficacia rendimiento y hacer más compatible la vida laboral y familiar o personal y los cuadrantes de la empresa tendrán carácter indicativo y flexible pudiéndose realizar modificaciones de ampliación o reducción de jornada, en la formulación de horario.

Excepcionalmente, se incorpora como causa de flexibilización horaria el cumplimiento del deber legal del régimen de visitas o de custodia compartida, y en este sentido debe destacarse el convenio de la Empresa Patronato Municipal de Radio y Televisión El Viso de Alcor(Sevilla), facultando a los padres separados que tengan concedido el horario de visitas a sus hijos/as y les coincida con la jornada laboral, siempre que no exista posibilidad de adaptar el mismo por el procedimiento que legalmente corresponda, mediante petición debidamente acreditada, la adaptación del horario de turnos de trabajo a fin de posibilitarles su deber legal. Este derecho-deber se prolonga más allá del derecho a conciliar, ubicándose en el plano del derecho a corresponsabilizar. Considerándose que la admisión de un deber legal y judicial de los trabajadores de cumplir responsabilidades familiares, implica una obligación de las empresas de permitirles la conciliación de la vida laboral, familiar y personal.

Por esta razón, desde la perspectiva del deber de conciliar y de corresponsabilizarse, resulta insostenible la prioridad que la mayoría de convenios colectivos conceden a la antigüedad, a la rotación y a los derechos profesionales sobre las circunstancias familiares y personales del trabajador en la fijación de la jornada laboral. En esta línea el artículo 22 convenio de la Empresa Difusión y Comunicación 2000SL, atiende para la fijación de los horarios de fin de semana a la antigüedad en la empresa, en la categoría y en tercer lugar quedará salvaguardada la preferencia por cuidado de hijos, familiares y la realización de estudios debidamente acreditado. Este orden de prelación puede considerarse inconstitucional en base a la Jurisprudencia ordinaria y constitucional que considera prioritaria la protección de los menores y de la familia.

En última instancia, la permanente actualización de la jornada laboral a las necesidades continuas del trabajador se deja entrever aisladamente en el convenio colectivo de la Sociedad Provincial de Informática de Sevilla, SA, al permitir al trabajador elegir la flexibilidad de jornada que convenga a sus intereses con carácter mensual y de forma previa a la misma y prevé una comisión de seguimiento para casos de especial dificultad en la aplicación de la jornada flexible.

En caso de conflicto para la distribución de la jornada, algunos convenios atribuyen a la comisión paritaria la resolución de la jornada y horarios de trabajo de todo el personal (artículo 27 convenio Empresa Municipal de la Vivienda de Huelva, SA). Incluso se prevé la constitución de la Comisión Paritaria “a fin de conciliar la vida laboral, familiar y personal para determinar la viabilidad de implantar el horario flexible en función de las características de los distintos puestos de trabajo siempre que no se perjudique el normal funcionamiento de los servicios (Convenio Consorcio Parque de las Ciencias; Convenio empresa Pública Gestión de Programas Culturales,

se estudiará por la Comisión Paritaria las situaciones particulares especiales que puedan plantearse especialmente las relacionadas con el cuidado de hijos menores de doce años y de familiares de tercera edad y también para cuidado de familiar y adopciones internacionales: podrán estudiarse por la comisión paritaria y para la concesión de permisos especiales no retribuidos).

La tendencia descausalizadora de la flexibilidad horaria se manifiesta a través de los convenios colectivos que han prescindido de las circunstancias familiares y personales para su reconocimiento a los trabajadores y trabajadoras, considerando suficiente la petición del trabajador sin necesidad de acreditar los motivos de su solicitud (artículo 17 del Convenio del Instituto Municipal de gestión Medioambiental jardín Botánico de Córdoba, “en los supuestos en que el servicio lo permita y a petición del trabajador, éste podrá acogerse a modificación horaria”; Convenio Instituto Municipal de Deportes de Córdoba disponiendo que por necesidad del servicio cuando lo permita y a la necesidad del trabajador se podrá acoger a un horario flexible que se solicitará a gerencia y habrá de continuar en esa situación al menos un mes y no da derecho a la percepción del complemento de jornada partida ni al de seis días).

### 3.3.2. La elección de turnos como mecanismo de conciliación de la vida laboral y familiar

La flexibilización de la jornada laboral para facilitar la conciliación de la vida laboral, familiar y personal puede realizarse mediante la participación de los trabajadores en el sistema de turnos y la cesión de parte de la capacidad organizativa empresarial. En los convenios colectivos andaluces se observa una tendencia proclive a la individualización y personalización de los turnos, configurándose como un derecho convencional de conciliación. El reconocimiento de la facultad de concreción horaria a través de la jurisprudencia ha

derivado en la atribución a los trabajadores de la posibilidad de elección de turnos en la negociación colectiva (convenio mancomunidad sierra minera cláusula 19, la concreción del horario y el periodo de disfrute de permisos corresponderá al trabajador).

El avance jurisprudencial en la concreción horaria dentro de la reducción de jornada se ha prolongado a la elección de turnos con carácter general (Convenio para la Gestión del Servicio de Atención de día Infantil y Juvenil de Jerez de la Frontera, la concreción horaria corresponderá al trabajador y con sistema de trabajo a turnos que reduzcan su jornada tendrán derecho a elección de turno y a la concreción de horario dentro del turno elegido). Se ha desarrollado convencionalmente un derecho preferente a la elección de turno para conciliar el trabajo y la vida familiar y personal, en los términos del convenio de la Empresa Municipal de la Vivienda y Aparcamientos de Estepona, S.L., disponiendo que la trabajadora que tenga a su cargo menor de 12 años, tendrá derecho preferente a elección del turno atendiendo a la conciliación de la vida familiar y laboral (artículo 29).

No obstante, la progresiva implantación de la elección de turnos por los trabajadores tiende a proyectarse no sólo a la jornada laboral, sino también a las vacaciones, y otros permisos. En este sentido, destaca el convenio Compañía de Bebidas Pepsico S.L., vacaciones por turnos rotatorios, disponiendo que la distribución de personal y turnos de vacaciones siga un criterio razonable sin que suponga distorsión grave a los procesos productivo (artículo 16); el convenio de la empresa Verificaciones Industriales de Andalucía SA, disponiendo que los trabajadores y trabajadoras con sistema de trabajo a turnos que reduzcan jornada por motivos familiares tendrán derecho a la elección de turno y a la concreción del horario dentro del turno elegido; convenio de la Empresa Promoción y Comunicación Estepona SL, la trabajadora con cargo de menor de

doce años, tendrá un derecho preferente a elección de turno atendiendo la conciliación de la vida laboral y familiar reducida  $\frac{1}{2}$  o  $\frac{1}{4}$  con menores de doce años cuidado de familiares a cargo por razones de enfermedad, accidente y derecho a reincorporación; convenio empresa RTVA Andaluza Canal Sur Radio SA y Canal, artículo 33, se podrá beneficiar de turno más favorable para cuidado de hijo menor de seis años y la agencia pública empresarial podrá adscribir al trabajador a un turno más favorable al objeto de que presten cuidados a familiares, enfermos que convivan con el trabajador, necesiten asistencia permanente y no tengan otros medios de auxilio.

Paralelamente, ciertas empresas andaluzas optan por el cambio de turnos inter partes, de un modo privado entre trabajadores, concediéndoles libertad para cambiar de turno a compañeros de otro grupo, en vacaciones y otros permisos (artículo 8 convenio Empresa Matarile, SA; convenio de la empresa Mantenimiento y Servicios, SL, cláusula 21, la empresa respetará los cambios de turnos que se pacten entre el personal siempre que queden atendidos los servicios y con 24 horas de antelación; convenio Empresa Gestión Integral del Agua Costa de Huelva, SA, a la permuta de turnos deben acceder los mandos salvo razones realmente justificadas; convenio Residencia Geriátrica Ciudad El Ejido, artículo 30, la empresa facilitará en la medida de lo posible cambios de turnos a trabajadores para acompañamiento a consulta médica de familiares menores o dependientes hasta primer grado de consanguinidad y se tendrán en cuenta los acuerdos entre trabajadores comunicados a la empresa).

Sin embargo, el cambio de turno por motivos de conciliación de la vida laboral, familiar y personal no aparece normalizado en las empresas andaluzas sino reducida esta posibilidad a circunstancias extraordinarias (convenio Empresa Autopista del Sol CESA, cláusula 13, por circunstancias excepcionales el personal entre sí podrá solicitar cambio de turno con diez días de antelación ) y también

urgentes (Convenio Autobuses de Córdoba SAM AUCORSA, artículo 21, la flexibilidad los trabajadores para cambiar turnos entre sí siempre que se demuestre que es urgente).

El derecho a cambio de turno también se reconoce para circunstancias personales como la realización de estudios por el trabajador en determinados convenios, mientras paradójicamente no se atiende a responsabilidades familiares (convenio Sodefesa SA, cláusula 66, jornada derecho a adaptación de jornada para asistencia de cursos de perfeccionamiento con reserva de puesto y tendrá preferencia a elegir turno de trabajo si cursa estudios en centro de enseñanza oficial o cursos de formación; Convenio Empresa Municipal de Vivienda de Huelva SA, artículo 27, se tendrá derecho a la adaptación de la jornada de trabajo para la asistencia a cursos de carácter oficial y cursos de formación sindical; convenio colectivo personal laboral del Consorcio Escuela de Hostelería de Cádiz, la empresa reconoce el derecho de los trabajadores a escoger turno cuando se curse con regularidad estudios para la obtención de un título académico o profesional, esta elección deberá respetar el prioritario derecho de la mujer embarazada en caso de riesgos por embarazo).

El derecho preferente a elección de turnos por estudios o cursos se consolida como causa de conciliación por circunstancias personales en la negociación colectiva, aunque como comprobaremos tiende a propagarse a las vacaciones, excedencias, permisos por asuntos propios (convenio Aguas del Torcal, SA, artículo 12, derecho a elegir turno quienes se encuentren cursando con regularidad estudios para título académico o profesional; convenio Diario Jaén SA, artículo 23, preferencia para elegir turno de trabajo los trabajadores que realicen cursos de título académico o profesional; convenio Sodefesa SA, derecho a adaptación de jornada para asistencia de cursos de perfeccionamiento con reserva de puesto y tendrá preferencia a

elegir turno de trabajo si cursa estudios en centro de enseñanza oficial o cursos de formación; convenio Empresa Pública Hospital Alto Guadalquivir, preferencia para elección de turno si se cursan con regularidad estudios para la obtención de título académico o profesional).

Se ramifica el derecho a conciliar la vida laboral, familiar y personal en el subderecho a elección de turnos como derecho preferente aunque permanece sin resolver en los convenios colectivos su confluencia con otros derechos de conciliación. Así se refleja en el convenio Empresa Fundación Pública Municipal Teatro Cervantes, que tras reconocer en su artículo 10 que el trabajador siempre que no cause grave detrimento al servicio tendrá derecho a elegir turno de trabajo cuando curse con regularidad estudios para título académico, también admite que la fundación adecuará a turno de día a los trabajadores y trabajadoras mayores de cincuenta años y los matrimonios y parejas de hecho que acrediten dicha situación tendrán derecho de elegir turno de trabajo y grupos de descanso siempre que sea compatible con las necesidades del servicio.

A propósito de esta causa de conciliación, puede plantearse la colisión entre derechos preferentes por circunstancias familiares y personales si la empresa no puede atender simultáneamente a los trabajadores que soliciten los permisos. Si bien los convenios andaluces no suele prever los conflictos entre titulares del derecho a conciliar, salvo en este caso el convenio Empresa Consorcio Escuela del Mármol de Fines en su artículo 33, admitiendo el derecho de los trabajadores a escoger turno o a adaptar su jornada de trabajo cuando se curse con regularidad estudios para la obtención de título académicos, si bien deberá respetar el derecho prioritario de mujer embarazada en caso de riesgo por embarazo y no fraudulentamente. Se incorpora de este modo un derecho preferente y además prioritario de la maternidad sobre los estudios, pero no se aborda si

las responsabilidades familiares también deberían anteponerse sobre ésta y otras circunstancias personales de los trabajadores.

Pero la negociación colectiva no suele incorporar un orden de prioridad y menos aun la baremación de las circunstancias que justifican la posibilidad de modificación de los turnos. En el caso anterior, se concede el derecho a conciliar mediante el cambio de turnos a quienes cursen estudios, a los matrimonios o parejas de hecho y a los mayores de cincuenta años, pero no se determina cuáles de estas circunstancias personales y familiares deben prevalecer si confluyen simultáneamente y por razones organizativas de la empresa no es posible atenderlas.

Excepcionalmente, la concurrencia de varios titulares del derecho a conciliar por motivos personales y familiares se resuelve por algunos convenios colectivos como el de la Empresa Fundación Deportiva Municipal de Málaga estableciendo que “el empleado que no cause grave detrimento al servicio tendrá derecho a elegir turno y si hay varios, el orden de prioridad sería embarazadas, mayores de 50 años, trabajadores con hijos menores de cinco años, así como motivos familiares justificados y estudiantes para la obtención del título académico durante periodo lectivo (artículo 10). En términos similares, el convenio\_Consorcio Escuela de Hostelería Hacienda Laguna afirma que la empresa reconoce el derecho de los trabajadores a escoger turno cuando se curse con regularidad estudios para la obtención de un título académico y esta elección deberá respetar el prioritario derecho de la mujer embarazada en caso de riesgos por embarazo y no deberá ser utilizado fraudulentamente, para lo que la dirección podrá exigir partes de asistencia a cursos o pruebas que demuestren el aprovechamiento real del mismo (artículo 31).

Sin embargo, esta prelación podría ser discutible desde una óptica constitucional por no incluir a las víctimas de violencia de género o anteponer la edad sobre las circunstancias familiares. En cualquier caso, como se comprueba a través de este convenio, la aplicación del derecho a la igualdad en la realidad puede propiciar un trato preferencial de determinadas circunstancias familiares o personales en detrimento de otras, incurriendo en alguna modalidad de discriminación (por edad, o estado civil). El derecho laboral se muestra insuficiente para resolver cuestiones intrínsecamente constitucionales derivadas del derecho antidiscriminatorio y de las prioridades entre titulares del derecho a conciliar cuando entran en juego intereses y bienes protegidos por la Constitución como la familia y los menores.

### 3.3.3. La flexibilización convencional de los permisos y licencias para su adaptación a las circunstancias familiares y personales

La proyección del criterio de flexibilidad empresarial y su autonomía respecto de las circunstancias familiares y personales, ha influido en el reconocimiento de permisos y licencias genéricos, o en la relajación de los requisitos exigidos en los derechos de conciliación previstos en el ET, mejorando la adaptación individual a los trabajadores.

Entre las cláusulas que refuerzan la flexibilización de los derechos laborales en orden a una conciliación más eficaz de la vida laboral, familiar y personal, destacan las que incorporan permisos, licencias, excedencias atípicas no previstas en la legalidad vigente, como el convenio Empresa Fundación General de la Universidad de Málaga, reconociendo una excedencia para promover la conciliación entre la vida familiar y laboral no superior a cuatro años con derecho a reserva de puesto durante el primer año (artículo 22); convenio de la Empresa Municipal Vivienda Suelo y equipamiento de Sevilla, SA,

permitiendo al trabajador solicitar en virtud de sus circunstancias personales y familiares la reducción de horario de mañana con autorización de la dirección de recursos humanos atendiendo a las necesidades del servicio; convenio empresa Gas Natural de Andalucía, SA, derecho de excedencia por máximo de cinco años al trabajador con antigüedad de dos años en la empresa para ampliación o terminación de estudios y por causas familiares y no será computable a ningún efecto y con antelación la petición de reingreso (artículo 45).

Otros convenios colectivos permiten al trabajador disfrutar los permisos con anterioridad o posterioridad al tiempo concedido como el de la empresa Parcemasa, cuyo artículo 12.3 atribuye al empresario la posibilidad de conceder permisos especiales sin retribución por un tiempo máximo de un año, con reserva de puesto de trabajo y sin pérdida de antigüedad en circunstancias familiares o de otro tipo que así lo aconsejen, de común acuerdo con el trabajador. Se incorporan así, derechos de conciliación abiertos sin concreción de causas motivadoras, que confieren cobertura jurídica a circunstancias familiares y personales no previstas por los permisos o licencias del ET (convenio Flexol España, SL, establece en el artículo 27 un permiso recuperable, avisando con suficiente antelación y justificándolo podrá ausentarse del trabajo con derecho a remuneración y con deber de recuperación por asuntos propios de inaplazable necesidad).

También la profundización en la adaptación de los permisos y licencias a las necesidades individuales de los trabajadores se pretende por algunos convenios colectivos mediante la discrecionalidad en su disfrute, con antelación incluso al hecho o evento que los justifica. En esta línea, cabe citar el convenio Campo de Golf de Almenara y La Reserva, confiriendo la facultad de comenzar el disfrute del permiso por matrimonio una semana antes

de su celebración (artículo 7), o el artículo 32 convenio Empresa Sevilla Rural Turismo de la Provincia de Sevilla SA, respecto del permiso por adopción internacional, facultando a que se inicie hasta cuatro semanas antes de la resolución por la que se constituye la adopción.

Paralelamente, los permisos o licencias por asuntos propios y las excedencias voluntarias, configurados sin carácter excesivamente tasado, sino abierto y general favorecen el ejercicio del derecho constitucional de conciliación por los trabajadores (artículo 24 convenio Cementerios y Servicios Funerarios Municipales de Córdoba, excedencia voluntaria por exigencias familiares de carácter ineludible u otra causa análoga debidamente acreditada por el trabajador por cuatro meses y cinco años máximo; Convenio Empresa Consorcio Orquesta Ciudad de Málaga, la situación de excedencia podrá extenderse a otros supuesto acordados por la Comisión de seguimiento del convenio con el régimen y efectos que allí se prevean).

Aunque el recurso a esta modalidad adolece de consecuencias negativas en detrimento del trabajador obligándole a utilizar un permiso indefinido para circunstancias familiares y personales que deberían o podrían haberse previsto concretamente en el convenio colectivo. Al margen de la conversión de la licencia por asuntos propios en un cajón de sastre para incorporar causas de conciliación imprevistas, que obligan al trabajador a utilizar esta vía indirecta y genérica. Los frecuentes condicionantes al ejercicio de las licencias por asuntos propios, las penalizaciones que suelen conllevar, privando al trabajador de derechos laborales, menoscaban el derecho de conciliación.

Tampoco dentro de los permisos por asuntos propios o de las excedencias voluntarias presentan un denominador común pues los

convenios se diversifican entre los que prescinden de cualesquiera requisitos o móviles conciliatorios y los que exigen unas circunstancias familiares y personales que justifiquen su ejercicio. Entre los primeros, cabe mencionar el convenio Empresa Sevilla Rural Turismo de la Provincia Sevilla, S.A., que concede al trabajador una licencia por motivos particulares y a su instancia de hasta cinco años.

Respecto de los convenios que recogen excedencias o permisos basados en móviles de conciliación de la vida laboral, familiar y personal, destacan los que se fundamentan en “exigencias familiares de carácter ineludible u otra causa análoga (artículo 38 convenio Empresa Municipal de Saneamientos de Córdoba, artículo 24 convenio Cementerios y Servicios Funerarios Municipales de Córdoba); o regulan excedencias atípicas por agrupación familiar (convenio de la Empresa Patronato del real Alcázar de Sevilla, con una duración mínima de dos años y máxima de quince, sin computar a efectos de trienio, derechos pasivo ni devengar retribuciones); o para ampliación o terminación de estudios y por causas familiares y no será computable a ningún efecto y con antelación la petición de reingreso (convenio empresa Gas Natural de Andalucía, SA, artículo 45 y convenio empresa Edicosma, para terminación de estudios, exigencias familiares y otras análogas).

El fundamento jurídico de estas excedencias o permisos por asuntos propios también suele atender a deberes privados y personales de carácter inexcusable, incluyendo supuestos de auténtica necesidad del trabajador o fuerza mayor. Sin embargo, a pesar de responder a circunstancias personales y familiares ineludibles suelen penalizarse o condicionarse en los convenios colectivos, afectando y restringiendo el ejercicio del derecho de conciliación. En efecto, tras la concesión de permisos por asuntos propios, en el fondo subyace la posibilidad de conciliar por causas no previstas en la legalidad ni en la negociación colectiva, por imprevistos personales y familiares,

equiparables a los deberes inexcusables públicos y personales aunque pertenezcan a la esfera privada de los trabajadores. Desde un punto de vista constitucional, cabría plantear si es legítimo un tratamiento diversificado de los deberes del trabajador según sean públicos o privados, o de la fuerza mayor en uno y otro ámbito.

Ahora bien, en algunos convenios colectivos andaluces se conceden licencias para hechos familiares o personales inexcusables como el convenio Deza Calidad, S.A., para atender a “asuntos propios que no admitan demora demostrada la ineludible necesidad (convenio Deza Calidad, SA). También en estas licencias abiertas o indeterminadas se incluyen imprevistos sucedidos al trabajador o hechos de difícil predicción (artículo 39 convenio Sevilla Global, SA), similares al caso fortuito o a la fuerza mayor.

Sin embargo, a pesar de que en la mayoría de los permisos o licencias por asuntos propios se infiere causas de conciliación basada en deberes familiares y personales inexcusables, los convenios colectivos restringen el ejercicio de este derecho constitucional condicionándolo a la organización de la empresa, impidiendo su acumulación a las vacaciones, o limitando su plazo sin concederlos por el tiempo imprescindible, a diferencia de los deberes públicos y personales inexcusables. Excepcionalmente, algún convenio dispone que “en casos extraordinarios y debidamente acreditados, las licencias que se soliciten por otros asuntos personales y urgentes podrán otorgarse por el tiempo que sea preciso, sin percibo de haberes (artículo 14 convenio Empresa Sociedad Planificación y Desarrollo SOPDE SA)

No obstante, aunque estos permisos o licencias suelen dejar un margen de superior maniobrabilidad al trabajador o trabajadora para distribuirlos a su conveniencia, se requiere con frecuencia la autorización previa de la empresa salvo en los casos de difícil

predicción en que es suficiente la comunicación a la dirección de la misma o al departamento de recursos humanos (artículo 39 convenio Sevilla Global S.A, que permite solicitar la alteración de los días de licencia a fecha distinta si la contingencia se prolonga por más tiempo del número de días de permiso retribuido)

En nuestra opinión, estos condicionantes restrictivos del ejercicio del derecho constitucional a conciliar la vida laboral, familiar y personal que penalizan además por el cumplimiento de deberes familiares y privados, incluso sin retribución, deben someterse a un juicio de constitucionalidad. De igual modo, la subordinación del derecho a la autorización de la empresa puede cuestionarse desde un punto de vista constitucional, pues el derecho de conciliación no puede permanecer a expensas de la libertad empresarial en los supuestos reconocidos legalmente o por convenio colectivo. El convenio empresa Donut Corporation Málaga afirma que el trabajador no puede usar el permiso hasta que no obtenga autorización, y en términos similares el convenio de la empresa Frutas Hermanos Muñoz, SL señala que la concesión de licencias corresponde al empresario o persona en quien delegue y al jefe inmediato del solicitante.

Pero la conciliación de la vida laboral, familiar y personal en sus múltiples variantes no puede considerarse una concesión del empresario sino un derecho legítimo constitucional, por lo que su ejercicio no debe condicionarse a la aprobación previa empresarial. La discrecionalidad de la empresa en la concesión de estos permisos, y en la apreciación de los requisitos y su retribución, incluso en situaciones inexcusables, resulta discutible por el control unilateral ejercido sobre el derecho constitucional a conciliar la vida laboral y familiar (Convenio Jesytel, SA, en casos excepcionales y a discreción de la empresa se podrá ampliar la duración de esos; convenio Corporación de Medios de Andalucía, SA, la dirección podrá otorgar

otros permisos por el tiempo que sea necesario según las circunstancias reservándose la dirección el derecho de abonar o no los salarios; convenio Patronato Municipal Socio-cultural y de Educación de Ronda, artículo 8, al establecer que por uso de más de ocho días de asuntos particulares al año se deducirán un cinco por ciento y por uso de más de dos permisos de tres días y por licencia de odontólogo y otros servicios se deducirá un 10%).

Excepcionalmente, algún convenio como el de la empresa Municipal de Saneamientos de Córdoba, artículo 38, dispone que la excedencia voluntaria deberá despacharse favorablemente por la empresa cuando se fundamente en exigencias familiares de carácter ineludible y otra causa análoga debidamente acreditada y por ampliación o terminación de estudios y facilitará a sus trabajadores y familiares que convivan con el mismo la asistencia a cuantas actividades de carácter social impulsen la convivencia entre los mismos

Algún convenio colectivo andaluz atribuye un permiso por asuntos propios basado en la antigüedad, premiando este criterio sin una licencia paralela por circunstancias familiares o personales (disposición adicional tercera convenio Empresa RTVA Radio, Radio TV Andaluza, Canal Sur Radio SA y Canal Sur TV ...los trabajadores con antigüedad de más de diez años, un día de permiso retribuido adicional como día de asuntos propios y con más de quince de años de antigüedad, octavo día de permiso retribuidos).

#### 3.4. En las vacaciones

Al margen de permisos específicos que previenen eventos o hechos aislados familiares y personales, la conciliación de la vida laboral, familiar y personal no ha logrado infiltrarse como derecho laboral ni menos aun constitucional en otros apartados de los convenios colectivos como las vacaciones de los trabajadores y empleados.

El derecho a conciliar la esfera laboral, familiar y personal carece prácticamente de transversalidad en el ámbito laboral, pese a su indiscutible naturaleza de principio informador del ordenamiento jurídico conforme a la Ley de Igualdad. De modo que las circunstancias familiares y personales de los trabajadores apenas se toman en consideración por la negociación colectiva al margen de los permisos y licencias tasados legalmente.

El desarrollo de la conciliación en materia de vacaciones permanece en un estadio embrionario no solo por no ignorarse las circunstancias familiares y personales en la atribución del periodo vacacional por la empresa, sino en la determinación de las prioridades entre trabajadores o en las causas que interrumpen su disfrute sin que afecten negativamente al trabajador.

Excepcionalmente, las vacaciones se configuran en los convenios colectivos andaluces con la finalidad de conciliar la vida laboral, familiar y personal. En esta línea se inscriben el convenio del Instituto Municipal de Gestión Medioambiental Jardín Botánico de Córdoba al configurar las “vacaciones como medida de apoyo a la conciliación de la vida laboral y familiar a solicitud del trabajador y si la organización del trabajo lo permitiera la empresa podrá autorizar el disfrute de hasta tres días laborables sueltos de vacaciones; o el convenio de la Empresa Municipal de Servicios Vivienda Infraestructura y Promoción de Vélez-Málaga SA 2010-2012, al regular la suspensión de las vacaciones por accidente o enfermedad y la reincorporación, establece que la comisión paritaria puede conceder discrecionalmente licencias para posibilitar descanso efectivo de quienes dentro de periodo de vacaciones sufrieron ingreso hospitalario o probada inmovilización; Convenio de la Empresa transportes Generales Comes SA (artículo 18, con objeto de facilitar la conciliación se pacta que las vacaciones se disfrutarán entre marzo a octubre en dos periodos quincenales, al menos uno estará

comprendido entre junio a septiembre; por acuerdo de la empresa con un trabajador o con grupo homogéneo de trabajadores podrá establecerse una forma de disfrute de vacaciones diferente a la pactada como norma general)

Pero en este apartado vacacional se manifiesta el desigual tratamiento de las distintas causas conciliatorias, primando la maternidad sobre otras circunstancias familiares y personales. Así se manifiesta en la suspensión de las vacaciones, pues mientras la maternidad suele producir esta consecuencia, no sucede lo mismo con otras circunstancias familiares y personales. En este sentido, el artículo 37 del convenio Corporación de Medios de Andalucía, SA, dispone que la baja por incapacidad transitoria no suspende vacaciones; Convenio Residencia Geriátrica Ciudad El Ejido, al afirmar que la incapacidad transitoria no interrumpe el disfrute del periodo de vacaciones ni genera derecho a reprogramarlas salvo maternidad o riesgo durante el embarazo y si coincide con incapacidad transitoria embarazo, parto, lactancia derecho a disfrutar de vacaciones en fecha distinta. En realidad, esta posición implica una penalización del trabajador con pérdida de su derecho a vacaciones por fuerza mayor o causas personales, como cuando se tienen por disfrutadas las vacaciones en el supuesto de baja por enfermedad el trabajador cuando termine el año natural o causa baja definitiva sin haberlas disfrutado.

El trato desigual de las distintas causas de conciliación también se manifiesta en la imposibilidad de acumular permisos a las vacaciones más allá de los supuestos de maternidad, paternidad o lactancia (Convenio Empresa Municipal de la Vivienda de Huelva, SA, que considera un derecho de los empleados y empleadas la acumulación del periodo de vacaciones a los citados permisos; convenio Empresa RTVA Radio, Radio TV Andaluza, Canal Sur Radio SA y Canal Sur TV , se establece derecho de las madres y de los padres a acumular el

periodo de disfrute de vacaciones al permiso de maternidad, lactancia y paternidad aun habiendo expirado el año natural a que tal periodo corresponda).

No obstante, algunos convenios colectivos andaluces efectúan una equiparación entre motivos de interrupción de las vacaciones sin distinción entre la maternidad y otras circunstancias personales y familiares. Así, el Convenio Empresa Municipal de la Vivienda de Huelva, SA, que suspende el disfrute de vacaciones en caso de baja por maternidad y por incapacidad temporal permitiendo el derecho a disfrutar vacaciones en fecha distinta una vez dado de alta.

El disfrute de vacaciones en fecha distinta por enfermedad o accidente comienza a consolidarse como un subderecho a conciliar la vida laboral, familiar y personal (convenio Turismo Ayuntamiento de Marbella 2000); Convenio Vimcorsa artículo 27, en las vacaciones la baja por enfermedad será computado como tiempo de trabajo a los efectos de contabilizar tiempo de vacaciones que queda por disfrutar y no se computa en caso de enfermedad o accidente como disfrute de vacaciones).

La imposibilidad de reprogramación de las vacaciones por circunstancias familiares y personales puede constituir una penalización al ejercicio del derecho de conciliación, al margen de la desigualdad entre causas de conciliación pues solo la maternidad o la lactancia suelen permitir el disfrute de las vacaciones en fecha distinta (Convenio Residencia Geriátrica Ciudad El Ejido, artículo 32, la incapacidad transitoria no interrumpe el disfrute del periodo de vacaciones ni genera derecho a reprogramarlas salvo maternidad o riesgo durante el embarazo.

La limitación de la acumulación de vacaciones a los permisos de maternidad, lactancia y paternidad, implica una visión reductiva del

derecho constitucional a conciliar y a no ser discriminado por circunstancias familiares y personales; convenio Empresa RTVA, Radio TV Andaluza Canal Sur Radio SA y Canal Sur TV). No obstante, el convenio colectivo del personal docente e investigador con contrato laboral de la Universidad Pública de Andalucía permite solicitar disfrute de vacaciones fuera del periodo anterior por circunstancias de interés particular. Para evitar esta penalización, el convenio\_ empresa Provincial de Informática SA EPRIN071, dispone que del periodo de vacaciones no podrá en ningún caso descontarse los permisos o licencias.

Al margen de estas consideraciones, solo algún convenio colectivo prevé que la baja del trabajador con derecho a vacaciones no perjudique a los demás, como el de la empresa Clínica Mediterráneo cuyo artículo 18 dispone que las bajas por enfermedad durante las vacaciones y otras análogas de duración superior a un mes obligarán a la empresa a organizar el trabajo de forma que no se recargue al personal de la plantilla. Aunque predominan entre los convenios colectivos andaluces, aquéllos que conceden prioridad a la organización de la empresa sobre las circunstancias personales y familiares en la regulación de las vacaciones, como el convenio de la Empresa Servicios Económicos del Puerto SL, cuyo artículo 12 solo permite disfrutar el resto de días pendientes por enfermedad cuando las necesidades del servicio lo permitan.

Ciertos convenios colectivos incluyen derechos de conciliación derivados de las vacaciones como el derecho a solicitar la modificación del periodo vacacional en supuestos imprevistos como enfermedad grave del cónyuge, hijos, hermanos\_o a que se aumenten al trabajador las vacaciones en los días no disfrutados (convenio Hostelería Gaditana Puerta del Mar, SL) y a que se fije una nueva fecha en caso de imposibilidad de acuerdo con el trabajador afectado (convenio Arquitempo Servicios Almería, S.L).

No obstante, la desatención por los convenios colectivos de las circunstancias familiares y personales al diseñar las vacaciones de los trabajadores, puede conducir a resultados inconstitucionales. Las cláusulas que en esta materia incluyen un tratamiento indiferenciado de los trabajadores, prescindiendo de si tienen hijos en edad escolar, de que ambos cónyuges o parejas de hecho trabajen en la empresa, o de que durante las vacaciones sufran alguna patología o fueren hospitalizados, conducen al plano de la discriminación indirecta. Aunque algunos convenios eluden consecuencias discriminatorias al prever circunstancias familiares y personales como el de la Empresa Municipal de la Vivienda de Huelva, SA, por tener en cuenta las preferencias del personal en todo caso la coincidencia del periodo vacaciones con el de hijos en edad escolar y matrimonios entre empleados (cláusula 31); o el convenio Sanatorio Médico Quirúrgico Cristo Rey Jaén, que fija las vacaciones en los meses de julio y septiembre salvo cuidado de familiar, por enfermedad grave o accidente y para preparación de exámenes (artículo 9).

Entre las circunstancias familiares con superior nivel de implantación en los convenios colectivos a efectos de vacaciones, destaca la relativa al matrimonio o pareja de hecho a través del derecho a la elección de turnos de vacaciones cuando ambos trabajen en la empresa (Convenio turismo Ayuntamiento de Marbella 2000, artículo 23, el matrimonio tendrá preferencia para elegir disfrute de vacaciones conjuntamente si ambos trabajan en la empresa; convenio de la Empresa Municipal de Transportes Urbanos de Huelva). Aunque este derecho se disipa cuando uno de los cónyuges o miembros de la pareja no trabaja en la misma empresa, sin que exista un deber de las empresas de armonizar cada una en su ámbito las necesidades familiares de los trabajadores. A mayor abundamiento si la finalidad es la coincidencia con el disfrute de las vacaciones escolares, la condición de que ambos trabajen en la misma empresa carece de sustento jurídico (convenio colectivo

empresa Distribuidora de Gas Butano Transportes Viciana SA, artículo 14, los trabajadores con responsabilidades familiares tienen preferencia a que las suyas coincidan con los periodos de vacaciones escolares; artículo 13 convenio Aguas del Torcal SA Recogida Residuos y Limpieza, los matrimonios tienen un derecho preferente a disfrutar vacaciones en el mismo periodo

Sin embargo, el problema puede surgir entre el derecho preferente a elegir turno de vacaciones de los cónyuges y parejas de hecho o de quienes tengan responsabilidades familiares. En caso de colisión, debería prevalecer el derecho de los que tienen cargas familiares y con superior preferencia de quienes tienen hijos en edad escolar sobre los que solo aparecen ligados por vínculo matrimonial o relación afectiva análoga. Esta diferencia de matiz aparece en el convenio Real Club de Golf Las Brisas, al disponer que cuando exista un régimen de turnos de vacaciones los trabajadores con responsabilidad familiar tienen preferencia a que las suyas coincidan con periodos vacacionales; o el convenio empresa Día de Córdoba SL, artículo 26, en caso de desacuerdo entre dos o más empleados por vacaciones tendrán preferencia los padres de hijos en edad escolar seguidos de padres con hijos sin escolarizar sobre los empleados sin hijos. Esta colisión de derechos puede plantear la ponderación entre el derecho a no ser discriminados por el estado civil o por circunstancias familiares o personales.

No obstante, resultan aislados los convenios colectivos andaluces que previenen las discrepancias, desacuerdos o colisiones entre trabajadores, estableciendo un orden de prelación o unos criterios de baremación para resolverlos (Convenio Editora Malagueña de Publicaciones, SL, en caso de desacuerdo de los empleados tendrán preferencia los padres de hijos en edad escolar seguidos de padres con hijos sin escolarizar sobre empleados sin hijos)

La prelación y prioridades entre trabajadores de una misma empresa deberían atender a las circunstancias familiares y personales para evitar la adopción de criterios inconstitucionales. Al respecto, parece interesante priorizar los móviles conciliatorios sobre otros criterios como en el Convenio empresa Desarrollo Agrario y Pesquero, SA, que tras reconocer la preferencia de quienes cursen estudios académicos y/o de formación para elegir turno de trabajo o en su caso vacaciones anuales, prima el acuerdo y si no hay acuerdo atribuye preferencia a quienes acrediten tener hijos en edad escolar o personas dependientes que convivan con trabajador y si concurren estas circunstancias en varias personas, se resuelve por antigüedad en la misma (artículos 17 y 24).

Para evitar situaciones discriminatorias se precisa una depuración jurídica de algunos convenios que regulando las vacaciones solo se refieren al matrimonio excluyendo a las parejas de hecho. En este sentido, el artículo 27 del convenio Organismo Autónomo Local Patronato Residencia de Ancianos San Luis, establece que en el caso de dos trabajadores de la misma empresa vinculados matrimonialmente se procurará que puedan disfrutar de las vacaciones conjuntamente de conformidad con las necesidades del servicio y el respeto a los derechos en materia de vacaciones del resto de los trabajadores de la empresa. A diferencia de otros convenios que abarcan a los cónyuges y parejas de hecho al prever la conciliación en materia de vacaciones (Convenio SOPDE, artículo 10 ambos cónyuges o parejas de hecho podrán disfrutar las vacaciones en el mismo periodo).

Aunque el derecho preferente al disfrute simultáneo de las vacaciones por ambos cónyuges no solo se subordina al estado civil matrimonial sino al hecho de que ambos trabajen en la empresa (Convenio Turismo Ayuntamiento de Marbella 2000, artículo 23 el matrimonio tendrá preferencia para elegir disfrute de vacaciones

conjuntamente si ambos trabajan en la empresa). El problema se plantea sobre si este derecho preferente podría reservarse incluso si ambos cónyuges trabajan en empresas distintas si la finalidad coincide en la atención a los hijos en edad escolar durante el periodo vacacional.

Sin embargo, contrasta el disfrute simultáneo de las vacaciones por ambos cónyuges con la imposibilidad de que éstos ejerciten al mismo tiempo otros derechos de conciliación, como en el supuesto de reducción de jornada por el mismo hecho causante. Desde una perspectiva constitucional, estas incoherencias no parecen sostenibles al carecer de justificación razonable, en particular si los derechos de conciliación deben fomentar la corresponsabilidad conforme a la Ley de Igualdad.

Las empresas únicamente suelen facilitar el disfrute simultáneo por ambos cónyuges o pareja de hecho en el caso de las vacaciones, a pesar de que el fundamento jurídico para garantizar este subderecho resulta plenamente extensible a otras causas de conciliación (convenio SODEFESA, cuando ambos cónyuges trabajen se les garantizará si el servicio lo permite el derecho que ambos disfruten las mismas fechas en su periodo de vacaciones; artículo 11 convenio de la Empresa Instituto Municipal de la Vivienda de Málaga, los matrimonios o parejas de hecho tendrán derecho preferente a disfrutar sus vacaciones en el mismo periodo y no podrá volver a utilizarlas hasta que transcurran dos años).

La flexibilidad horaria también se prolonga a las vacaciones aumentando la disponibilidad del trabajador sobre las mismas como el artículo 10 Convenio SOPDE, SA , que permite a los trabajadores con hijos en edad escolar durante la semana blanca disfrutar de parte de las vacaciones. De igual modo, el turno de vacaciones aparece determinado preferentemente para los trabajadores con

responsabilidades familiares, con objeto de que coincidan con periodos de vacaciones escolares (convenio Naranjos Campo de Golf S.L).

De igual modo, la previsión convencional de las vacaciones por turnos rotativos puede constituir una práctica discriminatoria por anteponer criterios aleatorios sobre las circunstancias familiares y personales. Al respecto, la rotación como criterio neutral de atribución del periodo vacacional para evitar conflictos entre trabajadores, provoca consecuencias desfavorables especialmente para el sexo femenino que asume mayoritariamente las cargas familiares, penetrando en el terreno de la discriminación indirecta. A pesar de que el criterio rotatorio prescinde absolutamente de las circunstancias familiares y personales con el riesgo de discriminación, los convenios colectivos andaluces optan mayoritariamente por el mismo para la fijación de los permisos vacacionales (convenio Servyguar González, SL, cláusula 27, turno rotativo de disfrute de vacaciones entre acuerdo de empresa y comité de empresa; convenio Corporación de Medios de Andalucía, SA, artículo 35; convenio empresa Odiel Press, SL, los turnos de vacaciones serán rotatorios para todo el personal). Incluso algún convenio como el de la empresa Rendelsur, SA, combina el criterio de la antigüedad y de la rotación, pero sin tener en consideración las necesidades conciliatorias de los trabajadores y las responsabilidades familiares (convenio Málaga Club de Fútbol SAD, artículo 13 , los turnos de vacaciones se fijarán por acuerdo pero si no hay acuerdo entre dos o más trabajadores, tendrán preferencia aquéllos con responsabilidades familiares a que las suyas coincidan con las vacaciones de sus hijos en edad escolar entre tres y dieciséis años y siempre que este derecho quede a salvo, se respetará la preferencia en base al criterio de antigüedad del trabajador. De modo que resulta difícil a las empresas y a los convenios colectivos prescindir del criterio de antigüedad, con la distorsión que supone en la aplicación y ejercicio del derecho constitucional a conciliar.

Ahora bien, las empresas y los representantes sindicales no son conscientes de los posibles efectos discriminatorios derivados de la rotación por vulneración del derecho a conciliar y a no ser discriminado por circunstancias familiares y personales, salvo el convenio Empresa Patronato Municipal de Radio y Televisión El Viso de Alcor Sevilla, artículo 21, que dispone el establecimiento de turnos por meses en un sistema de rotación donde ningún trabajador sea discriminado por razón de servicio, por acuerdo o sorteo.

La rigurosidad en la rotación ignorando las circunstancias familiares y personales de los trabajadores constituye una práctica con posibles efectos discriminatorios (Convenio Residencia Geriátrica Ciudad El Ejido, artículo 32). Además de los turnos rotativos, las empresas andaluzas también facilitan los intercambios de días de vacaciones entre los trabajadores para cubrir sus necesidades familiares y personales (artículo 8 convenio Sanatorio Médico Quirúrgico Cristo Rey Jaén, los trabajadores podrán acordar intercambiar días de descanso, turnos, vacaciones y fines de semana con comunicación cuarenta y ocho horas antes).

Pero los convenios colectivos andaluces pueden derivar en conflictos entre titulares de derechos constitucionales, al priorizar el criterio de antigüedad y las necesidades organizativas de la empresa sobre las circunstancias familiares y personales (convenio colectivo Autopista del Sol Cesa, artículo 14, la empresa fijará anualmente los periodos de vacaciones de cada centro de trabajo teniendo en cuenta las necesidades del servicio; convenio Fels-Werke, S.A.).

El recurso a la permuta constituye un medio indiscutible de conciliación de la vida laboral, familiar y personal, si bien reduce ésta a una cuestión individual de los trabajadores y empleados, sin que la empresa asuma compromiso con la igualdad de oportunidades. También en la concreción del periodo vacacional, determinados

convenios colectivos andaluces recurren a los acuerdos entre empresa y trabajador para la adecuación a sus necesidades personales y familiares (convenio Empresa Pública Radio Televisión de Motril, SL, artículo 13, turno de vacaciones por acuerdo con trabajador o por necesidades de servicio). La fecha de reanudación de las vacaciones también puede ser fijada convencionalmente como prevé el convenio Empresa Editorial Andaluza de Periódicos Independientes, SA, en su artículo 25 al señalar que por accidente laboral o enfermedad profesional se interrumpen y se reinicia su disfrute en la fecha pactada de común acuerdo entre trabajador y dirección. Incluso algún convenio como el de Gestión del Servicio de Atención de Día Infantil y Juvenil de Jerez, opta por una solución salomónica previniendo que si no hay acuerdo entre trabajador y empresa, el trabajador podrá elegir fecha de disfrute y la empresa del otro periodo.

En este sentido, la participación de los trabajadores en la empresa se materializa en algunos contratos a través de la atención de la empresa a sus sugerencias (convenio Cía. de Iniciativas y Espectáculos SA, en su artículo 25 dispone que la empresa al establecer el horario y el calendario de vacaciones tendrá en consideración las sugerencias del personal, convenio Compañía Internacional de Parques y Atracciones SA Tivoli World, artículo 25, la empresa al establecer el horario y el calendario de vacaciones tendrá en consideración las sugerencias del personal)

El recurso a las vacaciones para la flexibilidad y adaptabilidad de los permisos y licencias a las necesidades del trabajador se propicia en convenios como el de la empresa Industrias de Captación, Elevación, Conducción, Tratamiento, Depuración y Distribución de Aguas de la Provincia de Jaén, que admite la posibilidad de ampliar las licencias a cuenta de las vacaciones; artículo 23 convenio Urbaser, SA, el trabajador podrá solicitar hasta treinta días de vacaciones por

asuntos familiares con dictamen de la comisión paritaria; o artículo 26 convenio del centro del Centro Especial de Empleo permitiendo que los trabajadores comuniquen a la empresa periodos en que deseen disfrutar sus vacaciones o por orden de prioridad de sus preferencias.

En suma, parece iniciarse una tendencia al recurso a las vacaciones a modo de comodín para facilitar la conciliación de la vida laboral, familiar y personal, bien mediante permisos a cuenta de las vacaciones (convenio FCC Medio Ambiente SA) o mediante el intercambio con otros trabajadores comunicándolo a la empresa (convenio Snacks Ventures, SA Almería, artículo 12 corresponde a la empresa señalar los turnos de disfrute de vacaciones en las fechas señaladas por la compañía). En esta línea, algunos convenios permiten el uso del periodo vacacional para atender situaciones extraordinarias y excepcionales o bien permiten combinarlas con el permiso de asuntos propios (convenio colectivo del personal laboral de Emsisa Empresa Municipal 2009-2011; convenio empresa Provincial de Residuos y Medio Ambiente, S.A.).

### 3. 5. En la previsión de absentismo y pluses.

Entre las cuestiones laborales que permanecen absolutamente ajenas al derecho constitucional de igualdad y conciliación, cabe mencionar la regulación por los convenios colectivos del absentismo y de los pluses y complementos.

Resulta interesante plantear desde una perspectiva jurídica si la atribución al trabajador de incentivos es incompatible con las excepciones a la jornada laboral que plantean las causas de conciliación. En particular, si los pluses o complementos laborales por disponibilidad o por turnicidad pueden denegarse incluso, a los trabajadores que ejerciten derechos de conciliación en situaciones excepcionales y por razones graves o de fuerza mayor.

En principio, los convenios colectivos andaluces se muestran rígidos en esta cuestión, imposibilitando la penetración de las circunstancias familiares y personales en la concesión de complementos o pluses. Al respecto, el convenio Supermercado Hermanos Martín S.L., manifiesta que la empresa dejará de abonar el complemento de dedicación y plena disponibilidad si el trabajador manifestara su voluntad de establecer control o límites sobre jornada efectiva dejando de prestar sus servicios con dedicación plena y exclusiva, dejará la empresa de abonar el complemento. Otro convenio prevé la renuncia al pacto de horas complementarias por la atención a las responsabilidades familiares del artículo 37.5 ET (artículo 15 Convenio Palacio de Deportes de Málaga, SAM).

También en relación al absentismo los convenios colectivos andaluces mantienen una posición contraria a que no compute como tal el ejercicio de derechos de conciliación. Las empresas tienden mayoritariamente a considerar absentismo incluso, el recurso legítimo de permisos o licencias por los trabajadores. En esta línea, el convenio del Consorcio Zona Franca de Cádiz establece que la empresa estudiará causas de absentismo por permisos especiales y las posibles inadaptaciones de algunos trabajadores al puesto de trabajo; Convenio Aguas del Huesna SL -Cláusula 32 quedan excluidos como absentismo las licencias y permisos.

Excepcionalmente alguna empresa aborda esta problemática en un sentido favorable al derecho de conciliación de la vida laboral, familiar y personal, con una visión constitucional. En concreto, la empresa Verificaciones Industriales de Andalucía, SA, dispone que “no se computarán a efectos de pérdida de plus de absentismo, la incapacidad transitoria, matrimonio, licencia por nacimiento de hijo, enfermedad grave o fallecimiento de cónyuge o pareja de hecho, enfermedad grave y fallecimiento de un familiar de primer grado, vacaciones, días de asuntos propios o utilización de bolsa de horas

disponibles “(artículo 31). También destaca el convenio de la Empresa Municipal de Transportes Urbanos SA de Huelva, asignando un premio de asistencia al trabajador para primar a productores con diez o menos días de ausencias al trabajo exceptuando licencias por matrimonio, reconocimiento médico y días de de asuntos propios.... Si bien estos convenios no comprenden más que algunas causas de conciliación, de un modo sesgado y con toda probabilidad inconstitucional por los efectos discriminatorios que producen.

Desde una perspectiva constitucional, los pluses o complementos laborales no pueden permanecer al margen de las circunstancias familiares y personales de los trabajadores, como un reducto laboral que penaliza el ejercicio del derecho a conciliar la vida laboral, familiar y personal. Pese a las dificultades para “conciliar” las circunstancias extraordinarias que motivan la asignación de pluses e incentivos con las ordinarias del trabajador, no puede renunciarse a que los titulares del derecho a conciliar se vean privados de ventajas económicas y resulten discriminados por sus necesidades familiares y personales. Aunque resulta particularmente complicado, la armonización de pluses diversos de asiduidad, disponibilidad, nocturnidad, turnicidad, con los permisos o licencias de breve duración y en especial, las motivadas por causas urgentes, graves, por deberes públicos inexcusables o de fuerza mayor, por su inadaptación a la asunción de responsabilidades familiares (Convenio Clarton Horn, SA, artículo 45 plus de rotación de turnos continuados).

Pero la flexibilidad en la configuración del absentismo y de los pluses también puede realizarse en términos similares a los de la jornada laboral, a través de fórmulas que permitan a los trabajadores la adaptación a sus circunstancias familiares y personales. El actual planteamiento del absentismo y de los pluses en los convenios colectivos puede estar produciendo efectos discriminatorios e

inconstitucionales y, en nuestra opinión, podrían incorporarse acciones positivas para corregir las desventajas económicas de las mujeres dadas las dificultades para acceder a los incentivos empresariales.

La rigidez y la inobservancia del derecho a conciliar se manifiesta en la previsión de los pluses y complementos por la mayoría de convenios colectivos andaluces como el de la Empresa Cementerio Mancomunado Bahía de Cádiz SA 2009, artículo 30, disponiendo que el plus de asiduidad solo se concede a los trabajadores que no hayan faltado al trabajo ningún día al trimestre vencido; en el convenio Cementerios y Servicios Funerarios Municipales de Córdoba se regula un plus de movilidad de horarios que retribuye la disponibilidad del trabajador para cambiar horario de trabajo establecido y de movilidad de turnos para ser cambiado de turnos (artículo 35).

En línea opuesta, otros convenios permiten que la conciliación no interfiera en la concesión de incentivos empresariales, debiendo mencionarse el convenio de la Empresa Municipal de transportes Urbanos SA de Huelva, que instaura un premio de asistencia al trabajo al primar a productores con diez o menos días de ausencias al trabajo, exceptuando licencias por matrimonio, reconocimiento médico y días de de asuntos propios (artículo 15). Con esta posición flexible no se priva al trabajador de beneficios económicos por el uso de licencias o permisos para conciliar y por tanto, no soporta discriminación por sus circunstancias familiares y personales.

### 3. 6. Por medio de las nuevas tecnologías: teletrabajo

La flexibilización del modelo laboral basado en el presentismo mediante la incorporación de las nuevas tecnologías y el teletrabajo aparece ralentizado en los convenios colectivos andaluces. Para lo que se precisa la novación de la relación laboral previa con objeto de

facilitar la conciliación de la vida laboral, familiar y personal, posibilidad admitida por el artículo 41 ET, que permite la modificación de las condiciones de trabajo por condiciones técnicas.

La paulatina y progresiva generalización del teletrabajo depende lógicamente de la tipología empresarial, del objeto social y de la actividad, permitiendo compatibilizar el trabajo con las responsabilidades familiares y personales, por la disponibilidad del tiempo de trabajo y el ahorro de tiempo en los desplazamientos.

El recurso al teletrabajo como medio para conciliar la vida laboral, familiar y personal requiere pactos individuales y colectivos entre los trabajadores y la empresa, en los que se fije la novación de las condiciones laborales existentes. Al respecto, destacan los convenios de la Empresa Provincial de Informática SA EPRINSA071, estableciendo que la empresa podrá pactar a nivel individual con cada trabajador la realización de funciones propias de la actividad fuera de sus funciones propias de la actividad fuera de sus instalaciones mediante el sistema de teletrabajo y en el caso de que la empresa considere necesario establecer un sistema de teletrabajo de manera colectiva para algún departamento o unidad organizativa, deberá negociar su regulación práctica con los representantes de los trabajadores (artículo 17).

Por tanto, pueden establecerse varios sistemas regulativos del teletrabajo, basados en la negociación colectiva o en los acuerdos individuales, si bien en ambos supuestos cualquier renuncia a derechos laborales y de conciliación estipulada entre ambas partes ha de ser valorada desde un punto de vista constitucional. Las nuevas tecnologías pueden confirmar que el rendimiento laboral no es incompatible con la conciliación de la vida laboral, familiar y personal y que esta moderna forma de organización empresarial puede ser igual de productiva que el trabajo presencial (convenio colectivo de

Emasa, artículo 9, el deber de organizar el trabajo para que se pueda lograr el máximo rendimiento en el aspecto personal, material y temporal y exigir necesaria colaboración del personal).

Pero el recurso a las nuevas tecnologías también incentiva la conciliación de la vida laboral y familiar por facilitar otros derechos laborales como el de formación, en los términos del convenio Empresa Municipal Saneamientos de Córdoba, SA., en cuyo artículo 24 incorpora la teleformación o mixta para facilitar acceso a formación de trabajadores con responsabilidades familiares.

#### IV. CLÁUSULAS DISCRIMINATORIAS Y SU INCONSTITUCIONALIDAD

Desde la perspectiva del derecho a conciliar la vida laboral, familiar y personal, se analizan a continuación las cláusulas discriminatorias de los convenios colectivos andaluces que puedan vulnerar la Constitución y cuestionar su consideración como fuente del ordenamiento jurídico laboral. La regulación convencional de permisos, licencias, reducción de jornada o excedencias suele incluir disposiciones discriminatorias por razón de sexo, estado civil o circunstancias familiares y personales.

Entre los factores que influyen en la permanencia de cláusulas inconstitucionales en los convenios colectivos andaluces debe destacarse su desactualización e inadaptación a las reformas jurídicas en materia de igualdad. La necesidad de un control de constitucionalidad de los convenios colectivos se plantea a propósito de la omisión de las circunstancias personales y familiares o de su relegación frente a otros criterios, con consecuencias discriminatorias.

El reconocimiento de cláusulas inconstitucionales en materia de igualdad y conciliación podría determinar en base a la cláusula de

vinculación a la totalidad que considera el convenio como un todo orgánico e indivisible, la nulidad íntegra del mismo (convenio Sotrafa, SA, se entenderá nulo si es anulado o modificado por resolución judicial o administrativa cualquier pacto contenido en el mismo).

#### 4.1. Tipología de cláusulas discriminatorias

Entre las cláusulas manifiestamente discriminatorias de los convenios colectivos andaluces desde un punto de vista constitucional, destacan las que afectan a las relaciones familiares o afectivas análogas. La exclusión de las parejas de hecho o la exigencia de otros requisitos formales para la atribución de los mismos derechos que a las uniones matrimoniales, plantea serias dudas sobre su constitucionalidad.

Con carácter general, los convenios andaluces no suelen incluir la atribución de derechos conciliatorios a los matrimonios, parejas, de hecho, convivientes u otras unidades familiares, a excepción de algunas empresas como la de Gestión del Servicio de Atención de Día Infantil y Juvenil de Jerez de la Frontera, estableciendo que tendrán derecho a permisos los matrimonio civiles, religiosos, parejas de hecho y personas que convivan juntos debidamente justificados; como tampoco la equiparación a efectos de conciliación como el convenio del Teatro de la Maestranza y Salas del Arenal S.A, en su artículo 45, garantizando el descanso semanal en las mismas fechas si así lo solicitan ambos cónyuges o parejas de hecho; y el derecho a que ambos disfruten de las mismas fechas en su periodo de vacaciones anuales si así lo solicitaren, sin ningún requisito adicional.

La exigencia adicional de requisitos a las parejas de hecho para el ejercicio de permisos y otros derechos de conciliación aglutina, a nuestro entender, una discriminación por razón de estado civil y por circunstancias familiares y personales. Entre estas modalidades de

disposiciones discriminatorias de las parejas de hecho a efectos de conciliación, destacan la limitación en el ejercicio de un nuevo permiso por matrimonio hasta que no transcurra un periodo de tiempo, sin que esta misma exigencia se imponga a las uniones legales (artículo 20 del convenio Casino Nuevo San Roque SA, por inscripción en registro de parejas de hecho siempre que sea máximo una vez cada tres años; convenio de la empresa Gerencia de Urbanismo Excmo. Ayuntamiento de Málaga, en casos de unión de hecho una vez utilizado este derecho no podrá volver a utilizarse hasta transcurridos tres años y siempre que sea por una nueva unión de hecho o de derecho); o la exigibilidad de un plazo mínimo de convivencia para ejercitar el permiso por matrimonio (convenio Campo Club de Golf de Valderrama, se extiende a parejas de hecho acreditada por certificado o de empadronamiento o convivencia por periodo mínimo y continuado de seis meses; convenio empresa Verificaciones Industriales de Andalucía, SA, cláusula 18 por matrimonio, quince días y acrediten unión de hecho y mantienen relación estable con otra personal de al menos dos años de convivencia, nacimiento o adopción de hijos y fallecimiento, enfermedad de cónyuge; Convenio de la Empresa Organismo Autónomo Local de Juventud y Deportes de Écija, las licencias son aplicables a parejas de hecho con más de seis meses de convivencia acreditada por certificación municipal).

Desde el punto de vista matrimonial, los convenios colectivos incurrir en discriminación por motivos religiosos debido a la imprevisión de ceremonias conforme a otros ritos o religiones. La desatención a la realidad multicultural resulta generalizada en los convenios colectivos y planes de igualdad, y solo algún convenio como el de la empresa Verificaciones Industriales de Andalucía, S.A. dispone un permiso de quince días por matrimonio u otro tipo de unión en cualquier creencia religiosa.

Pero este tratamiento discriminatorio de las parejas de hecho en el disfrute del permiso por matrimonio, también se extiende a otras licencias que solo regulan el matrimonio de parientes, hijos, padres y nietos sin equiparar a las parejas de hecho ni reconocer un permiso por uniones de hecho de los familiares del trabajador (convenio Empresa Municipal Saneamientos de Córdoba, SA); o el permiso por alumbramiento o parto de la esposa sin incluir a la pareja de hecho o cohabitante (convenio empresa Massert, SL; convenio Montesar Jardines S, incluye parto de cónyuge o de persona que conviva con el trabajador; o la atención a los familiares políticos o afines para la concesión de permisos mientras se ignora a la pareja de hecho o conviviente (convenio empresa Municipal de Aguas de Huelva, SA; convenio empresa Soliar SA, artículo 14 permiso por alumbramiento de esposa). Cabe plantear asimismo la legalidad de la subordinación de la concesión de licencias por la empresa al cumplimiento de requisitos formales por la pareja de hecho (convenio de la empresa Sevilla Global, SA, condiciona un permiso por matrimonio y convivencia de hecho a su acreditación mediante inscripción en registro del ayuntamiento no pudiendo hacer uso de este derecho más de una vez cada treinta meses, ni reiterarse entre las mismas personas consecutivamente para tener derecho al disfrute de este permiso).

Otra de las lagunas de los convenios colectivos con consecuencias discriminatorias consiste en la imprevisión de permisos para atender a los hijos y familiares de la pareja de hecho, al basarse esencialmente en los vínculos de consanguinidad o afinidad. A excepción del convenio Turismo Ayuntamiento de Marbella 2000, al incluir a las parejas de hecho como unidad familiar y a los hijos de ambos, si bien no se detiene en los de uno sólo de los ellos que convivan en el hogar familiar. En este sentido, parece representativo el convenio Empresa Montemayor Golf Club, se extienden a parejas de hecho inscritas en el registro correspondiente, al igual que a

familiares o personas que, aunque legalmente no cumplen requisitos de consanguinidad, realmente lo desempeñen.

Estas cláusulas discriminatorias responden con excesiva frecuencia a un lenguaje discriminatorio, que obliga a una interpretación excluyente en la titularidad y ejercicio de los derechos de conciliación. Aunque, sin embargo, mientras determinados convenios exigen requisitos para el ejercicio del permiso por matrimonio, otros relajan los requisitos al permitir en defecto de registro o de empadronamiento de la pareja de hecho, una declaración jurada firmada por la pareja en que hagan constar sus datos personales (convenio Cepsa Química, SA). En esta postura minoritaria destacan los convenios que no imponen medios probatorios a la acreditación de las parejas de hecho o a relaciones de análoga afectividad (convenio Chiclana Natural, SA).

En la imposición de superiores exigencias a las uniones de hecho para ejercitar la conciliación mediante permisos, se observan suspicacias empresariales de fraude en mayor medida que para los matrimonios que se traduce en un tratamiento desigual\_(artículo 15 convenio empresa Trevenque Sistemas de Información SL, señala que al regular el permiso por matrimonio o pareja de hecho en el caso de producirse otra situación análoga en el mismo trabajador no se tendrá derecho a disfrute de permiso nuevamente ). De acuerdo con el referido convenio, resultaría que mientras un trabajador que contrae varios matrimonios sucesivamente en un plazo de treinta meses tendría derecho al permiso, en el caso de que durante el mismo plazo tuviese distintas parejas de hecho el mismo sujeto sería penalizado por la empresa. En esta línea, el convenio de la empresa Pública Gestión de Programas Culturales, tras someter el permiso de la convivencia de hecho a la acreditación de su relación mediante inscripción en el Registro de parejas de hecho, establece que los convivientes no podrán disfrutar de nuevo este permiso al contraer

matrimonio. Aunque esta previsión parece razonable, el hecho de que no se prevea para los matrimonios en caso de divorcio y posible reconciliación matrimonial, puede incurrir en un trato desigual y discriminatorio.

En los mismos términos, otros convenios impiden disfrutar del permiso por matrimonio y pareja de hecho de forma consecutiva por el mismo sujeto causante, sin que por el contrario se penalice la celebración de varios matrimonios por el mismo trabajador que pueden disfrutar de varios permisos (convenio Proazimut, SL, la concurrencia de ambas situaciones y uniones de hecho por un mismo sujeto causante dará derecho a un solo permiso; convenio Suites Hotel, SL Veinte días por matrimonio parejas de hecho con su inscripción en registro y no nuevo permiso por unión de hecho o por matrimonio; convenio empresa Unites Sugigal Partnes Hospital de Marbella, SLU, artículo 10). En caso de ulterior matrimonio de la pareja de hecho que haya disfrutado de dicha licencia no se tendrá derecho a ésta de nuevo, porque en el fondo late la idea del abuso del derecho en el ejercicio de este permiso como en el convenio Hospital Psiquiátrico San Francisco de Asís SA, artículo 22, disponiendo que “en caso de ulterior matrimonio o de pareja de hecho que se haya disfrutado de dicha licencia no se tendrá derecho a ésta de nuevo. Se velará porque no haya abuso de derecho en esta licencia”. Para evitar el fraude o el abuso, algunos convenios como el de la Fundación Pública Municipal Teatro Cervantes impide disfrutar de un nuevo permiso por contraer matrimonio con la misma persona.

La multiplicidad de variantes para restringir la aplicación del permiso por matrimonio de las parejas de hecho resulta evidente y en ocasiones no solo suele exigirse a estas últimas un periodo de convivencia sino también un tiempo de relación con la empresa que, sin embargo, no se exige a los matrimonios (artículo 16 convenio Cespa SA, diecisiete días por matrimonio y los que acrediten una

relación estable con otra persona y para su concesión llevar al menos dos años de convivencia estable con otra persona y un año de relación estatutaria o laboral con la empresa).

Ciertos convenios optan por una posición *sui generis* que plantea dudas respecto de su constitucionalidad por condicionar el tratamiento igualitario de las parejas de hecho y de derecho. El convenio\_empresa RTVA Radio, TV Andaluza Canal Sur Radio SA y Canal Sur TV tras admitir que las parejas de hecho tendrán los mismos beneficios que las de derecho, sin embargo requiere para las primeras que acrediten seis meses al menos de duración mediante certificado de empadronamiento o convivencia. En esta misma línea, basada en la concesión del mismo permiso a la pareja de hecho aunque imponiendo después limitaciones discutibles desde el punto de vista constitucional, destaca el convenio empresa Andaluza de Gestión de Instalaciones y Turismo de Jaén, por matrimonio o convivencia derecho fehacientemente demostrada, atribuyendo los mismos derechos que los cónyuges diecisiete días, pero en caso de convivencia de hecho no podrá hacerse uso de este derecho más de una vez cada treinta y seis meses

Otros convenios no subordinan el permiso para las parejas de hecho a la duración de la convivencia sino al transcurso de un tiempo desde la anterior solicitud, con un trato posiblemente discriminatorio desde un punto de vista constitucional al limitar sus derechos respecto de los matrimonios (convenio Fundación Red Andalucía Emprende concede un permiso de diecisiete días por matrimonio y la posibilidad de hacer uso de este derecho las parejas de hecho inscritas en registro y persona que conviva "*more uxorio*" siempre que pueda acreditarlo por algún medio fundado en derecho y este permiso sólo se tiene si hubiera transcurrido veinticuatro meses desde la solicitud anterior, pero no por enfermedad o fallecimiento de éstos; convenio de la Empresa Pública Provincial para la Vivienda

de Málaga, en uniones de hecho no podrá volver a utilizarse hasta transcurridos tres años y siempre que sea por nueva unión de hecho o de derecho). Incluso resulta excesivo e injustificable los plazos previstos incluso de hasta cinco años para poder ejercitar el permiso como en el convenio Empresa Municipal Saneamientos de Córdoba, SA , licencia por pareja de hecho en registro y no solicitarse hasta transcurrido cinco años del disfrute anterior.

Sin embargo, a pesar de que los convenios colectivos suelen proteger el matrimonio a efectos de conciliación respecto de las uniones de hecho, con excesiva frecuencia no incluye al cónyuge en los permisos por enfermedad grave, hospitalización o intervención quirúrgica, sino exclusivamente a los familiares por consanguinidad o afinidad (convenio de la Mancomunidad Cuenca Minera). Al respecto, el convenio Sociedad Municipal de Aparcamientos y Servicios, SA y sus trabajadores, aun regulando permisos por matrimonio o pareja de hecho, no prevé licencia por enfermedad del cónyuge.

En relación a los cónyuges, la limitación al ejercicio simultáneo de los permisos y licencias por ambos, o su condicionamiento a que ambos trabajen, resulta impeditivo del derecho a conciliar y puede vulnerar el derecho fundamental a no ser discriminado por circunstancias familiares y personales (convenio empresa Tartessos Car, SA, el trabajador con un hijo menor de un año, derecho a una hora diaria de ausencia de trabajo pero no se tendrá si uno de los cónyuges no trabaja y si los dos trabajan solo uno tendrá el derecho). El derecho constitucional a conciliar la vida laboral, familiar y personal constituye un derecho individual del trabajador no subordinado a la situación laboral de su cónyuge, con el fin de corresponsabilidad conforme a la Ley de Igualdad (convenio Incorporal SA excedencia no más tres años para cuidado de hijo y cuando el padre o la madre trabajen sólo uno de ellos podrá ejercitar este derecho con derecho a asistencia a cursos de formación y reserva de puesto de trabajo;

convenio empresa Saneamientos de Córdoba , el trabajador con un hijo menor de un año, tiene derecho a una hora pero no se tendrá en cuenta si uno de los cónyuges no trabaja y si los dos trabajan solo uno tendrá derecho).

Incluso la reducción de jornada configurada como derecho individual en el Estatuto de los Trabajadores, se limita el derecho a conciliar de un trabajador por el ejercicio de su cónyuge de su propio derecho de conciliación (Convenio Comunidad de regantes Piedras para la reducción de jornada exige que se trate de jornada completa y el cónyuge del trabajador no disfrute de reducciones de jornadas de similares características).

Aunque también los convenios colectivos incurren en discriminación no solo sexual sino por orientación sexual por no atender a la realidad de las parejas de hecho del mismo sexo, como el convenio Yesos Escayolas y Derivados SA, admitiendo la extensión del régimen de permisos a parejas de hecho con independencia de cuál sea el sexo de sus componentes siempre se acredite la convivencia por un periodo continuado mínimo de al menos dos años anteriores a la fecha de solicitud mediante certificado de registro parejas de hecho o de empadronamiento.

La exclusión de los nuevos modelos familiares como las uniones de hecho en los convenios colectivos andaluces se prolonga a las unidades monoparentales, reflejando una inadaptación a la realidad social, sin percatarse de los efectos discriminatorios asociados; al margen de que la desatención a circunstancias familiares y personales en situación monoparental penetra en el campo de la discriminación indirecta.

De modo excepcional, algún convenio como el del teatro de la Maestranza y Salas del Arenal, S.A. regula la adaptación de las

jornada a familias monoparentales, incorporando el derecho a libre elección del horario continuado de mañana o tarde de quien tenga a su cargo guarda y custodia de menor de doce años con pareja de hecho, con independencia de que la misma se encuentre inscrita o no en los registros administrativos. Igual derecho se reconoce al trabajador viudo, separado o divorciado que tenga atribuida la guarda, custodia de un hijo menor de doce años y si la custodia es compartida dicho ejercicio debe ser de al menos seis meses continuados, con descanso semanal; “los que se encuentren en las mismas circunstancias familiares o personales pueden adaptar su jornada de trabajo eligiendo horario continuado de mañana o tarde, de lunes a viernes desplazando su descanso de lunes a domingo y percibir 50% del complemento de desplazamiento horario y la totalidad del complemento, a prorrata de días festivos”. No obstante, este convenio parece penalizar a los trabajadores que adapten su jornada laboral por estas circunstancias familiares pues no percibirán los complementos de desplazamiento horario y a prorrata de días festivos (artículo 85).

Las discriminaciones entre familias convencionales y los nuevos modelos familiares, podrían reducirse unificando la referencia a estas modalidades a través de la expresión relativa a las unidades de convivencia con independencia de los vínculos de consanguinidad o afinidad, en los términos del convenio Empresa Andaluza de Gestión de Servicios Especializados, S.L., cuyo artículo 21 reconoce la excedencia por cuidado de miembros de la unidad de convivencia de no más de un año para cuidado de cada menor y un derecho a excedencia de no más de seis meses a la persona que atienda al cuidado de alguna persona miembro de la unidad de convivencia o familiar hasta segundo grado de consanguinidad o afinidad que no pueda valerse por sí.

De igual modo, el tratamiento desigual de la filiación adoptiva, por naturaleza o en relación al acogimiento, a efectos de conciliación en

los convenios colectivos, puede propiciar situaciones discriminatorias (artículo 19 Convenio Mancomunidad Sierra Minera).

Por último, los convenios colectivos andaluces atribuyen el derecho a conciliar la vida laboral y familiar sin distinción entre sexos, eludiendo posiciones discriminatorias (a salvo, el artículo 30 convenio de la Empresa Planificación y Desarrollo Urbanístico de Estepona, SL., la trabajadora que tenga a cargo a menor de doce años se encuentre ocupando un puesto con jornada a turnos, tendrá derecho preferente en la elección del mismo atendiendo a la conciliación de la vida laboral y familiar).

#### 4. 2. Discriminación de ciertas categorías profesionales

En los convenios colectivos andaluces se integran cláusulas constitucionalmente inadmisibles por discriminar a ciertos categorías de trabajadores a tiempo parcial, interinos, sustitutos y eventuales, desprovistas de derechos de conciliación. La mayoría de las empresas en Andalucía se limitan a atribuir permisos o licencias únicamente a los contratos a tiempo completo, ignorando otras modalidades contractuales.

Sin embargo, excepcionalmente, algunos convenios colectivos abordan la problemática de estos colectivos sin diferenciación con el resto de la plantilla, como el de la Empresa Teatro de la Maestranza y Salas del Arenal, SA, en su artículo 29 disponiendo que los trabajadores contratados de forma temporal tendrán los mismos derechos e igualdad de trato en las relaciones laborales que los demás trabajadores de la plantilla, salvo las limitaciones que se deriven de la naturaleza y duración de sus contratos.

Esta posición jurídica contribuye a un tratamiento perjudicial de ciertos contratos laborales y a la discriminación de los trabajadores

que los suscriben, privándoles de permisos, licencias y del derecho a conciliar su vida laboral y familiar (convenio Herederos de José Castillo y Castillo, SL, las excedencias en general no podrán utilizarse por los trabajadores contratados por tiempo cierto). El riesgo de que la estratificación de trabajadores según su modalidad contractual genere discriminación se aborda con acierto por el convenio Fundación Andaluza para la Interacción Social del Enfermo Mental, que tras referirse a la igualdad de oportunidades y la necesidad de eliminar disposición, medida o práctica laboral que suponga trato discriminatorio, disponiendo que este artículo será de aplicación a todos los trabajadores con independencia de que su contratación sea de naturaleza temporal o de que se encuentren en situación de incapacidad temporal (artículo 11).

Para contener el riesgo de efectos discriminatorios, determinados convenios colectivos recurren a la atribución de los derechos de conciliación en proporción a la duración de sus contratos y sin que la antigüedad interfiera en perjuicio de los contratados a tiempo parcial (convenio Personal Laboral del Consorcio Escuela de Hostelería de Cádiz, artículo 10, cuando corresponda y en atención a su naturaleza tales derechos serán reconocidos de forma proporcional a la duración de sus contratos o a la jornada pactada en relación con la jornada ordinaria; cuando el disfrute de un derecho esté condicionado a una determinada antigüedad esta se computará de la misma forma para todos los trabajadores; para los empleados temporales se computará toda la actividad desarrollada previamente en la empresa siempre que entre uno y otro contrato no medien más de veinte días).

A mayor abundamiento, la contratación a tiempo parcial aparece feminizada según datos estadísticos, recurriéndose a esta modalidad contractual precisamente para conciliar la vida laboral y familiar (convenio empresa Proazimut S.L., artículo 15 se refiere al contrato a

tiempo parcial a través de la reducción de jornada por igualdad legal de menores, minusválidos o familiares hasta segundo grado, remitiendo a la normativa legal vigente).

Sin embargo, no se desprende una preocupación en los convenios colectivos por evitar que la contratación a tiempo parcial implique una penalización discriminatoria a las trabajadoras, a excepción de convenios como el del Consorcio Escuela de Hostelería de Cádiz anteriormente citado y el convenio del Consorcio Escuela del Mármol de Fines (artículo 11, reconociendo a los trabajadores a tiempo parcial los mismos derechos cuando corresponda y en atención a su naturaleza, tales derechos serán reconocidos de forma proporcional a la duración de sus contratos o a la jornada pactada en relación con la jornada diaria; cuando el disfrute de un derecho esté condicionado a una determinada antigüedad, ésta se computará de la misma forma para todos los trabajadores). A propósito, también cabe citar el Convenio Residencia Geriátrica Ciudad El Ejido SA, refiriéndose a las desigualdades de acceso al empleo y en las condiciones de trabajo de mujeres y hombres y trabajadores a tiempo parcial (artículo 8)

En esta línea, el artículo 13 Convenio Labas & Technological Services Ago SL, reconoce que los trabajadores a tiempo parcial tendrán los mismos derechos e igualdad de trato en las relaciones laborales que los de plantilla. Conforme a este convenio la ausencia de igualdad de trato con los trabajadores a tiempo completo sin justificación respecto un régimen distinto en materia de derechos de conciliación, puede considerarse discriminatorio y en consecuencia inconstitucional (convenio Empresa Nacional de Residuos Radiactivos SA Enresa artículo 23, los contratados a tiempo parcial los mismos derechos que los de a tiempo completo).

Resulta insostenible que siendo la contratación a tiempo parcial, la modalidad laboral más representativa de la conciliación de la vida

laboral y familiar, como opción de las mujeres con responsabilidades familiares, sin embargo, no suelen preverse los derechos conciliatorios de esta categoría de trabajadores en los convenios colectivos (convenio Proilabal Promoción de Iniciativas Almerienses SL, artículo 15 contrato a tiempo parcial para la reducción de jornada por guarda legal de menores, discapacitados, o familiares hasta segundo grado se estará a normativa vigente).

Entre otras modalidades contractuales que permanecen sin una previsión convencional de sus derechos conciliatorios, destacan los contratos formativos aunque algún convenio como el del Centro Especial de Empleo del grupo Empresarial San Roque S.L., incorpora una referencia a un permiso de hasta cuatro años, cuando por grado de minusvalía y demás circunstancias personales y familiares, el trabajador no hubiera alcanzado el nivel mínimo de conocimientos requeridos para desempeñar dicho puesto, previo informe de equipos multiprofesionales, así como a la conversión temporal de contratos a tiempo completo en a tiempo parcial en los supuestos de cuidado de hijos menores de catorce años y cónyuge, descendientes o ascendientes por enfermedad (artículo 13)

Por su parte, los contratos o periodos a prueba, solo de forma excepcional incorporan las circunstancias familiares aunque para interrumpir el cómputo del mismo (convenio Inlacode SL, artículo 16, durante el periodo de prueba las situaciones de incapacidad transitoria de maternidad y adopción o acogimiento y suspensiones de la relación laboral interrumpirán el computo del mismo); de igual modo que para los contratos eventuales (convenio empresa Municipal de Limpieza de Colegios Públicos y dependencias Municipales SA, dos días de libre disposición para trabajadores fijos y eventuales con un año consecutivos de trabajo). La necesidad de atribuir los mismos derechos y obligaciones, incluidos los de conciliación a los trabajadores y trabajadoras en periodo de prueba

solo se regula por algún convenio como el de Aquopolis Cartaya, SL. , el convenio Gestión Integral Empresas AGN y Asociados SA, cuyo artículo 5 admite que en el periodo de prueba tendrá los mismos derechos y obligaciones como si fuera de plantilla; o el artículo 17 convenio Asistencia Los Ángeles, S.L., en la contratación temporal, los mismos derechos de los de duración indefinida.

Uno de los convenios andaluces más significativos a efectos de conciliación pertenece a la empresa Labas & Technological Services Ago, SL, por regular simultáneamente los contratos a prueba, los contratos a tiempo parcial y el teletrabajo (artículos 12 y 13 durante el periodo de pruebas tendrán los mismos derechos y obligaciones correspondientes a su categoría profesional y al puesto de trabajo que desempeñan. La situación de incapacidad transitoria que interrumpiera el cómputo de este periodo, se reanudará a partir de la fecha de la incorporación efectiva al trabajo; los teletrabajadores tendrán los mismos derechos en cuanto las a condiciones de empleo que los que trabajan en las instalación; los trabajadores a tiempo parcial tendrán los mismos derechos e igualdad de trato en las relaciones laborales que los de plantilla).

## V. RESPONSABILIDAD SOCIAL EN LAS EMPRESAS Y ADMINISTRACION DE ANDALUCIA

En este apartado, se profundiza en el derecho constitucional a conciliar la vida laboral, familiar y personal como elemento definidor de la responsabilidad social, a través de las cláusulas más innovadoras de los convenios colectivos andaluces, con objeto de desmentir los prejuicios empresariales sobre el coste económico asociado a una actitud socialmente responsable, demostrando que no grava necesariamente la situación económica de las empresas, al menos desde el punto de vista de la igualdad y de las prácticas conciliatorias, como se desarrolla a lo largo de este epígrafe.

El actual estadio de subdesarrollo del derecho constitucional a conciliar en las empresas andaluzas aparece motivado por la laxitud de las leyes de igualdad y su tendencia autorreguladora. Aunque también probablemente subyace un temor en los sectores públicos y privados a que los trabajadores afiancen una posición de dominio a costa del poder de dirección y organizativo empresarial. Si bien el factor de mayor peso de una actitud empresarial anticonciliatoria radica en los costes que los permisos, licencias o excedencias pueden suponer para la empresa a nivel económico, al margen de la pérdida de control empresarial.

No obstante, el estudio de los convenios colectivos andaluces permite extraer conclusiones que no solo contradicen la postura tradicional de las empresas con carácter general, sino que revelan las ventajas de conciliar mediante la previsión de cláusulas ciertamente innovadoras. Aunque aun se diste de niveles óptimos de conciliación, hay un avance significativo en las prácticas igualitarias de las empresas y administración andaluzas que tienden a transfigurarse en sujetos socialmente responsables. Si bien este proceso de cambio exige esfuerzos de formación de trabajadores y empleadores y particularmente, de sensibilización, y la convicción por los agentes económicos y laborales de que el ejercicio de derechos de conciliación no disminuye la productividad ni el rendimiento, ni en todo caso un coste adicional, al menos asumible íntegramente por las empresas.

Desde una perspectiva constitucional, la responsabilidad social puede erigirse en un parámetro de aplicación y cumplimiento del derecho a conciliar la vida laboral, familiar y personal. Por lo que no puede seguirse manteniendo indefinidamente la voluntariedad de la responsabilidad social por las empresas y la administración, a pesar de que así lo dispone la Ley de Igualdad. De modo que las decisiones de empresarios y gestores contrarias al derecho constitucional a

conciliar o son fundamentadas jurídicamente o en caso contrario, pueden ser inconstitucionales. Pero denegar a los trabajadores y empleados la conciliación sin ningún criterio objetivo y razonable no es ya una cuestión voluntaria o autorregulativa de las empresas, sino una actitud inconstitucional.

A través de este epígrafe se ponen de manifiesto las cláusulas prototipo de una empresa o administración socialmente responsable, revelando la transversalidad de la conciliación como derecho, necesariamente informador de los derechos laborales de los trabajadores. Sin que el derecho constitucional a conciliar pueda circunscribirse a los permisos y licencias por eventos o circunstancias excepcionales familiares o personales, al ramificarse cada vez con mayor auge en la regulación de jornadas, turnos, vacaciones, excedencias y otras materias laborales reguladas por los convenios colectivos. La consolidación de la conciliación como principio informador de los convenios colectivos se manifiesta pues, mediante su prolongación a la pluralidad de aspectos que éstos abordan, consolidando derechos y subderechos destinados a compaginar la vida laboral, familiar y personal de los trabajadores.

La responsabilidad social se erige a lo largo de este epígrafe en criterio de constitucionalidad del contenido de los convenios colectivos y su desarrollo jurídico en una garantía del derecho constitucional a conciliar.

Entre las cláusulas más innovadoras de conciliación desde la perspectiva de la responsabilidad social destacan las que a continuación se relacionan, estructuradas por criterios de afinidad.

### 5.1. Compromiso de la empresa con la conciliación de la vida laboral y familiar como cláusula genérica de responsabilidad social.

El proceso de institucionalización de la conciliación en los convenios colectivos andaluces constituye un avance de la igualdad de oportunidades que se verifica a través de cláusulas genéricas. Sin embargo, el compromiso de algunas empresas con el derecho a conciliar la vida laboral, familiar y personal, aunque se regule en términos genéricos implica una aptitud de responsabilidad social que presenta un indudable valor hermenéutico en la interpretación del respectivo convenio colectivo (convenio Volconsa Construcción y Desarrollo de Servicios S.A., parte de la base de que los tiempos de trabajo no son compartimentos estancos y perfectamente divididos y son tiempos que deben compatibilizarse, para eso el entorno laboral tiene que adaptarse a las necesidades familiares y personales). Aunque se traten de declaraciones de buenas intenciones compromete a la empresa y los representantes sindicales, proporciona cierta seguridad jurídica a la aplicación del derecho de conciliación.

En esta línea, cabe mencionar el convenio del personal laboral del Consorcio Escuela de Hostelería de Cádiz cuyo artículo 8, compromete a la empresa a evitar cualquier discriminación por razón de género y en la medida de lo posible a compaginar la vida laboral y familiar de sus empleados; o el convenio de la empresa Socodi CLU S.L., afirmando que la empresa velará para que los trabajadores y trabajadoras puedan conciliar su vida laboral y familiares siempre que no vaya en detrimento del normal desarrollo de la actividad empresarial (otros convenios, de la empresa Volconsa Construcción y Desarrollo de Servicios SA ( las partes firmantes se obligan a promover igualdad de oportunidades, eliminar cualquier disposición medida o práctica laboral que suponga trato discriminatorio por razón de nacimiento, sexo y a desarrollar lo dispuesto en ley de

conciliación; convenio colectivo de Cádiz Electrónica SA (artículo 46, las partes se comprometen a trabajar en la implantación de políticas y valores que garanticen la dignidad del trabajador y facilite desarrollo de las personas; Convenio consorcio escuela de Hostelería de Cádiz, artículo 8, la empresa se compromete a evitar cualquier discriminación por razón de género y en la medida de lo posible a compaginar la vida laboral y familiar de sus empleados; convenio personal de limpieza Hospital Nuestra Señora de la Merced de Osuna, artículo 8, no discriminación en relación laboral con las mismas retribuciones y demás condiciones de trabajo y siempre en igualdad de condiciones salariales y laborales; artículo 9 convenio Consorcio Escuela de la Madera de Encinas Reals-Cemer, la empresa se compromete a compaginar vida laboral y familiar de sus empleados; artículo 40 Convenio colectivo Herederos de José Castillo Castillo, S.L., las partes se comprometen a promover principio de igualdad de oportunidades, eliminar cualquier disposición medida o práctica laboral que suponga trato discriminatorio por sexo, circunstancia personal o familiar así como cualquier obstáculo que impida el derecho a acceder y desempeñar en condiciones de igualdad las funciones y puestos de trabajo; artículo 21 convenio Yesos Escayolas y Derivados, SA, igualdad de oportunidades: estricta igualdad en las retribuciones considerando que las situaciones que deriven de la condición de mujer como embarazo, lactancia, atención de hijos...no supongan una traba para la contratación y formación profesional; artículo 14 del convenio Empresa Mixta de Limpieza de Villa de Torrox, organización de trabajo, consideración a la dignidad humana y capacidad real del trabajador, respetan leyes vigentes y no discriminación en el trabajo por sexo y edad).

A través de esta relación de convenios, se observa un nivel de compromiso con la responsabilidad diferente según los términos más o menos genéricos de estas cláusulas de igualdad. Así, mientras algunas empresas hacen referencias generales a la dignidad humana

o a la igualdad de oportunidades y a la eliminación de prácticas o disposiciones discriminatorias, otras optan por comprometerse en concreto con la conciliación de la vida laboral, familiar y personal, aunque con redacciones de escasa vinculación jurídica, condicionadas a las necesidades organizativas empresariales.

Por último debe destacarse el convenio de la empresa Sociedad Estatal de Gestión de Activos SA por comprometerse en solitario con cuestiones de igualdad no reguladas en otros convenios como la prevención y erradicación de la discriminación indirecta e impulsar una representación equilibrada de la mujer en todos los ámbitos de la empresa (artículo 11).

## 5.2. Protección jurídica a ciertos colectivos con el fin de atenuar la discriminación múltiple

Excepcionalmente los convenios colectivos se detienen en la atribución de derechos de conciliación específicos a sectores sociales en los que confluyen diversas causas discriminatorias, y esta actitud les acredita como empresas socialmente responsables. El tratamiento igualitario de determinados colectivos en situación de desigualdad puede desembocar en consecuencias inconstitucionales a través de la denominada discriminación indirecta. En efecto, la regulación convencional neutra mediante prácticas o cláusulas provoca consecuencias discriminatorias que minoritariamente se prevén por las empresas, empleadores y representantes sindicales en Andalucía.

En particular, la imprevisión de modelos familiares que reclaman una protección específica por sus dificultades para conciliar como las unidades monoparentales, las familias numerosas u otras modalidades de convivencia.

Respecto a las familias monoparentales, su incorporación a los convenios colectivos andaluces resulta infrecuente, aunque en tales

casos representa una actitud abierta y comprensiva ante los nuevos modelos sociales y excluye posibles efectos discriminatorios frente a la familia convencional, con una superior capacidad para conciliar mediante la corresponsabilidad de ambos cónyuges.

La concesión de las unidades monoparentales de un plus para conciliar no sólo evita la discriminación indirecta en los convenios colectivos sino que puede calificarse como una acción positiva para reducir la desigualdad real entre modelos familiares. Pero la atención a las situaciones monoparentales no se verifica en los convenios colectivos andaluces mediante un permiso o licencia específica, sino proyectándose sobre algunos aspectos como la jornada y por causa de conciliación de la vida laboral, familiar y personal.

En esta línea se inscriben como empresas socialmente responsables el Organismo Autónomo Local de Juventud y Deportes de Écija, permitiendo la modificación del horario en un máximo de dos horas por motivos de conciliación de las familias monoparentales; o la Empresa Municipal Saneamientos de Córdoba SA incorporando los motivos relacionados con conciliación de la vida personal, familiar laboral y en casos de familias monoparentales (artículo 29).

Sin embargo, esta modalidad familiar no suele configurarse generalmente por la negociación colectiva como un criterio de prioridad o preferencia para la elección del periodo de vacaciones o de turnos, respecto de la familia tradicional, ni como causa justificativa para una cierta flexibilidad horaria o de elección de turnos, a efectos de movilidad geográfica o traslado. La omisión de una especial consideración a las familias monoparentales en los convenios andaluces no solo dificulta el ejercicio del derecho a conciliar la vida laboral, familiar y personal, sino que puede incrementar la desigualdad de este colectivo. Por la vía de la inacción y la imprevisión, los convenios colectivos pueden contener en la

actualidad cláusulas inconstitucionales en las empresas que prescinden de un trato favorable para las unidades monoparentales.

Desde esta perspectiva, la referencia a unidades de convivencia parece terminológicamente más adecuado para evitar discriminaciones, sin distinguir entre parientes por consanguinidad, adopción, acogimiento o afinidad y los familiares de convivientes. En esta línea, la posición del convenio Empresa Andaluza de gestión de Servicios Especializados, S.L, puede considerarse socialmente responsable al regular la excedencia para el cuidado de miembros de la unidad familiar y familiar hasta segundo grado de consanguinidad o afinidad, por abarcar la realidad de los hijos de uno solo de los miembros de la pareja de hecho.

Tampoco se observa una especial preocupación de los convenios colectivos por las familias numerosas, cuyas posibilidades conciliatorias aparecen mermadas por sus responsabilidades familiares. Sin que el criterio de razonabilidad se manifieste en la concesión de facilidades para flexibilizar la jornada laboral o elegir turno ni en su prelación para fijar el periodo de vacaciones o movilidad geográfica. La ausencia de baremación en los convenios colectivos de las circunstancias familiares y personales perjudica también a las familias numerosas, y determina una posición empresarial contraria a la responsabilidad social.

Paralelamente, la desatención a los trabajadores con especiales cargas familiares se manifiesta en relación a aquéllos con hijos o hijas discapacitados, a salvo ciertas excepciones en la negociación colectiva. Al respecto, la necesidad de unos cuidados y educación especial en estos casos requiere un compromiso superior de la empresa con esta problemática social. Como sujetos socialmente responsables, los empresarios y la administración deben adoptar medidas para facilitar la conciliación de la vida laboral con las

particularidades de la vida familiar y personal de trabajadores y trabajadoras con familiares discapacitados.

Sin embargo, en los convenios andaluces apenas se prevé esta circunstancia familiar originaria o sobrevenida de minusvalía o discapacidad para aliviar y mejorar la calidad de vida de trabajadores en una evidente situación de desigualdad respecto de aquéllos que no tienen este grave problema. La negociación colectiva se inhibe frente a una realidad social compleja que exige un esfuerzo jurídico para evitar la discriminación, al permitir que los trabajadores con este tipo de cargas familiares soporten mayores dificultades para conciliar la vida laboral y familiar dentro de la empresa que el resto de empleados.

En esta línea, cabe destacar la escasez de convenios que abordan esta circunstancia así como la insuficiencia de medidas que adoptan para facilitar la conciliación, prescindiendo además de su función como criterio para baremar las necesidades conciliatorias de los trabajadores dentro de la empresa o centro de trabajo. La adaptación a las circunstancias familiares y personales de los trabajadores con familiares discapacitados no se prodiga en los convenios andaluces, a pesar de tratarse de una situación excepcional, aunque al menos no se observa una penalización por el uso de las facilidades concedidas a éstos por la empresa como la recuperación de horas por flexibilización de la jornada o la asistencia a programas de educación especial.

Entre las medidas conciliatorias relevantes pueden señalarse las adoptadas por el convenio de la empresa Organismo Autónomo Local de Juventud y Deportes de Écija, para los trabajadores con hijos o hijas discapacitados, flexibilizando la jornada en dos horas a fin de conciliar; también la prioridad a efectos de conciliación respecto de los demás trabajadores si bien de un modo indefinido sin soluciones

concretas (Artículo 27 convenio empresa Logística Acotral, SA, las trabajadoras que tengan hijo con minusvalía la empresa se compromete a mejorar su situación laboral teniendo estos trabajadores prioridad sobre otros compañeros que no se encuentren en esta situación para facilitar su integración y ayudar a una mejora en su vida social y familiar; o la atención de algunas empresas a la educación de los discapacitados a través del convenio IBP Atcosa S.L., como el acompañamiento de hijo con minusvalía y con un límite anual de ocho horas o el convenio para Iniciativas Carolinenses S.L. Personal discapacitado, mediante la asistencia a programas de rehabilitación con un máximo de diez días por semestre.

En nuestra opinión, estas situaciones familiares específicas constituyen un ámbito propicio para introducir cláusulas en los convenios colectivos donde se incluyan acuerdos entre la empresa y trabajador que permitan una adaptación más fiel a sus circunstancias familiares y simultáneamente su participación en la empresa por causa justificada. Pero también junto a la carga familiar de los hijos discapacitados, pueden confluir otras circunstancias que agravan la situación del trabajador, como situación monoparental, cuidado de ascendientes o familia numerosa, entre otras, que pueden incrementar el riesgo de discriminación múltiple, y obligan a ser tenidas en cuenta dentro de la empresa, no solo a efectos de responsabilidad social sino más aun, para evitar decisiones o prácticas inconstitucionales.

El riesgo de discriminación múltiple no se atiende pues, en los convenios colectivos andaluces, ni menos aun los conflictos entre titulares del derecho a conciliar que obligue a ponderar las especiales circunstancias familiares y personales como el grado de minusvalía, o el alcance de la relación familiar del discapacitado con el trabajador y

su anteposición a otras cargas familiares que pudieran esgrimirse dentro de la empresa.

Continuando con la perspectiva de las relaciones familiares, el análisis de los convenios colectivos andaluces confirma la existencia de situaciones discriminatorias que han de ser esquilmas para considerar a una empresa socialmente responsable. En efecto, aunque generalmente los permisos se conceden al trabajador o trabajadora por matrimonio o pareja de hecho, o persona con la que se conviva en análoga relación de afectividad, sin embargo, resulta discriminatorio imponer solo a estas últimas el deber de prueba, incluso limitando los medios probatorios a la inscripción en registros públicos.

Al igual que parece discutible desde un punto de vista constitucional, la exclusión de la pareja de hecho o conviviente de los permisos por fallecimiento, hospitalización, enfermedad grave o intervención quirúrgica mientras paralelamente se incluyen a otros familiares incluso afines en caso de matrimonio (convenio Mancomunidad Sierra Minera, artículo 19; convenio Egemasa, excedencia de no más de tres años el personal para cuidado de cónyuge o conviviente; convenio ABC Córdoba SL incluye a padres, hermanos, cónyuges o parejas formales con las que se conviva de forma marital y estable; convenio colectivo Consorcio Zona Franca de Cádiz, en los permisos por enfermedad grave y fallecimiento no incluye al cónyuge).

También convendría depurar los convenios colectivos que solo conceden permiso por boda o matrimonio de padres, abuelos, hijos y otros familiares sin atender a la formalización de otras uniones con efectos jurídicos; o los que conceden permiso por fallecimiento de hijastros pero sin incluir a los hijos de la pareja de hecho (convenio Emasa). Excepcionalmente, algún convenio atribuye idénticos derechos a los familiares de la pareja de hecho, sin detenerse en ésta

como la mayoría (convenio Centro de Trabajo Servicio de Trabajos varios de Limpieza en las Playas de Cádiz, las parejas de hecho se asimilarán al cónyuge y familia hasta segundo grado de consanguinidad o afinidad de la pareja de hecho).

La ampliación de la edad de los hijos o hijas para el ejercicio de los permisos y licencias también constituye una actitud empresarial socialmente responsable (convenio Personal Laboral Cespa Bailén, SA), y más realista por su mejor adaptación a las necesidades familiares del trabajador o trabajadora.

Otro colectivo social que reclama un tratamiento desigual en el ejercicio de derechos de igualdad y en particular, para conciliar su vida laboral, familiar y personal, son las víctimas de violencia de género, acreedoras por ley, al menos en teoría, de ciertos derechos en la empresa y la administración. La protección jurídica de las mujeres maltratadas constituye un precedente en la aproximación de la empresa pública y privada respecto de la aplicación del derecho constitucional a conciliar. La legalidad obliga a empresarios y a los entes administrativos a ser sujetos socialmente responsables y ceder necesariamente parcelas de poder organizativo y direccional. Aunque en términos jurídicos débiles pues los convenios colectivos no suelen abordar el maltrato como causa de conciliación, o a lo sumo reiteran la ley cuyo nivel de compromiso es por demás deficiente, y solo excepcionalmente agregan un plus mínimo a la regulación legal (artículo 53 convenio Cepsa Química SA, incluye un derecho a asistencia social integral, a reducción de jornada con disminución proporcional de salario, a la reordenación del tiempo de trabajo a través de la adaptación del horario, aplicación del horario flexible para conciliación familiar o de otras formas de ordenación del tiempo de trabajo que se utilicen en la empresa a decisión del interesado, y además un derecho preferente a ocupar otro puesto de trabajo vacante en otro centro de trabajo, a suspender su contrato cuando se

vea obligado a abandonar su puesto de trabajo no más de siete meses, a no computar como falta de asistencia, las ausencias motivadas por situación física o psicológica, siendo nulo despido de trabajadoras víctimas de violencia de género.

No obstante, en los convenios colectivos andaluces se observa una tendencia a regular derechos derivados o subderechos para conciliar la vida laboral, familiar y personal de las víctimas de violencia de género, algunos previstos en la ley aplicable, como el derecho a reserva de puesto (artículo 31 convenio Empresa Ente Público Empresarial Local Écija Comunicación, reconociendo seis meses de reserva de puesto de trabajo, computable a efectos de antigüedad y prórroga por tres meses y máximo de dieciocho meses; convenio Organismo Autónomo Local de Juventud y Deportes de Écija, permitiendo a la empleada víctima de violencia el traslado a una unidad administrativa, con derecho a excedencia sin haber prestado un tiempo mínimo de servicio y sin plazo de permanencia y durante los dos primeros meses percepción de retribuciones íntegras); o a flexibilidad horaria (convenio empresa Organismo Autónomo Local de Juventud y Deportes de Écija, derecho a reducción de jornada y a hacer flexible su horario sin mediar solicitud con la sola comunicación y en caso de discrepancias se procederá a la búsqueda de soluciones efectivas atendiendo al principio de la buena fe).

También suele mejorarse la legalidad por vía convencional, atribuyendo un plus de beneficios sobre lo dispuesto por el legislador o relajando los requisitos exigidos con carácter general para conciliar (convenio Desarrollos Municipales Estepona, las retribuciones de las víctimas de violencia de género serán siempre un diez por ciento superior al porcentaje del tiempo trabajado mensualmente si los porcentajes de reducción de jornada fueran distintos a la mitad o cuarto y podrán hacer flexible su horario sin mediar solicitud con la sola comunicación las víctimas violencia, y en caso de discrepancias o

dificultades para dicho horario se procederá a búsqueda de soluciones atendiendo a la buena fe).

Difícilmente puede afirmarse que se ha consolidado un nivel óptimo de responsabilidad social corporativa frente al maltrato de mujeres en la Comunidad Autónoma andaluza. Mayoritariamente los convenios colectivos andaluces apenas incorporan derechos no previstos por el legislador para reforzar la posición jurídica de las mujeres maltratadas en el ejercicio de sus derechos de conciliación. A pesar de la incidencia de la violencia de género en la relación laboral como acertadamente reconoce el convenio de la empresa Casino Bahía de Cádiz (artículo 39), al señalar como sus manifestaciones el absentismo, estrés, bajo rendimiento, la falta de atención en las tareas, afectando a la salud y seguridad en el trabajo y repercutiendo en la de otros trabajadores y trabajadoras.

Este convenio faculta a la trabajadora para negociar con la empresa permisos en dos semanas o los días necesarios para el caso de seguir procedimientos judiciales y permisos de trabajo retribuidos de duración determinada siempre y cuando decida denunciarla y normalice sus circunstancias como nuevo domicilio, atención a hijos, tramitación documentos, flexibilidad de jornada para seguir procedimientos judiciales.

Estas medidas identifican, en nuestra opinión, a esta empresa como socialmente responsable no sólo por prevenir la posibilidad de acuerdos para adaptar las difíciles circunstancias familiares de las mujeres maltratadas a sus necesidades personales, sino por asumir el coste de permisos retribuidos. En esta línea, el convenio de la Empresa Michelín España Portugal, SA prevé iniciativas más allá de los derechos legales, si bien solo regula el derecho a reducción de la jornada con disminución proporcional del salario o a la reordenación

del tiempo de trabajo a través de adaptación de horario flexible u otras formas de ordenación del tiempo.

Entre los convenios andaluces relevantes en materia de violencia de género, se sitúa el convenio Althenia S.L. al mantener una postura preventiva respecto del maltrato dentro de la empresa mediante un informe indicando la existencia de indicios de violencia de género en la trabajadoras (artículo 40) y conceder a las trabajadoras maltratadas el derecho a elegir turno de trabajo y procurando en la medida de lo posible que sea asignada a servicios que no se realicen en solitario y a optar por un turno partido, garantizando el anonimato para una mayor protección a dichos trabajadores.

Sin embargo, siguiendo la tónica de la ley de violencia de género, los convenios no garantizan un deber de las empresas de apoyar la conciliación de las mujeres maltratadas, ni su posición jurídica manteniendo sus retribuciones, las prestaciones familiares, la conservación de su puesto de trabajo y no su abandono, ni atribuyen un derecho especial a flexibilizar el horario, a adaptar el turno o las vacaciones a sus necesidades personales y familiares con prelación respecto de los demás trabajadores. No existen indicios en la negociación colectiva de un derecho individual a conciliar de las mujeres maltratadas, adaptado a sus particulares responsabilidades y circunstancias familiares y personales, que tenga en cuenta sus responsabilidades familiares, hijos, mayores o menores, o ascendientes a su cargo, que debiliten aun más su situación en caso de violencia de género.

En situación de violencia de género, la adaptación de la vida familiar y personal al trabajo resulta particularmente compleja por el riesgo implícito y la pérdida de retribuciones si se opta por una reducción de jornada o excedencia. Por lo que el derecho a conciliar de las mujeres maltratadas debe evitar un tratamiento igualitario con el resto de

trabajadores en relación con el absentismo, vacaciones, turnos, jornada, despido, traslados y simultáneamente impedir su penalización en materia de retribuciones, derechos de Seguridad Social, o pluses. En esta línea, deben dirigirse las cláusulas innovadoras que apuesten por la responsabilidad social de las empresas, facilitando los acuerdos entre la empresa y la trabajadora, admitiendo sus sugerencias e iniciativas y la participación de las mujeres maltratadas en el diseño de sus derechos de conciliación para que resulten adaptativos a sus especiales circunstancias familiares y personales.

### 5.3. Responsabilidad social en diversos aspectos laborales.

#### - Vacaciones.

Entre las cláusulas innovadoras de los convenios colectivos andaluces destaca la posibilidad concedida al trabajador o trabajadora de fijar el periodo vacacional a su conveniencia, conforme a sus intereses personales y familiares. Destaca en este sentido, el convenio Empresa Nacional de Residuos Radiactivos, que permite la determinación de las vacaciones a conveniencia del trabajador y siempre y cuando las necesidades del trabajo lo permitan (artículo 24). La flexibilidad en el disfrute de las vacaciones facilita la conciliación de los trabajadores, razón por la cual algún convenio como el de la empresa Agility Support S.L., permite que las vacaciones puedan tomarse por días.

No obstante, algunos convenios optan por un criterio más ecléctico, admitiendo sólo que se tendrán en cuenta las peticiones del personal aunque la empresa conserva el poder de organización de los turnos vacacionales (artículo 17 convenio Holcim Carboneras). Pero únicamente las empresas que fomentan los acuerdos con los trabajadores y priman sus preferencias sobre criterios organizativos, promocionan la responsabilidad social. Aunque, en la actualidad, el

derecho del trabajador a fijar la fecha de vacaciones suele limitarse y condicionarse a la organización empresarial o a un criterio ajeno a la conciliación como la antigüedad (convenio Holcim Carboneras).

El derecho a conciliar la vida laboral, familiar y personal aparece en los convenios colectivos andaluces al regular la interrupción de las vacaciones por circunstancias familiares y personales. La facultad concedida al trabajador de continuar las vacaciones una vez finalizada la causa impeditiva, sin pérdida de días o cualquier otra penalización, implica una flexibilización del permiso vacacional en atención a circunstancias familiares y personales como la incapacidad transitoria, hospitalización, maternidad, lactancia, entre otras.

Esta posición empresarial condescendiente con los imprevistos que pueden surgir en el disfrute de las vacaciones en perjuicio del trabajador y que pretende amortiguar la privación parcial de este permiso por causas ajenas a su voluntad, facilita el derecho constitucional a conciliar y representa una actitud socialmente responsable. Entre los convenios que se desmarcan de la rigidez habitual respecto de la interrupción de las vacaciones por circunstancias familiares y personales, pueden citarse el convenio Urbaser, SA, que facilita el disfrute de las vacaciones al finalizar la baja (artículo 18); el convenio empresa Sociedad Mixta del Agua de Jaén, SA, que en caso de incapacidad temporal el trabajador si fuere hospitalizado, se fijará nueva fecha de disfrute dentro del año (artículo 10). Aunque resultan más comprometidos con la responsabilidad social los convenios que permiten al trabajador la elección de la fecha de disfrute tras la reincorporación o los que incluso facilitan su reanudación aunque haya expirado el año natural.

La penalización del permiso de vacaciones por causas familiares y personales subyace en la pérdida de los días pendientes de disfrute, de modo que la suspensión de este periodo constituye una postura

empresarial socialmente responsable por compatibilizar la vida laboral y familiar o personal (Convenio Cepsa Química SA, si tiene enfermedad o accidente que exija hospitalización se suspenderá el cómputo de días de vacaciones entre fechas de baja y alta hospitalaria).

Aunque los convenios colectivos andaluces reflejan un tratamiento diversificado de las vacaciones según su interrupción responda a motivos familiares y personales, limitándose la suspensión con carácter general a la incapacidad transitoria y a la maternidad o lactancia. Pero queda pendiente la inserción de otras circunstancias familiares y personales que puedan interrumpir el periodo vacacional en la negociación colectiva los convenios, para evitar que en estos casos se prive al trabajador de días de permiso. En esta línea, las empresas que atiendan a las diversas circunstancias familiares y personales como causas de interrupción de las vacaciones sin sancionar su concurrencia, se adentran en el campo de la responsabilidad social.

No obstante, algunos convenios andaluces compensan estas medidas penalizadoras con la transferencia de días de disfrute al año siguiente (IV convenio colectivos de Cádiz Electrónica SA Cláusula 16, si razones de de tipo personal impidiesen el disfrute de vacaciones se podrá transferir hasta un máximo de cinco días al año siguiente), con el abono de gratificaciones (convenio Holcim Carboneras, en caso de suspensión de vacaciones por motivos imprevistos se abonarán gratificaciones) o el resarcimiento de perjuicios económicos al trabajador cuando por necesidades de la empresa se solicite y el trabajador acepte modificar el periodo de disfrute de vacaciones ( artículo 42 convenio Cepsa Química SA).

Son frecuentes en los convenios colectivos andaluces determinadas cláusulas que pretenden la intangibilidad del periodo de vacaciones por el ejercicio de otros derechos de conciliación (convenio Chiclana

Natural SA 2008-2012, estableciendo que en ningún caso dichos permisos o licencias podrán descontarse de las vacaciones anuales retribuidas y sin que el permiso por asuntos de interés personal pueda acumularse a licencia por vacaciones; convenio Radio Jaén, cláusula 22, no pueden descontarse del periodo vacacional cualquier permiso que la empresa hubiera concedido; convenio Chiclana Natural S.A., en ningún caso dichos permisos o licencias podrán descontarse de las vacaciones anuales retribuidas; convenio de la empresa Multiser del Mediterráneo S.L., atribuyendo cuatro días de asuntos propios con una semana de antelación y en caso de desacuerdo en la fecha de disfrute por concurrencia de diversas solicitudes se estará a las necesidades justificadas de los trabajadores que así lo soliciten y no podrán unirse a las vacaciones; convenio Mijas Comunicación, se estará a las necesidades justificadas de los trabajadores que así lo soliciten y no podrán unirse a las vacaciones).

No obstante, la disponibilidad de los trabajadores sobre el periodo vacacional facilitándose la acumulación a otros permisos o su utilización a modo de comodín para atender circunstancias personales o familiares conforma una posición empresarial socialmente responsable (convenio Mancomunidad de Municipios Ribera de Huelva, admitiendo que podrán unirse a vacaciones, las licencia por nacimiento, adopción , traslado domicilio, maternidad o matrimonio; convenio FCC Medio Ambiente, S.A., cláusula 20 permite disfrutar una semana a cuenta de las vacaciones).

Por otra parte, el criterio de fijación vacacional basado en la rotación o en la antigüedad puede producir efectos discriminatorios por prescindir de las circunstancias familiares y personales y obstruir el derecho constitucional a conciliar (artículo 42 convenio Cepsa Química, S.A, y artículo 27 convenio Acerinox, que solo por causa muy justificada o por necesidades del servicio, el trabajador o la empresa podrá solicitar cambio de periodo de disfrute de las

vacaciones). En este sentido, la opción por los turnos rotatorios como criterio preferente para determinar el disfrute de las vacaciones, sin ponderación de responsabilidades familiares ni de las situaciones individuales excepcionales o de emergencia, resulta discutible desde una perspectiva constitucional y se aparta de los cánones de responsabilidad social corporativa (Agility Support S.L., la prioridad para época de disfrute de vacaciones vendrá dada en primer lugar por el criterio de turnos rotatorios, en segundo lugar por las obligaciones familiares y tendrán preferencia para disfrutar vacaciones en fechas coincidentes con periodos no lectivos, como hijos en edad escolar entre tres y dieciséis años o hijos disminuidos sin límite en edad escolar, y por último, las situaciones individuales de carácter excepcional o emergencia serán tomadas en consideración sobre la base de dichas circunstancias.

A sensu contrario, la ponderación de las circunstancias familiares y personales en los convenios colectivos para determinar la fecha o modo de disfrute de las vacaciones constituye una postura empresarial socialmente responsable. En esta línea, destaca el convenio empresa Gestión Integral del Agua Costa de Huelva, estableciendo vacaciones de treinta días por periodos de quince, salvo para atender a urgencias familiares en cuyo caso podrán ser menos días, y para atender necesidades urgentes e imprevisibles se podrán conceder uno o más días de permiso a cuenta de las vacaciones (artículos 26 y 27). También la empresa Iniciativas Carolinenses S.L, se compromete a procurar que quince días coincidan con las vacaciones escolares si tuvieran hijos en edad escolar y lo soliciten con dos meses de antelación y los trabajadores comunicarán a la empresa periodos que deseen disfrutar de vacaciones anuales por orden de prioridad de sus preferencias (artículo 25).

En caso de imposibilidad de concesión simultánea de vacaciones, los trabajadores con hijos en edad escolar, deberían anteponer a los que convivan de modo estable con otra persona, e incluso a los trabajadores con mayor antigüedad (convenio Jerez Comunicación Municipal, S.A.). Las empresas andaluzas suelen recurrir en primer lugar al acuerdo entre trabajadores, criterio que puede presionar al trabajador para el ejercicio de su derecho legítimo a conciliar, y en su defecto al sorteo, sin que la subordinación de las preferencias vacacionales del trabajador al acuerdo en el centro de trabajo ni el sorteo resulten soluciones adecuadas en ningún caso a las necesidades personales y familiares (artículo 14, del convenio Mijas de Comunicación, disponiendo que serán concedidas las vacaciones procurando complacer al trabajador debiendo en cualquier caso existir acuerdo entre el personal del mismo departamento, y en caso de no existir acuerdo se procederá por sorteo).

El recurso a la antigüedad, al sorteo o al sistema de rotación para dirimir la concurrencia de trabajadores en el periodo de vacaciones se distancia del derecho constitucional a conciliar por prescindir de las circunstancias familiares, con el riesgo de discriminación (convenio de la Empresa Consorcio de Turismo de Córdoba, cláusula 14 vacaciones, si no hay acuerdo por sorteo, será en años sucesivos de carácter rotatorio; convenio Mijas de Comunicación, las vacaciones serán concedidas procurando complacer al trabajador debiendo en cualquier caso existir acuerdo entre el personal del mismo departamento, en caso de no existir acuerdo se procederá por sorteo; convenio Asistencia Los Ángeles, S.L., cláusula 23 tendrán preferencia para las vacaciones los más antiguos y será rotativa dicha preferencia; convenio Instituto Municipal de Deportes de Córdoba, la distribución de turnos de vacaciones de común acuerdo o mediante sorteo entre trabajadores; convenio Empresa Medios de Comunicación S.A Onda Algeciras TV artículo 12 por acuerdo y si no hay acuerdo rotándose en los años de disfrute).

Pero la prioridad de elección de vacaciones en base a criterios de responsabilidad familiar y personal no debe condicionarse por la empresa para evitar el menoscabo del derecho a conciliar. En el caso de los trabajadores con hijos en edad escolar si se condiciona a otros criterios como la antigüedad o a la rotación y en el de los cónyuges, a que los dos trabajen o a que uno sólo lo ejercite, puede vulnerarse subrepticamente el derecho constitucional a conciliar (convenio para el personal laboral de Institución Ferial de Cádiz, cláusula 16 vacaciones, en caso de discrepancias con el periodo a disfrutar, tendrán preferencia las persona con hijos en edad escolar y con mayor antigüedad en el departamento a que pertenezcan si bien no podrán coincidir dos años consecutivos y cuando estuviese casado este derecho solo podrá ser ejercitado por uno de los cónyuges y justificarse previamente).

Por tanto, la responsabilidad social corporativa aplicable a las vacaciones requiere prever las circunstancias familiares y personales como criterio de prioridad en la fijación de fechas y turnos vacacionales; la posibilidad de superposición de las vacaciones con otros permisos y no solo el de maternidad (convenio Urbaser, artículo 18); o la discrecionalidad del trabajador para utilizar las vacaciones con objeto de adaptarlas a sus necesidades personales y familiares (artículo 17 convenio Empresa Volconsa Construcción y Desarrollo de Servicios SA, regula el permiso por asuntos propios cuatro días al año pero si los agota y necesita realizar gestiones particulares, se le permitirá el disfrute de días sueltos de vacaciones para atenderlos y por causas justificadas se podrán conceder horas o días de permiso a compensar posteriormente).

#### - Flexibilización de jornada y turnos

La responsabilidad social exige necesariamente la concesión por las empresas y la administración de un horario flexible para conciliar la

vida laboral, familiar y personal. Con acierto desde un punto de vista constitucional, el convenio empresa Volconsa Construcción y Desarrollo de Servicios, SA., parte de la base de que los tiempos de trabajo no son compartimentos estancos y perfectamente divididos; son tiempos que deben compatibilizarse para eso el entorno laboral tiene que adaptarse a las necesidades familiares y personales (artículo 19).

La flexibilización horaria adopta perfiles diversos desde el compromiso de la empresa en posibilitarla a los trabajadores (artículo 26 convenio Empresa Cervezas Alhambra SL 26 se facilitará la flexibilidad en el horario de tarde), o excepcionalmente su configuración como derecho, si bien ambas posturas con distinta intensidad se adentran en el campo de la responsabilidad social.

Respecto de la primera posición, las empresas suelen otorgar al trabajador la facultad de flexibilizar la jornada laboral si bien a costa de condicionar en exceso su derecho a conciliar, subordinándolo a una autorización previa empresarial y a las necesidades organizativas. Al respecto, según el convenio Butano Distribuidor Comercial SA, el trabajador tendrá derecho a adaptar la duración y distribución de la jornada de trabajo para hacer efectivo su derecho a la conciliación siempre que su concreción no impida o afecte a la organización del trabajo en la empresa. Este tipo de cláusulas quedan a la interpretación de la empresa y más aun a su arbitrio, porque para denegar el derecho a conciliar es suficiente una simple "afectación" de la organización del trabajo.

En otros convenios, la empresa renuncia parcialmente a su poder de dirección subordinando el derecho del trabajador a la adaptación y distribución de la jornada de trabajo que mejor se adapte a sus circunstancias familiares y personales, a la aprobación por la dirección de la empresa y también del comité de empresa (convenio

Chiclana Natural SA 2008-2012). Los acuerdos entre la dirección y la representación para el establecimiento de criterios de flexibilidad de horarios acordes con la organización de trabajo y conciliación, constituye una fórmula prevista en algunos convenios como el de la empresa Cepsa química SA, estableciendo que cuando lo acuerden las partes se podrá establecer distribución de horas de trabajo efectivo superior a nueve horas o superior a las horas semanales que resulten cada año, respetando descanso de doce horas entre jornadas y número de horas a realizar (artículo 54). Si bien admite que la dirección pueda establecer limitaciones a la flexibilidad horaria en puestos de trabajo de presencia determinada para que queden cubiertas las necesidades del servicio.

Además de la aprobación empresarial, el convenio de la empresa Faecta permite un horario flexible para conciliar previa solicitud y autorización de la dirección, siempre que no vaya en detrimento del desarrollo normal de departamento y solo si trabajan ambos cónyuges se confiere el derecho a disfrutar de esta opción (convenio turismo ayuntamiento de Marbella Cláusula 25, los matrimonios con hijos y cuando los dos trabajen en la empresa tendrán derecho a elegir los turnos de trabajo).

La configuración por las empresas de un derecho a flexibilizar la jornada laboral, sea mediante acuerdo entre la empresa y los representantes sindicales o directamente con los trabajadores, bien atendiendo a las peticiones de los empleados conforme a sus intereses personales y familiares, constituye un supuesto de responsabilidad social. La tendencia a la flexibilización de la jornada laboral tropieza con la resistencia mayoritaria de las empresas andaluzas a confiar su regulación al acuerdo de los trabajadores con la empresa o a las necesidades familiares y personales de los empleados (convenio Alfombras Artesanales La Alpujarreña, es facultad privativa del empresario establecer el horario de su

personal). En esta línea, el convenio Atlantic Copper SA señala que la regulación de la jornada flexible será a criterio de la empresa si bien se procurará atender a las peticiones de los trabajadores si el servicio y la organización lo permiten y no podrán generarse horas extraordinarias derivadas de este sistema.

No obstante, la generalización del derecho a flexibilizar la jornada ha derivado en otros subderechos de conciliación como los que se relacionan a continuación:

-la reducción de horas extraordinarias (convenio Atlantic Copper SA Cláusula 22, comprometiéndose la empresa y los representantes de los trabajadores a reducir horas extraordinarias y a fomentar el empleo, permitiendo que la jornada flexible se pueda realizar con un máximo de ciento veinte horas flexibles por cada trabajador fuera de su horario habitual y la empresa preavisar al trabajador con setenta y dos horas antelación.

Este convenio colectivo puede considerarse doblemente comprometido con la responsabilidad social por reducir el impacto de las horas extraordinarias en la vida familiar y personal de los trabajadores, pero también por enfocar esta medida conciliatoria a la creación de empleo.

Paralelamente, algunas empresas tratan de amortiguar las consecuencias derivadas del uso de permisos y licencias, sin que se incrementen las horas extraordinarias (convenio colectivo Empresa El Correo de Andalucía S.L., artículo 25 admitiendo que las horas extraordinarias serán las necesarias por ausencias imprevistas derivadas de permisos o licencias retribuidos).

Respecto de la flexibilización por turnos, cabe mencionar la posibilidad reconocida en algunos convenios colectivos de reforzar

ciertos derechos de conciliación como la reducción de jornada (convenio de la empresa Verificaciones Industriales de Andalucía S.A., los trabajadores y trabajadoras con sistema de trabajo a turnos que reduzcan jornada por motivos familiares tendrán derecho a la elección de turno y a la concreción del horario dentro del turno elegido).

Pero también los convenios colectivos al regular los turnos incorporan un derecho preferente al cambio de turno basado en circunstancias familiares y personales, aunque suele primarse el criterio de antigüedad en la empresa (convenio Residencia Geriátrica Ciudad el Ejido SA, tendrá preferencia para el cambio de turno el personal que acredite mayor antigüedad y mejor cualificación profesional, así como los trabajadores que por circunstancias personales deban conciliar su situación laboral con la familiar, artículo 16)

Pero el ejercicio de este derecho de conciliación puede afectar colateralmente a otros trabajadores de la empresa, y provocar conflictos entre derechos constitucionales, que obliguen a ponderar el derecho a la igualdad y a no ser discriminado, con el principio de mérito, antigüedad, o la categoría profesional. Aunque los convenios colectivos ignoran que las licencias y bajas por enfermedad o accidente laboral, que obligan a modificar el cuadrante, pueden afectar los derechos de conciliación de otros trabajadores y suelen prescindir de las circunstancias familiares y personales de éstos, cubriendo las ausencias por el personal que tenga más próximo el cambio de turno.

-Derechos de flexibilización para ciertos colectivos con especiales dificultades para conciliar en términos generales.

En determinados convenios colectivos andaluces se introducen cláusulas para promover la conciliación de ciertos grupos sociales como los minusválidos, las unidades monoparentales o con responsabilidades familiares.

En esta línea, la empresa Volconsa Construcción y Desarrollo de Servicios, SA establece un derecho a adaptación de horario y jornada en casos de cuidado directo de familiar hasta segundo grado que no pueda valerse por sí, y el derecho a flexibilizar en una hora el horario fijo de jornada con personas con discapacidad. Para lo que prevé un informe favorable de la comisión de interpretación y vigilancia que valorará la repercusión de la modificación solicitada en la organización del servicio y en el resto de compañeros del centro de trabajo del trabajador afectado.

En base a este presupuesto, no obstante, deja abierta la vía a que la organización del servicio o la colisión con los intereses de otros trabajadores puedan mermar el ejercicio de este derecho de conciliación.

También la referida empresa admite con carácter excepcional personal y temporal previa autorización del departamento, la modificación del horario en dos horas por motivos de conciliación y en los casos de familias monoparentales, con informe favorable en los términos anteriormente señalados. Esta previsión se reitera en el convenio Centro Asociado UNED en Cádiz, previa autorización de la dirección del centro y por motivos de conciliación con la modificación del horario en dos horas, además de la flexibilización en una hora el horario fijo de jornada para quienes tengan a su cargo ascendientes consanguíneos o afines mayores de sesenta y cinco años, hijos menores de 14 años y familiares discapacitados hasta segundo grado.

Sin embargo, la mayoría de convenios colectivos andaluces no regulan la flexibilización de la jornada para cumplir los deberes familiares en situaciones especiales de separación o divorcio. La tendencia a la concesión judicial de la custodia compartida por ambos progenitores obliga a los trabajadores en esta circunstancia al cumplimiento de sus deberes familiares. Por lo que las empresas también han de asumir un deber de colaboración para facilitar la conciliación en estos casos como sujetos socialmente responsables. Excepcionalmente, el convenio Emasa establece que el trabajador que tenga asignada judicialmente la patria potestad y dependa directamente del trabajador, tiene derecho a reducción de jornada de 15% sin merma de retribuciones.

La adaptación y distribución de la jornada a las circunstancias familiares y personales constituye un derecho derivado del derecho constitucional a conciliar, conformando una posición empresarial socialmente responsables (convenio Chiclana Natural SA, este derecho debe ser aprobado por la dirección de la empresa y el comité de empresa). Paralelamente, la elección por el trabajador de la modalidad de flexibilidad horaria parece una tendencia incipiente en el avance de la responsabilidad social corporativa (artículo 26 convenio Empresa Cervezas Alhambra SL, se facilitará la flexibilidad en el horario de tarde).

-Otras medidas de flexibilización de la jornada laboral:

-Disfrute de bolsas o créditos horarios

La concesión por la empresa de créditos o bolsas horarias al trabajador constituye una respuesta basada en la responsabilidad social por disminuir la rigidez en cuanto al término para conciliar y disfrutar del permiso o licencia correspondiente. Pero también simultáneamente esta fórmula flexible confiere a los trabajadores un

margen de disponibilidad para distribuir el tiempo de los permisos según sus conveniencias o intereses personales o familiares (convenio Las Lomas Comasa-Agrícola Conagra SL, artículo 32 para asuntos propios, tres días retribuidos al año y el tiempo disfrutado se adicionará a la bolsa de horas flexibles).

No obstante, los fines a los que se destinan las bolsas o créditos horarios pueden ser diversos, integrándose en los diferentes permisos y licencias que se regulan en los convenios colectivos para conciliar la vida laboral, familiar y personal (convenio empresa Mancomunada del Aljarafe con un crédito horario de quince horas anuales, disfrute por fracciones no menos de una hora, y autorización jefe del servicio responsable de recursos humanos). En este sentido, destacan las empresas que para evitar el agotamiento del permiso por días instauran la acumulación de horas para un mejor aprovechamiento por el trabajador según su propio criterio de distribución del tiempo. El recurso a los créditos horarios puede utilizarse en permisos para consultas médicas (convenio Proazimut, S.L., derecho a bolsa horaria equivalente a dieciséis horas para asistencia a consulta de médicos de la Seguridad Social, a ocho horas por semestre y si no se disfruta se perderá y en caso de superarse la bolsa horaria se considerará falta justificada sin retribución, excepto acuerdo con superior con capacidad de decisión que podrá acordar la recuperación de las mismas; o para asuntos propios (artículo 32 convenio Las Lomas Comasa-Agrícola Conagra SL , tres días retribuidos al año y el tiempo disfrutado se adicionará a la bolsa de horas flexibles); o para tratamientos o gestiones ante administraciones (convenio Empresa Andaluza de Gestión de Instalaciones y Turismo de Jaén, con el límite máximo de disposición diaria de tres días).

-Disponibilidad del trabajador sobre la jornada, permisos o licencias

La posibilidad de atenuar la rigidez de los permisos y licencias legales por vía convencional aparece en algunos convenios colectivos como medida para facilitar el ejercicio de los derechos de conciliación. Esta fórmula de responsabilidad social comprendería desde el disfrute de los permisos con antelación al evento o la causa que los motiva (convenio Randols Multiservicios SL, el trabajador podrá elegir disfrutar del permiso por matrimonio antes o después del periodo vacacional si coincide con éste) hasta la facultad del trabajador de elaborar su propio calendario (artículo 35 convenio Randols Multiservicios SL).

Si bien la mayoría de convenios colectivos andaluces no regulan el disfrute de los permisos o licencias en fecha distinta del hecho o evento en cuestión, algunos como el convenio Hispatec Informática Empresarial SAU, admiten que el permiso por matrimonio o pareja de hecho se pueda disfrutar dos días de antelación a la fecha señalada para la celebración de la ceremonia (artículo 17). Solo minoritariamente algunas empresas permiten al trabajador disfrutar de los permisos a su conveniencia como el convenio de Randols Multiservicios S.L.

Aunque la disponibilidad del trabajador o trabajadora sobre los permisos no solo procede del uso de los mismos a su conveniencia en cuanto a la fecha sino de la propia indefinición de los mismos mediante su configuración abierta y no tasada (convenio Grúas Ruiz SAU, artículo 17, se acuerda establecer un día de descanso anual que será disfrutado cada año por el empleado en la fecha que cada trabajador determine según sus necesidades; convenio Empresa Pública de Turismo Andaluz, derecho a reducción de jornada entre una tercera parte o como máximo la mitad por enfermedad grave, por víctima de violencia de género, cuidado de familiar u otras

similares consideradas por la comisión de vigilancia y por menor de nueve años). Se observa una tendencia en estos convenios a su desconexión con las circunstancias familiares y personales, sin exigir justificación de tales motivos (convenio Prodetur SA, ocho días hábiles por asuntos propios sin justificación por el trabajador con las necesidades del servicio y negociados entre empresa y representantes de trabajadores).

En este sentido, como expusimos en otro epígrafe, las licencias por asuntos propios suelen constituir un cajón de sastre que los trabajadores destinan a conciliar y cuya indeterminación les otorga un margen para la adaptación a sus necesidades personales y familiares (artículo 27 convenio clínicas Internacionales Unidas SL, regula un permiso por asuntos propios, cinco días anuales no retribuidos para atender necesidades particulares). De igual modo, los permisos no retribuidos otorgan cobertura a las circunstancias extraordinarias no amparadas legalmente (artículo 18 convenio colectivo de Cádiz Electrónica S.A, ante la concurrencia de circunstancias extraordinarias no contempladas y si el trabajador no dispone de días de vacaciones no colectivas o días de descanso compensatorio, la empresa podrá autorizar permisos no retribuidos de hasta un mes).

Aunque las empresas suelen condicionar en exceso estos permisos reduciendo su uso como comodín jurídico para conciliar (artículo 17 convenio empresa Sociedad Estatal de Gestión de Activos S.A., regula un permiso por asuntos propios no acumulables a vacaciones ni a permisos retribuidos).

Por último, la atenuación del perfil propio de algunos derechos de conciliación respecto de su configuración legal también puede favorecer su ejercicio por los trabajadores, como el convenio Empresa Andaluza de Gestión de Instalaciones y Turismo de Jaén,

que procede a eliminar el mínimo en la reducción de jornada quedando a elección del trabajador; o las excedencias pactadas previstas en el convenio Epremasa, para lo que se estará a lo establecido por las partes.

#### -Movilidad geográfica y funcional

El derecho a conciliar la vida laboral, familiar y personal debe prolongarse a la movilidad geográfica para facilitar su adaptación a las necesidades y circunstancias de los trabajadores (convenio Desarrollos Municipales Estepona, artículo 53, al acordar traslados forzosos dispone que la empresa tendrá en cuenta las circunstancias personales familiares y sociales del trabajador de manera que hayan de sufrirlo quienes resulten en lo posible menos perjudicados). Sin embargo, la transversalidad de la conciliación y de la igualdad de oportunidades apenas ha informado la regulación de la movilidad geográfica en los convenios colectivos.

Paradójicamente y de modo incoherente, a pesar de que la agrupación familiar constituye la ratio de ciertos permisos y licencias, sin embargo, no se ha proyectado sobre la movilidad geográfica (convenio empresa Promoción y Comunicación Estepona SL, artículo 27, excedencia por cuidado de hijos de no más de cuatro años, por agrupación familiar). Apenas la negociación colectiva aborda la influencia de los motivos personales y familiares en la movilidad geográfica como así establece el convenio Aguas de Lanjarón S.A., que a petición del personal por motivos familiares o personales con preaviso, permite al trabajador solicitar traslado conservando todos los derechos adquiridos; o el convenio Empresa Andaluza de Gestión de Instalaciones y Turismo de Jaén, artículo 11, regulando la movilidad geográfica dispone que en los traslados forzosos se tendrán en cuenta circunstancias personales, socioeconómicas y cargas familiares.

La responsabilidad social en el apartado de movilidad geográfica abarca aspectos diversos desde la concesión por la empresa de unos días para el desplazamiento (artículo 12 convenio Aguas de Lanjarón, S.A) o la preferencia para el traslado o la permanencia en sus puestos de trabajo de los empleados con responsabilidades familiares (artículo 13 convenio Clece, según el cual tendrá preferencia para permanecer en sus puestos de trabajo el personal con obligaciones familiares; artículo 16 convenio Ivesur SL, se refiere a las medidas para atenuar consecuencias a los trabajadores afectados).

Aunque la circunstancia familiar más referida en los convenios colectivos andaluces a efectos de movilidad geográfica se centra en la relación conyugal. En este sentido, el artículo 13 convenio Empresa Volconsa Construcción y Desarrollo de Servicios S.A., admite que en la movilidad geográfica se respetarán los derechos económicos y profesionales y si uno de los cónyuges o conviviente en análoga relación de afectividad a la conyugal cambia de residencia por traslado forzoso, el otro si es personal incluido en convenio, tendrá derecho al traslado a la misma localidad si hay puesto disponible y sino a la primera vacante; y el artículo 22 convenio Empresa Nacional de Residuos Radiactivos, atribuye preferencia al trabajador cuyo cónyuge ocupe puesto de trabajo en la empresa de la localidad donde se solicita.

La necesidad de incorporar en los convenios colectivos criterios de baremación implica una anticipación de la empresa a posibles conflictos o situaciones dudosas en relación a la aplicación de la movilidad geográfica. La infiltración de las circunstancias familiares y personales en la determinación de los traslados forzosos implica la proyección del derecho a conciliar en decisiones empresariales ajenas a los permisos y licencias, a modo de principio informador del ordenamiento laboral.

Entre los convenios que merecen especial atención por la interacción entre la movilidad geográfica y la conciliación destacan los de la empresa Clece SA y Volconsa Construcción y Desarrollo de Servicios S.A., no solo por la profusión de las circunstancias familiares y personales sino por priorizarse éstas sobre otros criterios habituales de la negociación colectiva. Según este convenio para el traslado forzoso, el orden de prioridad es el siguiente:

1. Cónyuge que trabajase por cuenta ajena si no es posible su traslado a la misma localidad
2. Trabajador con discapacidad física
3. Personal con hijos, cónyuge con discapacidad
4. Titulares de familia numerosa
5. Personas con hijos en edad escolar
6. Antigüedad
7. Representantes de trabajadores

La previsión de medidas para atenuar los efectos de la movilidad geográfica en la vida familiar y personal conforma una posición de responsabilidad social (convenio empresa Ivesur, S.A., cláusula 16, prevé en la movilidad geográfica medidas para atenuar consecuencias para trabajadores afectados).

- Relajación de los requisitos impuestos por las empresas para conciliar:

-Autorización empresarial

La exigencia de la autorización empresarial para el ejercicio del derecho a conciliar resulta discutible por su naturaleza constitucional y su posible prelación sobre el poder de dirección y organizativo del empresario. A pesar de la tendencia creciente a los acuerdos entre el empresario y el trabajador para el ejercicio de los derechos de conciliación y al planteamiento por los empleados de sus

preferencias o sugerencias según motivos personales o familiares, algunos convenios subordinan expresamente el uso de permisos y licencias legales a la decisión empresarial.

Como requisitos adicionales, se condiciona el ejercicio de derechos de conciliación a un preaviso de quince días (convenio Comunidad de Regantes Piedras-Guadiana) o a la comunicación con antelación a la empresa; aunque los imprevistos en las circunstancias familiares y personales pueden impedir el cumplimiento de estos requisitos. Por lo que únicamente las empresas que acondicionan el preaviso a cada permiso o a los imprevistos familiares o personales que pueden surgir, adoptar una posición proclive al derecho a conciliar y a la responsabilidad social.

No obstante, debe mencionarse la posición de la empresa Organismo Autónomo Local de Deportes Rincón de la Victoria, relajando la autorización empresarial pues los permisos se entienden concedidos por silencio administrativo siempre que se hayan pedido con la debida antelación.

-Necesidad de preaviso o notificación

Con frecuencia las empresas subordinan el ejercicio de permisos o licencias para conciliar al requisito de preaviso a la empresa, con plazos excesivamente breves y con la imposibilidad de cumplirlos en casos urgentes o imprevistos (convenio Complejo Medio Ambiental Sur de Europa Urbaser SA 2009-2013, las solicitudes de permiso por escrito deben solicitarse con cuarenta y ocho horas de antelación, salvo urgente necesidad). Por esta razón, algunos convenios disponen un plazo de aviso o comunicación a la empresa salvo casos “de urgente necesidad” (convenio Complejo Medio Ambiental Sur de Europa Urbaser SA, 2009-2013) y otros conceden excedencias sin exigir un tiempo anterior mínimo ni plazo de permanencia en la

empresa (convenio Empresa Municipal de la Vivienda y Aparcamientos de Estepona). En términos similares a los previstos para las mujeres maltratadas, las circunstancias extraordinarias deben permitir flexibilizar la solicitud previa y el plazo para comunicarlo a la empresa.

Resultan excesivos los plazos de notificación previa a la empresa para conciliar del convenio colectivo de Cádiz Electrónica S.A. disponiendo que se facilitará el cambio de turno o la recuperación del tiempo invertido para acompañamiento médico al cónyuge o hijo por el trabajador siempre que lo notifique al supervisor con una antelación de una semana.

-Requisito de la edad del menor

El progresivo aumento de la edad de los menores sujetos al cumplimiento de deberes familiares ha contribuido a una protección más eficaz de los menores y su mejor adaptación a las necesidades de los trabajadores. Por este motivo, se ha desplazado la edad del menor de los seis años hasta los doce en algunos convenios para licencias, excedencias o reducciones de jornada mejorando el cumplimiento de los deberes familiares (Empresa Municipal del Cementerio Virgen del Valle S.L Écija, derecho a excedencia por cuidado de hijos menores de doce años; convenio Gestión de Aguas del Levante Almeriense, S.A., los trabajadores con hijos a su cargo menores de diez años tienen preferencia de elegir vacaciones y, en caso de concurrencia de varios trabajadores que impidan la correcta organización de trabajo, los que tengan hijos de menor edad, a menos que hayan ejercido este derecho con anterioridad; convenio Empresa Desarrollos Municipales Estepona, cláusula 29 .7, la trabajadora que teniendo a su cargo un menor de doce años se encuentre ocupando un puesto con jornada a turnos tendrá un derecho preferente en la elección del mismo atendiendo la

conciliación de la vida familiar y laboral y establece jornada reducida a la cual pueden acogerse los trabajadores con hijos menores de doce años a su cargo o cuidado de familiares por enfermedad, edad, debidamente acreditadas no puedan valerse por sí mismos y no desempeñen actividad retribuida con percibo del sesenta y ochenta por ciento).

-Igualdad entre categorías profesionales

La igualdad de derechos laborales entre los trabajadores no puede excluir a determinadas categorías profesionales de un derecho representativo de la igualdad de oportunidades como es relativo a la conciliación de la vida laboral, familiar y personal. Sin embargo, los convenios colectivos andaluces apenas abordan el derecho a conciliar en determinados contratos con especiales dificultades como los trabajadores a tiempo parcial, interinos, eventuales o en los contratos de formación o a prueba.

Como posición socialmente responsable puede considerarse la de aquellas empresas que adoptan cláusulas inequívocas sobre la igualdad de derechos entre los trabajadores a tiempo completo y parcial. Al respecto, el convenio Consorcio Escuela de la Madera de Encinas Reals-Cemer afirma que los trabajadores a tiempo parcial tienen los mismos derechos que los a tiempo completo en forma proporcional a la duración de sus contratos o a la jornada pactada en relación a la ordinaria (artículo 11); convenio Empresa Centro Asistencial San Juan de Dios de Málaga, atribuye una licencia especial de cincuenta y seis horas si son a tiempo completo y para el resto, en proporción a su jornada de trabajo; convenio Residencia Geriátrica Ciudad el Ejido SA artículo 8, pretende eliminar desigualdades de acceso al empleo y en las condiciones de trabajo de mujeres y hombres y trabajadores a tiempo parcial; convenio Empresa Pública de Turismo Andaluz Cláusula 23, los contratados a tiempo parcial los

mismos derechos que los de a tiempo completo; convenio Asistencia Los Ángeles S.I., artículo 17, \_contratación temporal, los mismos derechos de los de duración indefinida.

Respecto de los contratos a prueba, algunos convenios prevén la suspensión por motivos personales y familiares como el convenio empresa Aguas de Lanjarón S.A. regulando la suspensión del periodo de prueba por baja por enfermedad o accidente reanudándose cuando sea dado de alta (artículo 17); o el convenio Empresa Gestión Integral de Empresas AGM y Asociados S.A., cláusula 5, en el periodo de prueba tendrá los mismos derechos y obligaciones como si fuera de plantilla

En relación a los trabajadores interinos y eventuales, el convenio Cespa S.A, establece que los permisos regulados podrán ser otorgados al personal interino y eventual en los mismos términos que al personal fijo, salvo aquéllos que no sean adecuados a la naturaleza del contrato

-Promoción por las empresas de actividades solidarias y deportivas de los trabajadores

En los convenios colectivos andaluces no se promocionan actividades solidarias y deportivas de los trabajadores y trabajadoras sino minoritariamente a través de permisos y excedencias especiales que, no obstante, representan una posición socialmente responsable de las empresas (Convenio Chiclana Natural SA 2008-2012, excedencia para proyectos de cooperación con organizaciones no gubernamentales). Pero la colaboración solidaria de los empleados como causa de conciliación de la vida laboral y estrictamente personal se refleja en algunos convenios andaluces con ciertos condicionantes. Al respecto, la cooperación con ONG se prevé por la empresa Organismo Autónomo Local de Deportes Rincón de la Victoria; en el Convenio Chiclana mediante una excedencia para

proyectos de cooperación con organizaciones no gubernamentales no retribuidas y con reserva de puesto por máximo de tres meses, acreditándola y con un mes de antelación (artículo 56); convenio Cespa S.A, permitiendo al trabajador que acredite colaboración con ONG debidamente inscrita en registro, un permiso no retribuido hasta seis meses de duración y podrá ser ampliado por periodo igual previa autorización de la empresa; convenio Empresa Municipal Abastecimiento y Saneamiento de Granada, S.A. cláusula 65 excedencia para proyecto de cooperación con organización no gubernamental.

Respecto la incorporación de permisos para actividades deportivas, suele realizarse por empresas con este objeto social, como el convenio Actividades Deportivas 2000 S.L., reconociendo permisos retribuidos a los trabajadores que participen en actividades deportivas de alto nivel constatado; o el convenio Turismo Ayuntamiento de Marbella, también con permisos retribuidos a trabajadores que participen en actividades deportivas de alto nivel.

-Previsión de circunstancias extraordinarias familiares y personales

En este epígrafe, se incluyen numerosos imprevistos a los trabajadores o a sus familiares que no suelen abordarse por los convenios colectivos, imposibilitando el ejercicio del derecho a conciliar. Sin embargo, la ocasionalidad y el carácter sorpresivo de las circunstancias acaecidas al trabajador constituyen factores que dificultan la conciliación si el convenio colectivo no las ha previsto, además de la inutilidad de recurrir a la vía judicial para interponer reclamaciones. Esta desatención por la negociación colectiva fuerza al trabajador a recurrir a permisos genéricos o inapropiados, y también a la utilización de vías indirectas para atender a estas circunstancias familiares y personales, como el fraude de ley.

El frecuente recurso a bajas por enfermedad y a permisos en fraude de ley constituye una vía usual para atender a las circunstancias familiares y personales urgentes, si los convenios colectivos no prevén esta posibilidad. Solo para situaciones de gravedad se articulan mecanismos resolutivos en determinados convenios como el de la empresa Minas de Aguas Teñidas SAU., estableciendo que se estudiarán aquellos casos de trabajadores con familiares de primer grado de consanguinidad o afinidad con enfermedades muy graves debidamente acreditadas mediante certificado médico que merezcan una especial consideración).

Entre este tipo de causas que incorporan los convenios colectivos pueden incluirse:

1. Los imprevistos que surjan a los trabajadores antes o durante la jornada laboral:

- enfermedades (adaptación de puestos de trabajo por limitaciones médicas de los trabajadores temporalmente imposibilitados)

- enfermedades de hijos o familiares (artículo 19 del convenio Mancomunidad Sierra Minera, por enfermedad infecto contagiosa de hijos menores de cuatro años o disminuidos; convenio Mantenimiento S.L. cuando el cónyuge o persona que conviva con la trabajadora padezca enfermedad grave o irreversible, el permiso sin sueldo podrá prorrogarse hasta seis meses sin sueldo; convenio de la empresa Fundación Deportiva Municipal de Málaga, si el empleado con hijo menor de catorce años con la condición de minusválido se aquejase de forma imprevista de enfermedad que requiera especial atención y no pueda serle dispensada por otra persona, se le concederá licencia por los días con parte médico y declaración del empleado de que nadie puede hacerse cargo y las horas deberán recuperarse posteriormente).

- enviudar con hijos menores o disminuidos (convenio Mancomunidad de Aguas del Condado, quince días por enviudar con hijos menores de edad o disminuidos sin actividad retribuida). En este punto, debe considerarse que la omisión del fallecimiento de la pareja de hecho o conviviente en las mismas circunstancias incurre en discriminación.

No obstante, los convenios colectivos andaluces suelen recurrir a permisos genéricos que cubran las ausencias laborales del trabajador por circunstancias extraordinarias, con efectos y requisitos diversos, de los que en última instancia depende la calificación de una empresa como socialmente responsable.

En consecuencia, la configuración de estos permisos sin retribución (artículo 18 convenio Hispatec Informática Empresarial SAU, incluye licencias no retribuidas cada dos años de seis meses o si han transcurrido dos años por fuerza mayor sanitarias o humanitarias justificadas para la empresa) o con la privación de otros derechos laborales (convenio Mosercor CB, que otorga licencias extraordinarias por tiempo preciso en circunstancias debidamente acreditadas, pudiendo acordarse la no percepción de haberes e incluso el descuento del tiempo extraordinario a efectos de antigüedad), se distancia de una posición empresarial socialmente responsable.

Sin embargo, excepcionalmente, ciertas empresas socialmente responsables asumen el coste de las licencias por circunstancias extraordinarias sin penalizar la fuerza mayor o el cumplimiento de deberes familiares inexcusables y privados (convenio CQPet SAU, la dirección del centro podrá conceder licencias retribuidas por causas excepcionales que las justifiquen; convenio Personal de Limpieza Hospital Universitario Virgen de la Macarena, derecho a un permiso de quince días con siete días de antelación y se concederá de forma

restringida, salvo casos de extrema gravedad por el tiempo necesario y una vez demostrada la necesidad).

La admisión por algunas empresas de justas causas de ausencia del trabajador constituye el presupuesto para la concesión de permisos retribuidos, si bien aun no se conforman como auténticos derechos de conciliación. En la mayoría de convenios andaluces, los permisos retribuidos por circunstancias extraordinarias aparecen como una simple facultad del empresario o delegado (convenio Cepsa Química S.A., el jefe de personal a propuesta del jefe de cada servicio podrá conceder licencias retribuidas por causas excepcionales que a su juicio las justifiquen; el motivo de denegación del permiso deberá ser comunicado al interesado a la mayor brevedad posible antes de la fecha del disfrute del permiso; convenio Mercasevilla, muy excepcionalmente podrán ser concedidos otros permisos retribuidos a aquellos trabajadores que se hallen en una situación crítica por causas muy graves debidamente justificadas por no más de quince días y la retribución consistirá en salario base más antigüedad; convenio Volconsa Construcción y Desarrollo de Servicios, SA, cuando la solicitud se base en circunstancias graves o urgentes acreditadas, solo se podrá denegar el permiso cuando su concesión suponga un grave perjuicio para el servicio o mantenimiento de las instalaciones, artículo 17).

En esta línea, la penalización retributiva de los permisos por circunstancias extraordinarias se conserva como una facultad empresarial en el convenio Voridian España, S.A (cuando surjan casos extraordinarios debidamente acreditados, la licencias se otorgarán por el tiempo que sea preciso pero pudiendo acordarse la no percepción de haberes), o en el convenio Escayescos S.L. (la dirección de empresa podrá conceder permisos no retribuidos pudiendo a la vista de las circunstancias concurrentes estimar el no descuento del salario en todo o en parte del tiempo trabajado).

Los acuerdos entre la empresa y el trabajador para la concreción de permisos por circunstancias excepcionales y en menor grado, la atención a la petición del trabajador para su reconocimiento, constituye una postura socialmente responsable (convenio Atlantic Copper SA, la empresa en casos de excepcional gravedad podrá conceder permisos con retribución y se atenderá a la petición salvo que causa grave perjuicio al servicio o no pueda cubrirse la ausencia).

En esta línea, destaca el de la empresa Acerinox S.A. (artículo 29) regulando una excedencia de tres meses y no superior a cinco años cuya concesión será obligatoria para la empresa en los casos en que justificadamente se aleguen importantes razones de orden familiar, terminación o ampliación de estudios (o el convenio Empresa Limpieza Pública y Recogida de Residuos Sólidos Urbanos Cespa en San Roque). Estos permisos para circunstancias excepcionales facilitan que el trabajador continúe conciliando una vez terminado su plazo en la forma establecida por el convenio de la Fundación Deportiva Municipal de Málaga, que permite agotado dicho límite solicitar una nueva licencia y la dirección estudiará el caso planteado que deberá estar fundamentado en motivos excepcionales.

Pero la previsión de circunstancias extraordinarias por las empresas socialmente responsables no se limita a la concesión de permisos retribuidos, sino que puede constituirse como un derecho preferente (convenio Agility Support, S.L., las situaciones individuales de carácter excepcional o emergencia serán tomadas en consideración sobre la base de dichas circunstancias para la prioridad por disfrute de vacaciones).

Por último, resulta interesante el convenio del Instituto Municipal de Deportes de Córdoba por regular simultáneamente los deberes inexcusables de carácter público y personal y los deberes relacionados con la conciliación de la vida laboral o familiar. Este

planteamiento resulta imputable a una empresa socialmente responsable por facilitar la conciliación, si bien la exigencia de que el cumplimiento del deber sea personal e insustituible, puede menoscabar el compromiso empresarial con el trabajador. En esta línea, destaca el convenio Minas de Aguas Teñidas SAU al conceder ocho horas anuales al trabajador para cumplimiento de un deber privado y personal que deberá ser preavisada a la Dirección de la Empresa con al menos setenta y dos horas de antelación.

Otra variedad para promover la conciliación en situaciones excepcionales se incluye en el convenio colectivo de la empresa Delphi Automotive Systems España, obligándose a facilitar transporte para algunos casos de permisos en casos urgentes.

Sin embargo, la posición empresarial mayoritaria que obliga a los trabajadores a la recuperación de las horas dedicadas en casos de fuerza mayor o deberes inexcusables de los trabajadores difícilmente puede considerarse socialmente responsable (convenio empresa Municipal de Aguas de Huelva, SA, si hubiere saldo negativo de hasta cinco horas, el trabajador se encuentra obligado a recuperarlas).

En el supuesto de circunstancias extraordinarias, la adaptación a necesidades personales y familiares puede exigir una novación en las condiciones laborales para su flexibilización. Aunque esta posibilidad basada en la individualización de las condiciones de trabajo y en su adecuación las circunstancias personales y familiares del empleado, apenas se regula en los convenios colectivos, a pesar de poder calificarse como una medida socialmente responsable (convenio Empresa Municipal de Aguas de Huelva, SA, permite autorizar unilateralmente la modificación del horario; o la incorporación de derechos a elección de turno o a la adaptación de la jornada a través del convenio empresa municipal de Aguas de Huelva, SA).

La recuperación de las horas destinadas a conciliar por causas de fuerza mayor y circunstancias excepcionales o la obligación de compensarlas con horas extras imputa al trabajador en su integridad el coste del permiso. Esta posición frecuente en ciertos convenios colectivos implica un tratamiento diverso en relación con los permisos concedidos para el cumplimiento de deberes públicos inexcusables, por el hecho de producirse en la esfera privada (recuperación incluso en caso de fuerza mayor o causas justificadas en el convenio empresa Provincial de Aguas de Córdoba SA). En determinados convenios no solo se obliga al trabajador a compensar el tiempo de estos permisos con horas extraordinarias sino que incluso descuenta el importe de la nómina corriente si no fuera posible dicha recuperación (convenio Alfombras Artesanales La Alpujarreña).

Por lo que supone una sanción al derecho constitucional a conciliar para el cumplimiento de deberes familiares o por sucesos imprevisibles que afectan a la esfera personal, como los casos de fuerza mayor. La penalización por el ejercicio del derecho a conciliar en circunstancias familiares y personales imprevisibles e inexcusables en los convenios colectivos, constituye una postura socialmente irresponsable.

Esta misma consideración también es aplicable a las empresas que trasladan a otros trabajadores y trabajadoras las consecuencias negativas del ejercicio del derecho a conciliar por circunstancias extraordinarias de algún empleado, como el artículo 26 convenio Empresa Munda Ingenieros S.L., disponiendo que los trabajadores se obligan a cumplir las horas de trabajo que surjan por circunstancias imprevistas en las que no se pueda cubrir las ausencias de otros compañeros por causas justificadas y no previstas como enfermedades.

-Configuración convencional de la conciliación como instrumento de fomento del empleo

A pesar de la consideración de la conciliación de la vida laboral, familiar y personal, como un yacimiento de empleo, prácticamente ningún convenio andaluz adopta una postura socialmente responsable comprometiéndose en la realización de nuevas contrataciones para cubrir los puestos de trabajadores en situación de permiso o excedencia. Excepcionalmente, el convenio Comunidad de Regantes aplica la conciliación como medida de fomento de empleo, disponiendo que todas las excedencias se suplirán obligatoriamente con una contratación por interinidad.

-La acumulación de permisos por causas diversas de conciliación

Con carácter general, las empresas andaluzas penalizan la superposición de permisos con la privación de días de disfrute, salvo en los supuestos relacionados con la maternidad (a excepción entre otros del convenio colectivo de Cádiz Electrónica SA que en el caso de que se produzca superposición de permiso retribuido por natalidad o enfermedad grave de familiar considera terminado permiso de natalidad y comienza el permiso por enfermedad grave, no dando derecho al disfrute de permiso por natalidad que restasen por disfrutar).

Sin embargo, la acumulación de permisos solo suele prever la confluencia con permisos de maternidad y no con otros derechos de conciliación (convenio Egemasa, tras el periodo de licencia por gestación confiere un derecho a disfrutar el periodo de vacaciones anuales sino las ha disfrutado con anterioridad, artículo 15). La pérdida de los derechos derivados de algunos de los permisos acumulados por la confluencia en el tiempo o por la afinidad de

causas de conciliación, no puede considerarse socialmente responsable si carece de justificación razonable.

En este apartado, debe incluirse la posibilidad de encadenar permisos como un instrumento para facilitar la conciliación como establece el convenio de la Empresa Teatro de la Maestranza y Salas del Arenal, S.A., aunque el hecho causante que genere el derecho del trabajador sea el mismo en ambos casos y aunque el segundo sea por causas derivadas del primero.

- Responsabilidad social y multiculturalidad.

A pesar de la incidencia del fenómeno multicultural en la Comunidad Autónoma andaluza, apenas se refleja en los convenios colectivos andaluces con el riesgo de derivar en el campo de la discriminación indirecta y múltiple. En concreto, la imprevisión de aspectos multiculturales puede provocar consecuencias discriminatorias por razón de religión o nacionalidad, además de por las circunstancias familiares y personales cuando se trata de conciliar. Así, la regulación de permisos por ceremonias religiosas o tradiciones típicamente nacionales sin detenerse en la concesión de permisos análogos para otras religiones o culturas, puede considerarse discriminatoria.

Solo algunos convenios conscientes de la necesidad de inserción y cohesión social incorporan algunas cláusulas en este sentido, como el convenio Aguas Sierra de Cádiz, S.A. al regular el permiso por primera comunión o celebración análoga en cualquier otra religión (en los mismos términos el convenio Chiclana Natural SA). Se ignora por las empresas andaluzas que la omisión de las circunstancias relacionadas con la inmigración o la multiculturalidad se opone a una postura de responsabilidad social corporativa. Aunque en la práctica totalidad de los convenios colectivos andaluces no se prevé una gestión de la diversidad cultural en la empresa.

-La promoción de los acuerdos empresa-trabajador para conciliar la vida laboral, familiar y personal

En los convenios colectivos andaluces se observa una progresiva formalización de los acuerdos entre trabajador y empresario para facilitar el ejercicio de los derechos de conciliación. La renuncia a parcelas de la libertad empresarial y del poder concreto de dirección permite la participación del trabajador en la empresa para adecuar la esfera laboral a sus circunstancias familiares y personales. En esta línea, el convenio cerámicas Bellavista SA establece que son obligaciones de la dirección de la empresa recoger toda iniciativa de cualquier trabajador encaminada a mejorar y perfeccionar la organización del trabajo (cláusula 18),

Los acuerdos entre empresa y trabajador facilitan la conciliación como se comprueba a través del convenio Tanatorios y Funerarias del Sur S.L., admitiendo un derecho del trabajador a la adaptación de la duración y distribución de la jornada de trabajo en los términos que se establezcan en el acuerdo a que llegue con el empresario (cláusula 64). Pueden sistematizarse estos pactos según el derecho a conciliar que pretenden regular, excedencias, movilidad geográfica, vacaciones, entre otros.

En materia de excedencias destaca el convenio Epremasa, disponiendo que se estará a lo que establezcan las partes; o el convenio Editora Malagueña de Publicaciones, S.L., según el cual la excedencia podrá extenderse a otros supuestos colectivamente acordados con el régimen y efectos que allí se prevean.

Respecto de los acuerdos sobre movilidad geográfica, cabe citar el convenio empresa Miguel Ángel Palomo, S.A, que permite a solicitud del interesado y de mutuo acuerdo con la dirección de la empresa la movilidad geográfica (artículo 10).

En la negociación sobre vacaciones destaca el convenio de la empresa Montemayor Golf Club, disponiendo que se podrá negociar un anticipo de vacaciones por licencias de asuntos propios si se ha agotado el disfrute de vacaciones; o el convenio Servyguar González, SL, regulando un turno rotativo de disfrute de vacaciones por acuerdo de la empresa y el comité de empresa (artículo 27). Por su parte el convenio Huelva Información S.A, pretende aunar los intereses de la empresa con los del trabajador mediante la fijación de vacaciones por acuerdo entre la dirección y el empleado, contemplando las necesidades organizativas y los intereses personales del operario (artículo 27). En el convenio Fundovel, S.A., artículos 10 y 11, se incluye un derecho a reducción voluntaria de jornada para cuidado de familiares enfermos o disminuidos pactada entre la dirección y el trabajador, que puede disponer de la mitad de vacaciones en función de sus necesidades previa planificación de mutuo acuerdo con la empresa.

Para la reducción de jornada, el artículo 12 convenio Sociedad Estatal Gestión de Activos, S.A., permite que con objeto de conciliar la vida laboral y familiar, los trabajadores puedan concertar con la empresa reducciones de jornada con la siguiente disminución de su sueldo en igual proporción.

Respecto de la distribución horaria mediante acuerdo, el convenio Butano Distribuidor Comercial, S.A., regula que las partes negociadoras pactan garantizar la ordenación del tiempo de trabajo para favorecer la conciliación (artículo 14 Bis); el convenio Aguas de Lanjarón opta por el acuerdo como fórmula organizativa de los horarios, señalando que el respeto a las necesidades de organizar la vida personal y familiar de los trabajadores exige que estos horarios sean establecidos y respetados por ambas partes y que el horario de la jornada a realizar por cada trabajador se ajuste a los horarios pactados, comprometiéndose al buen funcionamiento de la empresa

y adaptar los horarios a las necesidades de atención a los clientes y captación de nuevos mercados.

En los convenios andaluces se observa una tendencia a la reciprocidad negocial para la fijación de la distribución horaria, extensible a los permisos, licencias y excedencias para conciliar la vida laboral, familiar y personal. Este planteamiento se refleja en el convenio Azahara SL, disponiendo que la viabilidad de las propuestas para la reducción y reordenación de la jornada laboral pasa por un recíproco esfuerzo que permita el mantenimiento de la eficiencia y aplicación de criterios flexibles en la distribución y ordenación del tiempo de trabajo (artículo 20).

La prolongación de los acuerdos entre trabajador y empresa a las horas extraordinarias, uno de los baluartes del poder organizativo empresarial, constituye un avance positivo sin precedentes para la conciliación de la vida laboral y familiar. Al respecto, el convenio Servyguar González SL., admite que la realización de horas extraordinarias será de aceptación voluntaria por trabajadores salvo fuerza mayor del artículo 35.3 ET y las partes acuerdan dirigir sus esfuerzos hacia la supresión de las horas extraordinarias (artículos 21 y 22).

Aunque, la responsabilidad social no sólo se deriva de la posibilidad de pactar con la empresa la flexibilidad horaria, sino de su carácter vinculante como establece el convenio Casino Bahía de Cádiz S.A., disponiendo que se respetarán las condiciones pactadas individualmente entre empresas y trabajadores relativas a la flexibilidad de su horario de trabajo (artículo 11).

Aunque los acuerdos no siempre se ultiman entre la empresa y el trabajador, sino con los representantes sindicales, primando la negociación colectiva en la adopción de medidas de conciliación

(convenio Inlacode S.L. las partes se comprometen al análisis y estudio de aquellas medidas de reordenación del tiempo de trabajo que permitan un mejor aprovechamiento de la reducción de jornada y garantizar su viabilidad, artículo 23).

Por otra parte, algunos permisos por circunstancias extraordinarias se acuerdan directamente entre la empresa y el trabajador como el convenio Mercasevilla S.A., admitiendo que muy excepcionalmente podrán ser concedidos otros permisos retribuidos a aquellos trabajadores que se hallen en una situación crítica por causas muy graves debidamente justificadas por no más de quince días y la retribución consistirá en salario base más antigüedad y por mutuo acuerdo entre la empresa y trabajador se podrán disfrutar estos permisos desplazando su disfrute por motivos organizativos si los servicios o necesidades de cuidado de familiar así lo aconsejan (si el motivo que genera el permiso retribuido ha sido conocido por el trabajador una vez finalizada su jornada diaria del trabajo y acredita por parte de urgencias la empresa compensará al trabajador como descanso retribuido dentro de los cinco días laborables siguientes al hecho).

En determinados convenios colectivos, la empresa no asume compromiso de atender a las preferencias de los trabajadores a efectos de conciliación (convenio Voridian España SA, artículo 29.4, todo el personal tendrá que entregar un plan donde se recojan sus preferencias sobre fechas de disfrute de vacaciones y el supervisor del departamento indicará las incompatibilidades que pudieran existir). A falta de pacto entre trabajador y empresa, las sugerencias o indicaciones de aquél respecto a sus necesidades familiares y personales no generan un auténtico derecho a conciliar (convenio empresa Orquesta de Sevilla, SA, artículo 35, las vacaciones podrá indicarse a la dirección el periodo en que estima oportuno disfrutar las vacaciones y la dirección procurará en la medida de lo posible y

de acuerdo con las necesidades de organización, atender tales peticiones).

En esta línea destacan también el convenio Sevilla Globalms S.A., para el caso de guarda de menor de diez años y minusválido reconoce un derecho a realizar jornada diaria en horarios distintos siempre que las características de su puesto lo permitan, a petición del trabajador y si continúan las circunstancias, podrá solicitar sucesivas prórrogas trimestrales (artículo 35); convenio AGM Asesores, cláusulas 12 y 13, la empresa fijará la jornada combinando los deseos del personal y las necesidades de producción y se procurará complacer al personal en el periodo de disfrute de su vacación.

Aunque algún convenio se refiere exclusivamente a las sugerencias de los representantes sindicales primando su vertiente de derecho colectivo, como el de la empresa Actividades Deportivas 2000 S.L., refiriendo que la empresa considerará las sugerencias que puedan presentarles representantes en caso de enfermedad grave de un familiar del trabajador o cónyuge en primer grado de consanguinidad o afinidad y por prescripción médica.

Se confirma en última instancia esta tendencia coherente con la esencia de la conciliación como derecho adaptado a las necesidades personales y familiares del trabajador, que debe obligar a atender sus peticiones y sugerencias (convenio Chiclana Natural, SA, el trabajador tendrá derecho a la adaptación y distribución de la jornada de trabajo que mejor se adapte a sus circunstancias familiares y personales que será aprobada por la dirección de la empresa y el comité de empresa).

## -Responsabilidad social y permutas internas

Con excesiva frecuencia, las permutas de turnos entre trabajadores constituyen un recurso para poder conciliar la vida laboral, familiar y personal y revelan las deficiencias del sistema actual. Ante este trueque de turnos y horarios las empresas suelen adoptar opciones diversas, contraria a las permutas o bien incluso reconociéndoles carácter vinculante (convenio empresa Gestión Integral del Agua Costa de Huelva, SA, artículo 23, los mandos deben acceder a la permuta de los turnos entre trabajadores salvo razones realmente justificadas).

Esta última postura implica una aceptación tácita de la conciliación privada, quedando la empresa al margen de las circunstancias personales y familiares de los trabajadores que motivan el cambio de turnos y horarios entre los mismos. Aunque algún convenio como el de la empresa José Pascual Pascual opta por una solución intermedia en caso de coincidencia entre trabajadores en el ejercicio del derecho a conciliar mediante el acuerdo entre ellos y con la empresa (si en un mismo servicio o departamento coincidieran varios trabajadores con los permisos o reducción de jornada, la concreción horaria y la determinación del periodo de disfrute se acordará entre ellos y con la empresa).

## -Resolución de conflictos por órganos independientes.

Los desacuerdos o discrepancias entre la empresa y el trabajador sobre conciliación de la vida laboral, familiar y personal debe encomendarse expresamente a órganos independientes como la comisión paritaria o la comisión de interpretación y vigilancia. De este modo se impide que el empresario sea juez y parte en la resolución de los conflictos que puedan surgir en el ejercicio del derecho a conciliar la vida laboral, familiar y personal. Aunque la

mayoría de los convenios colectivos no prevén esta posibilidad, y en el supuesto de que el empresario deniegue al trabajador este derecho solo puede acudir a los órganos judiciales, sin una vía intermedia y neutral dentro de la empresa. En esta línea, el convenio Empresa Municipal Abastecimiento y Saneamiento de Granada, SA, tras señalar que la concreción horaria y la determinación periodo de disfrute de reducción de jornada corresponde al trabajador, permite en caso de desacuerdo con la empresa que resuelva la comisión paritaria.

Las competencias de la Comisión Paritaria en materia de conciliación se incentivan en algunos convenios como el de la Empresa Prodetur, SA, disponiendo que los casos graves que excedan del tiempo máximo se verán en este órgano. También algún convenio como el de la Empresa Cepsa Química SA prevé la creación de un agente de igualdad con competencias para dirimir conflictos y desacuerdos en materia de conciliación (artículo 52).

- A través de las nuevas tecnologías

La posibilidad de reducir el trabajo presencial en las empresas a través de las nuevas tecnologías, superando la desconfianza hacia el trabajador y la convicción de que disminuyen el rendimiento laboral, exige un esfuerzo y visión de futuro que se enmarca en la idea de responsabilidad social (convenio Guadalquivir Provincia de Córdoba y sus trabajadores).

Pero la responsabilidad social mediante la reducción de la jornada presencial para facilitar la adaptación a la vida laboral, familiar y personal, mediante el teletrabajo u otras tecnologías modernas, presenta una deficiente regulación en los convenios colectivos andaluces. Excepcionalmente, el convenio empresa Municipal

Saneamientos de Córdoba regula la teleformación para facilitar acceso a formación de trabajadores con responsabilidades familiares (artículo 24); y el convenio Aguas y Servicio de la Costa Tropical de Granada AIE, establece que cuando se introduzcan nuevas tecnologías que pueda suponer modificación sustancial de las condiciones de trabajo deberán comunicar las mismas a los representantes.

#### -Inclusión de acciones positivas en los convenios colectivos

La igualdad entre trabajadores y trabajadoras en el reconocimiento y aplicación del derecho a conciliar en los convenios colectivos andaluces no obsta a la previsión de acciones positivas. De modo excepcional, determinadas empresas incorporan acciones positivas en términos generales y a favor de las mujeres trabajadoras para la corrección de las desigualdades que les afectan (Convenio Las Lomas Comas-Agrícola Conagral S.L.).

Al respecto, en sentido general, cabe citar el convenio de la Empresa Teatro de la Maestranza y Salas del Arenal SA, afirmando que las partes se comprometen a promover principio de igualdad de oportunidades y no discriminación por razones de sexo y a remover los obstáculos que puedan incidir en el no cumplimiento de la igualdad de condiciones entre hombre y mujeres así como a poner en marcha medidas de acción positiva u otras necesarias para corregir posibles situaciones de discriminación (artículo 9).

Entre los convenios que admiten la posibilidad de acciones positivas a favor de las mujeres destaca el convenio Ivesur, S.L., señalando en su Disposición adicional que se podrán establecer medidas de acción positiva para favorecer acceso de mujeres al empleo y favorecer principio de igualdad; o el convenio Pascual Pascual manifiesta que al objeto de favorecer y facilitar la inserción laboral de la mujer con

cargas familiares, la empresa concederá a las trabajadoras un permiso retribuido por el tiempo de hospitalización de sus hijos.

Sin embargo, alguna empresa no se decanta por las acciones positivas a favor de las mujeres sino del el sexo con menor representación, como el convenio Empresa Teatro de la Maestranza y Salas del Arenal SA, que respecto de la provisión de vacantes en cualquier caso y a igualdad de condiciones, opta por la preferencia la persona pertenecientes al sexo con menor representación en la sección o departamento de la vacante a cubrir (artículo 16); si bien algún convenio como el de Butano Distribuidor Comercial, S.A. adopta una postura contraria a cualquier consideración de género.

Sin embargo, pese a la ínfima utilización de los permisos por los hombres, no se ha fomentado el uso masculino de la conciliación por los convenios colectivos andaluces mediante el recurso a acciones positivas a su favor para equilibrar el ejercicio masivo por las mujeres de los derechos de conciliación a través de permisos, licencias y excedencias.

En última instancia, cabe mencionar la posibilidad de acciones positivas a favor de otros colectivos como los jóvenes concediendo permisos específicos para sus necesidades personales. El artículo 18 del convenio Empresa Hogar Gas SA, concede a los trabajadores menores de veintiún años una hora semanal retribuida para asistencia a la enseñanza organizada por el Estado o la Junta Andalucía.

-Cláusulas no penalizadoras en materia de absentismo y pluses

La posición mayoritaria de los convenios colectivos andaluces responde a la penalización por el uso de permisos o licencias a nivel de absentismo y la atribución de pluses. Las empresas suelen considerar como absentismo el ejercicio del derecho constitucional a

conciliar la vida laboral, familiar y personal, de un modo expreso o por omisión. La previsión de las circunstancias personales y familiares que justifican el derecho a conciliar en la regulación del absentismo implica una actitud empresarial socialmente responsable. Al respecto, el convenio Atlantic Copper S.A., manifiesta que no se computará por matrimonio, vacaciones, nacimiento de hijo, traslado domicilio, por lactancia, ejercicio de cargo público, por tiempo inexcusable (artículo 7). Aunque esta enumeración cerrada de causas familiares y personales resulta insuficiente por no recoger otras circunstancias que legitiman el ejercicio de otros derechos de conciliación y que no deben calificarse de absentismo.

En contraposición con esta postura, el convenio CQPet SAU considera absentismo laboral las ausencias motivadas por permisos particulares e incapacidad transitoria y los retrasos situaciones derivadas de maternidad y consulta médica.

Respecto de los pluses y premios, su concesión no puede subordinarse a las ausencias justificadas por motivos de conciliación y debe salvaguardarse la posición del trabajador para no privarle de beneficios laborales por el ejercicio de su derecho a conciliar. En esta línea, el convenio Bellavista S.A., al regular los premios de puntualidad admite que no se producirá la pérdida del premio por ausencias retribuidas del artículo 37.3 RDL 1995 de 24 de marzo y por reconocimiento médico por accidente de trabajo (artículo 46).

Pero también los pluses laborales pueden afectar a la retribución de licencias, de modo que si se penaliza la concesión de pluses por el ejercicio del derecho a conciliar, colateralmente se perjudica al trabajador. En concreto, el convenio Isolux Corsan Servicios, SA., prevé la no subordinación de las retribuciones de las licencias a razón de plus de antigüedad, productividad y nocturnidad.

-Atención a las circunstancias personales para asistencia a cursos, estudios, exámenes, jornadas o congresos

El derecho a conciliar por circunstancias o motivos personales suele relegarse en los convenios colectivos primando la atribución de permisos y licencias por el cumplimiento de deberes familiares. No obstante, hay un supuesto basado en causas personales que las empresas priorizan incluso sobre la asunción de responsabilidades familiares, planteando incluso la posibilidad de conflicto y las soluciones aplicables. Se trata del derecho a conciliar la vida laboral y personal para la asistencia a cursos, o realización de exámenes por el trabajador realizados dentro o fuera de la empresa, que se eleva a causa justificativa del derecho a conciliar en términos equiparables a los deberes familiares (Convenio Atalaya Country Club Internacional SA, la excedencia voluntaria se fundamente en causas justificadas de orden familiar o terminación de estudios, previa petición de quince días con reingreso automático, artículo 16).

En primer lugar, respecto de los cursos o acciones formativas confieren al trabajador un derecho a ausentarse del puesto de trabajo, confluyendo el derecho de conciliación con el derecho a promocionarse en la empresa cuando se prevé su realización dentro de la jornada laboral (convenio empresa Organismo Autónomo Local de Deportes Rincón de la Victoria, artículo 28, las acciones formativas dentro de la jornada laboral considerándose como trabajo efectivos salvo que por necesidades del servicio hubiera de realizarlas fuera de ella). Incluso, algún convenio como el de la empresa Ivesur S.L., al regular la formación dispone que la formación se impartirá preferentemente dentro de jornada laboral y cuando no fuera posible el tiempo será considerado como horas normales de trabajo (artículo 15), evitando consecuencias negativas para el trabajador.

El derecho del trabajador a que la empresa facilite la realización de sus estudios para la obtención de títulos académicos se ha generalizado entre los convenios andaluces y representa un derecho a conciliar por motivos estrictamente personales (convenio Residencia Geriátrica Ciudad El Ejido S.A., cláusula 18; convenio Centro Asociado UNED en Cádiz, artículo 19, el personal tendrá derecho a permiso retribuido siempre que no cause detrimento en el servicio para exámenes de estudios relacionados con la promoción del trabajado, y se procurarán despachar favorablemente las peticiones que se funden en terminación de estudios; convenio Aguas Lanjarón SA, para concurrir a exámenes cuando curse con regularidad estudios para títulos académicos profesionales).

El permiso para conciliar el trabajo con la formación y la realización de cursos o exámenes por los trabajadores se ramifica en otros subderechos cuya previsión por las empresas implica una posición socialmente responsable. En este sentido, el permiso del trabajador para concurrir a exámenes se adiciona con un derecho preferente a elegir turnos en el convenio Hospital Psiquiátrico San Francisco de Asís, S.A. , que simultáneamente incorpora un derecho a la adaptación de la jornada para asistencia a cursos, en los mismos términos que el convenio Emadesa cuyo artículo 20 regula permisos respecto de la adaptación de jornada para asistencia a cursos de formación profesional; o el convenio Izquierda Unida Los Verdes Convocatoria por Andalucía, permitiendo la adaptación de jornada por coincidir con el horario de asistencia a clases.

Las empresas socialmente responsables deben atender tanto a las necesidades del trabajador o trabajadora de asistir a clase o a cursos como para la realización de exámenes, incorporando un derecho a la adaptación de jornada o al cambio de turnos (convenio empresa Randols Multiservicios S.L., para exámenes, preferencia para elegir

turno de trabajo cuando curse estudios, adaptación de jornada para asistir a cursos).

Pero también deben evitar la imposición de límites innecesarios al trabajador y otras exigencias que restringen el ejercicio del derecho a conciliar por desarrollar estudios o presentarse a exámenes. En particular, la concesión del tiempo necesario al trabajador para la asistencia a cursos o celebración de exámenes sin límites rígidos que dificultan la conciliación, especialmente cuando tales circunstancias han de ser acreditadas ante la empresa (convenio Comunidad de Regantes Piedra-Guadiana).

De otra parte, la exigibilidad de estudios oficiales con título académico reconocido, complica la posibilidad de conciliar por el trabajador a pesar de que numerosos convenios así lo exigen como el de la empresa Cádiz Electrónica SA, al disponer que se facilitará ajustes de horarios o turnos de trabajo a los que lo soliciten por estar cursando estudios académicos oficiales de formación profesional o universitaria o de solo aquéllos relacionados con la empresa (artículo 15); o el convenio Residencia Geriátrica Ciudad el Ejido SA, reconociendo solo el derecho a ver facilitada la realización de estudios para la obtención de títulos académicos (artículo 18).

Entre las restricciones al derecho de conciliación por motivos personales basados en la realización de estudios y exámenes se observan modalidades diversas, desde la necesidad de que los estudios estén relacionados con la actividad de la empresa (convenio Consorcio Turismo de Sevilla, actividades profesionales del trabajador relacionados con actividades del centro de trabajo quince días para congresos, seminarios...), hasta los que solo se conceden para la terminación de los mismos o se limitan en el caso de que se suspenda (convenio Comunidad de Regantes, regula una licencia

para exámenes perdiendo derecho los que fueren suspendidos en la mitad de asignaturas).

Con frecuencia, la concesión de este tipo de permisos se condiciona a las necesidades del servicio (convenio Empresa Faecta artículo 20 formación para conciliar vida laboral y familiar: los cursos de formación se realizarán de forma semipresencial o a distancias y si no es posible se estudiará la opción de poder compatibilizarlos con horas de trabajo efectivo si lo permiten las necesidades de la empresa); aunque también se penaliza mediante la pérdida de retribuciones o la privación de derechos en los convenios colectivos, desvinculándose las empresas de su compromiso con la sociedad (convenio Centro Asociado UNED al regular una excedencia voluntaria por motivos particulares, procura despachar favorablemente las peticiones que se funden en terminación de estudios, exigencias familiares, u otras análogas, sin embargo, deja en suspenso sus derechos y obligaciones, sin remuneraciones y no computables a efectos de antigüedad, aunque con reserva de puesto (artículo 22).

En la dirección opuesta, cabe destacar las empresas que consideran la asistencia a cursos como tiempo de trabajo efectivo (convenio Empresa Ivesur, S.A., cláusula 15, la formación se impartirá preferentemente dentro de jornada laboral y cuando no fuera posible el tiempo será considerado como horas normales de trabajo).

-La adopción de decisiones empresariales fundada en circunstancias familiares y personales

La incorporación por los convenios colectivos del despido basado en discriminación por circunstancias familiares y personales representa un plus de protección jurídica del trabajador respecto de la legalidad

vigente, que permitiría calificar estas disposiciones como socialmente responsables.

Paralelamente, la adopción de cualesquiera medidas o decisiones empresariales fundadas en circunstancias familiares y personales implica una sensibilidad y compromiso con el derecho constitucional a conciliar. En este sentido, merece especial consideración el convenio colectivo Verificaciones industriales de Andalucía SA, por establecer que los trabajadores con familia numerosa tendrán preferencia al mantenimiento del puesto de trabajo en casos de expediente de regulación, así como la no aplicación de movilidad geográfica o cambios sustanciales de las condiciones de trabajo frente al colectivo general de trabajadores (artículo 48).

Sin embargo, en sentido contrario, algún convenio como el de la Empresa Sociedad Estatal de Gestión de Activos, S.A., dispone que la utilización de las situaciones de excedencia con una finalidad distinta a la que motivó su concesión determinará la pérdida del derecho a reingreso.

-Previsión circunstancias extraordinarias del trabajador o trabajadora

Ante la previsión de circunstancias extraordinarias que afecten al trabajador o trabajadora, la empresa debe procurar facilitar la conciliación y no penalizar con la privación de retribuciones o derechos laborales (convenio Chiclana Natural S.A. 2008-2012 en caso de imposibilidad de asistencia por enfermedad o accidente deberá avisar a su jefe de inmediato, no abonándosele si no se acredita que fue por enfermedad o accidente).

Entre las cláusulas más frecuentes de los convenios andaluces en esta materia predominan las que previenen enfermedades del trabajador durante la jornada (convenio empresa Centro Astronómico Hispano

Alemán AIE, si el trabajador se pone enfermo durante la jornada percibirá el importe íntegro de la jornada; convenio Fomento de Construcciones y Contratas S.A. del Servicio de Recogida de Basuras Níjar y sus Pedanías, regulando la situación de que una vez iniciada la jornada y en el curso de la misma se sintiera enfermo el trabajador y tuviera que abandonar su puesto de trabajo con justificación médica).

Pero las empresas andaluzas no se limitan a prever la enfermedad imprevista del trabajador sino también la disminución de su capacidad como el convenio Acerinox S.A., disponiendo que el personal con capacidad disminuida podrá pasar a efectuar otro trabajo en la empresa con la retribución que tenía en su anterior cargo (artículo 15); o la asistencia a programas de rehabilitación del trabajador discapacitado (convenio Casa y Empresa S.L.); o el compromiso empresarial para que personal con capacidad disminuida no realice horas extraordinarias en el convenio Inlacode S.L.

En estos supuestos, las circunstancias extraordinarias deberían contribuir a relajar los requisitos normales para el ejercicio de permisos como el preaviso, la solicitud escrita con antelación o la comunicación previa (convenio Aguas del Levante Almeriense SA, cláusula 12, en el caso de imposibilidad de asistencia al trabajo por enfermedad, se ha de remitir al jefe la baja facultativa correspondiente; convenio colectivo del personal docente e investigador con contrato laboral de la Universidad Pública de Andalucía, por enfermedad terminal del cónyuge o hijo deberá comunicarse al Director del Departamento y al servicio de personal docente dos semanas antes).

## -Otras circunstancias familiares y personales innovadoras

Entre los permisos regulados por determinados convenios para conciliar la vida laboral, familiar y personal, pueden destacarse por su carácter innovador los siguientes:

- Derecho a ausentarse una hora retribuida por hijos prematuros (convenio Aguas de Lanjarón, S.A.).
- Sufragio activo, voto y componente de mesa electoral (convenio Aguas de Lanjarón, S.A.).
- Como testigo en juicio (convenio Aguas de Lanjarón, S.A.)
- Donación de sangre (convenio Aguas de Lanjarón, S.A.)
- Función de jurado (convenio Aguas de Lanjarón, S.A.)
- Reducción de jornada durante un mes para atender a familiar muy enfermo de primer grado (convenio Volconsa Construcción y Desarrollo de Servicios, SA)
- Demanda de separación conyugal y trámites de divorcio y separación
- Fecundación asistida.
- Las adopciones especiales requieren una atención particular por las empresas (convenio Centro Asociado UNED en Cádiz, si el menor adoptado o acogido es mayor de seis años y presenta minusvalía o por provenir de extranjero tenga dificultades de inserción social, un permiso de veinte semanas ininterrumpidas).
- Ampliación de los permisos si precisan desplazamiento (convenio Comunidad de Regantes).
- Asuntos perentorios ante organismos oficiales, por el tiempo imprescindible (convenio Prodetur, SA).
- Evitar discriminación o agravios comparativos con los privilegios de representantes sindicales y cargos públicos.

Paradójicamente, predominan los convenios colectivos más preocupados por conceder permisos y créditos horarios u otros

privilegios a los representantes sindicales o al ejercicio de cargos públicos que por el cumplimiento de deberes familiares inexcusables. Esta posición puede colisionar con el texto constitucional por anteponer los privilegios sindicales y públicos al ejercicio del derecho a conciliar, al derecho de igualdad y a la protección de la familia.

En ciertos convenios se penaliza además el uso de permisos o excedencias con la pérdida de ciertos derechos laborales mientras se mantienen para quienes ejercen cargos públicos. Resulta destacable el convenio Centro Asociado UNED, Cádiz, al prever una excedencia especial cuando sean nombrados miembros del gobierno de CCAA, altos cargos, accede a Diputado o Senador, cargos electivos en Corporaciones Locales, con reserva de puesto de trabajo y se computará a los efectos de antigüedad de todo el tiempo de duración de la misma, no percibiendo retribución.

Paralelamente, la anteposición del ejercicio de cargo sindical sobre determinadas circunstancias familiares o personales dignas de tutela para conciliar, no puede admitirse precisamente como una postura socialmente responsable.

-Equiparación entre maternidad y responsabilidades familiares y personales en la concesión de permisos y licencias

En los convenios colectivos se observa un inferior desarrollo jurídico de la discriminación por circunstancias familiares y personales respecto de la derivada de causas relacionadas con la maternidad. El tratamiento diversificado de la conciliación por embarazo, parto o lactancia y de la asunción de responsabilidades familiares, procede de la propia legalidad y se ha prolongado a los convenios colectivos reflejándose en los permisos, licencias y excedencias.

La penalización por el ejercicio del derecho a conciliar se limita normalmente a los supuestos basados en circunstancias familiares y personales sin afectar a los derivados de maternidad como embarazo, parto o lactancia. En concreto, la pérdida de derechos laborales, de retribuciones, de antigüedad repercute negativamente en el trabajador que concilia para el cumplimiento de sus deberes familiares y personales. En particular, la posibilidad de acumular vacaciones a otros permisos o de disfrutarlas por baja incluso en el año siguiente se limita a la maternidad sin comprender otras obligaciones familiares (convenio Desarrollos Municipales Estepona, derecho a disfrutar de las vacaciones en fecha distinta cuando la incapacidad transitoria coincida con vacaciones por embarazo, parto o lactancia o suspensión).

Paralelamente, las mejoras en las condiciones laborales no suelen reconocerse en el ejercicio del derecho a conciliar por causas familiares y personales sino prácticamente en los derechos conciliatorios asociados a la maternidad, destacando el convenio Empresa Andaluza de gestión de Instalaciones y Turismo de Jaén, que reconoce como objetivo de la empresa la conciliación para lo que acuerdan: durante permiso paternidad y maternidad derecho de trabajadores a beneficiarse de cualquier mejora en las condiciones laborales durante la ausencia.

En la actualidad, la protección jurídica por vía convencional es superior para los trabajadores por causa de maternidad que por sus circunstancias familiares y personales (convenio Prodetur, SA, derecho a disfrutar vacaciones en fecha distintas en caso de embarazo, parto, lactancia natural, suspensión por maternidad paternidad o violencia doméstica).

-Prioridad de las circunstancias familiares y personales como criterio socialmente responsable en caso de concurrencia de trabajadores para ejercicio de permisos, licencias o excedencias

A través del análisis global de los convenios colectivos andaluces, puede concluirse en la falta de mecanismos jurídicos para resolver los conflictos internos así como la ausencia de deberes para facilitar la conciliación en situaciones problemáticas.

Las empresas optan por soluciones fáciles o asépticas pero discutibles desde el punto de vista jurídico-constitucional, por ser limitativas del derecho a conciliar la vida laboral, familiar y personal y encontrarse desprovistas de una causa objetiva que las justifique.

En efecto, el ejercicio legítimo de la conciliación aparece con excesiva frecuencia imposibilitado por el mero hecho de que varios trabajadores pretendan atender sus necesidades familiares y personales (convenio Cespa, S.A., artículo 17, en el caso de excedencias, no se permite más de dos trabajadores en el disfrute de licencias sin sueldo). Ni siquiera en tales casos, los convenios alegan razones organizativas para privar a los trabajadores del derecho a conciliar ni la imposibilidad de compatibilizar sus pretensiones (convenio Empresa Pública de Gestión de Servicios Públicos de Huerca Overa, S.L., cuando coincidan dos o más empleados y no pueden compatibilizarse se reconoce un derecho de preferencia a favor del de mayor antigüedad).

En ocasiones, la concesión de permisos o excedencias estatuidos legalmente se limita a un porcentaje determinado de trabajadores prescindiendo de cualesquiera criterios para asignar el derecho a conciliar (convenio Fomento de Construcciones y Contratas, S.A, del Servicio de Recogida de Basuras de Níjar y sus pedanías, se conceden excedencias de seis meses y cinco años con preaviso, reserva

puesto de trabajo y no más de un 30% de la plantilla; convenio Chiclana Natural, S.A. veinte días por asuntos de interés personal y no más del 50% de cada área de trabajo; convenio Apresa 21 S.L.U, por asuntos propios no más del 20% de trabajadores en el mismo turno; convenio Manser Telecomunicaciones S.L., art. 41, una licencia no retribuida por no más de treinta días si no afectan al 5% de la plantilla). La prelación entre trabajadores en los supuestos de concurrencia debería regularse desde los presupuestos propios de la conciliación, es decir, atendiendo a las necesidades familiares y personales, a su urgencia, nivel de responsabilidad y otros criterios de graduación. Además estas cláusulas genéricas basadas en la previsión de un porcentaje carecen de validez si limitan el derecho constitucional a conciliar sin razones objetivas y no se demuestra la afectación del servicio o el perjuicio a la organización de la empresa. En especial, algunos convenios colectivos se muestran especialmente restrictivos al limitar a dos trabajadores el ejercicio de un mismo permiso (convenio Cespa Coten, S.A. 2008-2011, dos días por asuntos propios y no coincidir más de dos trabajadores en los mismo días; convenio Empresa Residuos Sólidos Urbanos, S.A. cláusula 29: licencias sin sueldo de uno a tres meses al año siempre que no se esté utilizando por más de tres trabajadores de la plantilla; convenio Empresa Fundación Andaluza para la interacción social del enfermo mental, para su concesión se tendrá en cuenta el orden de presentación de solicitud y en ningún caso podrá superar 59% de cada turno de trabajo; artículo 11 convenio Nex Continental, licencia por asuntos propios de seis días respetando las necesidades del servicio y con cuarenta y solicitud con cuarenta y ocho horas de antelación y no debiendo concurrir más del cinco por ciento de la plantilla; convenio Cojetusa, nueve días por asuntos propios y no podrán coincidir más de diez trabajadores por asuntos propios a la vez).

Por otra parte, la coincidencia de varios o múltiples trabajadores en el uso de permisos, licencias o derechos de conciliación no puede derivar en una solución contraria a la adaptación a sus circunstancias familiares y personales, pues supondría una vulneración de la propia causa y finalidad de los mismos. En este sentido, el recurso a la antigüedad o a criterios aleatorios como sorteo para dirimir las preferencias entre trabajadores a efectos de conciliación, se aparta de la “ratio” de este derecho y puede provocar efectos discriminatorios (convenio Aguas del Levante Almeriense, S.A., cláusula 17, cuando coincidan dos o más empleados y no pudieran compatibilizarse por razones de servicio, tendrá preferencia el de mayor antigüedad, salvo que ya hubiera hecho uso de esta preferencia con anterioridad (convenio Empresa Celta Prix, S.L., artículo 10, en caso de desacuerdo en el disfrute de vacaciones se sorteará entre los trabajadores).

También el criterio de rotación para la solución a los conflictos de intereses en las empresas se desentiende de las circunstancias familiares y personales que motivan el ejercicio del derecho a conciliar, desviándose de su auténtica finalidad (convenio Mancomunidad de Municipios Ribeira del Huelva, en caso de conflicto de intereses entre trabajadores se atenderá a turnos rotativos anuales, pero no se atiende a verdaderas circunstancias familiares y personales; convenio Volconsa, S.A., artículo 16, si no hay acuerdo entre personal en cuanto a la elección del periodo de vacaciones, se sorteará el mes a elegir estableciéndose un sistema rotatorio; convenio Patronato Municipal de Deportes del Ayuntamiento de Huelva, cláusula 27, en caso de conflictos de intereses de los trabajadores se atenderá a turnos rotativos anuales; convenio colectivos de trabajo de la Mancomunidad Cuenca Minera, si no hay acuerdo entre personal de dependencia para disfrute de vacaciones, por sorteo por primera vez y después por años rotatorios).

Determinados convenios suelen recurrir a la prioridad en la solicitud como criterio objetivo y neutral, sin duda, para evitar conflictos entre trabajadores, aunque dista de la aplicación de las circunstancias familiares y personales y adaptación a las verdaderas necesidades de los trabajadores (convenio Cespa, S.A. si lo solicitan varias personas se atenderá primero a quien haya disfrutado menos días y a quien lo haya solicitado antes).

La posibilidad de confluencia entre trabajadores y el riesgo de que la empresa no pueda atender simultáneamente varias peticiones de permisos o licencias, tiende a incrementarse con el desarrollo y consolidación del derecho a conciliar la vida laboral, familiar y personal. Por esta razón, los convenios tratan de anticiparse a este problema para evitar que la organización empresarial se desborde o colapse por el uso de permisos o licencias cada vez más profusos y al mismo tiempo justificar la denegación de este derecho constitucional con la fijación de un tope (convenio Aguas Sierra Elvira, S.A., un día por asuntos propios comunicarlo una semana antes a la empresa y no más de diez por ciento de las licencias por departamento).

Ante una situación de solicitud masiva de permisos o licencias en la empresa, otros convenios optan por buscar “fórmulas que organicen su disfrute” (convenio Empresa Andaluza de Gestión de Instalaciones y Turismo de Jaén), lo cual parece razonable aunque jurídicamente deficiente, pero al menos no prioriza criterios contrarios a la conciliación como la antigüedad o la rotación. En este contexto, algunas empresas optan directamente por denegar el permiso al trabajador sin ni siquiera atender a criterios de preferencia cuando haya otro empleado conciliando (convenio Empresa Aparcamientos Urbanos de Sevilla, S.A., cláusula 47, regula un permiso sin sueldo siempre que las necesidades organizativas lo permitan y no haya otro trabajador disfrutando del mismo).

Otras empresas recurren a fórmulas consensuadas en la solución a la confluencia de solicitudes de permisos o al ejercicio conjunto del derecho a conciliar mediante la distribución de un permiso concreto como el vacacional (convenio Palacio de Exposiciones y Congresos de Granada, artículo 30).

Sin embargo, las deficiencias de los convenios en este tema se prolongan a la previsión del conflicto o concurrencia de trabajadores en algún permiso concreto, por asuntos propios y otros atípicos, que se erige en el derecho a conciliar más sacrificado probablemente porque privar a los trabajadores de otras licencias basadas en hechos concretos, incluso aunque confluyan varios, podría generar problemas jurídicos (convenio Empresa Lainsa SCI cláusula 15, admite un permiso no retribuido y no a más de 9% plantilla simultáneamente, para exámenes de títulos oficiales académicos).

Si bien ciertos convenios pueden considerarse especialmente rígidos por impedir que el disfrute del derecho a un permiso por asuntos propios no puede disfrutarse con otros trabajadores, sin necesidad de que la empresa alegue imposibilidad organizativa como viene exigiendo la jurisprudencia para el derecho a la flexibilidad de jornada (convenio Andalucía Digital Multimedia, el permiso para asuntos propios ha de avisarse con diez días de antelación y el trabajador en el disfrute de este derecho no podrá coincidir con otros trabajadores).

No obstante, desde esta perspectiva, los convenios muestran sus incoherencias jurídicas por limitar el uso de ciertos permisos respecto de otros que permanecen intangibles incluso si concurren varios trabajadores. Como también resulta incongruente que mientras en las vacaciones suele fijarse un orden preferencial que incluye las circunstancias familiares y personales, en el supuesto de concurrencia de varios trabajadores se opte por criterios inflexibles y

ajenos al derecho de conciliación (convenio Diario Jaén, S.A., artículo 18, preferencias por orden de carga familiar en edad escolar rotando en años sucesivos; convenio MacDonalds Sistemas de España Sevilla, los trabajadores con responsabilidades familiares tendrán preferencia a que sus vacaciones coincidan con periodos vacaciones escolares. Al igual que parece incoherente que el acuerdo entre trabajadores como medio para resolver los conflictos en algunos permisos, no se proyecte sobre los casos de concurrencia de trabajadores para ejercer simultáneamente derechos de conciliación (convenio Aguas de Écija Empresa Municipal, S.A. cláusula 36 , si coinciden dos o más trabajadores y si no se ponen de acuerdo se adjudicará mediante sorteo; convenio Inlacode S.L. cláusula 15, respecto de las vacaciones deberá existir un acuerdo entre el personal de la misma dependencia y de no existir acuerdo se procederá por sorteo; convenio colectivo Empresa Sociedad Española de Aguas Filtradas S.A. cláusula 48, si coinciden dos o más trabajadores en la petición de la fecha de vacaciones se adjudicará por sorteo si no se ponen de acuerdo). Aunque tampoco parecen adecuados algunos de los criterios preferenciales previstos en otros permisos por omitir o relegar las circunstancias personales y familiares (convenio Empresa Insusal Alandalus, S.L. cláusula 13, considerando que si para las vacaciones se produce un empate de varias solicitudes coincidentes, será dirimido por antigüedad en la empresa).

En los supuestos de concurrencia de solicitudes o según las circunstancias del centro de trabajo, sólo algunos convenios permiten la denegación de los permisos cuando no se permitan cubrir adecuadamente los servicios y a salvo las circunstancias graves o urgentes acreditadas que supongan un grave perjuicio para el servicio o el mantenimiento de las instalaciones (convenio Volconsa, SA).

Para compensar los perjuicios que pueden ocasionarse al trabajador que se vea privado de su derecho a conciliar al concurrir con otros, el convenio Ivesur S.L, opta por ofrecer a partir del segundo trabajador la posibilidad de concretar su horario en turno distinto del primer trabajador solicitante; o el convenio Verificaciones Industriales de Andalucía, S.A., si dos o más trabajadores solicitasen el uso de este derecho en el mismo puesto del mismo centro de trabajo podrá limitar por razones organizativas ofreciendo al segundo trabajador la posibilidad de concretar su horario en turno distintos del primer trabajador solicitante y así sucesivamente. Aunque esta posición se desconecta del derecho a conciliar por atender exclusivamente al orden de las solicitudes sin cotejar las circunstancias familiares y personales de los trabajadores solicitantes. En esta línea, el convenio Campo de Golf Almenara y La Reserva atiende a la prioridad en la petición y a la urgencia de cada caso, criterio este último que parece lógico por su inexcusabilidad (convenio Inlacode S.L., cláusula 29 sus preferencias de trabajadores por orden de prioridad y si no se procederá a la designación por sorteo).

Paradójicamente, si los desacuerdos se verifican entre trabajadores, esta problemática se reconduce mayoritariamente a criterios extraños y ajenos al derecho de conciliación, pero si se producen con la empresa, puede intervenir la comisión paritaria (convenio Empresa Municipal Abastecimiento y Saneamiento de Granada, S.A. Emasagra, SA.). En esta línea, como solución en caso de discrepancias, el convenio Labas &Technological también recurre a la comisión paritaria, órgano que interviene cuando se deniegue un permiso por necesidades del servicio (convenio Empresa Samset).

La confluencia de trabajadores solo se regula para el ejercicio de determinados permisos, licencias o excedencias aunque sin una cláusula que permita aplicar de forma analógica o extensiva la solución prevista a otros supuestos. En particular, los permisos para

asuntos particulares, por vacaciones o excedencias especiales, concentran la atención de los convenios colectivos en base a criterios divergentes de resolución. A pesar de que las empresas por razones de coherencia jurídica deberían mantener el mismo criterio para resolver los conflictos y concurrencia entre trabajadores aplicable a todos los permisos y licencias y evitarse fórmulas o criterios de prelación diversos dentro de cada empresa. En este sentido, puede plantearse la constitucionalidad de que una misma empresa adopte distintos criterios para resolver los conflictos o confluencia entre trabajadores según los permisos.

Al respecto, también se comprueban diferencias entre las empresas andaluzas en relación a los conflictos o concurso de trabajadores, desde el límite del cinco por ciento de trabajadores (convenio empresa Aparcamientos Urbanos de Sevilla, cláusula 48, señalando que el trabajador con problemas familiares tiene una licencia no retribuida de hasta tres meses ampliables a seis, solicitándola con veinte días de antelación y no más de cinco por ciento de la plantilla; convenio Leisure Park, no puede coincidir más de 5% plantilla y se resolverá por orden de solicitud), o veinte por ciento del personal del mismo nivel (convenio planificación y control logístico SAU, un día por asuntos propios y está supeditado a que su disfrute no coincida con otras ausencias de trabajadores que en su conjunto superen 20% del personal del mismo nivel ); a dos trabajadores (convenio Autopista del Sol Cesa; convenio Cespa Contem, S.A. 2008-2011, en los por asuntos propios no podrán coincidir más de dos trabajadores en los mismos días; tres trabajadores (convenio Empresa Residuos Sólidos Urbanos, S.A. cláusula 28 excedencia, permiso sin sueldo de quince días y no más de tres trabajadores; convenio Empresa Residuos Sólidos Urbanos, cláusula 28 excedencia, permiso sin sueldo de quince días y no más de tres trabajadores) o diez (convenio empresa Logística Acotral, S.A., un día por asuntos propios solicitado con 15 días de antelación y el máximo de asuntos será de

diez personas a repartir según la proporcionalidad de trabajadores adscritos a cada unidad de negocio).

Esto por lo que se refiere a las causas de limitación en el uso simultáneo del permiso por asuntos particulares, como también las soluciones varían según cada empresa atendiendo a la urgencia (convenio empresa Clece Información y Atención al Pasajero del Aeropuerto de Málaga, señalando que en su defecto se verificará por la empresa mediante sorteo en presencia de los interesados y de algún representante legal), por orden de prelación de llegada de solicitudes al departamento (convenio Compañía de Bebidas Pepsico, S.L. cláusula 18, excedencia por asuntos propios).

Respecto del permiso por vacaciones, la coincidencia de trabajadores se resuelve por las empresas con arreglo a criterios diversos como la antigüedad (convenio empresa Verificaciones Industriales de Andalucía S.A. cláusula 16, si en las vacaciones no se pusieran de acuerdo los trabajadores prevalecerá el criterio de la antigüedad y si tiene que ser hospitalizado se interrumpirán las vacaciones por el tiempo de hospitalización y el resto de las vacaciones pendientes serán disfrutadas previo acuerdo entre empresa y trabajador afectados; el sorteo entre las solicitudes (convenio colectivo del Personal Laboral de Emsisa Empresa Municipal 2009-2011, cláusula 29, en el supuesto de producirse más solicitudes de vacaciones coincidentes con el mismo periodo vacacional que aquéllas programadas en el calendario general de vacaciones, se procederá a un sorteo entre los trabajadores del servicio que establecerá el orden de elección; convenio Sociedad Española de Aguas Filtradas, S.A. cuando coincidan dos trabajadores en la petición de fecha de vacaciones se adjudicará por sorteo); turnos rotatorios (compañía de Bebidas Pepsico, SL, la distribución de personal y turnos de vacaciones siga un criterio razonable sin que suponga distorsión grave a los procesos productivos); en base a otros criterios como las

necesidades del servicio, o las preferencias de los trabajadores ( artículo 11 convenio Parque Cementerio de Málaga Sociedad Anónima (Parcemasa), cuando colisionen las solicitudes de fechas en dos o más trabajadores para vacaciones se resolverá teniendo en cuenta, primero las necesidades del servicio, fechas solicitadas por trabajadores, época de disfrute de vacaciones en el año anterior y por último, en cuarto lugar las necesidades familiares en caso de tratarse de periodo vacacional de hijos y cónyuges).

Sin embargo, los convenios colectivos andaluces no se muestran congruentes en el orden de prelación para las vacaciones y el que se dispone para dilucidar los desacuerdos entre los trabajadores para conciliar, debiendo existir un hilo conductor común entre ambos supuestos ponderando las circunstancias familiares y personales (convenio Empresa Servicios Económicos del Puerto, S.L., cuando dos o más empleados de un mismo departamento coincidan en el periodo de vacaciones, se valorará la situación familiar, los hijos menores que tenga el empleado, que trabajen los dos cónyuges y su antigüedad en la empresa para determinar las preferencias en la fecha elegida y este derecho no podrá ser ejercitado durante dos años consecutivos por el mismo empleado; convenio Empresa Servicios Económicos del Puerto, S.L. artículo 12, cuando dos o más empleados de un mismo departamento coincidan en el periodo de vacaciones se valorará la situación familiar de los hijos menores, que los dos trabajen y su antigüedad en la empresa para determinar las preferencias en la fecha elegida.

Próximo a este planteamiento, el convenio Clece Información y Atención al Pasajero Aeropuerto de Málaga, en su artículo 9 distingue entre el disfrute del derecho consensuado con la empresa y en caso de más de un trabajador se resuelve entre los propios empleados (respecto de la compensación de festivos trabajados, el trabajador decidirá si por el incremento sobre las retribuciones a percibir o por

el referido descanso, si bien el disfrute del mismo será consensuado con la empresa con el fin de evitar coincidencias que dificulten la prestación del servicio y si hay más de un trabajador con una petición de este tipo intentarán resolverlo los propios trabajadores en atención a la urgencia de la necesidad y si no se resolverá por la empresa mediante un sorteo en presencia de los interesados y algún representante de los trabajadores).

En las excedencias, la concurrencia de trabajadores se resuelve conforme a los criterios anteriormente expuestos y también algún convenio recurre al acuerdo entre trabajadores como el de la Empresa Difusión y Comunicación 2000, S.L., disponiendo que en caso de coincidencia entre dos trabajadores por el derecho del mismo sujeto causante deberán elegir quién de ellos solicita la excedencia. En la reducción de jornada, determinados convenios colectivos recurre al prorrateo entre trabajadores como el de la empresa Pública Hospital Alto Guadalquivir, para cuidado de familiar señalando que si hubiera más de un titular del derecho de reducción de jornada el tiempo de disfrute de esta reducción se podrá prorratear entre los mismos. Aunque también se antepone en ocasiones a las circunstancias familiares y personales el uso del permiso con anterioridad, de modo que el trabajador que ya lo ha utilizado aunque tenga responsabilidades familiares, debe ceder su ejercicio a otros trabajadores (convenio colectivo de Mercamálaga, cláusula 15, en caso de coincidencia de solicitud por dos o más trabajadores se tienen en cuenta los periodos de vacaciones disfrutados anteriormente por cada uno de los solicitantes y las necesidades organizativas de la empresa).

Entre las dificultades para dirimir las colisiones entre titulares del derecho a conciliar se incluyen los derechos adquiridos de trabajadores, basados en la categoría profesional y antigüedad. Aunque solo algunos convenios abordan las consecuencias negativas

del disfrute de permisos sobre otros trabajadores (convenio empresa Auxiliar Marítima del Sur, S.A., artículo 13, el disfrute de las vacaciones se hará en forma que no perjudique a otros trabajadores), sea privándoles del derecho a conciliar, relegándoles en el orden preferencial, prescindiendo de sus derechos profesionales o bien obligándoles a perturbaciones en su jornada laboral y a suplir las ausencias derivadas de los permisos (convenio Empresa Corporación de Prácticos del Puerto y Ría de Huelva SLP, artículo 14, los trabajadores se comprometen a cubrir solidariamente las vacaciones de los compañeros del permiso.

En suma, no parece razonable desde una perspectiva constitucional que las circunstancias familiares y personales se adopten como criterios de prelación para determinados permisos, y paralelamente se ignoren como criterio prioritario para dirimir los desacuerdos, conflictos o coincidencia de trabajadores. En la selección de criterios como el sorteo, la rotación, la prioridad entre las solicitudes, parece que las empresas pretenden adoptar criterios neutrales y objetivos para resolver los posibles conflictos, y evitar que la alegación de las circunstancias familiares pueda derivar en otros desacuerdos entre trabajadores.

## VI. PLANES DE IGUALDAD EN LAS EMPRESAS Y ADMINISTRACION ANDALUZAS Y SU APLICACIÓN PRÁCTICA

Entre las conclusiones que pueden derivarse del análisis de los planes de igualdad de las empresas y administración andaluza, cabe destacar en primer lugar, las dificultades para acceder a los mismos por la confidencialidad que suele atribuírseles desde los organismos oficiales. Por lo que únicamente cuando las empresas y los sindicatos hacen público el contenido puede accederse a los planes de igualdad de Andalucía. No obstante, la confección de los planes de igualdad se encuentra actualmente en un estadio incipiente puesto que solo minoritariamente determinadas empresas han ultimado su

elaboración. La ausencia de plazos en la Ley de Igualdad para que se aprueben estos planes, así como la voluntariedad de los mismos salvo en las grandes empresas, ha retardado su aplicación. En este sentido, resulta destacable el superior retraso en la aprobación de planes de igualdad en la Administración Pública andaluza y en particular, en las Universidades.

A continuación se comentan algunos de los aspectos más relevantes en relación al diagnóstico y las prácticas igualitarias innovadoras de los planes de igualdad previstas por el sector público y privado andaluz.

### 6.1. Conclusiones de diagnósticos

En relación a los diagnósticos previos a los planes de igualdad a los que se ha tenido acceso, también se extraen datos significativos en materia de conciliación, siendo de interés jurídico el de la Universidad de Granada. Al respecto, la jornada laboral no resulta problemática para el trabajador (el 83,4% considera conveniente el horario laboral establecido para conciliar la vida laboral y familiar) desviándose a otras causas las dificultades para conciliar. En particular, el hecho de que ambos cónyuges trabajen dificulta la conciliación para ambos sexos, así como la descoordinación entre el horario escolar y laboral. Por su parte, las mujeres piensan que los hombres hacen menos de lo que debieran hacer y se muestran pesimistas respecto de la aplicación de la Ley de Igualdad.

En nuestra opinión, y a la vista de estos datos, puede señalarse que las empresas o administraciones que han culminado o al menos avanzado notablemente en el proceso de flexibilización de la jornada laboral, parece que los trabajadores se muestran aun resignados e incluso pesimistas ante la problemática de la conciliación, como si se hubiera alcanzado el techo de las ventajas inherentes a este derecho. Este planteamiento puede derivar en la convicción de que las

soluciones deben trasladarse entonces al campo privado, confirmando la corresponsabilidad como un estadio ulterior a la conciliación.

Sin embargo, el derecho a conciliar debe a nuestro entender desarrollarse como auténtico derecho individual, adaptado a las necesidades particulares de cada trabajador y trabajadora (Plan de Igualdad Hytasal incluye la implantación de flexibilidad horaria y un horario adaptado a necesidades del trabajador en aquellos puestos de trabajo que por razones productivas u organizativas lo permitan, mediante estudios de cada puesto de trabajo sobre ordenación del tiempo de trabajo y medidas para favorecer la conciliación). La individualización de los derechos de conciliación a las responsabilidades familiares y personales de los trabajadores aun no se ha consolidado mediante acuerdos entre las empresas y sus empleados. Por lo que, al margen de la corresponsabilidad, estos pactos parecen el único mecanismo para progresar en la mejora de calidad de vida de los trabajadores considerando que a través de la negociación colectiva no se consigue avanzar cuando ya se han alcanzado por el trabajador cotas satisfactorias de jornada flexible, vacaciones y turnos.

Pero la sensación de estancamiento en este derecho puede superarse flexibilizando la rigidez e inmutabilidad de los convenios colectivos mediante derechos de conciliación a la carta, a través de la actualización de los diagnósticos en los planes de igualdad adaptados al perfil del personal de la empresa o administración y pactos individuales con el trabajador.

Paralelamente, las situaciones que según los diagnósticos dificultan el derecho a conciliar deben ponderarse por las empresas para la tutela jurídica de los trabajadores; en concreto, las responsabilidades familiares, el hecho de que la pareja trabaje, la imposibilidad de

adecuar el horario laboral y escolar, la falta de servicios asistenciales o de guardería, e inflexibilidad en la entrada y salida del trabajo (el 23,9 % del personal de la Universidad de Granada que tiene problemas de conciliación, manifiesta que influye mucho o bastante por el orden siguiente: que trabaje la pareja, descoordinación del horario laboral y escolar, normas para la elección de tramos horarios y para la elección de asignaturas, normas de elección de turnos horarios).

En esta fase de Diagnóstico, el Plan transversal de Género del Ayuntamiento de Málaga prevé un estudio de detección de dificultades para conciliar entre personal del ente local y también el I Plan de Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres de la Empresa Municipal de Autobuses de Córdoba S.A., sobre detección de necesidades de la plantilla en conciliación.

Desde esta perspectiva, se impone el fomento de derechos atípicos y dinámicos en materia de conciliación ante el pesimismo que revelan los diagnósticos de los planes de igualdad (59,1% de las mujeres piensan que la Ley de Igualdad ha servido poco o nada y las mujeres pesimistas respecto a que sirva de algo en el futuro), adaptados a las necesidades de cada trabajador en cada momento. En esta línea se inscribe el Plan transversal de Género del Ayuntamiento de Málaga Estudio de detección de dificultades para conciliar entre personal del Ayuntamiento, al recoger una experiencia piloto consistente en crear mecanismos de conciliación adaptados a empleadas en puestos de trabajo que conlleven turnicidad y nocturnidad.

La evolución de las circunstancias familiares y personales de los trabajadores no tiene reflejo en los convenios ni en los planes de igualdad. Como también la actual desprotección jurídica del trabajador en el ejercicio de su derecho a conciliar se manifiesta por la falta de mecanismos y soluciones de baremación de las

circunstancias familiares y personales dentro de las empresas y la administración. Parece imprescindible el desarrollo de derechos preferentes de conciliación para trabajadores con especiales necesidades, frente a la empresa y otros trabajadores, en relación a la concesión de permisos, ayudas económicas y subvenciones con arreglo a criterios de prioridad basados en circunstancias familiares y personales (Plan de Igualdad del Ayuntamiento de Granada, incluye cuota de monoparentalidad en los baremos de concesión de ayudas de comedor becas, transporte escolar y demás ayudas).

Entre los derechos de igualdad con menor grado de satisfacción según las estadísticas que preceden a los planes de igualdad, destaca abrumadoramente el derecho a conciliar la vida laboral, familiar y personal. En esta línea, la Universidad de Granada ofrece datos inequívocos respecto a las posibilidades de compaginar la vida laboral y familiar puesto que un 57,6% considera que la mujer está en situación de desventaja, mientras se percibe más igualdad en los salarios, acceso a formación de empresa, oportunidades para conseguir un empleo, distribución de tareas y responsabilidades, perspectivas de promoción profesional algo menos 76,7%.

En relación a la conciliación, se comprueba un déficit superior de desigualdad que no siempre puede solucionarse dentro de la empresa mediante servicios o actividades extraescolares, cuya solución compete a los poderes públicos. En este sentido, los Planes de Igualdad del Ayuntamiento de Granada y Almería, incluyen como medidas innovadoras un análisis de la disponibilidad de actividades extraescolares y en días laborales y no lectivos para detectar y cubrir posibles deficiencias que dificulten la conciliación (ludotecas municipales, escuelas infantiles., red de atención a personas dependientes becas para madres jóvenes en proceso de formación).

## 6.2. Contenido relevante de los Planes de Igualdad

El impulso a la corresponsabilidad suele ocupar un lugar destacado en los planes de igualdad confirmando que desde el ámbito laboral también puede incentivarse la implicación de ambos sexos en la asunción de responsabilidades familiares y personales (Universidad de Sevilla, sobre el interés en estudiar y valorar horarios del PDI, horarios de reuniones y periodos lectivos que facilitan la corresponsabilidad). En los planes de igualdad prevalece la consideración de que la conciliación sin corresponsabilidad no puede desarrollarse en su integridad; I Plan de Igualdad entre Hombres y Mujeres en Educación, sobre la corrección de desequilibrios entre las responsabilidades de hombres y mujeres).

Entre los aspectos relevantes derivados de la ausencia de corresponsabilidad destacan sus repercusiones sobre la salud por falta de implicación del sexo masculino en las responsabilidades familiares y personales. Al respecto, el IV Plan de Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres 2009-2014 admite que la salud de las mujeres que solo trabajan en el ámbito doméstico es peor por falta de corresponsabilidad del hombre, aunque no se detiene en la de aquéllas que compaginan el trabajo en el hogar y fuera de él, que con toda probabilidad es más vulnerable.

El contenido de los planes de igualdad aborda detenidamente la difusión de la corresponsabilidad y la conciliación a través de campañas, y otros medios de formación e información de los trabajadores. Al respecto, algunos planes regulan en términos generales la información y formación en materia de corresponsabilidad y conciliación ( II Plan de Igualdad de oportunidades del Ayuntamiento de Almería, prevé realizar campañas de concienciación sobre corresponsabilidad y conciliación e impartir charlas informativas y formativas en materia de

corresponsabilidad y conciliación); otros la información sobre derechos laborales de conciliación (Plan transversal de Género del Ayuntamiento de Málaga, también incluye realizar campaña sobre derechos laborales relativos a conciliación dirigida a personas trabajadoras y empresariado); algunos pretenden incrementar información sobre servicios y recursos existentes que facilitan la conciliación, o celebrar jornadas de intercambio de buenas prácticas en materia de conciliación de la vida laboral y personal de trabajadores y trabajadoras, campañas de sensibilización sobre desigual reparto del tiempo (I Plan de Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres de la Empresa Municipal de Autobuses de Córdoba S.A., prevé campañas de información y sensibilización sobre el reparto de las responsabilidades familiares; o campañas entre la juventud para compartir en igualdad del trabajo doméstico acciones formativas sobre corresponsabilidad (Plan transversal de Género del Ayuntamiento de Málaga), o concienciar a empresas públicas y privadas sobre catálogo de recomendaciones para promover la conciliación; fomento de medidas de conciliación y corresponsabilidad (III Plan Director de Igualdad de la Delegación de la Mujer, fomentar medidas de conciliación y corresponsabilidad); campañas de sensibilización sobre beneficios de compatibilización de la vida familiar personal y laboral y la promoción de la implicación de los hombres en las tareas domésticas y responsabilidades familiares (Plan de Igualdad Hytasal); o informar a plantilla de permisos y excedencias en la normativa laboral y al colectivo de hombres de sus derechos como padres para fomentar utilización permisos parentales y una guía sobre recursos asistenciales a disposición del personal (Plan de Igualdad de San Miguel Fábricas de Cerveza y Malta, S.A.); realizar cursos y jornadas de sensibilización en igualdad de oportunidades y reparto de responsabilidades dirigido al equipo directivo y al personal empresa (Aqualia Gestión Integral del Agua).

### 6.3. Clausulas innovadoras de los planes de igualdad

Entre las cláusulas innovadoras de los planes de igualdad destaca la creación de servicios de ocio integral para la familia (Plan Transversal de Género del Ayuntamiento de Málaga); o servicios de ludoteca (Plan de Igualdad de Universidad de Jaén)

La incorporación de bolsas horarias en los planes de igualdad aparece con frecuencia en planes de igualdad como el de la Diputación Provincial de Cádiz (se convertirán los días de libre disposición en bolsas de horas que podrán ser utilizadas cuando se necesite el cuidado de menores o personas dependientes).

También puede destacarse la incorporación de cláusulas que despenalizan la conciliación garantizando que el uso de medidas conciliatorias no mermen los derechos laborales ni resten posibilidades de información y participación en los eventos que acontezcan en la empresa a quienes estén ausentes para atender responsabilidades familiares (I Plan de Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres de la Empresa Municipal de Autobuses de Córdoba SA Aucorsa). En esta línea, se pretende también garantizar la conservación de derechos por el uso de permisos y derechos de conciliación (Aqualia Gestión Integral del Agua, garantiza que las personas que se encuentran disfrutando de permisos de paternidad maternidad o lactancia tengan las mismas posibilidades de participar en procesos de promoción interna). En esta línea, algunas cláusulas abordan la penalización en el ejercicio del derecho a conciliar disponiendo la exclusión de medidas que pudiesen perjudicar la conciliación (Aqualia Gestión Integral del Agua, S.A.).

Otra de las cláusulas innovadoras de los planes de igualdad incluyen la promoción del teletrabajo en los puestos que lo permitan manteniendo los mismos derechos laborales y posibilidades de

promoción (Plan de Igualdad de San Miguel Fábricas de Cerveza y Malta, S.A.).

Entre los obstáculos a que se enfrenta la conciliación en las empresas destacan la primacía de derechos profesionales sobre el derecho a conciliar, razón por la cual algunos planes de igualdad pretenden limitarlos para facilitar su ejercicio (Aqualia Gestión Integral del Agua, limita la ponderación de la antigüedad como criterio de valoración en los procesos de promoción interna).

Para verificar la eficacia de las medidas conciliatorias algunos planes de igualdad también prevén registros segregados por sexos de utilización de medidas de conciliación para obtener porcentajes desagregados y verificar la tendencia futura del reparto de responsabilidades familiares entre mujeres y hombres (Aqualia Gestión Integral del Agua).

La conciliación aparece en algunos planes de igualdad como un criterio informador de las decisiones empresariales como el traslado de trabajadores (Aqualia Gestión Integral del Agua, por su especial consideración con el personal que tenga a su cargo exclusivo guarda de menores de seis años o con discapacidad del seis por ciento a la hora de adoptar por parte de la empresa decisiones de traslado que impliquen movilidad geográfica o decisiones que impliquen cambio en el sistema de trabajo a turnos).

La preocupación de los planes de igualdad por la necesidad de que los derechos de conciliación no sean de uso exclusivo de las mujeres se refleja mediante disposiciones destinadas a potenciar el uso de permisos y derechos de conciliación por el sexo masculino (Plan de Igualdad Empresa Mahon, informa al colectivo de hombres sobre sus derechos como padres para fomentar la utilización de permisos parentales). La actual feminización del ejercicio de derechos de

conciliación ha derivado en la potenciación del uso de los permisos entre el sexo masculino (borrador plan de igualdad Universidad de Jaén, fomento del disfrute de permisos por hombres del PAS y PDI). Paralelamente, cabe mencionar la inclusión en los planes de igualdad de derechos individualizados adaptados a las circunstancias familiares y personales de los trabajadores y trabajadoras (Plan de Igualdad Empresa Mahon, de forma individualizada la empresa podrá autorizar el incremento en la mitad de la flexibilidad horaria establecida en supuestos excepcionales).

Excepcionalmente, los planes de igualdad introducen mejoras a la ley, pues con excesiva frecuencia suelen limitarse a la reiteración de los permisos y licencias. Entre estos planes destaca la previsión de una reducción de jornada laboral durante un mes para enfermedad muy grave de familiar y la posibilidad de que los padres o madres con hijos menores de doce años puedan solicitar vacaciones coincidentes con las escolares y un mes adicional con reducción salarial, sin deducción en el reconocimiento del tiempo de servicio por el uso de este beneficio. En este sentido, el Plan de Igualdad de San Miguel Fábricas de Cerveza y Malta, S.A., se refiere a complementar el permiso de paternidad hasta un cien por cien de conceptos análogos.

#### 6.4. Deficiencias de los Planes de Igualdad.

Entre las deficiencias de los convenios colectivos puede destacarse la falta de compromiso jurídico de las empresas en la redacción de las cláusulas y asunción de obligaciones. La escasa vinculación de las empresas en los planes de igualdad imposibilita y dificulta su exigibilidad por los trabajadores respecto de los beneficios y servicios que se incluyen (Plan Hytasal, limitándose a la realización de estudios de costes y beneficios de la creación de una guardería de empresa o de la contratación externa de este servicio; Plan de Igualdad Aqualia Gestión Integral del Agua, sobre la reducción del impacto de cuidado

de menores o de dependientes en la formación profesional de trabajadores).

De otra parte, son infrecuentes en los convenios colectivos cláusulas de actualización para la adecuación constante de los derechos y prestaciones de conciliación a las necesidades de los trabajadores (Plan de Igualdad de la Universidad de Jaén, sobre la previsión de realizar encuestas entre PAS para valorar adecuación de sus horarios y periodos vacacionales en casos de personas con responsabilidades familiares).

En paralelo a los convenios colectivos que incluyen cláusulas de privilegio para los representantes sindicales en comparación con los derechos de conciliación concedidos a los trabajadores, también esta tendencia se aprecia en algunos planes de igualdad, si bien bajo la cobertura jurídica que ofrece mejorar la ley a efectos de conciliación. En particular, algún plan de igualdad permite mantener en la nómina de personal que ocupe cargo retribuido, el reconocimiento del complemento durante el permiso de maternidad o paternidad.

También en sintonía con los convenios colectivos, la privación de derechos a los cónyuges o parejas de hecho en el ejercicio de los derechos de conciliación se traslada a algunos planes de igualdad que prevén la revisión de la normativa de elección de horarios para investigador o docente con hijos menores de doce años o familiar dependiente, aunque en caso de cónyuge o pareja vinculada se hará con carácter rotatorio por cursos académicos. Por lo que se penaliza por el estado civil a los cónyuges o parejas de hecho, al margen de desviarse de la corresponsabilidad como medio para conciliar.

La privación de días de descanso por superposición de permisos constituye una consecuencia discriminatoria por el ejercicio de derechos de conciliación, aunque la Fundación Red Andalucía

Emprende, garantiza el disfrute de vacaciones en periodos coincidentes con situación de maternidad o paternidad.

Otros efectos discriminatorios derivan de las cláusulas de privaciones de derechos que legalmente corresponden a los trabajadores y trabajadoras (convenio empresa Sociedad Ecijana para Desarrollo Económico SA, artículo 24, los trabajadores excedentes por cuidado de hijos no devengarán retribuciones y no podrán participar en concursos de traslado y promoción durante el periodo de excedencia ni les será computable el tiempo a efectos de antigüedad)

En esta línea, también algunos derechos de conciliación se subordinan a que el deber familiar solo pueda atenderse por el trabajador, reservándose la empresa la posibilidad de denegarlo si hubiere otro familiar que pudiera encargarse (convenio Empresa Pública Provincial para la Vivienda de Málaga, artículo 12, para atender enfermedad de menores de 12 años y familiares mayores de setenta años cuya pareja o cónyuge trabaje por cuenta ajena en otro organismos, siempre que no tengan con quien confiarlos y justifique documentalmente estos extremos). Esta posición interpretada de forma restrictiva por la empresa puede derivar en la reconducción de la conciliación al ámbito privado y no laboral y desvirtúa la naturaleza de la conciliación como derecho individual.

## VII. BREVES CONCLUSIONES SOBRE LOS INFORMES DEL DEFENSOR DEL PUEBLO ANDALUZ SOBRE ESTA MATERIA

Predominantemente, las quejas presentadas ante el Defensor del Pueblo Andaluz por conciliación de la vida laboral, familiar y personal se plantean por mujeres que integran unidades monoparentales y no pueden compatibilizar trabajo y familia. Como reconoce el Defensor del Pueblo en sus informes “un grupo significativo de quejas ciudadanas tuvieron por protagonistas a unidades familiares

integradas por mujeres y sus descendientes, y todas ellas tienen en común la desesperación que nos transmitían sus protagonistas por no contar con los medios económicos suficientes para procurar la atención de sus necesidades más básicas. Aunque en algunos casos se trata de familias rotas tras numerosos episodios de violencia de género soportados de forma directa por la madre, e indirectamente por sus hijos e hijas, lo cierto es que la mayoría de estas quejas referían las dificultades laborales y sociales que debían sortear estas mujeres con cargas familiares en su vida personal”. Como la queja 07/5003 presentada por una empleada que había solicitado en su empresa el cambio de turno de la tarde a la mañana para poder conciliar sus responsabilidades laborales con el cuidado de sus tres hijas, cuya guarda y custodia ejercía en solitario desde el fallecimiento de su esposo. También la queja 08/1225 ilustra muy bien las circunstancias que envuelven a las mujeres en situación monoparental pues se planteó por una mujer de treinta y nueve años, madre soltera que decía carecer de apoyo familiar para el cuidado y atención de su única hija, y que los pocos empleos que encontraba, además de ser precarios, no le permitían compatibilizar su vida familiar y laboral. Sus únicos ingresos económicos eran una cantidad del todo afirmaba insuficiente para pagar el alquiler de su vivienda, a pesar de lo cual no estaba obteniendo ayuda social por parte de las entidades públicas a las que se había dirigido. Todo lo cual la estaba sumiendo en un estado de grave ansiedad del que no conseguía recuperarse.

## ANEXO I

### TÍTULO: LA CONCILIACIÓN DE LA VIDA LABORAL, FAMILIAR Y PERSONAL EN EL ACTUAL CONTEXTO ECONÓMICO ¿DERECHO SOCIAL O PRINCIPIO RECTOR?

#### SUMARIO.

1. Introducción.
2. Fundamento jurídico de la conciliación como derecho social. Su proximidad al marco de los principios rectores
3. La vertiente prestacional del derecho social de conciliación: la privación de derechos.

#### 1. Introducción

En la conciliación de la vida laboral, familiar y personal se concitan categorías jurídicas diversas como el derecho constitucional de igualdad y, simultáneamente diversos principios rectores relacionados con la protección de la familia, de los hijos, discapacitados y, en definitiva, de la salud (artículos 39, 43 y 49 de la Constitución). Este dilema jurídico se agrava por la conversión del derecho constitucional a la conciliación en múltiples derechos laborales derivados, con el riesgo de que su interpretación se verifique sin atender a su condición de principios rectores.

Pero también la debilidad jurídica de la conciliación de la vida laboral, familiar o personal como derecho incipiente, propicia en el actual contexto económico una regresión en su condición de derecho social por su devaluación través de las actuales políticas anticrisis. La dependencia presupuestaria y financiera del derecho a conciliar incide negativamente en su reafirmación como derecho, aunque con unos efectos que exceden de la conciliación, considerando que las

restricciones de su cobertura económica pueden afectar a otros derechos clave del sistema jurídico relacionados con la protección de la salud, los menores, los dependientes o la familia. Paralelamente, la autorregulación como marco jurídico del derecho de conciliación reduce su coercibilidad obstaculizando su aplicación jurídica, al resultar equiparable su imprevisión en los planes de igualdad y convenios colectivos con la falta de una legislación directa de desarrollo. La confluencia de la autonomía privada pero también de políticas conciliatorias en el campo de la conciliación impiden a este derecho desprenderse de su perfil de principio rector.

El repliegue de determinados derechos conciliatorios como consecuencia de la situación de crisis actual plantea la disyuntiva entre su consideración como derecho o principio rector. El retroceso en las políticas de conciliación se propaga al derecho social de conciliación, con un impacto negativo por cuanto se produce durante el proceso de sedimentación de este último. En esta línea se enmarca la iniciativa legislativa tendente a la reducción de prestaciones por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y lactancia natural y otras prestaciones familiares (hasta un 8,93% menos) con un significativo descenso del gasto en las prestaciones por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y lactancia natural, que disminuyen un 12,42 por ciento, y la reducción la ampliación del permiso de paternidad a cuatro semanas que deberá entrar en vigor en el año 2011 y que será, previsiblemente, suspendida por el Ejecutivo. En el marco transnacional, la propuesta del Parlamento Europeo de ampliar el permiso de maternidad también ha encontrado la oposición de algunos Estados comunitarios, alegando su inviabilidad y condenando al estancamiento al derecho de conciliación.

## 2. Fundamento jurídico de la conciliación como derecho social. Su proximidad al marco de los principios rectores.

El eclecticismo jurídico de la conciliación de la vida laboral, familiar y personal entre derecho social y principio rector ha sido frecuentemente reconocido por la propia Jurisprudencia. En este sentido, el Tribunal Supremo viene reiterando que los derechos de conciliación tienden a proteger además del derecho de los trabajadores a conciliar para mejor cumplir con los deberes inherentes a la patria potestad, el propio interés del menor a recibir la mejor atención posible, considerando que aquéllos forman parte del desarrollo constitucional del artículo 39 CE, destinado a la protección de la familia (STS de 11 de diciembre de 2001)<sup>1</sup>. Reforzándose la vertiente de la conciliación como principio rector, al reconocerse por los órganos judiciales que la finalidad de protección de la familia y de los menores debe servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa.

Paradójicamente, también el desarrollo legal de la conciliación ha contribuido a debilitar sus cimientos como derecho, reforzando su condición de principio rector. La Ley Orgánica para la Igualdad Efectiva entre Mujeres y Hombres (en adelante, LOIEMH) regula el derecho de conciliación sólo a través de políticas a las que se encomienda la adopción de medidas conciliatorias y el diseño de estrategias, estimaciones y evaluaciones, sin posibilidad de ser exigibles. La concreción legislativa de la igualdad mediante políticas implica el reenvío al plano de los principios rectores y ha contribuido determinadamente al proceso de desconstitucionalización del derecho a conciliar mediante la remisión a la normativa laboral y de Seguridad Social.

---

<sup>1</sup> En esta línea, vid., Valle Muñoz, La garantía de indemnidad del trabajador por ejercitar acciones judiciales contra el empresario, *Revista de Derecho Social* 29/2005, págs. 20 y 24.

Desde esta perspectiva, como derecho laboral, la conciliación se expone a consecuencias negativas derivadas de la desposesión como categoría constitucional. Al regularse los derechos conciliatorios por el Estatuto de los Trabajadores y disposiciones administrativas, se reducen a derechos laborales y profesionales que tienden a prescindir de su descendencia del derecho de igualdad constitucional (artículo 14 CE). La percepción de su naturaleza constitucional no es un hecho indiferente desde un punto de vista jurídico, pues debe informar la interpretación del derecho a conciliar la vida laboral, familiar y personal. Los órganos judiciales habrían de interpretar este derecho en el sentido más favorable a su efectividad, sin posibilidad de aplicarlo restrictivamente como regla general, integrando sus lagunas para la protección óptima de sus titulares y de los bienes jurídicos protegidos. La interpretación “pro libertate” del derecho a conciliar se fundamenta en su naturaleza constitucional, sin que su condición de derechos derivados laborales pueda invertir este parámetro interpretativo<sup>2</sup>.

Por otra parte, también la LOIEMH reconduce el derecho de conciliación a la esfera de la autonomía privada y de la libertad contractual, dejándolo a expensas de las decisiones individuales y de la negociación colectiva, sin determinar un contenido mínimo intangible. Por esta razón, en situación de crisis empresarial, el derecho a conciliar se enfrenta a las reticencias de los empresarios por la convicción de verse obligados a asumir su coste, mientras los poderes públicos se muestran más tolerantes con la libertad

---

<sup>2</sup> Al respecto, la aplicación de la doctrina de las SSTC 203/2000, de 24 de agosto, y 240/1999, de 20 de diciembre, ambas relativas a diferencias de trato a funcionarias interinas (en relación con funcionarias de carrera) en relación con el disfrute de derechos legales por razón de maternidad, afirma que “no resulta admisible, desde la perspectiva del art. 14 CE, fundar la denegación de un derecho con transcendencia constitucional (arts. 9.2 y 39.1 CE) exclusivamente en el carácter temporal y en la necesaria y urgente prestación del servicio propia de la situación de interinidad” (STC 203/2003, FJ 5).

empresarial para no presionar a aquéllos y evitar que se contraiga la contratación y la inversión.

El planteamiento de la conciliación en un ámbito a salvo de normas coercitivas, a lo sumo en el marco del derecho dispositivo, priva de obligatoriedad a los derechos conciliatorios. Difícilmente se sustenta un derecho sin un reverso de obligaciones impuestas para su protección jurídica, y el derecho a conciliar no puede ser una excepción en este sentido. Al respecto, la reconducción de este derecho al plano de la responsabilidad social desdibuja su condición de derecho, por la voluntariedad de medidas conciliatorias<sup>3</sup>. El artículo 73 LOIEMH dispone que las empresas podrán asumir la realización voluntaria de acciones de responsabilidad social consistentes en medidas que pueden ser conciliatorias. En coherencia con otras disposiciones de este texto legal relativas a los planes de igualdad y convenios colectivos, no se reconoce a los trabajadores y empleados un derecho a conciliar, sino sólo a “medidas” discrecionales y voluntarias.

La obligación de conciliar aparece matizada por el concepto de responsabilidad social previsto en la LOIEMH, al reducir el derecho constitucional de igualdad a una simple facultad potestativa de las empresas y de la Administración. El carácter vinculante y exigible del derecho a conciliar puede cuestionarse entonces a través de la aplicación facultativa del derecho a la igualdad, al dificultarse que las conductas anticonciliatorias se califiquen como incumplimiento constitucional.

Asimismo, la convivencia del derecho a conciliar con planes y programas de igualdad dificulta la precisión de una línea divisoria entre el derecho y el principio rector. Cabe mencionar el Plan Estratégico de Igualdad de Oportunidades que conforme al artículo

---

3. Sobre la voluntariedad en el campo de la igualdad, destaca Martínez Tapia, R: Igualdad y razonabilidad en la Justicia constitucional española, Universidad de Almería, págs. 119 y 122,

17 LOIEMH incluirá medidas para alcanzar la igualdad entre mujeres y hombres y eliminar la discriminación por razón de sexo. La reiteración por los planes y programas de los derechos conciliatorios imposibilita el deslinde entre el derecho y el principio rector en materia de conciliación.

En particular, ciertas parcelas del derecho de conciliación permanecen aun más próximas al campo de los principios rectores de las políticas sociales por su imprevisión legal, como el derecho a la salud como consecuencia de las enfermedades y trastornos derivados de la asunción de ambos roles, laboral y familiar o personal. Así, numerosas patologías y bajas laborales motivadas por el estrés, ansiedad, y otros trastornos físicos y psicológicos derivan del abandono de trabajadores y empleados, mayoritariamente del sexo femenino, para afrontar el problema de conciliación. Sin que la normativa de prevención de riesgos laborales y de Seguridad Social haya atendido suficientemente a la conciliación como causa directa e indirecta de problemas en la salud, mediante una cobertura legal adecuada, más allá del embarazo o el parto. La legislación sanitaria prácticamente ignora las enfermedades que suelen padecer las mujeres por la dualidad de funciones que asume de forma simultánea en el ámbito laboral y doméstico, si bien las políticas y planes comienzan a incluir la atención a la salud desde una perspectiva de género.

No obstante, la conexión jurídica entre el derecho de conciliación y otros principios constitucionales como la protección de los menores y de la familia, debería impedir interpretaciones reductivas de la conciliación por su posible inconstitucionalidad<sup>4</sup>. Desde este punto de

---

4. A propósito, vid., AA.VV., (Dir. Sánchez Trigueros/Sempere Navarro): Comentarios a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres, Navarra, 2008, pág. 158, sobre el carácter garantista de la conciliación proclive a los intereses del menor.

vista, la coordinación entre estos principios rectores constitucionales deberían impedir retrocesos en el reconocimiento de derechos conciliatorios. El riesgo de que la vertiente como principio rector de la conciliación afecte negativamente al derecho social a conciliar debería ponderar el posible impacto simultáneo en otros derechos familiares.

En efecto, las restricciones políticas de la conciliación repercuten en el cumplimiento de deberes legales derivados de la protección de menores, mayores y familias, con el posible incumplimiento del artículo 53.3 C.E. En particular, resulta discutible que un principio rector pueda constreñirse si imposibilita el cumplimiento de obligaciones legales como la guarda y custodia de los menores.

Sin embargo, la legalidad vigente y las políticas actuales sobre conciliación confluyen en su dedicación preferencial a la protección del embarazo y la maternidad “strictu sensu”, ignorando de un modo equívoco que la conciliación no puede restringirse a la época de nacimiento y primeros cuidados de los hijos, sino que afecta a un periodo más amplio de la vida activa de los trabajadores y empleados con cargas familiares. Por lo que la conciliación derivada de la asunción de obligaciones familiares se encuentra en un estadio jurídico menos desarrollado que por motivos de embarazo, parto o lactancia, y expuesto a informar u orientar las políticas públicas a modo de principio rector.

Aunque el nivel de politización del derecho a conciliar la vida laboral, familiar y personal, también puede aminorarse mediante la intervención judicial. En efecto, corresponde a los órganos judiciales aplicar los derechos de conciliación incluso ante las severas lagunas normativas, para lo que pueden verse obligados a “legislar” casuísticamente recurriendo a las directrices de los planes de igualdad como principios informadores del derecho. En nuestra

opinión, los principios rectores de las políticas sociales concretados en planes de igualdad no sólo informan como tales la práctica judicial, sino que también los jueces pueden fundamentar sus decisiones judiciales en los mismos por su carácter de principio informadores, aunque sectoriales, en materia de conciliación.

Ahora bien, mientras se normalizaba paulatinamente el derecho de conciliación en el marco laboral ha interferido una situación de crisis económica que tiende al recorte de gasto público a costa de derechos sociales. Para contrarrestar esta posición política, puede innovarse en el ámbito de la conciliación sin apenas coste financiero a través del fomento de la corresponsabilidad en los sectores masculinizados que han sido castigados por el desempleo y se ven forzados a regresar al hogar, donde las mujeres pueden constituir la única fuente de ingresos familiar; y también entre el colectivo de trabajadores con reducción de jornadas para eludir el desempleo; y en el de prejubilados a una edad donde aun pueden contribuir a las responsabilidades familiares para descargar al sexo femenino. Aprovechando el momento económico adverso para incorporar la conciliación incluso, en los supuestos donde ambos convivientes se encuentran desplazados del mercado laboral o sólo uno de ellos, mediante la formación en un concepto compartido de las responsabilidades familiares, independizado del trabajo externo fuera del hogar; al margen de que los poderes públicos acierten a comprender que la conciliación también constituye un innegable yacimiento de empleo, como comienza a vislumbrarse a través del desarrollo de la Ley de Dependencia. Incluso, asumir la convicción de que resulta plenamente rentable conciliar, porque las dificultades para el ejercicio de este derecho estimulan los fraudes a la Seguridad Social con el consiguiente coste económico. De modo que la falta de respaldo económico a la conciliación termina generando unos gastos al Estado y un coste indirecto por vía fraudulenta.

Simultáneamente, sin un esfuerzo económico sino más bien organizativo en el ámbito interno de la empresa y de la Administración, pueden desplegarse funciones de control y formación en materia conciliatoria. En particular, el recurso a técnicos y comisiones que dinamicen el proceso de cambio y adaptación a la cultura conciliatoria, mediante la coordinación, impulso de acciones y cursos de formación, seguimiento y evaluación del plan de igualdad, elaboración de protocolos de aplicación, elaboración de estadísticas, propuestas y un conocimiento preciso de las necesidades de los trabajadores y profesionales. Aunque el tejido empresarial en nuestro país y las prácticas habituales del mercado laboral no colaboren debidamente en la implantación del derecho a conciliar la vida laboral y familiar. El predominio de empresas tradicionales (Pymes) no contribuye a la generalización del derecho a conciliar la vida laboral y familiar o personal, en cierta medida porque presentan mayores dificultades para facilitar su ejercicio a los trabajadores. Desde esta óptica, el nivel de exigibilidad del derecho a conciliar puede depender de la tipología empresarial, planteando la posibilidad de un desigual grado de exigencia según el tamaño de la empresa.

Aunque, con independencia del volumen empresarial, debe promoverse un cambio significativo en las relaciones laborales y en la estructura organizativa de los centros de trabajo, a propósito de las nuevas tecnologías y con fines conciliatorios. Incluso, desde una perspectiva contractual, puede justificarse la novación del contrato laboral o funcional para la adaptación a las circunstancias familiares o personales transitorias o permanentes del trabajador o empleado. Así, debe impulsarse el traspaso de un sistema rígido y estandarizado a otro más flexible y autoorganizativo, atento a la evolución y uso de las medidas conciliatorias por los trabajadores y empleados, para detectar su índice de fracaso o eficacia.

Sobre el riesgo de infrautilización de determinados derechos conciliatorios tiende a incentivarse si se traslada al trabajador o empleado el coste económico por el ejercicio de los mismos. Por esta razón, la Directiva 2010/18/UE del Consejo, de 8 de marzo de 2010, considera que “en muchos Estados miembros las medidas para animar a los hombres a participar por igual en las responsabilidades familiares no han dado suficiente resultado; que por tanto conviene adoptar medidas más efectivas para fomentar una distribución más equitativa de las responsabilidades familiares entre hombres y mujeres”.

En teoría, el Tratado de Lisboa abre la vía jurídica para la superación del actual estado preconciatorio en nuestro país y la aproximación con los países más desarrollados en materia de autoorganización de los trabajadores y empleados. La igualdad de derechos en el marco de la Unión Europea se vislumbra como un horizonte jurídico, aunque la Carta de Derechos Fundamentales no contribuya precisamente a reforzar la conciliación como un derecho supranacional. Considerando, desde nuestro punto de vista, que el progreso social no puede avanzar sino en la línea de aquellos Estados europeos que han apostado por el derecho a conciliar la vida laboral y familiar, cuya experiencia constituye, sin duda, un estímulo para su implantación definitiva en nuestro país, incluso en un momento especialmente delicado para el Estado Social.

3. La vertiente prestacional del derecho social de conciliación: la privación de derechos.

Como derecho, la conciliación debería implicar la concesión de facultades o ventajas y en modo alguno la penalización por su ejercicio, o al menos la conservación de los derechos laborales como parece ser el espíritu de la Directiva 2010/18/UE, de 8 de marzo, del Consejo, sobre aplicación del Acuerdo Marco sobre Permiso Parental,

cuya cláusula quinta dispone que el trabajador tendrá derecho a ocupar su mismo puesto de trabajo o en caso de imposibilidad, un trabajo equivalente o similar conforme a su contrato de trabajo o relación laboral y a mantener sus derechos adquiridos o en curso de adquisición sin modificaciones hasta el final del permiso parental.

La configuración del derecho a conciliar sin un soporte prestacional o económico, desprovisto de facultades y ventajas, vacía su contenido y tiende a replantear su naturaleza jurídica<sup>5</sup>. Como derecho social precisa de una financiación adecuada de los poderes públicos para alcanzar un nivel óptimo de eficacia jurídica. En consecuencia, el ejercicio de un derecho que grava la posición de beneficiario repercute en su posible infrutilización, desincentivando su aplicación, si bien en el supuesto del derecho de conciliación, puede además agregar el riesgo de disfunciones discriminatorias.

La traslación del coste económico de la conciliación a los titulares de los derechos reduce su uso jurídico, posibilitando un perjuicio superior en el colectivo femenino, como principal usuario. De acuerdo con la conservación de derechos conciliatorios, la Directiva 2010/18/UE, del Consejo, sobre Acuerdo Marco sobre Permiso Parental, en su cláusula 5, “todas las cuestiones vinculadas a los ingresos en relación con el presente Acuerdo serán consideradas y establecidas por los Estados miembros o los interlocutores teniendo en cuenta el papel que desempeñan los ingresos en la utilización del permiso parental”.

Por esta razón, se comprueba el fracaso actual de ciertos derechos conciliatorios por no ser adecuadamente retribuidos ni comportar una protección jurídica eficiente, desembocando en su

---

5 Destaca Pérez del Río, La Ley Orgánica de Igualdad Efectiva entre Mujeres y Hombres. Aproximación para el debate, Revista de Derecho Social (BOMARZO) 37/2007, pág. 52, sobre la función promocional de las normas antidiscriminatorias.

infrautilización por privación de prestaciones. Al respecto, resulta concluyente la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de abril de 2004 afirmando que «del disfrute de tal derecho no puede seguirse para el trabajador perjuicio alguno, al estar concebido como una mejora social cuyos términos están claramente fijados en la Ley. Lo que se pretende es que el trabajador tenga derecho a dejar de cumplir la jornada sin que se le siga consecuencia perjudicial o negativa alguna. La interpretación contraria llevaría a una aplicación disuasoria del disfrute de tales permisos o licencias lo que iría en contra de su finalidad. En esta línea, la Directiva 2010/18/UE, del Consejo sobre Acuerdo Marco sobre Permiso Parental, considerando que “la experiencia de los Estados miembros ha mostrado que el nivel de ingresos durante el permiso parental es un factor que influye en la utilización del permiso parental”.

La desposesión de ventajas o beneficios a los titulares de los derechos conciliatorios en la normativa laboral y de Seguridad Social implica una supeditación presupuestaria y financiera, que manifiesta su condición de derechos sociales. Sin embargo, la atribución de derechos laborales de conciliación no suele presentar una cobertura plena de prestaciones de Seguridad Social, observándose un desfase entre ambas legislaciones, que condiciona el ejercicio de aquéllos. En la normativa de Seguridad Social, tiende a difuminarse su condición de derechos sociales y a adentrarse en el campo de los principios rectores, por el menor desarrollo jurídico de la conciliación en este sector legislativo.

En el Derecho comunitario radica el origen de la débil cobertura de los derechos de conciliación a través de la Seguridad Social, y en particular, de la Directiva 2010/18/UE, del Consejo, al determinar que “todas las cuestiones de seguridad social relacionadas con el presente Acuerdo habrán de ser examinadas y determinadas por los Estados miembros o los interlocutores sociales de conformidad con la

legislación, los convenios colectivos o los usos nacionales, teniendo en cuenta la importancia de la continuidad de los derechos a las prestaciones de la seguridad social de los distintos regímenes, en particular de la asistencia sanitaria”. Pero aun reconociendo la transcendencia de no privar de derechos de Seguridad Social en el ejercicio de la conciliación, deja a los Estados miembros la regulación íntegra de esta materia, en vez de establecer una vinculación común dentro del marco de la Unión Europea, legítima por tratarse de la aplicación de un derecho incluido en la Carta de Derechos Fundamentales.

En este sentido, reconoce Prohl, el legislador no ha procedido conforme a lo previsto en la Directiva 96/34/CE, a la enmienda de los efectos perniciosos que en el ámbito de la Seguridad Social se derivan para el derecho a conciliar. Como consecuencia, la predominante falta de cobertura de los derechos de conciliación por la legislación de Seguridad Social, tiende a reducir el contenido laboral de los mismos con efectos desiguales en ambos sexos.

El colectivo femenino como principal usuario de los derechos de conciliación, resulta afectado mayoritariamente por las restricciones prestacionales en la normativa laboral y de Seguridad Social<sup>6</sup>. Esta posición legislativa supone una penalización en el ejercicio del derecho a conciliar, con efectos adversos en las mujeres y la posibilidad de discriminación indirecta, tratándose de una normativa aparentemente neutra pero que coloca a un sexo en situación de desventaja respecto del otro. Por este motivo, la Directiva 2010/18/UE, del Consejo sobre Acuerdo Marco sobre Permiso

---

6 Vid., Murcia Clavería, La Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de Mujeres y Hombres: un hito legislativo en la consecución de la igualdad real entre mujeres y hombres en el Derecho español, Documentación Laboral, nº 82, vol. I, págs. 38 y 39, sobre la penalización por el ejercicio del derecho de conciliación.

Parental, se refiere a la necesidad de que los Estados Miembros tengan en cuenta la importancia de la continuidad de los derechos a la prestación de Seguridad Social, sobretodo la asistencia sanitaria.

El derecho social a conciliar permanece paradójicamente expuesto a la posibilidad de generar efectos discriminatorios, a pesar de su función jurídica de tutela antidiscriminatoria. Sin un respaldo prestacional, la privación de derechos por su ejercicio, se traduce en un perjuicio desigual entre ambos sexos, con el consiguiente riesgo de discriminación. En particular, la pérdida de retribuciones, del derecho al desempleo o a prestaciones de la Seguridad Social, así como la obligación de recuperar el tiempo dedicado a la conciliación, implican medidas que penalizan el ejercicio del derecho a conciliar. También en la legislación de la Seguridad social se promueve la concatenación de derechos, de modo que la concesión de un derecho por el ejercicio de la conciliación se subordina a la previa concesión de otros derechos. Así se infiere del Real Decreto 1335/2005, de 11 de noviembre, al atribuir como periodo de cotización efectiva a los efectos de prestaciones de Seguridad Social por maternidad el primer año de excedencia con reserva de puesto de trabajo; como también la asistencia sanitaria de la Seguridad Social se limita por el ejercicio de los derechos de conciliación al periodo de cotización efectiva.

De modo que la penalización consistente en limitar garantías, en la privación o limitación de otros derechos, o en un trato peyorativo de las condiciones de trabajo de las mujeres, que generen perjuicios o minusvaloración de la mujer trabajadora, implican posibles discriminaciones, especialmente si obedecen a un móvil discriminatorio (STC 294/2006, de 3 de noviembre). En esta línea, la STC 233/2007, de 5 de noviembre, argumenta que “como la restricción de los derechos ligados a la maternidad, la atribución de efectos laborales desfavorables a su ejercicio conecta íntimamente

con la prohibición de discriminación por razón de sexo de las trabajadoras (art. 14 CE), el análisis que a tal efecto corresponde efectuar a los órganos judiciales no puede situarse exclusivamente en el ámbito de la legalidad, sino que tiene que ponderar y valorar el derecho fundamental en juego, quedando obligados los Jueces y Tribunales a dar una respuesta que no sea meramente formal y aparentemente motivada, sino materialmente acorde con la cobertura que el art. 1 CE prescribe.

El Tribunal Constitucional admite en esta sentencia que habrá también “discriminación cuando, reconocido sin mermas el derecho asociado a la maternidad, se cause sin embargo a la trabajadora, como consecuencia en relación con su ejercicio, un perjuicio efectivo y constatable que consista en un trato peyorativo en sus condiciones de trabajo, en una limitación y quebranto de sus derechos y legítimas expectativas económicas o profesionales”.

Por último, el desigual nivel de desarrollo jurídico de los derechos conciliatorios permite considerar que los derivados de la maternidad, embarazo, parto o lactancia, se presentan como derechos sociales, mientras los relacionados con las obligaciones familiares suelen mostrar un perfil más próximo a principios rectores. En este sentido, la Proposición de Ley de protección a la maternidad de 9 de febrero de 2010, incorpora bonificaciones en la cuota empresarial de la Seguridad Social por la contratación por tiempo indefinido de mujeres que sean madres de hijos menores, variando según la edad de estos últimos, así como el deber de los poderes públicos de destinar como mínimo el 5% de lo recaudado en concepto de cotización por formación profesional a acciones formativas de empleabilidad y reinserción laboral de aquellas mujeres que hayan abandonado el mercado de trabajo para atender al cuidado de sus hijos o de familiares hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad.

Así se desprende de la propia Jurisprudencia, por la especial protección de los derechos ligados a la maternidad, que evita una penalización de las mujeres por esta causa y se posiciona a favor de la subsistencia de los derechos laborales o de Seguridad Social. Así la STC 17/2003, de 30 de enero, confirma una cobertura jurídica superior de la maternidad a nivel de conciliación, estableciendo que “en consecuencia, la protección de la mujer no se limita a la de su condición biológica durante el embarazo y después de éste, ni a las relaciones entre la madre y el hijo durante el período que sigue al embarazo y al parto, sino que también, en el ámbito estricto del desarrollo y vicisitudes de la relación laboral, condiciona las potestades organizativas y disciplinarias del empresario evitando las consecuencias físicas y psíquicas que medidas discriminatorias podrían tener en la salud de la trabajadora y afianzando, al mismo tiempo, todos los derechos laborales que le corresponden en su condición de trabajadora al quedar prohibido cualquier perjuicio derivado de aquel estado”.

La Jurisprudencia viene amortiguando los efectos adversos de las restricciones y deficiencias anejas al ejercicio de los derechos de conciliación relacionados con la maternidad. Los Tribunales se muestran en ocasiones favorables al mantenimiento de los derechos laborales y profesionales de los derechos conciliatorios basados en la maternidad, tanto retributivos, como respecto a complementos, gratificaciones, prestaciones de la Seguridad Social o indemnizaciones<sup>7</sup>. Así, la S. TSJ Madrid (Sala de lo Social, Secc.5ª), de 22 de marzo 2005 (JUR 2005/107394), afirma que no se puede negar el pago de una gratificación a una mujer que disfruta del permiso parental cuando la concesión de la gratificación solo está sujeta a que el trabajador esté en activo en el momento de su concesión; y la

---

7. Vid., Valle Muñoz, La garantía de indemnidad del trabajador por ejercitar acciones judiciales contra el empresario..., cit., pág. 127.

Sentencia Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana núm. 2090/2007 (Sala de lo Social, Sección 1), de 5 junio (JUR. 2007/259666), sobre la trabajadora que durante una parte importante del año ha estado en baja por tratamiento de infertilidad y embarazo, señalando que no se constata ninguna razón o circunstancia, ajena a la realidad del embarazo y sus consecuencias, por las que la empresa dejase de abonar a la actora el concepto de comisiones, variable y que no se le viene dando a todos los trabajadores, por lo que no constando causa alguna que permita destruir la apariencia discriminatoria creada, no es posible alcanzar la convicción de que la decisión empresarial de dejar de retribuir a la actora la paga que anualmente le venía abonando en diciembre, era ajena a todo propósito atentatorio del derecho fundamental a no sufrir discriminación por razón de sexo, al no tener por causa el estado de embarazo de la actora.

No obstante, el legislador por motivos estrictamente económicos se muestra reacio a la concesión de derechos sociales de conciliación, como se prevé en la próxima reforma para conferir ayudas a padres de hijos con enfermedades graves, que pese a admitir sus dificultades para conciliar y la necesidad de reducir su jornada laboral, restringe el ámbito subjetivo del derecho al imponer condicionantes que enervan su efectividad como tal.

Por último, debe destacarse la necesidad de una reformulación legal de la conciliación de la vida laboral, familiar y personal, sancionadora e impositiva, para contribuir a su definitiva consolidación como derecho social.

## ANEXO 2

### LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y EL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA EN TORNO AL DERECHO DE CONCILIACIÓN DE LA VIDA LABORAL, FAMILIAR Y PERSONAL.

#### 1. Entre la discriminación sexual y la corresponsabilidad

La regulación actual de la conciliación de la vida laboral, familiar y personal plantea numerosas cuestiones constitucionales que exigen rebasar el umbral del propio Estatuto de los trabajadores y de la normativa de Seguridad Social aplicable. En principio, para la admisión plena del derecho constitucional a conciliar la vida laboral, familiar y personal habría de superarse la literalidad de la legislación existente que imposibilita con excesiva frecuencia la adaptación a las necesidades individuales de los trabajadores. Aunque como se expone seguidamente, el Tribunal Constitucional se muestra reacio a traspasar la esfera laboral con el fin de consolidar un auténtico derecho constitucional a conciliar y apenas aborda la problemática de la discriminación que afecta a su aplicación.

#### 2. Entre la discriminación sexual y la corresponsabilidad

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional se debate entre el encauzamiento de la conciliación de la vida laboral y familiar por la vía de la discriminación sexual o su reconducción hacia la corresponsabilidad.

En primer lugar, los aislados pronunciamientos del TC sobre esta materia no reflejan la verdadera trascendencia práctica de la conciliación sino únicamente la inoperancia de la vía judicial para resolver las apremiantes necesidades familiares y personales de los trabajadores y la escasa confianza en los órganos judiciales para resolver estas cuestiones en un sentido pro libertate, al margen de

una jurisprudencia constitucional no precisamente proclive al “amparo” del derecho constitucional a conciliar de los trabajadores.

La posición del Tribunal Constitucional no puede considerarse comprometida con el reconocimiento del derecho de conciliación salvo en los supuestos de discriminación sexual relacionada con la maternidad. El respaldo a la conciliación de las trabajadoras se fundamenta en el histórico trato discriminatorio del sexo femenino con una perspectiva de género tendente a feminizar negativamente este derecho constitucional. En esta línea se inscribe la sentencia 3/2.007, de 15 de enero admitiendo que la conciliación entre vida personal y profesional deriva de la prohibición de discriminación sexual (art. 14 CE)

La tutela de la salud femenina como bien jurídico protegido fundamenta reiteradamente la titularidad exclusiva de ciertos derechos de conciliación y el disfrute de permisos o licencias con causa biológica en la jurisprudencia constitucional. Esta posición conduce a una sobreprotección de la realidad biológica como causa de discriminación sexual en relación con otros móviles discriminatorios en el ámbito de la conciliación de la vida laboral y familiar. Con el consiguiente riesgo de feminización de los derechos de conciliación en perjuicio no solo del sexo femenino sino también de discriminación de los trabajadores masculinos que necesiten asumir sus deberes familiares.

Desde esta perspectiva, la discriminación sexual femenina como epicentro de la conciliación, conduce a potenciar el rol tradicional de las mujeres, obstaculizando la equiparación de ambos sexos en el ejercicio del derecho a conciliar. En efecto, la atribución de derechos de conciliación a las trabajadoras por causas biológicas no solo se sustentan en la protección de la salud sino que también responden al cuidado del recién nacido y la atención familiar. La duración de los

permisos y licencias derivados de la maternidad evidencia que estos derechos exceden del simple hecho diferencial biológico y se justifican también en las responsabilidades familiares.

No obstante, el TC adopta una concepción restrictiva de discriminación sexual, excluyente de las situaciones discriminatorias que pueden plantearse con la nueva realidad que surge de la corresponsabilidad como principio informador del derecho a conciliar. De un lado, la condición de sexo menos representado como parámetro de igualdad previsto en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea aun no ha penetrado en la jurisprudencia constitucional. Pese a que la excepcional participación de los hombres en las responsabilidades familiares les transfiere la condición de sexo “menos representado” desde el punto de vista de la corresponsabilidad.

Por otra parte, el artículo 44 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, dispone que los derechos de conciliación se reconocerán a “los trabajadores y las trabajadoras en forma que fomenten la asunción equilibrada de responsabilidades familiares, evitando toda discriminación basada en su ejercicio”. Se reconoce de este modo legalmente, la posibilidad de que el sexo masculino pueda resultar discriminado al ejercer sus derechos de conciliación situación que, sin embargo, no parece siquiera vislumbrada por el Alto Tribunal.

Sin embargo, el TC no ha interpretado hasta la fecha la discriminación sexual al margen de los derechos de maternidad ni ha previsto que en base al tratamiento desigual entre ambos sexos derivado de los mismos, puedan producirse efectos discriminatorios. Al contrario, en la STC 109/1983, de 25 de marzo, FJ 4) se confirma que "la maternidad, y por tanto el embarazo y el parto, son una realidad biológica diferencial objeto de protección, derivada directamente del art. 39.2 de la Constitución y por tanto las ventajas o excepciones que

determine para la mujer no pueden considerarse discriminatorias para el hombre". También la STC 324/2006, de 20 de noviembre, FJ 6 admite que el permiso de maternidad "está íntimamente relacionada con la condición femenina de la trabajadora y su principal fundamento no está en la protección a la familia, sino en la de las madres...como dice el considerando decimocuarto de la Directiva 92/85/CEE, la vulnerabilidad de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia, hace necesario un derecho a un permiso de maternidad".

Por lo tanto, el Tribunal Constitucional admite que las ventajas o excepciones concedidas en base al hecho diferencial biológico no son discriminatorias, sin plantearse la constitucionalidad de estos beneficios conferidos exclusivamente a las mujeres desde la perspectiva de la corresponsabilidad y la participación igualitaria de los hombres en los deberes familiares. En la jurisprudencia constitucional no se ha incorporado aun el fin de la corresponsabilidad como asunción equilibrada de responsabilidades familiares, para "evitar la discriminación" en el ejercicio de los derechos de conciliación.

El Tribunal Constitucional permanece anclado en la defensa de la discriminación sexual directa femenina y no suele aplicar otras modalidades discriminatorias por circunstancias familiares y personales, ni tampoco la discriminación indirecta. En este sentido, la STC 182/2005, de 4 de julio, FJ 4 afirma que "la protección de la condición biológica y de la salud de la mujer trabajadora ha de ser compatible con la conservación de sus derechos profesionales, de suerte que la minusvaloración o el perjuicio causado por el embarazo o la sucesiva maternidad constituyen un supuesto de discriminación directa por razón de sexo". Reiterándose en la jurisprudencia constitucional "la peculiar incidencia que respecto de la situación laboral de aquéllas tiene el hecho de la maternidad, y la lactancia, en

cuanto se trata de compensar las desventajas reales que para la conservación de su empleo soporta la mujer a diferencia del hombre, y que incluso se comprueba por datos revelados por la estadística (tal como el número de mujeres que se ven obligadas a dejar el trabajo por esta circunstancia a diferencia de los varones)" (SSTC 109/1993, FJ 6, y 214/2006, de 3 de julio, FJ 6).

También la STC 14 de marzo de 2011 responde a una idea de discriminación sexual restrictiva limitada a la condición femenina al manifestar que la prohibición de discriminación por razón de sexo (art. 14 CE) tiene su razón de ser en la voluntad de terminar con la histórica situación de inferioridad, en la vida social y jurídica, de la población femenina, singularmente en el ámbito del empleo y de las condiciones laborales, situación que se traduce en dificultades específicas de la mujer para el acceso al trabajo y su promoción dentro del mismo (por todas, SSTC 128/1987, de 16 de julio, FJ 5; 19/1989, de 31 de enero, FJ 4; 317/1994, de 28 de noviembre, FJ 2; 17/2003, de 30 de enero, FJ 3; 214/2006, de 3 de julio, FJ 2; y 324/2006, de 20 de noviembre, FJ 4).

Esta postura cerrada e involutiva del TC obstaculiza incluso la percepción de los posibles efectos discriminatorios derivada de los derechos de conciliación relacionados con la maternidad si impiden la corresponsabilidad y la participación del sexo masculino en las obligaciones familiares. La aplicación jurisprudencial de la prohibición de discriminar sexualmente puede paradójicamente provocar otros efectos discriminatorios, incoherentes e injustificados desde una perspectiva constitucional.

En particular, el tratamiento desigual de la filiación adoptiva y por naturaleza en base a finalidades diferentes conduce a un tratamiento peyorativo del progenitor biológico respecto del padre adoptante.

Las razones biológicas como fundamento de ciertos permisos y licencias para conciliar vienen justificando un tratamiento diferenciado entre ambos sexos con el riesgo de efectos discriminatorios colaterales. En particular, el régimen jurídico de la filiación por naturaleza y adoptiva se diversifica en torno a los derechos de conciliación por responder a finalidades diferentes según el Tribunal Constitucional. Conforme a la STC19/05/2011 la diferencia en el régimen de la prestación de maternidad entre padres por naturaleza y padres adoptivos estriba en que el periodo de suspensión durante dieciséis semanas puede distribuirse íntegramente a opción de los padres en caso de adopción, mientras que en caso de nacimiento la madre ha de disfrutar de las seis semanas inmediatamente posteriores al parto como descanso obligatorio, pudiendo optar por ceder al padre el disfrute de todo o parte del periodo restante, siempre que su estado de salud lo permita, diferencia que resulta plenamente justificada en atención al hecho del alumbramiento.

El tratamiento desigual de la filiación adoptiva y biológica en el artículo 48 ET deriva de la concesión al padre trabajador adoptivo del disfrute del descanso por maternidad siempre que esté incluido en algún régimen de la Seguridad Social, percibiendo la prestación correspondiente, mientras que en caso de parto se niega al padre esta posibilidad por entenderse que es un derecho originario de la madre.

Los derechos de la mujer relacionados con la maternidad biológica se fundamentan en la protección de la salud y por esta razón, la filiación biológica se distancia de la filiación adoptiva basada exclusivamente en la atención del menor adoptado. La equiparación jurídica entre ambas resulta pues, obstaculizada por la causa intrínseca a cada una, motivo por el cual la adopción no daba derecho a la suspensión del contrato de trabajo, ni tampoco, claro

está, a la protección de la Seguridad Social, como lo vino a confirmar expresamente la doctrina legal (así, Sentencia del extinto Tribunal Central de Trabajo de 10 de febrero de 1983).

Sin embargo, la percepción de la discriminación sexual como una cuestión que afecta en puridad a las mujeres afecta no solo a los derechos de conciliación relacionados con la maternidad, sino que se prolonga por la STC de 233/2007, de 5 de noviembre de 2007, a los derivados de las responsabilidades familiares, considerando que la afectación del derecho a la no discriminación por razón de sexo no se reduce a las “decisiones empresariales contrarias al ejercicio de un derecho de maternidad en sentido estricto, así como también cuando se den otras que resulten contrarias al ejercicio por parte de la mujer de derechos asociados a su maternidad. En efecto, el Ordenamiento jurídico, además de los derechos que atribuye a las mujeres por su maternidad, reconoce otros que, si bien se conceden a ambos padres, inciden por razones sociales de modo singular en las mujeres, como demuestran los datos estadísticos (SSTC 240/1999, de 20 de diciembre, FJ 7; 203/2000, de 24 de julio, FJ 6, o 3/2007, de 15 de enero, FJ 5). Así, por ejemplo, en relación con el cuidado de los hijos es obvio que la situación de grave desventaja laboral que afecta a las mujeres no deriva de que ésta tenga, frente al hombre, superiores obligaciones de orden jurídico o moral respecto de los hijos. Sin embargo, por imposición de la realidad social, la desventaja es todavía hoy análoga a aquellos otros supuestos en los que concurre abiertamente un hecho biológico incontrovertible, como sucede con el embarazo o la maternidad, ya que, al ser mayoritariamente las mujeres las que en la práctica tienen dificultades para compatibilizar la vida laboral y familiar (STC 203/2000, de 24 de julio), si se les limitan los derechos de esa naturaleza que el ordenamiento jurídico otorga (como el de excedencia, regulado en el art. 46.3 LET) o se les perjudica o relega laboralmente a consecuencia de su ejercicio, se reproducirá la diferenciación histórica que conlleva una situación de

clara discriminación por razón de sexo en la relación laboral, pues esos obstáculos dificultarán el mantenimiento de las mujeres al mercado de trabajo en igualdad de condiciones con los hombres.

El Tribunal Constitucional se muestra concluyente señalando que "no puede, pues, afirmarse genéricamente que cualquier ventaja legal otorgada a la mujer sea siempre discriminatoria para el varón por el mero hecho de no hacerle partícipe de la misma (como podría al contrario serlo para la mujer la que le impusiera una privación solamente por razón del sexo al contrario, la justificación de tal diferencia podría hallarse en una situación de desventaja de la mujer que se trata de compensar; en este caso, porque ello tiene lugar frente a la relación de trabajo)".

Esta afirmación merece un mayor detenimiento considerando que los derechos de conciliación sin excepción, deben reinterpretarse en sintonía con la LOIEMH que impone el fomento de la asunción equilibrada de responsabilidades familiares y evitar toda discriminación basada en su ejercicio. Desde esta perspectiva legal, los beneficios o privilegios reconocidos al sexo femenino por circunstancias biológicas o razones sexuales no puede impedir a los trabajadores masculinos si no les permite participar en las responsabilidades familiares. Las declaraciones del TC a propósito de los derechos de conciliación relacionados con la maternidad no reflejan el riesgo de discriminación en el ejercicio de los derechos de conciliación si no permiten una asunción equilibrada de los deberes familiares entre ambos sexos. La corresponsabilidad no adopta en la jurisprudencia constitucional categoría de principio informador de los derechos de conciliación como establece la LOIEMH.

Por esta razón, las ventajas legales otorgadas a la mujer si bien no son siempre discriminatorias por no hacer partícipes al varón como mantiene el TC sin embargo, pueden serlo sino le permiten asumir

equilibradamente las responsabilidades familiares. La corresponsabilidad constituye en base a la legalidad un parámetro de constitucionalidad de los derechos de conciliación considerando que si cualquiera de éstos impide el cumplimiento de deberes familiares a los trabajadores masculinos pueden provocar discriminación sexual inversa. El derecho a conciliar aparece actualmente limitado por la corresponsabilidad y si se aparta de la asunción equilibrada de responsabilidades familiares puede plantear cuestiones de inconstitucionalidad.

Aunque el Tribunal Constitucional no parece haber asimilado aun la Ley de Igualdad al considerar facultativa la idea de corresponsabilidad como se desprende de la STC 109/1993 señalando “sin perjuicio de que el legislador pueda extender el beneficio al varón o incluso suprimirlo, sin que ello se oponga tampoco a los preceptos constitucionales invocados”. En concreto, según este órgano constitucional, “el legislador en el legítimo ejercicio de su amplia libertad de configuración del sistema de Seguridad Social, puede incorporar al ordenamiento jurídico, si lo estima oportuno -como efectivamente lo ha hecho, según se ha visto, con la reforma introducida por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo”.

La equiparación en derechos laborales y de Seguridad Social se reduce por el TC a una cuestión potestativa, de oportunidad y no de constitucionalidad, ignorándose de este modo que el trato desigual en la posibilidad de asumir deberes familiares por ambos sexos también puede derivar en discriminación sexual. Así se infiere de la argumentación del Alto Tribunal admitiendo un trato diferencial de los progenitores y de los padres adoptivos aunque “ciertamente, los supuestos de parto y de adopción son plenamente equiparables desde el punto de vista de los derechos de los hijos, pues éstos son iguales ante la ley con independencia de la filiación, como establece

el art. 39.2 CE". Pero al privar al padre biológico de derechos laborales y de Seguridad Social, se penaliza el ejercicio de su derecho a conciliar obstaculizando la posibilidad de atender a sus hijos. La inferior participación del progenitor en la vida familiar aunque se justifique en razones biológicas y en la necesidad de compensar la tradicional discriminación sexual de la mujer, deriva en efectos negativos sobre los menores y en perjuicio de la familia debido a la inaplicación de la corresponsabilidad por el TC.

Este planteamiento permite incluso fundamentar la proyección de la corresponsabilidad más allá de lo preceptuado por la Ley de Igualdad, no como una finalidad a "fomentar" sino como una obligación legal. En efecto, el cumplimiento de las responsabilidades familiares por ambos progenitores constituye un deber legal que sitúa a los padres en un plano de igualdad, sin distinción de sexos. Por lo que tanto las iniciativas legislativas como las decisiones judiciales que alteren el "equilibrio en la asunción de responsabilidades familiares" plantean problemas no solo de ilegalidad (por vulneración de la LOIEMH) sino de constitucionalidad.

En esta línea, la STC reconoce a propósito del derecho a suspensión del contrato de trabajo con reserva de puesto que corresponde "ex lege" al padre o a la madre a elección de los propios interesados pues no existe razón para dar preferencia en el disfrute del derecho a uno de los padres sobre el otro (antes bien, de establecerse tal preferencia podría ser tachada de discriminatoria por razón de sexo y en consecuencia contraria al art. 14 CE).

A pesar de la postura del TC contraria a derechos de maternidad compartibles por ambos progenitores y a su interpretación en términos de corresponsabilidad, admite no obstante en la sentencia de... que en la conciliación de la vida laboral y familiar el bien jurídico protegido es común a ambos sexos, y el desequilibrio entre ambos

puede producir discriminación sexual directa. Según el TC una superior tutela de la mujer respecto del sexo masculino implicaría discriminación por razón de sexo y en consecuencia una solución inconstitucional (la finalidad inmediata de los apartados 5 y 6 del art. 37 LET no es la protección del principio de igualdad de la mujer en el mantenimiento del empleo, sino la conciliación de la vida familiar con la profesional, deduciendo de ello que una mayor protección de la mujer en la aplicación de un precepto cuyo bien jurídico protegido es otro distinto, y común a ambos sexos, podría implicar una discriminación directa en perjuicio del otro sexo).

### 3. El derecho constitucional a conciliar y el principio de legalidad

La LOIEHM no ha reconocido abiertamente la existencia de un derecho a conciliar la vida laboral, familiar y personal, planteando una problemática relativa a su reconocimiento cuando las peticiones del trabajador no se adaptan a las previsiones legales. En concreto, el legislador únicamente se refiere a los derechos de conciliación de la vida laboral, familiar y personal que se reconozcan por lo que deja abierta la interpretación sobre la admisibilidad de derechos atípicos.

Por esta razón, las reclamaciones ante los órganos judiciales suelen centrarse en el ejercicio del derecho a conciliar al margen de los permisos, licencias y excedencias típicos para la adaptación a las necesidades individuales de los trabajadores. En última instancia, los recursos de amparo enfrentan al Tribunal Constitucional a dirimir entre la dimensión constitucional del derecho a conciliar y el principio de legalidad (STC 14/03).

Ante este dilema puede destacarse una jurisprudencia constitucional contraria a la aplicación de la legalidad strictu sensu, reconociendo el derecho a conciliar aunque la solicitud del trabajador no se adapte a la literalidad de la normativa laboral o administrativa. Desde esta perspectiva, la STC 3/2007 estima el derecho a la no discriminación

por razón de sexo de la actora, ordenando la retroacción de las actuaciones al Juzgado para que, valorando las circunstancias concretas allí concurrentes, analice la controversia no desde términos de estricta legalidad, tal y como consideramos que se había hecho, sino atendiendo a la dimensión constitucional de la medida contemplada en el art. 37.5 y 6 LET, esto es, teniendo en cuenta el derecho fundamental en juego y la importancia que para la efectividad el mismo tenía el derecho a la reducción de jornada por motivos familiares.

En esta línea, el Tribunal Constitucional admite que la aplicación de la legalidad ordinaria es competencia de los jueces y Tribunales en la STC de 14 de marzo de 2011 afirmando que “...no corresponde a este Tribunal determinar si la concreta pretensión del recurrente de realizar su jornada laboral en horario nocturno durante el curso 2007/2008 se encuentra o no amparada por lo dispuesto en los arts. 36.3 y 34.8 LET o en el convenio colectivo aplicable, por ser esta una cuestión de legalidad ordinaria que compete exclusivamente a los Jueces y Tribunales (art. 117.3 CE...el hecho de que los órganos judiciales no se hayan planteado la cuestión de si denegar al trabajador demandante la pretendida asignación del horario nocturno constituía o no un obstáculo para la compatibilidad de su vida familiar y laboral, en atención a las circunstancias concurrentes, supone no valorar adecuadamente la dimensión constitucional ex art. 14 CE, en relación con el art. 39.3 CE...).

No obstante, la jurisprudencia constitucional se muestra contradictoria pues frente a este criterio considerando que la apreciación de la legalidad es competencia judicial, en otras sentencias se opta por exigir un respaldo legal para el amparo del derecho a conciliar. En la STC 92/2008, de 21 de julio de 2008 se reconoce que “el control constitucional que puede realizar este Tribunal sobre dichas decisiones es meramente externo y debe

limitarse a comprobar si tienen la suficiente motivación, si se apoyan en una causa legal o si han incurrido en error material patente o se fundan en una interpretación de la legalidad que resulte arbitraria o manifiestamente irrazonable" (por todas, SSTC 16/2007, de 12 de febrero, FJ 2; y 181/2007, de 16 de octubre, FJ 2).

También la exigencia de cobertura legal del derecho de conciliación solicitado para su estimación por el TC se refleja en la sentencia... que establece "la imposibilidad de apreciar la infracción del art. 14 CE al no existir en el caso de autos una concreta regulación positiva que diera cobijo a la petición articulada por la reclamante, al amparo del art. 34.8 LET a la vista de todo lo cual, no cabe apreciar la infracción del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) que se reprocha a las decisiones judiciales impugnadas, al haber abordado su enjuiciamiento teniendo en cuenta la dimensión constitucional de la controversia planteada".

Ahora bien, esta postura del TC plantea la posibilidad de discriminación aun aplicando la legalidad vigente sobre conciliación sin que el artículo 14 CE resulte íntegramente salvaguardado por los permisos, licencias y excedencias previstos en el Estatuto de los Trabajadores. A esta cuestión responde aisladamente la STC 203/2000, de 24 de julio de 2000 afirmando que "en estas hipótesis la privación o la limitación de derechos o garantías laborales causará la vulneración del art. 14 CE, no ya por la constatación formal de la infracción de la ley, sino, en nuestra perspectiva constitucional, cuando ese incumplimiento produzca de por sí o implique adicionalmente un menoscabo de carácter discriminatorio en el patrimonio jurídico de la mujer trabajadora, esto es, como se dijo en el párrafo anterior, un trato peyorativo en sus condiciones de trabajo o una limitación o quebranto de derechos o legítimas expectativas económicas o profesionales por la exclusiva razón del ejercicio previo del derecho asociado a la maternidad".

El frecuente recurso por este órgano a la dimensión constitucional del derecho a conciliar implica que la normativa vigente no garantiza su tutela (“...que ante situaciones de interinidad de larga duración las diferencias de trato resulten en todo caso injustificadas desde la perspectiva del art. 14 CE, sino de destacar que pueden serlo en atención a las circunstancias del caso y, muy especialmente, a la transcendencia constitucional del derecho que recibe un tratamiento desigual”. Así, la STC “el reproche que desde la perspectiva constitucional merece formularse contra las resoluciones judiciales recurridas en amparo “no es tanto ni sólo que haya renunciado a interpretar la normativa aplicable de la manera más favorable a la efectividad del derecho fundamental, sino que ni siquiera haya tenido en cuenta que este derecho estaba en juego y podía quedar afectado” (SSTC 191/1998, de 29 de septiembre, FJ 5; 92/2005, de 18 de abril, FJ 5; y 3/2007, de 15 de enero, FJ 6).

Sin embargo, en sentido opuesto, determinadas sentencias del TC identifican la aplicación de la legislación laboral como criterio excluyente de la discriminación y de la ausencia de privación ilegítima del derecho a conciliar. En esta línea, la STC...afirma que “no se ha infringido el art. 14 CE que se denuncia, al no haberse producido una indebida restricción del derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral que constituya una discriminación por razón de sexo, al aplicar los órganos judiciales, del modo en el que lo hicieron, el art. 34.8 LET”.

Esta posición rigorista del TC alineándose con la legalidad strictu sensu representa la adopción de unos criterios opuestos a la ponderación de los bienes jurídicos protegidos y de las circunstancias familiares y personales. Por esta razón, la aplicación literal de la legislación laboral no garantiza la tutela plena de los derechos de conciliación ni de su finalidad (familiar) y en consecuencia, la sentencia “legalista” puede presentar falta de

justificación y razonabilidad (STC 126/1994, de 25 de abril, por desconocerse la orientación que debió tener la aplicación de la legalidad). Con acierto la STC 95/2000, de 10 de abril, FJ 5, admite que la razonabilidad de las decisiones judiciales es también una exigencia de adecuación al logro de los valores, bienes y derechos constitucionales (STC 82/1990., de 4 de mayo, FJ 2, 126/1994, de 25 de abril, FJ 5).

La jurisprudencia constitucional limitada a una interpretación exclusiva de la legalidad tiende a prescindir de la ponderación de los intereses en juego y de las circunstancias personales y familiares del trabajador. De modo que, paradójicamente, siendo la conciliación de la vida laboral, familiar y personal un derecho de adaptación a las necesidades individuales del trabajador, se aplica en abstracto por el TC sin valorar las circunstancias particulares del trabajador. Este órgano constitucional cuando deniega la estimación del derecho a conciliar argumentando exclusivamente la ausencia de normativa o convenio aplicable o pacto individual, se distancia de su esencia intrínseca fundada en las circunstancias personales y familiares del trabajador y en los bienes jurídicos inherentes a las mismas.

Así se refleja en la STC 24/2011, de 14 de marzo de 2011 (BOE núm. 86, de 11 de abril de 2011) dispone que “...las consideraciones que efectuamos en la STC 3/2007 no son trasladables al recurso ahora analizado, pues mientras que en el primer caso la trabajadora solicitó un derecho exigible legalmente, en el de autos, articuló su pretensión al amparo de un precepto que condiciona el derecho a la existencia de un pacto que, en ese caso, no se había producido”.

Resulta particularmente destacable que el principio de legalidad aplicado por el TC en relación a los derechos de conciliación, se relaje sin embargo en los subderechos asociados a los mismos, permitiendo la protección incluso de los atípicos. Como puede

comprobarse en la STC 203/2000, de 24 de julio de 2000 “es decir, habrá de apreciarse la existencia de una vulneración constitucional cuando la limitación o la restricción de garantías del derecho ejercitado, o de otros derechos laborales consagrados en la ley, represente una reacción o represalia empresarial frente al disfrute previo por la mujer trabajadora de un derecho asociado a su maternidad...en supuestos en los que a la trabajadora se le niegan o limitan garantías que la Ley conecta directamente al derecho ejercitado asociado a la maternidad (por ejemplo, la reserva de puesto de trabajo que establece el art. 46.3 LET), como en casos en los que se produzca una privación o limitación de otros derechos que no están conectados específicamente en la norma con aquél (valga la referencia, en cuanto que también se aduce en el presente recurso, a la falta de ocupación efectiva tras la reincorporación al trabajo).

Pero la denegación del recurso de amparo basada en la solicitud de un derecho de conciliación no exigible legal o convencionalmente contrasta con la convicción manifiesta del TC de no esquivar la dimensión constitucional del derecho y recurrir con carácter general a la ponderación de los intereses y circunstancias confluentes. Al margen de que la aplicación rigurosa del principio de legalidad a las reclamaciones de conciliación obstaculizan la interpretación pro libertate del derecho.

Ambos criterios, la dimensión constitucional y el principio de máxima efectividad del derecho a conciliar podrían justificar una interpretación extensiva o analógica por los órganos judiciales y el TC en los términos de la sentencia 3/2007 de este órgano afirmando que la traslación al caso concreto solo puede producirse “si se produjese una evolución normativa, un cambio de jurisprudencia o una eventual intervención del Tribunal Constitucional sobre el tema debatido”. ...”. También la STC...admite que “los órganos judiciales no pueden, por tanto, ignorar la dimensión constitucional de la cuestión

ante ellos suscitada y limitarse a valorar, para excluir la violación del art. 14 CE, si la diferencia de trato en relación con el disfrute del derecho a la excedencia por cuidado de hijos tiene en abstracto una justificación objetiva y razonable, sino que han de efectuar su análisis atendiendo a las circunstancias concurrentes, y sobre todo, a la transcendencia constitucional de este derecho de acuerdo con los intereses y valores familiares a que el mismo responde..”.

En relación a las circunstancias familiares y personales a ponderar, algunas sentencias del Tribunal Constitucional incluyen el número de hijos, su edad y situación escolar, en su caso, así como la situación laboral de su cónyuge y la posible incidencia que la denegación del derecho a conciliar pueda haber tenido para conciliar su actividad profesional con el cuidado de sus hijos. Respecto de las circunstancias de la empresa a ponderar, el TC se muestra excesivamente cauto para evitar injerencias en la libertad organizativa no exigiendo una imposibilidad absoluta para denegar el derecho a conciliar del trabajador o trabajadora. En base a las simples dificultades organizativas de la empresa, el Tribunal Constitucional fundamenta la desestimación del derecho a conciliar, si bien este criterio no puede considerarse razonable ni justificable atendiendo a los intereses que se tratan de proteger.

En efecto, esta posición prioriza las necesidades organizativas de la empresa sobre los bienes constitucionales que protege el derecho de conciliación y a su vez se opone a los propios considerandos del TC reconociendo que concurren distintos intereses en juego que deben ponderarse, los esgrimidos por la empresa y otros de rango preferente debido a su origen constitucional, como los que derivan de la obligación de protección de la familia (art. 39 CE), destacando “ la primacía indiscutible del interés y de la protección de los hijos menores” y la posición privilegiada de dichos intereses.

Al margen de que cabe cuestionar la “razonabilidad” de la decisión empresarial denegatoria del derecho a conciliar del trabajador basada en el mero trastorno o dificultad organizativa, en los términos del TC afirmando que desde su sentencia 38/1981, de 23 de noviembre, “cuando se prueba indiciariamente que una decisión empresarial puede enmascarar una lesión de derechos fundamentales, incumbe al empresario acreditar que su decisión obedece a motivos razonables y ajenos a todo propósito atentatorio del derecho de que se trate” (reproduciendo esa doctrina, SSTC 29/2002, de 11 de febrero, FJ 5; 30/2002, de 11 de febrero, FJ 3; 17/2003, de 30 de enero, FJ 4; y 342/2006, de 11 de diciembre, FJ 4).

Resulta ilustrativa al respecto la STC manifestando que “la decisión de los órganos judiciales de validar la negativa de la Consejería de Educación y Cultura de la Junta de Castilla y León a reconocer al trabajador recurrente la concreta asignación de horario nocturno solicitada sin analizar hasta qué punto dicha pretensión resultaba necesaria para lograr la efectiva participación de aquél en el cuidado de sus hijos de corta edad a través de un reparto equilibrado de las responsabilidades familiares, ni cuáles fueran las dificultades organizativas que el reconocimiento del horario solicitado pudiera ocasionar al centro de trabajo en el que presta servicios, nos lleva a concluir que no ha sido debidamente tutelado por los órganos judiciales el derecho fundamental del recurrente a la no discriminación por razón de sus circunstancias personales o familiares (art. 14 CE), relacionadas con su responsabilidad parental en la asistencia de todo orden a sus hijos menores de edad (art. 39.3 CE).

A través de esta sentencia se evidencia una ponderación desequilibrada entre la necesidad del trabajador de participar en el cuidado de los hijos menores y las dificultades organizativas que lo solicitado a efectos de conciliación puede ocasionar a la empresa. La

inexigibilidad por el TC de un estado de necesidad a las empresas para rechazar u oponerse a la conciliación solicitada no es ponderable con el cumplimiento de los deberes familiares del trabajador. Incluso la necesidad del trabajador de atender sus responsabilidades familiares aparece tamizada en la referida sentencia porque excede de su “participación en el cuidado de los hijos” menores a través de un reparto equilibrado de responsabilidades familiares.

En última instancia, la jurisprudencia del TC permite inferir una categoría de derechos de conciliación de configuración convencional, sujetos a su desarrollo por convenio colectivo o por pacto individual pero que a diferencia de los derechos típicos regulados en la legislación laboral, no resultan exigibles por no ponderarse las circunstancias familiares y personales de los trabajadores.

También distingue entre derechos exigibles y condicionados (STC 14/03, ... nos encontramos con una doble regulación jurídica que no se puede confundir, pues ha de distinguirse entre la posibilidad de solicitar una reducción de jornada para el cuidado de hijos con la consiguiente reducción de salario (que fue la opción elegida por la trabajadora en el caso resuelto en nuestra STC 3/2007), que supone el reconocimiento de un derecho exigible al amparo del art. 37.5 LET, de aquellos otros supuestos (como es el caso que ahora se nos plantea) en los que se pretende una adaptación de la duración y distribución de la jornada a las concretas necesidades del trabajador con el objeto de conciliar vida privada, familiar y laboral y que tiene apoyo en un precepto diverso, esto es, el art. 34.8 LET, que a diferencia del anterior, condiciona los cambios pretendidos en la jornada sin reducción de ésta ni de salario a la existencia de un pacto colectivo o individual”.

4. ¿Derecho constitucional a conciliar la vida laboral, familiar y personal o derecho fundamental a no ser discriminado por circunstancias familiares y personales?

La interpretación constitucional del artículo 14 CE ha confirmado que no se trata de una disposición taxativa o cerrada respecto de las modalidades discriminatorias sino abierta y evolutiva. Así se pronuncia la STC 3/2007, de 15 de enero señalando que el artículo 14 contiene una cláusula general de igualdad y la prohibición de una serie de motivos o razones concretos de discriminación que no implica establecimiento de una lista cerrada. Por esta razón, con fecha 14 de marzo de 2011, el Tribunal Constitucional ha reconocido por primera vez un derecho fundamental a no ser discriminado por circunstancias familiares y personales a propósito de un recurso de amparo para conciliar de un trabajador masculino.

La particularidad del caso en cuestión, la solicitud de un varón para asumir sus responsabilidades familiares, ha determinado que el TC considerase inaplicable la discriminación por razón de sexo y optara por la derivada de circunstancias familiares y personales. Pero la atribución de un derecho fundamental a no ser discriminado por circunstancias familiares y personales obliga a plantear si implica también la admisión de un derecho constitucional a conciliar la vida laboral y familiar.

En principio, debe señalarse que el TC se muestra reacio al reconocimiento de un derecho constitucional a conciliar pues en alguna de sus sentencias solo se refiere “a la dimensión constitucional de las medidas normativas tendentes a facilitar la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras”. Al margen de que la doctrina jurisprudencial no ha recurrido a la discriminación por circunstancias familiares y personales para reconocer el derecho a conciliar hasta que su

ejercicio se ha planteado por un varón. Sin que en la mayoría de recursos de amparo sobre conciliación interpuestos por trabajadoras, el Tribunal Constitucional haya esgrimido la discriminación por circunstancias familiares y personales pese a ser éste el principal móvil discriminatorio de la denegación de este derecho. En este sentido, la STC 3/2007 solo aludía a la relevancia constitucional de la institución jurídica contemplada en el precepto desde la perspectiva del derecho a la no discriminación por razón de sexo de la trabajadora.

El recurso a la discriminación por circunstancias familiares y personales en la sentencia de 14 de marzo de 2011 se basa en la inaplicación de la discriminación sexual al trabajador masculino. Desde esta perspectiva, se admite que ambas modalidades discriminatorias pueden no confluir en la denegación del derecho a conciliar aunque solo se ha planteado por el Alto Tribunal cuando el recurrente es un trabajador masculino. Sin embargo, en la mayoría de recursos de amparo solicitados por trabajadoras resultaría difícil deslindar ambos tipos de discriminación, sobretodo porque se trata de derechos feminizados o “sexualizados” originados a su vez por las circunstancias familiares y personales. La denegación injustificada del derecho provoca efectos discriminatorios por razón de sexo y a causa de las circunstancias familiares o personales de la trabajadora.

Sin embargo, el TC no ha abordado la posibilidad de que la conciliación aglutine ambas modalidades discriminatorias, incluso configurando un supuesto de discriminación múltiple. La dificultad para deslindar la discriminación sexual de la discriminación por circunstancias familiares y personales se evidencia en la propia jurisprudencia constitucional admitiendo que la discriminación sexual comprende, sin duda, aquellos tratamientos peyorativos que se fundan no sólo en la pura y simple constatación del sexo de la víctima, sino en la concurrencia de razones o circunstancias que

tengan con el sexo de la persona una conexión directa e inequívoca, como 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, FJ 2; 136/1996, de 23 de julio, FJ 5; 20/2001, de 29 de enero, FJ 4; 41/2002, de 25 de febrero, FJ 3; o 17/2003, de 30 de enero, FJ 3).

Aunque la STC de 14 de marzo de 2011 (BOE núm. 86, de 11 de abril de 2011) disecciona entre la discriminación sexual y la derivada de circunstancias familiares y personales, afirmando que “...el presente asunto permite, como se ha señalado, analizar la incidencia de este tipo de decisiones aparentemente contrarias a la conciliación de la vida familiar y profesional cuando es un hombre el afectado, y examinar si en estos casos puede apreciarse la existencia de una discriminación por razón de sexo o si la eventual lesión ha de incardinarse en alguno de los otros motivos de discriminación que, con carácter no exhaustivo, enumera el art. 14 CE”.

Pese al dilema del TC de aplicar discriminación sexual o por circunstancias familiares y personales a un trabajador, a este órgano le resulta complicado admitir la posibilidad de discriminación por razón de sexo masculino. Al respecto, la STC de 14 de marzo de 2011 confirma que la denegación de su pretensión no se fundamenta en que sea trabajador varón, lo que excluye que nos hallemos ante una hipotética discriminación directa por razón de sexo prohibida por el art. 14 CE. Incluso para el TC también es difícil reconocer la discriminación por circunstancias familiares y personales de un trabajador, recurriendo a la repercusión negativa en su mujer y a la discriminación de ésta por reducir su igualdad de oportunidades.

La desestimación de discriminación sexual alegada por un trabajador estriba en que “el cuidado de los hijos no ha sido una función históricamente impuesta a los varones, por lo que no ha supuesto la

imposición de dificultades específicas al hombre para el acceso al trabajo y su promoción dentro del mismo, a diferencia de lo sucedido en el caso de las mujeres, al margen de inexistencia de diferencia de trato por razón de sexo (STC 14 de marzo de 2011).

No obstante, esta interpretación excluyente de la discriminación sexual masculina no resulta coherente con la posición del TC que “impone erradicar de nuestro ordenamiento normas o interpretaciones de las normas que puedan suponer la consolidación de una división sexista de papeles en las responsabilidades familiares”. Como también la subordinación del derecho de los trabajadores a la situación laboral de sus cónyuges puede resultar una práctica discriminatoria en los términos reconocidos por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su Sentencia Roca Álvarez, de 30 de septiembre de 2010, asunto C-104/2009, considerando que la exclusión de los padres trabajadores del disfrute del permiso de lactancia cuando la madre del niño no tiene la condición de trabajadora por cuenta ajena (art. 37.4 LET) constituye una diferencia de trato por razón de sexo no justificada que se opone a los arts. 2 y 5 de la Directiva 76/207/CEE. Y ello porque tal exclusión "no constituye una medida que tenga como efecto eliminar o reducir las desigualdades de hecho que pudieran existir para las mujeres en la realidad de la vida social..., ni una medida tendente a lograr una igualdad sustancial y no meramente formal al reducir las desigualdades de hecho que puedan surgir en la vida social", y sí, en cambio, una medida que puede "contribuir a perpetuar un reparto tradicional de funciones entre el hombre y la mujer, al mantener a los hombres en una función subsidiaria de las mujeres respecto al ejercicio de su función parental".

El planteamiento del Tribunal Constitucional inaplicando la discriminación sexual a los hombres y condicionando sus derechos de conciliación a que su cónyuge trabaje, puede constituir una práctica

discriminatoria. La aparente neutralidad de esta jurisprudencia constitucional puede, sin embargo, incurrir en la discriminación indirecta del sexo masculino por excluirlo del ámbito aplicativo de la discriminación sexual.

El riesgo de que la jurisprudencia constitucional promueva la discriminación indirecta del sexo masculino contribuye a su vez a perpetuar la feminización de los derechos de conciliación. Así se demuestra en la STC 203/2000, de 24 de julio de 200...que tras admitir que el derecho a la excedencia por el cuidado de hijos que regula el art. 46.3 LET es una “norma que no limita su reconocimiento a las mujeres, configurándose como un derecho de los trabajadores, hombres o mujeres, por lo que podría decirse que estimula cambios en la cultura familiar, sensibilizando en el reparto de las responsabilidades y en la modificación de patrones socioculturales de conducta”, señala “que, en una perspectiva constitucional, sigue en el presente vinculada singularmente con la maternidad y, a través de ella, con el art. 14 CE, porque "hoy por hoy son las mujeres las que de forma casi exclusiva solicitan este tipo de excedencias para el cuidado de los hijos" (STC 203/2000, de 24 de julio).

Por último, debe concluirse que el Tribunal Constitucional solo ha alcanzado hasta la fecha a reconocer excepcionalmente un derecho fundamental a no ser discriminado por circunstancias personales y familiares, pero no un derecho constitucional a conciliar la vida laboral, familiar y personal a pesar de la relación entre ambos. Esta conexión entre conciliación y discriminación por causas familiares y personales se expone en la STC de 14 de marzo de 2011: “lo que se plantea en el presente caso es un problema de posible discriminación por razón de las circunstancias familiares, en la medida en que la negativa a acceder a la asignación de horario nocturno solicitada por el trabajador demandante pudiera suponer un menoscabo para la efectiva conciliación de su vida familiar y laboral”.

Pero el reconocimiento de un derecho fundamental a no ser discriminado por circunstancias familiares y personales no implica que el TC admita la existencia de un derecho constitucional a conciliar. Para comprender esta diversificación resulta de interés el último Proyecto de Igualdad de Trato que distingue entre ambos al establecer que el derecho a no ser discriminado por circunstancias familiares y personales es un complemento del derecho a la igualdad y garantía del mismo. En suma, el Tribunal Constitucional no reconoce a los trabajadores un derecho genérico a conciliar la vida laboral, familiar y personal sino a que en el supuesto de que se les deniegue inconstitucionalmente, puedan ser protegidos desde el artículo 14 CE. Por lo que al margen del superior ámbito objetivo del derecho a no ser discriminado por circunstancias familiares y personales, que excede de la conciliación y puede ser aplicado a otras situaciones, también cabe señalar que solo opera a posteriori una vez que el derecho a conciliar ha sido vulnerado.

En particular, la discriminación por circunstancias familiares y personales no se limita a los derechos de conciliación sino a los subderechos o facultades derivadas de los mismos, en base a la STC ...manifestando que “puede discriminarse a una mujer a raíz del ejercicio de derechos asociados a su maternidad, en primer lugar, por la restricción de los que legalmente se le conceden en atención a ésta, y, en segundo término, por las limitaciones o denegaciones de otros derechos o garantías (específicos o inespecíficos) siempre que, tanto en uno como en otro caso, se generen perjuicios o minusvaloraciones de la mujer trabajadora o se acredite que las conductas contempladas responden a motivaciones discriminatorias”.

## 5. La indemnización por daños y su aplicación en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

La denegación del derecho a conciliar obliga al trabajador a recurrir a la vía judicial con el riesgo de que se consume la vulneración de este derecho constitucional. La inadaptación de la opción judicial a las necesidades apremiantes de los trabajadores por circunstancias familiares y personales transforma la pretensión del trabajador de ejercitar su derecho a conciliar en la indemnización de los daños y perjuicios soportados por la decisión empresarial.

La ineficacia del procedimiento judicial, incluso de la vía sumaria para la protección del derecho constitucional a conciliar, reduce la garantía al plano de la indemnización. En estos términos la STC, reconoce que “...dentro de esa función de intérprete y garante máximo y último en el ámbito interno de los derechos nada hay que impida que, en ejercicio de esa plena jurisdicción sobre derechos fundamentales, pueda, e incluso deba, atender las peticiones indemnizatorias de los demandantes de amparo cuando sea el mecanismo indemnizatorio el único que permita proteger el derecho fundamental y restablecer al recurrente en la integridad de su derechos, lo que ocurre en especial cuando la vulneración del derecho o libertad se ha consumado totalmente a la hora de dictar sentencia y cuando se ha frustrado la posible reclamación ante otras instancias, ya que también en este terreno juega el principio de subsidiariedad de la jurisdicción constitución”.

No obstante, el Tribunal Constitucional reserva la respuesta económica a los supuestos en que no pueda procurarse la reparación del derecho vulnerado al trabajador de otro modo (“...la indemnización del daño causado difícilmente puede en la actualidad disociarse del contenido mismo del derecho subjetivo (fundamental o no) y, por ello, tampoco puede disociarse lesión del derecho de

reparación económica del daño causado al mismo, en especial cuando la reparación económica sea el único mecanismo jurídico que permite acercarse al “restablecimiento ... en la integridad de su derecho o libertad” (art. 55.1.c LOTC).

Pero siendo la indemnización de perjuicios la única solución satisfactoria si se consuma la discriminación por circunstancias familiares y personales a juicio del TC, sin embargo, este mecanismo no permite una reparación íntegra de los daños causados al trabajador o trabajadora. Así se expone en la STC 12/01/2009 afirmando incluso que esta cuestión debe resolverse por los jueces ordinarios por ser competentes en todos los aspectos relacionados con los derechos fundamentales: “siendo ya imposible la completa reparación de un derecho vulnerado, esa vulneración, una vez declarada, sólo puede repararse, aunque sea parcialmente, mediante la fijación de la indemnización que satisfaga los daños y perjuicios causados por la discriminación sufrida por la recurrente en amparo, por lo que este Tribunal, entendido como defiende la mayoría, que la STC 3/2007 se ha ejecutado incorrectamente por la jurisdicción ordinaria, además de constatar la incorrección de dicha ejecución, debería haber entrado a conocer de la pretensión indemnizatoria de quien se ha entendido que sufrió una lesión de su derecho fundamental a la igualdad en ejercicio de su, aunque subsidiaria, plena jurisdicción en materia de derechos fundamentales”.

Pero lo más relevante de esta sentencia no es ya la aceptación por el TC de que la consumación de la lesión del derecho a conciliar genera un derecho a indemnización del trabajador y un deber indemnizatorio por la empresa, sino que esta reparación sería parcial. A través de esta opinión, se infiere que el derecho constitucional del trabajador a no ser discriminado por circunstancias familiares y personales no es objeto de una reparación íntegra ni siquiera mediante la indemnización. Por lo que admitiéndose por el TC que la

indemnización de daños y perjuicios solo alcanza a una reparación parcial, este órgano debería haber entrado a reconocer un daño moral al trabajador en los recursos de amparo en que se estiman las pretensiones de conciliación.

Sin la consolidación de este planteamiento por el TC no se garantiza una tutela plena del derecho constitucional a conciliar especialmente porque no parece coherente exigir al trabajador la justificación del perjuicio laboral para demostrar la discriminación y sin embargo, estimado el amparo, no se proporcione cobertura al daño acreditado ( STC 203/2000, de 24 de julio de 2000 se afirma que no resulta reveladora de que se haya producido en el caso una discriminación por razón de sexo, dada la falta de justificación del perjuicio laboral que hubiera ocasionado a la trabajadora el desempeño de las funciones encomendadas).

La indemnizaciones derivadas de lesiones de derechos y de dilaciones indebidas han de ser objeto de reparación según la STC 12/01/2009, y la conciliación no puede ser una excepción en esta doctrina general considerando que la lesión de este derecho constitucional se consuma con inmediatez a la denegación empresarial.

## 6. La discriminación indirecta.

El Tribunal Constitucional apenas se detiene en la discriminación indirecta ni en sus consecuencias inconstitucionales cuando aborda tangencialmente esta cuestión. Solo a propósito de los recursos de amparo planteados por funcionarios interinos o de trabajadores contratados a tiempo parcial se reconoce que la desestimación del derecho a conciliar afecta mayoritariamente al sexo femenino.

En este sentido, la STC 240/1999 afirma que 'el no reconocimiento de la posibilidad de obtener esa excedencia por parte de los funcionarios interinos produce en la práctica unos perjuicios en el

ámbito familiar y sobre todo laboral que afectan mayoritariamente a las mujeres que se hallan en situación de interinidad', pues 'hoy por hoy son las mujeres las que de forma casi exclusiva solicitan este tipo de excedencias para el cuidado de los hijos' (FJ 5), por lo que 'en la práctica, la denegación de las solicitudes como la aquí enjuiciada constituye un grave obstáculo para la conservación de un bien tanpreciado como es la permanencia en el mercado laboral que afecta de hecho mayoritariamente a la mujeres perpetuándose así la clara situación de discriminación que tradicionalmente ha sufrido la mujer en el ámbito social y laboral (STC 166/1988, FJ 2)' (FJ 7).

En realidad, 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 a una persona por razón de su sexo, sino también la indirecta, esto es, aquel tratamiento formalmente neutro o no discriminatorio del que 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 (SSTC 145/1991, de 1 de julio; 147/1995, de 16 de octubre; 198/1996, de 3 de diciembre). Así lo ha declarado el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en numerosas Sentencias al interpretar el del derecho a la no discriminación por razón de sexo en relación con la retribución de las trabajadoras (por todas, SSTJCE de 27 de junio de 1990, asunto Kowalska; de 7 de febrero de 1991, asunto Nimz; de 4 de junio de 1992, asunto Bötzel, o de 9 de febrero de 1999, asunto Seymour-Smith y Laura Pérez).

Sin embargo, la discriminación indirecta adolece de un respaldo por la jurisprudencia constitucional que impida denegar el derecho a conciliar sin valorar antes los posibles efectos discriminatorios sobre uno u otro sexo. El TC no ha generalizado la necesidad de atender el

impacto sexual de una normativa o de una práctica judicial aparentemente neutra.

Excepcionalmente, la STC 240/1999 declara que las resoluciones denegatorias de la excedencia para el cuidado de hijo vulneran el derecho de la recurrente a no ser discriminada por razón de sexo" (STC 203/2000, de 24 de julio, J 6). El TC fundamenta esta decisión en que el tratamiento neutral subvertiría la posición de las mujeres y las colocaría en una situación de desventaja respecto del otro sexo, como principales usuarias de los permisos y licencias o por ser el colectivo integrante de los trabajadores a tiempo parcial.

Pero la denegación del derecho a conciliar no se plantea desde la perspectiva de la discriminación indirecta analizando el impacto negativo que pueda producir en uno u otro sexo. Con carácter general se prescinde de la jurisprudencia del TJCE, de 27 de junio de 1990, asunto Kowalska; de 7 de febrero de 1991, asunto Nimz; de 4 de junio de 1992, asunto Bötzel; o de 9 de febrero de 1999, asunto Seymour-Smith y Laura Pérez), afirmando que "es jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia que el Derecho comunitario se opone a la aplicación de una medida nacional que, aunque esté formulada de manera neutra, perjudique a un porcentaje muy superior de mujeres que de hombres, a menos que la medida controvertida esté justificada por factores objetivos ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo". No puede desconocerse la existencia de disposiciones, criterios o prácticas aparentemente neutros que provocan efectos discriminatorios al margen del sexo, colocando a ciertos colectivos en situación de desventaja (como trabajadores a tiempo parcial, unidades monoparentales...). Aunque hasta ahora, la discriminación indirecta solo se ha contemplado en relación al impacto adverso sobre los miembros de un determinado sexo (STC 198/1996, FJ 2; en sentido idéntico, SSTC 145/1991, 286/1994 y 147/1995).

No puede descartarse una práctica jurisprudencial del TC inmersa en la discriminación indirecta por denegarse el derecho a conciliar sin atender al impacto negativo en uno u otro sexo mediante criterios como el uso mayoritario, el sexo menos representado, o el colectivo más discriminado, entre otros. La desestimación del derecho constitucional a conciliar debe considerar la posibilidad de discriminación indirecta para evitar efectos inconstitucionales. Pese a ello, el TC ha rechazado el amparo a trabajadores y trabajadoras pertenecientes a colectivos discriminados como monoparentales o con problemas de dependencia o discapacidad, sin que en la argumentación jurídica se haya abordado el riesgo de discriminación indirecta por el tratamiento neutral de colectivos discriminados.

La jurisprudencia constitucional se encuentra en un estadio embrionario respecto de la aplicación de la discriminación indirecta en los recursos de amparo sobre el derecho constitucional a conciliar, valorando las disposiciones, criterios o prácticas de los órganos judiciales aparentemente neutrales desde la perspectiva de las desventajas que pueden producir en uno u otro sexo. Incluso someter a su propia jurisprudencia a una evaluación de impacto de género para detectar posibles efectos de discriminación indirecta. El tratamiento igualitario y neutral de colectivos discriminados y la necesidad de ampliar la discriminación indirecta por razón de sexo a la derivada de circunstancias familiares y personales y extenderla al sexo masculino para impulsar la corresponsabilidad, constituye en la actualidad una asignatura pendiente del Tribunal Constitucional. La LOIEMH ha adoptado una concepción restrictiva de discriminación indirecta que ha de ser superada por la práctica por limitarse a la discriminación sexual y a las situaciones de desventaja de uno u otro sexo, sin independizarse de esta modalidad discriminatoria ni conectarse con el problema de la discriminación múltiple cuya regulación habitual en términos de neutralidad permite también

considerar las disposiciones, criterios y prácticas correspondientes como discriminatorias.

## 7. Garantías posteriores al ejercicio del derecho a conciliar

Entre las consecuencias discriminatorias del ejercicio de los derechos de conciliación, destacan los “tratos adversos o efectos negativos” de los trabajadores y trabajadoras. La garantía de indemnidad frente a represalias por conciliar implica una protección jurídica ante la discriminación posterior al ejercicio del derecho a conciliar. El Tribunal Constitucional provee esta cuestión en la sentencia 233/2007, de 5 de noviembre de 2007 admitiendo que “además de esos casos en los que la trabajadora ve limitado un derecho asociado a la maternidad, pueden darse otros en los que resulten apreciables prácticas discriminatorias posteriores que tengan lugar pese al inicial reconocimiento y ejercicio del derecho. Así, en efecto, habrá también discriminación cuando, reconocido sin mermas el derecho asociado a la maternidad, se cause sin embargo a la trabajadora, como consecuencia o en relación con su ejercicio, un perjuicio efectivo y constatable que consista en un trato peyorativo en sus condiciones de trabajo o en una limitación o quebranto de sus derechos o legítimas expectativas económicas o profesionales en la relación laboral”.

Sin embargo, la protección constitucional no puede limitarse a la discriminación de derechos relacionados con la maternidad sino con los derechos de conciliación en general, ni frente a las represalias por quejas, reclamación, denuncia, demanda o recurso, sino también por el trato discriminatorio derivado de su simple ejercicio.

## 8. Jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía

El recurso de las trabajadoras y trabajadores andaluces la vía judicial resulta excepcional como evidencian los datos que se infieren del

SERCLA ya que los asuntos relativos a conciliación (permisos, licencias, excedencias...) no se traducen en reclamaciones posteriores ante los órganos judiciales (según las cifras de dicho organismo, en el último año se plantearon 70 casos de reducción jornada, 17 licencias y permisos, 33 vacaciones, 53 de traslados y la mayoría concluyeron sin avenencia, 146 conflictos individuales de reducción de jornada, mayoritarios después de la modificación sustancial de condiciones de trabajo, vacaciones licencias y permisos). Aunque debe resaltarse el impacto negativo que para la protección jurídica del derecho constitucional a conciliar se produce a través de la ley 13/2009, porque la conciliación previa a la vía judicial de los conflictos individuales pasa de ser preceptiva a simplemente facultativa.

El rigor de las sentencias sobre conciliación mayoritariamente desestimatorias de este derecho, el retardo del procedimiento sumario que deviene en la consumación del perjuicio al trabajador por no poder asumir sus responsabilidades familiares in tempo, entre otras causas, conducen a la inoperancia de la solución judicial.

Por esta razón, las decisiones del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía sobre cuestiones relacionadas con la conciliación no reflejan la realidad de la problemática que aqueja a este derecho. Entre las sentencias de este órgano judicial, se han analizado fundamentalmente las posteriores a la entrada en vigor de la Ley de Igualdad, y destacan las que abordan temas como la indemnización por despido de una trabajadora que disfruta de una reducción de jornada por cuidado de hijo asignándole la remuneración que hubiera percibido a tiempo completo (Sentencia de octubre 2009); el derecho del padre a la prestación de maternidad cuando la madre que ya había comenzado a disfrutar de la prestación, efectúa la opción a favor del padre en un momento posterior a la solicitud (sentencia de 20 mayo de 2009); la disminución proporcional del derecho a vacaciones en el supuesto de reducción de jornada

produce discriminación y se perjudica la finalidad de la norma de favorecer conciliación, privando a los trabajador del disfrute de vacaciones (sentencia 1531/08 de 6 de mayo); el principio de legalidad prevalece sobre la modificación de horario solicitada por el trabajador por tener hija con minusvalía por no encajar la pretensión del demandante en el artículo 37 (sentencia 2836/2006).

Resulta de interés la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía 3608/08 que a pesar de denegar la demanda del trabajador reconoce que sería aconsejable y deseable una mayor flexibilidad en el marco laboral que abarcara la posible elección de turno de trabajo, sin necesidad de instarse una previa y necesaria reducción de jornada para la máxima compatibilidad y acomodo entre vida profesional y personal.

En otro orden, la excedencia voluntaria y la que obedece a motivos familiares se distancian en el tratamiento del derecho a reingreso procurándose una tutela jurídica superior a esta última (Sentencia 7 de mayo de 2008 y 408/2008).

Por último, cabe citar sendas consultas a la Dirección General de Trabajo, admitiendo que el derecho que tiene el trabajador a la concreción horaria y a la determinación del periodo de disfrute de reducción de jornada, no puede implicar un poder de decisión del trabajador sobre el sistema organizativo de la empresa por lo que deberá hacerlo respetando la jornada partida; o la de 28 de junio de 2007 señalando que no trabajando ambos progenitores en la misma empresa, podrán disfrutar simultáneamente del derecho a reducción de jornada en virtud del mismo sujeto causante por los principios de conciliación y el reparto de tareas domésticas que inspiran dichos derechos y solo si trabajan en la misma empresa puede el empresario limitarlo consulta.

De esta posición de la DGT se desprende una cuestión interesante como es la consideración de la corresponsabilidad como principio informador del derecho de conciliación de la vida laboral, familiar y personal, que debe prevalecer en su interpretación actual.

## ANEXO 3

### 1. LA TITULARIDAD DE LOS DERECHOS DE CONCILIACIÓN: ENTRE LA IGUALDAD Y LAS ACCIONES POSITIVAS

La determinación de la titularidad del derecho a conciliar la vida laboral y familiar o personal se presenta a priori como una cuestión controvertida por las imprecisiones legislativas respecto a su atribución. Las singularidades de cada derecho de conciliación imposibilitan la asignación de una titularidad común y tienden a diversificar los titulares según la finalidad individual de los mismos y los bienes jurídicos protegidos; al margen de la confusión entre titularidad y ejercicio del derecho a conciliar, y de los titulares de este derecho con los destinatarios de las acciones positivas. Se impone, por tanto, seguidamente, la clarificación de las dudas que gravitan sobre la titularidad de los derechos de conciliación, por tratarse de un presupuesto previo para su concesión o denegación y la resolución de los conflictos emergentes.

#### 1.1. Criterios legales de atribución del derecho

##### 1.1.1. Igualdad y Corresponsabilidad

Como premisa, resulta peculiar que sin un deber legal (civil) de atención respecto los familiares causantes de la conciliación (parientes hasta segundo grado de consanguinidad o afinidad) se confiera un derecho legal (laboral y administrativo) para cuidarlos. Para desvelar los criterios atributivos de la titularidad del derecho a conciliar conviene detenerse en la regulación general de este derecho y con posterioridad en la normativa particular de cada derecho de conciliación. La Ley Orgánica para la Igualdad Efectiva entre Mujeres y Hombres (en adelante, LOIEMH) reconoce sin una perspectiva de género la titularidad conjunta de los derechos de

conciliación de la vida laboral y familiar y personal a trabajadores y trabajadoras. La atribución legal del derecho a conciliar se verifica pues, en términos igualitarios para hombre y mujer, al disponerse con carácter general que debe evitarse “toda discriminación basada en su ejercicio”.

El legislador establece que “todas las personas gozarán de los derechos derivados del principio de igualdad de trato”, sin una cobertura específica de los sujetos realmente discriminados. A pesar de que el artículo 1.2 LOIEMH reconoce la necesidad de medidas destinadas a eliminar y corregir en los sectores públicos y privado, toda forma de discriminación por razón de sexo, sin embargo, parece reservar este planteamiento para las acciones positivas dejando a salvo la titularidad de los derechos de conciliación.

El fomento de la corresponsabilidad como vehículo jurídico previsto en la LOIEMH para conciliar también ha influido en la adopción de un criterio de igualdad formal entre ambos sexos. Al respecto, la Exposición de Motivos de este texto legal se refiere a la necesidad de atender a unas nuevas relaciones sociales y a la cooperación entre hombres y mujeres que permita un reparto equilibrado de responsabilidades en la vida profesional y privada como eje vertebrador de la Ley de Conciliación (Exposición de Motivos). La participación de los trabajadores en la vida familiar facilitando su papel de copartícipes en el cuidado de los hijos, transfigura la conciliación en un derecho compartido entre hombres y mujeres.

No obstante, la corresponsabilidad como tendencia del derecho a conciliar no puede elevarse a finalidad causal pues sólo se presenta legalmente como un medio para promover la conciliación. Incluso, a pesar del reparto creciente de responsabilidades familiares entre ambos progenitores mediante la custodia compartida, la titularidad conjunta e indiferenciada de los derechos de conciliación puede plantear efectos inconstitucionales. La absoluta igualdad de ambos

sexos en la titularidad de derechos de conciliación puede apartarse de su causa por razones biológicas y de desigualdad social.

En efecto, los derechos de conciliación basados en el hecho biológico diferencial del embarazo, parto y maternidad se opone a un reconocimiento en términos idénticos para ambos sexos, sin perjuicio de que la corresponsabilidad justifique la atribución a los hombres de ciertos permisos y licencias relacionadas con el nacimiento o la lactancia de los hijos. De igual modo, las desigualdades sociales que soportan las mujeres al tener que asumir cargas familiares y laborales, les convierte en principales destinatarios de los derechos de conciliación a nivel colectivo. Por lo que la discriminación por la asunción de obligaciones familiares afecta mayoritariamente al sexo femenino, siendo discutible desde una perspectiva constitucional un tratamiento jurídico igualitario en una situación de flagrante desigualdad.

Así pues, los derechos de conciliación se debaten entre la protección de las mujeres como sujetos discriminados por las responsabilidades familiares y la promoción legal de la corresponsabilidad, considerando que ambos criterios atributivos del derecho a conciliar la vida laboral, familiar o personal no siempre conducen a las mismas consecuencias jurídicas.

Al respecto, la corresponsabilidad permite la apertura legal de los derechos de conciliación a los hombres, si bien debe efectuarse con ciertas cautelas para impedir que los sujetos realmente discriminados soporten ulteriores perjuicios, evitando que la regulación legal de un derecho a la igualdad como la conciliación incentive la discriminación de los sujetos discriminados. La superposición de igualdad formal a una situación de desigualdad material no elimina la discriminación sino que tiende a potenciarla. Esta consecuencia puede verificarse por la atribución conjunta de la titularidad del derecho a conciliar a

hombres y mujeres, sin atender suficientemente a la causa y la desigualdad social.

Conforme al artículo 44 LOIEMH, los derechos de conciliación se atribuyen a ambos sexos (trabajadores y trabajadoras), sin embargo, también deben impedir “toda discriminación basada en su ejercicio”. Una interpretación de este precepto conduce a la protección jurídica de los sujetos realmente discriminados y de los que puedan serlo en el ejercicio de los derechos conciliatorios, aunque para ello hubiera que prescindir de la corresponsabilidad (como medio), para alcanzar esta finalidad.

El reconocimiento de derechos de conciliación al sexo masculino no se atribuye como colectivo discriminado sino “para contribuir a un reparto más equilibrado de las responsabilidades familiares”, como prevé la LOIEMH respecto del permiso y prestación por paternidad. La atribución al sexo masculino de derechos de conciliación sustancialmente femeninos basados en razones biológicas, para corresponsabilizar, obliga al legislador a asegurarse de la ausencia de obstáculos que impidan a los padres a asumir el cuidado y atención de los hijos, sea por abandono, por falta de reconocimiento, por privación de la patria potestad, u otra “justa causa”. En caso de desavenencias entre ambos progenitores, habría de protegerse preferentemente al progenitor que cuide del sujeto causante de la conciliación y por supuesto, como prevé el Derecho de familia, tener en cuenta el interés de los hijos para determinar la titularidad del derecho a conciliar, sea en el ámbito laboral o administrativo.

Sin embargo, al margen de los derechos ligados al embarazo, parto y lactancia, cuya causa biológica puede justificar una exclusividad o poder de disposición de las mujeres, incluso la negativa a compartirlos, en los demás supuestos de conciliación la titularidad puede ser conjunta o compartida si la custodia o el cuidado de los

hijos o familiares también lo fuese. Aunque sin prescindir de la situación de desigualdad real a que se refiere el artículo 43 LOIEMH, y del sujeto efectivamente discriminado para determinar la titularidad de los derechos de conciliación. Con carácter general, la perspectiva de género puede contribuir a precisar mediante estadísticas el colectivo discriminado con superiores necesidades de conciliación y la conveniencia de atribuirle la titularidad del derecho a conciliar, aunque sin ignorar su naturaleza individual.

Ahora bien, la atribución indistinta de derechos de conciliación a ambos sexos puede incurrir en el campo de la discriminación indirecta por la apariencia de neutralidad y el riesgo de efectos discriminatorios. La situación discriminatoria inicial de partida y la desigualdad real subsistente puede provocar un impacto negativo en las mujeres y ponerlas en situación de desventaja respecto del sexo masculino. Pero el artículo 5 LOIEMH exime de discriminación indirecta a las disposiciones o criterios (de atribución de la titularidad) que puedan justificarse objetivamente en atención a una finalidad legítima y siempre que los medios para alcanzar dicha finalidad sean necesarios o adecuados. Esta disposición plantea la consideración de la corresponsabilidad como un medio susceptible de eximir de discriminación indirecta para la implicación de los hombres en las responsabilidades familiares.

El enfoque de la conciliación hacia la corresponsabilidad familiar ha propiciado la titularidad conjunta de derechos de conciliación y dificultado la aplicación de la discriminación indirecta. Sin embargo, los derechos de conciliación atribuidos en términos de igualdad entre ambos sexos como medio para promover la corresponsabilidad puede derivar en un trato discriminatorio y en situaciones fraudulentas. La extensión del ámbito subjetivo de la titularidad del derecho a conciliar fundada en la corresponsabilidad implica que su ejercicio al margen de esta causa jurídica, constituye un “frauds

legis”. La equiparación legal entre quienes asumen cargas familiares y quienes se encuentran imposibilitados para asumir el cuidado de hijos por maltrato, divorcio o separación o no corresponsabilizan en la práctica, significa un trato discriminatorio de aquéllos.

En particular, el artículo 44 LOIEMH confiere el permiso parental “para contribuir a un reparto más equilibrado de responsabilidades familiares”, sin exceptuar a los progenitores que por ley o sentencia no puedan cumplir fines relacionados con la corresponsabilidad. La atribución incondicionada de derechos de conciliación, indistintamente a sujetos discriminados y no discriminados presenta un riesgo de tratamiento desigual e inconstitucional. Especialmente, esta posible discriminación se manifiesta en los supuestos de conflicto entre titulares de los derechos de conciliación o bien en los casos de titularidad compartida. El riesgo de colisión entre titulares discriminados y aquéllos a quienes se reconoce la titularidad por causa de corresponsabilidad, no debería suponer la desprotección jurídica de los sujetos efectivamente discriminados.

#### 1.1.2. Delimitación del ámbito subjetivo del derecho a conciliar

A través de la regulación de los derechos de conciliación se manifiesta la disgregación de su titularidad, ejercicio y poder de disposición, con la complejidad de situaciones que pueden plantearse. Para clarificar el panorama relativo a la titularidad debe recurrirse a la determinación de los bienes jurídicos protegibles.

Como punto de partida, la titularidad de los derechos de conciliación aparece en origen ligada a la maternidad y por tanto, atribuida a las mujeres, si bien el proceso de reconversión jurídica para responder a la idea de corresponsabilidad, ha permitido su prolongación subjetiva al sexo masculino. Aunque su procedencia como derechos originarios de las mujeres continúa vigente, si bien en menor medida, mediante

la atribución de un poder de disposición sobre los derechos de conciliación.

El avance jurídico en los permisos de maternidad ha derivado en su extensión a los hombres mediante una abstracción del derecho respecto del hecho biológico causal que lo sustenta a nivel jurídico, con objeto de estimular la corresponsabilidad y también desactivar las discriminaciones asociadas a la maternidad. Esta tendencia ha irradiado otros derechos conciliatorios relacionados con la maternidad, como los basados en el embarazo, parto o lactancia, o nacimiento de hijo, mediante un proceso de autonomización de las razones estrictamente biológicas. Por su parte, el enfoque al fin de la corresponsabilidad de derechos tradicionalmente destinados a la protección de la mujer por su motivación biológica, pretende amortiguar los efectos discriminatorios asociados a la maternidad (embarazo, parto, lactancia).

Sin embargo, la proyección a los hombres de los derechos de conciliación asociados a la maternidad, ha provocado perplejidad e incerteza sobre el sujeto que tiene el control último sobre el derecho y las facultades derivadas del mismo, especialmente en situaciones de conflicto, desacuerdos o desavenencias. Paralelamente, se prescinde de la naturaleza individual e incondicionada de la conciliación, sujetando la atribución del derecho al presupuesto de que ambos progenitores trabajen y privando indebidamente de sus beneficios si falta este requisito. A lo sumo, la exigencia de que ambos titulares trabajen podría tenerse en cuenta como criterio preferencial para el ejercicio del derecho de conciliación en el centro de trabajo, cuando concurriesen varios empleados a conciliar y hubiera dificultades de compatibilización.

Asimismo, la indistinción legal entre la titularidad y ejercicio de los derechos de conciliación agravan la complejidad respecto a la

pertenencia y el reparto de las facultades de los mismos, propiciando diferencias entre derechos no siempre justificables desde el punto de vista constitucional. En particular, el derecho de suspensión con reserva de puesto por parto, se confiere a la mujer por razón de la maternidad, a diferencia del derecho a permiso por lactancia que se reconoce indistintamente a la madre y al padre; si bien la madre puede optar para que el padre disfrute de una parte determinada e ininterrumpida del período de descanso posterior al parto, bien de forma simultánea o sucesiva con el de la madre. En este sentido, la Directiva 2010/18/UE del Consejo, para la aplicación del Acuerdo Marco sobre Permiso Parental, reconoce el derecho individual al permiso parental “a los trabajadores, hombres o mujeres, por motivo de nacimiento o adopción de un hijo...y a fin de promover la igualdad de trato entre hombres y mujeres debe, en principio concederse con carácter intransferible” (cláusula 2).

Entre los derechos de conciliación basados en la maternidad, el legislador promueve criterios diferentes de atribución de la titularidad y su ejercicio, sin un hilo conductor común, como se observa a través de un examen comparativo del permiso de lactancia y el de suspensión con reserva de puesto. Así, la titularidad conjunta del derecho al permiso de lactancia atribuido por ley al padre y la madre no concuerda con el derecho a la suspensión con reserva de puesto atribuido exclusivamente a la mujer, que sólo en caso de su fallecimiento se transmite al otro progenitor, aunque con posibilidad de que ésta delegue su ejercicio en el padre. Sólo excepcionalmente pervive el poder de disposición de la mujer sobre el derecho de conciliación en el caso del derecho a la suspensión postparto.

Estas disimilitudes exigen analizar los bienes jurídicos protegidos en cada derecho de conciliación (la madre, el hijo, ambos conjuntamente, familiares...), para determinar consiguientemente los sujetos tutelables y la titularidad o ejercicio del derecho. En algunos

derechos conciliatorios la protección conjunta de la madre y del hijo, justifica la prolongación al otro progenitor de los mismos únicamente desde una posición secundaria o subordinada al titular por razones biológicas.

Sin embargo, la corresponsabilidad como medio para facilitar la conciliación de la vida laboral, familiar o personal, distorsiona el criterio del bien jurídico protegible como único instrumento de atribución de la titularidad, sin que uno y otro conduzcan a las mismas consecuencias. Aunque en el supuesto de que los efectos de aplicación de ambas directrices no resulten coincidentes respecto de la atribución de la titularidad y no pudieran compatibilizarse, habría de primar el bien jurídico protegido por el derecho sobre el fomento de la corresponsabilidad.

Con el fin de corresponsabilizar se justifica legalmente la ampliación del ámbito subjetivo del derecho de conciliación a ambos sexos, a costa de la titularidad a favor de quienes soportan la desigualdad y discriminación, por asumir las cargas y responsabilidades familiares en la realidad. No obstante, la atribución indiferenciada del derecho de conciliación a hombres y mujeres en las excedencias por cuidado de hijos, pese a presentarse como una disposición neutra desde el punto de vista de la igualdad, puede producir efectos discriminatorios por obligar a compartir la titularidad con quienes no son discriminados. El legislador ha prescindido de un derecho exclusivo, pero también preferente de la mujer como titular hasta ahora única de los derechos de conciliación basados en razones biológicas. Para impulsar la corresponsabilidad, se han recortado los derechos conciliatorios de la mujer como titular, incluso en aquellos derechos intrínsecos a su naturaleza, sin contrarrestar o condicionar en este caso la asignación de titularidad al sexo masculino para evitar posibles colisiones.

En particular, los derechos de conciliación destinados al cuidado de hijos y familiares aun ejerciéndose mayoritariamente por las mujeres, se atribuyen indistintamente a ambos sexos en base al principio de igualdad, aunque sin la incorporación de resortes jurídicos para resolver la prioridad del ejercicio del derecho en el caso concreto y defender colectiva e individualmente al interés más necesitado de protección. La obligación legal de compartir la titularidad y el ejercicio del derecho puede derivar en detrimento del sexo más discriminado y en un manifiesto estado de discriminación indirecta.

Ahora bien, la atribución indistinta a ambos sexos de los derechos de conciliación implica una desatención legal a los criterios comunes para determinar la titularidad, y en particular, al bien jurídico protegido, a la asunción efectiva de responsabilidad y a la ponderación de las circunstancias familiares y personales de cada posible titular. La necesidad de compartir el derecho a conciliar o su ejercicio con quienes ni siquiera están obligados a destinarlo a los fines para los que se confiere, puede implicar una privación o reducción de las facultades que comporta en perjuicio de aquellos titulares más necesitados de conciliar y a costa de los mismos.

La titularidad conjunta de derechos conciliatorios determina la distribución obligada entre ambos progenitores del tiempo de permisos o excedencias; o el disfrute de una parte determinada e ininterrumpida del período de descanso posterior al parto, bien de forma simultánea o sucesiva, como un derecho compartible entre hombre y mujer. En consecuencia, se obliga a un recorte de los derechos de conciliación que puede afectar significativamente a los sujetos discriminados en la realidad, sea por el hecho mismo de compartirlos legalmente o de un modo opcional.

Sin embargo, sólo se prevé por el legislador un supuesto de ejercicio simultáneo de derechos por el mismo sujeto causante aunque

sometido a la posibilidad de que el empresario limite su ejercicio. Aunque la corresponsabilidad como criterio atributivo de la titularidad para conciliar se limita a los trabajadores por cuenta ajena sin extenderse a otros ámbitos. En realidad, el reconocimiento de los derechos de conciliación depende legalmente del sector laboral y también de la autorregulación o decisión empresarial.

La implicación del sexo masculino en la conciliación exige destinar fondos al fomento de la corresponsabilidad cuando aun no se ha consolidado el derecho de conciliación de los sujetos realmente discriminados. Pero resulta más discutible la sostenibilidad legal de derechos infructuosos para la conciliación mientras se verifica el estancamiento de los derechos que recortan las desigualdades reales en perjuicio del sexo discriminado en la práctica.

La desatención del legislador al bien jurídico protegido o a las circunstancias familiares o personales, propicia situaciones discriminatorias desde el punto de vista de la titularidad. Así, un derecho de conciliación sustentado en razones biológicas como el permiso de lactancia (artículo 37.4 ET), puede ser disfrutado indistintamente por el padre o madre en caso de que ambos trabajen. Este derecho en origen correspondiente a la mujer se amplía desde el punto de vista subjetivo al hombre, provocando una cotitularidad sobre el derecho que implica una pérdida de exclusividad sobre su ejercicio. Esta regulación no es neutral para la mujer, pues le obliga a ceder el control sobre el derecho y a adoptar acuerdos con el padre en caso de divergencias en un derecho intrínsecamente femenino. Se observa que la corresponsabilidad como criterio atributivo de la titularidad se antepone a otros criterios basados en motivos biológicos, con el riesgo de que perjudique los intereses de los sujetos realmente discriminados.

Como alternativa jurídica razonable, puede configurarse la conciliación como un derecho derivado para el sexo masculino en los supuestos de atribución por razones estrictamente biológicas. No obstante, la transferencia del derecho de conciliar a los hombres por las mujeres resulta insignificante, evidenciando un cierto fracaso de esta posibilidad conferida legalmente. El escaso nivel de corresponsabilidad de los hombres en el cuidado de los hijos influye en una postura de la mujer acaparadora del derecho de conciliación y en la opción de no compartirlo aunque la ley lo permita.

Resulta paradójico que la LOIEMH incorpore la corresponsabilidad como medio para atribuir derechos conciliatorios sin condicionar su ejercicio al hecho de corresponsabilizar, o ni siquiera excluir a quienes no asuman los deberes inherentes a la patria potestad y el cuidado de menores y familiares. La titularidad del derecho a conciliar no aparece legalmente conectada a la efectiva asunción de las cargas y responsabilidades familiares, permitiendo incluso, a los progenitores que no se impliquen en los cuidados de familiares ser titulares a todos los efectos legales. Ciertamente, las restricciones en la titularidad de los derechos de conciliación puede resultar discutible por afectar al ámbito subjetivo del derecho, aunque al menos el ejercicio de los derechos puede subordinarse a la asunción de responsabilidades familiares. En todo caso, la corresponsabilidad y el ejercicio de los derechos conciliatorios debe enfocarse en todo caso al interés de los menores, de los hijos y otros familiares. Los derechos de conciliación deben compenetrarse con los derechos familiares y la protección jurídica de la familia, prescindiendo de la corresponsabilidad para atribuirlos cuando no puedan compartirse las responsabilidades familiares.

La atribución de derechos de conciliación sin atenderse legalmente al cumplimiento efectivo de los deberes familiares, tiende a independizarse de su causa jurídica. Desde esta perspectiva, cabría

cuestionar la titularidad legal no sólo por descausalización sino también por el riesgo de efectos discriminatorios en perjuicio de quienes efectivamente asumen las cargas familiares.

En consecuencia, admitiendo que la titularidad conjunta de derechos de conciliación tiene como fin la asunción equilibrada de las responsabilidades familiares, el ejercicio de estos derechos para fines distintos de la corresponsabilidad debería considerarse fraudulento y sancionarse para incentivar su correcta utilización. La permisividad de situaciones donde el derecho de conciliación se aparta de su causa por no destinarse a los fines predispuestos, habría de constituir motivo de privación de los mismos.

Conforme a una interpretación finalista del artículo 44 de la LOIEMH, no procede la titularidad ni exclusiva ni compartida de derechos de conciliación con progenitores o sujetos que no ejerzan sus deberes y responsabilidades familiares. En particular, los progenitores no convivientes difícilmente pueden atender las obligaciones familiares cotidianas ni justificar periodos prolongados de cuidado de menores para reclamar el ejercicio de derechos de conciliación; menos aun quienes penalmente aparezcan implicados en casos de violencia de género como maltratadores, debiendo admitirse en estos casos una titularidad exclusiva de la víctima. Resulta inadmisibles que ni siquiera haya una perspectiva de género en situaciones extremas como el maltrato, permitiendo que la víctima pueda verse en el mismo plano legal que el maltratador con idénticos derechos de conciliación.

No obstante, el derecho de conciliación se debate entre la protección de los sujetos discriminados por la asunción de obligaciones familiares y la indiferencia entre ambos sexos a estos efectos, para evitar la visibilización de una tutela jurídica superior del sexo femenino susceptible de obstaculizar su inserción y desarrollo

profesional<sup>8</sup>. Ahora bien, debería regularse la armonización de la titularidad y ejercicio del derecho a conciliar mediante una convergencia en la asunción efectiva de responsabilidades familiares, considerando que la ausencia de correlación entre el derecho y su propia finalidad, priva de causa la atribución del mismo. El riesgo de un tratamiento jurídico igualitario de quienes se encuentran en una situación desigual, obviándose un derecho preferente de los sujetos discriminados, puede resultar inconstitucional.

En particular, el legislador no determina en detrimento de los sujetos realmente discriminados quién decide el disfrute del derecho de conciliación en el supuesto de que ambos progenitores trabajen, pues sólo a uno corresponde el ejercicio del derecho. Tampoco se resuelve legalmente la compatibilidad entre ejercicio de derechos de conciliación diferentes por ambos progenitores. En este sentido, la STSJ de Castilla-La Mancha de 25 de marzo de 1999, no permite la suspensión del contrato por parto considerando compatible con que otro progenitor reduzca su jornada por lactancia; las SSTSJ de Valencia de 24 de mayo de 2003, de Cataluña de 18 de marzo de 2003, resultan contradictorias respecto a la posibilidad de que el padre disfrute de excedencia para el cuidado de hijo cuando la madre interesa el permiso por lactancia o si pueden cruzarse esos derechos los progenitores.

La actual regulación impide resolver la problemática derivada del ejercicio simultáneo de derechos de conciliación por varios familiares del mismo sujeto causante. Pero las circunstancias familiares y personales de los conciliantes deben determinar la atribución de la titularidad y ejercicio de los derechos de conciliación; de modo que si aquéllas hacen inviable el ejercicio de los mismos sea por abandono

---

8 Según la STC de 25 marzo 1993, la atribución del derecho a la lactancia del hijo menor de forma exclusiva a la madre trabajadora no supone discriminación alguna.

de familia, maltrato u otras causas, han de ser decisivas en la exclusión como titulares de quienes se encuentran incursos en las mismas. Aunque si tales circunstancias únicamente dificultasen el ejercicio del derecho a conciliar, habrían de ponderarse legal y judicialmente para decidir la atribución de este derecho.

En última instancia, habrá de concluirse que la corresponsabilidad no ha alcanzado aun naturaleza de derecho exigible, ni siquiera el rango de deber como medio para asumir las obligaciones familiares. Por lo que ha de primar el derecho de conciliación frente a la alegación de la corresponsabilidad, a pesar de que el avance del derecho de familia en el ejercicio simultáneo de derechos de custodia puede abrir la viabilidad a su progresiva implantación del derecho a corresponsabilizarse en los deberes familiares.

En esta línea se inscribe la reciente sentencia del Tribunal Constitucional de 14 de marzo de 2011 que ampara la petición de un cuidador de una residencia de educación especial de Palencia, al que se había negado reiteradamente la posibilidad para hacerse cargo de sus hijos menores, considerando el cuidado de los hijos como una nueva causa discriminatoria. Por primera vez en nuestro país, se interpreta una discriminación por circunstancias familiares a favor de un trabajador, basándose en la naturaleza constitucional del derecho a conciliar que ha de ser interpretado conforme al artículo 39, para la solución de cualquier duda interpretativa. Además de plantear la posible inconstitucionalidad de disposiciones del Estatuto de los Trabajadores que confieren diversos derechos de conciliación a los hombres y mujeres, diferenciados por sexos, como la diferente duración del permiso de maternidad (16 semanas) y el de paternidad (15 días) o la reducción de lactancia que sólo puede ser disfrutada por el padre si ambos trabajan. El Tribunal Constitucional reconoce explícitamente sin diferenciación entre sexos el derecho fundamental a la no discriminación por razón de las circunstancias personales y

familiares, relacionándolo con la responsabilidad parental en la asistencia de todo orden a los hijos menores de edad y afirmando que si el padre no puede ejercer la corresponsabilidad, todo el peso recae sobre la madre que vería mermadas sus oportunidades laborales. Se plantea, en suma, la exigencia de un plus de motivación judicial cuando se invocan derechos a la no discriminación por circunstancias familiares y se da carta de naturaleza constitucional a situaciones derivadas de la atención a los hijos.

### 1.1.3. Posición autonómica en torno a la titularidad

La neutralidad posicional de la LOIEMH en la titularidad del derecho a conciliar se prolonga a las últimas reformas estatutarias, sin que se infiera una protección superior de los sujetos realmente discriminados para amortiguar la desigualdad real.

Desde esta perspectiva, los recientes Estatutos andaluz, balear y valenciano no vislumbran la conciliación más allá de la genérica igualdad de trato entre hombres y mujeres. En particular, el artículo 167 del Estatuto andaluz bajo el título “igualdad de la mujer en el empleo”, centra su contenido en el principio de igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en el ámbito laboral, en el acceso a la ocupación, la formación y promoción profesional, las condiciones de trabajo y la retribución; y sólo regula la discriminación por embarazo o maternidad ignorando así otras causas discriminatorias de las mujeres derivadas de la asunción de obligaciones familiares. También el artículo 17.2 del Estatuto Balear dispone que las Administraciones públicas, según la Carta de Derechos Sociales, velarán en todo caso para que las mujeres y los hombres puedan participar plenamente en la vida laboral, social, familiar y política sin discriminaciones de ningún tipo en igualdad de condiciones y garantizarán la conciliación de la vida laboral, familiar y personal.

Sin embargo, la participación en la vida familiar de ambos sexos no parece equiparable desde el punto de vista de la discriminación, pues en materia de corresponsabilidad sólo puede deducirse una situación discriminatoria de las mujeres. Por lo que no parece un hecho en principio tutelable jurídicamente la participación de los hombres en la vida familiar, sino como medida de fomento para su implicación en el hogar. Al margen de la tendencia impulsada por el derecho de familia proclive a la tutela compartida de los hijos, capaz de reclamar el derecho de corresponsabilidad como medio para cumplir obligaciones legales y judiciales de índole familiar. Las situaciones individuales de hombres con necesidad y voluntad de corresponsabilizarse en el cuidado de los hijos exige una protección jurídica en términos idénticos para ambos sexos. Pero sin ignorar, paralelamente, la garantía jurídica de la igualdad real a través de los derechos de conciliación para evitar la discriminación de los sujetos colectivamente discriminados, compatibilizando su defensa con la tutela individual de quienes no estando socialmente discriminados pueden serlo si no se atiende a su derecho de igualdad de trato.

En las políticas autonómicas, prevalece esta idea de igualdad de trato al no preverse una protección específica de los sujetos socialmente discriminados por razones de conciliación de la vida laboral y familiar o personal. Al respecto, las últimas reformas estatutarias se refieren de forma impersonal y global a los sujetos destinatarios de las políticas (artículo 68 del Estatuto andaluz o el Estatuto Catalán en general), si bien se centran en el acceso al empleo de colectivos como los jóvenes o marginados, a pesar de ser un país con una tasa baja de población activa femenina (artículo 169 ET).

Por su parte, el Estatuto catalán aun reconociendo que la mujer ha de tener igualdad de oportunidades con los hombres, asocia la titularidad y el ejercicio de los derechos de conciliación al ejercicio de

la guarda legal, aunque sin distinguir entre la titularidad de ambos sexos y la atribución del ejercicio sólo para quienes se impliquen en tareas conciliatorias.

También en el marco autonómico la titularidad aparece condicionada según la pertenencia a los sectores público y privado, con superior equiparación entre ambos sexos dentro del ámbito de la Administración. Al respecto, los empleados y empleadas públicos se equilibran como titulares de los derechos de conciliación, aunque sin resolver los conflictos que pueden plantearse entre quienes son titulares formales del derecho y los sujetos realmente discriminados. Entre las deficiencias de la legislación autonómica, debe destacarse la imprevisión de los nuevos modelos familiares, sin adaptar los derechos de conciliación a las necesidades de los diversos prototipos de unidad familiar.

En última instancia, cabe señalar que se ha iniciado un proceso de asunción de competencias exclusivas en materia de género por las Comunidades Autónomas que puede proyectarse sobre el derecho de conciliación, disgregando su régimen legal y propiciando desigualdades internas discutibles desde el punto de vista constitucional.

#### 1.1.4. La conciliación como derecho colectivo.

El derecho de conciliación implica en sí mismo una necesaria adaptación a las circunstancias familiares y personales de cada trabajador o empleado, aunque ni las leyes actuales ni los convenios colectivos contribuyen a promocionar su naturaleza intrínseca como derecho individual. En esta línea, la Directiva 2010/18/UE, del Consejo sobre Acuerdo Marco sobre Permiso Parental, en su cláusula primera, señala que un mes de los cuatro meses del permiso será

intransferible para fomentar un uso más igualitario del permiso por ambos progenitores.

No obstante, excepcionalmente, algunos derechos de conciliación se configuran como derechos de titularidad individual ejercidos colectivamente en los términos de la cláusula segunda de la citada Directiva. Aunque de un modo genérico, el Estatuto Básico del Empleado Público se refiere bajo la denominación de Derechos individuales ejercidos colectivamente, al derecho de los empleados públicos a la negociación colectiva y a la participación en la determinación de las condiciones de trabajo en su apartado b).

El derecho a conciliar aparece pues, tamizado por los convenios colectivos y pierde su perfil individual en detrimento de su auténtica naturaleza jurídica. Los derechos de conciliación se supeditan a las decisiones unilaterales del empresario o a lo pactado por la empresa o empleador con los representantes sindicales comprimiendo la titularidad de este derecho. La negociación en grupo de los derechos impide prever las necesidades individuales de los trabajadores y empleados y una adaptación absoluta al perfil personal o familiar de los mismos, especialmente por el carácter evolutivo de sus circunstancias. Los convenios colectivos pueden, a lo sumo, abarcar la realidad de un ámbito laboral pero difícilmente las coyunturas circunstanciales que surjan durante su aplicación. Por esta razón, la falta de previsión, o incluso de revisión o actualización de los convenios también obstaculiza la adaptación de los derechos de conciliación a las efectivas necesidades de sus titulares.

En consecuencia, el derecho individual del trabajador o funcionario a la conciliación puede permanecer sin cobertura suficiente a través del convenio colectivo regulador de su marco laboral. La colectivización del derecho a conciliar interfiere en el ejercicio de la conciliación al margen de lo pactado por el convenio colectivo. Si

bien, en nuestra opinión, los convenios colectivos no pueden interpretarse como renuncia tácita al derecho individual de conciliación, cercenando su ejercicio particular incluso en los supuestos de imprevisión del caso concreto o de lagunas o cláusulas discriminatorias. En particular, el volumen actual de convenios colectivos extinguidos sin posibilidad de prórroga fundamenta la reclamación de la conciliación como derecho individual.

La conversión de la conciliación en un derecho colectivo dificulta su ejercicio individual, más aun por su posible reconducción a la negociación colectiva donde resultan factibles restricciones pactadas a la titularidad del derecho o condiciones a su ejercicio, al no regularse un mínimo legal intangible por la autonomía privada.

#### 1.1.5. Conflictos entre titulares y soluciones legales

Las desigualdades entre titulares del derecho a conciliar según su pertenencia al sector laboral o funcionarial, entre trabajadores por cuenta ajena, propia o empleados públicos, en base a las categorías de personal, fijo, sustituto, eventual, interino, plantean la posibilidad de efectos discriminatorios y, por tanto, inconstitucionales. Al igual que la unificación de la titularidad en los diversos modelos familiares, sin atender a las singularidades propias de cada uno y a las desiguales necesidades conciliatorias, puede derivar en el campo de la discriminación.

En este sentido, la homologación legal y jurídica de los distintos prototipos de unidades familiares (monoparentales, divorciados, homosexuales...) carece de sustento constitucional. Las peculiaridades de las familias monoparentales o de las parejas de hecho, entre otros modelos de unidad familiar, habrían aconsejado una mención específica para delimitar el ámbito de aplicación subjetiva del derecho a conciliar. La indistinción legal entre la familia

tradicional y la monoparental puede provocar un trato igualitario insostenible a nivel constitucional por sus consecuencias discriminatorias.

En particular, las necesidades conciliatorias de un progenitor en situación monoparental, o de separación y divorcio, parecen en principio superiores a las de las familias convencionales integradas por varios progenitores. Por este motivo, el sujeto que asume en solitario las responsabilidades familiares requiere una protección reforzada como titular de derechos de conciliación. En estas circunstancias debe incluso, plantearse la titularidad exclusiva de los derechos de conciliación, no resultando aceptable la cotitularidad por implicar la necesidad de compartir derechos con quienes no asumen las obligaciones familiares.

La normativa catalana sobre conciliación resulta más avanzada desde el punto de vista jurídico, disponiendo que sólo las personas que asuman por medio de un documento público la maternidad o la paternidad compartida del hijo o hija de otra persona serán consideradas progenitoras (disposición transitoria cuarta, apartado primero). Según esta regulación, la atribución de la titularidad del derecho a conciliar se subordina a la asunción de la paternidad y la maternidad. Parece absolutamente razonable que sólo quienes estén dispuestos a asumir las responsabilidades familiares, puedan ejercitar unos derechos que tutelan el cumplimiento de estos deberes. De este modo se evitan incoherencias, como que un progenitor tenga que compartir derechos de conciliación con quien incumple sus deberes de guarda legal y atención a sus hijos menores en base a una atribución generalizada de este derecho. En esta línea, el Real Decreto 1335/2005, de 11 de noviembre, por el que se regulan las prestaciones familiares de la Seguridad Social, establece como sujeto beneficiario el progenitor que conviva con el hijo o menor acogido siempre que éste dependa económicamente de este último.

Las imprevisiones del legislador en esta materia contribuyen a vislumbrar los conflictos que pueden producirse entre titulares, cotitulares o ejercientes de los derechos de conciliación, y que son objeto de análisis en el epígrafe siguiente. El reconocimiento legal de los derechos de conciliación, sin preferencias ni prioridades, ignorando las circunstancias familiares y personales concretas de sus titulares, pueden propiciar conflictos entre éstos últimos.

En principio, la neutralidad del legislador equiparando a ambos sexos en la conciliación ha determinado la imprevisión de conflictos en el ejercicio del derecho a conciliar. Únicamente se ha regulado el supuesto de que dos o más trabajadores de la misma empresa generasen el derecho a conciliar por el mismo sujeto causante, para la lactancia o el permiso para cuidado de hijos y de familiares. En este caso, el empresario podrá limitar su ejercicio simultáneo por razones justificadas de funcionamiento de la empresa. Por lo que la confluencia de titulares regulada legalmente, se resuelve de un modo insatisfactorio ante la posibilidad de limitación del ejercicio del derecho a conciliar. Aunque el artículo 48 i) del Estatuto Básico del Empleado Público dispone la posibilidad de prorrateo entre los titulares del derecho a cuidar de un familiar por un mismo hecho causante.

La pretensión del legislador de mantener la igualdad en términos absolutos, sin atender a las desigualdades reales, propicia en última instancia la restricción del ejercicio del derecho, incluso en detrimento de los sujetos discriminados. Al margen de que también el ámbito subjetivo del derecho a conciliar se resiente debido a la discrecionalidad legal del empresario en caso de concurrencia de varios titulares por el mismo sujeto causante.

No obstante, la normativa conciliatoria se limita probablemente a un supuesto bastante simple de concurrencia de trabajadores que

pretenden conciliar por un mismo sujeto causante, atribuyendo al empresario la posibilidad de optar por un ejercicio alternativo. Aunque esta solución legal tropieza con el fomento de la corresponsabilidad, ya que no permite la asunción de las obligaciones familiares de forma simultánea por ambos progenitores para atender al mismo sujeto causante.

La titularidad conjunta del derecho de conciliación sin ponderar las efectivas circunstancias familiares y personales puede potenciar la discriminación en caso de conflicto entre titulares, no sólo por el hecho de que no se exija la asunción real de responsabilidades familiares, valorando el interés más necesitado, sino también porque el legislador ha desviado el poder de disposición sobre el derecho hacia el empresario.

El conflicto entre titulares del derecho a conciliar no se ha regulado pues, con carácter general, de un modo que permitiese el reequilibrio en las responsabilidades familiares. El legislador se ha limitado a igualar a los titulares incluso, en situaciones de flagrante desigualdad, con el riesgo de que su ejercicio derive en un trato discriminatorio y, además, pueda ser restringido por un sujeto ajeno a la titularidad del derecho. La posible discriminación en el ejercicio de un derecho de igualdad como la conciliación resulta paradójica, así como la subordinación de este derecho a la libertad de empresa como solución legal. Excepcionalmente, a propósito de la determinación del beneficiario de la asignación económica por hijo a cargo derivada de un mismo causante, el Real Decreto 1335/2005, de 11 de noviembre, por el que se regulan las prestaciones familiares de la Seguridad Social, afirma que si ambos progenitores adquieren la misma condición, el derecho a percibirla podrá ser reconocido a favor de uno de ellos de común acuerdo. Se presume, al respecto, que existe acuerdo cuando la asignación económica se solicite por uno de ambos posibles beneficiarios, aunque si no hay acuerdo “habrá de

estarse a las reglas que en cuanto a la patria potestad y guarda establece el Código civil” (artículo 11).

Los conflictos entre titulares se reconducen pues, al ámbito civil y en la legislación de Seguridad Social, pareciendo esta posición extrapolable a los derechos laborales ante el silencio de esta última normativa. En concreto, el artículo 11.2 LGSS dispone que en los casos de separación judicial, nulidad o divorcio, atribuye la asignación económica a quien tenga a su cargo al hijo o menor acogido, y en caso de ejercicio compartido de guarda y custodia por resolución judicial, se reconoce a cada uno de los progenitores en proporción al tiempo en que le haya sido reconocido la custodia del hijo o menor. Si bien esta disposición se excepciona para el caso de prestación económica de pago único por nacimiento o adopción de un tercer o sucesivos hijos y por parto o adopción múltiples, afirmando que por desacuerdo de los progenitores o adoptantes, será beneficiaria la madre; si bien cuando éstos no convivan será beneficiario el que tenga a su cargo la guarda y custodia del hijo.

La única previsión legal de confluencia entre titulares del derecho a conciliar, y no de conflicto, prescinde indebidamente del interés del bien jurídico protegido, al desviar la respuesta final al empresario. La concesión al empresario de la potestad de limitar el ejercicio de un derecho individual, sin contrarrestarla o condicionarla a través de la causa del derecho de conciliación, reduce la esfera jurídica de su titularidad. La posibilidad de que un derecho destinado a la conciliación de la vida laboral y familiar se sujete a la organización empresarial, determina un posible conflicto entre derechos constitucionales<sup>9</sup>.

---

9 Según Goñi, Sein Sierra Hernaiz: El empleo a tiempo parcial desde la perspectiva de género, Revista de Derecho Social 28/2004, por lo que se refiere a los cónyuges que trabajan para un mismo empresario, resulta criticable que se conceda al empresario la facultad de limitar el ejercicio simultáneo de estos dos trabajadores por razones justificadas de funcionamiento de la empresa, haciendo imposible un eficaz reparto de

En esta línea, la normativa catalana dispone que sólo está permitido el ejercicio simultáneo del derecho a conciliar por dos personas que prestan sus servicios en el sector público por razón de un mismo hecho causante, previa autorización, si lo solicitan de modo expreso los interesados y si no afecta al funcionamiento de los servicios (artículo 3 de la Ley 8/2006, de 5 de julio, de Cataluña). No se elimina por el legislador autonómico, la opción del empresario de decidir sobre la atribución del derecho cuando confluyan varios titulares, al requerirse su autorización, aunque entendemos que sólo podría denegarla si afecta al funcionamiento de los servicios. Por lo que hubiera sido conveniente imputar al empresario la prueba de que la concesión simultánea afecta a la organización empresarial, para la denegación del derecho a conciliar. Sin embargo, este criterio legislativo cambia en el supuesto de reducción de jornada a dos personas por el mismo hecho causante, permitiéndose sólo el ejercicio alternativo.

Aunque a efectos probatorios la prueba de las necesidades organizativas debe recaer exclusivamente en el empresario y no sobre quienes pretenden ejercer su derecho a conciliar, imponiéndoles la carga de demostrar que su ejercicio no plantea problemas organizativos a la empresa.

En realidad, la facultad legal del empresario de limitar el ejercicio simultáneo del derecho a conciliar implica la potestad de recortarlo, restringirlo o distribuirlo a su arbitrio sin atender a ninguna circunstancia personal o familiar. Para evitar que el poder de disposición del derecho a conciliar se transfiera a sujetos no titulares, y reducir simultáneamente las diferencias entre el sector público y privado, podía haberse previsto al menos la posibilidad de prorrateo

---

responsabilidades por la pareja.

entre los titulares, respetando el plazo del permiso para ejercer el derecho de conciliación. Si bien esta solución implica compartir el derecho de conciliación entre titulares con posibles desavenencias, dificultando un ejercicio óptimo del mismo.

No obstante, el conflicto entre titulares y ejercientes de los derechos de conciliación permanece como laguna legal al haberse regulado únicamente la confluencia “pacífica” de aquéllos. La traslación de la respuesta legal prevista para la concurrencia de varios titulares por el mismo hecho causante a las situaciones de conflicto, no parece adecuada desde el punto de vista jurídico, pues no se justifica convenientemente que el empresario o la Administración hayan entonces de ejercer como árbitros. Siendo el supuesto de hecho significativamente diferente al previsto por el legislador, no cabría interpretar analógicamente una norma restrictiva de un derecho constitucional.

Por lo que no parece posible aplicar a otros derechos de conciliación la previsión legal del permiso de lactancia y cuidado de familiares sobre la reducción del ejercicio simultáneo del derecho cuando varios titulares pretendan ejercitarlo en virtud de un mismo sujeto causante, en base a necesidades justificadas de organización de la empresa. Una aplicación analógica de ambas disposiciones para restringir las facultades de los titulares del derecho a conciliar, resulta discutible desde una perspectiva jurídica y constitucional.

Por esta razón, y ante los conflictos que puede plantear el ejercicio de los derechos de conciliación, parece incomprensible que el legislador no haya ofrecido ninguna pauta o directriz resolutoria de las desavenencias entre sus titulares. En principio, la conciliación como derecho constitucional individual, permite replantear la obligación legal de sus titulares de compartirlo o ejercitarlo de forma sucesiva, si no se prevén criterios de atención a las circunstancias

familiares o laborales que constituyen la base jurídica del derecho a conciliar. Al respecto, cabe reseñar el permiso de lactancia como un derecho que puede ejercitarse indistintamente por ambos progenitores, sin previsión legal alguna de las desavenencias entre los mismos (artículo 37.4 ET), ni de la posibilidad de que alguno de ellos se encuentre privado de la guarda legal. Por esta razón, la normativa catalana se muestra más satisfactoria al establecer que la opción ejercida por un progenitor o progenitora al iniciarse el período de permiso por maternidad en favor del otro progenitor o progenitora, a fin de que este goce de una parte del permiso, puede ser revocada en cualquier momento por aquél si acontecen hechos que hacen inviable su aplicación, como por ejemplo la ausencia, la enfermedad y accidente, o bien el abandono de la familia, la violencia u otras causas equivalentes, salvo que los tres últimos casos sean imputables al primer progenitor o progenitora.

En definitiva, la imprevisión legal de los conflictos entre titulares puede a su vez derivar en efectos discriminatorios al desvincularse de la causa jurídica del derecho de conciliación. Cabría entonces recurrir a los criterios generales de resolución de conflictos constitucionales como la ponderación y razonabilidad a través del bien jurídico protegible y la valoración de las circunstancias personales y familiares.

Ahora bien, la conflictividad entre titulares del derecho a conciliar puede desembocar en una confrontación entre derechos o principios constitucionales: el principio de igualdad y el principio de mérito. La alegación de derechos profesionales adquiridos basado en el principio de mérito como la antigüedad, frente a quienes reclamen o ejerciten un derecho de conciliación desde la igualdad, implica la necesidad de encontrar un punto de equilibrio entre ambos, a fin de evitar el sacrificio de uno de ellos. Aunque no siendo posible la compatibilidad entre el principio de mérito y el de igualdad o entre

los derechos derivados de uno y otro, se impone la atención al bien jurídico que ha de ser prioritariamente protegido en cada caso. En el supuesto de protección de menores, de la familia, de la salud, como causas conciliatorias difícilmente podría relegarse la tutela de estos bienes jurídicos por los derechos adquiridos a nivel profesional, si no se alcanzasen fórmulas satisfactorias para los titulares de ambos derechos.

El problema en los conflictos entre titulares de los derechos conciliatorios radica en la opción por soluciones colectivas o individuales. En el supuesto de atención al colectivo discriminado, la conflictividad habría de resolverse en beneficio del sexo femenino, aunque consideramos que también debe atenderse a las circunstancias del caso concreto, para evitar sujetos individualmente discriminados. En este sentido, aun cuando los padres en unidades monoparentales constituyen situaciones excepcionales, su tendencia al alza obligaría a valorar sus necesidades individuales en caso de conflicto con otros titulares para decidir sobre el ejercicio del derecho a conciliar. De este modo, aunque el colectivo discriminado no coincide con el sujeto potencialmente discriminado, sin embargo, como exige la LOIEMH debe evitarse toda discriminación basada en su ejercicio, en el supuesto de realidades inversas como la anterior.

No obstante, la resolución de los conflictos o decisiones empresariales y judiciales sobre conciliación se debaten entre la protección jurídica del colectivo discriminado o la defensa de sujeto desprotegido no perteneciente a estos sectores en un caso concreto. Este dilema jurídico tiende a plantearse a medida que avanza la asunción de la custodia compartida y la exigencia judicial de la corresponsabilidad. El impacto de género o la tutela individual como una doble opción que habría de “conciliarse” para que el Derecho cumpla con efectividad su función garantista.

Pero los conflictos jurídicos entre titulares del derecho a conciliar no pueden ser resueltos modo que agraven las desigualdades y la discriminación. Ni tampoco la atribución de la titularidad en caso de incertidumbre o imprevisión jurídica puede desconectarse de la causa legal de los derechos de conciliación.

Para la resolución de conflictos entre titulares del derecho a conciliar y para su atribución "prima facie", debe atenderse a las circunstancias familiares para evitar resultados discriminatorios. En este sentido, la citada STC 14 de marzo de 2011 se refiere a la necesidad de valorar antes de tomar una decisión judicial las concretas circunstancias personales y familiares del trabajador, el número de hijos, su edad y situación escolar, la situación laboral del cónyuge y la incidencia que la denegación del derecho de conciliación pueda tener para conciliar trabajo y familia. Los organismos deben ponderar si la organización del trabajo permite los cambios de horario sin poner su funcionamiento en dificultades.

## 2. LAS ACCIONES POSITIVAS EN TÉRMINOS DE IGUALDAD Y SU CONSTITUCIONALIDAD

En principio, la igualdad de trato entre hombres y mujeres no puede imposibilitar jurídicamente que en una situación de desigualdad real se recurra a medidas positivas para atenuar la discriminación existente. En esta línea, el artículo 1 de la LOIEMH tras reconocer que las mujeres y los hombres son iguales en derechos y deberes, admite la posibilidad de hacer efectivo el derecho de igualdad de trato y de oportunidades mediante la eliminación de la discriminación de la mujer<sup>10</sup>. Por lo que, a priori, parece factible la corrección de la

---

10 La Directiva 76/207 prevé la ausencia de toda discriminación por razón de sexo bien sea directa o indirectamente en lo que se refiere en particular al estado matrimonial o familiar.

desigualdad a través de medidas legales que incorporen una tutela diferenciada de las mujeres.

En concreto, el artículo 11 LOIEMH regula las acciones positivas sólo a favor de las mujeres como medidas específicas para corregir situaciones patentes de desigualdad de hecho respecto de los hombres, razonables y proporcionadas, con carácter facultativo en el ámbito privado. En consecuencia, mientras la titularidad de los derechos aparece atribuida a ambos sexos, las acciones positivas se muestran enfocadas a las mujeres en exclusividad con carácter general, y de un modo temporal mientras subsistan dichas situaciones, de modo que a medida que se asiente la igualdad, debe retraerse el recurso a las mismas. No obstante, esta posición legal prevista para el derecho de igualdad en términos generales no se ha prolongado expresamente a la conciliación como especie.

En efecto, la regulación concreta del derecho a conciliar no prevé específicamente acciones positivas para el sexo femenino, desviando de forma implícita al marco de las políticas la corrección de las desigualdades de las mujeres. Sin embargo, el artículo 14.8 LOIEMH dispone el establecimiento de medidas destinadas a la protección de la maternidad y al fomento de corresponsabilidad en las labores domésticas y en la atención a la familia (artículo 14.8 Ley de Igualdad).

Desde esta última perspectiva, la corresponsabilidad conecta con la conciliación abriendo la viabilidad de acciones positivas conciliatorias a favor del sexo masculino. Si bien para este último caso, no se han previsto limitaciones a las medidas que puedan adoptarse para implicar a los hombres en la corresponsabilidad, con objeto de asegurar su legalidad en los mismos términos que para las acciones positivas en beneficio de las mujeres. En efecto, la Exposición de Motivos de la Ley de Igualdad afirma que “en cuanto estas acciones puedan entrañar la formulación de un derecho desigual a favor de las

mujeres, se establecen cautelas y condicionamientos para asegurar su licitud constitucional”, mientras las acciones positivas a favor del sexo masculino aun no han sido objeto de una previsión similar para garantizar su constitucionalidad, con el consiguiente riesgo de incentivar la desigualdad en vez de reducirla.

La perspectiva de género en la conciliación aparece pues, confinada a las acciones positivas en beneficio de las mujeres, aunque como medidas excepcionales, sin prolongación al derecho mismo de conciliación. Sin embargo, la finalidad de fomento de la corresponsabilidad incardinada en el derecho de conciliación no sólo contribuye a generalizar el recurso a las acciones positivas sino que, paralelamente, parece permitir el acceso de los hombres a medidas hasta ahora reservadas al sexo femenino. La pretensión del legislador de implicar a los hombres en las responsabilidades familiares desvía hacia el sexo masculino medidas en origen destinadas a las mujeres por su condición de sujetos realmente discriminados.

A raíz de la posibilidad de acciones positivas a favor de los hombres, casualizadas en la idea de corresponsabilidad se replantea su auténtica finalidad dirigida a los sujetos efectivamente discriminados. La admisión de acciones positivas destinadas al sexo masculino no encaja en su visión como colectivo discriminado en el ámbito doméstico y de la conciliación. La penetración de la corresponsabilidad en el marco de la conciliación quiebra el enfoque habitual de las acciones positivas en defensa de los sujetos discriminados, con el riesgo de colisionar con la defensa de estos últimos, si su ampliación al sexo masculino agrava la discriminación de las mujeres.

En términos comparativos, la discriminación que soportan las mujeres desde el punto de vista de la conciliación no presenta similitud alguna con la voluntariedad en el incumplimiento de

obligaciones familiares de los hombres. La discordancia entre los sujetos tutelados por los derechos de conciliación y los sujetos de las acciones positivas plantea el riesgo de efectos discriminatorios. Las acciones positivas a favor del sexo masculino deben ser objeto de especiales cautelas para evitar la superposición de discriminación a la ya existente entre ambos sexos.

El impulso de la corresponsabilidad del colectivo masculino a través de acciones positivas debe mantener un equilibrio paralelo al desarrollo de los derechos de conciliación normalmente enfocados al sexo femenino. Si los titulares de acciones positivas difieren de aquéllos a quienes se confiere la titularidad del derecho a conciliar, resulta necesario analizar el impacto de género de aquéllas medidas. El fomento de la corresponsabilidad sin que simultáneamente se desarrolle el derecho a conciliar la vida laboral y familiar o personal, puede producir efectos contraproducentes.

Las consecuencias discriminatorias de acciones positivas a favor de sujetos no discriminados reclaman un planteamiento constitucional de la problemática derivada de los conflictos entre titulares de dichas medidas y de los derechos de conciliación. Esta situación no es una mera hipótesis, sino que se ha planteado a raíz del Decreto vasco 118/2007, de 17 de julio, de conciliación de la vida laboral y familiar, y en concreto, las referidas a las ayudas económicas para las personas trabajadoras que se acojan a excedencia o reducción de jornada de trabajo para el cuidado de hijos e hijas, por sus posibles efectos discriminatorios. Por esta razón, el Anteproyecto de Ley de Igualdad de Trato que ha quedado pendiente de aprobación, prevé que las medidas de acción positiva deberán atender a la concurrencia de las diferentes causas de discriminación, y su incumplimiento cuando derivan de obligaciones normativas o convencionales, se considera como vulneración del derecho a la igualdad (artículo 4).

Desde esta perspectiva, se observa un riesgo de desnaturalización de las acciones positivas como instrumento de corrección de las desigualdades de hecho que soportan las mujeres y para combatir la discriminación. Las acciones positivas no se adecuan a la posición del hombre en las relaciones base de la conciliación porque difícilmente pueden considerarse como un colectivo discriminado en la esfera laboral o familiar. Cuestión diversa es la necesidad de fomentar la integración del sexo masculino en la vida familiar, aunque las medidas destinadas al efecto no deberían calificarse entonces como acciones positivas.

La pretensión legal de implicar a los hombres en las responsabilidades familiares a través de acciones positivas no se adapta fielmente al espíritu de estas medidas. La autoexclusión de las obligaciones familiares en modo alguno puede equipararse con una situación discriminatoria. Las acciones positivas sólo vendrán justificadas si efectivamente se dan circunstancias sociales discriminatorias y resultan patentes; en tales supuestos la consecuencia correctora vendrá constitucionalmente justificada aunque debe ser objeto de revisión continua para comprobar que pervive la desigualdad real que la justificó. La actuación de los poderes públicos para remediar la situación de determinados grupos sociales por características del sexo y colocados en situación de innegable desventaja no puede considerarse vulneradora del principio de igualdad.

Así se infiere de la Jurisprudencia constitucional, legitimadora de las acciones positivas sólo a favor del sexo femenino hasta la fecha por la discriminación y desigualdad real que les afecta. En particular, la STC128/1987 admite la actuación de los poderes públicos para remediar la situación de determinados grupos sociales definidos entre otras características por el sexo y colocados en posiciones de innegable desventaja en el ámbito laboral, considerando que no

puede considerarse vulneradora del principio de igualdad aun cuando establezca para ellas un trato más favorable, pues se trata de un tratamiento distinto a situaciones efectivamente distintas. Esta posición judicial se reitera en la STC 28/1992 confirmando que la prohibición de discriminación por razón de sexo permite la existencia de medidas singulares a favor de la mujer que traten de corregir una situación desigual de partida, como son las medidas de acción positiva.

Pero la corresponsabilidad y progresiva normalización de la conciliación de la vida laboral y familiar o personal deben contribuir a reducir las acciones positivas en este campo. Entretanto, la denominada realidad inversa puede justificar la adopción de medidas excepcionales para impulsar la corresponsabilidad a favor de los hombres. Aunque en el estadio actual, las acciones positivas a favor del colectivo masculino deben realizarse con cautelas para no contrarrestar la eficacia de los derechos de conciliación ni las acciones positivas adoptadas para corregir la discriminación del sexo femenino<sup>11</sup>.

No obstante, la extensión a los hombres de ciertos derechos de conciliación con objeto de incentivar su corresponsabilidad, presentan un componente de acción positiva, pues tratan de corregir el desequilibrio en la vida doméstica. Como en los derechos de

---

11 En este sentido, Salvador Martínez, M., *Las medidas de acción positiva. Principio de igualdad y derechos fundamentales...*, cit., págs. 305 y 306, considera que las acciones positivas a favor de las mujeres puede quebrar en ciertos ámbitos sea porque ya se ha alcanzado la igualdad o porque concurre la realidad inversa; AA.VV., (Dir. Sánchez Trigueros/Sempere Navarro), *Comentarios a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres*, señalando que las acciones positivas pueden adoptarse a favor de las mujeres pero el presupuesto de la acción positiva puede quebrar en ciertos ámbitos porque se haya alcanzado la igualdad o porque concorra realidad inversa. El Tribunal Luxemburgo admite que las acciones positivas están enfocándose en la actualidad a favorecer al sexo menos representado y no necesariamente al sexo femenino.

conciliación relacionados con la maternidad atribuidos al sexo masculino, que podrían encuadrarse dentro del marco de acciones positivas encubiertas. En estos supuestos, el impulso legal de la corresponsabilidad no puede derivar en un ejercicio fraudulento de los derechos de conciliación, ajenos a su causa jurídica.

Pero la confusión entre el derecho a conciliar la vida laboral, familiar o personal y a las medidas de conciliación, a su vez propicia la indistinción entre el derecho y las medidas positivas. En efecto, cualquier medida conciliatoria atípica diversa de los derechos de conciliación regulados legalmente (como las que integran los planes de igualdad según el artículo 46 LOIEMH) podría considerarse una acción positiva, considerando que si tienden a alcanzar la igualdad, simultáneamente contribuyen a corregir situaciones de desigualdad de hecho en los términos del artículo 11 LOIEMH. Al margen de que las acciones positivas tienden a concretarse en determinados derechos conciliatorios y en los subderechos o facultades derivados del ejercicio de los mismos, como el artículo 60 LOIEMH que atribuye preferencia en la adjudicación de plazas para participar en los cursos de formación tras el ejercicio de los permisos de maternidad y paternidad y de excedencia por guarda legal y atención a dependientes o discapacitados.

Las acciones positivas deben pues, enfocarse al impulso de los derechos conciliatorios con objetivos diversos como mantener la vinculación con el mercado de trabajo, la promoción profesional, reservar el puesto de trabajo o potenciar los que se encuentren infrautilizados. Como también las acciones positivas pueden permitir el desarrollo de los derechos de conciliación en aquellos sectores laborales o profesionales más retrasados en prácticas conciliatorias o la aproximación entre colectivos de titulares.

De modo que las acciones positivas no pueden entenderse como medidas disgregadas por sexos, sino por sectores laborales o profesionales, como derechos preferentes dentro del mismo colectivo; incluso de carácter fiscal (bonificaciones, deducciones...) por la contratación de titulares del derecho a conciliar o haber ejercitado derechos conciliatorios; por la prestación de servicios (reserva de plaza en guarderías o ampliación de horarios en centros educativos). Aunque estas acciones positivas suelen adoptarse en el sector público, también deberían tratar de vincular a las empresas y no dejarse a la discrecionalidad de las personas jurídicas privadas como dispone el artículo 11 LOIEMH. A pesar de esta disposición, las acciones positivas como medidas adoptables por los poderes públicos para corregir situaciones de desigualdad de hecho, no tienen que limitarse por al ámbito público sino que pueden comprometer a los empresarios en la consecución de esta finalidad. En todo caso, el riesgo de discriminación intrínseco a las acciones positivas obliga a un control de constitucionalidad de estas medidas a través de una perspectiva de género y la evaluación del impacto en ambos sexos.

### 3. CONTENIDO Y LÍMITES DEL DERECHO DE CONCILIACIÓN

#### 3.1. Contenido normativo.

##### 3.1.1. Desde una perspectiva constitucional: su contenido esencial.

Inicialmente, conviene precisar el contenido esencial de la conciliación como derecho constitucional, considerándose como un núcleo irreductible a salvo de las injerencias del legislador y empresarios con objeto de que este derecho quede a expensas de vaivenes legislativos y de la autonomía privada.

En principio, la conversión del derecho a conciliar en múltiples derechos laborales propicia la desnaturalización de su esencia constitucional. Particularmente, la remisión de la LOIEMH a la

normativa laboral, de Seguridad Social y a la autonomía privada, afecta negativamente al intento científico de acotar un contenido esencial al derecho de conciliación. La descategorización de la conciliación como derecho constitucional menoscaba la convicción jurídica sobre la existencia un núcleo intangible como garantía del derecho a conciliar. Así como la indeterminación del contenido de este derecho y su discrecionalidad, derivada de la libertad empresarial y de los convenios colectivos, sin la previsión de límites legales, obstaculiza la concreción de un núcleo intangible.

Paralelamente, la disgregación de la conciliación en múltiples derechos cuestiona a su vez la fragmentación del contenido esencial y su posible individualización a propósito de cada uno de éstos. No obstante, con independencia de un denominador común a los derechos de conciliación, esta garantía constitucional permitiría replantear la licitud de los condicionantes y requisitos legales impuestos al ejercicio o titularidad de ciertos derechos restrictivos de los mismos. Admitiéndose que determinadas condiciones o exigencias legislativas impuestas particularizadamente para el ejercicio de estos derechos conciliatorios, pueden estar vulnerando su núcleo esencial. En los supuestos en que se imposibilite la finalidad causal del derecho concreto de conciliación por restricciones de su ámbito subjetivo u objetivo se estaría vulnerando el contenido esencial.

La causa de la conciliación en su vertiente de finalidad del derecho determina la adecuación al contenido esencial, y excluye efectos discriminatorios. La aplicación de una norma que produzca discriminación o un trato desigual sin justificación o razonabilidad desvirtúa el contenido esencial.

La aplicación de las disposiciones sobre igualdad exige una valoración de su constitucionalidad y el núcleo intangible de las mismas obliga a

tener en cuenta el riesgo de discriminación indirecta. De modo que el contenido esencial también puede vulnerarse por el trato desfavorable que produce una norma aparentemente neutra. Por otra parte, la causa del derecho/s a conciliar enlaza con los bienes jurídicos protegibles, como elementos que determinan el núcleo esencial, y cuya desprotección por la norma conciliatoria permite concluir en la privación de esta garantía constitucional.

En suma, la proyección constitucional de los derechos de conciliación obliga a salvaguardar su contenido esencial cuando se restringe su ámbito aplicativo a través de presupuestos o requisitos injustificados. En este sentido, las leyes o normas que impidan el ejercicio de estos derechos en base a presupuestos insostenibles desde el punto de vista constitucional, colisionan con su contenido esencial.

### 3.2. A través de la regulación específica aplicable.

#### 3.2.1. Indeterminación del contenido típico.

El derecho a conciliar la vida laboral y familiar o personal presenta un contenido indefinido, abierto, modelable, no tasado en la LOIEMH que permite cuestionar la admisibilidad jurídica de derechos atípicos de conciliación. Desde el punto de vista teórico, según la previsión legal del derecho y la regulación de su contenido, cabe distinguir entre derechos típicos y atípicos de conciliación. No obstante, el problema se plantea respecto de la aceptación jurídica de derechos atípicos de conciliación, no previstos por el legislador o que difieren en ciertos aspectos de los regulados.

#### 3.2.2. La admisión de los derechos atípicos de conciliación.

En principio, la admisión de derechos de conciliación atípicos no aparece cercenada por la legalidad vigente, considerando que el artículo 44 de la LOIEMH no predispone una lista cerrada o taxativa de los derechos de conciliación al señalar que se “reconocerán en

forma que fomenten la asunción equilibrada de responsabilidades familiares, evitando toda discriminación basada en su ejercicio”. Se infiere a través de esta norma la viabilidad de derechos y medidas negociales o legales, no reconocidas de presente para responder al objetivo de corresponsabilidad familiar. Aunque también, paralelamente, el carácter abierto, dinámico, evolutivo y actualizable del derecho de conciliación justifica su atipicidad, por la necesidad de renovarlo ante el eventual fracaso o infrautilización de los previstos legalmente.

De otra parte, también puede producirse un contraste entre la regulación de un derecho en un determinado sector laboral o profesional y su atipicidad en otro ámbito, planteando la posible traslación de derechos típicos a un marco en el que carecen de reconocimiento legal. Desde esta perspectiva, la desadaptación de un derecho típico de conciliación a las necesidades familiares o personales de un trabajador o empleado en un caso concreto, puede propiciar la reclamación de un derecho atípico que, sin embargo, goza de un respaldo legal en otro sector profesional o laboral.

Otro de los factores que incentivan la atipicidad radican en los frecuentes y numerosos condicionantes impuestos al ejercicio de los derechos de conciliación por el legislador o la negociación colectiva. Estas restricciones al ejercicio de un derecho constitucional habrían de fundamentar la admisión de la atipicidad, siquiera sea judicial en última instancia, dentro del campo de la conciliación.

Asimismo, la configuración legal de la conciliación como derecho dispositivo cuyo contenido se diseña a través de los planes de igualdad y convenios colectivos, permite considerar a priori este derecho como atípico. El legislador ha optado por la configuración del derecho a conciliar en los centros de trabajo y las empresas, sin un contenido predeterminado, mediante normas o medidas en

blanco. En esta línea, el artículo 46 LOIEMH, dispone que los planes de igualdad deben contener la materia de conciliación laboral, personal y familiar, con la posibilidad de que las empresas incorporen las medidas o derechos que estimen convenientes, incluso “acciones especiales adecuadas respecto a determinados centros de trabajo”.

El carácter facultativo con que se configura legalmente el derecho de conciliación mediante la dejación de su contenido a la autonomía privada de cada empresa, confirma la postura legislativa favorable a la atipicidad de este derecho. Por su parte, la Jurisprudencia también excepcionalmente contribuye a esta vertiente atípica a través de una interpretación extensiva y la novación judicial de los derechos de conciliación para la adecuación a las circunstancias individuales de los trabajadores y empleados.

En particular, el artículo 51 de la LOIEMH otorga a la Administración un derecho a facilitar la conciliación y al establecimiento de medidas que garanticen la igualdad en el marco funcional. La discrecionalidad administrativa en materia conciliatoria confirma que al margen de los derechos típicos de conciliación, existe una permisividad legal respecto de otros derechos que puedan surgir de la negociación con los representantes de personal al servicio de la Administración. De igual modo, el artículo 64 prevé un Plan para la Igualdad cuyo contenido en cuanto a la conciliación no se halla predeterminado y que, en última instancia, depende de la negociación colectiva.

La imposibilidad de precisar a priori los acuerdos adoptados sobre el derecho de conciliación en los convenios colectivos imprime atipicidad a este derecho, concediendo a las empresas la potestad de asumir medidas para promover condiciones de igualdad entre hombres y mujeres dentro de la normativa laboral (artículo 73 LIEMH). Incluso, se prevé la anteposición de estos acuerdos a la normativa aplicable sobre excedencias, reducciones de jornada,

permisos u otros beneficios y derecho a vacaciones en fecha distinta de incapacidad temporal derivada de embarazo, parto o lactancia natural, con el fin de proteger la maternidad y facilitar la conciliación de la vida personal, familiar y laboral (artículos 56 y 59 del citado texto legal). Desde esta perspectiva, puede fundamentarse la primacía de los derechos atípicos procedentes de la autonomía privada sobre los derechos típicos legales, al mejorar incluso, las previsiones legales. Sin embargo, el problema se plantearía respecto a la admisibilidad de derechos atípicos de conciliación que reduzcan la protección jurídica conferida por los derechos regulados ex lege, adentrándose en el campo de su posible inconstitucionalidad.

No obstante, la atipicidad también se extiende a las acciones positivas en los términos del artículo 43 LOIEMH para favorecer el acceso de las mujeres al empleo y la aplicación del principio de igualdad de trato y de no discriminación. La necesidad de evaluar el impacto de las medidas y acciones positivas en el campo de la conciliación, las estrategias de los planes de igualdad y de las políticas y el seguimiento y evaluación de los objetivos fijados impide, en suma, cerrar el mapa de los derechos de conciliación.

Por tanto, la legalidad vigente se muestra permisiva a derechos atípicos de conciliación al no haberse fijado con carácter general un contenido mínimo o unos parámetros que deban observarse para no aminorar los beneficios conferidos. De modo que el principio de autonomía de la voluntad puede generar derechos de conciliación no previstos legalmente o configurarlos con un contenido que se aparte de la ley. Aunque en tales casos, puede reducirse el ámbito objetivo y subjetivo de la legalidad vigente, cuestionándose entonces esta atipicidad por constituir una aplicación restrictiva de las normas. La problemática inherente a la atipicidad radica pues, en los acuerdos o convenios colectivos que reforman la legalidad "in peius", al no

haberse previsto límites a la libertad contractual en el ámbito laboral o administrativo.

La autorregulación predominante en el campo de los derechos de conciliación y su dejación a expensas de la autonomía privada sin ningún límite legal explícito, genera sin duda un riesgo de retroceso basado en la admisión de la atipicidad. Resulta particularmente discutible al respecto, la normativa catalana de conciliación por declarar expresamente que los convenios colectivos puede transfigurar la ley en un simple principio orientador. La primacía de la autonomía privada sobre la ley, con el riesgo de que la negociación colectiva incorpore incluso, medidas menos ventajosas para los trabajadores o empleados, afecta a la protección jurídica de este derecho constitucional.

Finalmente, otra manifestación de la atipicidad resulta de las diferencias entre la legislación estatal y autonómica por la incorporación a esta última de derechos no tipificados a nivel nacional. Así, cabría considerar como derechos de conciliación de última generación, los previstos por el legislador autonómico como la ampliación del horario de apertura de centros públicos para atender a las necesidades de la familia que lo precisen (artículo 7 Ley 9/2003, de 2 de abril de la Generalitat Valenciana para la Igualdad entre Mujeres y Hombres); ampliar la red pública de escuelas infantiles y guarderías laborales en las empresas o prestaciones económicas equivalentes en los periodos extraescolares para descendientes menores de tres años); medidas de la administración sanitaria para aliviar carga de trabajo derivada del cuidado de personas con problemas de salud que se realiza en el ámbito doméstico de forma no remunerada y mayoritariamente por mujeres (artículo 44 Ley Vasca 4/2005, de 18 de febrero para la Igualdad de Mujeres y Hombres); derecho a elección del periodo de vacaciones a favor de mujeres gestantes y preferencial de mujeres y hombres con hijos

menores de seis años y mayores dependientes a su cargo (ley 7/2004, de 16 de julio, para la Igualdad de Mujeres y Hombres de Galicia). Aunque la calificación misma de la atipicidad tropieza con la imposibilidad de distinguir entre derechos y medidas en la normativa estatal y autonómica y en general, entre las fuentes del derecho a conciliar.

Desde un punto de vista jurisprudencial, la STS de 18 de junio de 2008, “no cabe tampoco, como se advertía al comienzo de este razonamiento, elaborar a partir de la Ley 39/1999 de 5 de noviembre sobre Conciliación de la Vida Laboral un nuevo catálogo de derechos, al arbitrio de una de las partes, pues como bien ha tenido oportunidad el legislador con el transcurso del tiempo desde la entrada en vigor de la citada Ley, al promulgar la Ley Orgánica 3/2007 de 22 de Marzo, para la Igualdad efectiva de mujeres, ha configurado una nueva expectativa que no coincide exactamente con la pretensión configurada por la demandante... pues sería tanto como asumir los órganos Judiciales, funciones legislativas, es el legislador quien debe hacerlo, reformando las artículos necesarios del E.T, lo que hasta la fecha no ha querido”.

### 3.3. Límites del derecho a conciliar la vida laboral y familiar

La sistematización de los límites al derecho de conciliación permite diferenciar entre límites genéricos a través del abuso del derecho y la buena fe; intrínsecos basados en el cumplimiento de deberes familiares o la negociación colectiva; o extrínsecos como la libertad de empresa y organización, que son objeto de desarrollo a continuación

### 3.4. De carácter general: el abuso del derecho y el fraude. La fuerza mayor.

La escasa cultura sobre la conciliación asocia el ejercicio de este derecho al abuso y la mala fe, obstaculizando su percepción como connatural a la superposición de responsabilidades laborales y familiares. Las reticencias y suspicacias que suscita el derecho a conciliar han convertido la excepción en regla general, de modo que parece presumirse el abuso y la conveniencia personal sobre la necesidad intrínseca a su ejercicio.

En efecto, el recurso al derecho de conciliación genera en el ámbito laboral la equívoca impresión de que el titular pretende satisfacer intereses personales y egoístas, cuando su pretensión legítima consiste únicamente en atender necesidades familiares o personales. Desde esta perspectiva, los trabajadores que esgrimen el argumento de la conciliación se enfrentan al imperioso deber de demostrar la ausencia de abuso o mala fe, sin que la buena fe se presuma, obstaculizándose así el ejercicio natural de este derecho. En consecuencia, los derechos de conciliación tienden a reducirse a facultades excepcionales que impide su generalización, limitándose a supuestos de fuerza mayor o grave necesidad. En este sentido, la Directiva 2010/18/UE del Consejo, de 8 de marzo de 2010, por la que se aplica el Acuerdo Marco sobre Permiso Parental, prevé que los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para autorizar a los trabajadores a ausentarse del trabajo por motivos de fuerza mayor vinculados a asuntos familiares urgentes en caso de enfermedad o accidente que hagan indispensable la presencia inmediata del trabajador.

En nuestra opinión, los límites del abuso del derecho y la buena fe deben ser interpretados con cautela para evitar comprimir más aun el uso legítimo del derecho a conciliar la vida laboral y familiar o

personal. A diferencia de la naturalidad con que se ejercitan y admiten otros derechos, los derechos laborales de conciliación parecen estigmatizados con la idea de que no son inexcusables y por tanto, suponen un incumplimiento de las obligaciones laborales. De otra parte, las tensiones que puede generar en el círculo laboral la reclamación o la mera solicitud del derecho a conciliar, no sólo con el empresario o empleador sino con otros trabajadores o compañeros de profesión, dificulta severamente su ejercicio. El temor a reclamar el derecho de conciliación procede del riesgo implícito a que se comprenda como una actitud abusiva e insolidaria del trabajador o empleado.

No obstante, la Jurisprudencia ha sido cauta en la aplicación de este límite a la conciliación mediante una visión excepcional del abuso<sup>12</sup>. Aunque evidentemente este límite afecta mayoritariamente al colectivo femenino, por sus superiores necesidades de conciliar, enfrentándose en solitario al deber de demostrar la ausencia de fraude y abuso.

Ahora bien, cuando se trata de conferir derechos de conciliación a los hombres para fomentar la corresponsabilidad, el legislador no se detiene en su ejercicio fraudulento ni si se utilizan para un fin diverso al de la asunción de obligaciones familiares. No se dispone con carácter general un límite legal que obligue a destinar el ejercicio de los derechos de conciliación, permisos, licencias, ayudas o subvenciones, efectivamente a conciliar.

---

12 Destaca la STSJ de Madrid de 27 de junio de 2007, considerando que es cierto que la propia norma admite la posibilidad de existencia de discrepancias surgidas en la concreción horaria, y que según reiterados pronunciamientos judiciales esta concreción debe de estar presidida por los principios de la buena fe sin causar arbitraria y caprichosamente alteraciones o perjuicios innecesarios en la organización y distribución del trabajo que afecten al empresario y compañeros.

El ejercicio de estos derechos por el sexo masculino, aun en el caso de que se desentiendan de su finalidad causal, no se acompaña de sanción alguna ni siquiera se percibe legalmente como abuso jurídico. Parece cuando menos curiosa, la relajación de la necesidad de acreditar el fin de corresponsabilidad a favor de los hombres como sería conveniente al solicitar ciertos permisos o licencias, a pesar de que concurran circunstancias familiares o judiciales que les impiden atender el cuidado de los hijos. De modo que la corresponsabilidad se convierte en un medio que justifica el fin de la conciliación, aun cuando pueda ejercerse fraudulentamente. La imprevisión legal de medidas sancionadoras o de contención del abuso del derecho a conciliar posibilitan el fraude, especialmente cuando ni siquiera se pueden cumplir las obligaciones familiares por no haber convivencia ni relación alguna con los sujetos causantes del derecho<sup>13</sup>.

#### 4. LOS DEBERES FAMILIARES COMO LÍMITES INTRÍNSECOS.

El cumplimiento de los deberes familiares y la protección jurídica de los menores actúan como límites intrínsecos al derecho de conciliación, aunque conviene exponer algunas observaciones al respecto.

En principio, desde esta perspectiva, se comprueba una manifiesta descoordinación entre la normativa civil y laboral o funcionarial en la consideración y deslinde de los deberes familiares. En el ámbito civil, las obligaciones familiares se reducen a los hijos mientras en el marco laboral los sujetos causantes del derecho a conciliar se amplían a ascendientes, familiares dentro del segundo grado de

---

13 Vid., Altés Tárrega, J.: Los permisos retribuidos en caso de nacimiento de hijo y circunstancias familiares de fuerza mayor: una reflexión sobre las relaciones entre el art. 37.3b) ET y la maternidad biológica, *Actualidad Laboral*, pág. 71, al afirmar que surge la cuestión del posible abuso del derecho en que incurre el trabajador que alega un motivo al efecto y dedica el tiempo a finalidad bien diversa.

consanguinidad o afinidad y mayores. El concepto restrictivo del deber de alimentos limitado a satisfacer aspectos económicos, no coincide con la necesidad real de atender y cuidar a determinados familiares. Dentro de este ámbito del derecho privado, también resulta incoherente que el deber civil de ayudar y socorrer al cónyuge no se acompañe de la posibilidad de ejercitar un derecho de conciliación en la esfera laboral para su atención en circunstancias graves.

Sin embargo, aun reconociéndose en la legislación laboral la necesidad de cumplir con obligaciones familiares como sustrato de los derechos de conciliación, paradójicamente no se admite un derecho del trabajador a ausentarse del trabajo por el tiempo indispensable para atender deberes inexcusables privados, sino sólo de carácter público y personal (artículo 37.3 ET). Esta normativa laboral puede contravenir la Directiva 2010/18/UE, del Consejo sobre Acuerdo Marco sobre Permiso Parental, al disponer que los Estados miembros adoptarán medidas necesarias para autorizar a trabajadores a ausentarse del trabajo por motivos de fuerza mayor vinculados a asuntos familiares urgentes en caso de enfermedad o accidente.

Entre los fines causales de los derechos de conciliación previstos en la legislación laboral y administrativa destaca pues, su destino al cumplimiento de las obligaciones familiares. Por lo que “a sensu contrario”, la denegación del derecho a conciliar sólo debería fundamentarse en su desvío respecto del cumplimiento de las responsabilidades familiares. La conexión entre el uso del permiso y los fines para lo que se concede obliga al solicitante a desempeñar los cuidados y atenciones familiares objeto del derecho de conciliación. Aunque también, desde esta perspectiva, cabe plantear la posibilidad de reclamar el derecho a conciliar al margen incluso de los cánones legalmente establecidos, cuando las previsiones legales no se

adaptan fielmente a las necesidades familiares del trabajador o empleado<sup>14</sup>.

Respecto de los conflictos entre límites del derecho a conciliar la vida laboral y familiar o personal, destaca el riesgo de colisión de la protección de la familia y la libertad de empresa. En principio, no cabe alegar la primacía del derecho constitucional a la libertad empresarial sobre la tutela de la familia, menores o mayores. En particular, la protección de la familia como principio rector de las políticas ha alcanzado la consideración de principio general del derecho, informador del ordenamiento jurídico, y por tanto, valor de fuente del derecho. La transversalidad de este principio jurídico permite incluso, su anteposición a la libertad de empresa cuando al ponderar el conflicto no es posible la armonización entre ambos. En especial, tratándose de obligaciones familiares que pueden generar responsabilidad y que, por tanto, resultan inexcusables o bien calificables como de fuerza mayor, su relevancia jurídica resulta capaz de limitar la libertad empresarial. Pero también en estos supuestos, el cumplimiento de deberes familiares puede sobreponerse a la letra de la ley y al carácter taxativo o cerrado de las causas conciliatorias, que impiden en situaciones graves o imprevistas legalmente una cobertura jurídica eficaz de la familia o de los menores. Esta razón parece haber determinado la futura reforma de la Ley de Pensiones para atender la problemática de los

---

14 El Tribunal Supremo en su Sentencia de fecha 11/12/2001 ya afirmaba que los supuestos de jornada reducida por guarda legal, que tienden a proteger no sólo el derecho de los trabajadores a conciliar su vida laboral y familiar para mejor cumplir con los deberes inherentes a la patria potestad que enumera el artículo 154.1 del Código Civil, sino también el propio interés del menor a recibir la mejor atención posible. De ahí que el Tribunal Supremo haya señalado que "en la aplicación de las reducciones de jornada que establece el artículo 37.5 del Estatuto de los Trabajadores, ha de partirse de la base de que tal precepto forma parte del desarrollo del mandato constitucional (artículo 39 de la Constitución que establece la protección a la familia y a la infancia. Finalidad que ha de prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa" (Sentencia 20/07/2000).

padres con hijos menores hospitalizados por enfermedades graves y las dificultades de conciliación que vienen padeciendo.

Por último, ni la legalidad ni los convenios colectivos pueden limitar u obstaculizar el cumplimiento de los deberes familiares por imprevisiones o lagunas, ni adoptar una posición restrictiva del derecho a conciliar la vida laboral y familiar. Más al contrario, deberían incorporar mejoras respecto de los mínimos legales, atendiendo a situaciones de mayor necesidad, especialmente en familias con menor capacidad conciliatoria, como las unidades monoparentales o con una problemática compleja.

## 5. EL DERECHO A LA LIBERTAD EMPRESARIAL.

La construcción jurídica de la conciliación como un derecho facultativo, desprovisto de coercibilidad legal obedece fundamentalmente a la presión de la libertad organizativa y empresarial en el ámbito de la autonomía privada. También la posibilidad de que una regulación férrea e imperativa sobre las empresas provoque un “efecto boomerang” en la contratación de mujeres, ha potenciado la superposición de aquel límite sobre el derecho mismo a conciliar. La afectación directa de la conciliación en el derecho constitucional a la libertad de empresa y en el poder organizativo o de dirección del empresario, ha contribuido, sin duda, a contener la respuesta jurídica del legislador y a mantener a salvo la esfera de acción de los empleadores. Desde esta perspectiva, la conciliación aparece como un derecho condicionado al requisito de un previo acuerdo con el empresario o que el derecho cuestionado haya sido reconocido en la norma convencional de aplicación, porque solo así, cabe que se lleve a cabo una adaptación de la jornada de trabajo en aras a una mejor coordinación de la vida familiar, personal, y laboral (sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 16 de noviembre de 2009)

Así pues, las cautelas legislativas para evitar intromisiones en el espacio empresarial justifican la voluntariedad de las medidas conciliatorias y de los planes de igualdad. La deficiente normatividad del derecho a conciliar la esfera laboral y familiar o personal, se fundamenta en el poder de la empresa para decidir la organización de sus recursos humanos. El contenido de los derechos de conciliación se confían pues, a las decisiones y acuerdos que se adopten en el marco empresarial. Por lo que las medidas de conciliación se presentan como una decisión unilateral o negociada de los empresarios respecto de su iniciativa y contenido.

La proyección de la libertad de empresa como límite de los derechos de conciliación se gesta en el Derecho comunitario a través de la Directiva 2010/18/UE, del Consejo, para la aplicación del Acuerdo Marco sobre Permiso Parental. En esta normativa se establece que los Estados Miembros podrán definir las circunstancias en que se permite que un empleador posponga la concesión del permiso parental por razones justificables relacionadas con el funcionamiento de la organización, permitiendo incluso acuerdos particulares para responder a las necesidades de funcionamiento y organización de las pequeñas empresas. Del mismo modo que las peticiones sobre cambios de horarios o regímenes de trabajo tras la reincorporación del permiso parental, se decidirán por los empresarios teniendo en cuenta sus propias necesidades y de los trabajadores (cláusula sexta). En el espacio nacional, las leyes de igualdad y conciliación ni siquiera imponen coercitivamente la elaboración, implantación y contenido de los planes de igualdad, salvo para las empresa de más de doscientos cincuenta trabajadores (artículo 45.5 Ley de Igualdad). Tampoco se obliga a los empresarios a incorporar derechos de conciliación, puesto que sólo se prevé legalmente que dichos planes contengan simples medidas y la fijación de objetivos y estrategias, sin que su incumplimiento apenas pueda provocar consecuencias jurídicas. En esta línea, el artículo 49 de la Ley de Igualdad, dispone

que el Gobierno establecerá medidas de fomento especialmente dirigidas a las pequeñas y medianas empresas que incluirá el apoyo técnico necesario para que incorporen planes de igualdad. Por lo que, en realidad, el sector empresarial en nuestro país aparece exento del deber de autorregulación del derecho a conciliar, exceptuando a las grandes empresas.

La consolidación de la libertad empresarial como límite de un derecho incipiente como la conciliación se manifiesta no sólo en el carácter potestativo de la iniciativa y elaboración de los planes de igualdad sino también de las materias que pueden incluirse en los planes de igualdad. Así, se establece simplemente a título indicativo que “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 hombres y mujeres, la conciliación laboral, personal y familiar y prevención del acoso sexual y del acoso por razón de sexo”. De modo que ni siquiera la conciliación se presenta como una materia obligatoria de los planes de igualdad y, menos aun, como un derecho fuera de los supuestos concretos regulados por la ley.

En consecuencia, los derechos de conciliación parecen ceder a favor de la libertad de empresa permaneciendo a merced de la política interna empresarial. El límite ejercido por la libertad de empresa sobre el derecho de conciliación provoca a su vez la disgregación entre los sectores público y privado. Así, mientras en el ámbito privado se elude la exigencia de un deber de conciliación a los empresarios, en la esfera pública la Administración aparece legalmente obligada a facilitar la conciliación. Este tratamiento diversificado del derecho a conciliar según el sector público o privado donde pretenda ejercerse, sólo puede fundamentarse en el vigor jurídico de la libertad de empresa como límite. Por esta razón, la

protección de los empleados públicos y funcionarios en el ejercicio de sus derechos de conciliación respecto de los trabajadores en el marco laboral, se debe a una regulación más coercitiva sin injerencias de la libertad empresarial.

Paralelamente, la conciliación como manifestación del derecho a la igualdad se integra en el campo de la responsabilidad social, como un concepto desprovisto de normatividad. Como conjunto de medidas económicas, comerciales, laborales, asistenciales o de otra naturaleza, destinadas a promover condiciones de igualdad entre las mujeres y hombres en el seno de la empresa, la responsabilidad social implica la ausencia de un deber de conciliar por parte de los empresarios. Este criterio se manifiesta por la inexistencia de límites a la libertad empresarial salvo en la fase extintiva de la relación laboral, donde el legislador incorpora una presunción de discriminación en los despidos por embarazo y parto, ni siquiera extensible a la discriminación del empresario por la asunción de obligaciones familiares.

En suma, a través de la libertad de empresa, no se infiere una auténtica voluntad del legislador de imponer la conciliación como derecho en el ámbito laboral. Parece predominar la convicción legal de que una excesiva rigidez en la exigibilidad y aplicación del derecho a conciliar puede volverse en contra de los intereses de las trabajadoras. Aunque en el fondo, el desmesurado respeto a la autonomía privada y a la libertad contractual sin imponer a los empresarios una obligación genérica de facilitar la conciliación, salvo causa justificada, obedece a razones estrictamente económicas. La reducida cobertura pública del coste de los derechos de conciliación ha influido en la privación de obligatoriedad dentro del ámbito empresarial.

Desde una perspectiva legal, la organización interna de la empresa se muestra infranqueable incluso, para un derecho constitucional con un nivel superior de protección como la igualdad. Las necesidades empresariales fundamentan la denegación del derecho a conciliar la vida laboral y familiar o personal, reforzando el poder de dirección del empleador. Esta posición, sin embargo, impide la consolidación plena de la conciliación en el marco laboral al relajar su exigibilidad como derecho constitucional.

En esta línea, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 21 de mayo de 2008, establece que “de los preceptos legales mencionados únicamente se deduce el derecho a reducción de jornada pero no a la elección de horarios, pues ello sería tanto como negar el poder de dirección de la misma y el "ius variandi" empresarial, habiéndose negado la actora al cambio de puesto de trabajo ofrecido pretendiendo conseguir de forma caprichosa el puesto que exigía, "arrogándose un derecho de permanencia en el puesto de dependiente que no tiene reconocido ni legal ni convencional ni contractual mente”.

No obstante, la Jurisprudencia ha amortiguado la libertad de empresa, reduciendo su ámbito aplicativo como límite del derecho a conciliar. El argumento para denegar la conciliación basado en el hecho de incomodar “en exceso” a la empresa, viene reemplazándose por la exigencia de una necesidad organizativa imperiosa. Los órganos judiciales contribuyen a limitar la libertad de empresa como “límite” al derecho de conciliación, reduciéndola a los supuestos de absoluta necesidad empresarial y no de mera incomodidad. Del mismo modo que suelen reinterpretar la libertad empresarial en un sentido restrictivo, para impulsar la protección de la familia. Así, cabe citar la sentencia del Tribunal de 19 de noviembre de 2007, admitiendo en relación al artículo 37.5 ET, la existencia de “una aparente laguna legal, posiblemente dejada de propósito, con el fin de que se compatibilicen

los intereses del menor (y por tanto del padre o madre trabajadores), con las facultades empresariales de organización del trabajo. Es evidente que la forma de ejercicio del derecho por ambas partes puede ser determinante de que, en cada caso, proceda una u otra solución, según las circunstancias concurrentes".

Este planteamiento judicial tiende a armonizar la libertad de empresa con el cumplimiento de deberes familiares como causa conciliatoria. La organización empresarial no puede justificar la denegación del derecho a conciliar por causas imperativas de guarda legal con objeto de cumplir los deberes legales. La necesidad de un replanteamiento de las directrices empresariales como límite del derecho de conciliación, obliga a reducir su ámbito aplicativo a situaciones de absoluta necesidad del servicio o imposibilidad organizativa, y a relegar la libertad de empresa ante la obligación inexcusable del cuidado de menores y familiares. La organización empresarial no puede prevalecer a costa del derecho de conciliación para obstruir el cumplimiento de deberes familiares en base a argumentos inconsistentes, como las meras incomodidades en la planificación organizativa del empresario.

Desde esta perspectiva, la autorización previa del empresario para el ejercicio de los derechos de conciliación carece de sustento jurídico frente a la concurrencia de circunstancias legalmente exigibles basadas en el cumplimiento de obligaciones familiares. Como también debe rechazarse que al amparo de la libertad empresarial se proporcione cobertura legal a las conductas empresariales discriminatorias por razón de sexo.

En definitiva, la libertad empresarial no puede actuar como límite del derecho de conciliación privando, restringiendo, gravando o sancionando su ejercicio si imposibilita sus fines y produce efectos discriminatorios. Al margen del conflicto entre los derechos de

conciliación y libertad empresarial, también puede resultar implicado el derecho a la intimidad del trabajador o trabajadora en base a la facultades del empresario de adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento de las obligaciones y deberes laborales; así como verificar el estado de enfermedad o accidente alegado para justificar sus faltas de asistencia al trabajo.

En última instancia, corresponde al empresario acreditar la imposibilidad organizativa como argumento denegatorio del derecho a conciliar, de igual modo que se exige al trabajador la prueba de la necesidad familiar para el uso de permisos conciliatorios. Si bien la libertad empresarial como límite del derecho a conciliar impide prescindir de la dimensión constitucional de este último. No obstante, el actual panorama de estancamiento de la negociación colectiva, con una mayoría de convenios colectivos extinguidos, parecen viables como prevé la legalidad vigente el recurso a los acuerdos entre la empresa y los empleados para determinar el contenido de los derechos de conciliación, como fuente jurídica subsidiaria.

## 6. RESTRICCIONES DESDE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

La Exposición de motivos de la LOIEMH determina la función asignada a la negociación colectiva como instrumento para “promover la adopción de medidas concretas a favor de la igualdad en las empresas... para que sean las partes libre y responsablemente las que acuerden su contenido”. Este texto legal también extiende el ámbito de aplicación de la negociación colectiva al seguimiento de la evolución de los acuerdos sobre planes de igualdad por parte de las comisiones paritarias de los convenios colectivos (artículo 47) o al establecimiento de acciones positivas del derecho a conciliar mediante la negociación colectiva (artículo 43).

No obstante, los convenios colectivos alteran la naturaleza individual del derecho a conciliar, mediante su conversión en un derecho pactado y colectivo (artículo 34 ET). A pesar de que la ley aplicable reconoce un derecho individual de conciliación a través de determinados permisos o licencias, la negociación colectiva se erige en principal fuente de este derecho. Así se reconoce en la Directiva 2010/18/UE, de 8 de marzo de 2010, por la que se aplica el Acuerdo Marco revisado sobre el permiso parental, considerando que el derecho al permiso parental es un derecho individual y en principio, intransferible. La permisividad legal de adopción de medidas conciliatorias por los empresarios con los representantes legales ha contribuido a la reconducción del derecho a conciliar, al ámbito de la negociación colectiva<sup>15</sup>. Paralelamente, los convenios colectivos vienen a actuar como límite de los derechos de conciliación aunque no sin ciertas deficiencias jurídicas.

Los convenios colectivos constituyen simultáneamente fuente y límite del derecho de conciliación, aunque alteran su naturaleza jurídica colectivizando su carácter individual y posibilitan restricciones en su aplicación<sup>16</sup>. En principio, el riesgo de que los convenios colectivos se aparten de las necesidades reales de los trabajadores y respondan al interés empresarial debilita su función limitadora del derecho a conciliar. Para que la negociación colectiva actúe como límite efectivo de los derechos de conciliación también debe acotar la libertad

---

15 Según Tortuero Zapatero, J.; Propuestas para racionalizar la maternidad y facilitar la conciliación laboral, cit., pág. 157, el establecimiento de un derecho condicionado o la remisión en bloque del ejercicio del derecho a la negociación colectiva o al acuerdo con el empresario pueden diezmar su utilización de los permisos y licencias a tiempo parcial en que se ponderen otros intereses de carácter económico y organizativo.

16 Al respecto, Altés Tárrega, J.: Los permisos retribuidos en caso de nacimiento de hijo..., págs. 71, 117, 123, 192, al referirse a los convenios que reconocen empeoran la regulación de la ley lo expliciten y asuman a fin de legitimar la regulación acogida. En ocasiones aparecen restricciones mayores en la negociación colectiva con las dudas de la legalidad.

empresarial. Se pretende anudar la eficacia de la negociación colectiva en materia de conciliación a su extracción del ámbito de decisión unilateral del empresario hasta el campo de la libertad negocial.

De otra parte, los convenios colectivos se plantean como una posible renuncia al ejercicio individual del derecho a conciliar la vida laboral y familiar o personal. Aunque no cabe interpretarlos como una cesión del poder de disposición sobre el derecho individual a conciliar por sus titulares ante la situación de inadaptación de los convenios colectivos a las necesidades conciliatorias de los trabajadores y empleados o bien porque produzcan efectos restrictivos o discriminatorios. No obstante, esta posición puede enfrentarse con el artículo 3.1.5 ET que establece la imposibilidad de los trabajadores para disponer de los derechos reconocidos como indisponibles por convenio colectivo.

Este planteamiento permite cuestionar el carácter vinculante de los convenios colectivos que impongan condiciones restrictivas o menos ventajosas para el ejercicio del derecho de conciliación. Como derecho constitucional, su obligada interpretación "pro libertate" no puede ceder frente a una regulación negociada "in peius". Desde una perspectiva constitucional, resultan insostenibles las cláusulas de los convenios colectivos negativas y reductivas del ejercicio del derecho a conciliar la vida laboral y familiar o personal<sup>17</sup>. En estos supuestos, parece aplicable el artículo 3.1.3 ET señalando que los conflictos originados entre los preceptos de dos o más normas laborales, tanto estatales como pactadas que deberán respetar en todo caso, los mínimos de derecho necesario, y se resolverán mediante la aplicación de la más favorable para el trabajador apreciado en su conjunto. Aunque esta disposición puede tropezar con el carácter dispositivo de

---

17 Para Valle Muñoz, La garantía de indemnidad del trabajador por ejercitar acciones judiciales contra el empresario, Revista de Derecho Social 29/2005, cit., págs. 20 y 24, el permiso por nacimiento puede ser mejorado por la negociación colectiva y trata de tutelar a la familia más que a la mujer trabajadora.

las normas que regulan la conciliación y cuya aplicación aparece reducida únicamente al supuesto en que las partes no hayan pactado nada.

Por esta razón, los convenios colectivos que rebajen el nivel garantista de la ley en materia de conciliación o restrinjan el ejercicio del derecho a conciliar, no pueden actuar como límite jurídico de este derecho. En esta línea, el actual Anteproyecto de Ley de Igualdad de Trato dispone que la negociación colectiva no podrá establecer limitaciones, segregaciones o exclusiones para el acceso al empleo o en las condiciones de trabajo y que corresponderá a los representantes de los trabajadores ejercer una labor de vigilancia y promoción del derecho a la igualdad de trato y no discriminación en la empresa (artículo 13); además de que no pueden contener discriminación los acuerdos concertados entre las asociaciones y sindicatos que representen a los trabajadores autónomos económicamente dependientes y las empresas para las que ejecuten su actividad (artículo 14).

Con excesiva frecuencia la negociación colectiva no incorpora estipulaciones sobre conciliación y se limita bien a reiterar la letra de la ley, o a mimetizar la voluntad del empresario mediante concesiones negociales que perjudican el ejercicio de este derecho. Aunque las imprevisiones de los convenios colectivos sobre derechos de conciliación no pueden fundamentar la denegación de los mismos a los trabajadores. Como tampoco la inadaptación del convenio colectivo a las circunstancias personales o familiares de un trabajador debe obstaculizar el ejercicio individual del derecho a conciliar al margen de la negociación colectiva.

Ambas deficiencias de los convenios colectivos, la restricción del contenido del derecho de conciliación y las lagunas intrínsecas a los mismos, conducen a la esfera judicial. Por lo que la negociación

colectiva como límite del derecho a conciliar aparece a su vez delimitada por la práctica judicial, ante la ausencia de directrices legales que impidan rebajar el techo de constitucionalidad del derecho a conciliar. Sólo excepcionalmente, el legislador determina que ciertos derechos como los permisos y beneficios de protección a la maternidad como excedencias, reducciones de jornada y permisos para conciliar, se rijan por la negociación colectiva cuando se deriven mejoras en los acuerdos suscritos entre la Administración general del estado o los organismos públicos vinculados o dependientes de ella y la representación de los empleados y empleadas al servicio de la administración pública (artículos 56 y 59 LOIEMH).

Esta posición legal debería generalizarse para subordinar la eficacia de la negociación colectiva como fuente y límite de los derechos de conciliación, a la aportación de mejoras en relación con la ley. Desde este punto de vista, cabe cuestionar la aplicabilidad de los convenios colectivos que reducen la eficacia del derecho de conciliación y restringen su contenido. Sin embargo, aun resultan excepcionales los convenios colectivos que incluyen medidas o derechos de conciliación y más aun que contienen cualquier tipo de cláusulas antidiscriminatorias. Estas insuficiencias que afectan a la negociación colectiva derivan de la imprevisión de un contenido legal mínimo del derecho a conciliar que no pueda ser traspasado por la negociación colectiva.

No obstante, en los convenios colectivos deben incorporarse medidas dirigidas a promover la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el ámbito laboral como dispone el artículo 85.1 ET. Para que la negociación colectiva actúe como un límite eficaz del derecho a conciliar debe ser objeto de un control legal que no se prevé actualmente con carácter general. En términos indefinidos, el artículo 90.6 ET dispone 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.

Por último, la heterogeneidad de requisitos y exigencias en los convenios colectivos conduce a fragmentar el régimen jurídico del derecho de conciliación y a plantear, en última instancia, la constitucionalidad de un tratamiento desigual sin una causa jurídica convincente, proporcionada y razonable.

## ANEXO 4

En las encuestas generales sobre conciliación, un 41.3 % de los responsables de empresas consideran que las medidas de conciliación en las empresas limitan la competitividad y provocan conflictos en el ámbito laboral y un 11% de las mujeres han sufrido consecuencias laborales negativas tras el uso de medidas de conciliación

### RESULTADOS DE ENCUESTAS A EMPRESARIAS Y EMPRESARIOS EN COLABORACIÓN CON LA FEDERACIÓN PROVINCIAL DE COMERCIO DE GRANADA

EMPRESARIAS 14

EMPRESARIOS 6

NO CONTESTAN 5

1. ¿Considera que la conciliación es una cuestión privada de los trabajadores?

Si 5

17 no

Otras contestaciones que se añaden de interés: la empresa tiene otras prioridades, afecta un poco al empresario, es una cuestión de negociación colectiva, los empresarios intentan acomodar horarios o pautas de trabajo, no es cuestión privada o no tienen recursos.

Hay un sector de empresarias que paradójicamente consideran la conciliación de la vida laboral, familiar y personal como una cuestión privada

2. ¿Valora en la contratación laboral si el trabajador tiene obligaciones familiares?

Si 19, Incluso mujeres.

No 7, pero en algunos casos lo condiciona.

No obstante, en algunos casos se condiciona la respuesta: mientras cumpla obligaciones laborales no; si ya que el absentismo es mayor y la dedicación menor; si pero priman más los conocimientos y experiencia, se tiene en cuenta

pero no debe influir en la contratación; se tiene en cuenta pero no debe influir en la contratación

3. ¿Facilita la conciliación de la vida laboral y familiar en su empresa? ¿Hay flexibilidad horaria?

SI 16

NO 11

Algunos encuestados agregan que es difícil porque el horario es fijo, o dentro de lo posible, o lo que se puede, no se puede porque hay una sola empleada, o el sector de comercio facilita cierta conciliación; la flexibilidad horaria es muy puntual porque las tiendas tienen su horario fijo; o intento adaptar el proceso productivo y el horario; o incluso la flexibilidad horaria es difícil porque es un negocio de atención al público-

4. ¿Prima la disponibilidad horaria del trabajador?

SI 11

NO 10

Otras contestaciones: prima el horario establecido; o se valora pero no prima; No, lo importante es aptitud del trabajador.

5. ¿Le parece correcto que un trabajador masculino solicitase permiso para conciliar o cumplir sus obligaciones familiares?

SI 14

NO 1

Se condiciona la respuesta a solo cuando sea necesario o cuando la mujer no puede hacerlo

6. ¿Se interesa por informar a los trabajadores de su derecho de conciliación y medidas conciliatorias?

NO 15

SI 10

Otras respuestas: solo de manera informal, o en la medida de lo posible.

7. ¿Considera que la conciliación de los trabajadores disminuye la productividad y el rendimiento en la empresa?

SI 12

NO 9

8. ¿Conoce que las empresas pueden reducir costes derivados del absentismo o rotación si concilian?

NO 17

SI 4

9. ¿Considera que las nuevas tecnologías pueden utilizarse sin perder rendimiento laboral?

Si 11

No 13

10. ¿Estaría dispuesto a sustituir trabajo presencial por teletrabajo?

Si 7

No 14

11. ¿Le concede importancia a la imagen corporativa?

Si 20

No 8

12. ¿Cree que la flexibilización horaria de los empleados puede influir en relaciones con otras empresas?

Si 6

No 9

13. ¿Conoce si hay incentivos públicos de las empresas destinados a las empresas para fomentar la igualdad y la Constitución?

Si 15

No 20

## CONCLUSIONES:

En base al indicador de desagregación por sexos y a diferencia de las encuestas realizadas a las trabajadoras y trabajadores donde se observan diferencias en atención al sexo, en el cuestionario planteado a empresarios y empresarias, no se observa entre las mujeres empresarias una actitud más proclive a conciliar, sino en ocasiones más reticente como cuando algunas consideran que es una cuestión privada o que tienen en cuenta al contratar si tienen obligaciones familiares, o cuando admiten que en su opinión la conciliación puede reducir el rendimiento laboral.

Además al realizarse la encuesta en el sector del comercio, se aproximan las posiciones de empresarios y empresarias respecto de cuestiones como el teletrabajo, mostrándose muy reacios a incluirlo en sus empresas y razonándolo en la desadaptación a este sector, donde además es más complicada la flexibilidad horaria.

## ANEXO 5

PONENCIA DEL SEMINARIO CELEBRADO EL DÍA 8 DE JUNIO DE 2012 EN LA UNIVERSIDAD DE JAÉN SOBRE IGUALDAD Y RESPONSABILIDAD SOCIAL: “RESPONSABILIDAD SOCIAL: UNA ESTRATEGIA DE PROGRESO ANTE LA CRISIS”.

PONENCIA: EN TORNO A LA RESPONSABILIDAD SOCIAL PÚBLICA

Catalina Ruiz-Rico Ruiz

Profesora Titular de Derecho Constitucional

Universidad de Jaén

### 1. INTRODUCCIÓN.

La responsabilidad social se presenta como un espacio prácticamente inexplorado por juristas y economistas que, sin embargo, se ha erigido en un modelo empresarial y de gestión pública incuestionable, sin apenas respaldo científico.

Entre las razones que explican el distanciamiento de la responsabilidad social del Derecho, destaca su ubicación en el plano del voluntarismo jurídico, más allá del cumplimiento de las obligaciones legales. Desde una perspectiva jurídica, la responsabilidad social aparece subestimada por tratarse de iniciativas voluntarias de las empresas como un plus respecto de la normativa legal.

No obstante, la proyección jurídica de la responsabilidad social se manifiesta por su compromiso con los derechos humanos, la igualdad, el medio ambiente y con valores constitucionales como la participación, la solidaridad, la transparencia, y contrarios a los privilegios y a los conflictos de intereses.

Aunque la responsabilidad social se mueve en una zona gris e inasible, entre el Derecho y la ética que elude los controles jurídicos por las dificultades para regular comportamientos éticos. El intervencionismo inferior del legislador en este ámbito implica una menor presión del Derecho que tiende a la ampliación de los contornos de la responsabilidad social.

Pero la trascendencia jurídica de la responsabilidad social no se detiene en su contenido a través de la heterogeneidad de sus materias integrantes, sino que el impulso de prácticas más exigentes que el Derecho la convierte en una brújula de futuras reformas legislativas. En efecto, desde la responsabilidad social se atisban los resquicios del derecho, los aspectos que deberían ser regulados, incorporándose paulatinamente aquélla a nuestro sistema jurídico. La progresiva juridificación de la responsabilidad social ha comenzado a nivel europeo con la imposición de informes y memorias de sostenibilidad.

La responsabilidad social corporativa ha experimentado un notable avance impulsado por estudios científicos que avalan sus beneficios y ventajas para las empresas, mientras en el sector público aun no se ha consolidado como un modelo eficiente para el gasto público.

El planteamiento se centra en dirimir entre la responsabilidad social o legal en la gestión pública, considerando que lo voluntario para las empresas no puede extrapolarse a la administración donde el nivel de exigibilidad debe ser superior. El dilema entre responsabilidad social o legal en el marco público resulta complicado de abordar aunque quizás se clarifica a sensu contrario partiendo de la irresponsabilidad.

Al respecto, el problema radica en discernir si la irresponsabilidad social en la gestión pública debe ser objeto de responsabilidad legal. Los entes públicos desresponsabilizados socialmente no son admisibles

desde el punto de vista jurídico por diversas razones entre las que destacan el carácter ejemplarizante de la administración.

Al margen de que la responsabilidad es intrínseca a la política como reverso de la representación y la disposición del patrimonio público difiere de la relativa al patrimonio social, exigiéndose una diligencia superior respecto de aquél.

Por otra parte, la irresponsabilidad social se encuentra en la raíz de la crisis actual por factores como el endeudamiento irresponsable, las retribuciones abusivas e insolidarias de cargos públicos, la desoptimización de los recursos públicos, la falta de rendición de cuentas y la opacidad frente a los ciudadanos.

La responsabilidad social acapara sin duda las demandas y preocupaciones ciudadanas y puede deslegitimar determinadas actuaciones de los poderes públicos. Sin embargo, la responsabilidad social como modelo de legitimidad en el sector público puede resultar insuficiente y reclamar la introducción de la responsabilidad legal.

En esta línea, González Pérez reconoce que “se está huyendo del Derecho administrativo para actuar en el ámbito del derecho privado con la misma libertad que cualquier empresa que no maneja fondos públicos.

En la práctica se impone un enfoque neoempresarial de la Administración, despolitizando o repolitizando el sector público en torno a los valores de responsabilidad social. El Programa de Actuaciones de Buen Gobierno ya admitió la incorporación al Gobierno de España de mejores prácticas del sector privado.

La responsabilidad social puede prolongarse a las actuaciones corrientes de la Administración como la contratación pública, las

inversiones, las adquisiciones de proveedores y afianzarse mediante códigos de buen gobierno.

## 2. DEFICIENCIAS DE LA RESPONSABILIDAD SOCIAL EN EL ESPACIO PÚBLICO

La insuficiencia de la responsabilidad social en la gestión pública conduce a su mutación necesaria en responsabilidad legal por los argumentos aportados en el epígrafe anterior.

Entre las críticas a la responsabilidad social en el sector público también puede aducirse su configuración como una vía lenta frente al rápido progreso de la sociedad y la exigencia de imposición legal para eludir situaciones como la actual de ineficiencia, despilfarro y falta de transparencia.

Paralelamente, la responsabilidad social tiende a la confusión con la responsabilidad legal especialmente en el campo de la igualdad donde el derecho a no ser discriminado como imperativo legal se equivoca con las medidas voluntarias de igualdad. Mientras la responsabilidad social es voluntaria, la irresponsabilidad social pública debe pertenecer al mundo jurídico. Corresponde pues al legislador actuar de forma socialmente responsable en la elaboración de normas que sancionen con contundencia las conductas irresponsables hacia la sociedad y evitar un contexto social de irresponsabilidad.

En esta línea, el Anteproyecto de Ley de Transparencia reconoce a los ciudadanos poder conocer cómo se manejan fondos públicos y la fiscalización de la actividad pública para la regeneración democrática. Este sistema busca que los ciudadanos cuenten con servidores públicos que ajusten sus actuaciones a los principios de eficacia, austeridad, imparcialidad y sobretodo de responsabilidad. Se imponen como consecuencias jurídicas a las conductas de irresponsabilidad social la

restitución indebida, la indemnización de la Hacienda Pública y la destitución en el cargo público.

Otros ejemplos de responsabilidad social a destacar son la Estrategia de Desarrollo Sostenible de Euskadi proclive a una administración pública transparente, accesible y eficiente; un informe de contratación pública verde 2011 sobre mejora de la calidad ambiental en un escenario de austeridad.

### 3. ASPECTOS POSITIVOS DE LA RESPONSABILIDAD SOCIAL.

En torno a la responsabilidad social aun se mantiene un elevado nivel de desinformación que imposibilita su desarrollo jurídico, especialmente respecto de las ventajas que imprime en el sector público y privado. En particular, su carácter incentivador de la competitividad de las empresas, de la imagen corporativa, y sobre todo por mejorar el clima laboral y la reducción de los costes y aumento de la eficiencia.

Por otra parte, en medio de un bajo nivel de exigencia legal, se posibilita la responsabilidad social por las empresas y la administración. Así sucede con la reciente reforma laboral silenciando el derecho de igualdad y facilitando sumamente la actitud socialmente responsable de las empresas con un mínimo nivel de compromiso con los trabajadores.

También la ausencia de un coste económico a las empresas socialmente responsables por la adopción de medidas y cláusulas respetuosas con la igualdad, el medio ambiente y la sostenibilidad, estimula la promoción de la responsabilidad social. Según los últimos estudios la responsabilidad social no implica un coste adicional respecto del medio ambiente ni tampoco las cláusulas de igualdad generan gastos a las empresas ni a la administración dado el ínfimo nivel de compromiso con la igualdad de los convenios colectivos.

Desde la perspectiva de la igualdad, la eliminación de cláusulas discriminatorias no supone ningún gasto adicional, como las que afectan a las parejas de hecho al exigírseles un plazo mínimo de convivencia a diferencia de los matrimonios; o la atención las unidades monoparentales o por custodia compartida.

Tampoco la inclusión en los convenios de derechos preferentes a los trabajadores con cargas familiares, hijos discapacitados, dependientes o víctimas de maltrato, en materia de movilidad geográfica, vacaciones o reducción de jornada, incorporando la baremación de los mismos.

De otra parte, no supone coste alguno a las empresas ni a la administración evitar criterios de dudosa constitucionalidad como los sorteos o la rotación con prioridad sobre las circunstancias familiares o personales de los trabajadores. Así como la incorporación de las nuevas tecnologías, la formación "on line" de los trabajadores, la atención a la multiculturalidad o conceder un tiempo al voluntariado en la empresa o el sector público.

Para terminar, señalar que sería una tremenda irresponsabilidad no aprovechar la actual coyuntura económica y la oportunidad de la crisis para consolidar la responsabilidad social de los poderes públicos.