

ALGUNAS CUESTIONES EN TORNO AL DEBER DE NEGOCIAR PLANES DE IGUALDAD.

Jessica Romero Fuentes

Magister iuris por la Universidad Autónoma de Barcelona

(Comunicación presentada a la mesa: “Los retos de la negociación colectiva en materia de desigualdad y brecha salarial”)

SUMARIO

1. Introducción.
2. La participación de los representantes de los trabajadores en la elaboración de los planes de igualdad: entre la negociación y la consulta.
3. El deber de negociar los planes de igualdad.
 - 3.1. Planes de igualdad y deber de negociar: la trascendencia de un deber instrumental.
 - 3.2. El contenido del deber de negociar planes de igualdad.
 - 3.3. La incidencia de la mala fe en el deber de negociar planes de igualdad.
4. Una nueva vía para la protección del deber de negociar: el procedimiento de tutela de derechos fundamentales.
5. A modo de conclusión: una breve referencia a propuestas de mejora.

1. Introducción.

En el año 2007, ante la necesidad de transponer directivas comunitarias referidas a la igualdad de trato entre hombres y mujeres y el reconocimiento de la insuficiencia del principio de igualdad formal ante la ley para combatir la desigualdad y las conductas discriminatorias, se aprueba la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (en adelante, « LOI»). Entre las medidas concretas promovidas por esta norma, destaca la implementación de Planes de Igualdad por parte de ciertas empresas, mediante los cuales se pretende eliminar las discriminaciones por razón de género en el ámbito laboral.

En cuanto permiten reconocer y corregir las situaciones de desigualdad en el marco de la empresa, los planes de igualdad contribuyen al cambio de paradigma necesario para alcanzar la igualdad plena, erigiéndose en un espacio de reflexión y compromiso con la construcción de un nuevo modelo social. En ese sentido, la participación de los trabajadores resulta clave para alcanzar exitosamente estos

propósitos, pues los convierte en copartícipes en la responsabilidad de erradicar las desigualdades entre hombres y mujeres en la empresa.

Transcurrido un tiempo desde la incorporación de este deber al ordenamiento jurídico español y a la luz de dos sentencias recientes que establecen jurisprudencia relevante en relación a este tema, nos permitimos efectuar los comentarios que se plasman en las siguientes líneas, en torno al deber de negociar planes de igualdad.

2. La participación de los representantes de los trabajadores en la elaboración de los planes de igualdad: entre la negociación y la consulta.

Si bien el ordenamiento español contempla la participación de los trabajadores en todos los supuestos que dan lugar –obligatoria o voluntariamente– a la elaboración e implementación de un plan de igualdad, no se establece su intervención con la misma intensidad en todos los casos q. De acuerdo a lo dispuesto por el artículo 45 LOI, estos derechos participativos se articulan del modo que sigue¹:

- a) En el supuesto de la instauración del plan de igualdad en empresas de más de 250 trabajadores, este deberá “*ser objeto de negociación en la forma que se determine en la legislación laboral*”, según dispone el artículo 45.2 LOI.
- b) En el caso que la obligatoriedad de la incorporación del plan de igualdad se imponga mediante el convenio colectivo aplicable, el artículo 45.3 LOI nada señala respecto a la participación de los trabajadores. Sin embargo, de la interpretación conjunta de esta norma con el artículo 85.2 ET, se deduce que en las empresas de más de 250 trabajadores la elaboración e implementación del plan de igualdad se establece mediante la negociación colectiva, en cuanto este último precepto establece que “*a través de la negociación colectiva se articulará el deber de negociar planes de igualdad en las empresas de más de doscientos cincuenta trabajadores*”. Por su parte, en el caso de las empresas de menos de 250 trabajadores la laguna no puede ser integrada mediante de la remisión a otra norma, por lo que deberá atenderse a las

¹ Para la nomenclatura de los supuestos que dan lugar a la elaboración e implementación de un plan de igualdad, seguimos a LOUSADA AROCHENA, José: *El Derecho fundamental a la igualdad efectiva de mujeres y hombres fundamentos del derecho a la igualdad de género y, en especial, su aplicación en el derecho del trabajo y de la seguridad social*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2014, pp. 492-501.

disposiciones del convenio colectivo que establece la obligación de implementar el plan de igualdad.

- c) En el supuesto que la obligatoriedad de la elaboración e implementación del plan de igualdad sea producto de la conmutación de sanciones administrativas accesorias, el artículo 45.4 LOI establece que *“las empresas también elaborarán y aplicarán un plan de igualdad, previa negociación o consulta, en su caso, con la representación legal de los trabajadores y trabajadoras”*.
- d) En el caso de la incorporación voluntaria del plan de igualdad en la empresa, esta se realizará *“previa consulta a la representación legal de los trabajadores y trabajadoras”*, de acuerdo con el artículo 45.5 LOI.

Del análisis de estas disposiciones se desprende que las empresas están obligadas, bien a someter la elaboración e implementación del plan de igualdad a una consulta previa, bien a un proceso de negociación colectiva. No obstante, y conforme a lo señalado previamente, el único supuesto en que se explicita el deber de negociar su elaboración e implementación es el de las empresas de más de 250 trabajadores, cuenten con convenio colectivo propio o les sea aplicable un convenio supraempresarial. Siguiendo este razonamiento, para las empresas que cuenten con menos de 250 trabajadores, al no existir un deber legal de contar con plan de igualdad², tampoco existe la obligación de negociar, salvo que la negociación colectiva sectorial así lo estableciera. En todo caso, con independencia del tamaño de la empresa, hay quien advierte la imposibilidad de negociar el plan de igualdad en empresas que no cuenten con representantes de los trabajadores³.

Cabe señalar que, en el supuesto en que la obligatoriedad del plan de igualdad es producto de la conmutación de sanciones administrativas accesorias, la redacción de la

² De acuerdo al artículo 45.1 LOI, las empresas de menos de 250 trabajadores que no estén obligadas a instaurar un plan de igualdad sí tienen el deber de adoptar medidas dirigidas a evitar cualquier tipo de discriminación por razón de sexo, las que *“deberán negociar, y en su caso acordar, con los representantes legales de los trabajadores en la forma que se determine en la legislación laboral”*.

³ FABREGAT MONFORT, Gemma: *“La negociación de los planes de igualdad”*. *Relaciones Laborales*. 2013, Nº 4 [Edición electrónica]. La autora advierte que, por el contrario, VALDÉS DAL RE, Fernando: *Igualdad de género y relaciones laborales: entre la ley y la negociación colectiva*. Madrid: Reus, 2010, estima que la negociación debe realizarse en todos los casos.

norma es poco afortunada. A este respecto, la doctrina ha advertido que no queda claro si se establece una prioridad de la negociación colectiva o se admite alternativamente la negociación o consulta, a lo que se agrega el hecho que la norma no establece cómo se determina la forma de participación a aplicar⁴. Si bien se ha planteado que el trasfondo de tal redacción era conseguir la implementación de planes de igualdad en la mayor cantidad de empresas posible mediante una rebaja en las exigencias⁵, argumento que podría llevar a concluir que la forma de participación cuando se produjera una conmutación es –salvo disposición de la autoridad laboral en contrario– la consulta, lo cierto es que somos del parecer contrario.

En ese sentido, coincidimos con quien sostiene que, dado que las sanciones accesorias que se conmutan están relacionadas con infracciones por discriminación directa o indirecta por razón de sexo, no resulta lógico que el plan de igualdad se elabore sin mediar la negociación con los representantes de los trabajadores⁶. Asimismo, estimamos que una empresa que ha sido sancionada por discriminación de género difícilmente puede erradicar el sesgo que la llevó a ser sancionada, sin una participación gravitante por parte de los trabajadores en la elaboración e implementación del plan de igualdad.

De lo señalado, se concluye que el ámbito de acción del derecho de consulta para la elaboración e implementación del plan de igualdad queda determinado por los supuestos de instauración voluntaria de dicho instrumento y, con dudas, por el supuesto en que su implementación es producto de la conmutación de sanciones por parte de la autoridad laboral. En todo caso, reiteramos que en esta última circunstancia no resulta claro que el derecho de consulta sea la vía prioritaria.

Constituyendo una forma de participación menos intensa, recordemos que la consulta sólo exige la apertura de un diálogo, pero no garantiza la incorporación al plan

⁴ ESCUDERO RODRÍGUEZ, Ricardo: “Planes de igualdad en la Ley Orgánica 3/2007, de igualdad efectiva entre mujeres y hombres”. *Relaciones Laborales*. 2007, N° 9 [edición electrónica].

⁵ *Ibidem*.

⁶ VALDÉS DAL-RE, Fernando: *Igualdad de género y relaciones laborales: entre la ley y la negociación colectiva*. Madrid: Reus, 2010, p. 166.

de igualdad de las observaciones planteadas por los representantes de los trabajadores⁷. De tal modo, cabe cuestionar que los planes de igualdad implementados bajo esta modalidad de participación cumplan realmente su objetivo.

Ciertamente la consulta permitirá a la empresa conocer y valorar los aportes que realicen los trabajadores para la adopción de medidas, pero nos parece poco probable que la empresa establezca concesiones en las medidas que considere lesivas a sus intereses –aun cuando se trate de las soluciones más efectivas para eliminar discriminaciones de género–, máxime si no está obligado legalmente a incluirlas en el plan. Pese a lo señalado, es perfectamente posible que empresas obligadas únicamente a un proceso de consultas, opten por la negociación del plan de igualdad⁸.

De la reflexión sobre las características del proceso de consultas se infiere, tanto la importancia de la implementación de medidas consensuadas con los representantes de los trabajadores como la debilidad de la cual, desde una perspectiva teórica, adolecen los planes de igualdad sometidos a consulta. Ahora bien, si lo que se pretende es tender hacia la igualdad efectiva entre mujeres y hombres y que el texto de la LOI no represente una mera declaración de intenciones, la superioridad de la negociación colectiva en relación a la consulta es evidente. En ese sentido, la discusión y potencial acuerdo de las medidas a incluir en el plan de igualdad que se verifican en el marco de una negociación, se erigen en garantía de la efectividad de dicho instrumento para cumplir los fines que le atribuye la LOI.

3. El deber de negociar los planes de igualdad.

3.1. Planes de igualdad y deber de negociar: la trascendencia de un deber instrumental.

Es posible afirmar que la elaboración e implementación de los planes de igualdad mediante un procedimiento de negociación con los representantes de los

⁷ MENDOZA NAVAS, Natividad: “Los derechos de participación de los trabajadores en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres”, en ESCUDERO RODRÍGUEZ, Ricardo (Coord.): *La negociación colectiva en España: Un enfoque interdisciplinar*. Madrid: Comisiones Obreras, Ediciones Cinca, 2008, p. 214.

⁸ ESCUDERO RODRÍGUEZ, Ricardo: “Planes de igualdad en la Ley Orgánica 3/2007, de igualdad efectiva entre mujeres y hombres”, op. cit.

trabajadores tiene en su propio procedimiento de elaboración su virtud y su peligro. Así mientras que la negociación garantiza un procedimiento democrático y participativo, dota al resultado de una legitimidad que puede colaborar a su efectiva aplicación; sin embargo, la falta de acuerdo en una negociación donde existen intereses contrapuestos, puede determinar la ausencia de un instrumento que la ley, como hemos visto, impone en determinados casos.

Como se ha señalado, con la finalidad de garantizar que se alcance un acuerdo con relación al plan de igualdad, la LOI establece de modo expreso y específico un deber de negociar este tipo de instrumentos en las empresas de más de 250 trabajadores. Sin determinar el contenido del acuerdo —en cuanto una interpretación diversa vulneraría la libertad de contratación— ni imponer un acuerdo, establece lo que se ha considerado una obligación de medios⁹. De tal modo, cabe cuestionarse cuáles son tales acciones y qué medidas puede tomar la empresa cuando no se alcanza un acuerdo, habida consideración que la falta de implementación del plan de igualdad en los casos que la ley obliga a contar con este instrumento implica incurrir una falta administrativa. Todo ello a la luz del deber de negociar en buena fe que el art. 89 de la norma estatutaria prescribe con carácter general en todo procedimiento negociador.

Nos encontramos ante deberes instrumentales pero con una importancia fundamental para el estímulo y fomento del derecho a la negociación colectiva y su efectividad. Y aunque ni el deber de negociar ni el deber de negociar en buena fe tienen un desarrollo normativo que permita determinar su contenido, lo cierto es que los Tribunales han ido dotándonos de ciertos parámetros interpretativos, especialmente en lo que se refiere al deber de negociar en buena fe en relación al diálogo desarrollado en el contexto del periodo de consultas¹⁰.

No obstante, y como veremos, dos recientes sentencias han aportado parámetros interpretativos muy interesantes en el ámbito de los planes de igualdad, contribuyendo a

⁹ ESCUDERO RODRÍGUEZ, Ricardo: “Planes de igualdad en la Ley Orgánica 3/2007, de igualdad efectiva entre mujeres y hombres”, op. cit.

¹⁰ Vid. POQUET CATALÀ, Raquel: “La interpretación judicial del deber de negociar de buena fe”. *Iuslabor*. 2016, N° 1. Disponible en: <https://www.upf.edu/web/iuslabor/1/2016> Fecha de última consulta: 3 de noviembre de 2018. De especial interés creemos que resulta la reciente STS 670/2018 de 26 de junio, Rec. 83/2017 en relación a la buena fe y su incidencia en las obligaciones de información en periodos de consulta.

la especificación del contenido del deber de negociar estos instrumentos y refiriéndose a la infracción del deber de buena fe en la negociación de los mismos.

Previo al análisis sobre la incidencia de estas sentencias en el deber de negociar planes de igualdad, es preciso señalar que en doctrina se ha distinguido entre un deber de negociar «histórico» o general, contenido en el artículo 89 ET y un deber de negociar específico relativo a la negociación de medidas y planes de igualdad, surgido de las remisiones cruzadas entre el artículo 45 LOI y el artículo 85 ET¹¹. Este deber de negociar específico ex art. 45 LOI y 85 ET contiene por su parte el deber de negociar medidas de igualdad y el deber de negociar planes de igualdad, los cuales discurren en paralelo y operan en ámbitos de actuación excluyente¹². Hecha esta contextualización, lo que señalaremos a continuación es predicable únicamente del deber de negociar planes de igualdad, en cuanto deber específico dotado por la jurisprudencia de ciertas particularidades que le distinguen.

3.2. El contenido del deber de negociar planes de igualdad.

Resolviendo dos casos en que una empresa implantó unilateralmente un plan de igualdad por falta de acuerdo en el marco de la negociación de dicho instrumento, el Tribunal Supremo ha determinado su nulidad, al estimar que correspondía continuar negociando. En el primer caso (en adelante, «asunto Unisono»)¹³ la empresa retrasó al máximo la entrega del diagnóstico de situación, ralentizó las negociaciones y justificó la implementación unilateral del plan de igualdad en la inminencia de una sanción administrativa, que en palabras de los sentenciadores no facultaba a la empresa ni era argumento suficiente para abandonar las negociaciones. Por el contrario, en el segundo

¹¹ VALDÉS DAL-RE, Fernando: “El deber de negociar medidas y planes de igualdad: el marco jurídico general (I)”. *Relaciones Laborales*. 2011, Nº 2 [edición electrónica].

¹² VALDÉS DAL-RE, Fernando: *Igualdad de género y relaciones laborales: entre la ley y la negociación colectiva*. Madrid: Reus, 2010, pp. 93-94. Al respecto, el autor señala que “los deberes de negociar medidas y planes de igualdad carecen de puntos de encuentro, sean por superposición sean por yuxtaposición [...] Cada uno de estos deberes contribuye a la promoción de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres a través de cauces que discurren por itinerarios paralelos, pero estancos. A la postre, esta singular relación se debe y trae causa en el carácter alternativo y no sucesivo o acumulativo con el que se configuran las medidas y los planes, cada uno de los cuales tiene ámbitos de imputación normativa de carácter excluyente”.

¹³ STS 832/2018, de 13 de septiembre de 2018, Rec. 213/2017.

caso («asunto Ayesa»)¹⁴ fue la representación legal de los trabajadores la que entorpeció e impidió la constitución de la mesa negociadora, estimando el Tribunal Supremo que tales alegaciones “no justifican, sin más, la actuación unilateral de la empresa que se impugna, máxime cuando la misma no ha probado haber agotado los medios de solución judicial o extrajudicial del conflicto”.

Mientras para el deber «histórico» o general de negociar, la doctrina ha estimado que su contenido incluye la obligación de iniciar el trato contractual, una real disposición a debatir y discutir las propuestas y contrapropuestas y la obligación de realizar esfuerzos razonables para alcanzar un acuerdo en tiempo razonable¹⁵; una simple lectura del fragmento de la sentencia citado previamente, permite advertir que el Tribunal Supremo establece un requisito adicional para el deber de negociar planes de igualdad: agotar los medios de solución judicial y extrajudicial del conflicto.

Esta divergencia en la obligación que importa el deber de negociar planes de igualdad tiene cierto sentido, toda vez que el ET establece la remisión al convenio colectivo de ámbito superior aplicable como última consecuencia de la falta de acuerdo en el contexto de las negociaciones de un convenio colectivo estatutario, mientras que la LOI nada dispone al respecto. Sin perjuicio que la empresa se encuentra en una especie de callejón sin salida –en cuanto pesa sobre ella la obligación de contar con un plan de igualdad por una parte, y por otra, un deber de negociar «reforzado»–, la admisión sin más de la implementación unilateral del plan de igualdad como solución a la falta de acuerdo, podría llevar a malas prácticas que anularían los fines pretendidos por la LOI con la creación de este instrumento.

Por otra parte, resulta necesario determinar qué comprende la obligación de agotar todos los medios de solución judicial y extrajudicial del conflicto y cuándo se entiende cumplido. En relación al asunto Ayesa, el Tribunal Supremo hace referencia a las alternativas que ofrecían las disposiciones legales y convencionales para lograr el restablecimiento de las negociaciones en el caso concreto, argumento que en un principio parece excluir el sometimiento a métodos alternativos de resolución de conflictos de manera voluntaria. Sin embargo, los sentenciadores agregan que el artículo

¹⁴ STS 403/2017, de 9 de mayo de 2017, Rec. 85/2016.

¹⁵ CABEZA PEREIRO, Jaime, citado por VALDÉS DAL-RE, Fernando: “El deber de negociar medidas y planes de igualdad: el marco jurídico general (I)”, op. cit.

45.3 LOI “no establece la opción que dice la empresa recurrente: negociar un «plan de igualdad» o implantarlo unilateralmente si la negociación colectiva fracasa”, aseveración que –a falta de un mayor desarrollo jurisprudencial– entendemos no como una exhortación, sino una exigencia relativa a acudir a otros medios de resolución de conflictos en caso que la negociación se cierre sin acuerdo.

En síntesis, el deber de negociar planes de igualdad implica la realización de cuantas acciones sean necesarias en orden a la consecución de un acuerdo. Dicha obligación no se limita únicamente al ejercicio de las acciones judiciales y extrajudiciales en el contexto del conflicto colectivo, sino que se extiende a la voluntad de buscar soluciones colaborativas para la implementación del plan de igualdad aun cuando la negociación ha fracasado.

3.3. La incidencia de la mala fe en el deber de negociar planes de igualdad.

En la resolución del caso Unisono, el Tribunal Supremo estima que “*aunque pudiera concluirse que un bloqueo negociador por parte de los representantes de los trabajadores podría erigirse en justificación razonable del incumplimiento de la obligación del plan de igualdad, o al límite, como justificación de la implementación unilateral de un plan de igualdad provisional, lo cierto es que para ello deberían circunstancias excepcionales (bloqueo negociador imputable exclusivamente a la contraparte, negativa de la misma a negociar, ausencia de cualquier tipo de representantes)*”.

Como puede observarse, las dos primeras circunstancias excepcionales a las que se refiere la sentencia, derivan de una presunción de mala fe de los representantes de los trabajadores, que convertiría en admisible la implementación unilateral del plan de igualdad. De la redacción de la sentencia, es posible advertir que en el supuesto de mala fe de la parte social el Tribunal Supremo vacila entre exculpar a la empresa por no contar con el plan de igualdad y declarar la validez del plan de igualdad unilateral.

En todo caso, los sentenciadores finalmente admiten que un plan de igualdad implementado unilateralmente es válido si puede demostrarse la mala fe de los representantes de los trabajadores. No obstante, del asunto Unisono se desprende que la empresa se encuentra igualmente obligada a agotar los medios judiciales y

extrajudiciales de solución de conflictos para alcanzar un acuerdo en la negociación del plan de igualdad. Así las cosas, un análisis conjunto de las sentencias nos lleva a la conclusión que ante la infracción del deber de negociar de buena fe de su contraparte, la empresa estaría facultada para la implementación unilateral de este instrumento cumpliéndose dos requisitos: (i) mala fe de la parte social, y; (ii) ejercicio de las acciones judiciales y extrajudiciales pertinentes¹⁶.

Es importante destacar que si bien puede ser considerado válido, el plan de igualdad implementado unilateralmente tiene un carácter provisional, y así se encarga de advertirlo el Tribunal Supremo. A nuestro entender, cesando las situaciones que han dado lugar a la implementación unilateral, correspondería continuar la negociación a fin de obtener un plan de igualdad acordado, pero es ciertamente discutible la determinación del momento en que cesa la validez de dicho instrumento.

Una solución más sencilla y evidente tiene el supuesto en que es la empresa quien incumple el deber de negociar en buena fe. A este respecto, la sentencia del asunto Unisono estima que del relato fáctico resulta probado que la empresa ralentizó la negociación de un modo tal, que el impulso de sus actuaciones fueron los requerimientos de la Inspección del Trabajo a instancias de la parte social. Agregan los sentenciadores que *“no obsta el argumento de la recurrente según el que la elaboración unilateral del plan se debió, exclusivamente a los apremios de la Inspección de Trabajo y a la necesidad de evitar una sanción administrativa. Tal situación, a juicio de la recurrente, autorizaba a la empresa al abandono de las negociaciones y a imponer el Plan de manera unilateral. El propio recurso, al no cuestionar la nulidad del plan por falta de acuerdo, se da su propia respuesta”*.

En suma, de las dos sentencias comentadas se desprende que la sanción a la mala fe de la parte social se materializa en la declaración de validez provisional del plan de igualdad implementado en forma unilateral, concurriendo el ejercicio de acciones judiciales y extrajudiciales pertinentes por la parte empresarial. Por el contrario, la mala fe de la empresa encuentra su sanción en la nulidad del plan de igualdad impuesto

¹⁶ En la tercera causal de validez provisional del plan de igualdad unilateral propuesta por los sentenciadores, la validez del plan deriva de la imposibilidad absoluta de negociar, toda vez que no existen representantes. Entendemos que en este supuesto el plan de igualdad unilateral sería válido hasta que se produzcan elecciones, pues del tenor del artículo 45 LOI podría inferirse que la negociación ha de realizarse únicamente con representantes legales de los trabajadores.

unilateralmente, sin perjuicio de otras sanciones de carácter administrativo a las que nos referiremos posteriormente.

Por último, es posible señalar que tras estas determinaciones del Tribunal Supremo subyace la aplicación del principio general del derecho *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* (i.e nadie sea atendido cuando alegue en su beneficio su propio incumplimiento), el cual no permite aceptar los argumentos de la parte que pretende obtener provecho de su mala fe.

4. Una nueva vía para la protección del deber de negociar: el procedimiento de tutela de derechos fundamentales.

Desde la perspectiva procesal, un aspecto reseñable del asunto Unisono tiene relación con la línea jurisprudencial abierta por el Tribunal Supremo, al vincular el deber de negociar con el derecho a la libertad sindical. Siguiendo doctrina reiterada del Tribunal Constitucional, que ha incluido el derecho a la negociación colectiva en el contenido del derecho a la libertad sindical¹⁷, los sentenciadores señalan que *“no puede entenderse que ha habido negociación de buena fe, cuando quien tiene la obligación de tener un plan de igualdad y, por tanto, debe asumir el impulso negociador, no solo no lo asume, sino que adopta una actitud impeditiva del mismo [...] Ninguna duda cabe, por tanto, de que el derecho a la libertad sindical en su vertiente de derecho a la negociación colectiva del sindicato demandante ha sido vulnerado”*.

Consecuencia de lo señalado es la apertura de la vía procesal de tutela de derechos fundamentales para amparar el deber de negociar, la cual presenta importantes ventajas en comparación con otros procedimientos, tales como la preferencia en su tramitación, la prueba indiciaria como sistema probatorio y la posibilidad de solicitar una indemnización por daños y perjuicios. En relación a este último aspecto, es preciso recordar que tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo han avalado la utilización del importe de las sanciones establecidas en la LISOS como criterio orientador para la cuantificación de los daños y perjuicios¹⁸.

¹⁷ STC 70/1982, de 29 de noviembre, STC 80/2000, de 27 de Marzo y STC 222/2005, de 12 de septiembre, entre otras.

¹⁸ STC 247/2006, de 24 de julio y STS 602/2018, de 6 de junio 2018, Rec. 149/2017.

Para finalizar, cabe preguntarse si la infracción del deber de negociar planes de igualdad por parte de la empresa¹⁹, que derive en una constatación por parte de los órganos jurisdiccionales de la vulneración del derecho a la libertad sindical da lugar a un incremento de las sanciones por vía administrativa. En efecto, a la infracción relativa al incumplimiento de la obligación de contar con un plan de igualdad, se agregaría la vulneración de un derecho fundamental, que es considerada como infracción grave por el artículo 7.10 de la LISOS²⁰. Sin intención de ahondar en este aspecto, dado que el concurso de infracciones administrativas excede el propósito de este estudio, dejamos planteada la duda al lector.

5. A modo de conclusión: una breve referencia a propuestas de mejora.

Pese a sus luces y sombras, se ha sostenido que uno de los efectos de la aprobación de la LOI consistió en la toma de consciencia de los actores sociales en cuanto a su responsabilidad en la adopción de las medidas necesarias para alcanzar la igualdad efectiva entre mujeres y hombres²¹. Partiendo de esta premisa, se reconoce el aporte que han significado los planes de igualdad y su contribución al fin encomendado por la ley, sin perjuicio de las deficiencias evidenciadas en el proceso de su implementación en las empresas²².

¹⁹ El artículo 7.13 de la LISOS establece que es una infracción grave “no cumplir las obligaciones que en materia de planes de igualdad establecen el Estatuto de los Trabajadores o el convenio colectivo que sea de aplicación”.

²⁰ El artículo 7.10 de la LISOS dispone que son infracciones graves: “10. Establecer condiciones de trabajo inferiores a las establecidas legalmente o por convenio colectivo, así como los actos u omisiones que fueren contrarios a los derechos de los trabajadores reconocidos en el artículo 4 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, salvo que proceda su calificación como muy graves, de acuerdo con el artículo siguiente”.

Por su parte, en el tema que nos ocupa, el artículo 4.1 ET prescribe que “los trabajadores tienen como derechos básicos, con el contenido y alcance que para cada uno de los mismos disponga su específica normativa, los de:

- a) Trabajo y libre elección de profesión u oficio.
- b) Libre sindicación.
- c) Negociación colectiva.
- d) Adopción de medidas de conflicto colectivo.
- e) Huelga.
- f) Reunión.
- g) Información, consulta y participación en la empresa”.

²¹ FABREGAT MONFORT, Gemma: “La negociación de los planes de igualdad”. *Relaciones Laborales*. 2013, Nº 4 [edición electrónica].

²² *Ibidem*.

Desde una perspectiva jurídica, y luego de más de una década desde la promulgación de la LOI, se dispone de cierto «material» para realizar balances y análisis críticos acerca de los planes de igualdad. Sin embargo, no todos los aspectos relacionados con este instrumento han gozado de la misma atención, y en ese sentido, destaca la escasa jurisprudencia relativa a un aspecto que se anticipaba crítico: la oscilación entre el deber de ciertas empresas de contar con un plan de igualdad y las consecuencias de la falta de acuerdo en el marco de su negociación²³.

El análisis de pronunciamientos recientes del Tribunal Supremo nos permite concluir que el artículo 85 ET ha especificado un aspecto del deber de negociar, cual es el deber de negociar planes de igualdad en las empresas de más de 250 trabajadores. Así, la jurisprudencia ha contribuido a dotar de contenido a este deber específico, agregando un requisito adicional al deber de negociar planes de igualdad: la realización de cuantas acciones sean necesarias en orden a la consecución de un acuerdo. Pese a que no es jurídicamente posible obligar a las partes negociadoras a alcanzar dicho acuerdo, los sentenciadores son evidentemente proclives a que las discrepancias que frenan el acuerdo se sometan a los sistemas de resolución alternativa de conflictos, en desmedro de la posibilidad de implementación unilateral del plan de igualdad.

Si la infracción al deber de negociar en buena fe por la parte social autoriza la implementación provisional de un plan de igualdad elaborado unilateralmente –siempre que concurren ciertas circunstancias–, estimamos que esta solución debería incorporarse al ordenamiento jurídico, y específicamente, a la LOI. El supuesto se configuraría así: transcurrido un tiempo razonable desde el inicio de las negociaciones especificado por la ley, podría autorizarse la implementación unilateral del plan de igualdad, con validez temporal y no renovable, sujeta a la condición de la continuación de las negociaciones y a la buena fe negocial de la empresa. No observamos menoscabo para la parte social con esta solución temporal, toda vez que los representantes de los trabajadores podrían requerir la actuación de la Inspección del Trabajo en cualquier momento o bien interponer las acciones pertinentes apenas consideren vulnerado su derecho a la negociación colectiva

²³ SANFULGENCIO GUTIERREZ, José: “Puntos críticos en los planes de igualdad”. Relaciones Laborales. 2008, N° 1 [edición electrónica].

A fin de favorecer la consecución de acuerdos, y en cuanto están facultados para imponer a las empresas bajo su ámbito aplicativo el deber de contar con un plan de igualdad, hacemos presente la conveniencia incluir en el clausulado de los convenios colectivos sectoriales, instancias para la resolución de bloqueos negociales en el desarrollo de la negociación del plan de igualdad²⁴. Debido a que es respetuosa con la voluntad de las partes, estimamos que debería prevalecer la mediación como mecanismo de resolución de conflictos.

Asimismo –y remitiéndonos a los argumentos ya entregados para defender la superioridad de la negociación colectiva para alcanzar los fines pretendidos por la LOI–, nos parece que los convenios colectivos sectoriales se encuentran en posición de reforzar la negociación colectiva en el marco de la instauración de planes de igualdad en empresas de menos de 250 trabajadores. Dado que la laguna normativa del artículo 85 ET no indica la forma de participación de los trabajadores en este supuesto, la implementación de esta propuesta no tiene otro impedimento que la negociación de su incorporación en el texto del respectivo convenio.

Para finalizar, si bien la negociación colectiva es la mejor forma de participación con miras a la elaboración e implementación de planes de igualdad, es importante hacer presente la constatación por la doctrina de ciertos aspectos que reducen su eficacia. En ese sentido, se ha advertido la insuficiente participación de mujeres en las mesas de negociación, la falta de capacitación sobre igualdad de género de los negociadores y lo que es aún más grave, la supervivencia de cláusulas discriminatorias en los convenios colectivos²⁵. Factores todos que redundan en la perpetuación de las desigualdades y que constituyen el gran desafío de los actores sociales, con miras a la transformación social que se requiere para lograr la igualdad efectiva. Sin duda, acciones de mejora en ese

²⁴ A modo de ejemplo, el artículo 9.7 del XVII Convenio colectivo estatal de empresas de consultoría y estudios de mercado y de la opinión pública (BOE 6 de marzo de 2018), dispone lo siguiente: “Asimismo, se atribuye a la Comisión Mixta Paritaria la mediación en la implantación y desenvolvimiento de los Planes de Igualdad que se establezcan conforme a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, así como en materia de aplicación efectiva del principio de igualdad de trato y no discriminación”. Otro ejemplo es el artículo 114 del XIX Convenio colectivo general de la industria química (BOE 8 de agosto de 2018), al tratar las competencias de las empresas y los representantes de los trabajadores en la elaboración de planes de igualdad, establece que “en el supuesto de que se produjeran discrepancias y revistieran naturaleza de conflicto de acuerdo con lo previsto en la ley, serán competentes los órganos de mediación y arbitraje de la Comisión Mixta según los procedimientos regulados en los artículos 104 y siguientes del presente Convenio”.

²⁵ LÓPEZ INSUA, Belén: *El principio de igualdad de género en el derecho social del trabajo*. Murcia: Ediciones Laborum, 2017, pp. 59-61.

sentido tendrán más impacto que cualquier modificación normativa, legal o convencional.

BIBLIOGRAFÍA

ESCUADERO RODRÍGUEZ, Ricardo: “Planes de igualdad en la Ley Orgánica 3/2007, de igualdad efectiva entre mujeres y hombres”. *Relaciones Laborales*. 2007, Nº 9, págs. 61-93.

LÓPEZ INSUA, Belén: *El principio de igualdad de género en el derecho social del trabajo*. Murcia: Ediciones Laborum, 2017, 243 págs.

LOUSADA AROCHENA, José: *El Derecho fundamental a la igualdad efectiva de mujeres y hombres fundamentos del derecho a la igualdad de género y, en especial, su aplicación en el derecho del trabajo y de la seguridad social*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2014, 630 págs.

MENDOZA NAVAS, Natividad: “Los derechos de participación de los trabajadores en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres”, en ESCUDERO RODRÍGUEZ, Ricardo (Coord.): *La negociación colectiva en España: Un enfoque interdisciplinar*. Madrid: Comisiones Obreras, Ediciones Cinca, 2008, págs. 200-217.

RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER, Miguel: “La igualdad efectiva entre mujeres y hombres y la Ley Orgánica 3/2007”. *Relaciones Laborales*. 2007, Nº 1, págs. 97-112.

SANFULGENCIO GUTIERREZ, José: “Puntos críticos en los planes de igualdad”. *Relaciones Laborales*. 2008, Nº 1, págs. 283-304.

VALDÉS DAL-RE, Fernando: “El deber de negociar medidas y planes de igualdad: el marco jurídico general (I)”. *Relaciones Laborales*. 2011, Nº 2, págs. 21-29.

VALDÉS DAL-RE, Fernando: “El deber de negociar medidas y planes de igualdad: el marco jurídico general (II)”. *Relaciones Laborales*. 2011, Nº 2, págs. 31-39.

VALDÉS DAL-RE, Fernando: *Igualdad de género y relaciones laborales: entre la ley y la negociación colectiva*. Madrid: Reus, 2010, 183 págs.