

Medidas y planes de igualdad en las empresas privadas. Marco normativo e interpretación doctrinal y judicial*

Equality measures and plans in private companies. Regulatory framework and doctrinal and judicial interpretation

JOSÉ FERNANDO LOUSADA AROCHENA

Magistrado especialista de lo social – TSJ/Galicia

Doctor en Derecho / Graduado Social

Profesor asociado de Derecho Procesal

Universidad de A Coruña

Recibido: 16/1/2023

Aceptado: 10/4/2023

doi: 10.20318/femeris.2023.7787

Resumen. La Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres de 2007 instauró un marco normativo para la negociación colectiva de medidas y planes de igualdad en las empresas privadas. La medida estrella fue la obligación de implementar planes de igualdad en las empresas de 250 o más trabajadores. El Real Decreto-ley 6/2019 reformó la normativa, entre otras razones para ampliar la obligación a las empresas de 50 o más trabajadores. El presente estudio se dirige a analizar el marco normativo actualmente vigente, la aplicación e interpretación que se ha realizado por los tribunales de justicia y una revisión de la doctrina científica.

Palabras clave: Igualdad de género; planes de igualdad en las empresas.

Abstract. The Organic Law for the effective equality of women and men of 2007 established a regulatory framework for the collective bargaining of equality measures and plans in private companies. The star measure was the obligation to implement equality plans in companies with 250 workers or more. Royal Decree-Law 6/2019 amended the regulations, among other reasons, to extend the obligation to companies with 50 workers or more. The present study is aimed at analyzing the regulatory framework currently in force, the application and interpretation that has been carried out by the courts of justice and a review of scientific doctrine.

Keywords: Gender equality; equality plans in companies.

1. La integración de la igualdad de género en las empresas a través de la negociación colectiva

La Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOIEMH), instauró un marco normativo especial para la negociación colectiva de medidas y planes de igualdad diferente del marco normativo general para la negociación colectiva,

* Este artículo se enmarca en el Proyecto PID 2019-108526RB-I00/AEI/10.13039/501100011033. Título: Violencias de Género y subordinación estructural: implementación del principio del *gender mainstreaming*. IP: Juana María Gil Ruiz.

regulando al efecto los planes de igualdad en las empresas privadas (Capítulo III del Título IV, artículos 45 a 49). Hasta entonces el Derecho Colectivo del Trabajo se había mantenido impermeable a la igualdad de mujeres y hombres, acaso en la creencia de su neutralidad con respecto al sexo / género. Pero no es neutral, como lo demostraba, a fecha de aprobación de la LOIEMH, la persistencia de discriminaciones directas e indirectas en nuestra negociación colectiva y la pobreza negocial en materias con una evidente perspectiva de género (conciación-corresponsabilidad o prevención del acoso sexual)¹. Ni aunque fuera neutral (que ya digo, no lo es), ello justificaría no estar impregnado de la perspectiva de igualdad pues en una realidad laboral donde persisten discriminaciones, una norma laboral neutral no sería más que la correa de transmisión de las discriminaciones existentes en la realidad.

De ahí la necesidad de introducir la perspectiva de la igualdad en el Derecho Colectivo del Trabajo, como en general en todos los ámbitos jurídicos (principio de transversalidad de la dimensión de género). Justamente, la LOIEMH, en su Exposición de Motivos, alude a la concepción transversal de la igualdad de los sexos para justificar “su promoción decidida en la órbita de las relaciones entre particulares”, y con “especial atención a la corrección de la desigualdad en el ámbito especial de las relaciones laborales”, lo cual debe conducir a “promover la adopción de medidas concretas a favor de la igualdad en las empresas, situándolas en el marco de la negociación colectiva, para que sean las partes libre y responsablemente, las que acuerden su contenido”.

Tal fundamentación en la transversalidad explica que las características del marco normativo especial para la negociación colectiva de la igualdad estén inspiradas en las características de la transversalidad. Ante todo, dicho marco se construye sobre la atribución a la empresa de una posición de garante de la igualdad que se traduce en deberes legales de hacer concretados en medidas y planes de igualdad. La transversalidad exige que dichas medidas y planes sean particulares para dar respuesta a la realidad concreta de una empresa a la cual ofrecen respuesta. Y deben ser sometidos a continua revisión para su adaptación a la realidad a través de una negociación dinámica.

El diseño original de los planes de igualdad en empresas privadas en la inicial redacción de la LOIEMH limitaba su obligación a las grandes empresas como primer paso para su extensión a empresas de menores dimensiones, lo que acaeció con el Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación. Precisamente su esencial novedad (y así lo reconoce su Exposición de Motivos) fue extender la exigencia de redacción de los planes de igualdad a empresas de cincuenta o más trabajadores. También se previó un registro a desarrollar reglamentariamente.

¹ Sobre la situación de la negociación colectiva antes de la LOIEMH, son de interés *Discriminación e igualdad en la negociación colectiva*, de TERESA PÉREZ DEL RÍO / MARÍA FERNANDA FERNÁNDEZ LÓPEZ / SALVADOR DEL REY GUANTER, Instituto de la Mujer (Madrid, 1993), y *La discriminación por razón de sexo en la negociación colectiva*, coordinado por TERESA PÉREZ DEL RÍO, Instituto de la Mujer (Madrid, 1999). Tras la LOIEMH, son de interés *El principio de igualdad en la negociación colectiva*, coordinado por JOSÉ FERNANDO LOUSADA AROCHENA, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos (Madrid, 2008), y, más moderno, *El principio de igualdad en la negociación colectiva*, dirigido por CARMEN SÁNCHEZ TRIGUEROS y coordinado por DJAMIL TONY KAHALE CARRILLO y TERESA VELASCO PORTERO, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos (Madrid, 2016).

Finalmente, la LOIEMH (artículo 45.6) contiene una habilitación reglamentaria que ha sido desarrollada en el Real Decreto 901/2020, de 13 de octubre, por el que se regulan los planes de igualdad y su registro. Con solo 12 artículos distribuidos en 4 capítulos, el núcleo de su regulación es el procedimiento de negociación de los planes de igualdad, la determinación de su contenido, así como el registro de planes de igualdad y el depósito de medidas y protocolos para prevenir el acoso sexual y por razón de sexo. Además, se modifica a través de su disposición final 1ª el RD 713/2010, de 28 de mayo, sobre registro y depósito de convenio y acuerdos colectivos de trabajo.

2. Los deberes de negociar y de adoptar medidas de igualdad

Los deberes de negociar, en su caso acordar, y en todo caso adoptar medidas de igualdad se erigen en la piedra angular de los instrumentos legales de implicación de la negociación colectiva en la efectividad del principio de igualdad². Al efecto, el artículo 45.1 de la LOIEMH dice que “las empresas están obligadas a respetar la igualdad de trato y de oportunidades en el ámbito laboral y, con esta finalidad, deberán adoptar medidas dirigidas a evitar cualquier tipo de discriminación laboral entre mujeres y hombres, medidas que deberán negociar, y en su caso acordar, con los representantes legales de los trabajadores en la forma que se determine en la legislación laboral”.

Y el ET dice, en su artículo 85.1.II, que “sin perjuicio de la libertad de las partes para determinar el contenido de los convenios colectivos, en la negociación de los mismos existirá, en todo caso, el deber de negociar medidas dirigidas a promover la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el ámbito laboral”.

Apenas estas dos normas legales, y alguna otra reglamentaria contenida en el RD 901/2020, configuran el marco regulador de las medidas de igualdad. Nada impide, además, que los convenios colectivos articulen la negociación de medidas en parecidos términos a los establecidos, para los planes de igualdad, en el artículo 85.2.III del ET.

2.1. Concepto de medidas de igualdad

Tanto el artículo 45.1 de la LOIEMH (“medidas dirigidas a evitar cualquier tipo de discriminación laboral entre mujeres y hombres” con la finalidad de “respetar la igualdad de trato y de oportunidades en el ámbito laboral”) como el artículo 85.1.II del ET (“medidas dirigidas a promover la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el ámbito laboral”) apuntan hacia un concepto amplio de medidas de igualdad dirigido, en línea con el artículo 1 de la LOIEMH, a “hacer efectivo el derecho de igualdad

² Parecidamente, FERNANDO VALDÉS DAL-RÉ califica el deber de negociar medidas de igualdad como “una relevante medida promocional de la negociación colectiva ... la medida estrella ... aquella que ... ha despertado la mayor atención doctrinal, ha levantado las más favorables expectativas sociales y sindicales y, acaso y también, ha generado las más intensas oposiciones y preocupaciones en algunos sectores empresariales ... (determinando esta opción) la ruptura del consenso entre los interlocutores sociales en el marco del diálogo social mantenido de manera constante en el ciclo 2004/2008”, *Igualdad de género y relaciones laborales: entre la ley y la negociación colectiva*, Editorial Reus (Madrid, 2010), página 74.

de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, en particular mediante la eliminación de la discriminación de la mujer”. O sea, el artículo 45.1 de la LOIEMH y el artículo 85.1.II del ET se refieren tanto a las medidas de igualdad de trato dirigidas a erradicar las discriminaciones directas e indirectas, como a las medidas de igualdad de oportunidades dirigidas a fomentar la igualdad de género en la empresa.

Una lectura conjunta del artículo 45.1 con el artículo 48 de la LOIEMH, rubricado “medidas específicas para prevenir la comisión de delitos y otras conductas contra la libertad sexual y la integridad moral en el trabajo”, nos permite concluir que estas medidas específicas también se encuentran entre aquellas medidas de igualdad que todas las empresas deberán negociar, en su caso acordar, y en otro caso adoptar.

Tales normas amparan la amplia dicción del artículo 2.1 del RD 901/2020, según el cual “todas las empresas ... con independencia del número de personas trabajadoras en plantilla ... están obligadas a respetar la igualdad de trato y de oportunidades en el ámbito laboral y, con esta finalidad, deberán adoptar, previa negociación, medidas dirigidas a evitar cualquier tipo de discriminación laboral entre mujeres y hombres, así como promover condiciones de trabajo que eviten el acoso sexual y el acoso por razón de sexo y arbitrar procedimientos específicos para su prevención y para dar cauce a las denuncias o reclamaciones que puedan formular quienes hayan sido objeto del mismo”.

2.2. *Ámbito subjetivo de aplicación de las medidas de igualdad*

Igualmente amplio es el ámbito subjetivo de aplicación de las medidas de igualdad en cuanto que la redacción de las normas, así legales (artículos 45.1 de la LOIEMH y artículo 85.1.II del ET) como las reglamentarias (artículo 2.1 del RD 901/2020), es concluyente al respecto: todas las empresas y en relación con todo su personal (incluyendo el personal de alta dirección pues no se realiza exclusión alguna).

¿Podrían adoptarse acciones especiales para un centro de trabajo o necesariamente las medidas deberían afectar a todos los centros de trabajo? En relación con los planes de igualdad, el artículo 46.3 de la LOIEMH, aunque establece su ámbito empresarial, excepciona las acciones especiales adecuadas respecto a determinados centros de trabajo. A partir de esta norma legal, se podría entender que la excepción no es extensible a las medidas de igualdad, solución defendida por autorizada doctrina³, y que aparentemente es acogida en la norma reglamentaria (artículo 2.5 del RD 901/2020, pues la excepción la refiere solo a los planes de igualdad, no incluyendo a las medidas). Lo que no compartimos porque si las medidas de igualdad son acordadas por la empresa con la representación legal del personal, si se les impidiera acordar medidas especiales sería una limitación de la autonomía negocial que se opondría al artículo 37.1 de la CE.

³ En esta línea, FERNANDO VALDÉS DAL-RÉ considera un elemento común entre medidas y planes el de que “ambos tienen un ámbito funcional de aplicación coincidente con la totalidad de la empresa” porque “aun cuando es esta una previsión que se establece de manera expresa solo para los planes (artículo 46.3 LOIEMH), su aplicación también a las medidas ... se infiere del sujeto pasivo sobre el que recae el deber ex artículo 45.1 LOIEMH, que es la empresa”, *Igualdad de género ...*, obra citada, página 96.

2.3. Deber de negociar medidas de igualdad

A la vista de la letra del artículo 45.1 de la LOIEMH (“medidas que deberán negociar”) y del artículo 85.1.II del ET (“deber de negociar medidas”), así como de la ubicación sistemática de esta última norma situada entre el reconocimiento de la libertad de contenidos del convenio colectivo con una enumeración general de posibles contenidos (artículo 85.1) y el contenido mínimo del convenio colectivo (artículo 85.3), y más ampliamente atendiendo a la lógica de las normas sobre negociación colectiva dentro de un sistema democrático de autonomía colectiva (artículo 37.1 de la CE), la negociación de medidas de igualdad de trato y oportunidades se traduce en un deber de negociar⁴ que, aunque no es de libre disposición para las partes litigantes, tampoco tales medidas de igualdad alcanzan a constituir contenido mínimo del convenio colectivo⁵.

Por su naturaleza jurídica, este deber de negociar situado en el artículo 85.1.II del ET, específico atendiendo a su materia, emparenta con el deber de negociar reconocido en el artículo 89 del ET, que es un deber genérico en cuanto referible a cualquier materia susceptible de negociación colectiva. Aunque dado su parentesco con el deber genérico de negociar se podría cuestionar la ubicación sistemática de este deber específico, consideramos es un acierto al poner el acento en la materia que regula (la igualdad de género), y de ahí que encaje mucho mejor dentro del artículo 85 del ET, sobre el “contenido” de los convenios colectivos, y no en el 89, sobre “tramitación”.

Si nos encontramos ante un auténtico deber de negociar específico para las medidas de igualdad, la indagación acerca de su significación necesariamente pasa por una comparativa con el deber genérico de negociar colectivamente para apreciar las semejanzas (que tienen que ver con la tramitación) y las diferencias (justificadas en la materia del deber específico con el fin de atribuirle un mayor alcance y coercibilidad).

Los dos deberes (y esta es una semejanza clara) exigen negociar de buena fe⁶, lo que se traduce en un haz de obligaciones: iniciación del tracto contractual con la comparecencia a la reunión de apertura del proceso negociador; disposición real a intercambiar opiniones y debatir propuestas y contrapropuestas, ofreciendo motivación e información

⁴ Tempranamente se manifestó en este sentido, atendiendo a la letra, lógica y sistemática de la norma, JAIME CABEZA PEREIRO, “Derecho colectivo y principio de igualdad” en *Ley de Igualdad y Contrato de Trabajo* (coord.: JOSÉ FERNANDO LOUSADA AROCHENA), Editorial Francis Lefebvre (Madrid, 2007), páginas 163 y 164, y “Los planes de igualdad y la negociación colectiva”, en *Políticas de género* (dir.: MARÍA ELÓSEGUI ITXASO), Consejo General del Poder Judicial (Madrid, 2008), páginas 135 ss.

⁵ En contra, MANUEL PÉREZ PÉREZ / ESPERANZA ROALES PANIAGUA consideran que el deber de negociar medidas de igualdad es un nuevo contenido mínimo del convenio colectivo, y si como tal no se ha recogido en el apartado 3 del artículo 85 del ET ha sido, según estos autores, *más para evitar denuncias de intervencionismo* que por puras razones jurídicas, “El deber, el derecho y la promoción de medidas y planes de igualdad en la negociación colectiva”, *Temas Laborales*, número 91, 2007, páginas 300 a 305.

⁶ Aunque no ofrece ninguna duda la exigencia de buena fe en la negociación de medidas de igualdad, y además hoy día se deduce del artículo 5.2 del RD 901/2020 en la medida en que “el procedimiento de negociación en aquellos aspectos no expresamente tratados en el presente reglamento será el establecido en el artículo 89 del Estatuto los Trabajadores”, lo que incluye el deber de buena fe, no ha perdido actualidad la crítica de JUANA MARÍA SERRANO GARCÍA cuando echa en falta que ni la LOIEMH ni el ET establezca esa exigencia de una manera expresa, en contraste con el *Code du Travail* de Francia donde se obliga expresamente a la negociación leal y seria, *Participación y planes de igualdad en la Ley Orgánica de Igualdad Efectiva entre Mujeres y Hombres*, Editorial Bomarzo (Albacete, 2007), página 76.

pertinente para justificar la posición propia y oponerse a la contraria; y realización de los esfuerzos razonables para alcanzar, en tiempo razonable, el acuerdo⁷.

Otra semejanza clara entre el deber genérico de negociar del artículo 89.1 del ET y el deber específico de negociar medidas de igualdad de los artículos 45.1 de la LOIEMH y 85.1.II del ET, es el que ninguno de ellos obliga a llegar a un acuerdo, y, en cuanto a este segundo, el que ello es así se deriva explícitamente de la expresión “medidas que deberán negociar, y en su caso acordar” del artículo 45.1 de la LOIEMH.

Respecto a las diferencias entre el deber genérico de negociar del artículo 89.1 del ET y el deber específico de negociar medidas de igualdad de los artículos 45.1 de la LOIEMH y 85.1.II del ET, estando este concretado en determinadas materias, mientras aquel es genérico, se compadece ello con el mayor alcance de este respecto a aquel:

Primero: el deber genérico de negociar se refiere a las materias fijadas en la comunicación inicial (artículo 89.1 del ET), y se enerva si hay convenio en vigor (sin perjuicio del artículo 86.1.II del ET), mientras el específico no encuentra esas limitaciones, de donde se puede exigir la negociación de medidas de igualdad en cualquier momento de la negociación o vigencia de un convenio colectivo estatutario.

Segundo: el deber genérico de negociar está pensado para la negociación colectiva estatutaria, mientras el específico entendemos se puede canalizar válidamente a través de la extraestatutaria (de hecho, los planes de igualdad, que es el producto negocial más acabado del deber específico de negociar medidas de igualdad, no tienen que incluirse en un convenio colectivo estatutario, ni cumplir sus formalidades legales típicas). Se puede afirmar, en consecuencia, que el artículo 85.1.II del ET no agota la remisión a la “legislación laboral” que se contiene en el artículo 45.1 de la LOIEMH⁸.

Tercero: el deber genérico de negociar presenta una débil coercibilidad (una acción declarativa en proceso de conflicto colectivo y no constituye ninguna infracción administrativa concreta), mientras el incumplimiento del deber específico de negociar medidas de igualdad, si ese incumplimiento pone al descubierto una vulneración de la igualdad de trato (discriminación directa o indirecta) habilita el proceso judicial de tutela de derechos fundamentales, y esa vulneración es susceptible de constituir una infracción administrativa muy grave del artículo 8.12º, 13º y 13º bis de la LISOS.

⁷ En igual sentido, PATRICIA NIETO ROJAS entiende que “se ha adoptado por la empresa una actitud dialogante si no se limita a lanzar una propuesta inflexible y está dispuesta a introducir ciertos cambios en la misma, a ofrecer explicaciones sobre su postura o a mantener el proceso abierto durante un plazo razonable de tiempo”, “Medidas y planes de igualdad en las empresas. Proceso de creación e implantación” en *Comentarios laborales de la Ley de Igualdad entre Mujeres y Hombres*, coordinados por JESÚS RAMÓN MERCADER UGUINA, Editorial Tirant lo Blanch (Valencia, 2007), páginas 409-410.

⁸ En igual sentido, FERNANDO VALDÉS DAL-RÉ concluye que “los ámbitos de imputación normativa de los deberes de negociar medidas y planes de igualdad previstos en la LOIEMH y en el ET no son coextensos o, si se prefiere, tales deberes no se agotan estrictamente ... en la negociación de convenios de eficacia general; también se activan en la negociación de acuerdos colectivos así como, y con la atipicidad social que ello tiene, en la negociación de convenios colectivos de eficacia limitada, sea cual fuere el nivel en el que estos fueren suscritos”, *Igualdad de género ...*, obra citada, página 82. En contra, SARA RUANO ALBERTOS / ARÁNZAZU VICENTE PALACIO, para quienes reconducir el deber de negociar medidas de igualdad a la negociación estatutaria es “bastante más plausible por motivos de razonabilidad y pragmatismo”, *Comentarios a la Ley de Igualdad*, dirigidos por JOSÉ IGNACIO GARCÍA NINET y coordinados por AMPARO GARRIGUES GIMÉNEZ, Editorial CISS (Valencia, 2007), páginas 356 y 357.

El RDL 6/2019 ha ahondado en las diferencias de coercibilidad pues (y aquí es tanto si el incumplimiento afecta a la igualdad de trato como a la de oportunidades) se ha tipificado como infracción administrativa grave no cumplir las obligaciones que en materia de medidas de igualdad establecen la LOIEMH o el convenio colectivo que sea de aplicación (art. 7.13^a de la LISOS, con anterioridad al RDL 6/2019 solo se tipificaba no cumplir las obligaciones legales o convencionales referidas a los planes de igualdad).

Gracias al reconocimiento del deber de negociar en unos términos en parte semejantes al deber genérico de negociar colectivamente (negociación de buena fe, sin obligación de llegar a acuerdo), pero en otras partes en términos más incisivos (se puede exigir la negociación de medidas de igualdad en cualquier momento de la negociación o vigencia de un convenio colectivo, y además se puede exigir en el ámbito de la negociación colectiva extraestatutaria, y en todo caso con unas mayores dosis de coercibilidad jurídica), debemos concluir, con la mejor doctrina, que “las materias sobre promoción de la igualdad y eliminación de discriminaciones han transitado desde la periferia al centro más característico de la negociación colectiva y se conciben desde la LO 3/2007 como contenidos privilegiados de los convenios colectivos”⁹, o que “la LOIEMH ha rescatado a la negociación colectiva de la zona periférica y suburbial en la que se había instalado, en parte por decisión legal y en parte, y en modo alguno menor, por voluntad propia, ubicándola en una posición ... de una innegable visibilidad”¹⁰.

2.4. Deber de adoptar medidas de igualdad

El artículo 45.1 de la LOIEMH no solo se refiere a un deber de negociar (cuya formalización se remite al ET, y en concreto a su artículo 85.1.II), sino que también obliga a las empresas a “adoptar medidas dirigidas a evitar cualquier tipo de discriminación laboral entre mujeres y hombres” con la finalidad de “respetar la igualdad de trato y de oportunidades en el ámbito laboral”, lo cual, a la vista de la literalidad de la norma, nos permite concluir ciertas diferencias entre ambos deberes:

- que (a diferencia del deber de negociar que implica a la representación del personal) el de adoptar medidas de igualdad implica exclusivamente a la empresa; y
- que (a diferencia del deber de negociar que no obliga a acordar medidas de igualdad) el de adoptar medidas de igualdad obliga, obviamente, a su adopción.

Aunque ambos deberes se refieren a medidas de igualdad de trato y oportunidades (para el deber de negociar literalmente lo dice el artículo 85.1.II del ET, y para el deber de adoptar así se puede deducir del artículo 45.1 de la LOIEMH), mientras en el deber de negociar hay que negociar unas y otras medidas con igual exigencia, en cuanto al deber

⁹ JAIME CABEZA PEREIRO, “Derecho ...”, obra citada, página 165, y “Los planes ...”, obra citada, página 138.

¹⁰ FERNANDO VALDÉS DAL-RÉ, *Igualdad de género ...*, obra citada, página 64.

de adoptar medidas de igualdad no son lo mismo unas que otras, pues las de igualdad de trato se hacen imprescindibles para eliminar la discriminación y su no adopción determinaría la exigencia de responsabilidades a la empresa incumplidora, mientras que las de igualdad de oportunidades no presentan la misma exigibilidad jurídica, quedando el remedio más en el ámbito de la responsabilidad social corporativa, sin perjuicio de la obligación de los Poderes Públicos de promover medidas para que la igualdad de las personas sea real y efectiva (en aplicación del artículo 9.2 de la CE).

2.5. Dinámica de los deberes de negociar y adoptar medidas de igualdad

Como ambos deberes se dirigen a implantar medidas de igualdad concretas, están dirigidas a superar carencias de igualdad que se han manifestado de algún modo.

El modo más prototípico de manifestación de una carencia de igualdad de género en una empresa debería ser el análisis de la información que la representación unitaria del personal debe recibir, “al menos anualmente, información relativa a la aplicación en la empresa del derecho de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, en la que deberá incluirse el registro previsto en el artículo 28.2 (registro salarial) y los datos sobre la proporción de mujeres y hombres en los diferentes niveles profesionales, así como, en su caso, sobre las medidas que se hubieran adoptado para fomentar la igualdad entre mujeres y hombres en la empresa y, de haberse establecido un plan de igualdad, sobre la aplicación del mismo” (artículo 64.3 del ET).

Pero caben perfectamente cualesquiera otros medios de descubrimiento de la desigualdad (por ejemplo, un estudio diagnóstico de un parámetro de igualdad, una queja presentada por persona trabajadora, una actuación judicial o administrativa ...)¹¹.

Ante esa constatación, el artículo 45.1 de la LOIEMH nos conduce a la negociación colectiva estatutaria en los términos del artículo 85.1.II del ET, y en su caso a la negociación colectiva extraestatutaria (aunque, a nuestro juicio, a esta se acudiría solo después de agotar infructuosamente la estatutaria), de modo que, si se alcanza un acuerdo sobre las medidas de igualdad queda simultáneamente cumplido el deber de negociar y el de adoptar medidas de igualdad, siendo cuando fracasa en todo o en parte la negociación cuando queda al descubierto el deber de adoptar medidas de igualdad porque, si lo entendiésemos de otra manera, “se estaría concediendo al empresario un derecho de veto”¹², lo que, obviamente, no resulta ser una interpretación razonable.

¹¹ De manera parecida, JUANA MARÍA SERRANO GARCÍA afirma que “(el) deber de negociar se transforma en obligación de negociar para el empresario cuando, tras analizar la situación empresarial, se confirma el incumplimiento en la empresa del principio de igualdad”, *Participación ...*, obra citada, página 76. En contrario, FERNANDO VALDÉS DAL-RÉ considera que, al buscar la LOIEMH tanto la reparación de la discriminación como su prevención, la existencia de dichos deberes “no queda condicionada a la previa constatación o sospecha, en el ámbito de la empresa, de una situación de desigualdad”, *Igualdad de género ...*, obra citada, página 95. Pero ello, al predicar en todos los casos esos deberes, dejaría sin espacio a la responsabilidad social corporativa (artículos 72 y 73 de la LOIEMH).

¹² Utilizando las palabras de JUANA MARÍA SERRANO GARCÍA, *Participación ...*, obra citada, página 78.

Varia el alcance del deber de adoptar medidas de igualdad tras el fracaso del deber de negociar según si la situación de desigualdad a la que se pretende dar una solución afecta al principio de igualdad de trato o al de igualdad de oportunidades:

- en el primer caso, la empresa se encuentra obligada legalmente a remediar la situación consistente en una discriminación directa o indirecta, so incumplimiento de la prohibición de discriminación contenida en los artículos 3 y 6 de la LOIEMH;
- en el segundo caso no existe estrictamente una obligación, de donde el remedio dependerá más de la responsabilidad social de la empresa y de su compromiso con la igualdad, sin perjuicio, naturalmente, de la existencia de ayudas públicas que inciten al fomento de la igualdad, y la empresa las disfrute o pretenda disfrutarlas.

En todo caso, el mecanismo de la adopción unilateral de medidas de igualdad está subordinado al mecanismo de la negociación, que es de aplicación preferente. De ahí que las medidas unilateralmente acordadas por la empresa pueden en cualquier momento ser sustituidas o modificadas a través de alguno de los instrumentos generados en el cauce negocial, sea este un convenio colectivo o sea un acuerdo de empresa.

2.6. Publicidad de las medidas negociadas o acordadas

La LOIEMH no contempla con relación a las medidas de igualdad una disposición de alcance similar al artículo 47 de la LOIEMH sobre transparencia en los planes de igualdad. Alguna autorizada doctrina ha sostenido la necesidad de aplicación analógica¹³. Pero acaso ni ello sea necesario pues la LOIEMH ha modificado el artículo 64 del ET para reconocer a la representación unitaria del personal el derecho “a recibir información ... sobre las medidas que se hubieren adoptado para fomentar la igualdad entre mujeres y hombres en la empresa”. Si bien el artículo 47 de la LOIEMH es algo más exigente dada la complejidad del plan de igualdad, la diferencia de régimen en orden a la transparencia de planes y medidas, encuentra por eso mismo justificación.

También en esta línea de transparencia, el RD 901/2020 posibilita el depósito voluntario en el Registro de Planes de Igualdad de las medidas, acordadas o no, que sean adoptadas conforme a los artículos 45.1 y 48 de la LOIEMH, así como las medidas específicas para prevenir el acoso sexual y el acoso por razón de sexo en el trabajo.

3. Concepto legal de plan de igualdad

La LOIEMH define los planes de igualdad obligatorios para grandes y medianas empresas como sigue: “Los planes de igualdad de las empresas son un conjunto ordenado de

¹³ En este sentido, FERNANDO VALDÉS DAL-RÉ, *Igualdad de género ...*, obra citada, páginas 104 y 105.

medidas, adoptadas después de realizar un diagnóstico de situación, tendentes a alcanzar en la empresa la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres y a eliminar la discriminación por razón de sexo. Los planes de igualdad fijarán los concretos objetivos de igualdad a alcanzar, las estrategias y prácticas a adoptar para su consecución, así como el establecimiento de sistemas eficaces de seguimiento y evaluación de los objetivos fijados” (artículo 46.1 de la LOIEMH).

Tal definición, aunque está pensada para los planes de igualdad obligatorios para las grandes y medianas empresas, resulta aplicable a todas las modalidades de planes de igualdad pues recoge los elementos esenciales que configuran un plan de igualdad:

- Elementos estáticos, que son los que más claramente asociamos a la existencia de un plan de igualdad: un conjunto ordenado de medidas dirigidas al fin de la igualdad, lo que es la antítesis de medidas dispersas y sin coherencia interna¹⁴.
- Pero el plan de igualdad, para serlo, exige la concurrencia de ciertos elementos dinámicos: realización previa de un diagnóstico de situación, adopción y establecimiento de sistemas eficaces de seguimiento y evaluación de los objetivos¹⁵.

Solo si concurren todos los elementos estáticos y los elementos dinámicos existirá un auténtico plan de igualdad; si no concurren todos ellos, no se puede considerar un auténtico plan de igualdad, sino medidas genéricas o aisladas de igualdad.

4. Los deberes de negociar y de adoptar planes de igualdad en grandes y medianas empresas

Según el apartado 2 del artículo 45 de la LOIEMH (e idénticamente, el artículo 2.2 del RD 901/2020), “en el caso de las empresas de más de cincuenta o más trabajadores, las medidas de igualdad a que se refiere el apartado anterior deberán dirigirse a la elaboración y aplicación de un plan de igualdad con el alcance y contenido establecidos en este Capítulo, que deberá ser asimismo objeto de negociación en la forma que se determine en la legislación laboral”. O sea, el deber de implantar planes de igualdad en grandes y medianas empresas y el deber de negociarlos se configuran como modulaciones del deber

¹⁴ Como muy bien explica GEMMA FABREGAT MONFORT, “el plan de igualdad, en sí mismo, exige una integración, una unidad ... es un todo, con coherencia interna ... una serie de medidas adaptadas de forma aislada y sin sistemática interna o idea de conjunto no podrían ser consideradas como un plan de igualdad (de donde) el plan de igualdad comporta, en esencia, la idea de unidad, la idea de estructura y coherencia interna en la elaboración de ese elenco de medidas o acciones positivas para alcanzar la igualdad real en el ámbito en el que se va a aplicar como tal plan de igualdad”, *Los planes de igualdad como obligación empresarial*, Editorial Bomarzo (Albacete, 2007), página 13, y *La obligatoriedad del plan de igualdad tras el RDL 6/2019 de 1 de marzo*, Editorial Bomarzo (Albacete, 2019), página 16.

¹⁵ Siguiendo de nuevo las explicaciones de GEMMA FABREGAT MONFORT, “al condicionar las medidas que conforman el plan de igualdad a la existencia de una previa evaluación de la realidad, a la realización de un previo diagnóstico de situación, la LOI incide en la idea de que el plan de igualdad no puede ser entendido como algo autónomo o independiente de la realidad a la que se va a aplicar, sino que antes al contrario: se debe ajustar a esta”, *Los planes ... y La obligatoriedad ...*, obras citadas, *ibidem*.

de adoptar y negociar medidas de igualdad, con regulaciones paralelas. No obstante ese paralelismo, tales deberes operan en ámbitos excluyentes: los planes de igualdad en las empresas obligadas; las medidas de igualdad en las demás¹⁶.

4.1. Fuentes normativas y la intervención articuladora de la negociación colectiva

Los planes de igualdad obligatorios en grandes y medianas empresas se regulan en los artículos 45, 46 y 47 de la LOIEMH con su desarrollo reglamentario en el RD 901/2020, que le dedica a la cuestión la práctica totalidad de su contenido normativo.

Además, el artículo 45.2 *in fine* posibilita la intervención articuladora de la negociación colectiva en los términos establecidos en el ET, según cuyo artículo 85.2.II “sin perjuicio de la libertad de contratación que se reconoce a las partes, a través de la negociación colectiva se articulará el deber de negociar planes de igualdad en las empresas de más de doscientos cincuenta trabajadores” (sic, el RDL 6/2019 se olvidó de adecuar esta norma a la reducción del umbral a empresas de más de 50 trabajadores, lo que nos obliga a hacer una fuerte interpretación correctora) en los siguientes términos:

- (a) “En los convenios colectivos de ámbito empresarial, el deber de negociar se formalizará en el marco de la negociación de dichos convenios”. Supuesto de la norma es una empresa con un convenio colectivo estatutario propio. Y la finalidad de la norma es reconducir la negociación del plan de igualdad al ámbito estatutario, excluyendo el extraestatutario. Ahora bien, la referencia a “el marco de la negociación” nos permite admitir tanto la inclusión del plan de igualdad en el articulado o en un anexo del convenio colectivo, como la adopción de otras fórmulas dentro del marco de la negociación colectiva estatutaria (acuerdos que, no obstante negociarse dentro del marco del convenio colectivo estatutario, se han negociado de manera independiente).

No contempla la norma los convenios de ámbito infraempresarial, lo cual se compeadece con el ámbito empresarial que, según el artículo 46.3 de la LOIEMH, ostenta el plan de igualdad. Por ello, en las empresas con varios convenios colectivos propios (de centro de trabajo, multicentro o franja), el plan de igualdad de la empresa adoptará la fórmula de convenios o acuerdos que tanto pueden articular la negociación en ámbitos infraempresariales como pueden establecer normas sustantivas de mayor o menor concreción aplicables con carácter general (o ambas cosas). Tales convenios o acuerdos debieran ser, a nuestro juicio, estatutarios si aplicamos el espíritu de la norma.

¹⁶ FERNANDO VALDÉS DAL-RÉ, para quien “los deberes de negociar medidas y planes de igualdad carecen de puntos de encuentro ... 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”, *Igualdad de género ...*, obra citada, páginas 93 y 94.

- (b) “En los convenios colectivos de ámbito superior a la empresa, el deber de negociar se formalizará a través de la negociación colectiva que se desarrolle en la empresa en los términos y condiciones que se hubieran establecido en los indicados convenios para cumplimentar dicho deber de negociar a través de las oportunas reglas de complementariedad”. Supuesto de la norma es una empresa sin convenio colectivo estatutario propio. Y la finalidad de la norma es potenciar la apertura de espacios negociadores en empresas donde la negociación colectiva estatutaria no se desarrolló¹⁷.

Tal previsión legal se refiere a cláusulas dirigidas a la articulación de la negociación empresarial, pero, en aras a la autonomía de las partes negociadoras, nada les impide establecer normas sustantivas sobre derechos de igualdad aplicables de modo general (o sea, en la totalidad del ámbito de aplicación personal del convenio colectivo).

El problema surge cuando (y ello no es inusual) el convenio colectivo supraempresarial establece normas sustantivas sobre derechos de igualdad aplicables de modo general y que entran en contradicción con las medidas del plan de igualdad:

- Si el convenio colectivo supraempresarial contiene cláusulas de articulación de la negociación en ámbitos infraempresariales (es lo que la norma prevé), se estará a estas, aunque salvando la posibilidad de la prioridad aplicativa que se reconoce al convenio de empresa en las materias recogidas en el artículo 84.2 del ET, y que, a nuestro juicio, también opera con los planes de igualdad pues la idea general del artículo 85.2.II del ET es que se desarrollen en el marco de la negociación colectiva estatutaria.
- Si el convenio colectivo supraempresarial no establece reglas de complementariedad (supuesto, además, asaz frecuente), y ante la laguna legal (pues si la empresa no tiene convenio colectivo propio no se le puede aplicar la letra a, y tampoco se le aplica la b ante la ausencia de reglas de complementariedad), a nuestro juicio las partes negociadoras pueden negociar un plan de igualdad (por las razones recién expuestas de que la idea general del artículo 85.2.II del ET es que los planes de igualdad se desarrollen en el marco de la negociación colectiva estatutaria) dentro del ámbito material de la prioridad aplicativa del artículo 84.2 del ET. Fuera de ese ámbito, entraría en juego la prohibición de concurrencia del artículo 84.1 del ET, de la que solo se librarían las mejoras a favor de las personas trabajadoras en la medida en la que, al ser mejoras, no entrarían en concurrencia conflictiva con el convenio supraempresarial.

¹⁷ A ese efecto positivo del artículo 85.2.II.b) del ET se refiere RICARDO ESCUDERO RODRÍGUEZ, “Planes de igualdad en la Ley Orgánica 3/2007”, *Relaciones Laborales*, número 9, 2007, página 70, quien cita como ejemplos de sectores productivos con un elevado número de empresas y en los que la negociación colectiva de empresa o no está desarrollada o lo está de manera precaria, los de limpieza, banca, cajas de ahorros, grandes almacenes, telemarketing, hostelería y residencias de personas mayores.

3.2. *Ámbito subjetivo de aplicación de los planes de igualdad*

Según la LOIEMH, “los planes de igualdad incluirán la totalidad de una empresa, sin perjuicio del establecimiento de acciones especiales adecuadas respecto a determinados centros de trabajo” (artículo 46.3 de la LOIEMH). Por lo tanto, el ámbito subjetivo de aplicación de los planes de igualdad es, como norma general, la empresa, y afectarán a todo su personal, salvo acciones especiales para ciertos centros de trabajo. Con esta norma no se pretende tanto igualar las medidas a aplicar en los distintos centros de trabajo, de ahí la salvedad final que en ella se contiene, como evitar que, por el juego de las normas generales sobre representación legal del personal, determinados centros con una escasa o nula representación queden descolgados del plan de igualdad.

¿Qué se entiende por empresa en el supuesto de grupos de empresas: el grupo o cada una de las empresas del grupo? Como la LOIEMH no distingue, y habla siempre de empresa, debemos estar a cada una de las empresas del grupo. El RD 901/2020 (artículo 2.6) presupone esta solución aunque introduce una matización razonable a la vez que respetuosa con la autonomía colectiva pues posibilita que tengan “un plan único todas o parte de las empresas del grupo” si lo acuerdan las organizaciones legitimadas para negociar un convenio colectivo de grupo de empresas según el artículo 87 del ET.

Ahora bien, esta posibilidad se rodea de ciertas cautelas con la finalidad de evitar que la existencia de un plan de igualdad de grupo de empresas se utilice para justificar o para eludir las obligaciones de alguna o algunas de las empresas del grupo.

Con carácter general, “el plan de igualdad de grupo deberá tener en cuenta la actividad de cada una de las empresas que lo componen y los convenios colectivos que les resultan de aplicación, e incluir información de los diagnósticos de situación de cada una de estas”. Se pretende evitar que, bajo el manto del plan, se eluda lo establecido en algún convenio colectivo o se quede sin diagnosticar la situación de alguna empresa.

Más específicamente para el caso de que el plan de igualdad no incluya a todas las empresas del grupo (plan de igualdad de parte del grupo), se deja claro que ello “no afecta a la obligación, en su caso, de las empresas no incluidas en el plan de grupo de disponer de su propio plan de igualdad”, y además se exige “justificar la conveniencia de disponer de un único plan de igualdad para varias empresas de un mismo grupo”.

¿Se les aplica el plan de igualdad de la empresa usuaria a las personas trabajadoras cedidas por empresas de trabajo temporal durante los períodos de prestación de servicios? Así lo ha entendido la jurisprudencia invocando la aplicación e interpretación de las normas con perspectiva de género (STS 778/2019, de 13 de noviembre, Rec. Cas. 75/2018), y lo ha normativizado el RD 901/2020 (artículo 10).

Una análoga argumentación debería conducir a que a las personas becarias y al voluntariado también se le debería aplicar el plan de igualdad. En este sentido, a las personas becarias y al voluntariado se les aplican las medidas de prevención de la violencia sexual en el trabajo (artículo 12.2.II de la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual), y no se ve razón para que esta extensión no se haga también con las otras medidas establecidas en el plan de igualdad.

3.3. Cuantificación del número de personas trabajadoras

Ya antes del RD 901/2020, la doctrina más atinada¹⁸ se había inclinado por computar todos los contratos de trabajo porque la LOIEMH no distingue y porque es lo más acorde con su finalidad de erradicar la discriminación. En igual sentido de completud, el RD 901/2020 (artículo 3.1) contempla las siguientes tres precisiones:

- (a) que “se tendrá en cuenta la plantilla total de la empresa, cualquiera que sea el número de centros de trabajo de aquella y cualquiera que sea la forma de contratación laboral, incluidas las personas con contratos fijos discontinuos, de duración determinada y de puesta a disposición”;
- (b) que “cada persona con contrato a tiempo parcial se computará, con independencia del número de horas de trabajo, como una persona más”; y
- (c) que “a este número de personas deberán sumarse los contratos de duración determinada, cualquiera que sea su modalidad que, habiendo estado vigentes en la empresa durante los seis meses anteriores, se hayan extinguido en el momento de efectuar el cómputo”, y en el caso de extinción dentro de los seis meses anteriores, “cada cien días trabajados o fracción se computará como una persona más”.

A la vista de la letra de la norma (se habla de “trabajadores”), lo que resulta excluido son las personas becarias y los socios de cooperativas, pues no son trabajadores¹⁹. Lo mismo cabría decir del voluntariado. Pero nada debería impedir que, de existir un plan de igualdad, se extendiese su aplicación a todos estos colectivos.

El cómputo deberá efectuarse a efectos de comprobar que se alcanza el umbral de personas de plantilla que hace obligatorio el plan de igualdad, al menos, el último día de los meses de junio y diciembre de cada año (artículo 3.2 del RD 901/2020).

Pero, *¿qué ocurre en los casos en que, en cualquier momento, se supera el umbral que hace obligatorio el plan de igualdad?* Ya antes del RD 901/2022 la doctrina se había inclinado por la obligatoriedad del plan aunque luego el número fluctuase a la baja²⁰. Ahora lo ratifica el RD 901/2020 (artículo 3.3) al establecer al respecto una cláusula de sobredimensionamiento: “Una vez alcanzado el umbral que hace obligatorio el plan de igualdad, cualquiera que sea el momento en que esto se produzca, nacerá la obligación de negociar, elaborar y aplicar el plan de igualdad. Esta obligación se mantendrá aun cuando el nú-

¹⁸ Para JAIME CABEZA PEREIRO, “deben computarse todos los contratos”, “Derecho ...”, obra citada, página 170, y “Los planes...”, obra citada, página 147. FERNANDO VALDÉS DAL-RÉ considera esa solución la que “traduce de manera más fiel el principio de igualdad de trato que informa la ordenación jurídica de las ... modalidades contractuales atípicas; esto es los contratos de trabajo de duración determinada ... y los trabajos a tiempo parcial ...”, *Igualdad de género ...*, obra citada, página 111.

¹⁹ IÑIGO SAGARDOY DE SIMÓN / PILAR NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS / PATRICIA NIETO ROJAS, *Igualdad retributiva, planes de igualdad y registro salarial*, Dykinson (Madrid, 2022), página 98.

²⁰ Para GEMMA FABREGAT MONFORT “un plan de igualdad a temporadas genera una inseguridad jurídica que no me parece defendible, o al menos no me lo parece si no se trata de variaciones cuantitativas de plantilla con unos efectos tan dilatados en el tiempo que sí puedan justificarlo ... menos aún me parece que pueda defenderse el permitir que no se adopte el plan de igualdad en los momentos en los que sí se alcance el número de 250 trabajadores, por ser estos residuales en la cotidianeidad de la empresa” (*Los planes ...*, obra citada, página 24, y *La obligatoriedad ...*, obra citada, páginas 30 y 31).

mero de personas trabajadoras se sitúe por debajo de cincuenta, una vez constituida la comisión negociadora y hasta que concluya el periodo de vigencia del plan acordado en el mismo, o en su caso, durante cuatro años”.

4. Obligatoriedad del plan de igualdad impuesta en convenio colectivo

Según establece el apartado 3 del artículo 45 de la LOIEMH, “sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado anterior (o sea, aunque no sean grandes o medianas empresas), las empresas deberán elaborar y aplicar un plan de igualdad cuando así se establezca en el convenio colectivo que sea aplicable, en los términos previstos en el mismo”.

“Cuando así se establezca en el convenio colectivo que sea aplicable”, es una expresión amplia que avala tanto el empresarial como el supraempresarial. Incluso valdría, a nuestro juicio, en uno infraempresarial en cuanto el convenio colectivo no implica asumir el postulado de ámbito empresarial del artículo 46.3 de la LOIEMH. Aunque en este caso se debería establecer expresamente y motivar la segregación de la unidad comercial infraempresarial, sin generar diferencias de trato injustificadas, pues el RD 901/2022, a falta de norma expresa en contrario, en su artículo 2.3, se remite, para estos casos, a lo establecido en la LOIEMH (incluyendo, así pues, su artículo 46.3).

¿Se podría obligar en uno extraestatutario? Sí, porque si el empresario puede adoptar voluntariamente un plan de igualdad (artículo 45.5 de la LOIEMH), es razonable admitir sea obligado en un convenio colectivo extraestatutario. Ahora bien, las mejoras contenidas en ese plan de igualdad para las personas trabajadoras no se podrían limitar a las representadas en su negociación salvo en las mismas condiciones en que se podría eludir el artículo 46.3 de la LOIEMH: que se establezca expresamente, que se motive debidamente y que no se generen diferencias de trato injustificadas.

En todo caso, el plan de igualdad impuesto en convenio colectivo será en “los términos previstos en el mismo”, lo que contrasta con los planes de igualdad legalmente obligatorios que lo serán “con el alcance y contenido establecidos en este capítulo” (como se afirma en el artículo 45.2 de la LOIEMH). No obstante, si se establece una obligación convencional, lo más probable es que haga remisión a la regulación legal en cuanto al alcance y al contenido del plan de igualdad, o, sin hacer esa expresa remisión, esa regulación legal se tome como modelo. Seguramente esta inteligencia es la que ha llevado al RD 901/2020 a establecer su aplicabilidad a estos planes salvo lo que expresamente se prevea en el convenio colectivo que obliga a su adopción (artículo 2.3).

5. Obligatoriedad del plan de igualdad impuesta por la autoridad laboral

Según el apartado 4 del artículo 45 de la LOIEMH, “las empresas también elaborarán y aplicarán un plan de igualdad, previa negociación o consulta, en su caso, con la representación legal de los trabajadores y trabajadoras, cuando la autoridad laboral hubiera

acordado en un procedimiento sancionador la sustitución de las sanciones accesorias por la elaboración y aplicación de dicho plan, en los términos que se fijen en el indicado acuerdo”, lo que se concreta (artículo 46 bis.2 de la LISOS) en el caso de las infracciones muy graves tipificadas en el apartado 12 del artículo 8 y en el apartado 2 del artículo 16 de la LISOS referidas a discriminación por razón de sexo.

De la lectura conjunta de ambas normas legales (el artículo 45.4 de la LOIEMH y el artículo 46 bis.2 de la LISOS) se extraen diversas consideraciones interpretativas.

Primera: la literalidad del artículo 46 bis.2 de la LISOS impide aplicar la conmutación en relación con todas las infracciones punibles con sanciones accesorias según el artículo 46 bis.1 de la LISOS, pues solo cabe para las infracciones previstas (artículos 8.12º y 16.2º de la LISOS y solo si se trata de discriminación por razón de sexo) por más que se pudiera sostener *lege ferenda* la conveniencia de la conmutación en otros casos con identidad de razón (por ejemplo, el artículo 8.13º sobre acoso sexual, o el 8.13º bis, sobre acoso sexista; en general, con respecto a otras discriminaciones).

Segunda: la ambigüedad de la expresión “previa negociación o consulta, en su caso, con la representación legal de los trabajadores y trabajadoras”, se debe entender en el sentido de que se agotará el intento de negociación y solo si fracasa se acudirá a la consulta, sin que, a nuestro juicio, se le atribuya la facultad de decidir una cosa u otra a la Autoridad Laboral²¹. Pero no resulta claro si la negociación o consulta es un elemento constitutivo de la posibilidad de conmutación, de donde se ha discutido acerca de si, sin existir esa representación en la empresa, cabe o no la conmutación, una cuestión sobre la cual existen opiniones doctrinales razonables que la admiten²² y otras que la niegan²³.

Tercera: la referencia a “un plan de igualdad en la empresa” se debe entender (porque nos encontramos ante un expediente administrativo referido no a la situación general de la empresa sino a una infracción concreta) como un plan para la mejora de los parámetros de igualdad dentro del ámbito del incumplimiento administrativo de que se trate (por ejemplo, en el retributivo si la sanción se deriva de discriminación salarial). Ahora bien, el que ello sea así no impide que la empresa asuma un plan de igualdad que se refiera a más parámetros de igualdad que los situados en el ámbito del incumplimiento administrativo de que se trate, e incluso que se refiera a todos ellos.

²¹ En este sentido, FERNANDO VALDÉS DAL-RÉ, *Igualdad de género ...*, obra citada, páginas 166 a 168. En sentido contrario, atribuyen la facultad de decidir el procedimiento a la Autoridad Laboral (aunque sin realizar ninguna argumentación), PATRICIA NIETO ROJAS, “Medidas ...”, obra citada, página 404, y SARA RUANO ALBERTOS / ARÁNZAZU VICENTE PALACIO, en los *Comentarios ...*, página 364.

²² Posición doctrinal sostenida por GEMMA FABREGAT MONFORT, para quien “dado que se trata de un plan de igualdad cuya obligatoriedad viene impuesta por la Autoridad laboral y teniendo en cuenta, además, que la negociación se limita en defecto de acuerdo a un trámite de consultas ... de no poderse elaborar el plan de igualdad por no existir representantes de los trabajadores, el empresario podrá amortizar tanto el trámite de la consulta como el de la negociación”, *Los planes ...*, obra citada, página 18. GEMMA FABREGAT MONFORT mantiene esa opinión en *La obligatoriedad ...*, obra citada, página 22.

²³ Posición doctrinal sostenida por FERNANDO VALDÉS DAL-RÉ, para quien “una interpretación sistemática de los artículos en juego, en la que se tenga en cuenta el contexto en el que se adopta la decisión administrativa (procedimiento sancionador abierto por infracción grave a deberes vinculados con la igualdad por razón de género), milita a favor de (la tesis de) ... clausurar toda posible vía de elaboración del plan de igualdad sin la intervención de la representación social de los trabajadores ... esta inteligencia fuerza a excluir el que la Autoridad laboral pueda acordar este procedimiento de sustitución en caso de ausencia de órganos de representación”, *Igualdad de género ...*, obra citada, página 166.

Cuarta: el plan de igualdad impuesto por acuerdo de la Autoridad laboral será en “los términos que se fijen en el indicado acuerdo”, lo que contrasta con los planes de igualdad legalmente obligatorios que lo serán “con el alcance y contenido establecidos en este capítulo” (como se afirma en el artículo 45.2 de la LOIEMH). No obstante, lo más probable es que en el acuerdo se haga remisión a la regulación legal en cuanto al alcance y al contenido del plan de igualdad, o, sin hacer esa expresa remisión, esa regulación legal se tome como modelo. Seguramente esta inteligencia es la que ha llevado al RD 901/2020 a establecer su aplicabilidad a estos planes salvo lo que expresamente se prevea en el convenio colectivo que obliga a su adopción (artículo 2.3).

Si se incumpliere el plan de igualdad sustitutorio de las sanciones accesorias:

- (1) se dejará sin efecto la sustitución de las sanciones accesorias, lo que se aplicará en los términos establecidos legalmente (artículo 46 bis.2 de la LISOS); y
- (2) se incurre en la infracción administrativa específica muy grave (artículo 8.17º de la LISOS) de “no elaborar o no aplicar el plan de igualdad, o hacerlo incumpliendo manifiestamente los términos previstos, cuando la obligación de realizar dicho plan responda a lo establecido en el apartado 2 del artículo 46 bis de esta Ley”.

A la vista de la penalidad de esta infracción administrativa específica muy grave, además de la penalidad asociada a la infracción de origen incluyendo sus sanciones accesorias que han recobrado su plena efectividad, aquella infracción ha generado dudas doctrinales en cuanto a su adecuación con el principio de *non bis in idem* y con el principio de proporcionalidad²⁴, que se deben despejar considerando el complejo conjunto de bienes jurídicos protegidos (la reiteración en la conducta discriminatoria y el incumplimiento de un acuerdo de conmutación). En línea con lo expuesto, la conducta “hacerlo incumpliendo manifiestamente los términos previstos” concurre (eliminado así la aparente ambigüedad de la infracción) cuando ese incumplimiento suponga la reiteración en la conducta discriminatoria, pero no cuando el caso sea otro.

6. Los planes de igualdad voluntarios

Según establece el apartado 5 del artículo 45 de la LOIEMH, “la elaboración e implantación de planes de igualdad será voluntaria para las demás empresas, previa consulta a la representación legal de los trabajadores y trabajadoras”. Aunque literalmente no se exige una negociación sino solo una consulta con la representación legal del personal,

²⁴ JOSÉ DELGADO RUÍZ entiende “desproporcionado sancionar (el) incumplimiento (en relación con el plan de igualdad) con la misma penalidad que la infracción de la que trae causa”, constituyendo “un verdadero supuesto de duplicidad de sanciones”, “Régimen sancionador de la ley de igualdad”, en *Comentarios ...* coordinados por JESÚS RAMÓN MERCADER UGUINA, obra citada, páginas 712 y 713. A nuestro juicio, es más correcta la opinión de MARÍA FERNANDA FERNÁNDEZ LÓPEZ quien destaca que la infracción del artículo 8.17º de la LISOS no solo se justifica en el mantenimiento de la situación discriminatoria no resuelta dado el incumplimiento del plan, sino además en su propio incumplimiento, en cuanto cuestiona su eficacia como instrumento de superación de situaciones discriminatorias, con lo que, al no haber un fundamento común con la infracción de origen, se respeta el *non bis in idem*, *La tutela laboral frente a la discriminación por razón de sexo*, Editorial La Ley (Madrid, 2008), páginas 94 a 99.

la jurisprudencia ha considerado que vulnera el derecho a la negociación colectiva la implantación unilateral de un plan voluntario de igualdad sin una negociación con el sindicato más representativo (STS de 5.4.2022, Rec. 99/2020).

Nada más se dice en la LOIEMH en relación con los planes de igualdad voluntarios, en los que tiene amplia cancha la autonomía colectiva, no solo en relación con su existencia, también en orden a su ordenación. En esta línea, el RD 901/2020 establece la aplicación subsidiaria de su regulación a los planes de igualdad voluntarios solo “cuando así resulte de su contenido” (artículo 2.4), aunque sí impone la empresa como ámbito sin posibles excepciones (artículo 2.5), y obliga a su registro (artículo 11).

7. La comisión negociadora del plan de igualdad

7.1. Constitución de la comisión negociadora

La constitución de la comisión negociadora es el primer paso en la elaboración del plan de igualdad. Nada dice la LOIEMH sobre la cuestión, aunque es obvio que se debe constituir en cuanto una empresa alcanza el umbral que hace el plan legalmente obligatorio. El RD 901/2020 aclara, en su artículo 4.1, que la comisión negociadora se debe constituir tres meses desde haber alcanzado dicho umbral, salvo mejora en convenio colectivo (y por mejora se entiende el establecimiento de un plazo más breve).

Cuando la obligatoriedad del plan de igualdad se impone por convenio colectivo, se estará al plazo establecido en el mismo, o, en su defecto, dentro de los tres meses posteriores a su publicación (artículo 4.2). Si la obligatoriedad se impone por acuerdo de la Autoridad laboral, se estará al plazo establecido en el mismo (artículo 4.3).

¿A quién le corresponde solicitar la constitución de la comisión negociadora? En teoría, a cualquiera de los sujetos legitimados para formar parte de ella: la empresa y la representación legal del personal. Pero en la práctica, y dado que el incumplimiento puede acarrearle sanciones (artículo 7.13^º de la LISOS), es la empresa quien suele llevar la iniciativa, lo que le puede plantear problemas de identificación de los interlocutores cuando sea necesario negociar con representación sindical porque no la haya unitaria²⁵.

7.2. Composición de la comisión negociadora

La regulación reglamentaria acerca de la composición de la comisión negociadora (artículo 5 del RD 901/2020) se ha construido sobre el condicionamiento, exigido por la literalidad del artículo 45 de la LOIEMH, de que la negociación se realizará con la representación legal del personal, esto es la unitaria o la sindical, sin que en la LOIEMH se haya previsto la posibilidad de negociar con comisiones *ad hoc*, con lo cual en los supuestos de

²⁵ Podría solicitarse información sobre la representatividad de los sindicatos en el sector a la Autoridad laboral o a la comisión paritaria del convenio (IÑIGO SAGARDOY DE SIMÓN / PILAR NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS / PATRICIA NIETO ROJAS, *Igualdad retributiva ...*, obra citada, páginas 116-117).

ausencia de representación unitaria solo cabe acudir a la sindical. Desde luego, esto genera problemas prácticos de saturación de los sindicatos y acceso a datos de la empresa de personas ajenas a la misma. Sabido es que, por estos evidentes problemas prácticos, la exclusión de las comisiones *ad hoc* es el único aspecto por el que la patronal se negó a apoyar el RD 901/2020; pero, a nuestro juicio, se trata de un condicionante legal que viene dado por la literalidad del artículo 45 de la LOIEMH, y así lo ha confirmado la jurisprudencia (STS 26.1.2021, Rec. 50/2020).

Pues bien, sobre la base de este condicionante, el RD 901/2020 regula dos supuestos distintos: empresas con representación legal del personal, y empresas sin ella:

- (A) Supuesto de empresas con representación legal del personal: “Participarán en la comisión negociadora, por parte de las personas trabajadoras, el comité de empresa, las delegadas y los delegados de personal, en su caso, o las secciones sindicales si las hubiere que, en su conjunto, sumen la mayoría de los miembros del comité” (artículo 5.2.I). En caso de conflicto entre ambas representaciones, las secciones sindicales que sumen la mayoría de los miembros del comité serán quienes decidan o asumir la negociación, o dejársela a la representación unitaria (artículo 5.2.II).

“La composición de la parte social en la comisión negociadora será proporcional a la representatividad” (artículo 5.2.III). A efectos de fijar la representatividad de cada sindicato negociador, se considerarán los miembros de comités de empresa o delegados de personal provenientes de empresas subrogadas (SAN de 13.10.2021, Rec. 194/2021).

“En las empresas con varios centros de trabajo negociará el comité intercentros si existe y tiene establecidas competencias para la negociación” (artículo 5.2.IV). En otro caso, la jurisprudencia entiende que se designará a los integrantes de la comisión negociadora por los distintos órganos de representación legal de cada centro respetando el principio de proporcionalidad (STS 31.10.1995, Rec. 218/1995; STS 7.3.2002, Rec. 1220/2001). Es nulo el plan de igualdad negociado por el órgano de representación de un centro de trabajo, si la empresa tiene varios (STS 17.3.2020, Rec. 136/2018).

En los grupos de empresa, la negociación del plan de igualdad se regirá por lo establecido en el artículo 87 del ET para los convenios de ese ámbito (artículo 5.2.VII).

- (B) Supuesto de empresas sin representación legal del personal: La parte social estará integrada, con un máximo de seis personas (que también se aplica a la representación de la empresa), “por los sindicatos más representativos y por los sindicatos representativos del sector al que pertenezca la empresa y con legitimación para negociar el convenio colectivo de aplicación” y “se conformará en proporción a la representatividad en el sector y garantizando la participación de todos los sindicatos legitimados” (artículo 5.3.I), aunque (para evitar dilaciones) “esta comisión sindical estará válidamente integrada por aquella organización u organizaciones que respondan a la convocatoria de la empresa en el plazo de diez días” (artículo 5.3.I *in fine*).

Un plan de igualdad puede ser impugnado por la exclusión de la negociación de un sindicato con legitimación suficiente pues vulnera su derecho a la libertad sindical (SAN de 17.2.2012, Pto. 245/2011). Por ello, es nulo el plan de igualdad negociado solo con dos centrales sindicales sin la intervención de una tercera con representación en la empresa y legitimada para intervenir en la negociación colectiva (STS de 11.3.2014, Rec. 77/2013). Vulnera el derecho a la negociación colectiva la implantación unilateral de un plan de igualdad obviando la negociación con el sindicato más representativo, incluso cuando el plan de igualdad es voluntario (STS de 5.4.2022, Rec. 99/2020).

- (C) Supuestos de empresas con centros de trabajo con y sin representación legal del personal: “La parte social estará integrada, por un lado, por los representantes legales de las personas trabajadoras de los centros que cuentan con dicha representación ... y, por otro lado, por la comisión sindical ... en representación de las personas trabajadoras de los centros que no cuenten con la representación legal” (artículo 5.3.II). para facilitar la constitución, “en este caso la comisión negociadora se compondrá de un máximo de trece miembros por cada una de las partes” (artículo 5.3.II *in fine*).
- (D) En todos los supuestos, “deberá promoverse la composición equilibrada entre mujeres y hombres de cada una de ambas partes de la comisión negociadora, así como que sus integrantes tengan formación o experiencia en materia de igualdad en el ámbito laboral” (artículo 5.4). También en todos los supuestos se establece que “la comisión negociadora podrá contar con apoyo y asesoramiento externo especializado en materia de igualdad, quienes intervendrán con voz pero sin voto” (artículo 5.3.III).

¿Qué plazo hay para impugnar el plan de igualdad con defectos en la interlocución con la empresa? Como el plan de igualdad es un producto de la negociación colectiva, es aplicable la jurisprudencia según la cual la impugnación por ilegalidad de un convenio no está sujeta a plazo y puede hacerse a lo largo de toda su vigencia. O sea, la acción para impugnar los planes de igualdad no prescribe al año desde su adopción (SAN de 24.2.2020, Pto. 270/2019; STS de 5.4.2022, Rec. 99/2020).

7.3. Competencias de la comisión negociadora

Por definición, la comisión tiene competencias para la “negociación y elaboración del diagnóstico, así como sobre la negociación de las medidas que integrarán el plan de igualdad”, y así lo expresa el RD 901/2020 (artículo 6.1.a), lo que incluye (aunque nada se dijera, si bien no está nada mal que se diga) la “elaboración del informe de los resultados del diagnóstico” (artículo 6.1.b) y la “identificación de las medidas prioritarias, a la luz del diagnóstico, su ámbito de aplicación, los medios materiales y humanos necesarios para su

debida implantación, así como las personas u órganos responsables, incluyendo un cronograma de actuaciones” (artículo 6.1.c).

Además, se le atribuyen ciertas competencias de ejecución y seguimiento en la ejecución del plan de igualdad: “impulso de la implantación del plan de igualdad en la empresa” (artículo 6.1.d); “definición de los indicadores de medición e instrumentos de recogida de información necesarios para realizar el seguimiento y evaluación del grado de cumplimiento de las medidas del plan” (artículo 6.1.e); e incluso el “impulso de las primeras acciones de información y sensibilización a la plantilla” (artículo 6.2).

Finalmente, la comisión ostenta “cuantas otras funciones pudieran atribuirle la normativa y el convenio colectivo de aplicación, o se acuerden por la propia comisión, incluida la remisión del plan de igualdad que fuere aprobado ante la autoridad laboral competente a efectos de su registro, depósito y publicación” (artículo 6.1.f).

A los efectos del cumplimiento de estas competencias, “la comisión negociadora del plan podrá dotarse de un reglamento de funcionamiento interno” (artículo 6.3).

7.4. Estatuto de las personas intervinientes en la negociación

“Las personas que intervengan en la negociación de los planes de igualdad tendrán los mismos derechos y obligaciones que las personas que intervinieran en la negociación de convenios y acuerdos colectivos”. Además, “deberán observar en todo momento el deber de sigilo con respecto a aquella información que les haya sido expresamente comunicada con carácter reservado (y) en todo caso ningún documento entregado por la empresa a la comisión podrá ser utilizado fuera del estricto ámbito de aquella ni para fines distintos de los que motivaron su entrega”; estos deberes se les exigen a las personas expertas que asistan a la comisión (artículo 5.8 del RD 901/2020).

¿Tienen derecho a retribución las personas miembros de la comisión? Si son representantes del personal, no debería ofrecer duda alguna. Si están mandatados por un sindicato para negociar, entendemos que también pues, conforme a autorizada doctrina, así se deriva tanto del artículo 5.8 del RD 901/2020, como del artículo 37.3.e) del ET²⁶.

8. El procedimiento de negociación del plan de igualdad

8.1. Plazos para llevar a cabo la negociación

Según se deriva del artículo 4.4 del RD 901/2020, y salvo mejora en convenio colectivo (estableciendo un plazo menor pues la norma no avala la posibilidad de ampliar los plazos establecidos reglamentariamente), el plan de igualdad debe estar “negociado, aprobado y presentada la solicitud de registro en el plazo de un año desde el día siguiente

²⁶ IÑIGO SAGARDOY DE SIMÓN / PILAR NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS / PATRICIA NIETO ROJAS, *Igualdad retributiva ...*, obra citada, páginas 121-122.

a la fecha en que finalice el plazo previsto para iniciar el procedimiento de negociación”, lo que, en relación con los planes de igualdad de grandes y medianas empresas legalmente obligatorios, se traduce en que deberán estar al año y tres meses desde que la empresa ha alcanzado el umbral causante de la obligación de tener un plan.

8.2. Diagnóstico de situación

La elaboración del diagnóstico se realizará “en el seno de la comisión negociadora del plan de igualdad” (artículo 46.2.II de la LOIEMH), y de hecho (y así expresamente lo dice el RD 901/2020 en su artículo 7) es la “primera fase de elaboración del plan de igualdad”. Por ello, “constituida la comisión negociadora, y a los efectos de elaborar el diagnóstico de situación, las personas que la integran tendrán derecho a acceder a cuanta documentación e información resulte necesaria a los fines previstos” (artículo 5.7). Tal derecho es correlativo con la obligación de la empresa de facilitar todos los datos e información necesaria para elaborar el diagnóstico, así como los datos del registro regulado en el artículo 28.2 del ET (artículo 46.2 de la LOIEMH).

El diagnóstico incluirá al menos las siguientes materias: “proceso de selección y contratación; clasificación profesional; formación; promoción profesional; condiciones de trabajo, incluida la auditoría salarial; ejercicio corresponsable de los derechos de la vida personal, familiar y laboral; infrarrepresentación femenina; retribuciones; prevención del acoso sexual y por razón de sexo” (artículo 46.2 de la LOIEMH).

Con sustento en estas premisas legales, el desarrollo reglamentario se dirige a garantizar que el diagnóstico sea útil (permitirá obtener la información precisa para diseñar y establecer las medidas evaluables que deben adoptarse, la prioridad en su aplicación y los criterios necesarios para evaluar su cumplimiento), completo (el diagnóstico deberá extenderse a todos los puestos y centros de trabajo de la empresa, y a todos los niveles jerárquicos), y detallado (al respecto, el RD 901/2020 contiene un anexo en donde se establecen los criterios específicos para elaborar el diagnóstico).

Una precisión es necesaria: el diagnóstico de situación no es obligado lo realicen los miembros de la comisión negociadora del plan de igualdad pues a lo que la ley obliga es que se haga en su seno, o sea a su amparo o bajo su paraguas, pero no necesariamente por quienes la componen. De hecho, es habitual encargar esta función a personas o empresas especializadas en la auditoría laboral, e incluso es “aconsejable”²⁷.

8.3. Negociación de buena fe, acuerdo y desacuerdos

El procedimiento de negociación está regulado en el RD 901/2020 (artículo 5) a imagen del procedimiento de negociación de los convenios colectivos. De ahí que “las par-

²⁷ IÑIGO SAGARDOY DE SIMÓN / PILAR NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS / PATRICIA NIETO ROJAS, *Igualdad retributiva ...*, obra citada, páginas 106-107.

tes deberán negociar de buena fe, con vistas a la consecución de un acuerdo". Igualmente, "se levantará acta de cada una de las reuniones de la negociación, que deberán ser aprobadas y firmadas con manifestaciones de parte, si fuera necesario". Además, en aquellos aspectos no expresamente tratados se estará el artículo 89 del ET.

"El acuerdo requerirá la conformidad de la empresa y de la mayoría de la representación de las personas trabajadoras que componen la comisión" (no mayoría de los miembros, sino mayoría de representación, o sea se trata de un voto ponderado). "El resultado de las negociaciones deberá plasmarse por escrito y firmarse por las partes para su posterior remisión a la autoridad laboral competente, a los efectos de registro".

¿Puede la empresa implantar unilateralmente el plan de igualdad cuando no haya representación legal del personal o la negociación está bloqueada? Aunque la jurisprudencia lo admite, lo admite muy restrictivamente. En un supuesto donde no había comité de empresa, se admitió la posibilidad de la implantación unilateral, pero admitiendo la validez del plan solo de manera provisional y obligando a la empresa a negociar cuando con posterioridad se constituyó el comité de empresa (STS de 14.2.2017, Rec. 104/2016). En un supuesto donde la empresa alegó que la representación del personal se negó a sentarse en la mesa negociadora, se negó que ello justificase, sin más, la actuación unilateral de la empresa, "máxime cuando la misma no ha probado haber agotado los medios de solución judicial o extrajudicial del conflicto" (STS de 9.5.2017, Rec. 85/2016). Un bloqueo negociador por parte de la representación legal del personal "podría erigirse en justificación razonable del incumplimiento de la obligación de contar con un plan de igualdad o, al límite, como justificación de la implementación unilateral de un plan de igualdad provisional", pero solo en circunstancias excepcionales como esa de bloqueo negociador, la negativa de la representación a negociar o la ausencia de cualquier tipo de representación (STS de 13.9.2018, Rec. 213/2017). Pero en algún pronunciamiento posterior se ha considerado *obiter dicta* que la ausencia de comité de empresa no justifica a la empresa para imponer unilateralmente un plan de igualdad (STS de 26.1.2021, Rec. 50/2020).

En estos casos de desacuerdo, el deber de buena fe en la negociación obliga a las partes negociadoras, y en particular a la empresa, a un especial esfuerzo para desbloquear las negociaciones, siendo recomendable que realicen concesiones más allá de sus propuestas de partida con la finalidad de evitar estas indeseables situaciones, pudiendo acudir (como se prevé en el artículo 5 del RD 901/2020) a "procedimientos y órganos de solución autónoma de conflictos, si así se acuerda, previa intervención de la comisión paritaria del convenio, si así se ha previsto en el mismo para estos casos".

9. El plan de igualdad

9.1. Contenido

El contenido del plan es "un conjunto ordenado de medidas adoptadas después de realizar un diagnóstico de situación, tendentes a alcanzar en la empresa la igualdad de tra-

to y de oportunidades entre mujeres y hombres y a eliminar la discriminación por razón de sexo” (artículo 46.1 de la LOIEMH y artículo 8.1 del RD 901/2020).

Los planes de igualdad tendrán el siguiente contenido mínimo (artículo 8.2 del RD 901/2020): “(a) Determinación de las partes que los conciertan. (b) Ámbito personal, territorial y temporal. (c) Informe del diagnóstico de situación de la empresa, o en su caso de cada una de las empresas del grupo. (d) Resultados de la auditoría retributiva. (e) Definición de objetivos cualitativos y cuantitativos. (f) Descripción de medidas concretas, plazo de ejecución y priorización, y diseño de indicadores. (g) Identificación de los medios y recursos, tanto materiales como humanos, necesarios para la implantación, seguimiento y evaluación de cada una de las medidas y objetivos. (h) Calendario de actuaciones. (i) Sistema de seguimiento, evaluación y revisión periódica. (j) Composición y funcionamiento de la comisión u órgano paritario encargado del seguimiento, evaluación y revisión periódica. (k) Procedimiento de modificación, incluido el procedimiento para solventar las posibles discrepancias”.

En todo caso, el plan de igualdad contendrá las medidas necesarias en virtud de los resultados del diagnóstico, deberá responder a la situación real de la empresa individualmente considerada reflejada en el diagnóstico y deberá contribuir a alcanzar la igualdad real entre mujeres y hombres en la empresa (artículos 8.3-4 del RD 901/2020).

9.2. *Transparencia y publicidad*

En su redacción originaria, la LOIEMH no preveía el registro de los planes de igualdad y en su lugar se introdujo un artículo (el 47), “transparencia en la implantación del plan de igualdad”, en el cual se garantiza “el acceso de la representación legal de los trabajadores y trabajadoras o, en su defecto, de los propios trabajadores y trabajadoras, a la información sobre el contenido de los planes de igualdad y la consecución de sus objetivos, sin perjuicio del seguimiento de la evolución de los acuerdos sobre planes de igualdad por parte de las comisiones paritarias de los convenios colectivos a las que estos atribuyan estas competencias”. A consecuencia de esta prescripción legal, “el comité de empresa tiene derecho a recibir información al menos anualmente sobre la aplicación concreta de medidas para la igualdad” (SAN 10.11.2017, Pto. 236/2017).

Sin alterar lo establecido en el artículo 47 de la LOIEMH, que se mantiene en sus términos, el RDL 6/2019 subsanó esa deficiencia de la originaria LOIEMH, introduciendo dos disposiciones (en el artículo 46, apartados 4 y 5) según las cuales “se crea un Registro de Planes de Igualdad de las Empresas, como parte de los Registros de convenios y acuerdos colectivos de trabajo dependientes de la Dirección General de Trabajo del Ministerio de Trabajo y de las Autoridades Laborales de las Comunidades Autónomas”, obligando a las empresas a inscribir sus planes de igualdad en tal registro.

Por lo demás, el RD 901/2020 insiste en que los planes de igualdad serán objeto de inscripción obligatoria en registro público, aclarando que esa obligatoriedad afecta a todos los planes de igualdad cualquiera que sea su origen o naturaleza, obligatoria o volun-

taria, y hayan sido o no adoptados por acuerdo entre las partes (artículo 11.1), y asimismo deja claro que la citada inscripción en el registro permitirá el acceso público al contenido de los planes de igualdad (artículo 11.3). Completando el desarrollo de la LOIEMH, el RD 901/2020 modifica, mediante su disposición final 1ª, el RD 713/2010, de 28 de mayo, sobre registro y depósito de convenio y acuerdos colectivos de trabajo.

Quid iuris si, presentado un plan de igualdad a registro, la Autoridad laboral no contesta en el plazo de tres meses: *¿se entiende admitido el registro por silencio administrativo positivo o se entiende denegado el registro por silencio administrativo negativo?* La doctrina judicial se ha inclinado por aplicar el régimen silencio administrativo positivo que, para procedimientos a solicitud de persona interesada, se contempla en el artículo 24.1.1º de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Por lo tanto, una negativa fuera de plazo sería negativa *contra legem* (STSJ/Madrid de 30.9.2022, Pto. 437/2022).

10. Ejecución del plan de igualdad

10.1. Vigencia, seguimiento y revisión

El periodo de vigencia de los planes de igualdad es un contenido mínimo del plan de igualdad (ámbito temporal es como lo denomina el artículo 8.2.b) cuya concreción depende de la autonomía de las partes negociadoras con el límite reglamentario de que no podrá ser superior a cuatro años (artículo 9.1 del RD 901/2020). Con respecto a la posibilidad de la vigencia ultraactiva de los planes de igualdad, se ha admitido que un plan previo a la actual regulación reglamentaria pudiera acordar en su momento una ultraactividad de 21 meses (SAN de 15.12.2020, Pto. 183/2020). Tras el RD 901/2020, ese pacto de ultraactividad sigue siendo posible, pero siempre que la vigencia pactada más la ultraactiva no sea superior a los cuatro años.

“El seguimiento y evaluación de las medidas previstas en el plan de igualdad deberá realizarse de forma periódica conforme se estipule en el calendario de actuaciones del plan de igualdad o en el reglamento que regule la composición y funciones de la comisión encargada del seguimiento del plan de igualdad. No obstante, se realizará al menos una evaluación intermedia y otra evaluación final, así como cuando sea acordado por la comisión de seguimiento” (artículo 9.6 del RD 901/2020).

La revisión del plan de igualdad puede ser programada o no programada (artículos 9.2-4 del RD 901/2020). La programada lo será en los plazos de revisión previstos en el propio plan que habrán de ser coherentes con el contenido de las medidas y objetivos establecidos. La no programada puede ser obligada o voluntaria. La obligada se vincula a necesidades de reajuste (cuando deba hacerse la revisión “a consecuencia de los resultados del seguimiento y evaluación”), a una modificación sustancial de la situación de la empresa (“fusión, absorción, transmisión o modificación del estatus jurídico de la empresa, o cualquier incidencia que modifique de manera sustancial la plantilla de la empresa, sus

métodos de trabajo, organización o sistemas retributivos”), o a la actuación de la Inspección de Trabajo (detectando “la falta de adecuación a los requisitos legales y reglamentarios o su insuficiencia”) o del Poder Judicial (“cuando una resolución judicial condene a la empresa por discriminación directa o indirecta por razón de sexo o cuando determine la falta de adecuación del plan de igualdad a los requisitos legales o reglamentarios”). La revisión voluntaria no programada se puede hacer en cualquier momento “con el fin de añadir, reorientar, mejorar, corregir, intensificar, atenuar o, incluso, dejar de aplicar alguna medida que contenga en función de los efectos que vayan apreciándose en relación con la consecución de sus objetivos”.

Cuando sea necesario, la revisión puede incluir “tanto la actualización del diagnóstico como de las medidas del plan de igualdad” (artículo 9.3 del RD 901/2020).

10.2. Comisión de vigilancia y seguimiento del plan de igualdad

Aunque la LOIEMH no obliga a la existencia de una comisión de vigilancia y seguimiento del plan de igualdad, en su artículo 47 sí se alude a “las comisiones paritarias de los convenios colectivos a las que estos atribuyan ... competencias (de seguimiento de la evolución de los acuerdos sobre planes de igualdad)”. De este modo, la LOIEMH se hace eco de un uso negociador ya existente con anterioridad en el ámbito de empresas donde se habían implementado planes o medidas de igualdad de los sexos.

El RD 901/2020 da un paso más allá pues el plan de igualdad deberá incluir “una comisión u órgano concreto de vigilancia y seguimiento del plan”, habitualmente denominada como comisión de igualdad, “con la composición y atribuciones que se decidan, en el que deberán participar de forma paritaria la representación de la empresa y de las personas trabajadoras, y que, en la medida de lo posible, tendrá una composición equilibrada entre mujeres y hombres” (artículo 9.5 del RD 901/2020).

Se establece una competencia mínima imperativa de las comisiones de igualdad: la vigilancia y seguimiento del plan de igualdad. Pero nada impide que se le atribuyan otras competencias a mayores, incluso las competencias negociadoras del plan de igualdad, lo que es sumamente relevante porque excluir de la negociación del plan de igualdad a un sindicato legitimado para la negociación colectiva estatutaria, vulnera su derecho fundamental a la negociación colectiva amparado en el artículo 28 de la CE.

A tales efectos, se considera negociadora la comisión que, en el ámbito de una empresa, aprueba el plan de igualdad conforme el convenio colectivo supraempresarial en los términos del artículo 85.2.b) del ET (STS de 11.3.2014, Rec. 77/2013). Pero no la que, aunque se dice ostenta competencias negociadoras, debe someter lo negociado a la aprobación del comité de empresa, pues entonces sus competencias reales son solo de estudio y propuesta (SSTS de 20.10.2011, Rec. 23/2011, y de 24.1.2012, Rec. 22/2011).

Incluso cuando la comisión de igualdad no ostente facultades negociadoras del plan de igualdad, la exclusión de un sindicato en algún caso puede ser contraria al artículo 28 de la CE, no en su aspecto de derecho a la negociación colectiva, pero sí en el aspecto de

derecho a la actividad sindical en condiciones de igualdad. Y es que, aunque no forma parte del derecho de negociación colectiva la participación en comisiones con funciones de interpretación, gestión y administración, se considera contrario al derecho a la actividad sindical en condiciones de igualdad la exclusión de la comisión de igualdad de un sindicato en el supuesto de que ha negociado el convenio colectivo estatutario que establece esa comisión (STS de 5.10.2010, Rec. 227/2009)²⁸.

Pero sí es lícito que un sindicato que formó parte de la comisión de negociación del plan no forme parte después de la comisión de seguimiento, si se cumple lo establecido en el propio plan sobre su composición (SAN de 28.6.2021, Pto. 36/2021).

11. Instrumentos para implementación de medidas y planes de igualdad: entre sanción y fomento

Con la finalidad de dar efectividad a la normativa sobre medidas y planes de igualdad, el poder legislativo utiliza dos instrumentos típicos: la sanción y el fomento.

En cuanto a la sanción, la LISOS contempla (además de la infracción muy grave del artículo 8.17º, analizada al analizar los planes de igualdad impuestos por la Autoridad laboral) la sanción grave de “no cumplir las obligaciones que en materia de planes y medidas de igualdad establecen la LOIEMH, el ET o el convenio colectivo de aplicación” (artículo 7.13º). Dado que se habla de obligaciones en plural, se entiende que la infracción no solo se producirá en el supuesto más típico de no negociar las medidas o el plan de igualdad; también si las medidas o el plan de igualdad se negocian incumpliendo las exigencias legales, paradigmáticamente si se negocian sin buena fe; e incluso si las medidas o el plan de igualdad no se aplican en absoluto, se aplican solo en la forma o es un incumplimiento parcial que, por su entidad cuantitativa y por afectar a la esencia de las medidas o del plan, es equiparable al total. En todo caso, si cualquiera de los anteriores incumplimientos se acompaña de una violación de la igualdad de trato, ello supondrá que, además de la sanción muy grave del artículo 7.13º, se deban imponer las correspondientes a tal violación (artículos 8.12º, 8.13º y 8.13º bis de la LISOS).

En cuanto al fomento, el artículo 49 de la LOIEMH impone al Gobierno “el establecimiento de medidas de fomento, especialmente dirigidas a las pequeñas y las medianas empresas, que incluirán el apoyo técnico necesario”, con la finalidad de impulsar la adopción voluntaria de planes de igualdad. En su desarrollo, la Orden SSI/1196/2013, de 25 de junio, estableció las bases reguladoras para la concesión de las subvenciones públicas destinadas a la pequeña y mediana empresa y otras entidades para la elaboración e implantación de planes de igualdad, siempre que reúnan una serie de exigencias (sintéticamente: implicación de la dirección de la empresa; participación de la representación legal del personal o en su defecto de las propias personas trabajadoras; áreas de actuación

²⁸ Sobre estas cuestiones véase SANTIAGO GARCÍA CAMPÁ, “Primera doctrina judicial sobre planes de igualdad en las empresas”, en la obra *Igualdad y democracia: el género como categoría de análisis jurídico. Estudios en homenaje a la Profesora Julia Sevilla Merino*, Corts Valencianes (Valencia, 2014).

prioritarias; estructuración en tres fases de elaboración de diagnóstico, elaboración del plan de igualdad y primeras medidas de aplicación).

Más recientemente, el Real Decreto-ley 1/2023, de 10 de enero, de medidas urgentes en materia de incentivos a la contratación laboral, exige para ser persona beneficiaria de incentivos, “contar con el correspondiente plan de igualdad, en el caso de las empresas obligadas legal o convencionalmente a su implantación” (artículo 8.e).

Hemos de añadir que el Ministerio de Igualdad a través del Instituto de las Mujeres tiene un servicio gratuito de asesoramiento para planes y medidas de igualdad.

Todas estas medidas estatales de fomento, se complementan con la acción de las Comunidades autónomas que suelen establecer, dentro de sus territorios, subvenciones para la implantación de planes de igualdad para las pequeñas y medianas empresas²⁹.

Aún con todo, la implantación efectiva de la normativa sobre medidas y planes de igualdad contemplada en la LOIEMH dista de ser la adecuada, cuando menos en términos cuantitativos a la vista del número de planes registrados en comparación con el número de medianas y grandes empresas existentes en España; también en términos cualitativos pues muy probablemente haya medidas o planes de igualdad que no sirvan a los fines de alcanzar la igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres. Pero el análisis de las medidas y planes de igualdad existentes daría lugar a otro estudio, complementario de este y mucho más extenso. Lo que aquí nos toca es incitar a los poderes públicos a profundizar en la aplicación efectiva de las infracciones y sanciones, así como profundizar en las medidas de fomento. Es la manera de avanzar en la materia.

12. Bibliografía

CABEZA PEREIRO, JAIME: “Derecho colectivo y principio de igualdad” en *Ley de Igualdad y Contrato de Trabajo* (coord.: José Fernando LOUSADA AROCHENA), Francis Lefebvre (Madrid, 2007).

— “Los planes de igualdad y la negociación colectiva”, en *Políticas de género* (dir.: MARÍA ELÓSEGUI ITXASO), Consejo General del Poder Judicial (Madrid, 2008).

— “Los planes de igualdad: balance y cambios normativos”, *Revista Derecho Social y Empresa*, núm. 12, 2020.

CAVAS MARTÍNEZ, FAUSTINO / FERRANDO GARCÍA, FRANCISCA MARÍA (director, directora), RODRÍGUEZ EGÍO, MARÍA MONSERRATE (coordinadora), *Guía práctica de planes de igualdad*, Ediciones Laborum (Murcia, 2023).

²⁹ Un ejemplo actual es el caso de Galicia, a través de la Orden de 31 de diciembre de 2022 por la que se establecen las bases reguladoras del Programa de ayudas para implantar la igualdad laboral, la conciliación y la responsabilidad social empresarial (RSE), y se procede a su convocatoria para el año 2023 (códigos de procedimiento TR357B, TR357C y TR357D) (Diario Oficial de Galicia de 10 de febrero de 2023), y Extracto de la Orden de 31 de diciembre de 2022 por la que se establecen las bases reguladoras del Programa de ayudas para implantar la igualdad laboral, la conciliación y la responsabilidad social empresarial (RSE), y se procede a su convocatoria para el año 2023 (códigos de procedimiento TR357B, TR357C y TR357D) (Diario Oficial de Galicia de 10 de febrero de 2023).

- DELGADO RUIZ, JOSÉ: “Régimen sancionador de la ley de igualdad”, en *Comentarios laborales de la Ley de Igualdad entre Mujeres y Hombres*, coordinados por JESÚS RAMÓN MERCADER UGUINA, Editorial Tirant lo Blanch (Valencia, 2007).
- ESCUADERO RODRÍGUEZ, RICARDO: “Planes de igualdad en la Ley Orgánica 3/2007”, *Relaciones Laborales*, número 9, 2007.
- FABREGAT MONFORT, GEMMA: *Los planes de igualdad como obligación empresarial*, Editorial Bomarzo (Albacete, 2007).
— *La obligatoriedad del plan de igualdad tras el RDL 6/2019 de 1 de marzo*, Editorial Bomarzo (Albacete, 2019).
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, MARÍA FERNANDA: *La tutela laboral frente a la discriminación por razón de sexo*, Editorial La Ley (Madrid, 2008).
- GARCÍA CAMPÁ, SANTIAGO: “Primera doctrina judicial sobre planes de igualdad en las empresas”, en la obra *Igualdad y democracia: el género como categoría de análisis jurídico. Estudios en homenaje a la Profesora Julia Sevilla Merino*, Corts Valencianes (Valencia, 2014)
- LOUSADA AROCHENA, JOSÉ FERNANDO (coord.): *El principio de igualdad en la negociación colectiva*, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos (Madrid, 2008).
— *El derecho fundamental a la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, Editorial Tirant lo Blanch (Valencia, 2014).
- MERINO SEGOVIA, AMPARO: *Igualdad de género, empresa y responsabilidad social*, Editorial Bomarzo (Albacete, 2009).
- NIETO ROJAS, PATRICIA: “Medidas y planes de igualdad en las empresas. Proceso de creación e implantación”, en *Comentarios laborales de la Ley de Igualdad entre Mujeres y Hombres*, coordinados por Jesús Ramón MERCADER UGUINA, Editorial Tirant lo Blanch (Valencia, 2007).
— “Los planes de igualdad en las empresas como instrumento para garantizar la igualdad efectiva en la empresa”, en *La discriminación de la mujer en el trabajo y las nuevas medidas legales para garantizar la igualdad de trato en el empleo* (dir.: Beatriz RODRÍGUEZ SANZ DE GALEANO), Editorial Aranzadi (Navarra, 2020).
- PÉREZ DEL RÍO, TERESA / FERNÁNDEZ LÓPEZ, MARÍA FERNANDA / DEL REY GUANTER, SALVADOR: *Discriminación e igualdad en la negociación colectiva*, Instituto de la Mujer (Madrid, 1993).
- PÉREZ DEL RÍO, TERESA (coord.): *La discriminación por razón de sexo en la negociación colectiva*, Instituto de la Mujer (Madrid, 1999).
- PÉREZ PÉREZ, MANUEL / ROALES PANIAGUA, ESPERANZA: “El deber, el derecho y la promoción de medidas y planes de igualdad en la negociación colectiva”, *Temas Laborales*, número 91, 2007.
- RUANO ALBERTOS, SARA / VICENTE PALACIO, ARÁNZAZU: *Comentarios a la Ley de Igualdad*, dirigidos por José IGNACIO GARCÍA NINET y coordinados por AMPARO GARRIGUES GIMÉNEZ, Editorial CISS (Valencia, 2007).
- SAGARDOY DE SIMÓN, IÑIGO / NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, PILAR / NIETO ROJAS, PATRICIA, *Igualdad retributiva, planes de igualdad y registro salarial*, Dykinson (Madrid, 2022).

SÁNCHEZ TRIGUEROS, CARMEN (DIR.), KAHALE CARRILLO, DJALMIL TONY, VELASCO PORTERO, TERESA (coord.), *El principio de igualdad en la negociación colectiva*, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos (Madrid, 2016).

SERRANO GARCÍA, JUANA MARÍA: *Participación y planes de igualdad en la Ley Orgánica de Igualdad Efectiva entre Mujeres y Hombres*, Editorial Bomarzo (Albacete, 2007).

VALDÉS DAL-RÉ, FERNANDO: *Igualdad de género y relaciones laborales: entre la ley y la negociación colectiva*, Editorial Reus (Madrid, 2010).