

LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA DE LOS PLANES DE IGUALDAD

Algunos apuntes a propósito de la Ley 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres

Gemma Fabregat Monfort¹

INDICE

1.-Introducción

2.- La obligación de elaborar un plan de igualdad: determinación de los supuestos legales

3.- El contenido del plan de igualdad y la negociación colectiva

4.- Los instrumentos convencionales en los que cabe la negociación de un plan de igualdad

5.- El momento en el que debe adoptarse el plan de igualdad

1.- INTRODUCCIÓN

La reciente adopción de la Ley de Igualdad, Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres –B.O.E. de 23 de marzo de 2007-² ha supuesto la vuelta a la plena actualidad de la situación discriminatoria en la que todavía a día de hoy se encuentran las mujeres.

Erradicar esta situación de discriminación es el objetivo de la LOI, que se aprueba con la públicamente reconocida pretensión de alcanzar la verdadera igualdad entre unas y otros. Con esa intención, la LOI se adopta desde una perspectiva multidisciplinar o transversal y afecta a distintos aspectos de la vida personal y profesional de las personas entre los que cabe destacar, por lo que aquí interesa, el laboral.

¹ Profesora Titular de Universidad. Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Valencia. Miembro del Instituto de Derechos Humanos de la Universidad de Valencia.

² En adelante, LOI

Desde esta última perspectiva, es decir, desde el ámbito laboral, la LOI intenta garantizar la igualdad de oportunidades de mujeres y hombres en el mercado de trabajo, y por tanto, acabar con el hecho de que ser mujer sea relevantemente perjudicial para acceder a un empleo, tal y como hoy lo es, según reflejan las distintas estadísticas del mercado de trabajo. No en balde, cualquier estudio estadístico realizado al respecto de la relación entre mujer y empleo pone de relieve la existencia tanto de lo que se conoce como “techo de cristal”³ como también de una doble segregación –vertical y horizontal- en el mercado de trabajo⁴.

Entre los condicionantes de toda esta compleja realidad no debe ignorarse, por su especial trascendencia, el de la tradicional consideración social de cada

³ Ya en 1997, la OIT denunció que en la relación de las mujeres y el acceso al empleo se constata la existencia de “obstáculos artificiales e invisibles basados en prejuicios psicológicos y estructurales” que indican que las pocas mujeres que alcanzan puestos de responsabilidad lo hacen, dentro de los mismos, en los niveles bajos e intermedios de la dirección. Y además no en todas las áreas ni sectores. De hecho, suelen concentrarse en áreas de recursos humanos, comunicación o administración consideradas menos estratégicas por la empresa en comparación con las de desarrollo de productos o gestión financiera; y fundamentalmente en el sector servicios y en la Administración Pública”. OIT *El acceso de las mujeres a los puestos de dirección*. Informe para el debate de la Reunión Tripartita sobre el acceso de las mujeres a los puestos de dirección. Ginebra. O.I.T., 1997.

⁴ Pero la escasa la presencia del género femenino en posiciones de mando o puestos de responsabilidad, que es lo que da lugar a lo que se conoce como segregación vertical del mercado de trabajo y que es causa y efecto del referido techo de cristal, concurre con otra realidad más, con la segregación horizontal del mercado de trabajo, que se manifiesta, además, desde una doble perspectiva. De hecho, y por una parte, se aprecia que incluso a día de hoy existe una “división sectorial-funcional por sexos”, es decir, que existe la consideración de determinados trabajos, por las concretas funciones o el sector al que corresponden, son “propios de mujeres”, lo que, en consecuencia, supone la existencia de otros que se presumen previstos para los hombres y, claro está, inaccesibles para ellas; por otro lado, se constata también dentro de esta segregación horizontal del mercado de trabajo, que la concreta contratación de las mujeres se realiza generalmente en condiciones más precarias que la de sus compañeros varones (temporalidad, contrato a tiempo parcial, etc.). Véase, al respecto, SAEZ LARA, C., *Mujeres y mercado de trabajo. Las discriminaciones directas e indirectas*. C.E.S. Madrid, 1994. Págs. 21 y 22; “La igualdad de trato en la Legislación Laboral y la jurisprudencia española”. En AA.VV., *Hacia la igualdad laboral entre mujeres y hombres*. Instituto de la Mujer. Madrid, 1999. Pág. 32; En el mismo sentido, LICERAS RUIZ, D. y MURILLO DE LA VEGA, S., *La mujer asalariada ante la negociación colectiva*. Secretaria Confederal de la Mujer de CC.OO. Fundación 1º de Mayo. Madrid, 1992. Pág. 10; TORADA MAÑEZ, R., “Salud Laboral y Género”. En DURÁN DE LAS HERAS, M^a.A., SERRA YOLDI, I., y TORADA MAÑEZ, R., *Mujer y Trabajo. Problemática actual*. Germania. Valencia, 2001. Págs. 82 y ss.

uno de los géneros o sexos. Las diferencias que existen entre hombres y mujeres⁵ han supuesto durante años, décadas y siglos una diferente consideración de los individuos según su pertenencia al género femenino o al masculino, lo que al final les ha supuesto la asignación de un diferente “rol” en la sociedad. Ahora bien, en esa asignación de roles o catalogación social “de género” no ha primado precisamente la paridad, sino más bien lo contrario: la mujer ha sido tradicionalmente considerada el “segundo sexo” y, en consecuencia, objeto de peor trato normativo y social que el hombre; y si bien a día de hoy esa realidad se encuentra parcialmente superada, lo cierto es que sus efectos prácticos son todavía apreciables y, como prueba de ello, la existencia de segregación vertical y horizontal del mercado de trabajo a la que acabo de referirme.

Pero además de lo anterior, la erradicación de la discriminación de género se enfrenta con una dificultad más: gran parte de estas conductas de carácter discriminatorio se producen en el momento del acceso al empleo, cuando el poder de dirección del empleador ostenta un amplio margen de actuación y resulta muy difícil demostrar que una determinada contratación o una concreta “no-contratación” responde en realidad a un móvil discriminatorio que generalmente aparece disfrazado bajo la justificación de la libertad empresarial en los términos fijados por el art. 38 CE.

Todo ello, con el sinsentido que significaría el incidir en la no discriminación de género en el desarrollo de la relación laboral (clasificación profesional y en las condiciones en las que se realiza la prestación laboral, en la formación, en el ascenso, en la retribución, etc.) sin garantizar la igualdad de condiciones en lo que viene a constituir el presupuesto indispensable de dichas actuaciones, es decir, el acto previo a las mismas, el del propio ingreso al mercado de trabajo.

⁵ Diferencias apreciables desde una perspectiva fisiológica, biológica, e incluso, según muchos, psicológica

A toda esta problemática intenta hacer frente la LOI que, en buena lógica legislativa, prevé a esos efectos una tutela antidiscriminatoria que puede calificarse de mixta.

Mixta por cuanto que combina la existencia de medidas que prohíben -y sancionan- las actuaciones discriminatorias, con otras acciones o medidas que, más que sancionar la no contratación de mujeres, tratan de fomentar o promover su ingreso en el mercado de trabajo en igualdad de condiciones y una igualdad efectiva en su día a día laboral una vez ya han sido contratadas, eligiendo para ello dos medidas que son de relativa novedad para nuestro ordenamiento jurídico: los planes de igualdad y las medidas de acción positiva. Se trata de medidas de relativa novedad porque, si bien en nuestro país ya existían experiencias negociales en ese sentido, lo cierto es que los agentes sociales las habían acordado de forma totalmente voluntaria y en base a libertad negocial que les reconoce el art. 85 E.T.; es decir, sin la existencia de un precepto legal que expresamente se refiriese a las mismas, lo que ya no ocurrirá tras la entrada en vigor de la LOI, que sí contiene referencia expresa tanto a los planes de igualdad (arts. 45-49 LOI) como a las medidas de acción positiva (art. 11 LOI). De hecho, respecto a los primeros, la LOI obliga a que en determinadas circunstancias se negocien en el convenio colectivo; mientras que respecto a las segundas se sigue decantando por el convenio colectivo como instrumento regulador pero manteniendo el carácter opcional de su regulación.

En ese sentido, y ante la limitación material de este artículo, voy a dejar al margen del estudio a las medidas de acción positiva, por ser medidas que, como digo, la LOI diseña como de carácter voluntario. Me ciño pues, en cuanto sigue, a los planes de igualdad como institución de obligada existencia en ciertas empresas tras la entrada en vigor de la LOI y más en concreto, al papel que puede jugar el convenio en su diseño y elaboración, sin omitir que en el marco de estos planes pueden introducirse también, y sin duda en

muchos casos será conveniente y hasta necesario, regular medidas de acción positiva.

2.- LA OBLIGACIÓN DE ELABORAR UN PLAN DE IGUALDAD: DETERMINACIÓN DE LOS SUPUESTOS LEGALES

El convenio colectivo es el instrumento jurídico seleccionado por la LOI para cumplir con el deber de articular las medidas garantes de la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres.

Pero, como avanzaba, en realidad, este hecho en sí mismo no constituye una novedad. Aunque no existía una previsión legal referida expresamente a ello, como sí existe tras la entrada en vigor de la LOI, desde hace tiempo el convenio se ha perfilado como el medio más idóneo para delimitar en un ámbito determinado –sectorial, provincial o empresarial- las pautas o comportamientos en los que deben traducirse en la práctica las normas legales que prohíben la discriminación; es decir, para concretar la generalidad que caracteriza a las normas discriminatorias y evitar así las conductas que puedan vulnerarlas; al tiempo que el convenio es un instrumento útil para limitar el poder de dirección empresarial, que es el origen de muchas de estas prácticas discriminatorias.

La novedad, no obstante, sí que se produce cuando, aunque manteniéndose la elección del convenio como “instrumento” adecuado, los planes de igualdad como medida antidiscriminatoria deben ser de obligada negociación en determinados casos. En concreto, la LOI tasa los casos en los que necesariamente deben adoptarse los planes de igualdad, y a ese respecto y según el origen o la causa de esa obligación, permite distinguir cuatro situaciones:

1º) En primer lugar, cabe hablar de empresas obligadas legalmente a adoptar un plan de igualdad desde un punto de vista cualitativo, al ser

empresas que se encuentran obligadas porque así se ha determinado por la autoridad laboral en un procedimiento sancionador, al sustituir las sanciones accesorias a imponer al empresario que ha cometido una discriminación, por la obligatoriedad de adoptar dicho plan de igualdad en su empresa. Pues bien, respecto esta situación se exige ex. art. 45.4.LOI, que las empresas elaboren y apliquen un plan de igualdad, previa negociación o consulta, en su caso, con la representación legal de los trabajadores.

2º) En segundo lugar, cabe hacer referencia a las empresas obligadas legalmente a adoptar un plan de igualdad desde un punto de vista cuantitativo, es decir, por tratarse de “grandes empresas” habida cuenta que conforme al art. 45.2 LOI se establece esta obligación solo para empresas cuya plantilla supera los 250 trabajadores, exigiendo que sea la negociación colectiva el cauce que concrete ese plan de igualdad.

3º) En tercer lugar, cabe hablar de empresas cuya obligación de negociar un plan de igualdad deriva de la existencia de una previsión en el convenio en ese sentido sin más (ex. art. 45.3 LOI). Cabe presumir a ese respecto, que el convenio al que se refiere la Ley es el supraempresarial (si fuera el empresarial debería contemplarlo el mismo; y no puede imponer para otros lo que debería hacer el mismo) y que, cuando ese convenio impone la necesidad de adoptar un plan de igualdad, será en el ámbito de la empresa en el que, ajustándose a tal previsión, y a los concretos términos en los que se contempla, se concretará su adopción, tal y como después se verá con mayor detalle.

4º) En cuarto y último lugar, hay que hablar de empresas que no son objeto de obligación expresa pero que pueden voluntariamente adoptar un plan de igualdad, aun cuando no exista la obligación de hacerlo ni legal ni convencionalmente. La LOI no sólo permite esa posibilidad sino que

fomenta que todas las empresas adopten un plan de igualdad previa consulta a los representantes de los trabajadores (arts.45.5 y 49 LOI)

3.- EL CONTENIDO DEL PLAN DE IGUALDAD Y LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

En cualquiera de estos supuestos legales a los que después me referiré, y con independencia del concreto motivo por el que se adopte el plan de igualdad, éste, para poder ser considerado como plan de igualdad, deberá ajustarse a la definición legal. En concreto, a lo previsto en el art. 46 de la LOI que, bajo la rúbrica de concepto y contenido de los planes de igualdad de las empresas, viene a definirlos como el “conjunto ordenado de medidas, adoptadas después de realizar un diagnóstico de situación, tendentes a alcanzar en la empresa la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres y a eliminar la discriminación por razón de sexo; 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”.

Es decir, que aunque el procedimiento para negociar el plan puede ser distinto en cada uno de los cuatro supuestos diferenciados, hay una cuestión que es evidente: el plan de igualdad debe realmente contemplarse con la finalidad de erradicar la discriminación existente en una empresa y ajustarse siempre a esa realidad. En ese sentido es exigible que sea razonable, proporcional e idóneo a la situación a la que va a hacer frente. De ahí, que resulte lógico que se elija el convenio como instrumento regulador de estos planes de igualdad puesto que éste se negocia por los que sí conocen la realidad de la empresa: los agentes sociales. Y serán éstos los que constatarán cuando una situación es discriminatoria y lo que puede hacerse para erradicar

la discriminación existente, y por tanto, cual es la mejor opción para diseñar un plan de igualdad realmente ajustado a la realidad de la empresa.

Por lo demás, si bien el art. 46 LOI da algunas pistas en relación a lo que debe ser un plan de igualdad, en lo que respecta a su concreto contenido, lo hace ratificando la libertad de los agentes sociales para determinarlo (art. 85 E.T.). El hecho de que ex. 46.2 LOI se haga mención a ciertas materias, en el sentido de establecer expresamente que el plan de igualdad podrá contemplar “<entre otras> las materias de acceso al empleo, clasificación profesional, promoción y formación, retribuciones, ordenación del tiempo de trabajo para favorecer, en términos de igualdad entre mujeres y hombres, la conciliación laboral, personal y familiar, y prevención del acoso sexual y del acoso por razón de sexo” no significa que necesariamente todo plan de igualdad deba contemplarlas todas ni tampoco que deban siempre contemplarse con la misma intensidad. El concreto contenido de un específico plan dependerá de los que lo negocien, será producto de la libertad de negociación de las partes. Libertad que, no obstante, deberá coherenciarse con los resultados mostrados por el diagnóstico de la situación que debe preceder la concreción de las medidas que conformarán el plan de igualdad. Es decir, que si las partes son libres para incidir más en unas cuestiones o en otras en la determinación del contenido de lo que la ley denomina “estrategias y prácticas a adoptar por el plan de igualdad”, también es verdad que libertad no es sinónimo aquí de arbitrariedad, ni tampoco es una libertad absoluta por cuanto que el plan debe ceñirse al máximo a las características de la situación discriminatoria a la que va a hacer frente, tal y como resulten reflejadas en el diagnóstico de situación.

Por tanto, y en conclusión, reténgase que si el plan de igualdad se negocia en convenio es porque la ley quiere que se acuerde por quienes conocen la realidad de la empresa: los representantes de los trabajadores y de los empresarios. Es por ello que el art. 46 LOI ratifica la libertad de estos a la hora de concretar el contenido del plan de igualdad pero advirtiendo que esa

libertad debe ejercerse desde la finalidad de erradicar la discriminación y, por tanto, no puede desatender los resultados reflejados en el diagnóstico de la realidad sobre la que el plan va a incidir. Si así fuese, ese desajuste con la realidad, llevaría a que difícilmente pudiese hablarse de que se ha negociado o pactado un auténtico plan de igualdad.

4.- LOS INSTRUMENTOS CONVENCIONALES EN LOS QUE CABE LA NEGOCIACIÓN DE UN PLAN DE IGUALDAD

Hasta el momento me he referido a la necesidad de elaborar un plan de igualdad sin concretar cómo se debe articular en cada supuesto su negociación, aunque de lo expuesto hasta este momento se deduce una cuestión evidente: se adopte de forma impuesta o de forma voluntaria, la participación de los agentes sociales en general y los representantes de los trabajadores en particular es necesaria, cuando no imprescindible, para adoptar un plan de igualdad.

Ahora bien, si como se ha expuesto existen casos en los que la adopción del plan de igualdad no exige el necesario acuerdo con esos representantes de los trabajadores, lo cierto es que ésta no es la regla general. En principio el convenio se perfila en la Ley como el instrumento idóneo para el diseño del plan de igualdad. Pero es claro que la Ley también es consciente que uno de los supuestos en los que es obligatorio adoptar el plan de igualdad, lo es por existencia de previsión convencional en ese sentido. Lo que al final exige aclarar términos y concretar en que ámbito negocial se adoptará el plan de igualdad.

En realidad es la propia Ley la que expresamente solventa la cuestión y además, lo hace, sin generar grandes problemas interpretativos. En efecto, la Disposición Adicional Décimo Primera (en adelante, D.A. 11ª), en su apartado dieciocho, añade un nuevo párrafo en el apartado 2 del artículo 85, señalando en ese sentido que los planes de igualdad se podrán negociar: a) en los convenios colectivos de ámbito empresarial, en el marco de la negociación de

dichos convenios; b) y en los convenios colectivos de ámbito superior a la empresa, a través de la negociación colectiva que se desarrolle en la empresa en los términos y condiciones que se hubieran establecido en los propios convenios supraempresariales para cumplimentar dicho deber de negociar a través de las oportunas reglas de complementariedad.

La solución es, pues, clara. Ahora bien, se encuentra limitada por la LOI a aquellos planes de igualdad que, sin perjuicio de la libertad de contratación que se reconoce a las partes, deben articularse a través de la negociación colectiva en cumplimiento del deber de negociar en empresas de más de doscientos cincuenta trabajadores. Y en ese sentido la cuestión que se suscita es si este esquema es reconducible al resto de supuestos de los que puede derivar un plan de igualdad y que son: 1º) el de la adopción del plan como medida sustitutiva de la sanción accesoria; 2º) el de la adopción en cumplimiento de la obligación así prevista en el convenio; 3º) el de la adopción del plan de forma voluntaria.

Pues bien, en principio valga decir que, según creo, el convenio colectivo es el instrumento en el que pueden articularse los planes de igualdad en todos y cada uno de estos supuestos. Máxime porque la adopción de los planes de igualdad en ese sentido, y también en el caso de esas otras empresas que por no tener más de 250 trabajadores no se encuentran legalmente obligadas, daría cumplimiento a la genérica obligación de garantizar la igualdad real a la que se refiere el art. 45.1. LOI y el apartado diecisiete de la D.A.11ª LOI (este último dando una nueva redacción al art. 85.1. E.T.)

El art. 45.1. LOI contempla la obligación, exigible a toda empresa, de respetar la igualdad de trato y a esos efectos prevé la necesidad de adoptar medidas dirigidas a evitar cualquier tipo de discriminación laboral entre mujeres y hombres; medidas que, según dice, se deberán negociar, y en su caso acordar, con los representantes legales de los trabajadores en la forma que se determine en la legislación laboral.

A los efectos que ahora interesa, esa legislación laboral que menciona el art. 45.1. LOI, hay que entenderla referida al art. 85.1. E.T., tal y como queda redactado tras lo previsto en el apartado diecisiete de la D.A.11^a LOI que, no obstante la libertad de las partes para determinar el contenido de los convenios colectivos, viene a ratificar el deber de negociar medidas dirigidas a promover la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el ámbito laboral, medidas entre las que se referencia la posibilidad de adoptar los planes de igualdad (...).

Por tanto, y aunque no siempre será posible alcanzar un acuerdo, y por tanto que el plan de igualdad se articule en convenio colectivo, éste, el convenio colectivo, es en general el instrumento jurídico idóneo para el diseño de los planes de igualdad⁶.

Veamos, pues, hasta que punto esto será así y cómo, en qué convenio, se podrá articular el plan de igualdad en atención a las peculiaridades propias de cada uno de los supuestos anteriormente apuntados. Así:

1º) En el caso de que el plan se adopte como sustituto de la sanción accesoria, desde una interpretación integrada del art. 45.4 LOI con el apartado dieciocho de la D.A.11^a, creo que hay que entender que en este supuesto el plan de igualdad se pactará en el convenio colectivo de la empresa, si se llega a un acuerdo entre representantes de los trabajadores y empresarios; pero que en el

⁶ Al menos lo es en teoría. Aún así el convenio no siempre ha sido garante de la igualdad en su ámbito de aplicación. Es más, algunas ocasiones mantenía situaciones discriminatorias. Al respecto de las diferentes posiciones adoptadas por el convenio ante la necesidad de garantizar la igualdad real, véase, por todos, ALFONSO MELLADO, C. L., "El convenio colectivo y la no discriminación laboral por razón de sexo". En CALVO ESCARTÍN, P. (Coord.), *Discriminación de género en la negociación colectiva del País Valencià*. Tirant lo Blanch. Valencia, 1996; ALFONSO MELLADO, C. L. y FABREGAT MONFORT, G., "Igualdad y discriminación de género en la negociación colectiva". Rev. ARXIUS nº6/2002; y SERRANO GARCÍA, J., "Tratamiento del principio de igualdad y no discriminación por la negociación colectiva". R.L. 14-2006

caso de que ese acuerdo no se alcance, tal y como el art. 45.4 LOI prevé, igualmente podrá adoptarse el plan de igualdad por la empresa, aunque eso sí, previa consulta con los representantes de los trabajadores. En ese caso, habrá que aceptar que sea el empresario el que mediante una decisión de empresa de efectos colectivos articule el plan de igualdad. Plan de igualdad que, simplemente por serlo, y aunque no sea el fruto de la negociación colectiva, deberá ceñirse a la realidad de la empresa, al ámbito empresarial y hacerlo además sin mostrar diferencias injustificadas en su aplicación entre centros, puestos o funciones y/o categorías o grupos de trabajadores.

En conclusión, por tanto, en este supuesto, el plan de igualdad o se adopta en convenio de empresa o es producto de una decisión colectiva de empresa cuya adopción va precedida de un periodo de consultas con los representantes de los trabajadores. En su caso, las discrepancias en el periodo de consultas pueden ser objeto de solución extrajudicial por aplicación analógica del art. 85.1 E.T.y, finalmente, si la empresa implanta unilateralmente un plan de igualdad sin acuerdo con los representantes en caso de que éstos entendiesen que el plan de igualdad es insuficiente, ineficaz o, simplemente, desajustado a la realidad en la que va a aplicarse, siempre podría denunciarse ante la autoridad administrativa que debería resolver si con el concreto plan adoptado el empresario ha cumplido o no con la sanción accesoria que en su momento le impuso

2º) En el caso de que la adopción del plan de igualdad en la empresa lo sea en cumplimiento de la obligación así prevista en el convenio, habrá que entender que el convenio que impone la obligación a la empresa es supraempresarial y, por tanto, y siguiendo los términos en el mismo establecido, el plan se negociará en el ámbito empresarial, bien en convenio de empresa, ex. art. 84 E.T., bien en pacto de empresa. Lo que no creo posible es que siendo el convenio que contemple el deber de negociar de ámbito supraempresarial, otro

convenio de ámbito inferior a éste, pero superior al de la empresa, concrete los términos del plan de igualdad. Y no creo que ello sea posible porque los rasgos que deben identificar al plan de igualdad exigen que éste sea siempre un instrumento cercano a su ámbito de aplicación, que no es otro que la realidad de la empresa e incluso la del centro de trabajo, a la que no sólo no puede ignorar, sino que debe analizar, definir en lo que a discriminación se refiere y establece, también las medidas necesarias para erradicar aquellos comportamientos o conductas que puedan considerarse como tales.

Lo anterior entiendo que es defendible incluso cuando en el ámbito de la empresa no existan representantes de los trabajadores. De hecho, según creo, la inexistencia de representantes en el ámbito de la empresa no impide que el empresario siga obligado a adoptar un plan de igualdad cuando así lo establezca el convenio colectivo supraempresarial. Ni tampoco permite defender la imposibilidad de que sea otro convenio colectivo también supraempresarial pero inferior al que establece la obligación, el que pueda diseñarlo. Antes al contrario. Si bien deberá ser el convenio que prevea la obligación de negociar un plan de igualdad, el que fije los criterios a seguir para solventar la cuestión expuesta, creo que, de no determinar nada, la solución a la ausencia de representantes no puede pasar por desvincular el plan de igualdad de la realidad de la empresa. En ese sentido, seguramente la opción más sensata en esos casos pasa por defender algo similar a lo dicho respecto al caso anterior: el diseño del plan de igualdad de forma unilateral por parte del empresario, mediante la forma de decisión colectiva de empresa, pues la obligación subsiste.

Por tanto, en conclusión, y aunque en este caso se estará a los criterios diseñados en el convenio colectivo supraempresarial que establezca esa obligación, las posibilidades en su concreta elaboración son: 1º) que se adopte en un convenio de empresa. 2º) en un pacto de empresa; 3º) o, de forma unilateral por el empleador en caso de no existir representantes legales con los que negociar.

En todo caso, teniendo en cuenta que en este supuesto el plan de igualdad es una medida establecida en convenio, su incumplimiento por el empleador no solo es sancionable administrativamente sino que también puede ser objeto de reclamaciones judiciales, como también se puede plantear la discrepancia con el plan unilateralmente establecido por el empleador, lo que, por ejemplo, puede cuestionar un sindicato por la vía del conflicto colectivo.

3º) En el supuesto de la adopción del plan de forma voluntaria, la Ley no impone la necesidad de que se adopte en convenio sino que la presencia de los representantes de los trabajadores se prevé aquí en forma de previa consulta. Ahora bien, como decía, ello no impide que se pueda adoptar de forma negociada, antes al contrario, aunque la LOI no obliga a ello, seguramente por presumir lo difícil que puede ser llegar voluntariamente a un acuerdo en este caso, si el acuerdo se produce, tanto mejor. Cuando exista acuerdo, éste deberá constar en el convenio colectivo de empresa o en el pacto de empresa, sin que nada impida entender que es aplicable también aquí la posible adopción de forma unilateral por el empresario. Decisión unilateral que irá precedida de un periodo de consultas con los representantes, si estos existen, o, en su defecto, sin ese trámite. En conclusión, pues, el plan de igualdad en este supuesto se puede adoptar: 1º) en el convenio de empresa; 2º) en una decisión colectiva del empresario tras haberse agotado el trámite de consultas con los representantes de los trabajadores; 3º) o, por no existir estos, directamente por el empresario sin más.

Pero en cualquiera de estos casos y con las peculiaridades expuestas en relación con cada supuesto, quiero ratificarme en una cuestión que es importantísima y que se deduce con claridad de la D.A.11^a, apartado dieciocho, LOI: la necesidad de que el plan de igualdad no se desvincule del ámbito de la empresa, que es en definitiva el que lo define y al que se va a aplicar. Si lo traigo

a colación es porque creo que hay que interpretar las posibles opciones que pueden presentarse en cada uno de los supuestos de hecho sin ignorar que, con independencia de que los términos genéricos del plan se diseñen en un convenio supraempresarial o, por el contrario, en uno de ámbito empresarial, al final, y tanto en un caso como en el otro, hay que ceñir el contenido del plan a la realidad de la empresa que refleje el diagnóstico de situación que debe preceder a su elaboración o adopción cómo lo que es: el conjunto de medidas previstas para erradicar -en un concreto ámbito de actuación- la discriminación existente entre mujeres y hombres, con el fin de lograr alcanzar la igualdad de trato y de oportunidades entre unas y otros⁷.

5.- EL MOMENTO EN EL QUE DEBE ADOPTARSE EL PLAN DE IGUALDAD

La Disposición Transitoria Cuarta de la LOI (en adelante, D.T.4^a) prevé que la adopción de los planes de igualdad por la negociación colectiva “será de aplicación en la negociación subsiguiente a la primera denuncia del convenio que se produzca a partir de la entrada en vigor de la misma”.

Evidentemente ello sólo es aplicable para el caso en que el plan de igualdad se negocie en convenio colectivo, pero en caso de que sea así, se tendrá en cuenta, según la LOI, en los supuestos contenidos en el apartado diecisiete y dieciocho de la D.A 11^a LOI

Es decir, tanto cuando el convenio regula el plan de igualdad dando cumplimiento a lo establecido en el art. 45.2 LOI, esto es, por tener la empresa más de 250 trabajadores, y además con las peculiaridades expuestas respecto a la posibilidad de que el convenio que lo contemple sea de empresa o

⁷ En cualquier caso, no hay que olvidar que la Disposición Final Quinta LOI establece que “una vez transcurridos cuatro años desde la entrada en vigor de esta Ley, el Gobierno procederá a evaluar, junto a las organizaciones sindicales y asociaciones empresariales más representativas, el estado de la negociación colectiva en materia de igualdad y a estudiar, en función de la evolución habida, las medidas que, en su caso, resulten pertinentes”.

supraempresarial (apartado dieciocho); como cuando el convenio lo regula con el fin de que voluntariamente las empresas puedan adoptar un plan de igualdad en cumplimiento de la obligación de erradicar la discriminación y garantizar la igualdad de trato y de oportunidades según art. 45.1. LOI (apartado diecisiete).

Ahora bien, a efectos de clarificar el panorama normativo, entiendo que hay que diferenciar distintas posibilidades según cual sea el motivo por el cual existe el plan de igualdad y según el convenio que lo contemple sea de nivel empresarial o supraempresarial. Así, cabe diferenciar entre: 1º) empresas que adoptan el plan de igualdad por tener más de 250 trabajadores; 2º) empresas que lo adoptan porque lo establece un convenio colectivo; 3º) empresas que lo adoptan porque así lo han decidido voluntariamente; 4º) empresas que lo adoptan como sustitución de una sanción accesoria.

1º) Empresas que adoptan el plan de igualdad por tener más de 250 trabajadores: en ese caso las posibilidades son dos:

a) Que se establezca en un convenio de empresa.

b) Que se establezca en un convenio supraempresarial, siendo en este caso necesario que se concrete su contenido a través de la negociación colectiva que se desarrolle en la empresa en los términos y condiciones que se hubieren establecido en estos convenios supraempresariales (D.A. 11ª).

Pues bien, en estos casos, concretar la regla referida al momento en que se adoptarán estos planes de igualdad no genera problemas: cualquiera que sea el nivel en el que se cumpla la obligación (es decir, tanto cuando es convenio empresarial como supraempresarial) el plan se elaborará en el primer convenio que se negocie tras la primera denuncia del convenio que se produzca estando vigente la LOI.

2º) Empresas que adoptan un plan de igualdad porque así se les obliga convencionalmente: tampoco en este caso se plantean grandes dudas

interpretativas. De hecho, si la empresa debe articular un plan de igualdad porque un convenio colectivo le obliga a ello, cabe presumir que el convenio que impone esta obligación es supraempresarial y, por tanto, que aquí resulta de aplicación la mencionada regla del apartado dieciocho de la D.A.11ª LOI en el sentido de ser necesario que se concrete su contenido a través de la negociación colectiva que se desarrolle en la empresa en los términos y condiciones que se hubieren establecido en estos convenios supraempresariales.

En cualquier caso, el convenio colectivo supraempresarial que determine esta obligación no tiene que ser necesariamente el primero que se negocie tras la primera denuncia del convenio producida tras la entrada en vigor de la LOI, pues en este supuesto no existe obligación legal de adoptar un plan de igualdad, por lo que si las partes deciden dar cumplimiento de la obligación de no discriminar de otra forma distinta a la de la previsión de un plan de igualdad, pueden hacerlo y garantizar igualmente la igualdad en los términos referidos en el art. 45.1. LOI. Lo que ocurre es que resulta difícil imaginar un método tan completo y eficaz como el plan de igualdad.

Es decir, lo que puede ocurrir es lo siguiente:

- a) Que los negociadores de un convenio colectivo supraempresarial entiendan que la igualdad se va a garantizar mediante mecanismos distintos a los planes de igualdad, en cuyo caso entiendo que así deben hacerlo constar en el primer convenio que se negocie tras la denuncia del anterior producida estando vigente la LOI. Así, se daría cumplimiento a la D.T.4ª LOI y al 85.1. E.T. (redacción D.A.11ª, apartado diecisiete LOI), debiendo luego estarse a nivel de empresa a lo que en el convenio supraempresarial se establezca.
- b) Que los negociadores de un convenio colectivo supraempresarial decidan garantizar la igualdad, imponiendo a las empresas la necesidad de adoptar un plan de igualdad. En ese caso, esa decisión de adoptar un plan de igualdad:

1) Puede adoptarse en el primer convenio que se negocie estando vigente la LOI.

2) Puede tomarse en cualquier convenio que se negocie -estando vigente la LOI, evidentemente-. De hecho, nada impide que en el primer (y sucesivo/s) convenio que se negocie estando vigente la LOI se adopte una medida alternativa y, en un momento puntual, en una determinada negociación, esa medida alternativa se sustituya por un plan de igualdad, aunque el convenio que lo prevea así, el que establezca el plan de igualdad, no sea el primero que se negocie estando vigente la LOI.

Sea como fuese, y tanto si la obligación se establece en el primer convenio colectivo supraempresarial que se negocie estando vigente la LOI, como si se hace en un momento posterior, en cuanto se adopte la obligación de pactar un plan de igualdad en ese convenio colectivo supraempresarial, la empresa deberá adoptarlo, pactándolo al respecto, en su caso, en el primer convenio que se desarrolle en la empresa tras la entrada en vigor del convenio colectivo supraempresarial, a menos que éste establezca otra cosa, en cuyo caso se estará a lo que prevea este último.

3º) En el caso de que las empresas adopten un plan de igualdad porque así lo han decidido voluntariamente, tampoco hay una imposición temporal desde la Ley.

Imposición legal de garantizar la igualdad la hay desde el mismo momento en que entra en vigor la LOI, tal y como a efectos laborales recuerda el art. 45.1. LOI. Pero esta imposición no se traduce necesariamente en la obligación de adoptar un plan de igualdad. Por tanto las posibilidades son también aquí diversas:

- a) Se puede adoptar un plan de igualdad voluntariamente en el primer convenio que se negocia estando vigente la LOI, incluso aunque la denuncia se haya producido antes de la entrada en vigor de la LOI.
- b) Se puede adoptar un plan de igualdad voluntariamente en el primer convenio que se negocia tras la primera denuncia producida estando vigente la LOI en el convenio anterior.
- c) Se puede adoptar un plan de igualdad en cualquier momento en el que así se decida por los agentes sociales, con independencia de que antes se hubiesen estipulado otras formulas específicas con el fin de garantizar la igualdad en la empresa en cumplimiento del art. 85.1. E.T. (redacción D.A.11^a, diecisiete, LOI) como en el caso de que no hubiese sido así y, sin embargo, no se hubiese incurrido en discriminación.

4º) En el caso de que el plan de igualdad se adopte en sustitución de una sanción accesoria, entonces el Plan se elaborará cuando la autoridad laboral así lo determine y en el plazo que ésta establezca. A espera que se produzca el desarrollo reglamentario al que parece referirse el art. 46.bis.2 *in fine* LISOS según redacción D.A.14^a LOI, y por tanto, a expensas de que pueda producirse una mayor concreción, lo que sí resulta claro es que la previsión de la D.T.4^a LOI no resulta vinculante en estos supuestos. Pues si bien el plan que así se establezca se adoptará por acuerdo con los representantes de los trabajadores o tras un periodo de consultas con éstos, sería absurdo condicionar la efectividad de estos trámites a la denuncia del convenio en vigor. Se trata, pues, de supuestos distintos y, por tanto, sin que en este caso resulte de aplicación la regla de la D.T.4^a LOI referente al momento de negociar un plan de igualdad.

En conclusión: la Ley contiene una referencia relativa al momento en que se debe negociar un plan de igualdad, pero sólo es aplicable para el caso de que se tenga que adoptar el plan en cumplimiento de la obligación legal de elaborarlo por tener la empresa más de 250 trabajadores. En el resto de

supuestos, hay que ajustar la previsión del plazo prevista en la D.T.4^a LOI a las circunstancias en las que se produzca la adopción del plan de igualdad en cada uno de los casos mencionados.