

Los planes de igualdad y la negociación colectiva

DERECHO ESPAÑOL

POR JAIME CABEZA PEREIRO

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Vigo.

A. LOS PILARES DE LOS PLANES DE IGUALDAD

El capítulo III del Título IV de la LO 3/2007, de 22 marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, dota de concepto, contenidos orientativos y reglas básicas a los planes de igualdad, sin perjuicio de que la disposición adicional 11^a reforme algunos pasajes del ET a los efectos de integrarlos en los preceptos legales que regulan la negociación de los convenios colectivos. Como acotación del tema que se va a tratar en estas páginas, voy a omitir todo lo que tiene que ver con las medidas de fomento para la implantación de los planes de igualdad y con las cuestiones administrativo-sancionadoras, en especial con el obligado establecimiento de los mismos a causa de la conmutación de una sanción accesoria.

Desde otro punto de vista, numerosos pasajes del ET, reformados por la referida disposición adicional 11^a, remiten a la negociación colectiva la regulación de ciertas condiciones de trabajo, sobre cuyos contenidos también se omiten aquí referencias explícitas, como se omiten a las medidas específicas de prevención de los acosos sexual y por razón de sexo del art. 48 de la Ley. Todo ello con la intención de restringir el discurso a los instrumentos colectivos, en sí mismos considerados, para hacer efectivos los derechos a la igualdad y a la no discriminación. Con este propósito, tampoco se va a insistir sobre los propios contenidos del plan de igualdad, en los términos en los que se plantean en el art. 46¹.

Así planteada la materia, quisiera poner de manifiesto primeramente que la Ley, aunque de una manera técnica y sistemáticamente deficiente, encomienda a la negociación colectiva un triple cometido: la erradicación de las discriminaciones directas e indirectas, el desarrollo de medidas de acción positiva y la negociación de planes de igualdad o de otras medidas para promover la igualdad de trato y de oportunidades.

1

Sobre estos temas omitidos, en general, ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., "Planes de igualdad en la Ley Orgánica 3/2007, de igualdad efectiva entre mujeres y hombres", *RL*, n° 9, 2007, pp. 61 ss.



Sin duda alguna, la más perentoria de estas tres tareas es la primera, que sólo aparece sugerida en el art. 45 de la ley, cuando en su apartado primero encomienda a las empresas negociar con la representación legal de trabajadores y trabajadoras medidas dirigidas a evitar cualquier tipo de discriminaciones. En realidad, el reto es mucho más amplio, pues trasciende la empresa y alcanza también, desde luego, la negociación colectiva sectorial, en cuyo seno todavía se albergan no pocas discriminaciones directas y un sinnúmero de discriminaciones indirectas. Sin duda, esta debe ser la más importante y urgente tarea, que debe abordarse de inmediato, la cual obliga a una revisión en profundidad de todo el entramado de convenios vigentes y a la anulación de numerosas cláusulas que no deben superar el test de adecuación a ambos principios de igualdad y no discriminación. Y está bien que se encomiende de forma muy directa esta tarea a las empresas, porque la mayoría de las discriminaciones no se producen tanto en el momento de negociación de las cláusulas convencionales, sino en el posterior de aplicación y administración de las mismas.

Por lo que respecta a las medidas de acción positiva, sin perjuicio de que la Ley más tarde aluda a ellas en la reforma del art. 17.4 ET, el art. 44 las considera de forma específica bajo el epígrafe de “promoción de la igualdad en la negociación colectiva”. Salvo aisladas referencias en los convenios colectivos de empresa, lo cierto es que hasta la fecha se trata de un tema prácticamente inédito en nuestra práctica negocial, pero de grandes posibilidades, desde la perspectiva de una doctrina judicial del Tribunal de Justicia de las Comunidades bastante proclive a las mismas. Si bien revisten el evidente peligro de poder propiciar un mantenimiento de los estereotipos sociales que de nuevo se vuelva contra la mujer. En este sentido, es muy importante que este tipo de cláusulas se redacten y se acuerden después de un buen conocimiento técnico de sus implicaciones.

Y, en cuanto a la articulación de planes de igualdad o de otras medidas, en realidad, al margen de los contenidos pre-

vistos en el propio art. 46, que además de guiar la negociación de los planes debe orientar la de las medidas, es claro que deben compendiarse también la eliminación de las discriminaciones y la inclusión de medidas de acción positiva. A lo que habría que añadir que los primeros deben hacer efectivo el principio de transversalidad en la negociación colectiva, de manera que todas las condiciones de empleo tengan en cuenta, tanto en el momento de negociación como de administración, la perspectiva de igualdad. En este sentido, no parece suficiente con que los planes se articulen como capítulos autónomos de las normas convencionales, o como acuerdos de empresa específicos, sino que deben filtrarse a todos los contenidos convencionales. Es, desde este punto de vista, desde el que acaso resulte más conveniente integrar los planes dentro de los convenios que concebirllos como instrumentos separados, en la disyuntiva que alguna vez se ha planteado². Intentar sustraer el plan de la conflictividad ordinaria de la empresa –o, en su caso, del sector– supone tanto como renunciar desde el principio a la premisa de que la perspectiva de género tiene que inundar y afectar todos los contenidos convencionales.

Por otra parte, debe insistirse en la opción de la ley por concebir los planes de igualdad como instrumentos bilaterales en los que la representación unitaria o sindical siempre debe tener una adecuada intervención. En los supuestos ordinarios, mediante instrumentos colectivos cuya regulación descansa en el Tít. III del ET –salvo que se conciben como pactos extraestatutarios–. Pero, en alguna ocasión –en los casos en los que la elaboración del plan sea voluntaria art. 45.5, o forzosa, cuando se imponga una sanción accesoria, de acuerdo con el art. 45, apartados 4 y 5– cabe aprobar el plan mediante decisión unilateral de la empresa, previa consulta a la representación unitaria o sindical.

Ya en torno a la reforma del ET mediante la disposición adicional undécima de la Ley, es pertinente adelantar algunas reflexiones generales: las reformas laborales que inciden en el prin-

cipio de no discriminación por razón de género inciden fundamentalmente en el Tít. I del ET y, por lo tanto, en el régimen de la relación individual de trabajo. Hasta la fecha, no habían afectado a los otros dos títulos del texto estatutario ni, en consecuencia, a la negociación colectiva, ni mucho menos a los derechos de participación de trabajadores y trabajadoras en el ámbito de la empresa. La LO 3/2007, de 22 marzo, rompe esta inercia y alcanza ambos ámbitos normativos.

Tiene una trascendencia sumamente estratégica este cambio, por pequeño que sea. Sin duda, uno de los ámbitos más impermeables a la penetración de los principios de igualdad y no discriminación, muy en particular en materia de sexo o género, ha sido el de la representación y negociación colectiva, así como el del conflicto. Desafortunadamente, la ley no ha reformado ningún precepto de la normativa laboral de conflictos colectivos ni de huelga, pero sí los Títulos II y III.

Y no está de más poner de manifiesto que se trata de ámbitos de actuación en los que la presencia de la mujer ha resultado especialmente baja. Lo cual ha repercutido, por una parte, en que los hábitos y las pautas de actuación que se generan respondan a unos estereotipos muy masculinos. Y, por otra, en que los contenidos sobre los que han vertido sus esfuerzos las organizaciones representativas de ambas partes no han tenido demasiado que ver con los intereses de las trabajadoras. Antes bien, la brecha entre ambos sexos puede haberse acentuado a causa de muchas decisiones que se han adoptado, casi siempre de manera absolutamente in-intencionada, en la esfera de las relaciones colectivas de trabajo. En este sentido, uno de los tópicos que merecen mayor estudio en la actualidad es el de las discriminaciones indirectas en la negociación colectiva, materia esta sobre la que los Tribunales se tienen que pronunciar cada vez en un mayor número de ocasiones.

2

ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., *op. cit.*, pp. 86-87.



En la LO 3/2007, de 22 de marzo, irrumpe con mucha fuerza el tópico de los planes de igualdad. En torno a ellos van a organizarse en la negociación colectiva gran parte de las iniciativas que se adopten sobre el particular. No obstante, y sin perjuicio del comentario amplio que habrá de concedérseles en este comentario, no constituyen las únicas medidas de reforma que se adoptan. En las páginas que siguen, se sintetizan y comentan las más importantes.

B. CONTENIDO DE LOS CONVENIOS Y DEBER DE NEGOCIAR

Corresponde en este estudio hacer referencia a los problemas derivados de las reformas que se introducen en el Título III del ET, y que se centran en modificaciones de indudable relieve en los arts. 85 y 90. Las del primero de los preceptos obedecen a la obligatoriedad de negociar medidas dirigidas a evitar cualquier tipo de discriminación laboral entre mujeres y hombres o, en su caso, planes de igualdad, de acuerdo con los apartados 1 y 2 del art. 45 de la LO 3/2007, de 22 marzo.

Se añaden, pues, sendos párrafos, uno al apartado 1 y otro al apartado 2 del art. 85. El apartado 1 se refería, hasta la fecha, únicamente a contenidos posibles o “naturales” de la negociación colectiva, sin que hubiera sido modificado después de la refundición del ET en el año 1995. Pero el nuevo párrafo que se le añade rompe la orientación del precepto, puesto que, a dicho fin anterior, al que como mucho cabía atribuir un cierto afán promocional de ciertas cláusulas convencionales –muy en particular, procedimientos para resolver discrepancias surgidas en fases de consultas de traslados y modificaciones colectivas, suspensiones y despidos por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción– se incorpora otro de una orientación más vinculante: se trata de establecer un deber de negociar sobre unas concretas materias.

Por lo tanto, y en concordancia con los referidos apartados 1 y 2 del art. 45 de la LO 3/2007, se establece, “sin perjuicio de la libertad de las partes para determinar el contenido de los

convenios”, un específico deber de negociar “medidas dirigidas a promover la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el ámbito laboral o, en su caso, planes de igualdad con el alcance y contenido previsto en el capítulo III del Título IV de la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres”.

No se trata ahora de entrar en el objeto material de este deber, sino de su diseño dentro del esquema legal del Tít. III del ET. Hay varias cuestiones que deben comentarse. Por una parte, la sistemática de la reforma del texto estatutario. Por otra, la coordinación entre este deber de negociar una materia concreta y la genérica obligación de negociar que regula el art. 89.1 ET. Y, finalmente, la coercibilidad de este deber nuevo, desde la perspectiva de la escasa doctrina judicial habida sobre la materia.

En cuanto a la sistemática del nuevo párrafo segundo del art. 85.1, llama la atención que se haya utilizado esta ubicación para incorporar al ET el deber que enuncia el art. 45 de la Ley Orgánica, porque, como se ha anticipado, cambia radicalmente el sentido y la sistemática interna del precepto. Hasta ahora, se decía que su párrafo primero enunciaba contenidos “naturales”, “posibles” o incluso “recomendables” de la negociación colectiva. Su párrafo segundo –incorporado por la Ley 63/1997, de 6 diciembre– también se dedicaba a promocionar un contenido posible –los procedimientos de información y seguimiento de los despidos colectivos, por cierto de muy escaso éxito hasta la fecha en nuestra experiencia negocial–. Y su apartado 3 listaba los contenidos mínimos, obligatorios de cualquier convenio colectivo, con el único matiz, en función del ámbito de los convenios, de las cláusulas de descuelgue salarial.

Así pues, el nuevo párrafo utiliza una técnica nueva, a medio camino entre la labor indicativa o de promoción de los apartados 1 y 2 en su versión anterior a la LO 3/2007, de 22 marzo y la de exigir ciertos contenidos mínimos propia del apartado 3. Se trata ahora de introducir un deber de negociar ciertas materias vinculadas al principio de igual-

dad y no discriminación por razón de género. Queda claro, pues, que el legislador no opta por imponer como contenido mínimo del convenio, entre otras cuestiones, medidas de promoción de la igualdad de trato y de oportunidades o planes de igualdad. Pero tampoco se limita a fomentar que se incluyan tales contenidos. Da un paso más y establece un deber jurídico de negociarlos entre la representación de las empresas y de las personas trabajadoras.

Lo cual plantea un interrogante sobre si acaso este deber no convendría ubicarlo sistemáticamente en el art. 89.1, cuando se enuncia la genérica obligación de negociar, y no en el art. 85, relativo a los contenidos de los convenios. La opción del legislador resulta discutible, pero en todo caso no debe olvidarse que el art. 89 se refiere a la tramitación del procedimiento negocial, de modo que tampoco sería idónea la referencia a este novedoso deber de negociar sobre materia concreta en dicho precepto estatutario.

A este respecto, hay que reflexionar sobre el aludido problema del significado del mismo en relación con el genérico deber de negociar del art. 89.1, párrafos segundo y tercero del ET. Llama la atención, a primera vista, la diferente redacción empleada, pues en el novedoso art. 85.1, párrafo segundo, se alude al “deber de negociar”, en tanto que en el art. 89.1 se enuncian unas causas obstativas para oponerse a la iniciación de las negociaciones, para, posteriormente, vincular a ambas partes por una obligación de negociar “bajo el principio de la buena fe”. No parece que deba otorgársele demasiada relevancia a que el art. 89 aluda al término “obligación” y el art. 85 a la palabra “deber”, más allá de que probablemente el art. 89 está contemplando el convenio desde la perspectiva más contractual y, por lo tanto, recurre a la primera de las expresiones, a la vez que la condiciona con la referencia explícita a la buena fe que, en todo caso, se aplica también al deber de negociar del art. 85 desde una elemental apelación al art. 7.1 del CC.

Desde luego, la genérica obligación-deber del art. 89.1 alcanza también la



materia a la que ahora se refiere específicamente el art. 85.1, párrafo segundo. En tanto no haya causa legal o convencionalmente establecida, o no se trate de revisar un convenio ya vencido, existe obligación de negociar y, por ende, negociar cualquier materia relativa a la igualdad y también planes de igualdad. En consecuencia, no resulta fácil distinguir qué añade que, además de la genérica obligación del art. 89.1, se añada un específico deber en el art. 85. Porque, desde luego, no cabe sino concluir que, en virtud del art. 89.1 ET existe una obligación de negociar planes de igualdad en cualquier ámbito negocial, y cualquiera que sea el número de personas que conforman la unidad de negociación.

No puede sino desecharse, por conducente al absurdo, una interpretación conforme a la cual hasta la Ley Orgánica 3/2007, de 22 marzo, podría predicarse una obligación de negociar cualquier materia atinente a los principios de igualdad y no discriminación, pero después de ella dicha obligación queda restringida por los contenidos y los ámbitos a los que se refiere el art. 85 ET, en su nueva versión. Desde luego, el propósito de la Ley no fue restringir la negociación de estos contenidos, sino precisamente promocionarlos y expandirlos.

Hay que concluir, así pues, que el nuevo deber de negociar es suplementario, y no sustitutivo de la obligación de negociar de buena fe del art. 89.1 ET. Se impone, por lo tanto, discernir qué diferencia cualitativamente a uno y otro. En principio, de ninguno de los dos se puede deducir, como la doctrina de suplicación ha declarado en relación con el segundo de ellos, un deber de convenir. La negociación puede concluir en una situación de estancamiento y de ruptura sin que de ello pueda deducirse en modo alguno que se ha infringido el Título III del ET.

No es fácil, llegados a este punto, establecer diferencias, y probablemente el nuevo deber tenga más de elemento promocional y simbólico que de jurídicamente relevante. Pero su efectividad, sin duda, se sitúa en esencia en el

ámbito de los compromisos de las partes sociales que se deducen de los principios generales de las normas de la rama social del derecho. En este sentido, la elaboración de los planes de igualdad en los ámbitos correspondientes o, en todo caso, la negociación de otras medidas de igualdad, pasa a ser un contenido prácticamente exigible de los convenios colectivos, de forma tal que su inexistencia debe ser considerada, cuando menos, como sospechosa por parte de la autoridad laboral.

Pero, más allá del recurso a los principios inspiradores de las normas sociales, habrá que establecer diferencias prácticas entre la obligación general y el deber específico. Entre otras, puede proponerse que no es preciso incluir los temas del art. 85.1 entre los contenidos que van a negociarse que han de incluirse en la comunicación del art. 89.1. O que puede exigirse en cualquier caso la apertura de este objeto de negociación, cualquiera que sea el momento en el que se hallen las deliberaciones. O que, dada la entidad del deber legal, es lícito y proporcionado condicionar el acuerdo global a que la otra parte acepte ciertas contraprestaciones o concesiones relativas a medidas de igualdad. En esta línea, podrían apuntarse otras propuestas que obedezcan a la lógica de que el deber del art. 85.1 ostenta cualitativamente una mayor importancia que la obligación general que, sobre el resto de las materias características de la negociación colectiva, existe con base en el art. 89.1 ET. Y, además, debe verificarse cómo este deber puede estar dotado de una mayor eficacia vinculante, como se va a ver casi de inmediato.

Pero, sobre todo, debe destacarse que el deber de negociar planes de igualdad no queda enervado, como el general, por la concurrencia con un convenio colectivo vigente de distinto ámbito. Es decir, aunque exista, vg., un convenio sectorial en vigor, pervivirá no obstante este específico deber. Sin perjuicio, claro está, de lo que se dirá más adelante en torno a las disposiciones transitorias. Desde otro punto de vista, tampoco lo estará por otro tipo de causas convencionales: imagí-

nese, por ejemplo, que un acuerdo interprofesional o un convenio colectivo negociados al amparo del art. 83.2 ET excluyeran tajantemente el ámbito de empresa para cualquier tipo de contenidos negociales o para los que tengan que ver con la igualdad de oportunidades. Ello no obstante, esa cláusula convencional no podría aplicarse a la negociación de planes de igualdad, por imposición directa del art. 85 ET³. Lo cual, dado el carácter transversal que ha de tener todo plan de igualdad, puede llegar a resultar distorsionante en la estructura convencional de los distintos sectores, pues en la práctica los planes de igualdad las más de las veces van a afectar directa o indirectamente a todos o la mayoría de los capítulos de los convenios colectivos. Desde este punto de vista, no cabe duda de que las especialidades sobre el deber de negociar planes de igualdad y sobre su afectación a los convenios vigentes constituyen una materia que en no pocas ocasiones habrá de ser tratada con suma prudencia.

Piénsese, en otro orden de ideas, en el caso de que en una empresa determinada se apliquen varios convenios co-

3

Véase esta idea en ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., "Planes de igualdad...", *cit.*, p. 71.

4

Puede recordarse el siguiente pasaje de dicha sentencia: "ciertamente, no compete a este Tribunal entrar a conocer de las estrategias y actitudes negociadoras de las partes en conflicto como cuestiones de hecho, careciendo de relevancia constitucional cualquier aproximación a los modos en que aquéllas decidan resolver sus discrepancias en el proceso, así como, caso de llegar, el bloqueo de la negociación. Pero lo que no puede desconocerse es, precisamente, la trascendencia que para la actividad sindical pueda tener una práctica empresarial dirigida a neutralizar o desconocer las funciones del sindicato mediante una negociación que sólo aparentemente respeta la actividad propia de aquél; dicho de otro modo, existen actitudes empresariales cuyo resultado final es soslayar la intervención de aquél en la regulación colectiva de condiciones de trabajo pese a que formalmente se abran las negociaciones; de no tener presente esta problemática para valorar determinadas vulneraciones del art. 28.1 CE, bastaría con la apertura del proceso negociador y con la celebración de reuniones carentes de contenido real para considerar satisfecho el derecho del sindicato a intervenir en aquella regulación, burlando las bases mismas del sistema constitucional de relaciones laborales".



lectivos sectoriales, como sucede en los tiempos que corren cada vez con mayor frecuencia. Sin perjuicio de los problemas que existen de atribución de la representatividad a uno u otro ámbito en virtud de las elecciones sindicales que se celebren en su ámbito, en todo caso la representación unitaria –o la sindical– deben negociar con la empresa un plan de igualdad, sin que pueda oponerse a ese deber el hecho de que haya normas convencionales en período de vigencia ordinaria.

Se trata de destacar, en suma, 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 a partir de la LO 3/2007, de 22 marzo, como contenidos privilegiados de los convenios colectivos. Precisamente por ello, y tomando como referente el nuevo art. 85.1, párrafo segundo del ET, en relación con los arts. 45.1 y 2 de dicha Ley Orgánica, cabe enunciar un principio de equilibrio interno del convenio, pero desde una nueva dimensión relativa a si de un análisis conjunto de su articulado debe concluirse que no contiene discriminaciones directas o indirectas y si incluye suficientes medidas que promuevan la igualdad efectiva entre trabajadores y trabajadoras.

En otro orden de ideas, no puede olvidarse que algunas leyes recientes han apuntado nuevos contenidos de la negociación colectiva que tienen una evidente repercusión en temas de igualdad y medidas compensadoras que favorezcan al sexo menos representado en el mercado de trabajo. Por ejemplo, el art. 10 de la Ley 40/2003, de 18 noviembre, de protección a las familias numerosas, invita a los convenios a incluir medidas de “protección” a las personas trabajadoras cuyas familias tengan la consideración de numerosas, básicamente en cuestiones tales como protección de sus derechos, acción social, modificación sustancial de las condiciones de trabajo, movilidad geográfica y extinción del contrato de trabajo. Sin perjuicio de que exista cierta tradición en los convenios, en particular en cuestiones de acción social,

debería recordarse la especial incidencia que tiene en el empleo de las mujeres el número de descendientes a cargo, ascendientes u otros familiares en lo que se refiere al mantenimiento del contrato de trabajo y, muy en particular, a los problemas de conciliación. Por lo tanto, no estaría de más que se tuviesen en cuenta los vínculos entre las medidas de igualdad del art. 85.1, párrafo segundo del ET y los contenidos que propone el art. 10 de la Ley 40/2003, de 18 de noviembre.

Y una segunda referencia de interés se encuentra en la Ley 62/2003, de 30 diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, en su vertiente de norma de trasposición de la Directiva 2000/78/CE, de 27 noviembre, del Consejo, sobre el establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. Su art. 42, bajo el epígrafe “fomento de la igualdad en la negociación colectiva” prevé que los convenios colectivos incluyan medidas dirigidas a combatir todo tipo de discriminación en el trabajo, favorecer la igualdad de oportunidades y prevenir el acoso por razón de origen racial o étnico, religión, convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual. Se trata en este caso de las otras discriminaciones. Sin embargo, la toma en consideración de éstas y de la discriminación sexista, así como la promoción de la igualdad en todos los ámbitos, va a producir efectos multiplicadores a la vista de ambos preceptos, el art. 42 de la Ley 62/2003, de 30 diciembre, y el art. 85.1, párrafo segundo del ET. Es una lástima, en cualquier caso, que la Directiva 2000/78/CE se haya incorporado al derecho interno de una forma tan anodina y tan poco visible, porque las posibles sinergias quedan totalmente oscurecidas.

Ya en cuanto a los posibles resortes jurídicos para hacer efectivo el deber de negociar los contenidos previstos en el art. 85.1, párrafo segundo, debe reconocerse la debilidad de los mismos, por lo menos por lo que se refiere a la tradicional obligación de negociar de buena fe. Las más de las veces, simplemente podrá obtenerse una sentencia poco más que declarativa en un proceso de

conflicto colectivo, que declare el incumplimiento del deber legal y condene a la parte renuente a estar y pasar por estas declaraciones y a negociar las medidas o los planes de igualdad. Asimismo, habrá de reconocerse que la empresa, en caso de negarse a negociar sobre unas u otros, comete el tipo administrativo del art. 7.10 del texto refundido de la LISOS, al menos en cuanto incurre en una omisión contraria a los derechos de las personas trabajadoras listados en el art. 4 del ET.

Pero, además de estos débiles mecanismos, la LO 3/2007, de 22 marzo, refuerza en cierta medida la efectividad del deber de negociar, al incluir un nuevo tipo administrativo en el art. 7 de la LISOS –el número 13–, referido al incumplimiento de las obligaciones que, en materia de planes de igualdad, establecen el ET o el convenio que sea de aplicación. También puede recurrirse al tipo administrativo del art. 8.12 LISOS –asimismo modificado por la LO 3/2007, de 22 de marzo, en la medida en que la negativa a negociar tales materias pueda implicar, en la práctica, una discriminación directa o indirecta por razón de sexo.

Existe además otro remedio judicial, desde el punto de vista de que la negativa de la empresa a negociar un plan de igualdad pueda interpretarse como una conducta pluriofensiva del derecho de libertad sindical y de los principios de igualdad y no discriminación. No está de más recordar, en torno a esta consideración, que la STC 107/2000, de 5 mayo, entendió que se había lesionado el derecho fundamental de libertad sindical en un caso en el que la empresa, en vulneración de su obligación de negociar de buena fe, había remitido un ultimátum a la representación social negociadora a las pocas sesiones de abrirse la negociación de los convenios ⁴.

Es decir, una vez que las medidas o el plan de igualdad constituyen contenidos fundamentales de la negociación colectiva, una actitud de la empresa que tienda a evitar que se negocien sobre unas u otros es susceptible de considerarse una violación del contenido esen-



cial del derecho fundamental de libertad sindical. Pero, además, puede constituir asimismo una discriminación indirecta por razón de sexo en la medida en la que esta negativa a negociar, y a hacerlo de buena fe, causa un impacto adverso en el colectivo de las mujeres trabajadoras incluidas dentro de la unidad de negociación. En consecuencia, a través del proceso de tutela de los derechos de libertad sindical cabría combatir una negativa a negociar dichos contenidos, persiguiéndose las consecuencias propias de una sentencia de las del art. 180 LPL, precepto también reformado por la LO 3/2007, de 22 marzo: cese inmediato de la conducta vulneradora de derechos, reposición al momento anterior de cometerse y reparación de las consecuencias lesivas, incluida la indemnización que procediera.

C. ÁMBITOS DE NEGOCIACIÓN DE LOS PLANES DE IGUALDAD

Como quiera que el art. 45.2 de la LO 3/2007, de 22 marzo, establece que deberá ser objeto de negociación el plan de igualdad en la forma que determine la legislación laboral, la segunda reforma del art. 85, en este caso de su apartado segundo, consiste en articular este deber de negociar sobre la elaboración de dicho plan. Sin perjuicio de las afirmaciones vertidas en el apartado anterior, en la línea de que cualquier materia relativa a medidas de igualdad o a un plan orquestado de medidas se ampara por la genérica obligación de negociar del art. 89.1 ET, este específico y nuevo deber se estructura de forma más concreta mediante esta otra reforma del precepto referido a los contenidos de la negociación colectiva.

De acuerdo con el nuevo párrafo segundo del art. 85.2, después de una nueva invocación a la libertad de contratación que se les reconoce a las partes, sin perjuicio de ella, la negociación colectiva articulará el deber de negociar planes de igualdad en las empresas de más de 250 trabajadores de la siguiente forma:

a en el caso de convenios de ámbito empresarial, el deber de negociar se for-

malizará en el marco de la negociación de dichos convenios.

b en los convenios de ámbito superior a la empresa, el mismo 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, a través de las oportunas reglas de complementariedad.

También la ubicación sistemática de estas reglas resulta sumamente discutible. Ya se ha dicho antes que el art. 85.2, hasta la Ley Orgánica 3/2007, de 22 marzo, se limitaba a promocionar en los convenios colectivos procedimientos de seguimiento de los despidos objetivos. Pero ahora añade una regla más compleja, que se refiere a cuestiones de estructura de los convenios colectivos y de complementariedad entre las distintas unidades de negociación. En este sentido, la duda que se debe plantear se refiere a si acaso no hubiera resultado más correcto que el párrafo se introdujera en los arts. 83 ó 84, en vez de en el 85 del ET.

Debe manifestarse, en primer lugar, que el párrafo que se comenta no altera las reglas de concurrencia de convenios del art. 84, que rigen en su totalidad también en cuanto a los planes de igualdad. Dicho en otros términos, salvo pacto en contrario mediante convenio colectivo o acuerdo interprofesional del art. 83.2, un convenio durante su vigencia no puede ser afectado por lo dispuesto en convenio colectivo de ámbito distinto, salvo las conocidas excepciones que regula el propio art. 84 en torno a la concurrencia descentralizadora, materia esta sobre la que ahora no se va a profundizar. También se aplica íntegramente la regla de libre elección del ámbito del art. 83.1. Por consiguiente, la regla del párrafo segundo del art. 85.2, no prioriza ni otorga preferencia al convenio de empresa o al supraempresarial, sino que simplemente está a las normas generales del Tít. III del ET y preceptos concordantes. A salvo, claro está, de que, como se ha dicho anteriormente, el deber de negociar planes de igualdad no queda enervado por la

existencia de un convenio concurrente en otro ámbito y, por lo tanto, de que al plan de igualdad negociado a nivel de empresa no se le aplica la prohibición de concurrencia del art. 84 ET.

Así pues, tampoco resulta fácil de averiguar el exacto alcance que tiene esta distribución de competencias entre los ámbitos empresariales y los supraempresariales. En apariencia, la pretensión del precepto consiste en limitar el deber de negociar planes de igualdad al ámbito empresarial, y sólo al caso en el que la empresa tenga más de 250 trabajadores. Es decir, en otros ámbitos superiores al de empresa no existe el deber específico de negociar enunciado en el art. 85.1, sin perjuicio de la general obligación de negociar de buena fe del art. 89. Tampoco, en apariencia, existe dicho deber en los ámbitos infraempresariales, por ejemplo en la franja.

Aunque el tema en absoluto está claro, da la impresión de que cuando el art. 85.2, párrafo segundo, alude a los convenios de empresa, dentro de ellos habrá que entender incluidos los de centro de trabajo y los de grupo de empresa, como ámbitos con respecto a los cuales ha existido la tendencia en la doctrina judicial de asimilarlos a convenios de empresa. Desde luego, el tema no es pacífico desde una perspectiva sustantiva, pues parte de la doctrina se inclina por considerar que la ley confía al ámbito de la empresa de un modo muy intenso la elaboración, desarrollo y aplicación de los planes de igualdad, de tal modo que no cabe obviar este ámbito de negociación⁵. Los argumentos que se esgrimen, en torno a la necesidad de adaptar el plan a las circunstancias concretas, no me parecen suficientemente convincentes para excluir otros ámbitos

5

Con mayor desarrollo argumental, FABREGAT MONFORT, G., "La negociación colectiva de los planes de igualdad", *RDS*, n.º 37, 2007, p. 216 y ss.

6

Véase esta idea en ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., "Planes de igualdad...", *cit.*, p. 70.

7

BOE de 18 mayo 2007.



más amplios, por lo menos en el plano de las directrices. Y, por lo que ahora interesa, tampoco los más reducidos, en los que *a fortiori* se alcanzarán dichos propósitos de adaptación. Así entendido el precepto, cabe la posibilidad de que, a la postre, en una misma empresa existan personas cubiertas por un plan de igualdad y otras no cubiertas, cuando tan sólo en la norma convencional aplicable a una parte de ellas se haya alcanzado acuerdo sobre el diseño y contenido de dicho plan. Siempre, claro está, que se hubiesen abierto negociaciones que afectaran a toda la plantilla, aunque parte de ellas no alcanzaran buen puerto. Pues, de no cumplirse esta premisa de tentativa negocial, se estarían frustrando parcialmente los objetivos de la ley.

El tema de los ámbitos de negociación está vinculado a otro más sustantivo, que consiste en cómo debe interpretarse el término “empresa” del art. 45.2 de la LO 3/2007, de 22 marzo, en relación con el art. 85 ET, de acuerdo con su redacción actual procedente de la disposición adicional 11^a de la propia Ley. Desde luego, debe optarse por un entendimiento jurídico del mismo, de modo tal que en el caso de que existan varios centros de trabajo, habrá que computar la suma de todas las personas trabajadoras de todos ellos para verificar si se supera o no el límite de los 250 trabajadores/as. Ahora bien, como se ha dicho no hay óbice para que los centros de trabajo que cuenten con más de 250 trabajadores, individualmente considerados, negocien su propio plan de igualdad a través de un convenio o acuerdo de centro de trabajo, siempre, debe insistirse, que se garantice que todas las personas que presten servicios en la empresa queden amparadas por la negociación –aunque no se llegue a acuerdo– de un plan.

Por lo demás, el art. 85.2, párrafo segundo, contempla la hipótesis de que exista un convenio supraempresarial. En cuyo caso, habrá que concluir dos afirmaciones, a la vista del precepto: la primera de ellas es que no obsta la vigencia del convenio supraempresarial para que exista un deber de negociar en el ámbito de empresa un plan de

igualdad. Por lo tanto, y como ya he anticipado, en este punto se separa el específico deber de negociar del art. 45.2 de la Ley Orgánica de la genérica obligación de negociar del art. 89.1, pues a esta segunda obsta que exista un convenio colectivo vigente en otro ámbito. Vigente el convenio de sector, si la empresa cuenta con más de 250 personas empleadas, hay que negociar el correspondiente plan. La segunda consiste en que acaso en el convenio de ámbito superior se hayan establecido términos y condiciones más o menos precisos para cumplimentar el plan a nivel de empresa, en cuyo caso éstos habrán de acatarse en la negociación en este nivel, “a través de las oportunas reglas de complementariedad”.

Hay que concluir, así pues, que el ET pretende animar cierta articulación de ámbitos convencionales. Es verdad que otorga cierto lugar de preferencia al convenio de empresa, como ámbito más idóneo para regular el plan, y, en consecuencia, restringe el deber específico de negociar del art. 85.2 ET –no el del art. 85.1– a dicha unidad negocial. En esta línea, la LO 3/2007, de 22 marzo, constituye un importante estímulo a que se abran procesos negociadores con contenidos más amplios en las unidades empresariales, si se opta por negociar un convenio íntegro más que un acuerdo de empresa sobre plan de igualdad ⁶.

Pero al mismo tiempo promociona que el ámbito sectorial no quede al margen e introduzca criterios generales –“términos y condiciones”, expresa la Ley–. Razonablemente, siempre le ha de quedar un mayor o menor margen de concreción al convenio o acuerdo de empresa o de ámbitos inferiores, pero un convenio de sector puede optar por establecer parámetros más o menos concretos que vinculen las negociaciones que se desarrollen en los ámbitos inferiores.

No se trata, así pues, de que el convenio de empresa prevalezca sobre el supraempresarial, sino que rigen las reglas tradicionales de concurrencia de convenios, y se admite la posibilidad de que los ámbitos superiores puedan vin-

cular en sus contenidos a los inferiores. Incluso es posible –y aun podría ser recomendable sólo en muy determinadas circunstancias, a los efectos de separar el plan de igualdad de la dinámica general de conflicto en la negociación del convenio de que se trate– que las partes sociales opten por negociar un convenio de ámbito estatal o autonómico o un acuerdo interprofesional en los mismos ámbitos sobre materia concreta, al amparo del art. 83.3, que se dedicara a regular medidas generales de igualdad y a dar pautas vinculantes o no vinculantes sobre la estructura y contenidos mínimos de los planes de igualdad.

Incluso esta posibilidad se promociona en alguna reciente ley autonómica. En concreto, el art. 25 de la Ley del Parlamento de Galicia 2/2007, de 28 marzo, del trabajo en igualdad de las mujeres de Galicia ⁷, prevé “el acuerdo marco interprofesional de ámbito autonómico sobre la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres”, cuya negociación debe promocionar el Consello Galego de Relacións Laborais.

Finalmente, hay que destacar cómo, en cuanto a la diferencia entre ámbitos de negociación, la LO 3/2007, de 22 de marzo, introduce una distinción hasta ahora inédita, basada en el número de personas que trabajan en una empresa. Sólo cuando en la negociación del convenio de empresa se supere el umbral del 250 trabajadores y trabajadoras, se desencadena este específico deber de negociar. Lo cual plantea el reto de cómo debe efectuarse el cómputo a los efectos de verificar si se supera o no dicho límite. A falta de reglas específicas, habrá que concluir que deben computarse todos los contratos, ya sean indefinidos y temporales, y ya se trate de personas que trabajen a tiempo completo o a tiempo parcial. Y, sobre la circunstancia de que sólo de manera coyuntural se supere el número máximo que permite prescindir de la negociación del plan, no cabe sino esperar a que ser pronuncie la doctrina judicial, aunque la eficacia de esta herramienta debe resultar poco compatible con un entendimiento flexible del deber de negociar. Por lo



demás, no pueden computarse, evidentemente, las personas contratadas a través de empresas de trabajo temporal ni las que formen parte de la plantilla de las empresas auxiliares. Desde luego, no parece que deban aplicarse las normas relativas al cómputo de plantilla a los efectos de las elecciones sindicales del art. 72 ET y preceptos concordantes, puesto que su lógica obedece a un propósito totalmente distinto.

Por cierto, ya que el parámetro de medición es el número de trabajadores de la empresa, es muy pertinente la pregunta sobre la legitimación para negociar planes de igualdad en empresas con una multiplicidad grande de centros de trabajo de muy pequeñas dimensiones. Por motivos de sobra conocidos –entre otros, por la propia jurisprudencia del TS al respecto, en particular a partir de su sentencia de 31 enero 2001⁸–, este tipo de estructuras productivas se multiplica exponencialmente, muy en especial en el sector servicios y constituye una realidad rampante la inexistencia de representación unitaria⁹. En tales casos, no habrá ni delegados de personal o comités de empresa ni, por derivación, delegados sindicales¹⁰. Y casi siempre resultará difícil la constitución de secciones sindicales, a la vista de las prácticas de sobra conocidas que se alimentan en estas entidades, en muchas ocasiones de carácter multinacional. He aquí otro argumento más para que se supere la doctrina del TS, restrictiva y, en otro orden de ideas, contraria al ordenamiento comunitario.

D. LOS ASPECTOS TRANSITORIOS DEL DEBER DE NEGOCIAR

La disposición transitoria cuarta de la LO 3/2007, de 22 marzo, contiene una regla relativa a la aplicación del deber de negociar ahora previsto en el art. 85 ET. De acuerdo con ella, dicho deber 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 Ley Orgánica. No obstante su aparente claridad, plantea algunas dudas que

merecen ser comentadas. Como descripción general, pretende que el deber de negociar planes de igualdad u otras medidas dirigidas a promover la igualdad de trato y de oportunidades cobre efectividad cuando se negocie el nuevo convenio, una vez denunciado el vigente en el momento de entrada en vigor de la Ley.

Ha de destacarse que el precepto cubre tanto el deber de negociar planes de igualdad como otras medidas de promoción de la igualdad. Lo cual debe subrayarse, porque el primer deber, como se ha puesto de manifiesto, tan solo alcanza los convenios de empresa, en tanto que el segundo afecta convenios de cualquier ámbito.

Los problemas se centran en particular en el deber de negociar a nivel de empresa planes de igualdad. En apariencia, el precepto se refiere a supuestos en los que ya exista en el momento de entrada en vigor de la Ley un convenio de empresa vigente, en cuyo caso la regla transitoria se aplica literalmente sin mayores problemas: denunciado el convenio de empresa, hay que negociarlo de nuevo, y se desencadena el deber específico del art. 45.2 de la LO 3/2007, de 2 marzo. Pero, si a fecha de 24 marzo 2007, no había convenio de empresa en vigor, sino sectorial, el precepto ya resulta más confuso. Como se ha visto, en tales casos el art. 85.2, párrafo segundo, remite a la negociación que se desarrolle en la empresa. Así las cosas, podría interpretarse que el deber que se comenta no sería efectivo hasta el momento en el que se denunciase el convenio sectorial. No obstante, cabría otra interpretación de la disposición transitoria distinta, según la que no puede condicionarse la negociación a nivel de empresa del plan de igualdad a que se denuncie el convenio supraempresarial. Esta segunda opción parece más sistemática y razonable, porque no se entiende qué interés tiene en tales casos de vigencia de un convenio de sector demorar la efectividad del nuevo párrafo del art. 85.2. Sí en los casos en los que está vigente un convenio de empresa, para acompañar la negocia-



8

Art. 2138.

9

Me parece muy acertada la observación de ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., “Planes de igualdad...”, *cit.*, p. 85, aunque no comparto que esta realidad se produzca “sólo en pocos supuestos”. Más bien, me parece un tema de crucial importancia en las relaciones laborales.

10

A partir de la STS de 10 noviembre 1998 (Art. 9.545). Sobre ella y ulteriores pronunciamientos, CABEZA PEREIRO, J., “La acción sindical en la empresa”, en *VV.AA, Constitución y Justicia Social, CGPJ* (Madrid, 2003) pp. 119 ss.

11

No está de más tener en cuenta que alguna Comunidad Autónoma cuenta con otros trámites administrativos para los planes de igualdad. Por ejemplo, el Decreto 133/2007 del Consell de la Generalitat de Valencia (DOCV de 31 julio 2007) regula un visado de los planes de igualdad que debe tramitarse ante el centro directivo con competencias en materia de mujer.

12

Aunque la ley nada dijera, cabría sostener esta misma interpretación, al menos en cuanto a los organismos públicos con competencia en materia de igualdad, con base en la jurisprudencia del TS que concedió legitimación a las Delegaciones del Gobierno para demandar por lesividad la ineficacia de convenios colectivos en cuanto éstos regulaban de una forma presuntamente lesiva ciertos derechos y deberes en el ámbito del País Vasco. En este sentido, SSTS de 9 abril 2003 (RJ 2003\3919), de 29 abril 2003 (RJ 2003\1344) y de 10 junio 2003 (RJ 2003\6008).



ción de los planes con la de las restantes cláusulas convencionales.

Hay que tener en cuenta que, como se ha dicho, el deber de negociar planes de igualdad no se condiciona a que haya vencido, a los efectos del art. 84 ET, el convenio supraempresarial. Desde esta perspectiva, resulta más defendible la segunda de las interpretaciones propuestas, que la que eximiera del deber hasta tanto no se hubiera denunciado el convenio de sector. Ahora bien, si se pretende constituir una nueva unidad empresarial en un ámbito hasta entonces regido por un convenio de ámbito más amplio, parece lo más razonable esperar hasta que se denuncie dicho convenio para negociar el plan, pues hasta ese momento la parte receptora de la comunicación podría negarse a negociar materias distintas de la del art. 45.2 de la LO 3/2007, de 22 marzo, de conformidad con la doctrina judicial vertida sobre el art. 89.1, párrafo segundo del ET.

En cuanto a la aplicación de la disposición transitoria cuarta a la negociación de medidas dirigidas a promover la igualdad de trato y de oportunidades, también produce cierta confusión. En principio, la interpretación literal resulta inequívoca: hasta que no se denuncie el convenio vigente, no hay deber de negociar dichas medidas. Lo cual equivale a decir que sólo cuando se produzca la negociación de un convenio se hace efectivo este concreto deber de negociar. Pero, en realidad, esta regla puede vaciarse de contenido si se tienen en cuenta que la obligación de negociar de buena fe del art. 89.1.3 –que alberga, desde luego, los contenidos referidos a igualdad y no discriminación– persiste cuando un convenio está vigente sobre materias no reguladas en él. No en vano, el TC, en sentencia 38/1990, de 1 marzo, consideró legal una huelga que pretendía presionar a la parte empresarial al objeto de negociar materias pendientes de regulación. Desde este punto de vista, la disposición transitoria cuarta, en cuanto a medidas distintas del plan de igualdad, resulta de muy difícil aplicación práctica.

E. EL PAPEL DE LA AUTORIDAD LABORAL EN LA TRAMITACIÓN ADMINISTRATIVA DE LOS CONVENIOS Y LA IMPUGNACIÓN JUDICIAL DE LOS MISMOS

Bien es conocida la misión limitada que le corresponde a la autoridad laboral competente en todo lo concerniente a registro, depósito y publicación de los convenios, de acuerdo con el art. 90 del ET y con el RD 1040/1981, de 22 mayo, de registro y depósito de convenios colectivos de trabajo¹¹. Debe llamarse la atención de que los planes de igualdad, como contenido negocial, se regulan en el Tít. III del ET y no en el Título I. Lo cual produce como consecuencia que su eficacia y tramitación, una vez acordados, sea la propia de los convenios colectivos, ya se conciban como una parte integrante de éstos, ya como unos acuerdos autónomos.

Incidentalmente, habría que plantearse la posibilidad de que los planes de igualdad se aprobaran como pactos extraestatutarios, por las mismas razones que suceden con otros instrumentos colectivos. En tal caso, cabe remitirse a toda la doctrina que se ha vertido sobre este tipo de convenios.

En particular, la autoridad laboral tiene encomendada una misión de control de legalidad y no lesividad de las normas convencionales que se traduce en que ha de dirigirse de oficio a la jurisdicción social cuando estima que un convenio conculca la legalidad vigente o lesiona gravemente el interés de terceros. En sus aspectos procesales, este sistema de control se desarrolla fundamentalmente en los arts. 161 y 162 de la LPL.

Por supuesto, el control de oficio por parte de la autoridad laboral alberga y protege también todo lo concerniente al respeto a los principios de igualdad y no discriminación. En cuanto que los convenios incluyan cualquier tipo de discriminación, ya sea directa o indirecta, la autoridad laboral, si toma conocimiento –como debería hacerlo– de estas circunstancias, tendría que dirigirse al órgano competente de

la jurisdicción social para que “subsane” las supuestas anomalías, como expresa el art. 90.5 del ET. Y, más allá de este control de legalidad, si interpreta que un convenio legal implica una lesión grave de los derechos de las mujeres trabajadoras, que trasciende los derechos concretos de las que se incluyen dentro de su ámbito de aplicación –éstas no son “terceras” ajenas al convenio, a los efectos de la legitimación procesal del art. 163.1 b) LPL– ha de desencadenar el control judicial por posible lesividad.

A los efectos de los “terceros” que pueden ostentar legitimación para impugnar directamente –sin comunicación por parte de la autoridad laboral– un convenio por lesividad a través de la modalidad procesal de impugnación de convenios colectivos, habrá que reconocérsela sin duda a los organismos públicos con competencia en la materia de igualdad, a las organizaciones sindicales más representativas y a las asociaciones de ámbito estatal –en mi opinión, no sólo a las de ámbito estatal– cuyo fin primordial sea la igualdad entre mujeres y hombres. Esto es así en virtud de la aplicación supletoria del nuevo art. 11 bis, apartado segundo, de la Ley 1/2000, de 7 enero, de Enjuiciamiento Civil, supletoria de la LPL, que concede legitimación a estas entidades “cuando los afectados sean una pluralidad de personas, indeterminada o de difícil determinación” en cuanto a la defensa del derecho a la igualdad de trato entre mujeres y hombres¹².

Es especialmente importante la reflexión anterior, porque el nuevo art. 90.6 ET establece un sistema de colaboración entre la autoridad laboral competente y los organismos públicos de igualdad –sólo con ellos– excesivamente prudente y parece que relega en exceso el papel que éstos deben desarrollar, en relación con la impugnación de convenios colectivos. Reviste cierto interés su primer párrafo, que, sin perjuicio de lo establecido en el art. 90.5, encomienda a la autoridad laboral velar “por el respeto al principio de igualdad en los convenios colectivos que puedan contener discrimina-



ciones, directas o indirectas, por razón de sexo”. Este interés se deriva de que la ley destaca el concreto deber de vigilancia en cuestiones de igualdad y no discriminación, como única materia especialmente mencionada en el trámite de depósito, registro, publicación y eventual impugnación del convenio. En consecuencia con su alusión explícita, cabe esperar una particular diligencia por parte de las administraciones públicas con competencias en materia laboral en la vigilancia del cumplimiento de ambos principios en todo lo que se refiere a la revisión de los convenios colectivos.

Pero el párrafo segundo del art. 90.6 resulta decepcionante, por enunciar unas reglas de colaboración obvias y que crean la apariencia de que no existen otras iniciativas más contundentes que puedan poner en marcha los organismos públicos referidos en el precepto. Se limita a expresar que la autoridad laboral puede recabar el asesoramiento del Instituto de la Mujer o de los organismos de igualdad de las Comunidades Autónomas, según proceda por su ámbito territorial. Cabría añadir, aunque la ley calla, que puede recabar cuantos informes y asesoramientos tenga por oportuno, con base en el art. 82.1 de la Ley 30/1992, de 26 noviembre. Y añade el precepto que, si la autoridad laboral se ha dirigido a la jurisdicción competente por entender que puedan existir cláusulas discriminatorias, lo ha de poner en conocimiento de los organismos citados, “sin perjuicio de lo establecido en el apartado 3 del artículo 95 de la Ley de Procedimiento Laboral”.

La referencia al art. 95.3 LPL resulta totalmente banal: por supuesto que el órgano judicial, habiendo recibido la comunicación de oficio, puede recabar el asesoramiento de los organismos públicos competentes cuando se haya suscitado una discriminación por razón de sexo. Y por supuesto que ese asesoramiento acaso lo haya solicitado ya la propia autoridad laboral con base en el propio art. 90.6 o en las reglas ordinarias de procedimiento administrativo. La cuestión consiste en que los

organismos públicos de igualdad pueden tener un margen de actuación mucho más amplio, lo diga o no lo diga el art. 90.6 del ET.

En primer lugar, y siguiendo la lógica del art. 90.6, habrá que interpretar que también habrá de informarse por parte de la autoridad laboral a los organismos públicos de igualdad en los casos en los que la autoridad laboral impugne, no por la posible existencia de cláusulas discriminatorias, sino simplemente porque el convenio resulta lesivo para colectivos generales o particulares de mujeres. Pero, sobre todo, y en segundo, debe destacarse que la función que pueden y deben desarrollar las entidades públicas y privadas –no sólo las públicas– de defensa de la igualdad y las organizaciones sindicales en el trámite de registro y publicación del convenio no debe limitarse tan solo a ser colaboradores pasivos de la autoridad laboral. Antes bien, les compete una importante función de denuncia, al amparo del art. 162.4 de la LPL y de su evidente condición de interesados de acuerdo con el art. 31 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

Pero, más allá de esta idea, ya fuera del control de oficio de los convenios colectivos, el nuevo art. 11 bis de la LEC permite un entendimiento más amplio de la legitimación procesal de organismos, sindicatos y asociaciones, y no sólo en su condición de terceros a los efectos de la demanda de impugnación por lesividad del convenio. Trascendiendo esta interpretación restrictiva, la alusión a “pluralidad de personas indeterminada o de difícil determinación” y a “intereses difusos” conviene perfectamente a la definición del contenido de los procesos de conflicto colectivo y de impugnación de convenios. Dicho en otras palabras, debe afirmarse la legitimación directa de todas estas entidades para demandar por el proceso de conflictos colectivos y por el de impugnación de convenios. En este sentido, los arts. 152, 153 y 163 de la LPL deben integrarse con el art. 11 bis de la LEC.

F. OTROS TEMAS: LAS COMPETENCIAS DE LOS COMITÉS DE EMPRESA

Sin perjuicio de otras que se encuentran dispersas por diversos preceptos del ET y de algunas normas legales y reglamentarias más, así como de las que le pueda reconocer adicionalmente la negociación colectiva, el grueso de las competencias de los comités de empresa y de los delegados y delegadas de personal, se encuentran recogidas en el art. 64 ET. Y, hasta la entrada en vigor de la LO 3/2007, de 22 de marzo, era clamorosa la inexistencia de cualquier función que tuviese que ver expresamente con los derechos de igualdad y no discriminación de trabajadoras y trabajadores. Desde luego que todas las que sí les encomendaba –y le encomienda– la ley tienen una perspectiva de género, pero la ausencia de referencias explícitas ha constituido un elemento simbólico de una relevancia práctica muy fuerte. Entre otras cuestiones, no ha habido una conciencia clara de que las representaciones unitarias ostentasen un papel en la defensa de ambos principios.

Bien es verdad que las organizaciones sindicales y empresariales, en su di-

13

A tal fin, deberá alentarse a los empresarios a presentar con una periodicidad adecuada a los empleados y/o a sus representantes información adecuada sobre la igualdad de trato de hombres y mujeres en la empresa. Esta información podrá incluir un inventario sobre la proporción de hombres y mujeres en los diferentes niveles de la organización, los salarios y las diferencias salariales entre hombres y mujeres, así como posibles medidas para mejorar la situación, determinadas en cooperación con los representantes de los trabajadores.

14

Baste con transcribir este pasaje: “...ciertamente, esa presunción general de reserva o sigilo que la sentencia de duplicación establece a través de la interpretación extensiva que lleva a cabo, en cuanto limitativa con igual carácter general y extensivo del ejercicio de los mencionados derechos fundamentales en relación con el de libertad sindical, además de exceder con toda claridad de la configuración que de dicho deber efectúa nuestra regulación legal, no resulta conforme con la ya afirmada posición prevalente de los derechos fundamentales en nuestro Derecho y con los límites que a su ejercicio puede imponer la satisfacción de los intereses empresariales”.



mención de entidades vertebradoras del Estado social y democrático de derecho a las que el art. 7 de la Constitución les otorga un papel esencial, ostentan en todo caso un indiscutible papel también en materia de igualdad, y así se lo reconocen explícitamente no pocos pasajes de la LO 3/2007, de 22 marzo. Pero este mismo papel no se les ha concedido tradicionalmente a los comités de empresa y a las/os delegadas/os de personal, sin que pueda acudir, al menos directamente, al expediente de la sindicalización de estos órganos de representación laboral.

En resumen, las competencias nuevas de la LO 3/2007, de 22 marzo, se refieren una a derechos de información, otra a cuestiones de vigilancia y control y la tercera, a aspectos en los que la representación unitaria debe colaborar con la empresa.

La primera de ellas se trata de que dicha representación debe recibir información, cuando menos con una cadencia anual, relativa a la aplicación en la empresa del derecho de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, entre la que deben incluirse 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.

Se trata de unos derechos informativos, con los correlativos deberes de las empresas, de contenido bastante genérico, dato que va a dificultar en la práctica bastante la coercibilidad jurídica de este deber. No obstante, debe señalarse el valor que puede ostentar esta información a los efectos de poder fundamentarse de forma más adecuada las demandas judiciales o las reclamaciones administrativas que puedan plantear los órganos de representación unitaria o las propias organizaciones sindicales con presencia en el comité de empresa. Por lo demás, dicho contenido genérico acaso se aclare un poco más si el art. 64 se pone en

conexión con el art. 21.4 de la Directiva 2006/54/CE¹³, de la que evidentemente trae causa.

Más en concreto, los datos sobre la proporción de mujeres y hombres en los diferentes niveles profesionales pueden tener una importancia evidente a los efectos de las pretensiones relativas a discriminaciones salariales indirectas o a impactos adversos en materia de categoría profesional, promoción y ascensos. Sobre estas cuestiones, el número de contenciosos que se plantean en el ámbito del Estado español resulta sumamente reducido, si se compara con otros ordenamientos jurídicos afines, pero en los que se le ha otorgado un mayor protagonismo desde hace ya años a la legitimación procesal, ya sea como partes principales, ya sea como coadyuvantes, de organizaciones de defensa de los derechos de la mujer o también de organizaciones sindicales. En esta línea, las reformas de la LEC, de la LPL y de la LJCA que amplían dicha legitimación ostentan una gran importancia puestas en relación con los derechos informativos del art. 64 ET.

Algo similar cabe decir de la información sobre las medidas para fomentar la igualdad entre ambos sexos y, en su caso, sobre la aplicación del plan de igualdad. En cuanto unas u otro hayan sido establecidos por convenio colectivo, además de la labor de análisis e interpretación que le va a caber ordinariamente a su comisión paritaria, en cada centro de trabajo el comité de empresa o los delegados o delegadas de personal van a desempeñar un relevante papel a partir de la información que cada año les habrá de llegar procedente de la empresa.

Podría contestarse este argumento apelando al deber de sigilo que el art. 65.2 ET contempla, entre otras materias, para las informaciones del art. 64.1.1 ET. No obstante, debe recordarse la concepción restrictiva que ostenta, en la doctrina constitucional, dicho deber de sigilo, como se colige, vg., de la STC 213/2002, de cuya lectura puede concluirse un entendimiento estricto del

deber de no divulgar cierta información¹⁴.

Por otra parte, no puede olvidarse que el art. 10.3.1º de la LOLS reconoce el derecho de los delegados sindicales a tener acceso a la misma información y documentación que la empresa ponga a disposición del comité, con el correlativo deber de sigilo. La doctrina judicial ha descrito este derecho informativo como de asimilación, de modo que si la empresa proporciona al comité la información por encima de los mínimos legales, los delegados sindicales ostentan en todo caso derecho a acceder a los mismos datos.

La segunda competencia engrosa las de vigilancia y control que les corresponden a los órganos de representación unitaria. Se trata de ejercer una labor de vigilancia del respeto y aplicación del principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres. En relación con ella, vale todo lo dicho sobre las funciones de ejercicio de acciones judiciales y administrativas que el art. 65.1 ET reconoce a dichos órganos de representación. Pero debe destacarse que, con esta competencia concreta, se les habilita con carácter general como garantes del referido principio en el ámbito de los centros de trabajo, ya sin las limitaciones materiales derivadas de la información que se les debe proporcionar o de los temas en los que están vinculados por un deber de colaboración con la empresa. Y se les confiere un protagonismo y una responsabilidad importante sobre la eliminación de situaciones directa o indirectamente discriminatorias.

La tercera y última competencia alude a medidas de conciliación de vida personal, familiar y laboral, sobre las cuales habrán de colaborar con la empresa en su establecimiento y puesta en marcha. En orden a su establecimiento, está claro que de este nuevo número 13 del art. 64.1 ET se deduce la posibilidad de alcanzar acuerdos de empresa entre ambas partes colaboradoras que mejoren las medidas que, en su caso, se contengan en el plan de igualdad o en otros pasajes de los convenios colectivos. Además,



los comités de empresa deben facilitar a la empresa en la medida de sus posibilidades que resulten eficaces las medidas que se introduzcan.

En términos generales, estas modestas referencias nuevas del art. 64 ET pueden suponer un importante cambio en el funcionamiento de las estructuras representativas del Tít. II del ET. Como mínimo, van a obligar a un replanteamiento de cómo defender los intereses del colectivo representado y de cuáles, en realidad, sean los más prioritarios. Probablemente, se vaya poco a poco cediendo a una concepción más plural de la persona-tipo cuyos derechos y expectativas se defienden, no necesariamente coincidentes con los de un trabajador varón con una gran disponibilidad de tiempo para dedicar a su trabajo.

Pero, más allá de las competencias explícitas ahora reconocidas en el art. 64 ET, debe tenerse en cuenta que la representación unitaria está llamada a ser ordinariamente la parte negociadora por el banco social en los convenios colectivos de empresa o ámbito inferior y, por lo tanto, en la negociación de los planes de igualdad. Si a ello se suma la misma condición de parte destinataria de las consultas en los casos en que dichos planes se sometan meramente a este procedimiento de interlocución colectiva, se percibe que acaso en los comités de empresa o en los delegados o delegadas de personal recaiga la más importante parte de las relaciones colectivas en materia de igualdad y no discriminación.

G. ALGUNAS NOTAS SOBRE LOS RECIENTES CONVENIOS COLECTIVOS

Es curioso comprobar cómo algunos convenios colectivos sectoriales incluyen ya reglas concretas sobre los planes de igualdad. No así la negociación colectiva de empresa, que apenas muestra hasta la fecha contenidos relevantes. De las pocas conclusiones que hasta la fecha cabe formular¹⁵, pueden destacarse las que siguen:

Algunas normas convencionales instituyen comisiones paritarias sectoriales, con competencias de igualdad de oportuni-

dades, de seguimiento de los planes de igualdad, expedición de dictámenes o elaboración de estudios¹⁶. En algún caso, se integran en la propia comisión paritaria generalista¹⁷ o se remiten las competencias sobre diseño de los planes a ésta¹⁸.

Debe destacarse alguna referencia a problemas históricos arrastrados de segregación o infrarrepresentación de la mujer, que se reconocen a los efectos de que se aplique la normativa de igualdad con cierta flexibilidad o “razonabilidad”¹⁹.

Ciertas cláusulas se detienen en los contenidos del diagnóstico de situación, con interesantes datos desagregados por sexos en temas como distribución de plantilla por edad, antigüedad, jerarquía, tipo de contratos, jornada, protección a la maternidad, absentismo, permisos parentales, cargos electos...²⁰

Se formulan objetivos de alcance de combate contra la segregación, promoción profesional y acceso a puestos de jerarquía por las mujeres, corrección de diferencias salariales, mayor acceso a la formación, mejora de la conciliación de la vida personal, familiar y laboral...²¹

Se plantean recomendaciones de que las empresas elaboren planes de igualdad cuando superen el umbral de 100 personas en plantilla²². En algún caso, a partir de dicho umbral es precisa la negociación del plan de igualdad²³.

Se incorporan reglas generales sobre la prevención del acoso sexual y por razón de sexo y se enuncian los derechos de las trabajadoras víctimas de violencia de género²⁴.

Se enuncia expresamente la exigencia de no incurrir en interpretaciones o aplicaciones del convenio que impliquen discriminaciones directas o indirectas²⁵.

15

Algunas cláusulas apenas añaden nada a la ley. Por ejemplo, el art. 63 del III CC de las industrias de captación, elevación, conducción, tratamiento, distribución, saneamiento y depuración de aguas potables y residuales (BOE 24 agosto 2007), art. 41 del II CC de servicios externos, auxiliares y atención al cliente en empresas de servicios ferroviarios (BOE 21 agosto 2007), art. 70 del CC de la industria del calzado (BOE 23 agosto 2007), art. 10 del CC de la empresa Limpieza de Edificios y Locales y Limpieza Industrial para Cantabria (BOC 10 julio 2007) y anexo II del I CC marco estatal de acción e intervención social (BOE 19 junio 2007).

16

Art. 105 del XV CC de la industria química (BOE 29 agosto 2007), cláusula adicional primera del CC para las industrias extractivas, industrias del vidrio, industrias cerámicas y para las del comercio exclusivista de los mismos materiales (BOE 31 agosto 2007) y art. 76 del CC de la industria transformadora de plásticos de Valencia (DOCV 19 julio 2007).

17

Art. 84 del CC del grupo de marroquinería, cueros repujados y similares de Madrid, Castilla-La Mancha, La Rioja, Cantabria, Burgos, Soria, Segovia, Ávila, Valladolid y Palencia (BOE 23 agosto 2007) y art. 5 del CC de la industria del calzado.

18

Art. 11 del CC de exhibición cinematográfica de la provincia de Barcelona (DOGC 20 agosto 2007).

19

Art. 100 del XV CC de la industria química.

20

Art. 102 del XV CC de la industria química y cláusula adicional primera del CC para las industrias extractivas, industrias del vidrio, industrias cerámicas y para las del comercio exclusivista de los mismos materiales (BOE 31 agosto 2007).

21

Art. 103 del XV CC de la industria química.

22

Art. 81 del CC del grupo de marroquinería, cueros repujados y similares...

23

Art. 76 del CC de la industria transformadora de plásticos de Valencia.

24

Arts. 82 y 83 del CC del grupo de marroquinería, cueros repujados y similares...

25

Art. 46 del XXI CC de banca (BOE de 16 agosto 2007).