

Validez del diagnóstico previo a la negociación del plan de igualdad tras la reforma por el RD-ley 6/2019.

SAN-SOC núm. 134/2019, de 12 de noviembre.

Pilar Rivas Vallejo

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Barcelona

Resumen: *Es válido el diagnóstico previo a la negociación del plan de igualdad cuando se realizó con anterioridad a la reforma operada por RD-ley 6/2019, por el que se modifica el art. 46.2 de la LO 3/2007, cuya entrada en vigor no exige retroacción de la fase de diagnóstico ni tampoco la invalida, salvo que tampoco se ajustara a la legalidad vigente en el momento de su realización, conforme al principio tempus regit actum.*

Palabras clave: *Planes de igualdad, diagnóstico, negociación, validez del plan.*

Abstract: *The diagnosis prior to the negotiation of the equality plan is valid when made prior to the reform operated by RD-law 6/2019, by which art. 46.2 of the LO 3/2007, whose entry into force does not require feedback from the diagnostic phase nor does it invalidate it (principle tempus regit actum), unless diagnosis does not comply with the legislation in force at the time it was carried out.*

Keywords: *Gender equality plans, diagnosis, collective bargaining, plan's validity.*

I. Introducción

El diagnóstico previo a la planificación de la igualdad en la empresa, en los términos marcados por el art. 46.2 de la LO 3/2007, de 22 de marzo, *para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres* (en adelante LOI), tras su reforma por el Real Decreto ley 6/2019, de 1 de marzo, *de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación*^[1], deriva a la negociación entre empresa y representación legal del personal no solo el propio plan de igualdad, sino también el diagnóstico de situación previo, al tiempo que fija unos nuevos parámetros que configuran la base o estructura a la que ha de sujetarse su elaboración, determinada por unos elementos mínimos que se entienden fundamentales en la construcción de la igualdad entre mujeres y hombres en la empresa.

La aparición en escena de estos nuevos parámetros puede poner en cuestión los planes vigentes a la fecha de su entrada en vigor, pero, sobre todo, siembra la duda sobre aquellos otros que se encontraban en elaboración en tal fecha, y que tuvieran en fase de ejecución o incluso concluido el diagnóstico de situación previo, cuando este no hubiera sido objeto de negociación previa, como ordena el vigente art. 46.2 LOI. La sentencia que se analiza en las presentes páginas aborda esta situación transicional para validar el diagnóstico que se ejecutó antes de la entrada en vigor del RD ley

6/2019, si se realizó bajo los requerimientos legales, y en su caso convencionales, vigentes en tal fecha.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Audiencia Nacional, Sala de lo Social.

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 134/2019, 12 de noviembre.

Tipo y número recurso o procedimiento: demandas acumuladas números 195/2019 y 244/2019, procedimiento de conflicto colectivo.

ECLI: ES:AN:2019:4380.

Fuente: CENDOJ: 28079149912020100003

Ponente: Ilmo. Sr. D. Ramón Gallo Llanos.

Votos particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

1. El diagnóstico de igualdad previo a la construcción del plan de igualdad

El problema que se suscita en la sentencia dictada por la sala social de la Audiencia Nacional es el de la validez de un diagnóstico previo al diseño de un plan de igualdad cuando, entre una y otra fase de la planificación ordenada por la Ley Orgánica 3/2007, en su arts. 45 y 46.2 en lo que respecta a la incorporación de planes de igualdad en las empresas, ha mediado una reforma normativa que modifica el modo en que deba realizarse tal diagnóstico. Sin perjuicio de ello, la resolución aludida aborda otras cuestiones complementarias de singular envergadura, como la propia naturaleza del plan de igualdad, a propósito del análisis de la modalidad procesal aplicable, o los límites del contenido mínimo del plan y de su diagnóstico previo, acometiendo la definición de algunas de las medidas de obligatoria inclusión (v.g. medidas de prevención contra el acoso), amén de suscitar el debate sobre la nulidad o anulabilidad de un plan de igualdad en el marco de la negociación entre empresa y representación legal del personal y, en su caso, la modalidad procesal aplicable a tal impugnación, cuando se suscite la duda sobre la falta de acomodo del diagnóstico de situación previo al plan por insuficiencia (o, como es este caso, falta de desglose) de los datos facilitados por la empresa.

2. Los hechos

La demanda de conflicto colectivo se presenta por Central Sindical Independiente y de Funcionarios (CSI-F) y Confederación General del Trabajo (CGT) contra Atento Teleservicios España, SA, Unión Sindical Obrera (USO), Confederación Sindical de Comisiones Obreras (CCOO), Federación de Asociaciones Sindicales (Fasga), Euzko Langilleen Alkartasuna (ELA-STV), Unión General de Trabajadores (UGT), Confederación Sindical Galega (C.I.G.) y Sindicato de Trabajadores de Comunicaciones (STC), en solicitud de la nulidad del plan de igualdad por diversos motivos: a) por haberse cerrado las negociaciones sin acuerdo por la empresa, con la consiguiente constitución de nueva mesa negociadora, que no se ajusta a los parámetros fijados en el art. 46.2 LO 3/2007 tras su reforma por RDL 6/2019, de 1 de marzo, por no haberse negociado el diagnóstico con la representación legal del personal; b) así como por la imposibilidad de negociar un protocolo de prevención del acoso sexual y por razón de sexo como exige el art. 46.2.i) LOI, sin un diagnóstico actualizado y negociado; y, finalmente, c) por la no aportación de la empresa en su diagnóstico de los datos desglosados por centro de trabajo y provincia, independientemente que el plan sea de ámbito nacional, puesto que la falta de esos

datos desagregados no permite comprobar la efectividad o no de las medidas pactadas en cada ámbito concreto.

Concretamente, el Plan de Igualdad que se impugna comenzó a negociarse en el año 2015, con celebración de reuniones en distintos días de 2015, 2016, 2017, 2018 y 2019; en este último caso, en febrero, marzo y mayo. En la reunión de 20 de marzo de 2019, se afirma por los demandantes que debía cerrarse la negociación, con propuesta final de acuerdo para su firma, si bien, con posterioridad, en el mes de mayo, la empresa volvió a convocar a las partes a una nueva reunión, presentando en esta una nueva propuesta, valorada negativamente por la representación del personal, que asimismo observó que el diagnóstico previo de la situación no había sido objeto de negociación según lo dispuesto en el art. 46 de la LOI en su redacción posterior RD Ley 6/2019, de 1 de marzo.

La empresa ratificó ser esta su propuesta definitiva, que fue suscrita por tres de los sindicatos demandados (CCOO, UGT y USO), que sumaban el 55,8% de la representatividad de la comisión negociadora (compuesta por representantes de UGT, CGT, CCOO, STC, USO, CSIF, FASGA, ELA, CIG y STAS). De forma que el diagnóstico fue realizado en el año 2015, a partir de cuyo término se inició la negociación de cada una las partes del plan, si bien con una actualización a fecha de 30 de junio de 2018, ante la variación de los datos de referencia por cambios organizativos en el área de Recursos Humanos, contratando a tal fin a una consultora externa, que concluye su diagnóstico para su presentación en la reunión de 29 de enero 2019. Tras sucesivas reuniones, con las vicisitudes anteriormente descritas, principalmente lo que por la empresa se tiene por cierre de la negociación y por los demandantes por abandono de la misma, se adopta finalmente el plan el 4 de junio de 2019.

IV. Posición de las partes

La demandante CSIF sostiene que el plan de Igualdad adolecía de diversos vicios de ilegalidad: insuficiencia del diagnóstico de la situación, por falta de desglose de los datos por centro, que dicho diagnóstico no había sido objeto de negociación y que el plan impugnado no contaba con un protocolo para la prevención del acoso por razón de sexo.

CGT y USO solicitan también la nulidad del plan de igualdad por falta del diagnóstico negociado con la representación legal del personal, lo que vulnera su derecho a la libertad sindical (vertiente negociación colectiva), además de constituir una discriminación indirecta por razón de sexo, dado el carácter altamente feminizado del sector del *contact center*, especialmente, en sus categorías menos retribuidas (gestores y teleoperadores) como consecuencia de la insuficiencia de los contenidos exigidos por el art. 46.2 LOI tras su reforma.

La empresa, con cuyos argumentos se alinean los sindicatos CCOO, UGT y USO, se opone a la demanda por razones sustantivas y procesales. Respecto de las sustantivas, alega que el plan es fruto de una negociación y no de una imposición, por tanto, sin vulnerar el derecho de libertad sindical; y, en segundo término, que la demora en las negociaciones se debe a un cambio en la organización de los recursos humanos, ajustándose el diagnóstico en el momento en el que se llevó a término a la legalidad vigente de referencia y el convenio colectivo aplicable. Asimismo, salva la inexistencia de un protocolo contra el acoso en la negociación de medidas de prevención contra este, con negociación posterior del propio protocolo. Y finalmente, argumenta que por parte de CSIF no se alegó la entrada en vigor del Real Decreto Ley de 1 de marzo de 2019 y que por CGT se hiciese una vez alcanzado el acuerdo, con evidente mala fe en la presentación de las respectivas demandas.

Por lo que respecta a las procesales, se alega por la empresa la inadecuación de procedimiento, por exceder de la nulidad del plan, así como modificación sustancial de la demanda.

V. Normativa aplicable al caso

Son de aplicación al caso tanto la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo de Igualdad efectiva entre mujeres y hombres (arts. 45 y 46 y Disposición Transitoria 12ª), como el Texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (art. 85.1.2), y el II Convenio colectivo sectorial de contact centers (art. 87), en relación con el RD Ley 6/2019, de 1 de marzo (D. Final 1ª y art. 1).

Mientras en la primera de las normas citadas se circunscribe el ámbito de aplicación de la obligación de negociar planes de igualdad y su contenido, así como la forma en la que debe llevarse a cabo, el art. 85.1 párrafo 2º del ET determina, en el marco de la negociación colectiva, el deber de negociar medidas de promoción de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el ámbito laboral o, en su caso, planes de igualdad, con remisión a lo previsto en el capítulo III del título IV de la Ley Orgánica 3/2007.

La norma convencional (art. 87 del I convenio colectivo sectorial) restringe la obligatoriedad del plan a las empresas de más de doscientos cincuenta trabajadores, regulando en clave de voluntariedad los planes para las empresas de plantillas de menor tamaño. En cualquier caso, dispone la necesidad de realizar un previo diagnóstico del estado de situación en torno a los que define y enumera a título ejemplificativo y no exhaustivo como “índices de personal desagregados por sexos” (entre otros: “plantilla, distribución de la plantilla por niveles, altas y bajas, índice de promoción, retribución, horas de formación, modalidades de contratación por sexo u otros índices que se consideren necesarios para la mejor realización del diagnóstico y desarrollo del plan de igualdad”). Y, finalmente, define el contenido del plan de la misma manera no exhaustiva, a semejanza de lo previsto en el art. 46.2 LOI para el diagnóstico de situación (“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”).

VI. Doctrina básica

1. Aspectos procesales

La alegada inadecuación de procedimiento no resulta aplicable en cuanto la reciente jurisprudencia de la sala cuarta (STS de 24 de junio de 2019 [rec.10/2018]) sostiene que la modalidad procesal de impugnación de convenios colectivos, tras la entrada en vigor de la LRJS, “está reservada exclusivamente a la impugnación de los convenios colectivos de eficacia general y a los laudos sustitutivos de estos”, por lo que, siendo un plan de igualdad una fuente reguladora de aspectos laborales distinta de un convenio colectivo de los previstos en el título III del Estatuto de los Trabajadores, su impugnación debe sujetarse a la modalidad procesal de conflicto colectivo de los arts. 153 y ss. de la LRJS, lo que implica la acumulabilidad de otras peticiones accesorias a la declaración de nulidad del plan.

En tanto no se trata de la impugnación de un convenio *strictu sensu*, sino de un acuerdo emanado de la obligación legal de negociar un plan de igualdad, aunque tal negociación deba encauzarse por la vía de la negociación con la legitimación y *quorum* similares a los previstos para un convenio colectivo, no se disciplina por las normas de los convenios colectivos estatutarios y, por consiguiente, no resulta impugnabile por la modalidad procesal establecida a tal efecto, sino por el procedimiento de conflicto colectivo (habría que precisar, no obstante, salvo que el plan de igualdad fuera objeto de inclusión expresa en el convenio colectivo estatutario). Esta apreciación procesal resulta trascendente en términos de Derecho sustantivo, en tanto marca la propia naturaleza, un tanto difusa, de los llamados planes de igualdad nacidos de una norma extralaboral como es la Ley Orgánica de Igualdad, que no se detuvo a configurar la naturaleza de este tipo de acuerdo en el seno de las organizaciones, tanto del ámbito privado como del público.

En segundo término, se rechaza la alegación de modificación sustancial de la demanda formulada por el sindicato CGT, que conecta con una lesión del derecho a la libertad sindical en su vertiente a la negociación colectiva, en tanto la denuncia de la lesión del derecho a la negociación colectiva se deriva directamente de la inobservancia del vigente texto del art. 46 de la LOI.

2. Sobre la necesidad de negociar el diagnóstico previo a un plan de igualdad

La entrada en vigor de la reforma introducida por el RD Ley 6/2019 implica, en su reforma del art. 46.2 LOI, la necesidad de que el diagnóstico previo al plan de igualdad cumpla con unos parámetros estrictos delimitados por el citado precepto, de orden sustantivo (los contenidos establecidos en las letras a) a i)), como formal, al exigir desde entonces la norma que también el diagnóstico fuera objeto de preceptiva negociación con la representación legal del personal de la empresa, en el seno de la comisión negociadora del plan de igualdad, con la obligación empresarial correspondiente de facilitar todos los datos e información necesaria para su elaboración. Por otra parte, y en cuanto respecta a la delimitación del ámbito de negociación del plan, también el art. 45.2 resultó afectado por el RD Ley 6/2019, en cuando al umbral numérico de la plantilla de la empresa que determina tal obligación (reduciéndose a cincuenta o más trabajadores).

En el plano convencional, entiende la Audiencia Nacional en la sentencia analizada, que la reforma del art. 87 del convenio colectivo sectorial (el II) como resultado del RD Ley 6/2019 implica dos órdenes de consecuencias: a) *que en las empresas de más de doscientos cincuenta trabajadores la aprobación del plan de igualdad deja de supeditarse al acuerdo, sino a la previa negociación con la representación legal del personal, pues la legislación laboral general no impone que los planes deban ser acordados; y b) que se desarrollan las materias concretas sobre las que debe versar el diagnóstico previo de la situación que debe elaborar la empresa como presupuesto necesario a la negociación, adopción e implementación del plan de igualdad- información en torno a los siguientes índices de personal, desagregados por sexos, entre otros: plantilla, distribución de la plantilla por niveles, altas y bajas, índice de promoción, retribución, horas de formación, modalidades de contratación por sexo u otros índices que se consideren necesarios para la mejor realización del diagnóstico y desarrollo del plan de igualdad.*

No siendo esta una cuestión controvertida, conviene, no obstante, subrayar que la sentencia traza una línea clara entre la negociación y el acuerdo por lo que respecta a los planes de igualdad, para derivar de la regulación negocial del tema, por otra parte traslación de la literalidad de la ley en este asunto, la necesidad de negociar un plan de igualdad en los términos marcados por dicha normativa, pero sin supeditarlo a que exista un previo acuerdo sobre tal obligación, que dimana directamente del marco normativo legal-convencional. Esto es, no es necesario que las partes lleguen a un acuerdo sobre la necesidad de instar la negociación del plan, porque esta es una obligación emanada directamente de la norma (la LOI), cuando las empresas, como es el caso de la afectada por el conflicto analizado, cuentan con una plantilla de trabajadores cuyo número excede del límite exento de tal deber.

Dentro de este marco de negociación extraestatutaria, por otra parte, la norma sí se ocupa en definir los términos del acuerdo y los ámbitos a los que este resulta aplicable: tanto el diagnóstico y sus contenidos (¿también la forma en la que debe realizarse el diagnóstico y por quién o quiénes?), como a los propios aspectos en los que deba aplicarse el plan, fijando un marco mínimo susceptible de ampliación en los mismos términos negociales que rigen para el propio plan.

Finalmente, la sentencia aborda las posibles consecuencias de la imposición empresarial del plan, pese al cumplimiento previo del deber de negociar, de la que derivaría su nulidad, si no fuera porque, en el caso analizado, no concurre la unilateralidad alegada por CSIF, sino un bloqueo de negociaciones, posteriormente reanudadas. En todo caso, se deja abierta la anulabilidad del plan si, pese a tal hipotética imposición unilateral, la propuesta fuera aceptada por una parte de la

comisión negociadora, como efectivamente aconteció en el caso, con representatividad mayoritaria en la comisión negociadora.

Y, por último, las eventuales consecuencias de la nulidad del plan, al desestimarse la pretensión principal de los demandantes, aunque, como ya resolvió el Tribunal Supremo en su sentencia núm. 832/2018, de 13 de septiembre, se trataría de una vulneración del derecho a la libertad sindical en su vertiente de negociación colectiva, con las consecuencias a ello aparejadas.

Tema de interés, sin duda, no abordado por la resolución en cuestión, es la legitimidad para constituir la comisión negociadora del plan, partiendo de que la llamada legal se efectúa a la “representación legal de los trabajadores”, y no a los otros (STS núm. 126/2017, de 14 de febrero, sobre empresa del mismo sector).

3. Sobre el contenido y actualización del diagnóstico

En el caso de autos, se cuestiona tanto la falta de negociación con la representación legal del personal del diagnóstico de igualdad (no así sus *tempos*, pues concurre asimismo una nota que podría condicionar su validez, como es su modificación, por actualización, en la fase final de las negociaciones, si bien no es este un elemento controvertido en la litis), acontecida sobrevenidamente durante el proceso de negociación (por la entrada en vigor de la reforma legal que exige, desde el 8 de marzo de 2019, tal trámite para admitir la validez del plan), como la propia suficiencia del mismo. En este caso porque, según se alega por el sindicato CSIF, no se desglosaron los datos por cada centro de trabajo, habida cuenta del ámbito nacional de la empresa afectada.

Sin embargo, esta cuestión se traduce en un hecho enunciado como controvertido, en el que se rechaza que tal desglose no se produjera, sino que no se hizo en el idioma cooficial del respectivo ámbito territorial, obstáculo sobre el que no se pronuncia como hipotéticamente invalidante el tribunal y que bien pudiera considerarse salvable, en tanto que no consiste sino en la transcripción a otro idioma de los mismos contenidos, que, por tanto, no pueden tenerse por ausentes. El rechazo fáctico a las alegaciones del demandante CSIF elude, por otra parte, el debate acerca de si los datos pertinentes deben ser desglosados por centro de trabajo para reputarse como válido el diagnóstico. No obstante, bajo el paraguas del RD ley 6/2019, debe entenderse que esta cuestión ha de ser objeto de negociación con la representación social, so pena de nulidad si, debiendo hacerse y pese a su admisión por una parte de la comisión negociadora, adoleciera de un defecto que pudiera considerarse insalvable para la correcta planificación de la igualdad en la empresa. Sobre todo, porque no permitirían apreciar matiz alguno entre centros de trabajo y adaptar las medidas desplegadas a las necesidades de cada uno de ellos, y, en consecuencia, desvirtuaría el objetivo perseguido por el plan y por la norma. En la línea con las alegaciones de los demandantes CGT y USO, y a la vista de la feminización de la plantilla, constituiría, pues, una discriminación indirecta por razón de sexo, al incidir de manera más directa sobre las expectativas de igualdad que el plan genera para las mujeres de la empresa y su falta de consecución por inadaptación entre diagnóstico y medidas.

4. Vigencia de un diagnóstico de situación previo al plan de igualdad: aplicación del principio tempus regit actum y principio de irretroactividad de las normas

La disposición final primera del RD Ley 6/2019, de 1 de marzo, estableció su entrada en vigor al día siguiente de su publicación en el BOE, que tuvo lugar el 7 de marzo de 2019, mientras que la disposición transitoria 12ª fija un sistema escalonado de aplicación de las nuevas obligaciones derivadas de tal reforma en función del tamaño de la empresa.

Pues bien, en el caso analizado, el diagnóstico se realizó en el año 2015, y se actualizó en enero de 2019, en virtud del informe realizado por una auditoría externa contratada al efecto por la empresa, por lo que tal actualización se produjo en una fase avanzada de las negociaciones del plan, habida cuenta de que estas comenzaron en 2015 y se prolongaron durante cuatro años. Partiendo de este marco temporal, resulta

razonable admitir tal actualización del diagnóstico, e incluso defender su necesidad, por la propia obsolescencia de los datos que fundaron las medidas negociadas durante este largo periodo. No obstante, resulta preciso señalar que en el plano fáctico las negociaciones se centraron fundamentalmente en aspectos relativos a la conciliación de la vida familiar, personal y laboral, y, en particular, en materia de jornada y permisos, con las consiguientes reformas igualmente operadas al respecto durante el periodo en el que se prolongaron (hipotética obsolescencia del acuerdo que tampoco se debate en la litis).

En cualquier caso, la invalidez sobrevenida del diagnóstico, en su contenido y forma, se desestima por la Audiencia Nacional en la resolución objeto del presente comentario, a partir de dos argumentos:

- La propia configuración legal del proceso de negociación de un plan de igualdad, articulado en el art. 46 LOI en tres fases diferenciadas y autónomas, cuya culminación cierra una para abrir la siguiente, y se configura como presupuesto necesario para la apertura de la fase ulterior del procedimiento. Por ello, se afirma literalmente que “la correcta culminación de cada una de estas fases ...se articula como presupuesto necesario para que la otra pueda tener lugar”. Si bien no se abunda en este argumento, que se conecta con el segundo de los que fundamentan la decisión del tribunal (el principio de irretroactividad de las normas), parece dejarse entrever que se ancla cada fase autónoma de la negociación a la norma vigente en el momento de cerrarse, de suerte que un mismo proceso, como el de autos, extendido en el tiempo, podría dar lugar a la sujeción de la negociación del plan a distintos marcos normativos, por sucesión de normas en el tiempo. No puede, sin embargo, considerarse aplicable esta tesis al propio contenido del plan, que debe ajustarse a la legalidad vigente en el momento de la adopción del acuerdo. Por consiguiente, salvando el diagnóstico, en todo caso el plan en sí debe respetar los parámetros legales y convencionales que rigen en el momento de su aprobación.
- El principio de irretroactividad de las normas que consagra el art. 2.1 del Código civil determina que la reforma del art. 46.2 no invalide por sí misma- pues nada se dice al respecto- los diagnósticos de la situación confeccionados conforme a la legislación y normativa convencional vigente en el momento de su elaboración, porque “siendo la aprobación del diagnóstico un acto jurídico- entendiendo por tal, conforme la teoría general del derecho todo hecho dependiente de la voluntad humana que produce efectos jurídicos-, la validez del mismo debe ser examinada conforme a la legislación vigente en el momento de su elaboración, conforme al principio general del derecho (“tempus regit actum”), que expresamente recoge nuestro Código civil en el primer inciso Disposición transitoria 2ª”.

La desestimación de la cuestión principal, la validez del diagnóstico, provoca que decaigan asimismo todas las accesorias ligadas a ella, y, por ende, la alegada vulneración de derechos fundamentales.

VII. Parte dispositiva

La resolución analizada desestima tanto las excepciones procesales (de falta de inadecuación de procedimiento y de variación sustancial de la demanda invocadas por Atento Teleservicios), como la propia pretensión principal de la demanda (la nulidad del plan de igualdad), sin apreciación de vulneración alguna de derechos fundamentales (libertad sindical y discriminación por razón de sexo), y sin análisis de las consecuencias anudadas a la declaración de nulidad del plan, por no haber sido declarada esta.

VIII. Pasajes decisivos

El análisis jurídico de la cuestión se contiene en el fundamento de derecho sexto, y en particular en los dos siguientes párrafos, con cita textual:

Tanto en la redacción originaria del art. 46 de la LO 3/2007, como en la vigente cabe distinguir 3 fases diferenciadas para la adopción de un plan de igualdad: la fase de diagnóstico que concluye cuando se efectuado tal diagnóstico previo de la situación: la fase de negociación entre empresa y RLT o consulta - en función del número de trabajadores de la empresa- de las medidas necesarias a adoptar partiendo de la situación descrita en el diagnóstico previo, y, finalmente, la fase de aprobación del plan- bien de forma acordada si la negociación culminó con acuerdo, bien de forma unilateral por la empresa en aquellos casos en los que únicamente se requiere consulta o en aquellos en los que la negociación no llegó a buen fin. La correcta culminación de cada una de estas fases a las que hemos hecho referencia se articula como presupuesto necesario para que la otra pueda tener lugar.

Partiendo de lo anterior, y partiendo del principio de irretroactividad de las normas, salvo disposición en sentido contrario que consagra el art. 2.1 Cc, hemos de señalar que la reforma del art. 46.2 no invalida por si misma- pues nada se dice al respecto-, los diagnósticos de la situación elaborados conforme a la legislación y normativa convencional vigente en el momento de su elaboración como sucede en el presente caso, y ello porque siendo la aprobación del diagnóstico un acto jurídico- entendiendo por tal, conforme la teoría general del derecho todo hecho dependiente de la voluntad humana que produce efectos jurídicos-, la validez del mismo debe ser examinada conforme a la legislación vigente en el momento de su elaboración, conforme al principio general del derecho ("tempus regit actum"), que expresamente recoge nuestro Código civil en el primer inciso Disposición transitoria 2ª (" Los actos y contratos celebrados bajo el régimen de la legislación anterior, y que sean válidos con arreglo a ella, surtirán todos sus efectos según la misma,..").

IX. Comentario

1. *Naturaleza de la negociación del plan de igualdad y del propio plan*

La sentencia analizada deja claro, aunque como consecuencia del análisis procesal de la modalidad procedimental aplicable a su impugnación, algo que no resulta tan incontrovertido a la luz de la difusa regulación legal de la figura: la naturaleza del plan de igualdad. Según se desprende de la resolución, la naturaleza de un plan de igualdad no es equiparable a la de un convenio colectivo estatutario, del que le separa, como a todos los extraestatutarios, la falta de sujeción a las normas que los disciplinan, es decir, al título III del ET.

Sin embargo, lo cierto es que la naturaleza de este tipo de acuerdos se define explícitamente por el art. 85.1 ET, al incluir entre las materias objeto de negociación colectiva «el 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 3/2007» (STS núm. 403/2017, de 9 de mayo). Por ello, "la negociación a la que se refieren esos preceptos, y que se debe celebrar en la forma que se determina en la legislación laboral, no es otra que la colectiva prevista en los artículos 82 y siguientes del Estatuto de los Trabajadores, negociación que abarca las materias que enumera el art. 85-1 del ET" (STS núm. 403/2017, citada).

En tal sentido, se argumenta con diáfana claridad en la sentencia de la Audiencia Nacional de 16 de septiembre de 2015 (proced. 267/15), confirmada por la citada del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2017, que "el espacio natural, para la negociación de los planes de igualdad es el convenio colectivo, ya sea de empresa o superior a la empresa, como se deduce de los apartados primero y segundo del art. 85 ET, como no podría ser de otro modo, puesto que se pone en juego la igualdad efectiva entre mujeres y hombres en el seno de la empresa, asegurados por el art. 14 CE, en relación con los arts. 4.2.c, 17.5 ET, cuya protección es más efectiva mediante la

negociación colectiva estatutaria, puesto que despliega efectos normativos erga omnes”. Por lo que, en el caso de que tal acuerdo se adoptara al margen de su espacio natural, el convenio colectivo, debería igualmente contar con la representatividad *erga omnes* que requeriría un convenio colectivo estatutario (ya se trate de representantes unitarios o sindicales).

De lo que se infiere que la comisión negociadora del plan debe ajustarse a lo dispuesto en los arts. 88 y 89 ET y que el acuerdo adoptado ha de cumplir con los requerimientos del art. 89.3 ET, siendo inválidos en caso contrario. Por la misma razón, la sustitución de la voluntad acorde de las partes por la voluntad unilateral de la empresa constituye vulneración del derecho a la libertad sindical en su vertiente de negociación colectiva (SSTS núm. 403/2017, de 9 de mayo, y núm. 832/2018, de 13 de septiembre). Mientras que la exclusión de un sindicato no firmante de un pacto colectivo de una comisión nacida de este, como es la comisión de seguimiento del plan de igualdad, no vulnera dicho derecho (STS núm. 574/2018, de 30 de mayo). Como tampoco cabe la sustitución de los legitimados para adoptar el acuerdo (la representación legal del personal) por una comisión negociadora creada *ad hoc* (STS de 14 de febrero de 2017, citada). Sin embargo, si se admite la administración y desarrollo de planes de igualdad a través de comisiones de convenio donde únicamente participen los sindicatos firmantes, sin reputar esta práctica como vulneradora del derecho de libertad sindical de los no incluidos, *salvo que tal comisión acometa medidas negociadoras, en cuyo caso deberán participar todos los sujetos legitimados para la negociación*, sean unitarios o sindicales (STS de 25 de junio de 2010, rec. 78/2009, y de 9 de mayo de 2017, rec. 85/2016).

Pese a lo anterior, la sentencia objeto de comentario afirma el carácter extraestatutario del acuerdo constitutivo del plan de igualdad (literalmente sostiene que un plan de igualdad, *con independencia de que el mismo sea o no fruto de un acuerdo, no es un convenio colectivo de los previstos en el título III del Estatuto de los Trabajadores, lo que implica que su impugnación ha de canalizarse conforme a la modalidad procesal de conflicto colectivo de los arts. 153 y ss. de la LRJS*). Ello con independencia de que, conforme a la STS de 24 de junio de 2019 (rcud.10/2018), citada explícitamente, el cauce procesal oportuno para los acuerdos no estatutarios deba ser la modalidad de conflicto colectivo. Debe resaltarse igualmente que en su posterior sentencia de 10 de diciembre de 2019 (núm. 143/2019, de 10 de diciembre), el mismo tribunal (Audiencia Nacional), como en la anterior de 26 de junio de 2019 (proc. 101/2019), sienta, en la misma línea jurisprudencial citada, el carácter estatutario del pacto, al afirmarse en la última de ellas que “la simple lectura de los preceptos examinados permite concluir, sin ningún género de dudas, que la elaboración de los planes de Igualdad es una manifestación propia de la negociación colectiva” encomendada a las comisiones negociadoras de la empresa (invocando la STS de 9 de mayo de 2017, rec. 85/16).

No obstante, la parquedad del art. 46.2 LOI en la regulación de la dinámica y naturaleza del plan de igualdad arroja sobre los planes de igualdad diversas dudas que restan por resolver.

En primer lugar, sobre la legitimación para promover y negociar el acuerdo, o para aprobarlo, resulta doctrina incontrovertida la equiparación del convenio colectivo y del acuerdo del plan de igualdad, dotándolo de idéntica naturaleza y procedimiento para su aprobación, al referirse explícitamente la norma a la “representación legal de los trabajadores” y no a otra, creada *ad hoc*, por lo que tampoco cabe la sustitución de los legitimados para adoptar el acuerdo (la representación legal del personal) por una comisión negociadora creada *ad hoc* (STS de 14 de febrero de 2017, citada). Como se razona en la sentencia de la Audiencia Nacional de 16 de septiembre de 2015, confirmada por la citada del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2017, *la comisión negociadora del plan debe asegurar la representatividad de todos los trabajadores de la empresa en los términos previstos en los arts. 87, 88 y 89 ET*.

En segundo lugar, sobre la impugnabilidad de los planes de igualdad, al negar el carácter estatutario de los mismos y concederles naturaleza extraestatutaria, resuelta

en esta sentencia en favor de la vía procesal del conflicto colectivo, por ello contradictoria con la doctrina contenida en la STS núm. 574/2018, de 30 de mayo, así como con el taxativo carácter estatutario que se le predica en otras resoluciones del mismo tribunal, salvo entenderla referida al plan acordado en el seno de un convenio colectivo y excluirla en los casos en los que se negocie y acuerde al margen o de forma complementaria a este, es decir, de forma autónoma, en cuyo caso, como se ha indicado, se requieren iguales legitimación y mayorías para adoptar el plan.

En tercer lugar, su aplicación a ámbitos singulares donde se produce la convivencia de dos tipologías distintas de personal, laboral y función pública respectivamente (¿deben en este caso negociar conjuntamente ambos tipos de personal, cuando su sistema de negociación precisamente se produce de manera autónoma, en función del colectivo afectado, laboral o funcional?). No parece existir razón específica para avalar una negociación conjunta no prevista para otros ámbitos o materias de negociación^[2].

Y, en cuarto lugar, el juego o coordinación entre el convenio colectivo de referencia y el plan de igualdad empresarial, sobre el que se tratará en el siguiente apartado.

2. Contenido mínimo del plan de igualdad

La norma, especialmente tras su reforma por RD ley 6/2019, enumera una serie de materias de obligada inclusión en la negociación que da lugar a y constituye el plan. Ahora bien, esta obligación también suscita algunas dudas.

En primer lugar, el art. 46.2 LOI establece literalmente que los planes de igualdad “contendrán un conjunto ordenado de medidas evaluables dirigidas a remover los obstáculos que impiden o dificultan la igualdad efectiva de mujeres y hombres”, y que el diagnóstico contendrá, “al menos, las siguientes materias” (las enumeradas en las letras a hasta la i). Con claridad, pues, el precepto enumera una serie de elementos mínimos sobre las que deberá realizarse el análisis previo preceptivo que constituye el diagnóstico de situación, y que podrá ampliarse con aquellas otras que las partes estimen oportunas en el proceso de negociación de tal diagnóstico (“diagnóstico negociado, en su caso, con la representación legal de las personas trabajadoras”). No así las que deban constituir el propio plan, al que ninguna referencia explícita le dedica el art. 46.1, que, por el contrario, las define en una redacción abierta como “conjunto ordenado de medidas evaluables dirigidas a remover los obstáculos que impiden o dificultan la igualdad efectiva de mujeres y hombres”, exigiendo únicamente que el plan contenga ese conjunto ordenado de medidas dirigidas a tal fin. De lo cual se infiere que ninguna nulidad, como pretenden algunos de los demandantes, pueda derivarse de la falta de una de las medidas que sí se enumeran expresamente entre los ítems evaluables en la fase previa de diagnóstico.

Sin embargo, parece igualmente lógico que resulte exigible cierta concordancia entre los contenidos mínimos del diagnóstico y las medidas contenidas en el plan, en tanto estas deban responder a los resultados constatados en el diagnóstico previo. Ahora bien, resulta asimismo indiscutible que, como toda medida de prevención, haciendo traslación de los parámetros de la prevención de los riesgos laborales (derivada de la aplicación de la Ley 31/1995), se ajusta a un riesgo previamente detectado, por lo cual el plan sólo exige para su validez un ajuste perfecto con el diagnóstico previo. De suerte que, no evidenciándose necesidad concreta en relación con alguno de los ítems evaluados que precise de corrección en la empresa (esto es, porque el diagnóstico haya puesto de manifiesto la inexistencia de base de desigualdad efectiva o discriminación entre mujeres y hombres en la empresa), no será preciso incluir una medida *ad hoc* para salvar una inexistente falta de igualdad efectiva. Distinta cuestión es que este presupuesto fáctico acontezca en nuestra realidad laboral.

En cualquier caso, si evaluadas medidas con reserva convencional conforme a los parámetros mínimos aplicables al diagnóstico, se evidencia la necesidad de

corregirlas, ¿cómo podrá actuar el plan sin invadir las materias negociadas en el convenio colectivo aplicable? Sobre este aspecto se tratará a continuación.

Con carácter previo, es necesario responder a una pregunta: ¿es posible establecer un suelo mínimo que cubra las exigencias del art. 46.2 ET y diferir su desarrollo y concreción a una negociación posterior? En tal caso, las partes estarían obligadas a ello en la medida en que se haya dimensionado el compromiso en el propio plan de igualdad. Sin embargo, ¿superaría este acuerdo “de mínimos” el pertinente control de legalidad al que debiera someterse el plan para su oportuno registro administrativo a los efectos del art. 46.4 LOI? La justa virtud seguramente esté en el equilibrio entre ambos extremos, debiendo admitirse un acuerdo programático que asuma un compromiso relativamente concreto o concretable en el propio plan, sin perjuicio de que una planificación como es la del plan de acción por la mejora de la igualdad entre mujeres y hombres en una organización, privada o pública, implique *per se*, como viene ocurriendo con la que cuenta con mayor tradición en nuestro sistema de relaciones laborales, el plan de prevención, un necesario despliegue de las acciones en él previstas, y, por ende, una actualización y ajuste a la dinámica de la empresa y de sus actividades, y, como aquel, su supervisión y control por una comisión de seguimiento, como sería una comisión de igualdad nacida o preexistente al plan de igualdad, garantiza tal dinámico encaje. De hecho, esta opción viene avalada por el propio contenido del art. 85.2 ET cuando disciplina las relaciones entre convenio y plan en función del ámbito donde este se haya negociado, que describe como de complementariedad.

Lo que permitiría sostener la interpretación “minimalista” es la propia redacción del art. 2.ocho del RD ley 6/2019, por el que se modifica la redacción del art. 34.8 ET, en cuanto efectúa reserva de norma convencional para uno de los contenidos mínimos u obligatorios del plan de igualdad: el previsto en el apartado f) del art. 46.2, el ejercicio corresponsable de los derechos de la vida personal, familiar y laboral. Sirva esta materia de ejemplo de la hipótesis analizada, por cuanto el art. 34.8 ET es especialmente amplio en la configuración de tales derechos, pues, desde su reforma por la propia LO en 2007, constituya regla marco interpretativa de los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral. Norma que remite a lo establecido en la negociación colectiva para la regulación de los términos del ejercicio del derecho a solicitar adaptaciones de la duración y distribución de la jornada de trabajo, la ordenación del tiempo de trabajo y la forma de prestación, incluida la prestación del trabajo a distancia, para hacer efectivo el derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral, asimismo concordantes con la previsión del art. 85.1.2° ET (a tenor del cual, “sin perjuicio de la libertad de las partes para determinar el contenido de los convenios colectivos, en la negociación de los mismos existirá, en todo caso, el deber de negociar medidas dirigidas a promover la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el ámbito laboral 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”). En esta línea, la STS de 11 de marzo de 2014 (rcud. núm. 77/2013) sostiene que el art. 85.1 ET “impone la necesidad de que la negociación colectiva comprenda medidas dirigidas a promover la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres y a la elaboración de planes de igualdad”, y afirma que el número 2 del citado artículo distingue entre convenios colectivos de empresa y convenios colectivos de ámbito superior.

Y es que el art. 85.2 ET anuda el deber de negociar medidas de igualdad a dos planos duales: a) el de los convenios colectivos de ámbito empresarial, y b) el de los convenios colectivos de ámbito superior a la empresa, en cuyo caso el marco de referencia será en todo caso la empresa y su régimen jurídico el que discipline el convenio colectivo, a través de las oportunas reglas de complementariedad. Por lo que el precepto mencionado, dirigido a articular mediante la negociación colectiva el deber de negociar planes de igualdad, impone y regula el juego entre el convenio y el plan de igualdad de empresa, al establecer “la necesidad de negociar en la empresa las reglas que complementen las disposiciones generales sobre igualdad en el convenio de ámbito superior aplicable”, deduciendo que, de regularse las previsiones relativas a la

implementación de medidas tendentes a favorecer la igualdad efectiva entre mujeres y hombres en un convenio colectivo de empresa, su desarrollo se realiza mediante un plan de igualdad, que podrá llevar a cabo una *comisión de ejecución o administración* (SSTS de 25 de junio de 2010 [rcud. 78/2009], de 24 de enero de 2012 [rcud. 22/2011], y núm. 126/2017, de 14 de febrero [rcud. 104/2016], “mientras si se trata de un convenio de ámbito superior, la implementación de esas medidas a través del plan de igualdad debe realizarse mediante una *comisión negociadora*” (STS de 14 de febrero de 2017, citada).

Sentado lo anterior, cuando los respectivos preceptos en los que se recogen las medidas orientadas a favorecer la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, remiten al convenio colectivo aplicable su concreción o adaptación, prevén como regla residual para colmar tal correspondiente el acuerdo individual *ad hoc* (cfr. art. 34.8 ET), pero en ningún caso se menciona el plan de igualdad. ¿Quiere ello decir que se trata de una materia reservada a los convenios colectivos estatutarios, sobre los que los planes de igualdad únicamente incidirán de forma tangencial? Piénsese en que el convenio colectivo de ámbito sectorial regule la cuestión y el plan de igualdad, de ámbito empresarial necesariamente, aborde, por establecerlo así el art. 46.2 LOI, idéntica cuestión. Dada la naturaleza del convenio colectivo, la remisión expresa del ET y la ausencia de mención al plan de igualdad en el art. 34.8 ET, laguna que bien podría haber colmado el RD ley 6/2019 si este fuera el expreso deseo de nuestros legisladores (la modificación del art. 34.8 en la misma norma evidencia que no fue este tal deseo, a menos que se trate de una mera laguna), cabe concluir que en este terreno el plan de igualdad deberá ser complementario del convenio colectivo (por otra parte así establecido en el art. 85 ET), para disciplinar otros aspectos ajenos a la propia regulación de la jornada o el derecho a las adaptaciones pertinentes para facilitar la corresponsabilidad y la conciliación de la vida personal, familiar y laboral distintos de cuestión tan sustancial como es la configuración de la jornada. V.g. permiso por nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento, pero no así la concreción horaria de su modalidad de disfrute consistente en la reducción de jornada, que también se remite expresamente en el art. 37.7 ET al convenio colectivo aplicable. Otro tanto cabe decir del régimen de disfrute del permiso por nacimiento, acogimiento o adopción de hijos previsto en el art. 48, apartados 4 y 5, del ET. Por otra parte, la coordinación entre ambos instrumentos reguladores de las relaciones de trabajo y la igualdad en la empresa se impone por propia lógica, y por la dinámica de la interrelación entre pactos, acuerdos y convenio en el mismo ámbito de aplicación, evitando toda colisión entre ellos. Y se deduce asimismo de la jurisprudencia citada de la sala de lo social, a tenor de la cual existe un claro juego de coordinación entre convenio colectivo y plan de igualdad, complementándose mutuamente en la respuesta que en el ámbito de la empresa deba darse a la obligación de acordar medidas para la consecución de la igualdad efectiva entre mujeres y hombres.

En todo caso, en el supuesto que enjuicia la resolución comentada, no es esto lo que se cuestiona por los sindicatos impugnantes, sino, en concreto, la necesidad inexcusable de que entre tales contenidos se incluya un protocolo contra el acoso por razón de sexo y contra el acoso sexual. Si bien en este supuesto no es controvertido que el protocolo se incluya en el plan de igualdad (pese a que la dicción de la norma, como ya se ha analizado, no lo exige sino es en relación con el diagnóstico, mas no con el propio contenido del plan), lo cierto es que el art. 46.2 i) LOI, tras su reforma, sigue sin establecer tal obligación en las empresas privadas (no así en las administraciones públicas, donde la redacción original de 2007 ya lo preveía en su art. 62), ni siquiera en el art. 48 (dedicado a las medidas específicas para su prevención), sino que, por el contrario, a la ley le basta con que el diagnóstico de situación (y en su caso el plan, en función de los resultados obtenidos por dicho análisis) incluya medidas de prevención del acoso sexual y por razón de sexo, sin especificar ni la naturaleza de tales medidas ni, por consiguiente, que estas deban contenerse o encauzarse a través de un procedimiento al que se denomina “protocolo”, aunque esta sea, en la práctica, la herramienta que desde entonces se viene empleando principalmente para ordenar y solucionar los problemas de acoso no evitados desde la

entrada en vigor de la norma, principalmente por mimesis con la previsión explícita para los empleados de las administraciones públicas.

Lo que se cuestiona por los demandantes en este caso es la imposibilidad de negociar un protocolo preventivo sin contar con un diagnóstico actualizado y negociado (a fin de valorar la potencial efectividad de las medidas pactadas). Resulta, pues, obvio, que lo que requiere del diagnóstico es el conjunto de medidas negociables en el marco del plan de igualdad, ordenadas a la prevención del acoso sexual y por razón de sexo, sea cual sea la tipología de estas medidas. Ahora bien, se pone en duda asimismo por las demandantes la validez del plan por no incluir un protocolo, pero sí medidas de prevención, argumento descartado por el tribunal en tanto el precepto aplicable exige únicamente pactar medidas preventivas (cuando la situación evaluada lo exija, si bien no se apela a este matiz), y en cuanto el citado protocolo está siendo objeto de una negociación paralela, a la que se remite el propio plan.

3. El marco de referencia del plan de igualdad: la empresa

Siendo el marco de referencia del plan de igualdad la empresa, la negociación sectorial de las condiciones de trabajo no exime a ninguna empresa que cumpla con los requerimientos legales para entender obligatoria la negociación del plan. *Ergo*, con independencia de la regulación sectorial de condiciones de trabajo (o en su caso, empresarial, si el convenio fuera de tal ámbito), la empresa necesariamente deberá contar con este segundo instrumento, que concrete y recoja todas aquellas cuestiones con incidencia directa o indirecta sobre la igualdad entre mujeres y hombres y, que, en su caso, desarrolle y/o adapte el convenio colectivo a las necesidades propias de la misma. Porque precisamente el plan se dirige a solventar las desigualdades que ponga de manifiesto el diagnóstico de situación, que necesariamente ha de ser de empresa, ya que solo así podrán valorarse las necesidades reales a las que dirigir las medidas, dada la distinta tipología y variedad de situaciones que pueden concurrir entre empresas aun dentro de un mismo sector e incluso territorio, directamente condicionadas por la propia idiosincrasia de la empresa o de sus gestores.

Ahora bien, como ya se ha planteado anteriormente, de ser el ámbito de negociación distinto entre ambos instrumentos (convenio colectivo y plan de igualdad), podría producirse una invasión competencial que el plan de empresa necesariamente debe salvar, salvo las oportunas remisiones en el convenio colectivo aplicable a su desarrollo en el ámbito de la empresa, en la línea definida tanto por el art. 85.2 ET como por la jurisprudencia del Tribunal Supremo anteriormente citada, desempeñando el plan de igualdad el papel de instrumento de desarrollo y concreción de las previsiones del convenio colectivo relativas a tal materia.

Sin embargo, como también se ha mencionado previamente, ciertas materias cuentan con reserva convencional por remisión directa del Estatuto de los Trabajadores, como ocurre con el derecho de adaptación de la jornada prevista en el art. 34.8 ET. En tal caso, no cabe sino concluir que su regulación en el plan de igualdad en modo alguno podrá contravenir, y sí complementar y mejorar, el régimen jurídico previsto en el convenio colectivo estatutario, como instrumento desarrollo que jugará el plan de igualdad en este caso (STS de 14 de febrero de 2017, citada).

No se produce colisión, por el contrario, en el juego con otro tipo de acuerdos, v.g. un convenio colectivo extraestatutario, jugando los principios de resolución de conflictos propios de este tipo de fuente de obligaciones y derechos.

Por otra parte, y por lo que se refiere al ámbito de referencia del diagnóstico y del plan, la norma no exige que lo sea por centro de trabajo, aunque en este extremo habrá que estar tanto al concepto como a la jurisprudencia en torno al binomio empresa/centro de trabajo como marco de referencia del acuerdo, con las matizaciones pertinentes que requiere calibrar qué es lo oportuno para garantizar la igualdad efectiva entre las mujeres y los hombres que prestan servicios en la empresa: ¿valorar el estado de situación por cada centro de trabajo o tomar como referencia la

empresa? Evidentemente, la respuesta debe condicionarse a la dinámica de funcionamiento de la empresa, si los parámetros de actuación son diferentes por cada centro de trabajo, porque la radiografía de situación podrá ser muy diferente de centro a centro, pero las respuestas judiciales abogan por el criterio empresarial, unidad de referencia de la norma reguladora de los planes y medidas de igualdad.

4. El diagnóstico: ¿cómo, cuándo y por quién debe realizarse?

En el caso enjuiciado, no se cuestiona la autoría del diagnóstico (que se acepta íntegramente sin oposición alguna durante el proceso de negociación), sino únicamente su insuficiencia para la construcción del plan de acción oportuno. Sobre este tema se volverá enseguida, pero, con carácter previo, no resulta ocioso considerar que los datos deben proporcionarse por la propia empresa, pues se trata justamente de compartir con la representación legal del personal la información cuantitativa y cualitativa que permite trazar el estado de situación de la igualdad entre mujeres y hombres en la empresa o en la organización de referencia.

Distinto extremo es cómo y por quién debe darse el tratamiento pertinente a tal información para obtener el resultado conclusivo del que derivar las necesidades de acción y su preceptiva ordenación en el tiempo (esto es, propiamente el diagnóstico), junto con la asignación de recursos precisos para su aplicación (sobre los que tampoco existe previsión legal concreta, lo que sitúa su determinación y exigibilidad, por tanto, su impugnabilidad, también en el terreno de la indefinición, si bien puede recurrirse a la interpretación analógica para la definición del concepto de “recursos necesarios y suficientes” del campo de la prevención de los riesgos laborales, pues, al fin y al cabo, este es otro riesgo laboral, calificado por el sexo de las trabajadoras).

Y, en este extremo, el precepto es claro, al atribuir tal competencia a la comisión negociadora del plan de igualdad. Según razona la STS núm. 126/2017, de 14 de febrero [rcud. 104/2016], la comisión competente para ello difiere según la fuente de las medidas para favorecer la igualdad en la empresa, porque si estas se establecen en convenio colectivo de empresa y su desarrollo, por tanto, se despliega mediante un plan de igualdad, este será redactado por una *comisión de ejecución o administración* (SSTS de 25 de junio de 2010 [rcud. 78/2009], de 24 de enero de 2012 [cud. 22/2011]), “mientras que, si se trata de un convenio de ámbito superior, la implementación de esas medidas a través del plan de igualdad debe realizarse mediante una comisión negociadora” (STS de 14 de febrero de 2017, citada). Se trata, en todo caso, de la comisión negociadora, a la que el RD ley ha atribuido nuevas funciones en el terreno del diagnóstico, pero la doctrina puede ser igualmente aplicable en tanto no se trata de una nueva comisión, sino de nuevas funciones de esta (pues el art. 46.2 final LOI literalmente se refiere a la “comisión negociadora del plan de igualdad”).

Finalmente, conforme argumenta la sentencia de la Audiencia Nacional 143/2019, de 10 de diciembre, la legitimación para solicitar la información con la que deba elaborarse el diagnóstico corresponde únicamente a la comisión negociadora del plan de igualdad, lo que se traduce en la inexigibilidad de los mismos a la empresa por parte de sujetos distintos, aunque se trate de sindicato implantado en el ámbito de referencia o de los considerados “más representativos”.

Ahora bien, como se razonará a continuación, la complejidad del análisis puede aconsejar prudentemente derivar tal elaboración técnica a personal cualificado para ello, en su caso a una entidad especializada externa, que, en todo caso, requerirá el aval de la comisión negociadora pertinente.

En este segundo aspecto, es decir, el tratamiento de la información, varias hipótesis son factibles: bien que el estudio sea realizado directamente por la empresa, en cuyo caso debe entenderse que resulta preceptiva la intervención de la representación legal del personal, o bien que se encargue a una empresa especializada o auditora externa, supuesto en el cual también puede concluirse, a tenor de la redacción vigente del art. 46.2, que la negociación sobre el diagnóstico

alcanza también al sujeto o sujetos que lo llevarán a cabo. *Ergo* que deberá negociarse tanto el contenido del diagnóstico como su propia realización, con la consiguiente puesta en común de sus resultados con la representación legal del personal con la que se hubiera realizado con anterioridad tal negociación.

Sin embargo, lo que literalmente establece el precepto referido es que la elaboración del diagnóstico “se realizará en el seno de la comisión negociadora del plan de igualdad, para lo cual la dirección de la empresa facilitará todos los datos e información necesaria para elaborar el mismo en relación con las materias enumeradas en este apartado, así como los datos del Registro regulados en el artículo 28, apartado 2 del Estatuto de los Trabajadores”. La duda que se cierne sobre esta redacción en su traslación práctica es en qué medida la comisión negociadora del plan de igualdad deba contar con la necesaria capacitación para procesar la información y extraer las debidas conclusiones de su observación y análisis, en tanto este tipo de labor requiere de una especialización y cualificación determinadas, que, en buena parte de los casos, no estarán cubiertas de modo interno. La necesidad de dar operatividad al precepto permite plantear la oportunidad de una adecuada flexibilización en su interpretación, pudiendo entenderse que será la comisión negociadora la que, en los términos anteriormente expuestos, también avalará la gestión externa, o en su caso interna, si procediere, del estudio especializado que la misma requiere en organizaciones complejas, donde la extracción de conclusiones no se infiera de la sola y simple lectura de los datos facilitados por la empresa (v.g. analítica de brecha salarial). En definitiva, la norma requiere de la adecuada adaptación en función de la complejidad de los datos manejados y de la propia estructura de la organización de los que estos emanan, pero lo que resulta indiscutible es que en todo caso debe contarse con la aprobación o supervisión de la comisión negociadora del plan.

Lo que realmente se cuestiona en el caso de autos no es el quién o el cómo, sino el cuándo, siendo esta la cuestión central del litigio. Se trata de un asunto que, como todos los afectados por el Derecho transitorio, tiene una proyección temporal muy limitada, pero no por ello dejará de afectar a un buen número de casos en los que la irrupción del RD ley 6/2019 haya podido sembrar la duda sobre procesos de negociación de planes de igualdad ya iniciados con anterioridad a su entrada en vigor.

La norma no se refiere en sus disposiciones transitorias a este problema, lo que, sin duda, despejaría la duda central del litigio origen de la resolución analizada, sino a su propia entrada en vigor, para afectar a las nuevas situaciones nacidas a partir de tal fecha (marzo 2019). Precisamente por ello, los demandantes cuestionan que el diagnóstico que ya se había llevado a término y que, de forma sobrevenida, no se ajusta al marco legal vigente, pueda tener la validez necesaria para construir sobre él un plan de igualdad que se acuerda después de la entrada en vigor de la reforma legal que transforma este marco regulador. Y el argumento sobre el que bascula la solución dada por la sala social de la Audiencia Nacional es precisamente su propia validez bajo el régimen jurídico en el que se llevó a término, es decir, el principio jurídico “tempus regit actum”. Principalmente porque, a su amparo, la negociación fue válida, y solo es bajo los nuevos parámetros cuando puede aquella ser objeto de cuestionamiento.

En este caso el elemento de distorsión al que se ancla la demanda es la aprobación del plan bajo el nuevo régimen jurídico, lo que, a su entender, provoca la invalidez de todo el procedimiento anterior que le ha servido de soporte, argumentando que debe repetirse el diagnóstico realizado, pese a que el realizado fue actualizado cuatro meses antes de la aprobación del plan. No se entrará a valorar, aunque se deja apuntado, si una actualización de datos o revisión del diagnóstico exige la reconfiguración de todas las medidas ya negociadas con anterioridad (si, como en el caso estudiado, los datos nuevos se superponen a los resultados ya alcanzados en el proceso de negociación anterior), pero, desde luego, la prudencia y coherencia aconsejan una revisión global con carácter previo a su aprobación final, para calibrar la hipotética necesidad de ajustar alguna o algunas de las ya acordadas.

Sobre la insuficiencia del diagnóstico, por ser esta una de las cuestiones controvertidas en la resolución analizada (o, cabe decir, la central, si se correlaciona con su inadecuación al marco legal sobrevenido y, por tanto, su posible falta de vigencia), debe realizarse un comentario autónomo. Pues bien, en el caso de autos este asunto tampoco fue objeto de controversia en el marco de la negociación del acuerdo el desglose y análisis de datos facilitados por la empresa consultora contratada por la empresa demandada, aunque en el ámbito del pleito se pone en duda la falta de desglose de los datos por centros (considerando que se trata de una empresa de ámbito nacional), así como su puesta a disposición en las distintas lenguas cooficiales del país.

La respuesta a la controversia tiene un componente temporal clave, pues, si se cuestiona su contenido bajo el prisma del vigente art. 46.2 LOI, la falta de alguno o algunos de los elementos referenciales enumerados por dicho precepto [a) proceso de selección y contratación, b) clasificación profesional, c) formación, d) promoción profesional, e) condiciones de trabajo, incluida la auditoría salarial entre mujeres y hombres, f) ejercicio corresponsable de los derechos de la vida personal, familiar y laboral, g) infrarrepresentación femenina, h) retribuciones, y prevención del acoso sexual y por razón de sexo], por su propia ausencia, o en cuanto los datos facilitados por la empresa en cada uno o en alguno de los ítems relacionados sean incompletos o insuficientes para extraer las debidas conclusiones, determinará la nulidad del diagnóstico. Y no siendo este sino una de las fases del procedimiento de negociación, conllevará la nulidad de las fases siguientes y del propio acuerdo en el que se plasmen las medidas adoptadas de acuerdo a un diagnóstico erróneo.

Sin embargo, la anulabilidad del plan de igualdad por estos motivos, sin que pudiera salvarse por la subsanación del defecto descrito con posterioridad, habría de valorar el alcance de la omisión o insuficiencia observada. ¿Lo sería sin paliativos o habría de ponderarse el alcance del error? Lo cierto es que el art. 46.2 LOI no deduce consecuencia explícita de la que inferir una u otra interpretación, y que, por su parte, el texto refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social (aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto), en su art. 7.13, tras su modificación por el art. 6 del RD ley 6/2019, tipifica como infracción grave el incumplimiento de las obligaciones en materia de planes y medidas de igualdad. Obligación, en genérico, que alcanza a cualquier tipo de incumplimiento de las “obligaciones que en materia de planes y medidas de igualdad establecen la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, o el convenio colectivo que sea de aplicación”, pero que queda delimitada por el alcance de la infracción prevista en el art. 8.17 del mismo texto legal, que establece que la falta de elaboración o de aplicación del plan de igualdad constituye infracción muy grave (si este fuera de obligatoria negociación por aplicación de los parámetros del art. 46.2 LOI). La respuesta, por tanto, es clara, y, de no haber mediado el elemento temporal que salva el plan, este devendría nulo, como reclaman los demandantes. Y así se pronuncia igualmente la doctrina judicial y jurisprudencia en las resoluciones que han sido citadas a lo largo del texto.

Finalmente, sobre la vigencia del diagnóstico, en tanto parte de un procedimiento de negociación válidamente iniciado bajo el marco legal vigente en la fecha en la que tuvo lugar, la sentencia construye la tesis del *proceso escalonado de negociación*, que abre y cierra etapas en la misma y ancla cada una de ellas a la norma vigente en dicho momento, situando, por tanto, en espacios normativos distintos cada una de las fases de negociación de un plan si en el ínterin sobreviene una reforma legal (o convencional) que altere la forma o el fondo del acuerdo. Ahora bien, esta tesis se sustenta sobre un argumento que la norma aplicable (el art. 46.2 LOI) no explicita, cual es que este proceso de negociación se articule sobre fases autónomas y separadas con vida y vigencia propia. Pero lo cierto es que el precepto se refiere a un diagnóstico previo a la propia negociación del plan de igualdad, lo que permite avalar la autonomía de estos dos actos jurídicos diferenciados.

5. *¿Es obligatorio llegar a un acuerdo final?*

En el caso de autos, la empresa y parte de los sindicatos miembros de la comisión negociadora acuerdan el cierre de la negociación y la adopción de un acuerdo, ante la negativa de algunos de los negociadores integrados en la misma. Esta situación, tan habitual en el marco de la negociación colectiva (de la que se infiere la conversión de un acuerdo estatutario en otro estatutario), plantea en realidad si, tratándose de una obligación referida a las empresas u organizaciones, la adopción de un acuerdo final (respetada en todo caso la negociación del plan de buena fe), es de obligada exigencia, en el marco de los principios de la Ley orgánica de igualdad y bajo el prisma de la prioridad y necesidad de garantizar la igualdad entre mujeres y hombres en la empresa. Ello considerando que, muy probablemente, buena parte de los negociadores no sean del sexo femenino, y, por tanto, con su falta de acuerdo determinen un perjuicio directo a las mujeres afectadas por el mismo.

Por tal razón, el art. 8.17 de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social tipifica como infracción muy grave “no elaborar o no aplicar el plan de igualdad, o hacerlo incumpliendo manifiestamente los términos previstos, cuando la obligación de realizar dicho plan responda a lo establecido en el apartado 2 del artículo 46 bis de esta Ley”. Por consiguiente, la norma no deja lugar a dudas acerca de la respuesta solicitada en el título de este epígrafe: llegar a un acuerdo es obligatorio en todo caso, si lo es negociar y contar con un plan de igualdad.

X. Apunte final

La desestimación de la pretensión principal de los demandantes, la nulidad del plan acordado, deja abierta la cuestión, no resuelta, de las eventuales consecuencias de tal nulidad, pero la doctrina de la conservación de los actos jurídicos permitiría mantener aquellas partes del plan que no adolecieran del vicio que pudiera apreciarse, para reconstruir aquellas otras de carácter insalvable. Ahora bien, si el diagnóstico de situación es un presupuesto, como afirma la sentencia analizada, para avanzar en la negociación del plan, ¿cabe entender que las fases posteriores de la negociación son igualmente inválidas? En tal sentido apuntan las resoluciones anteriormente analizadas, pero permítase igualmente introducir la posibilidad de valorar el resultado contrastado del diagnóstico tras su acomodo a los parámetros legales y convencionales que no hubieran sido respetados, para dilucidar si el cotejo evidencia una clara disparidad entre uno y otro resultado, pues, de ser así, parece evidente que los actos siguientes no resultarían salvables.

Por otra parte, los hechos que sustentan el pleito del que trae causa la sentencia y el debate, siquiera colateral, que algunas de las cuestiones traídas a colación en el presente caso merecen, sin duda, una respuesta que, en parte, pudiera proporcionar su impugnación ante la sala social del Tribunal Supremo, aunque no fuera en el contexto del recurso de casación para la unificación de doctrina, dado el carácter del pleito descrito.

Referencias:

1. [^] *Publicado en el Boletín Oficial del Estado número: 57, 07/03/2019, Disposición nº 3244, páginas: 21692-21717.*
2. [^] *Debe recordarse la doctrina sentada en la STS (sala de lo contencioso-administrativo) de 24 de septiembre de 2008 (rec. núm. 198/2005), conforme a la cual el plan de igualdad en una administración pública debe limitarse a trazar líneas generales compatibles con el art. 34.1 de la Ley 9/1987, para garantizar el derecho a la negociación de las medidas en las que dichas directrices generales puedan plasmarse.*