



## EL DEBER, EL DERECHO Y LA PROMOCIÓN DE MEDIDAS Y PLANES DE IGUALDAD EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

MANUEL PÉREZ PÉREZ

*Profesor Titular. Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*  
Universidad de Sevilla

ESPERANZA ROALES PANIAGUA

*Profesora Colaboradora Doctora. Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*  
Universidad de Sevilla

### EXTRACTO

A partir de la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, existe en la legislación laboral un principio de igualdad de trato y otro de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres. Ambos principios, formulados con carácter imperativo, han de ser respetados a través de la negociación colectiva laboral, en la medida en que ésta es la vía más oportuna, flexible y eficaz considerada por el legislador para ejecutar el cumplimiento de tales principios, con tal de evitar la discriminación entre mujeres y hombres.

El carácter polivalente de la negociación colectiva facilita la satisfacción de aquellos principios a través de varios medios instrumentales; uno es el deber de negociar medidas o planes de igualdad entre hombres y mujeres; otro es el derecho a elaborar e implantar planes de igualdad, con carácter voluntario; y un tercero es la facultad de negociar medidas de acción positiva para satisfacer el principio de igualdad de oportunidades en el acceso al empleo, especialmente de las mujeres.

Mientras que el deber de negociar afecta, en todo caso, por igual a todas las empresas que inicien y hasta que concluyan la negociación colectiva, vinculando a las partes negociadoras de los convenios colectivos, incluso si éstos son extraestatutarios, por su parte, la facultad y el derecho a elaborar e implantar, con carácter voluntario, planes de igualdad en aquellas empresas donde no sean obligatorios, puede sustituir el deber de negociar medidas que promuevan la igualdad, pero éste último no queda salvado a expensas de la voluntad: por tal razón, la no adopción de un plan de igualdad, allí donde no es obligatorio, no releva del deber de negociar medidas que promuevan la igualdad, aunque tales medidas no alcancen la categoría de plan. También es posible la consulta o negociación voluntaria de un plan de igualdad para evitar sanciones accesorias impuestas por conducta discriminatoria.

Finalmente, las medidas de acción positiva promovidas a través de la negociación colectiva, preferentemente a través de cláusulas obligacionales para favorecer el acceso de las mujeres al empleo, siempre que sean temporales, razonables y proporcionadas, no sólo no están en contra de la Constitución Española, como si fueran un caso de discriminación al revés, sino que son un vivo ejemplo de la previsión contemplada en el artículo 9, apartado 2, CE, para alcanzar la igualdad real y efectiva de individuos y grupos, cuya promoción corresponde, según el mismo artículo y apartado, a los poderes públicos.

## ÍNDICE

### INTRODUCCIÓN

1. EL DEBER DE NEGOCIAR MEDIDAS DE IGUALDAD
  - 1.1. Naturaleza y estructura del deber de negociar medidas de igualdad
    - 1.1.1. Naturaleza jurídica del deber de negociar medidas de igualdad
      - 1.1.1.1. Sujetos obligados a negociar y sujetos afectados
      - 1.1.1.2. Objeto del deber de negociar: medidas y planes de igualdad
      - 1.1.1.3. Momento o plazo de cumplimiento del deber de negociar
    - 1.1.2. Estructura del deber de negociar medidas de igualdad
  - 1.2. Aplicación del deber de negociar medidas de igualdad
    - 1.2.1. Entrada en vigor del deber de negociar medidas de igualdad
    - 1.2.2. Relación del deber de negociar medidas de igualdad con el deber de negociar
2. EL DERECHO A ELABORAR E IMPLANTAR PLANES DE IGUALDAD
  - 2.1. Elaboración e implantación voluntaria de planes de igualdad
    - 2.1.1. Naturaleza jurídica de la opción
    - 2.1.2. La preceptiva consulta previa
  - 2.2. Negociación de un plan de igualdad en procedimiento sancionador
  - 2.3. Apoyo para la implantación voluntaria de planes de igualdad
3. PROMOCIÓN DE LA IGUALDAD EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA
  - 3.1. Similitudes y diferencias de la facultad regulada
  - 3.2. Negociación colectiva de las medidas de acción positiva

## INTRODUCCIÓN

La recientemente aprobada Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, en adelante LOI, ha incorporado a la normativa laboral, por primera vez, los principios y deberes de igualdad de oportunidades y de trato a los trabajadores<sup>1</sup>, deberes que pesan sobre los empresarios y, en esa medida, condicionan su poder de dirección y limitan su autonomía. La reforma que ha llevado a cabo la LOI en torno a la reciente implantación de esos principios y deberes de igualdad de oportunidades y de trato en el ámbito laboral se apoya, asimismo, sobre una serie de medidas transversales, cuyo completo estudio excedería el de los objetivos asignados a este trabajo y cuyo verdadero alcance y efectos hoy sólo pueden atisbarse de manera muy teórica ya que, para conocer la efectividad real de una norma como la que tratamos, debiera pasar un tiempo prudencial desde su entrada en vigor, porque sólo la aplicación práctica de todas las medidas de distinta naturaleza contenidas en dicha norma puede servirnos seriamente de «piedra de toque» para contrastar la auténtica importancia e incidencia tanto de todas las figuras previstas en general como las que vamos a analizar directamente en este trabajo de forma particular.

<sup>1</sup> Ambos son expresamente establecidos por el art. 5 LO 3/2007. Por el contrario, el artículo 2 de la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, del empleo, establecía, en materia de empleo pero no laboral, garantizar la *efectiva igualdad de oportunidades y la no discriminación ... en el acceso al empleo* y las acciones orientadas a conseguirlo. Sobre ambos, en el ámbito del Derecho europeo, ver Sáez Lara, C. «Igualdad de trato y de oportunidades en el Derecho social comunitario», en Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, *La igualdad ante la Ley y la no discriminación en las relaciones laborales*, Madrid, 2005, páginas 325 y siguientes. Y sobre tales principios, Mercader Uguina, J.R., «Las implicaciones laborales del proyecto de Ley orgánica de igualdad: panorama general», en *Jornadas del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales*, Sevilla 2007, págs. 18 y 19.



Pues bien, para alcanzar la efectividad de aquéllos, la LOI ha previsto, entre otras figuras, la existencia de una serie de instituciones que les sirven como instrumentos a través de la negociación colectiva laboral: el deber de negociar medidas dirigidas a promover la igualdad de trato y de oportunidades o planes de igualdad; el derecho a implantar esos mismos planes; o, en fin, la promoción de las medidas de acción positiva para favorecer el acceso de la mujeres al empleo. Todas las previsiones legislativas sobre estas materias son tan sugerentes como para justificar la elaboración de una monografía lo suficientemente ambiciosa que abarcara, con pretensiones de exhaustividad, todos los aspectos relacionados con aquéllas: piénsese, por ejemplo, en los niveles de articulación de la negociación colectiva para llevar los planes desde el nivel de la negociación colectiva sectorial al de empresas; o las nuevas competencias que se le encomienda a la Autoridad laboral, a la hora de comprobar si el convenio colectivo concluido ha dado cumplimiento al deber de negociar medidas de promoción de la igualdad o planes de igualdad; o las referentes a las sanciones previstas para el caso negativo en las nuevas modificaciones incorporadas a la LISOS; o incluso la negociación de medidas de igualdad en el ámbito de la función pública.

Sin embargo, son a aquellos tres primeros instrumentos y no a los últimos citados a los que destinamos las reflexiones contenidas en el presente trabajo. Lo hacemos como un primer estudio que indaga por los orígenes, características y nociones de cada una de las tres figuras y por las posibles interrelaciones que se producen entre ellas, relaciones que aluden al grado de vinculación que representa cada una para los sujetos hipotéticamente destinatarios de las mismas, con los objetos que han de o pueden ser negociados, en los momentos en que ha de ser tenidos en cuenta y, en fin, para la relativamente presunta importancia que cada una ellas podrá tener en un inmediato futuro. Por último, también existen otros detalles complementarios,—más desde un punto de vista de un análisis sistemático que exhaustivo—, que, no por eso son desdeñables ni innecesarios, y aluden, por un lado, al momento de entrada en vigor en la regulación estructural; o la consulta que compete realizar al empresario y su relación con la negociación colectiva. A todas estas cuestiones dedicaremos las siguientes reflexiones en el presente capítulo.

## 1. EL DEBER DE NEGOCIAR MEDIDAS DE IGUALDAD

La columna sobre la que se apoya la reforma de la negociación colectiva, para implantar el principio de igualdad de trato en el ámbito laboral español, es doble: la primera viene constituida por la Disposición Adicional Décimo Primera, apartado 17 de la LOI, en el que, añadiendo un nuevo párrafo al artículo 85.1 ET, establece el deber de negociar medidas de igualdad en la negociación colectiva; la segunda está integrada por la misma disposición adicional, apartado 18, en el que, al añadir un nuevo párrafo al artículo 85.2 ET, se articula ese deber legal entre los dos grandes niveles de negociación que existen en el sistema español de relaciones laborales.

La disposición adicional décimo primera, apartado 17, de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (en adelante, LOI) añade un nuevo párrafo en el apartado 1 del 85 en el que se establece: «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».

Se trata, pues, antes que cualquier otra cosa, de analizar la naturaleza jurídica y cuál la estructura de tal deber. Sólo una vez que hayan sido despejadas tales cuestiones, abordaremos, los eventuales contenidos de tal deber de negociación para concluir el análisis con las referencias necesarias que hagan exigible y real, en un plazo razonable, tal deber así como abordaremos otras cuestiones secundarias y las medidas legales arbitradas para su defecto.

### 1.1. Naturaleza y estructura del deber de negociar medidas de igualdad

Debemos comenzar este epígrafe por la frase del párrafo nuevo expuesto más arriba que dice; «en la negociación de los mismos (convenios colectivos) existirá, en todo caso, el deber de negociar». Desde luego, no deberíamos hacer más comentarios si aceptáramos a rajatabla el aforismo de Derecho romano que reza *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*. Sin embargo, se hace preciso saber realmente si, como dice la norma, se trata o no realmente de un deber, quién o quiénes se ve o ven compelido/s a su cumplimiento, cuál es su objeto, cuándo hay que cumplimentarlo o en qué situaciones y si puede darse, no obstante constatar la existencia del deber, el hecho de que se permita la facultad asimismo de adoptar, desde la mera voluntariedad, medidas de igualdad o, incluso, la de elaborar planes de igualdad. Se trata, por tanto, de analizar y comprender frente a qué institución nos situamos en toda su extensión e implicaciones y, luego, cuáles son las demás referencias circunstanciales y estructurales que configuran su régimen jurídico.

#### 1.1.1. Naturaleza jurídica del deber de negociar medidas de igualdad

La contundencia con que se expresa el nuevo párrafo añadido al artículo 85.1 ET despeja cualquier atisbo de duda: las partes se ven conminadas a negociar tales medidas de igualdad. La doctrina ha visto aquí, primero, un deber de negociar en sentido genérico y, luego, otro en sentido específico<sup>2</sup>, el primero de los cuales sería diverso del previsto en el artículo 89.1 ET, ya que no consistiría en negociar sin más, sino en negociar medidas de igualdad (todo junto).

En nuestra opinión, el obligado objeto de negociación, a saber, las medidas dirigidas a promover la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, confieren al deber de negociar que analizamos de una especial tipicidad, que lo diferencian de cual-

<sup>2</sup> Por el contrario, FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F. «Principio de igualdad por razón de sexo y negociación colectiva» en CARL, *Jornadas del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales (Recopilación de conferencias)*. Sevilla, 2007, especialmente en págs. 52 y 53, lo considera un deber genérico, que podría entrar en contradicción la consideración de contenido mínimo de lo acordado.



quier otro hasta ahora conocido. Y, por si hubiera alguna duda sobre si estamos en presencia o no de un deber, el artículo 45.1 LOI, recuerda que «las empresas están obligadas a respetar la igualdad de trato y de oportunidades en el ámbito laboral» y recalca todavía en el mismo artículo y apartado que (las empresas) «deberán adoptar medidas dirigidas a evitar cualquier tipo de discriminación laboral entre mujeres y hombres», para concluir remachando que tales «medidas ... deberán negociar, y en su caso acordar, con los representantes legales de los trabajadores.

Para empezar a responder a la cuestión indirectamente planteada en el encabezado, hay que comenzar analizando dónde está y —complementariamente— dónde no está ubicado el deber que comentamos. Resulta evidente que el artículo 85.1 ET se refiere al *contenido en general* del convenio colectivo: decimos «en general» no sólo porque así lo dice el propio apartado 1 del artículo 85, sino porque tal apartado no se limita exclusivamente a prever el eventual contenido normativo (materias de índole económica, laboral...) sino que, además, al referirse a cuantas otras (materias) afecten al ámbito de las relaciones de las organizaciones representativas con el empresario y las asociaciones empresariales, está también aludiendo de forma expresa al contenido obligacional.

Sin embargo, hay una diferencia crucial que separa el deber de negociar medidas de igualdad del resto del contenido previsto en el artículo 85.1 p. 1 ET: que mientras todo ese contenido general va precedido por el principio de libertad o voluntariedad que se expresa en la frase «los convenios colectivos podrán regular materias...», por su parte el que ahora analizamos da un giro de ciento ochenta grados, al establecer que «existirá el deber de negociar medidas». Ésta y no otra es la razón por la que el deber, ahora a estudio, se ha de situar en un párrafo independiente del mismo apartado (contenido general), a saber, que, no obstante el nuevo deber legal que se establece, deberá seguir respetándose el principio de la libertad de las partes para determinar el contenido del convenio, principio que de forma expresa se recuerda al comienzo de dicho nuevo párrafo con la vieja fórmula legal del «sin perjuicio de la libertad de las partes para determinar el contenido de los convenios colectivos...» y que se formula mucho más rotundamente en el artículo 82.1 ET, cuando afirma que «los convenios colectivos... constituyen la expresión del acuerdo libremente adoptado por ellos en virtud de su autonomía colectiva». Ahora bien, si existe tal libertad de negociación y al propio tiempo el deber legal, podríamos plantearnos en qué medida se relacionan una y otro, porque, dada la naturaleza de ambas instituciones —libertad y deber—, no parece, al menos en principio, que el segundo sea una manifestación de la primera, sino, más bien, lo contrario, o sea, que el deber se manifiesta como una negación, una salvedad, una limitación o una excepción de la libertad ¿Es esto realmente así? Veamos.

Como ya hemos apuntado anteriormente, el artículo 45.1 LOI, al ordenar con pretensiones generales el nuevo principio consistente en que «las empresas están obligadas a respetar la igualdad de trato y de oportunidades en el ámbito laboral», está invocando un mandato general que las vincula, antes incluso de plantearse la negociación de cualquier medida laboral, se refiera o no a la igualdad. Se trata de un principio general que podríamos calificar de pre- o extra-negociación colectiva, pero también post-negociación, es decir que es exigible antes, durante y tras la negociación, y que, precisamente por la razón de pervivencia, preside el desarrollo de la misma, igual que el de la buena fe, a tenor del artículo 89.1 ET. Es decir, estamos —y en esto se asemeja al últimamente citado— ante un principio objetivo que, a partir de la nueva Ley de Igualdad, viene a presidir todas las ac-

tuaciones que se produzcan en la empresa española, y en particular también la fase de negociación colectiva laboral. En este sentido, el deber de negociar medidas de igualdad se presenta como un *deber instrumental* del más genérico mandato legal antes apuntado, consistente en que la empresa respete la igualdad de trato y de oportunidades. No otra interpretación se desprende de la expresión «con esta finalidad», o sea, con la de respetar el mencionado mandato general, éste tiene una recepción específica y concreta en la fase de negociación del convenio colectivo de trabajo.

Pero, dicho esto, no hemos contestado sobre si tal deber contraría o no el principio de libertad de negociación. Indudablemente, en la medida en que, a partir de la Ley de Igualdad, existe un principio que ha de ser respetado por la empresa, el de igualdad de trato y de oportunidades, el cual cristaliza en el deber de negociar medidas de igualdad en la negociación colectiva, que, a su vez, aparece a todas luces como una concreta manifestación de aquél mandato general, se reduce en cierta medida el extenso abanico en el que se difumina la libertad de negociación y que, ante todo, se expresa en la libertad negativa y que consistiría en la libertad de no negociar tales medidas. Si antes de la Ley de Igualdad, era evidente la existencia de ese pequeño o gran espacio de libertad que era el de la libertad de no negociar, a pesar de cuya existencia, distintas partes negociadoras en distintos ámbitos han venido negociando medidas de igualdad a las que, en principio, no estaban obligados, en aras del ejercicio de su libertad de negociación, a partir de la Ley de Igualdad, ese espacio no podrá seguir existiendo: tal espacio ha dejado de existir para ser ocupado, primero, por el mandato de respeto a la igualdad de trato y de oportunidades y, luego, más concretamente por el deber de negociar medidas de igualdad. Es en tal medida y sólo en esa medida, en la que decimos que el deber de negociar medidas de igualdad se contrapone a la libertad de negociación, ya que, si no queremos transgredir el principio de no contradicción, una cosa no puede ser sí misma y su contraria, el deber que ahora comentamos no puede ser libertad de negociación y deber de negociación al mismo tiempo. Por lo tanto, y al margen de las buenas intenciones del legislador, el deber legal que se establece es, tal como está formulado, una salvedad o excepción, aunque sólo sea en términos globales, precisamente a esa libertad de contratación para determinar el contenido de los convenios colectivos, como resultado de la negociación.

Ahora bien, aclarada, en un primer término, en qué medida se relacionan el deber legal de negociar medidas de igualdad con el principio de libertad, no se agotan en la comentada todas las fórmulas de tal relación. En efecto, una vez que las partes negociadoras, en cumplimiento del mandato general de respeto a la igualdad de trato y de oportunidades, toman la decisión de negociar tales medidas, tales partes siguen siendo libres para dar contenido a dicho deber, con lo que, también en principio, parece que no queda tan exceptuada o cuestionada dicha libertad de negociación que debe ser utilizada a discreción, no obstante las múltiples indicaciones que las mismas partes reciban del propio legislador, en un intento loable por sugerir eventuales contenidos benéficos y también, seguramente, por salvar la nada infrecuente falta de imaginación cuando no pura pasividad de las que las partes hacen gala a la hora de dar un contenido interesante y útil al mandato general y al deber legal comentados.

Si se admite todo lo dicho hasta ahora, podríamos a continuación plantearnos por qué razón el legislador no ha ubicado tal deber legal en el apartado 3 del mismo artículo 85 ET, en el que se establece por imperativo legal el contenido, mal llamado «mínimo» de los



convenios colectivos, que resulta más adecuado calificar de preceptivo o necesario. Se podría alegar, como una razón de peso, en pro de esta ubicación que también este apartado 3 comienza por una frase muy similar a la que antes hemos comentado que introduce al comienzo la redacción del nuevo párrafo incorporado al artículo 85.1 ET. En aquél se dice expresamente que «sin perjuicio de la libertad de contratación a que se refiere el párrafo anterior...». Dejando a un lado las referencias al párrafo anterior, por no ser objeto de este análisis<sup>3</sup>, resulta evidente que, el contenido preceptivo y el deber de negociar medidas de igualdad se formulan, en parte, como salvada al principio de libertad y, en parte, como manifestación del mismo, por cuanto a la hora de dar contenido concreto a los respectivos apartados que integran el contenido preceptivo, las partes son relativamente libres: en unos casos menos, por ejemplo, porque no pueden falsear o simular quiénes son las partes que lo conciertan; en otras más, porque nada les constriñe a dar un contenido más duradero o más breve, por ejemplo, al ámbito temporal, a la forma y condiciones de denuncia del convenio o, en fin, al atribuir más o menos cuestiones a la competencia de la comisión paritaria.

Si a la anterior razón, añadimos que en el nuevo párrafo que se añade al artículo 85.1 ET, se menciona expresamente que «en la negociación colectiva existirá, en todo caso, el deber de negociar medidas» de igualdad —sobre cuyo significado volveremos más adelante—, ninguna objeción de tipo técnico parece existir para tal correspondencia, a menos que el propio legislador no quisiera introducir de forma expresa otro contenido «mínimo» adicional del convenio colectivo. Y aquí puede surgir la duda de si tal ubicación se ha evitado para que al mismo no se le tachara de intervencionista o, porque, desde la perspectiva de una consideración exclusivamente técnica, existen razones que avalen que no era adecuada tal integración.

En nuestra modesta opinión, no existen razones técnicas de peso que impidan considerar a este deber legal, que a partir de la Ley de igualdad habrá de cumplimentarse en todo caso, como un nuevo contenido preceptivo o necesario del convenio y adicional al ya contemplado en las sucesivas letras, desde la a) hasta la e), en el vigente artículo 85.3 ET<sup>4</sup>. Se podría objetar a esta correspondencia que el nuevo deber tiene pretensiones normativas mientras que el artículo 85.3 contiene prescripciones instrumentales, preferentemente obligacionales; sin embargo, nada más lejos de lo obligacional, cuando se considera como contenido normativo el de la denominada cláusula de «descuelgue salarial» que se prevé en la letra c) del apartado 3. Al igual que éste último, también el deber legal de negociar medidas de igualdad, como hemos visto, tiene carácter instrumental del mandato general de igualdad, y naturaleza normativa colectiva, al ir destinado preferentemente a las partes negociadoras del convenio colectivo.

<sup>3</sup> Las referencias al párrafo anterior sobre libertad de contratación tenían verdadero sentido cuando el actual apartado 3 del artículo 85 ET, era el apartado 2, y la libertad general de negociación se seguía formulando en el apartado 1. Pero, desde que se introdujo el nuevo apartado 2 (sobre la posibilidad de articular procedimientos de información y seguimiento de los despidos y tal materia, al margen de constituir un objeto de la libre negociación de las partes, no es formulación del principio de libertad de negociación, por la Ley 63/1997, de 26 de diciembre, para la mejora del mercado de trabajo y el fomento de la contratación indefinida) y el viejo apartado 2 ha pasado a ser el 3, la referencia a la libertad de contratación que se dice existir en el «párrafo anterior» choca con el contenido auténtico de dicho párrafo.

<sup>4</sup> De la misma opinión, FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F. *Principio de igualdad por razón de sexo y negociación colectiva*, citado, pág. 53.

Una razón no baladí para tal incorporación en el apartado finalmente elegido —en lugar del que técnicamente procedía— podría ser el antecedente histórico del que parece guiarse el legislador español: en efecto, en el modelo luxemburgués, el artículo 20.4 número 4, de la Ley de 30 de junio de 2004, sobre relaciones colectivas de trabajo, establece que el convenio colectivo o los acuerdos colectivos previstos en el artículo 15 (convenios-marco) de dicha ley, contendrán obligatoriamente disposiciones relativas al resultado de las negociaciones colectivas, que deberán tratar obligatoriamente, entre otras materias, sobre la puesta en práctica del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en los establecimientos y/o empresas a los que el convenio colectivo es aplicable<sup>5</sup>.

Otra razón, tal vez más teórica que real, estribaría en afirmar que, en realidad, la Ley de Igualdad no ha querido implantar las medidas de igualdad en todas las empresas, sino sólo los planes de igualdad en empresas de más de doscientos cincuenta trabajadores, ya que, luego, el modificado ordenamiento sancionador de los artículos 7 (faltas graves) y 8 (muy graves) de la LISOS, no ha previsto el posible incumplimiento por defecto de dichas medidas en empresas que no estén obligadas a adoptar un plan de igualdad, con lo que, de manera indirecta, al no ser exigible —por no ser sancionable el incumplimiento de— la adopción de medidas de igualdad en las demás empresas, no podría considerarse tal deber como un contenido preceptivo y necesario, extensible a toda la negociación colectiva, sino sólo a las empresas que tengan más de 250 trabajadores. Esta frágil argumentación se desmonta fácilmente si se estima, primero, que tampoco cualquiera de los expresos contenidos preceptivos o necesarios contemplados por el artículo 85.3 ET, deja de serlo por el simple hecho de no haber sido cumplimentado; segundo, porque tampoco se prevé un derecho sancionador para tal incumplimiento y, en tal sentido, no es infrecuente que se incumpla con carácter genérico, al menos en el texto escrito del convenio, la determinación de las partes que lo conciertan, las cuales conocemos en muchas ocasiones por el oficio de remisión de la autoridad laboral al boletín oficial correspondiente; y, tercero, porque, por mucho que se diga que el legislador ha querido por ahora sólo implantar los planes de igualdad en unas determinadas empresas, pero no medidas de igualdad en el resto, lo cierto es que lo que en verdad ha quedado redactado en el nuevo párrafo del artículo 85.1 ET es que en todo caso de negociación colectiva (al margen de si hay o no sanción, como sucede para el contenido preceptivo) existirá el deber de negociar medidas de igualdad de trato y de oportunidades y, en su caso, en el de empresas de más de 250 trabajadores, se deberá adoptar un plan de igualdad con el alcance y contenido previsto por la propia Ley de igualdad.

<sup>5</sup> Establece el art. 20 (4) La convention collective ou les accords prévus à l'article 15 contiendront obligatoirement des dispositions consigniant le résultat des négociations collectives, qui devront obligatoirement porter sur les sujets suivants ...4 : La mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes dans les établissements et/ou entreprises auxquels la convention collective est applicable; dans ce contexte, les négociations porteront notamment sur l'établissement d'un plan de égalité en matière d'emploi et de rémunérations et sur les moyens de rendre l'entreprise et la formation continue y offerte accessibles aux personnes désirant réintégrer le marché de l'emploi après une interruption de carrière. Lorsqu'il s'agit d'une convention collective couvrant un secteur, une branche ou plusieurs entreprises, celle-ci peut prévoir les conditions auxquelles les modalités d'application concrètes, au niveau de l'entreprise, des quatre domaines énumérés à l'alinéa qui précède, peuvent être fixés par un accord entre partenaires sociaux au niveau approprié.





Finalmente, llegados a este punto, surge la cuestión, lógica y natural, de si nos encontramos ante un derecho de cualquiera de los sujetos colectivos respecto del otro, o dicho de una forma más inteligible, si, por haber sido establecido como deber legal el que, referido a medidas de igualdad, afecta a ambas partes del convenio colectivo, tal deber, individualmente considerado para cada una de ambas partes, tiene la consideración de un derecho, o sea, si tiene la consecuencia, como el reverso de una moneda, de que el mismo pueda ser invocado como derecho por una parte ante una negativa, fundada o no, de la contraparte a negociar sobre el mismo, y, dando por descontado que, sobre la parte que se decida a alegar tal derecho, como exigencia que ha de ser atendida por el contrario, pesa el mismo deber. Sabemos que cuando en el artículo 37.1 CE, se dice que se garantiza el derecho a la negociación colectiva y, en ninguna otra parte de la CE aparece nadie obligado a atender tal derecho, se suele concluir que, al menos a nivel constitucional, tal derecho no existe y, en su lugar, deberá hablarse de una mera facultad de negociar que puede ser atendida o no por la contraparte. Sin embargo, ¿puede concluirse con la misma solución para el caso en que, en lugar del derecho sin deber, se establece un deber sin derecho? La respuesta ha de ser negativa, de modo que, existiendo como está contemplado en el nuevo párrafo del artículo 85 ET el deber de negociar que afecta a ambas partes, cualesquiera de ellas puede invocarlo como derecho propio para exigir su cumplimiento.

### 1.1.2. *Estructura del deber de negociar medidas de igualdad*

Analizada la naturaleza jurídica del deber de negociar medidas de igualdad, queda ahora abordar su estructura o, lo que es igual, cuáles son los demás elementos de todo tipo (sujetivos, objetivos, temporales, finales, instrumentales, etc.) que lo configuran y caracterizan como una institución completa y compleja.

#### 1.1.1.1. *Sujetos obligados a negociar y sujetos afectados*

En primer lugar, la cuestión inicial que debe resolverse es la de quiénes son los sujetos obligados a cumplimentar tal deber. El artículo 45.1 LOI establece que son, por un lado, las empresas y, por otro, los representantes legales de los trabajadores, porque tales sujetos son los mencionados de forma expresa por aquel precepto para negociar las medidas y, en su caso, acordarlas. En principio, son pues las empresas, todas las empresas, las que se ven obligadas a respetar la igualdad de trato y de oportunidades en el ámbito laboral. Sin embargo, mientras que la de «representantes legales» de los trabajadores es una expresión legal de la que ya conocemos su significado<sup>6</sup>, el término «empresa» no es precisamente afortunado.

<sup>6</sup> Desde las SS TC 70/1982 de 29 de diciembre (FJ 5) en materia de legitimación para instar conflictos colectivos de trabajo y 78/1982 de 20 de diciembre (FJ 5), en materia de protección frente al despido, nuestro Tribunal Constitucional viene considerando representación legal (mencionada por el Estatuto de los Trabajadores) no sólo a la representación unitaria sino también a la sindical

Se trata de una expresión que remite a un objeto de titularidad, a una actividad o, si se quiere, a un conjunto organizado de personas y bienes coordinadas por un sujeto, pero no a un sujeto. No obstante, no debe sorprendernos que el legislador español, haciéndose eco del lenguaje popular, en lugar de utilizar otro más técnico, dando ejemplo de que, al menos, cuida el léxico técnico-jurídico, ha terminado por sucumbir a la tentación populista que proporciona caracteres de sujeto a lo que, por mucho que se esfuerce, no deja de ser un objeto<sup>7</sup>. Y hay, a nuestro entender, una razón crucial para la utilización de este término en lugar del de «empresario» o «empleador» que son, indistintamente, los que debieran haber sido utilizados: que el legislador español quiere tomar como ámbito laboral estándar espacial y funcional del mandato general de igualdad de trato y de oportunidades, que impone el artículo 45.1 LOI, el de la empresa, frente a otros posibles, como el sector o los demás ámbitos geográficos supra-empresariales, seguramente porque, en esos otros ámbitos, los sujetos a los que la LOI quiere realmente obligar se diluyen entre los sujetos negociadores del convenio colectivo, las asociaciones patronales, las cuales como sabemos, ni son titulares de empresas ni dan empleo *per se* en el ámbito en que son representativas, excepción hecha del propio personal empleado en la gestión de la propia asociación. Por el contrario, en el ámbito de la empresa, que es al que pretende vincular la LOI, el sujeto titular de la empresa, la parte individual, en calidad de empleador, del contrato de trabajo y el sujeto que negocia como parte del convenio colectivo de empresa, coinciden en la persona del empresario o empleador, persona física o jurídica, coincidencia que no suele existir en la negociación colectiva de ámbito superior a la empresa.

Ahora bien, como quiera que ese mismo precepto concluye con la frase «en la forma que se determine en la legislación laboral», debemos indagar si la remisión —que lo es al Título III del ET, incluidos los nuevos añadidos incorporados por la LOI—, ofrece una respuesta diferente. A tenor de esta remisión, tales sujetos serían, sin lugar a dudas, las partes negociadoras. Ésta es la primera afirmación que se desprende de la simple lectura del nuevo párrafo, ya que, aunque el texto no lo afirme de manera terminante, es la conclusión del contexto que precede a la frase en la que se formula tal deber, a saber, «sin perjuicio de la libertad de las partes para determinar el contenido de los convenios colectivos»: se trata, pues, de que las mismas partes que tienen esa libertad de contenido, son las que están sometidas a cumplimentar el deber de negociar medidas de igualdad en todo caso. Y se trata, a nuestro entender, de las mismas partes, a las que se refieren sucesivamente los artículos 83.1, 85.3, a) y e), 86.1, 87.1 p. 3, 88.2, 3 y 4, 89.1 y 4; 91 p. 1, y 92.1 ET. Como se trata de ambas partes o cada parte que son las dos únicas, extender a ellas tal deber legal ¿equivalen, aunque el párrafo introducido no lo haga, tales partes a la comisión negociadora, ya que, el acto de constitución de ésta es un trámite que precede a la negociación? La respuesta, aunque pueda parecer irreal, es negativa, porque de la comisión negociadora también forman parte, valga la redundancia, además de las dos partes aludidas, un presidente y asesores que deliberan, amén de que los componentes de la comisión, al ser designados

<sup>7</sup> Los ejemplos del legislador español en que utiliza «empresa» en lugar de *empresario* son antiguos y conocidos, ya desde la aprobación del Estatuto en 1980: en el artículo 1, apartado 3, letra c) del ET se mencionan las empresas que revistan la forma jurídica de sociedad como sujetos con órganos de administración y como lugar en que tiene lugar la actividad excluida; y en el artículo 1, apartado 4, ET, menciona a los trabajadores españoles al servicio de empresas españolas en el extranjero.



por las partes negociadoras, pueden no ser equivalentes a éstas que, sí son por el contrario, a quienes se refiere el precepto introducido a la hora de regular el deber de negociar las medidas y los planes de igualdad. No obstante lo dicho, sí resulta aclarador el artículo 88, apartado 1, ET, dispuesto para la comisión negociadora del convenio colectivo, en el que se establece que la propia del convenio colectivo de empresa estará constituida por el empresario o sus representantes, de un lado, y de otro, por los representantes de los trabajadores, según lo dispuesto en el artículo 87.1 ET.

Distintos de los sujetos, obligados por el deber de negociar las medidas, son los sujetos que, luego, han de respetar las medidas negociadas de igualdad, primero, y los que se ven favorecidos por tales medidas, después: en el primer caso, sin ningún atisbo de duda o confusión, con carácter individual y exclusivo son las empresas, (artículo 45.1 LOI) lo que remite inmediatamente al concepto de empleador del artículo 1.2 ET; en el segundo caso, las mujeres trabajadoras y los hombres trabajadores que integran el ámbito personal del convenio colectivo de referencia.

#### 1.1.1.2. Objeto del deber de negociar: medidas y planes de igualdad

En segundo lugar, hemos de preguntar y, en su caso, contestar por el objeto del deber de negociación. A tal fin, el artículo 45.1 LOI, no es suficientemente preciso: alude, sin más a medidas que deberán negociar y, en su caso, acordar, con los representantes. Pero cuando utiliza ese término de «medidas», es en una segunda ocasión, que debe entenderse referida y relativa a la misma que lo hace en la primera, dentro del mismo apartado y artículo, a saber: «medidas dirigidas a evitar cualquier tipo de discriminación laboral entre mujeres y hombres». Ésta es, pues, una primera aproximación a la identificación de dicho objeto, y seguramente la que ha servido a parte de la doctrina para hablar del deber genérico de negociar medidas de igualdad, ya que, al mencionar el precepto «deberán negociar y, en su caso, acordar», da la impresión de que dicho precepto obliga a negociar sin necesidad de llegar a un acuerdo. Sin embargo, como se desprende del precepto contenido en el artículo 45, apartado 1, LOI, éste no es suficiente por sí solo para la completa integración del deber de negociar, ya que, al remitirse a «la forma que se determine en la legislación laboral», necesita para su comprensión de la reforma introducida por misma LOI en el ET. Si seguimos *ad pedem literae* la remisión —que lo es, de ida y vuelta—, nos encontramos con el nuevo párrafo segundo del artículo 8.1 ET, en el que se nos dice que son objeto de ese deber de negociar «las 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 LOI». Así pues, se plantea no sólo una falta de coincidencia sino una aparente contradicción entre las medidas genéricamente mencionadas por el artículo 45, apartado 1, LOI y las, primero, relatadas por el nuevo artículo 85, apartado 1, párrafo segundo, ET, que luego son desarrolladas respectivamente por los artículos 43 y 45,2 LOI. Surgen, así, las siguientes preguntas: primera ¿son o no idénticas las medidas dirigidas a *evitar cualquier tipo de discriminación* y las dirigidas a *promover la igualdad de trato y de oportunidades*? Y, segunda, si no son idénticas ¿cuáles de ellas se imponen sobre las otras, si entran en contradicción entre sí?

Antes de nada, obsérvese que, a tenor del ET, el objeto del deber de negociar no es único —como en la LOI— para todas las empresas afectadas por el deber sino, por el contrario, alternativo: o bien se deben negociar medidas para promover la igualdad o bien planes de igualdad. Pero debe recordarse asimismo, primero, que la remisión de la LOI a la legislación laboral era respecto de la forma y no del contenido a negociar y, segundo, que, cuando el ET se refiere al objeto, utiliza una expresión propia de la LOI —promover la igualdad de trato y de oportunidades— y vuelve a remitir expresamente a la LOI, respecto del contenido de los planes de igualdad. Efectivamente, mientras que el contenido de los planes están previstos en el Capítulo III, la promoción de la igualdad en la negociación está contemplada por el Capítulo I, ambos del Título IV.

Pues bien, respecto a la primera pregunta, hay que decir que una cosa es evitar la discriminación por razón de género y otra, bien distinta, ir más allá, promoviendo la igualdad de trato y de oportunidades; mientras que las primeras medidas habrían de ser cumplidas, aún cuando el convenio colectivo nada diga al respecto, ya que están prohibidas por el artículo 14 CE y por el artículo 17.1 ET, las segundas no pueden entenderse implícitas, sino que han de ser expresamente acordadas para que puedan vincular a las partes. Es decir, las primeras son implícitas y las segundas necesariamente expresas. Contestando a la primera pregunta, obviamente ambos tipos de medidas son distintas. Pero ¿son contradictorias entre sí hasta el punto de ser incompatibles? Veamos.

La variedad de las medidas de igualdad, objeto del deber de negociar, en empresas de 250 o menos trabajadores, no tiene el nivel de precisión de los planes: van desde el carácter mínimo de las que eviten la discriminación hasta las posibles medidas de acción positivas, pasando por la negociación de medidas de igualdad que no son medidas positivas, constituyendo varios círculos concéntricos. Se podrían incluir como objeto del deber en el mismo convenio los varios grupos de medidas (prohibitivas, igualatorias y positivas), de forma conjunta o separada sin problemas de contradicción entre ellas, lo que significa, por un lado, que todas pueden ser simultáneamente objeto del deber de negociar en tales empresas pero, por otro, también que basta acordar cualesquiera de ellas para cumplir con el contenido de dicho deber.

Por último, el concepto de «medidas dirigidas a promover la igualdad entre hombres y mujeres» aparece indeterminado frente el de «planes de igualdad», que viene dado por el artículo 46 LOI. Salvando las distancias, nótese que la expresión en cuestión recuerda bastante a la fórmula utilizada por el artículo 9.2 CE, como competencia que corresponde a los poderes públicos. Y, además, se trata de un objeto que tiene bastante que ver con el posible objeto de negociación, que asimismo se fomenta en el artículo 43 LOI. Las diferencias con éste último deben ser resaltadas para no entrar en contradicción: el que ahora analizamos se refiere a la fase de vigencia de la relación laboral, la cláusula ha de tener eficacia normativa y afecta tanto al principio de igualdad de trato como al de oportunidades. Por el contrario, recuérdese que en el artículo 43 LOI se regula el fomento de la igualdad en la negociación, con carácter dispositivo y bajo la fórmula de «medidas de acción positiva», de manera que, para ser objeto del deber de negociar y no entrar en contradicción con las medidas voluntarias del artículo 43 LOI, o bien deberían ser diversas de las medidas de acción positiva o bien, siendo éstas últimas, referirse a período distinto del contemplado por el artículo 43 LOI. Por tanto, nada impide que, tales medidas consistan en medidas de acción positiva, que son las empleadas para conseguir la compensación y la



igualdad efectiva de situaciones discriminatorias de partida. Para no reiterar el estudio de un objeto que parece más apropiado en esa otra parte del trabajo, nos remitimos al epígrafe 3, donde se realiza un análisis sobre ellas.

### 1.1.1.3. *Momento o plazo de cumplimiento del deber de negociar*

En tercer lugar, a la pregunta de cuándo o en qué momento o período deben las partes cumplimentar tal deber, el nuevo párrafo introducido también es claro: en la negociación de los mismos (convenios colectivos). La respuesta legal, a saber, en la negociación colectiva, significa que, desde que se abran las deliberaciones, una vez constituida la comisión negociadora, y hasta la conclusión del acta final se ha de cumplimentar tal deber de negociar. Indudablemente, puede parecer que hubiera sido más adecuado que el legislador hubiera empleado la preposición durante que la realmente utilizada; sin embargo, no es del todo inapropiada la expresión elegida, si la entendemos referida a la idea de en qué sede o en qué procedimiento existe tal deber: resulta ser la sede o el proceso de la negociación colectiva en el que resulta lógico cumplimentar tal deber. Para ser exactos, la expresión legal utilizada remite, en términos genéricos, al Título III (De la negociación y de los convenios colectivos) del ET y, si se quiere ser aún más preciso, a la tramitación de que habla el artículo 89 ET. Y las reformas adicionales, efectuadas sobre el Estatuto de los Trabajadores (artículos 85.2 y 90.6) por la LOI, siguen la misma línea y confirman la primera impresión de que es el régimen jurídico de la negociación de los convenios colectivos estatutarios el que se ve aludido y, por tal motivo, parece que es también el contenido de los convenios colectivos estatutarios el que ha de verse modificado.

Es, precisamente al confirmar esta impresión, cuando surge la cuestión de si, por no adecuarse la negociación de los convenios colectivos extraestatutarios al régimen establecido en el Estatuto de los Trabajadores, esta modalidad de negociación se vería libre de cumplimentar tal deber. La primera respuesta que, de forma espontánea e impensada, se ocurre es decir que los convenios colectivos extraestatutarios no se verían afectados por este deber, y tal respuesta sería coherente con las características que usualmente se predicaban de dicho tipo de convenio colectivo<sup>8</sup>. Ahora bien, hay que salvar al respecto dos serias objeciones: la primera, que el nuevo párrafo del artículo 85.1, no califica a los convenios colectivos cuyos contenidos han de verse cumplimentados con este nuevo de carácter normativo, aunque no hace falta emplear muchos argumentos para recordar que tampoco lo hace ninguna de las referencias que el propio Título III contiene al aludir a los mismos; y la segunda, que ha de recordarse, una vez más, que el deber de negociar medidas de igualdad no es un deber legal perfecto en sí mismo y aislable de cualquier otra institución: hemos dicho que se trata de un deber instrumental del mandato general, según el cual, «las empresas están obligadas a respetar la igualdad de trato y de oportunidades en el ámbito laboral», a tenor del artículo 45.1 LOI. O dicho de otro modo, en la medida en que, a partir

<sup>8</sup> La naturaleza extra-estatutaria significa que ninguno de los principios que rigen la negociación colectiva estatutaria, tanto de elaboración jurisprudencial como de implantación legal a lo largo del Título III ET, le son de aplicación. Ver SS TS 21 de febrero, 20 de junio y 12 de diciembre de 2006 (RJ 2006\103 y 5358 y 2007\283)

de la Ley de Igualdad, todas las empresas —y no sólo las que utilicen las reglas de negociación del convenio colectivo estatutario— vienen obligadas a respetar el principio de igualdad de trato y de oportunidades<sup>9</sup>, no parece adecuado que algunas de aquéllas utilizaran la vía del convenio colectivo extraestatutario, con ánimo defraudador, para que, incumpliendo de forma inmediata el deber de negociar comentado, terminaran por transgredir un mandato general de carácter imperativo: aunque no se den todas las características, estaríamos muy cerca del fraude de Ley<sup>10</sup>.

## 1.2. Aplicación del deber de negociar medidas de igualdad

Aclarado cuál es el concepto de negociación que debe entenderse incluido en la previsión legal, hemos de responder ahora a cuál sería la forma más apropiada para llevar a cabo tal fin. El artículo 89 ET contiene, sin ánimo exhaustivo, algunas de las pautas para cumplir tal objetivo: así, por ejemplo, la representación de los trabajadores, o empresarios, que promueva la negociación, en la comunicación escrita en la que se lo comunique a la otra parte, deberá expresar, entre otras cosas, las materias objeto de negociación (apartado 1, párrafo primero); y la parte receptora de la comunicación, que ha de contestar en cualquier caso también por escrito y motivadamente (apartado 1, párrafo segundo), deberá responder a la propuesta de negociación; y, a partir de ahí, si no ha habido causa de oposición al deber de negociar, ambas partes podrán ya establecer un calendario o plan de negociación (apartado 2).

### 1.2.1. *Entrada en vigor del deber de negociar medidas de igualdad*

El factor del tiempo representa otra particularidad adicional en torno al deber de negociar medidas de igualdad. A diferencia del tiempo en que debe ser cumplimentado el mismo en la negociación colectiva, la disposición transitoria cuarta de la LOI, que lleva por título el de «régimen de aplicación del deber de negociar en materia de igualdad», viene a regular hasta cuándo no entran en vigor las nuevas previsiones contenidas en la LOI sobre el artículo 85 del ET y, con éste, sobre el ahora estudiado deber de negociar medidas de igualdad. A tal respecto, dicha disposición transitoria establece que «lo dispuesto en el artículo 85 del Estatuto de los Trabajadores en materia de igualdad, según la redacción dada por esta Ley, será de aplicación en la negociación subsiguiente a la primera denuncia del convenio que se produzca a partir de la entrada en vigor de la misma». Pues bien, como quiera que la LOI fue publicada en 23 de marzo de 2007, la entrada en vigor del grueso de la misma<sup>11</sup> se produjo el día siguiente 24 de marzo, siguiendo el tenor literal de su dispo-

<sup>9</sup> Según las SS TC 34/1984, de 9 de marzo, FJ 2.º y 128/1987, de 16 de julio, FJ 3.º, no existe, según general opinión, un principio absoluto de igualdad de trato en la legislación laboral.

<sup>10</sup> En tal sentido, la desconexión de la normativa laboral remite al ámbito de la autonomía de la voluntad de las partes, aunque matizada por las prohibiciones que penden sobre fraude de Ley, abuso de derecho, mala fe y vulneración de las normas imperativas. Ver S TS 12 de diciembre de 2006 (RJ 2007\283) FJ Cuarto

<sup>11</sup> La Disposición final octava de la LOI establece: Entrada en vigor. La presente Ley entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial del Estado, con excepción de lo previsto en el artículo



sición final octava. Esto podría implicar previsiblemente que, en la primera revisión de la negociación colectiva vigente que se produjera, tras la entrada en vigor de la LOI, hubiera existido ya la obligación para las partes de atender el cumplimiento de este deber. Y éste parece haber sido el criterio interpretativo de muchas hipotéticas partes negociadoras que recientemente han procedido a la revisión de convenios colectivos a lo largo del primer trimestre del año natural de 2007, si se observa el volumen e incremento de convenios colectivos de empresa revisados y publicados en este período de tiempo en el BOE, antes de la entrada en vigor de la propia LOI. Negociaciones de convenios colectivos que tradicionalmente en otros años se ha pospuesto para los meses propios del segundo trimestre del año natural, retrotrayendo luego los efectos normativos a primeros de enero del mismo año en que se negocian, se han anticipado éste, previendo con ello eludir la presumible entrada en vigor de la LOI que obligara a ambas partes a tener que incluir, desde ya, un contenido normativo preceptivo en materia de igualdad.

Sin embargo, nada más lejos de lo debido: en efecto, si se observa detalladamente la redacción de la disposición transitoria cuarta de la LOI, ésta no dice que el deber de negociar medidas de igualdad se deba cumplimentar en la negociación subsiguiente a la entrada en vigor de esta Ley, sino en la negociación subsiguiente a la primera denuncia del convenio que se produzca a partir de la entrada en vigor de la esta Ley. Si se tiene en cuenta que el plazo de preaviso de la denuncia de los convenios colectivos se suele establecer en nuestro sistema de relaciones laborales para los últimos meses, a saber, tres, dos o un meses anteriores a la extinción de su vigencia, que, a su vez, en la gran mayoría de los casos, se acostumbra a datar el 31 de diciembre de cada año, tendremos que el deber de negociar no tendrá que cumplimentarse hasta que se abran las negociaciones de los convenios que se produzcan a partir del final de los meses de septiembre, octubre o noviembre del año 2007, respectivamente, habida cuenta la relativa mayor o menor duración que se haya otorgado a la duración del preaviso de dicha denuncia en el convenio colectivo que haya de ser revisado.

Ahora bien, siendo ésta una primera aclaración no es tampoco la única. Sin duda, el legislador ha querido posponer una entrada en vigor de esta modificación legal y, seguramente, llevado por la prudencia previsor, ha procurado no establecer el cumplimiento in-tempestivo e inmediato del deber de negociar medidas de igualdad, evitando así la exigencia inmediata de un apresurado e irreflexivo cumplimiento del mismo que, en el fondo, hubiera terminado por ser de una relativa y dudosa eficacia. Pero, siendo comprensible tal intención legislativa, no parece que la fórmula, utilizada en la disposición transitoria cuarta de la LOI, haya sido la más oportuna y adecuada. Dicha fórmula hace depender, como dijimos, la aplicación de lo establecido en el artículo 85 del Estatuto —y con éste, del deber de negociar medidas de igualdad— no de la negociación colectiva propiamente dicha sino de la denuncia que antecede a dicha negociación, lo que supone el nacimiento de futuros y no menos importantes problemas de la misma índole o más llamativos que los efectos que intentaba evitar.

---

71.2, que lo hará el 31 de diciembre de 2008. Mientras que el artículo 71.2, previsto para contratos de seguro, ordena: Artículo 71. Factores actuariales. ...2. Los costes relacionados con el embarazo y el parto no justificarán diferencias en las primas y prestaciones de las personas consideradas individualmente, sin que puedan autorizarse diferencias al respecto

Antes de entrar a considerar tales hipótesis, debemos dejar claro que, habiendo denuncia y tras ésta la debida negociación, procederá la aplicación del artículo 85 del ET, y con éste, se deberá cumplimentar el deber de negociar medidas de igualdad, pese a que no se logre acuerdo; por el contrario, producida la denuncia, pero inexistente la negociación subsiguiente, puede originarse un defecto en los dos requisitos exigidos por la disposición transitoria cuarta para aplicar lo establecido en materia de igualdad por la Ley, del mismo modo que puede existir negociación colectiva que no sea subsiguiente a una primera denuncia, porque ésta no proceda. En todos esos supuestos habrá que cuestionar en qué medida puede salvarse o resulta inexcusable la inexistencia del requisito exigido. La razón de esta reflexión es que dicha disposición transitoria cuarta ha establecido dos requisitos acumulativos de forma sucesiva: primero, la primera denuncia que se produzca del convenio, tras la entrada en vigor de la LOI; y, segundo, la negociación colectiva subsiguiente a tal denuncia. Sólo cuando se cumplen ambos requisitos y en el orden cronológico en que han sido establecidos, entra de lleno en vigor la exigencia de tal deber de negociar medidas de igualdad en los convenios colectivos laborales.

Con todo lo dicho hasta ahora no queremos decir, ni siquiera dejar entrever, que será muy difícil la ejecución del deber de negociar medidas de igualdad. Antes al contrario, en la gran mayoría de los casos, a partir de la entrada en vigor de la LOI, habrá una primera denuncia y existirá, luego, la negociación colectiva subsiguiente, dándose así el supuesto de hecho completo para que nazca el deber legal estudiado, reflexión que es especialmente aplicable a los convenios colectivos ya existentes en nuestro sistema de relaciones laborales. Pero aceptado esto, también se ha de dejar claro que la redacción técnica de la norma no es tan perfecta como hubiera sido deseable y que, habiendo quedado abiertas determinadas «puertas», las partes negociadoras pueden estar tentadas a utilizarlas para escapar de la aplicación del deber contenido en aquélla.

En efecto, el primero que se atisba es que, como la aplicación de lo establecido en el artículo 85, se remite a la negociación subsiguiente a la primera denuncia, parece que basta la inexistencia de primera denuncia, para que, al menos, pueda discutirse si es procedente o no la aplicación de la nueva norma. Así, sucede, por ejemplo, cuando, por no existir convenio colectivo previo, y se proceda a la primera negociación de un convenio en el futuro, no exista la exigencia de tal deber, porque, en verdad, para llevar a cabo tal negociación colectiva, no se necesita llevar a cabo una denuncia previa; o, incluso, cuando, vigente un convenio colectivo, anterior o posterior a la entrada en vigor de la LOI, no se produzca denuncia, y se prorrogue de año en año, supuesto en que la negociación colectiva subsiguiente es inexistente, al no existir denuncia, cumpliéndose así las previsiones establecidas en el artículo 86.2 ET. En estos casos, a menos que se considere que la regla de transitoriedad de la disposición transitoria cuarta de la LOI está prevista para los casos de convenios colectivos ya vigentes en el momento de la entrada en vigor de la LOI, cosa que tal transitoria no ha hecho, habrá que aceptar que tales convenios colectivos tienen un serio problema para incorporar de forma obligatoria las medidas y planes de igualdad. Mucho nos tememos que una interpretación literal y no controvertida de la referida transitoria nos lleve a concluir que el derecho anterior, cuya vigencia se prevé en la misma, no es — como podría lógicamente imaginarse — el de los contenidos normativos de los convenios colectivos vigentes antes de la entrada en vigor de la LOI y que continuaran en vigor tras la misma, sino el del Estatuto de los Trabajadores reformado (art. 85) en relación con la



LOI, quedando los aludidos convenios colectivos como tercer elemento de referencia comparativa, tras el Estatuto.

Otro caso en el que puede no existir la denuncia viene constituido por la situación derivada de un convenio colectivo extraestatutario, —al que antes nos hemos referido para saber si éste puede ser un instrumento defraudador—, ahora desde la perspectiva de que no contenga la mencionada cláusula de denuncia ni el plazo de preaviso como contenidos preceptivos, porque, como sabemos, aquel objeto de negociación no tiene por qué seguir las reglas contenidas en el Título III del ET. Con tal déficit, al menos formalmente, será bastante difícil suponer que se produce el supuesto de hecho para que entre en vigor el contenido de la disposición transitoria cuarta de la LOI. Y, si no se produce el supuesto de hecho por una razón justificada como la apuntada, tampoco se darán los presupuestos expresos para que sea aplicable la disposición transitoria cuarta LOI. En tal caso, a la inexistencia de primera o última denuncia puede añadirse el de la inexistencia del genérico deber de negociar, tal como se formula en el artículo 89.1 ET, con lo que los obstáculos para aplicarla se incrementarían. Este segundo matiz nos invita a abrir un nuevo apartado en el que tratemos de las eventuales e hipotéticas relaciones que, a partir de ahora, pueden darse entre el deber de negociar en concreto medidas de igualdad y el deber genérico de negociar.

### 1.2.2. *Relación del deber de negociar medidas de igualdad con el deber de negociar*

A diferencia de lo que hasta ahora hemos visto, también nos hemos de cuestionar por el caso opuesto, a saber, que, habiéndose producido la denuncia exigida, no haya negociación colectiva subsiguiente a la denuncia realizada. Con esta hipótesis de base, puede abrirse un abanico de eventuales y posibles alternativas diferentes, según la inexistencia de negociación colectiva subsiguiente se deba a que no proceda la misma, o, por el contrario, a que una o ambas partes se nieguen a iniciar tal negociación. Así, por ejemplo, puede suceder que se produzca la denuncia en el plazo de preaviso previsto y que no proceda negociación subsiguiente porque las partes hayan previsto la extinción de la vigencia del convenio colectivo en cuestión o, si se quiere, que se haya pactado expresamente la pérdida de vigencia del contenido normativo, para una vez que haya concluido la duración pactada del convenio (artículo 86.3 p. 2 ET), lo que, unido al efecto de la pérdida de eficacia del contenido obligacional con carácter automático tras la denuncia efectuada (artículo 86.3 p. 1 ET), convertirá al convenio colectivo en extinto y vacío de cualquier efecto, normativo y obligacional. En tal caso, resulta evidente que, por no proceder negociación ulterior, no debería entrar en aplicación el contenido de la disposición transitoria cuarta.

Ahora bien, caso diferente es aquél en el que, producida la preceptiva denuncia en el plazo oportuno, no existe negociación colectiva subsiguiente porque las partes o, al menos, una de ellas se niega a negociar <sup>12</sup>.

<sup>12</sup> Ver SS TS 30 septiembre 1999 (RJ 1999\8395) FJ 3, según la cual «existe unanimidad doctrinal en estimar que esta referencia legal precitada (que se recoge en el art. 89.1) debe estimarse hecha al convenio «estatutario» y no a cualquier otro pacto de eficacia limitada distinto de los convenios regulados en el ET...»; y

Desde nuestro punto de vista, la existencia de un deber genérico de negociar, por no darse ninguna de las causas exceptuadas para negarse legítimamente al inicio de las negociaciones del artículo 89.1 p. 2 ET, debe arrastrar y, efectivamente, arrastra consigo el deber concreto de negociar medidas de igualdad, en el sentido de la disposición transitoria cuarta de la LOI. Por el contrario, la inexistencia del deber genérico de negociar antes aludido, ahora por darse cualquiera de las causas que establece ese mismo precepto —a saber: la causa legal o convencional, o por no tratarse de revisar un convenio ya vencido—, ha de comportar y significa que tampoco hay deber de negociar medidas de igualdad, al no existir justificadamente negociación colectiva subsiguiente en la que llevar a efecto este último deber.

Se podrá objetar que se puede tratar de una solución «pírrica» el hecho de considerar que hay deber concreto de negociar medidas de igualdad cuando también existe el genérico de negociar, porque la exigencia de este último no implica que el obligado a soportar la negociación, por regla general el empresario, deba aceptar las reivindicaciones o propuestas provenientes de la contraparte que lleve la iniciativa, usualmente la representación legal de los trabajadores. Sin embargo, lo que acabamos de sugerir es solo verdad para el genérico deber de negociar, contenido en el artículo 89.1 ET, en la medida en que, en puridad, su transgresión y/o la falta de acuerdo, no son supuestos sancionables, pero no para determinados casos del deber concreto de negociar medidas de igualdad, porque la inexistencia del acuerdo sobre medidas de igualdad, cuando la negociación de tales era debida por imperativo legal, si lo es con un abanico de posibilidades que tocaremos en su lugar oportuno.

En efecto, en determinados casos y en torno al objeto de negociación que van a significar los planes de igualdad, podemos encontrarnos con variantes de toda esta situación de relación entre ambos deberes (genérico y concreto) en las que, por un lado, quien incumpla uno y otro deber no soporte ninguna consecuencia sancionadora (por ejemplo, el hecho de no negociar medidas de igualdad en empresas de 250 o menos trabajadores) y, por otro, otra variante bien distinta en la que, por incumplir el deber genérico de negociar, y adoptando una actitud pasiva, ociosa e inactiva, por incumplir de forma simultánea el deber concreto de negociar medidas de igualdad concretadas en planes, se puede ser merecedor a ser tratado con el complejo sistema sancionador incorporado por la LOI a la LISOS<sup>13</sup>. Y de igual modo, también podemos encontrarnos ante el caso en que, tras haber entrado en negociaciones en cumplimiento del deber genérico de negociar, dado que entrar en negociaciones no significa llegar necesariamente a un acuerdo, aquel deber se agote simplemente en haberlo intentado y haberse sentado a negociar, mientras que, por el contrario, el

10 abril 2002 (RJ 2002\5321) FJ Segundo, «este deber-derecho de negociación, como todos, ha de tener unos límites racionales, entre los que cabe destacar los siguientes: a) En cuanto al tiempo, el deber de negociar existe desde que se denuncia un convenio hasta que se concierta el que lo sustituye». Por eso, perece si, ante la negativa a negociar, se abstiene de accionar

<sup>13</sup> La disposición adicional decimocuarta, dos, de la LOI, añade un nuevo apartado al artículo 8 LISOS, tras modificar asimismo los apartados 12 y 13.bis. 17. *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».



deber concreto de negociar medidas, ya sean dirigidas a promover la igualdad ya sean planes de igualdad, no se agota en el simple haberlo intentado, entre otras razones, porque la inexistencia de tal objeto determinado de negociación puede tener repercusiones negativas para las partes, a raíz del régimen sancionador de la LOI en la LISOS <sup>14</sup>.

## 2. EL DERECHO DE ELABORAR E IMPLANTAR PLANES DE IGUALDAD

Distinto al deber de negociar medidas de igualdad es el derecho a implantar concretas medidas de igualdad dispuesto para sus titulares en aquellas empresas que no vengan obligadas a elaborar e implantar planes. Y decimos derecho y no mera facultad porque, en realidad, la contraparte de quien lleve la iniciativa en tal implantación, aunque pueda aportar sus propias ideas y sugerencias sobre el particular, no está legitimada para paralizar dicha iniciativa. Veámosla más detenidamente.

### 2.1. Elaboración e implantación voluntaria de planes de igualdad

#### 2.1.1. *Naturaleza jurídica de la opción*

El artículo 45.5 LOI señala que «la elaboración e implantación de planes de igualdad será voluntaria para las demás empresas, previa consulta a la representación legal de los trabajadores y trabajadoras». Ante todo, estamos ante un precepto que nace para completar el resto no previsto por el artículo 45.2 LOI, del entero abanico de situaciones, en el que se ordena que las medidas de igualdad deberán dirigirse a la elaboración y aplicación de un plan de igualdad pero sólo en empresas de más de doscientos cincuenta trabajadores. Por tanto, las empresas de 250 o menos trabajadores que, en principio, no están obligadas a elaborar y aplicar tales planes, son las directas destinatarias del derecho que ahora comentamos, aunque no necesariamente, como veremos, a través de la negociación colectiva.

Una segunda cuestión tiene que ver con la pregunta de ¿por qué sólo se ha pensado en extender los planes de igualdad, del artículo 45.2, y no las medidas dirigidas a promover la igualdad, del artículo 45.1, cuando ya hemos visto que son los planes, y no las medidas, los verdaderamente protegidos, en lugar de haber tutelado por el régimen sancionador la ausencia de medidas de igualdad como ha sancionado la ausencia de planes en la nueva LISOS? O dicho de otro modo ¿Sustituye esta facultad voluntaria o, si se quiere, derecho a elaborar e implantar planes de igualdad, mediante consulta previa, el deber de negociar medidas que fomenten la igualdad que afecta al resto de las empresas? La respuesta es muy sencilla, si se parte de la idea —que defendemos en este trabajo—, según la cual, el mandato general de respetar la igualdad de trato y de oportunidades en el ámbito laboral (artículo 45.1, primer inciso LOI) vincula a todas las empresas del sector privado español

<sup>14</sup> Así la disposición adicional decimocuarta, uno, de la LOI añade un nuevo apartado, el 13, al artículo 7 LISOS, con la siguiente redacción: «13. No cumplir las obligaciones que en materia de planes de igualdad establecen el Estatuto de los Trabajadores o el convenio colectivo que sea de aplicación.»

desde la entrada en vigor de la LOI, ya que a la entrada en vigor de tal mandato no se ha puesto ningún plazo; por el contrario, tanto la necesidad de adoptar medidas dirigidas a evitar discriminaciones entre hombres y mujeres en el resto de las empresas como el deber de convertir tales medidas en planes de igualdad son ambos objetos del deber de negociación en la forma que se determine en la legislación laboral.

Mientras que el deber de negociar y, en su caso, acordar medidas de igualdad afecta a todas las empresas, el de elaborar y aplicar planes de igualdad solo afecta a las que tienen más de 250 trabajadores: si una empresa escapa, por no cumplir los requisitos del número de trabajadores a su servicio, del «círculo concéntrico» representado por el deber de elaborar e implantar planes, sólo se libera de ese concreto aspecto, pero no se ve enteramente libre, hasta el punto que no tenga ninguna otra obligación al respecto. O dicho de otra forma, si la LOI no ha establecido el derecho de poder negociar simples medidas de igualdad, del mismo modo que lo ha hecho con los planes de igualdad, es porque ello entraría en franca contradicción con la formulación del deber legal que vincula al resto de las demás empresas de negociar y, en su caso, acordar el mismo objeto y que quedaran fuera de aquel «círculo»: una regla, a saber, deber de negociar y acordar medidas de igualdad, no puede ser obligatoria y voluntaria al mismo tiempo; por el contrario, otra regla, como la de establecer planes de igualdad, puede ser obligatoria a partir de un número crítico y facultativa hasta ese número. Por tal razón, no siendo el deber de negociar medidas que fomenten la igualdad identificable con la facultad de elaborar e implantar planes, sí se puede decir que, si se cumple de forma voluntaria con esta hipótesis, indirectamente se está cumpliendo con el deber legal de negociar medidas de igualdad; pero, si no se hace esta elaboración e implantación voluntaria, sigue vivo el deber legal que vincula a todas las empresas de negociar las medidas que fomenten la igualdad en la empresa.

En tercer lugar, estamos en presencia de un precepto que establece una facultad y en modo alguno un deber legal, aunque no está tan claro que no se trate de un derecho o cosa que se le parezca. Que no se trata de un deber legal es harto evidente, a tenor de la existencia del elemento de la voluntariedad, del que hace depender el precepto comentado dicha elaboración e implantación. Pero, si no se trata de un deber legal, por el contrario ¿tampoco se trata de un derecho? En apariencia, independientemente del elemento de la voluntariedad explícito en el precepto, no hay ningún sujeto, ni individual ni colectivo, obligado a tener que aceptar o soportar el requerimiento o solicitud de quien se crea investido por la necesidad o conveniencia de tal elaboración e implantación. Ahora bien, el mero trámite de la consulta con la representación legal de los trabajadores produce la impresión de que, diga lo que diga la respectiva representación legal, el empresario en cuestión tiene la vía libre para la elaboración e implantación del plan. Es decir, a primera vista la estructura de esta facultad funciona, en la práctica, como un derecho, no sólo porque, si el empresario quiere adoptar el plan, nadie se lo va a impedir, sino además porque, en realidad, no necesitaría a nadie más que a él mismo, al margen del trámite de la consulta, para llevarlo a cabo.

La voluntariedad se refiere tanto a la elaboración del plan como a su implantación. En tal sentido, resulta también evidente que, si se elabora un plan de igualdad, tal acto no comporta necesariamente que haya que implantarlo, aunque ese sea el acto secuencial y lógico esperable en la dinámica de llevar a efecto el respeto al mandato general de igualdad de trato y de oportunidades. Siendo, pues, tales actos diferentes y reconocibles como tales, llama la atención el hecho de que mientras en el artículo 45.2 LOI se utilizan elaboración y aplicación, en el apartado 5 se empleen los de elaboración e implantación. Siendo idénti-



cos los primeros, ¿equivalen también los segundos al mismo significado, no obstante la utilización de palabras diferentes? El Diccionario de la Lengua de la Real Academia Española que remite aplicación a aplicar e implantación a implantar, respectivamente, entiende por aplicar «emplear, administrar o poner en práctica un conocimiento, medida o principio, a fin de obtener un determinado efecto o rendimiento en alguien o algo», mientras que, por implantar entiende «establecer y poner en ejecución nuevas doctrinas, instituciones, prácticas o costumbres». Como puede observarse, son pocas las diferencias entre ambas significaciones como para provocar discrepancias entre una y otra acción, una vez elaborado el plan.

Otros posibles eventos que deben ser considerados no son, por más raros u ocasionales, menos importantes. Así, por ejemplo, la voluntariedad que se ha predicado de este proceso de elaboración e implantación de un plan de igualdad, con el matiz de la debida consulta previa, no sólo preside el proceso al principio y durante la tramitación del mismo, sino también al final. En tal sentido, nada impide al empresario que, una vez elaborado y consultado el plan a la representación de los trabajadores, incluso emitido informe favorable al respecto por ésta, le haga desistir de su original intención y decida no concluir tal proceso, implantando el plan de igualdad originariamente proyectado. Como tampoco le impide nada que, una vez implantado y ejecutado durante un cierto tiempo un plan no obligatorio en una empresa, su titular desista de su inicial intención y decida la retirada o inaplicación sin más del mismo.

### 2.1.2. *La preceptiva consulta previa*

El artículo 45.5 LOI solo ha establecido un requisito para poner en práctica tal facultad: la previa consulta a la representación legal de los trabajadores y trabajadoras. Ante todo, desde nuestro punto de vista, el carácter previo de la consulta se ha de entender referido tanto a la elaboración como a la implantación de planes de igualdad, porque sería absurdo, cuando no hasta cínico, que se elabore un plan de igualdad, de forma unilateral por el empresario, sin que antes se haya consultado, o incluso discutido, con la representación legal, y que se acuda a ésta sólo para conocer su opinión sobre la implantación, en cumplimiento de un trámite formal.

La necesidad de una consulta previa a la representación de los trabajadores significa que, en principio, no hace falta negociar en tal caso dicho plan de igualdad. Obviamente la naturaleza jurídica y el contenido de la consulta exigida implican una doble vía en la información que circula desde el empresario hacia la representación legal de los trabajadores y desde ésta hacia aquél. El contenido material de la misma en el camino de ida debe estar integrado por el proyecto del plan, contenido en documento físico en papel o virtual, que se propone implantar el empresario de forma voluntaria; mientras que el contenido material de dicha consulta en el camino de vuelta viene constituido por la emisión de un informe, en cualquiera de ambos formatos, que dicha representación habrá de hacer, en similar o parecida forma a la prevista por el artículo 64.1, 4.º y 5.º ET<sup>15</sup>, y en el que la representa-

<sup>15</sup> El artículo 64, apartado 1, ET, establece que entre las competencias del comité de empresa está: 4.º Emitir informe con carácter previo a la ejecución por parte del empresario de las decisiones adoptadas por éste

ción legal haga llegar su opinión sobre el proyecto de plan a debate, proponiendo, a su vez, la adición de cuantas medidas considere adecuadas o la supresión de las inapropiadas. Las dos facetas —de ida y vuelta— que integran la obligada consulta, no están en plano de igualdad: mientras que la de ida, que corresponde al empresario, es obligada y forzosa, la de la representación legal de los trabajadores no lo es, quedando en el ámbito de las decisiones potestativas. Por tanto, las consecuencias de la inexistencia de una u otra tampoco son equiparables: mientras que la inexistencia del informe de retorno a cargo de la representación legal de los trabajadores, por ser aquél potestativo, no tiene más trascendencia, por el contrario, la correspondiente al proyecto de plan debe comportar, el ser preceptivo, la nulidad del proceso de implantación del plan de igualdad, por muy voluntario y aconsejable que sea la elaboración e implantación del mismo en origen.

No obstante lo dicho, que la faceta de ida de la consulta que corresponde al empresario sea forzosa, no va a suponer que el mismo, interesado en implantar de forma voluntaria, un plan de igualdad en su empresa, se haya de sentir vinculado por el contenido del informe que, en su caso, emita o deje de emitir la representación legal de los trabajadores. En ningún caso se dice que el empresario en tal caso tenga que acatar, incorporándolo al inicial proyecto de plan, el informe o una parte del mismo que emita la representación legal de los trabajadores o trabajadoras. Se trata, por tanto, de una consulta previa forzosa cuyo respectivo informe de contestación es no vinculante.

## 2.2. Negociación de un plan de igualdad en procedimiento sancionador

Otro supuesto de voluntariedad para elaborar y aplicar un plan de igualdad, previa negociación colectiva, viene constituido por aquel grupo o tipo de empresas que, no estando obligadas en principio a ello, sin embargo se ven compelidas a hacerlo por decisión de la Autoridad laboral sancionadora en sustitución de sanciones accesorias, tras haber incurrido en infracciones administrativas de naturaleza discriminatorias.

En efecto, cuando se incurra en infracciones calificadas como muy graves, ya sean de naturaleza estrictamente laboral, previstas y tipificadas por el apartado 12 (reformado con la LOI) del artículo 8 de la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social, (LISOS), aprobada por Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, ya sea sobre materia de empleo, previstas y tipificadas por el artículo 16.2 LISOS, se es merecedor a dos tipos de sanciones: unas, están previstas por el artículo 40.1 LISOS y consisten en multas, cuyos importes vienen graduados asimismo atendiendo a los grados mínimo, medio y máximo; y otras, las sanciones accesorias, que, referidas a los problemas de discriminación, vienen a estar reguladas por el nuevo artículo 46.bis, apartado 1, LISOS, (introducido por la dispo-

---

sobre las siguientes cuestiones: a) Reestructuraciones de plantilla y ceses totales, definitivos o temporales de aquella; b) Reducciones de jornada, así como traslado total o parcial de las instalaciones; c) Planes de formación profesional de la empresa; d) Implantación o revisión de sistemas de organización y control del trabajo; e) Estudio de tiempos, establecimiento de sistemas de primas o incentivos y valoración de puestos de trabajo. Y el 5.º: Emitir informe cuando la fusión, absorción o modificación del «status» jurídico de la empresa suponga cualquier incidencia que afecte al volumen de empleo.



sición adicional décimo cuarta, apartado Cuatro, LOI, dentro de una nueva subsección tercera bis que se titula «Responsabilidades en materia de igualdad») y que consisten básicamente en la pérdida automática de las ayudas, bonificaciones y, en general, beneficios derivados de la aplicación de los programas de empleo, con efectos desde la fecha en que se cometió la infracción, así como en la posible exclusión del acceso a tales beneficios durante seis meses.

Pues bien, cuando aquellas mencionadas infracciones muy graves, previstas tanto en materia laboral como de empleo, se refieran a los supuestos de discriminación directa o indirecta por razón de sexo, dispone el nuevo artículo 46.bis, apartado 2, LISOS, que las correspondientes sanciones accesorias, a las que se refiere el apartado anterior, podrán ser sustituidas por la elaboración y aplicación de un plan de igualdad en la empresa, si así se determina por la autoridad laboral competente previa solicitud de la empresa e informe preceptivo de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, en los términos que se establezcan reglamentariamente, suspendiéndose el plazo de prescripción de dichas sanciones accesorias.

Como puede deducirse de la simple lectura del precepto recientemente expuesto, parece que toda su eventual hipótesis queda supeditada a la necesaria aprobación de un Reglamento de desarrollo de dicha previsión legal, por lo que también parece que pueda resultar difícil, por no decir imposible, que se acuda por la autoridad laboral competente a esta vía alternativa para la negociación de planes de igualdad, antes que tal futuro Reglamento sea aprobado y entre en vigor. No obstante esta cautela, hay ya elementos suficientes en el precepto como para que podamos elaborar algunas reflexiones.

Así, en primer lugar, los actos que se mencionan en el precepto comentado (previa solicitud, informe preceptivo de la Inspección, resolución de la autoridad) dan idea de todo un procedimiento administrativo, procedimiento que ha de suponerse distinto y adicional, al modo de pieza separada, del procedimiento, también administrativo pero sancionador, que dio lugar tanto a las sanciones principales, las multas que no han de sufrir ningún tipo de alteración ni reducción por esta razón, como a las accesorias, que sí son las que han de verse provisionalmente suspendidas. No obstante esta interpretación, otra más sistemática lo descartaría, ya que, a tenor del artículo 45.4 LOI, que se refiere asimismo a esta hipótesis, la autoridad laboral acuerda la sustitución de sanciones accesorias, mediante la negociación de un plan de igualdad, en un procedimiento sancionador, o sea, en el mismo del que se desprenden las sanciones accesorias, sin necesidad de otro procedimiento ulterior.

Pero, más importante que lo dicho es que, a diferencia de lo que pueda pensarse, ésta no es una vía obligada ni forzosa para la negociación de planes de igualdad, para las empresas que inicialmente no están obligadas a ello. Como puede comprobarse, dicho procedimiento administrativo separado se incoa a instancia de la empresa, o mejor dicho, previa solicitud de la empresa, dice el nuevo artículo 46.bis, apartado 2, LISOS, a lo que deberíamos añadir empresa «sancionada». Y malamente puede hablarse de forzoso respecto de algo que se inicia por la libre voluntad de quien, a fin de cuentas, decide comprometerse en tal tarea a cambio de no perder unos determinados beneficios económicos.

Ahora bien, una vez que se resuelve por la autoridad laboral competente, accediendo a la solicitud instada y a suspender la aplicación de las sanciones accesorias, entra de lleno en juego, entre otros, el deber de negociar y con éste lo establecido en el artículo 45.4 LOI, que ordena lo que sigue: «Las empresas también elaborarán y aplicarán un plan de

igualdad, previa negociación o consulta, en su caso, con la representación legal de los trabajadores y trabajadoras, cuando la autoridad laboral hubiera acordado en un procedimiento sancionador la sustitución de las sanciones accesorias por la elaboración y aplicación de dicho plan, en los términos que se fijen en el indicado acuerdo». Como puede deducirse, en este caso la negociación del plan de igualdad elaborado por la empresa para su posterior aplicación no es la única posibilidad que puede decretar la autoridad laboral para escapar de las accesorias; también cabe, en lugar de negociación colectiva, la consulta previa con la representación legal de los trabajadores. ¿Cuándo procederá una y cuándo la otra? El precepto nada dice al respecto, excepto que tal sustitución de accesorias se hará «en los términos que se fijen en el indicado acuerdo». Esta falta de precisión legal, hace recaer en la competencia discrecional de la autoridad laboral decidir si lo que procede es la consulta o, por el contrario, la negociación. Sin embargo, en la medida en que la obligación legal de elaborar y negociar, para su aplicación, planes de igualdad se reserva exclusivamente a las grandes empresas, un criterio objetivo para distinguir si procede consulta o si procede negociación, también podría ser el tamaño de la empresa: en el caso de la *pequeña empresa*, cuyo tamaño en número de trabajadores llega hasta los 49, podría optarse por la consulta con los representantes legales; y en el caso de la mediana empresa, cuyo tamaño en número de trabajadores va desde los 50 hasta los 250, por estar cercana y limítrofe con el segmento de las grandes empresas obligadas, podría optarse siempre y con carácter objetivo, por la necesaria negociación colectiva del plan de igualdad para su posterior aplicación.

Por último, para el supuesto de que no se elabore o no se aplique el plan de igualdad o se haga incumpliendo manifiestamente los términos establecidos en la resolución de la autoridad laboral, el art. 46.bis, apartado 2, segundo párrafo, LISOS, ésta, a propuesta de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, va a acometer una doble tarea: la primera, que tal incumplimiento abre la puerta a un nuevo procedimiento sancionador —en este caso, indubitado—, al establecer el artículo comentado que lo que va regular sobre las accesorias que quedaron suspendidas es «sin perjuicio de la imposición de la sanción que corresponda por la comisión de la infracción tipificada en el apartado 17 del artículo 8», en el que se tipifica como infracción muy grave en materia laboral 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 la LISOS; y la segunda, dejará sin efecto la sustitución de las sanciones accesorias, que se aplicarán de la siguiente forma: a) la pérdida automática de las ayudas, bonificaciones y beneficios a la que se refiere la letra a) del apartado anterior se aplicará con efectos desde la fecha en que se cometió la infracción; b) La exclusión del acceso a tales beneficios será durante seis meses a contar desde la fecha de la resolución de la autoridad laboral por la que se acuerda dejar sin efecto la suspensión y aplicar las sanciones accesorias».

### 2.3. Apoyo para la implantación voluntaria de planes de igualdad

El artículo 49 LOI, bajo el título «Apoyo para la implantación voluntaria de planes de igualdad», ordena que «para impulsar la adopción voluntaria de planes de igualdad, el Gobierno establecerá medidas de fomento, especialmente dirigidas a las pequeñas y medianas empresas, que incluirán el apoyo técnico necesario». La elaboración de un plan de igual-





dad en una empresa comporta tal bagaje de conocimientos que, con toda seguridad, su realización puede quedar en entredicho por la inexistencia de medios materiales y personales que se impliquen y afanen en dicha elaboración, imprescindible para una implantación del mismo, que necesariamente es posterior. En tal sentido, la voluntariedad, con ser un elemento nada desdeñable para la implantación no obligada de dicho plan y que marca el círculo exterior de lo no debido, puede no ser suficiente: en tal sentido, se puede querer elaborar e implantar un plan de igualdad por parte de la empresa, y no saber cómo hacerlo y menos cómo implantarlo. Y es con tal finalidad con la que se prevé esta medida de apoyo y fomento que, en principio se residencia en el Gobierno.

En primer lugar la referencia al Gobierno debe ser entendida al que es objeto de atención por los artículos 97 y siguientes CE. Se trata del Gobierno de España y no del de cualquier Comunidad Autónoma<sup>16</sup>. Ésta es una consecuencia inmediata de ser la materia contenida en la LOI que ahora estudiamos, la elaboración e implantación voluntaria de planes de igualdad, un ejemplo paradigmático de la competencia exclusiva del Estado, prevista y regulada por el artículo 149.1, 1.ª, a saber, «la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales». Se podría objetar que, como estamos ante una facultad, y no ante un derecho ni ante un deber, no habría serias razones para que las Comunidades Autónomas asumieran como competencia propia o compartida tal acción de fomento y apoyo. En tal sentido, el segundo párrafo del nuevo artículo 90.6 ET, introducido por la disposición adicional décimo primera, apartado 19, LOI, faculta a la Autoridad Laboral competente en la labor de control del contenido de los futuros convenios colectivos, ya sea perteneciente a la Administración General del Estado ya a la de la correspondiente Comunidad Autónoma, a recabar el asesoramiento del Instituto de la Mujer o de los Organismos de Igualdad de las Comunidades Autónomas, según proceda por su ámbito territorial y competencial. Y no parece que haya muchas diferencias entre establecer medidas de fomento, entre las que se incluirá el apoyo técnico necesario, del que habla el artículo 49 LOI en cuestión, y el asesoramiento, parece que también técnico, que puede recabarse de y que podrán dispensar los organismos competentes en materia de igualdad en las respectivas Comunidades Autónomas, del que habla el nuevo apartado 6 del artículo 90 ET.

En segundo lugar, se observan diferentes expresiones utilizadas por el legislador para referirse, por un lado, a las empresas que pueden voluntariamente elaborar e implantar los planes de igualdad, a tenor del artículo 45.5 LOI, en el que se emplea la expresión «las demás empresas», que luego debe ser reconducida al segmento de empresas que no alcanzan a las de más de doscientos cincuenta trabajadores, del artículo 45.2 LOI, y, por otro, a las empresas en principio destinatarias de las medidas de fomento y apoyo a la elaboración e implantación voluntaria de planes de igualdad que no son otras que las pequeñas y medianas empresas, siguiendo el tenor del artículo 49 LOI ¿Cómo podemos resolver esa descoordinación?

<sup>16</sup> Ya la Ley 30/2003, de 13 de octubre, sobre medidas para incorporar la valoración del impacto de género en las disposiciones normativas que elabore el Gobierno, modifican preceptos de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre del Gobierno, por la que se obliga a éste a elaborar en todos los proyectos de ley y en los reglamentos una memoria sobre impacto de género, efecto calificado de transversalidad por MERCADER UGUINA, J.R., *Las implicaciones laborales del Proyecto de Ley Orgánica de Igualdad; panorama general*, citado, pág. 17.

Una primera respuesta sería decir que no hay tal conflicto: mientras las primeras forman un primer círculo excéntrico a las obligadas a la implantación de dichos planes de igualdad, las segundas estarían integradas por aquellas dentro de dicho ámbito que por cumplir con la condición expresada de pequeña o mediana, son merecedoras de una ayuda que no procedería en las que excedan de tal condición sin llegar a contar con más de 250 trabajadores. En la búsqueda de un concepto homogéneo y generalmente válido sobre «pequeña y mediana empresa», las incursiones que ha hecho determinada doctrina o bien han encontrado excesivas dificultades en la elección del criterio definitorio o bien han dado más importancia a los resultados económicos que al aislamiento y definición del concepto<sup>17</sup>. Otros, enfrascados en una maraña de criterios cualitativos y cuantitativos, tampoco han obtenido en dicha labor mejores resultados<sup>18</sup>.

Por el contrario, han sido y son las instituciones europeas las que, conociendo la existencia de esos diferentes criterios, se han decidido por el criterio cuantitativo del número de trabajadores contratados, para así dejar constancia y transparencia de a partir de qué número de trabajadores se entiende que existe según qué tipo de empresa: en la medida en que la pequeña empresa iría desde los 10 hasta los 49 trabajadores, y la mediana desde los 50 a los 250 trabajadores, tenemos como conclusión que entre las expresiones de uno y otro precepto, aún utilizando términos y vocablos diferentes, no hay discrepancia alguna<sup>19</sup>.

La única objeción, más teórica que real, puede venir representada por la existencia del concepto de *micro empresa*, con entidad inferior a los 10 trabajadores, que, al no ser mencionadas por el artículo 49 LOI como destinataria de apoyo y fomento, podría plantear dudas sobre si se debe considerar o no incluida en el círculo excéntrico y mayor que ella que viene representado por el de la pequeña empresa, a los efectos ahora analizados. La primera respuesta sería de signo afirmativo ya que, si la norma tiene un sentido protector del menor tamaño empresarial, con más razón ha de entenderse incluida en la protección las que lo son de ínfimo: por su menor número de trabajadores, deben entenderse incluidas en la pequeña empresa, lo cual no es un motivo de exclusión sino todo lo contrario. Sin embargo, podría añadirse que, como en dicho tipo de empresa no suele existir representación legal de los trabajadores, ni unitaria ni sindical, pudiera parecer que el precepto no va destinado a ellas. Por el contrario, tanto porque entra dentro del ámbito inferior a los 250 trabajadores como por estar en los umbrales de la mayor necesidad de apoyo, se podría afirmar incluso que la inexistencia de representación legal no es, en este caso, un criterio para

<sup>17</sup> Ver FITA ORTEGA, F., *La pequeña y mediana empresa en el ordenamiento jurídico laboral*, Tirant Lo Blanch, 1.ª edic. Valencia, 1997, quien plantea dudas sobre qué trabajadores considerar para tal calificación, según los diferentes normativas laborales. JARA SARRUA, L. A., «Una introducción al concepto de pequeña y mediana empresa (PYME)», <http://www.5campus.org/lección/pyme1> 2000, quien cree más decisivo el volumen de empleo que generan globalmente en porcentaje en el sistema de relaciones laborales que el número de trabajadores que contratan cada una para tal calificación.

<sup>18</sup> GARZA CASTAÑO, R., «Creación de PYMES: objetivo emprendedor» en *Ingenierías*, oct-dic.2000, pág. 54 y ss utiliza, junto al del número de trabajadores, el volumen de producción o de venta, el valor del capital invertido y el de producción de energía; FUNDES, Entorno Empresarial, «Indicadores del entorno de la pequeña y mediana empresa (PyME) en los países FUNDES», cita a ventas, número de trabajadores, activos y otros (inversión maquinarias, equipos y herramientas)., en [www.fundes.org](http://www.fundes.org).

<sup>19</sup> Ver *Glosario de términos del portal de la Unión Europea*, «Pequeñas y medianas empresas», con 233 términos relativos a la construcción europea, en [http://europa.eu/scadplus/glossary/sme\\_es.htm](http://europa.eu/scadplus/glossary/sme_es.htm).



excluir las de tal ayuda, sino precisamente todo lo contrario, un déficit que facilitará de forma más usual los eventos de desigualdad y de discriminación, y simultáneamente su inexistencia impedirá no ya la negociación colectiva de medidas de igualdad sino tan siquiera la mera consulta de un plan elaborado e implantado voluntariamente por el empresario. Y si no hay representación legal de los trabajadores con quien negociar medidas de igualdad o a quien consultar un plan de igualdad, tampoco y mucho menos lo hay para vigilar el contenido de algo que haya sido negociado o consultado. Por tal razón, tales micro empresas deben considerarse incluidas en el ámbito de la pequeña empresa contemplado por el artículo 49 LOI.

La pequeña y mediana empresa, así considerada, tiene una notoria presencia en distintos pasajes del Tratado de la Comunidad Europea: primero, de acuerdo con el artículo 137, apartado 2, (antiguo art. 118) del Tratado CE en materia de condiciones sociales de la política social, como instrumento para alcanzar los objetivos del artículo 136; en segundo lugar, de acuerdo con el artículo 157, apartado 1, (antiguo art. 130) sobre competitividad e industria comunitaria, como destinataria del fomento de la creación y desarrollo de las empresas; y en tercer lugar, de acuerdo con el artículo 163, apartado 2, (antiguo 130 F) del Tratado CE, en materia de investigación y desarrollo tecnológico.

Nos queda, por último, afrontar el tema del apoyo y del fomento a que hace alusión el precepto que comentamos. En la medida en que las ayudas, de cualquier tipo, pueden representar favoritismos que puedan poner en entredicho la existencia de un mercado común, en el que, al menos teóricamente, todos deben competir en condiciones de igualdad, los artículos 87 a 89 del Tratado CE enumera cuáles de las ayudas y medidas de apoyo están permitidos y cuáles no, y en qué casos y condiciones proceden y en cuáles no, ya sean dispensados por el Estado o por la Comisión Europea, a la cual se ha de comunicar la existencia de las mismas con la suficiente antelación para poder plantear y hacer las observaciones pertinentes que, caso de no ser respetadas, podrán dar lugar al procedimiento establecido en el artículo 88.2.

Puesto que corresponde a la Dirección General de Política de la Pequeña y Mediana Empresa, inserta en el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, entre otras, las funciones de la ejecución y seguimiento de las políticas del Gobierno orientadas a facilitar la creación de empresas, gestión del centro de información y red de creación de empresas (CIRCE) y el asesoramiento a los emprendedores de pequeñas y medianas empresas y las medidas de apoyo del fomento del espíritu empresarial y la creación de empresas innovadoras necesarias para la renovación del tejido empresarial y la creación de empleo, así como otras no menos importantes, relacionadas con el tema que nos ocupa<sup>20</sup>, a ella habrá que dirigirse para dar cumplimiento a tal compromiso legal.

<sup>20</sup> Así, el desarrollo de actuaciones y, en su caso, de gestión de las ayudas públicas que fomenten las iniciativas de las pequeñas y medianas empresas en materia de calidad, diseño, innovación, sociedad de la información, medio ambiente, nuevas tecnologías y acceso a nuevos mercados y, en general, todas aquellas orientadas a la mejora de la competitividad, en coordinación con los demás órganos competentes de la Administración General del Estado en estas materias; o también, el diseño, desarrollo y apoyo de programas que contribuyan a mejorar la dotación de capital humano de las empresas, como requisito necesario para mejorar su competitividad, contribuir asimismo al crecimiento de la productividad y el despliegue de la sociedad del conocimiento. Confrontar <http://www.invenia.es/dgpyme>

### 3. PROMOCIÓN DE LA IGUALDAD EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Por último, el artículo 43 LOI, que lleva por título «promoción de la igualdad en la negociación colectiva», establece que, «de acuerdo con lo establecido legalmente, mediante la negociación colectiva se podrán establecer medidas de acción positiva para favorecer el acceso de las mujeres al empleo y la aplicación efectiva del principio de igualdad de trato y no discriminación en las condiciones de trabajo entre mujeres y hombres».

#### 3.1. Similitudes y diferencias de la facultad regulada

En primer lugar, como quiera que la regla contenida en este precepto precede, por estar contemplada por el artículo 43 LOI, a las que se disponen a continuación en los artículos siguientes, básicamente destinadas a regular el deber de negociar medidas y planes de igualdad, así como la facultad o derecho de elaboración e implantación de estos últimos, podría pensarse que nos encontramos en presencia de un principio o regla general que preside a esos otros preceptos y figuras ya analizados en este trabajo. Veamos, aunque sea de forma somera, los pro y contra de esta inicial idea.

A favor de esta primera impresión juega el hecho de encontrarse el precepto comentado del artículo 43 LOI en el Capítulo I del Título IV, capítulo que lleva por denominación la de «igualdad de trato y de oportunidades en el ámbito laboral», denominación que, como puede comprobarse se reitera en el artículo 45.1, a pesar de que éste se incluye en el capítulo III. En este sentido, las previsiones contempladas en los artículos 45 y siguientes de la LOI, y que recogen las figuras ya estudiadas, no serían sino una concreción o manifestación de un principio más general que sugiere la adopción de medidas de igualdad en la negociación colectiva. A tal respecto abonaría esta idea el hecho de que, como en los preceptos ya comentados, éste se refiere a la negociación colectiva. Una última característica común entre ambos regímenes es la que alude al fin último que se pretende con ellas, si bien existan matices que lo configuren en uno y otro caso: en los supuestos ya analizados ha sido el de respetar el principio de la igualdad de trato y de oportunidades en el ámbito laboral, debiendo adoptar medidas dirigidas a evitar cualquier tipo de discriminación laboral entre mujeres y hombres, mientras que en el artículo 43 LOI es el de la aplicación efectiva del principio de igualdad de trato y no discriminación en las condiciones de trabajo entre mujeres y hombres. En ambos casos está implicado el principio de la igualdad de trato y en ambos se trata de eludir la discriminación entre mujeres y hombres.

En contra, sin embargo, parece haber razones de mayor peso. En efecto, la ubicación del precepto ahora a estudio en un capítulo distinto del mismo Título IV, aunque sea el destinado a la formulación general de un principio que luego tiene su concreción en otro capítulo, apunta en la dirección de que estamos en presencia de algo diferente, aunque no necesariamente muy distinto. En segundo lugar, mientras que en los artículos siguientes se recoge, básicamente, el deber de negociar medidas y planes y el derecho de implantación de los planes para las empresas no obligadas, en el precepto contenido en el artículo 43 LOI se prevé la existencia de una regla de carácter dispositivo, carácter que se desprende de la expresión «se podrán establecer»: en este sentido, se trata de una previsión similar a la contemplada por el artículo 85.1 p. 1 ET en el que se dispone que «los convenios podrán



regular materias de índole económica, laboral, sindical y, en general, cuantas otras afecten a las condiciones de empleo y al ámbito de relaciones...». Esta inclusión del contenido dispositivo del artículo 43 LOI en el más genérico del artículo 85.1 p. 1 ET, se deberá llevar a efecto, de acuerdo con lo establecido legalmente, según introduce aquel precepto, lo que invita a pensar en la existencia de otra razón que sería la tercera: que, a diferencia de lo que ocurre con el deber de negociar medidas o planes de igualdad, esta medida de tipo dispositivo no requiere de ninguna modificación de la legislación laboral sobre negociación colectiva. En cuarto lugar, parece que estamos ante una institución diferente porque, en lugar de referirse a medidas y planes de igualdad, el objeto de tal recomendación negociable en la negociación colectiva se refiere a establecer medidas de acción positiva que, como veremos, tienen origen, ámbito y contenido diferentes a los correspondientemente propios del principio de igualdad de trato y de oportunidades. En quinto lugar, el fin de esta previsión dispositiva, independiente de girar en torno a la aplicación efectiva del principio general de igualdad de trato y no discriminación, estriba en el de favorecer el acceso de las mujeres al empleo. Y, por último, existe una ulterior razón de peso que tiene que ver con los antecedentes históricos de este precepto: en efecto, durante la tramitación parlamentaria del Proyecto de LOI en las Cortes Generales, un grupo parlamentario presentó enmiendas dirigidas a suprimir las referencias del mismo que establecían el deber de negociar medidas y planes de igualdad y, a mantener en su lugar, por considerarlas completamente suficientes en los actuales momentos, la promoción de la igualdad en la negociación colectiva que, como sabemos, es el título del artículo 43 LOI<sup>21</sup>. Si fueran tan similares ambos términos de la comparación (deber de negociar medidas de igualdad y promoción de la igualdad en la negociación), no parece que el citado grupo parlamentario hubiera planteado la supresión de uno y el mantenimiento de la otra, a no ser que, cínicamente, se hubiera aportado el argumento de la copia del uno respecto de la otra, para así evitar la innecesaria reiteración.

El objeto de la negociación colectiva laboral que se impulsa y fomenta en el artículo 43 LOI son las denominadas medidas de acción positiva. Según la opinión más comúnmente aceptada, el concepto de medidas de acción positiva procede de los Estados Unidos de América en donde se originaron bajo la expresión de *affirmative action*, queriendo significar los pasos positivos necesarios para incrementar la representación de mujeres y minorías en áreas de empleo, educación y negocios, de las que aquéllos habían sido tradicionalmente excluidos<sup>22</sup>. Igualmente, se considera que las medidas de acción positiva inclu-

<sup>21</sup> Así se trata de la Enmienda 258 del GP Popular en el Congreso de los Diputados, en la que, tras ofrecer una nueva redacción en la que se mantenía el respeto al principio de igualdad de trato y de oportunidades y el deber de adoptar medidas, se transforma el deber de negociar medidas por el de *impulsar* medidas dirigidas a implantar planes de igualdad según lo dispuesto en el convenio colectivo, con la justificación de eliminar imposiciones en la negociación colectiva. Cfr. CONGRESO DE LOS DIPUTADOS *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, VIII Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, 23 de noviembre de 2006, págs. 55 y siguientes, especialmente página 130.

<sup>22</sup> Fue la *Civil Rights Act* 1964 la primera que estableció algo llamado *affirmative action* como un remedio que los tribunales federales podrían imponer a quienes violaran la ley. Luego, la Orden Ejecutiva 11246 del presidente Lyndon B. Johnson obligó a los contratantes federales a establecer *affirmative action* para asegurarse que no estaban discriminando. Después de 1965, la Orden Ejecutiva delegó en el Departamento de Trabajo la tarea de

yen todas aquellas acciones encaminadas a dismantelar tanto las normas como sistemas culturales institucionalizados o informales que atribuyen desventajas por razón de pertenencia a un grupo, y asimismo acabar con las desigualdades históricamente ligadas a aquéllos y o que intentan promover un ideal de comunidad integradora, como son los ideales de democracia, integración, y pluralismo, significando que se clasifica a la gente de acuerdo con sus identidades de adscripción<sup>23</sup>. Ahora bien, cuando aquellos pasos o acciones implican una selección preferente —selección llevada a cabo sobre la base de la raza, el género o la etnia— la medida de acción positiva genera una intensa controversia, con argumentos en pro y en contra de tales medidas que tienen su base en los mismos fundamentos.

Desde allí la polémica originada y los estudios emprendidos sobre la problemática se aprovecharon y terminaron por ser desarrollados en todo el mundo, debido a la acción de quienes las han llevado a la práctica. Y, así, las medidas de acción positiva pasaron, casi inmediatamente, desde los EE.UU. a Canadá<sup>24</sup>.

Luego, tras pasar por la normativa de Derecho Internacional<sup>25</sup>, han recorrido un largo camino hasta desembarcar en el ámbito de la normativa europea, tanto de Estados miembros<sup>26</sup> como de instituciones comunitarias<sup>27</sup>. Y, en esta dirección, nuestro Tribunal Constitucional ha declarado que la consecución del objetivo igualatorio entre hombres y mujeres permite el establecimiento de un «derecho desigual igualatorio», es decir, la adopción de medidas de reequilibrio de situaciones sociales discriminatorias persistentes para lograr una sustancial y efectiva equiparación entre las mujeres, socialmente desfavorecidas, y los hombres, para asegurar el goce efectivo del derecho a la igualdad por parte de la mujer<sup>28</sup>. Lo que caracteriza a una medida de acción positiva, o a la medida positiva, sin más, es que debe estar dirigida a un concreto y exacto resultado fijado de antemano y que sea vinculante, pero siempre que sea proporcionado<sup>29</sup>. De ahí que, al menos en el ámbito del Derecho Internacional, se haya dicho que las medidas positivas han de contener siempre unos límites: no deben significar una discriminación y deben ser temporales<sup>30</sup>. Y todos éstos son

---

ejecutar las normas reglamentarias: a partir de entonces, mientras los Tribunales Federales imponían la *Civil Right Act* contra las empresas, sindicatos e instituciones discriminadoras, el Departamento de Trabajo se enfrentó a la industria de la construcción, a veces halagando a las empresas, otras amenazándolas y negociando con las más renuentes a las medidas, en el ámbito de una serie de planes regionales en los que aquéllas se comprometían a los objetivos de contratación numéricos. A través de estos compromisos, el Departamento de Trabajo podía presionar indirectamente sobre los sindicatos recalcitrantes que suministraban trabajadores en los sitios de trabajo. Ver, Stanford Encyclopedia of Philosophy, *Affirmative Action*; (revision, 2005) <http://plato.stanford.edu>

<sup>23</sup> Universidad de Michigan, *Race, Gender and Affirmative Action*, (2006) pág.a 18

<sup>24</sup> Global Rights, *Affirmative Action: A Global Perspective*, 2005, págs. 27 y siguientes.

<sup>25</sup> Así el *Convenio para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer* CEDAW (1979) en el ámbito de la ONU, ratificado por instrumento de 16 de diciembre de 1983.

<sup>26</sup> Se ha tratado la acción positiva en Alemania, en Austria o Luxemburgo en leyes de igualdad.

<sup>27</sup> Famosa es la Sentencia del Tribunal Europeo Justicia de 17 octubre 1995, caso «Kalanke». Antes, este Tribunal de Justicia permite medidas positivas para protección de la mujer en SS 12/jul/1984 (Caso Hofmann) y 15/May/1986 (Caso Johnston).

<sup>28</sup> S TC 229/1992 de 14 de diciembre (FJ 2), que cita las 128/1987 y 19/1989.

<sup>29</sup> THOMASBERGER, M., *Gleichbehandlung im Arbeitsrecht*, enero (2007), pág.s 34 y siguientes.

<sup>30</sup> Cfr. en tal sentido, Naciones Unidas. Commission des Droits de l'Homme II. *Les limites fixées à l'action positive* (parágrafos 41-84)



los límites que ha recogido tanto el artículo 11 LOI<sup>31</sup>, dedicado a la definición de tales medidas, como la Disposición Adicional Décimo primera, apartado 2, al añadir un nuevo apartado al artículo 17 del ET<sup>32</sup>.

### 3.2. Negociación colectiva de las medidas de acción positiva

Conocido en qué consisten las medidas de acción positiva, surge la cuestión ¿Cómo se lleva a cabo tal promoción en la negociación colectiva? Surgen así dudas no sólo sobre en qué parte del contenido del convenio colectivo situarla, es decir, bajo qué tipo de cláusula, normativa u obligacional, sino si es posible y, además, aconsejable el convenio colectivo extra-estatutario o si, en fin, el convenio colectivo de empresa tiene la misma chance que el de ámbito superior.

En primer lugar, ¿Qué naturaleza tendría un pacto en el que la contraparte económica se comprometiera a contratar durante la vigencia del convenio a un número determinado de mujeres, o a un porcentaje de ellas dentro del total, al margen de que tal porcentaje fuera la mayor parte (por ejemplo, 60%) o una parte mínima de dicha contratación (por ejemplo, 40%), quedando el resto sin condicionar? Sin duda, una cláusula de tal naturaleza tendría, a todas luces, la naturaleza de obligacional, ya que, dada la entidad de la materia objeto de la cláusula (compromiso de contratación), en principio, por propia naturaleza, es un tema que excede a la regulación de derechos o condiciones de trabajo de los ya contratados o por contratar que integran/integrarán el ámbito subjetivo del convenio y, por tanto, del hipotético contenido normativo, perteneciendo, por el contrario, al ámbito de las relaciones colectivas que vinculan a ambas partes del convenio colectivo, tal como permite el artículo 85, apartado 1, ET y sugiere el artículo 82, apartado 2, ET.

Por tanto, la vía más adecuada para llevar a efecto la promoción de la igualdad efectiva contenida en el artículo 43 LOI —a saber: favorecer el acceso al empleo— es la de la cláusula de naturaleza obligacional. En efecto, si se tiene en cuenta que el precepto está destinado a favorecer el acceso de las mujeres al empleo, se supone que ése debe ser un compromiso que asuma la parte económica frente a la contraparte social también negociadora del convenio colectivo; puesto que se trata de favorecer el acceso al empleo, tal objetivo es sinónimo de favorecer la contratación de un determinado grupo de trabajadores, en este caso mujeres. Frente a un compromiso de tal naturaleza, ningún trabajador o trabajadora incluido en el ámbito subjetivo del convenio colectivo de referencia podría exigir su

<sup>31</sup> El artículo 11 LO 3/2007 LOI señala: «Artículo 11. Acciones positivas. 1. Con el fin de hacer efectivo el derecho constitucional de la igualdad, los Poderes Públicos adoptarán medidas específicas a favor de las mujeres para corregir situaciones patentes de desigualdad de hecho respecto de los hombres. Tales medidas, que serán aplicables en tanto subsistan dichas situaciones, habrán de ser razonables y proporcionadas en relación con el objetivo perseguido en cada caso. 2. También las personas físicas y jurídicas privadas podrán adoptar este tipo de medidas en los términos establecidos en la presente Ley».

<sup>32</sup> El nuevo apartado 4 del art. 17 ET establece: «Sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados anteriores, la negociación colectiva podrá establecer medidas de acción positiva para favorecer el acceso de las mujeres a todas las profesiones. A tal efecto podrá establecer reservas y preferencias en las condiciones de contratación de modo que, en igualdad de condiciones de idoneidad, tengan preferencia para ser contratadas las personas del sexo menos representado en el grupo o categoría profesional de que se trate»

cumplimiento ni el resarcimiento por incumplimiento. Pero tampoco las mujeres, auténticas aspirantes a tal acceso, incluso por el hecho de ser mujer, se podrían considerar legitimadas para exigirlo ya fuera una u otra posibilidad. No existiría tal porque no hay un derecho a tal exigencia, y no hay derecho a tal exigencia, porque no estamos tratando de una cláusula de contenido normativo.

Por el contrario, al ser de naturaleza contractual, el único sujeto legitimado para exigir su cumplimiento o el resarcimiento del efecto negativo que comporta su incumplimiento es la otra parte negociadora del convenio, o sea, la representación legal de los trabajadores, que se desdobra en representación unitaria o sindical, dependiendo del ámbito y nivel en que se haya negociado el convenio colectivo con tal previsión.

Un segundo aspecto a tratar es el de si resulta indiferente que se haga a través del convenio colectivo estatutario o mediante el extra-estatutario o si, por el contrario, es aconsejable una u otra vía, con postergación de la paralela. En principio y al menos aparentemente, nada impediría que la cláusula de acceso al empleo esté contenida en un convenio colectivo estatutario o extra-estatutario, ya que, dada su naturaleza obligacional, a fin de cuentas, tanto si se incumple en uno como en otro caso, resultarían afectados los mismos preceptos del Código Civil, de entre los que podemos citar los artículos 1091, 1098, 1101, 1106 y 1107. Pero tampoco debe desconocerse que un convenio colectivo extra-estatutario, concertado por una asociación patronal fuerte, pero no tan representativa como para que ella sola pueda concertar el estatutario, puede ser más vinculante para las empresas afiliadas a aquélla que otro estatutario en el que, seguramente, habrá un gran porcentaje de empresas no afiliadas.

En tercer lugar, diferente es la solución que ha de darse a la cuestión de si también debe considerarse indiferente que la cláusula se contenga en un convenio colectivo a nivel de empresa o inferior o en otro de nivel superior a la empresa. Obviamente, si partimos del hecho aceptado de que lo que procede es una cláusula de naturaleza obligacional, no resulta indiferente el nivel o ámbito territorial en el que se negocie dicha cláusula. En efecto, la apriorística indiferencia por un convenio colectivo supra empresarial implicará que no será el empresario individual (persona física o jurídica) quien asuma directamente la obligación frente a la parte social (legalmente, asociaciones sindicales), del convenio colectivo, sino la asociación empresarial representativa, en cuanto parte negociadora de un convenio celebrado en dicho nivel de negociación colectiva. Sin embargo, no es la asociación empresarial, aun siendo parte negociadora, la que, por no ser titular de las empresas ni tener que contratar a los trabajadores, ha de cumplimentar y satisfacer (en el sentido de cumplir y de pagar) el compromiso de tal naturaleza y objeto establecido en convenio, sino los empresarios individuales ya que, en cuanto sigue radicando en ellos la capacidad de contratación y de dar empleo, son los últimos y verdaderos destinatarios de una cláusula de tal naturaleza. En tal sentido, conocemos que el artículo 82, apartado 3, ET, es terminante al respecto: los convenios colectivos regulados por esta Ley obligan a todos los empresarios incluidos dentro de su ámbito de aplicación y durante todo el tiempo de su vigencia. Sin embargo tal obligación legal ha de entenderse referida al contenido normativo, siendo discutible que lo sea también al contenido obligacional, de modo que, conocida la naturaleza de tal pacto, los empresarios individuales, renuentes a su cumplimiento, tendrán una magnífica excusa para su incumplimiento. Se podría objetar que, si el empresario individual en cuestión está afiliado a la asociación empresarial representativa que ha negociado como





parte el convenio colectivo, existiría para el mismo un deber de cumplimiento derivado del hecho asociativo-representativo, del mismo modo que existiría un deber de influencia desde la asociación patronal hacia un empresario afiliado que fuera díscolo en tal cumplimiento. Aceptando que esto fuera así, sin embargo, ello sólo resolvería en parte el problema planteado ya que, por regla general, no todos los empresarios afectados por un convenio colectivo de ámbito superior (provincial, sectorial, estatal) están afiliados a las asociaciones patronales representativas que lo negocian.

Para resolver esta aporía parece que la mejor solución es optar por el convenio colectivo de ámbito de empresa o inferior. Ésta es la línea que ha seguido también la Ley de Igualdad, a la hora de modificar el ET en lo referente a los nuevos párrafos incorporados al artículo 85 ET. A través de la negociación del convenio colectivo de empresa, por tanto, se puede pretender la incorporación de un compromiso de empleo para favorecer el acceso femenino, compromiso que, en caso de ser aceptado, habrá de ser cumplido por el mismo que lo ha negociado, el empresario individual, eliminado así las reticencias y la falta de coincidencias en las identidades que se producirían en un convenio colectivo de ámbito superior al de empresa, entre quiénes lo negocian y quiénes han de cumplirlo.

Pero, tampoco ésta es la solución definitiva, ya que hay un gran porcentaje de empresas en nuestro sistema de relaciones laborales que están vinculadas a un convenio colectivo de ámbito superior<sup>33</sup>, sin que tengan pretensiones de convertirlo en otro propio. En tal caso, la obligación puede ser asumida en el convenio colectivo superior pero siempre haciéndolo depender, más que de reglas de complementariedad como dice el nuevo párrafo segundo del artículo 85.2 ET, de un pacto específico de recepción entre los representantes legales de los trabajadores en la empresa y la titularidad de ésta.

<sup>33</sup> Ver Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, *Boletín de Estadísticas Laborales*, mes abril 2007, para el año 2006, de un total de 4888 convenios colectivos negociados, fueron hasta 3.684 los de empresas, amparando a 1.092.400 trabajadores, mientras que el número total de empresas, inscritas en la Seguridad Social, era, a fines de 2006, 1.386.157; por el contrario, tan solo 1.204 convenios superiores ampararon hasta 8.827.100 trabajadores, de los 14.347.800 trabajadores que, en total, estaban contratados por todas las empresas. Ver [www.mtas.es/estadisticas/bel/](http://www.mtas.es/estadisticas/bel/)