



La consecución de la igualdad y la no discriminación: un camino arduo de recorrer. En particular de los planes de igualdad en la empresa

por Jorge Torrents Margalef

1. En el transcurso del último trimestre de 2018 se ha desarrollado en la Escuela de Relaciones Laborales (ERL) de la Universidad Complutense de Madrid un Ciclo de seminarios sobre Igualdad, empleo, conciliación, corresponsabilidad y violencia de género. En él, y a lo largo de 9 jornadas, intervinieron diferentes miembros de la Red Cielo, tanto en calidad de ponentes como de participantes. También, con motivo de la presentación del Informe de la OIT sobre el “Trabajo de cuidados y los trabajadores de cuidados para un futuro con trabajo decente”, se celebró un diálogo abierto con la Directora del Programa de Condiciones de Trabajo y Empleo de la OIT, Manuela Tomei, y la Secretaria de Estado de Igualdad, Soledad Murillo. Y, además, en estos últimos meses han tenido lugar en la ERL los cursos de formación sobre violencia contra la mujer organizados por el Ministerio de Justicia para el personal de la Administración de Justicia, destacando la visión multidisciplinar de la perspectiva de género en relevantes aspectos, como la actuación del Ministerio Fiscal. Esta formación especializada está marcada, en el Pacto de Estado contra la Violencia de Género, como uno de los impulsos para garantizar la mejor respuesta asistencial de las víctimas.

Por otro lado, la Igualdad de género y la no discriminación ha sido el tema central del último Congreso Iberoamericano y Europeo de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social que, en su VI edición, se ha celebrado en Granada en noviembre pasado. En él, y bajo una perspectiva transversal e interdisciplinar, se ha contado con la presencia activa de un gran número de miembros de la Red Cielo.

2. En el mencionado ciclo de seminarios han sido objeto de análisis, desde diferentes disciplinas, un amplio abanico de cuestiones relacionadas con la igualdad de género, obteniéndose interesantes debates y conclusiones. Siendo positivo el balance del conjunto de las sesiones, hay dos matices que, personalmente, podría decir que son causantes de cierta inquietud. Una es inmediata, puesto que, a pesar de la buena acogida de la iniciativa (bastantes asistentes, estudiantes o profesionales, se desplazaban expresamente desde otras provincias), entre la concurrencia a las sesiones de todo el ciclo la presencia masculina fue simbólica, prácticamente nula. Aquí viene la primera dificultad a superar, en cuanto a cómo sensibilizar sobre la igualdad de género cuando el interés de la otra parte está ausente.

La otra preocupación que sale a relucir es más mediata y se refiere a que, aunque el discurso de igualdad de género parece que formalmente está asentado mediante normas garantizadoras de nivel nacional y de nivel europeo e internacional, la realidad discurre por otros derroteros, manteniéndose las desigualdades de género o incluso incrementándose. No es preciso insistir en la idea de que el progreso hacia la consecución de la igualdad no es lineal ni uniforme, sino que está sometido a fases de avances y, lamentablemente, a fases de retrocesos en los logros alcanzados. La procedencia de los contraataques o contragolpes –o *backlash* de Susan Faludi- puede venir de la mano de la

situación económica, del diseño e implementación de políticas o incluso de planteamientos de programas políticos. Efectivamente, está siendo frecuente la irrupción de opciones políticas portadoras de reacciones anihiladoras en los escenarios parlamentarios en muchos puntos geográficos a nivel global, que provocan variaciones en los arraigados patrones de algunos sistemas políticos. El alcance de estas situaciones que parecían inusuales llega hasta el mapa escandinavo, donde se han realizado, a principios de 2019, diferentes intentos de configuración de apoyos de investidura para evitar que aquellas opciones acceden al gobierno sueco. La entrada en aguas desconocidas en ese país es una muestra de que no puede darse todo por sentado, y que estas alteraciones de hoy trastocarían la idea que hace unos años observaba Beyme con respecto a los sistemas parlamentarios escandinavos, caracterizados por ser frecuentes en ellos los gobiernos en minoría sin que fueran menos eficientes que otros sistemas, y que, según decía dicho autor, de no ser así no estarían en la cúspide en términos de bienestar y de vida liberal¹.

La consecución de la igualdad es materia de actualidad con gran repercusión en los medios de comunicación también a nivel global, pero el reflejo de esta preocupación de las sociedades no tiene una sola dirección. Hay que admitir, si se quiere constatar cuál es la realidad, que la lucha contra la violencia de género y la no discriminación no es contemplada por todo el mundo desde un mismo prisma. Así, es exponente de la existencia de una sensibilización social acerca de la violencia de género el hecho de que habitualmente noticias sobre mujeres víctimas abren las cabeceras de informativos. Pero en las primeras semanas de enero de 2019 también ha recabado una gran atención mediática en España cuando ha saltado a la palestra el documento con las reivindicaciones del nuevo partido político que, por primera vez, se ha situado en el extremo derecho del arco parlamentario andaluz, tras las últimas elecciones. Entre sus propuestas para apoyar la investidura del Presidente de la Junta de Andalucía se encuentra la derogación y sustitución de la “Ley 13/2007, de 26 de noviembre, de medidas de prevención y protección integral contra la violencia de género” y la supresión de la “Ley 12/2007, de 26 de noviembre, para la promoción de la igualdad de género en Andalucía”, normas que dicho documento califica de leyes ideológicas y que, a su juicio, vulneran derechos y libertades². Aunque finalmente estas propuestas concretas no figuran en el acuerdo entre este partido político y el del gobierno autonómico, lo cierto es que el debate está abierto o, mejor dicho, el foco del debate ha alumbrado en primer plano a estas posturas que se contraponen a las medidas largamente reivindicadas por los movimientos feministas.

3. En este contexto cobran relevancia las medidas positivas legislativas o las decisiones jurisprudenciales que refuerzan la igualdad entre mujeres y hombres, especialmente en el ámbito laboral y de protección social. En otras contribuciones de este número, cuatro profesoras e investigadoras universitarias exponen noticias relacionadas con estos aspectos, como los efectos sobre el trabajo de las mujeres que puede surtir el reciente incremento del salario mínimo interprofesional, el aumento del período del permiso de paternidad en la senda de la corresponsabilidad, los instrumentos que facilitan la conciliación de la vida laboral y familiar en el caso de los cuidados de personas dependientes y la ampliación del concepto de víctima de violencia de género. Con estas referencias no se agotan todas las novedades adoptadas con trascendencia en esta dirección, pues no hay que olvidar el notable reconocimiento del derecho a la desconexión digital fuera del ámbito laboral introducido ahora a nivel legal por la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales. Las modalidades de ejercicio de este derecho potenciarán, a su vez, el derecho a la conciliación de la actividad laboral y la vida personal y familiar, aunque se sujetarán a lo establecido en la negociación colectiva o, en su defecto, a lo acordado entre la empresa y los representantes de los trabajadores.

¹ BEYME, K. von (2000): *Parliamentary Democracy: Democratization, Destabilization, Reconsolidation, 1789-1999*. London, Macmillan.

² El documento, firmado por la comisión negociadora del partido con fecha 8 de enero de 2019, puede consultarse en <https://www.voxespana.es/biblioteca/propuesta-vox-andalucia.pdf> (última verificación a 25 de enero). Los 37 objetivos contemplados en el pacto para la investidura en http://www.rtve.es/contenidos/documentos/acuerdo_pp_vox.pdf

4. Precisamente esta misma naturaleza de negociación o acuerdo colectivo tiene uno de los puntos que se trataron en el aludido Ciclo de seminarios de la ERL y sobre el que las personas participantes mostraron cierto desconcierto: los planes de igualdad en las empresas. La desazón que manifestaban concernía la impresión de que, a pesar de los años transcurridos desde que la Ley Orgánica 3/2007 para la igualdad efectiva de hombres y mujeres contempló la introducción de este dispositivo, en muchos casos el cumplimiento de esta obligación legal continuaba sin tener un eficaz resultado debido a la falta de voluntad empresarial en el proceso negociador o bien que el plan de igualdad de la empresa quedaba reducido a un texto estandarizado aportado por una consultora externa. Sin dejar de ser evidentes estas conclusiones por el conocimiento de la realidad por parte de las profesionales participantes, son muy destacables los recientes pronunciamientos judiciales y jurisprudenciales que vienen a consolidar el propósito de la obligación legal.

La LO 3/2007 concibe el plan de igualdad de las empresas como un conjunto ordenado de medidas, adoptadas después de realizar un diagnóstico de situación, tendentes a alcanzar en la empresa la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres y a eliminar la discriminación por razón de sexo. El Tribunal Supremo (TS), en sentencia de 13 de septiembre de 2018, ha dejado claras dos conclusiones jurídicas que son claves. La primera, que, para la elaboración de un plan de igualdad en el seno de las empresas, resulta imprescindible la elaboración de un diagnóstico de situación relativo a la igualdad entre hombres y mujeres en la empresa con referencia a todas las circunstancias laborales, que constituirá el elemento central para la elaboración del citado plan. La segunda consiste en que la elaboración del plan de igualdad en la empresa requiere, en virtud de lo previsto legalmente, la negociación y acuerdo con los representantes de los trabajadores.

Por tanto, un texto estandarizado difícilmente responderá a la exigencia de que el plan de igualdad sea un instrumento específico en cada empresa, pues, para que pueda operar sobre la realidad de la misma, es absolutamente necesario contar con una descripción lo más exacta posible de la situación sobre la que deben operar las medidas concretas que el plan recoja para lograr la igualdad real y sustancial entre todos los trabajadores con independencia de su sexo.

5. La LO 3/2007 impone la elaboración y aplicación de un plan de igualdad en varios supuestos: a) cuando la empresa tenga más de 250 trabajadores; b) cuando así se establezca en el convenio colectivo que sea aplicable, en los términos previstos en el mismo; c) cuando, en un procedimiento sancionador, la autoridad laboral acuerde el plan de igualdad como medida sustitutiva de sanciones accesorias; d) en las Administraciones públicas, en los términos establecidos en el Estatuto Básico del Empleado Público; e) para las demás empresas, el plan será voluntario, previa consulta a la representación legal de los trabajadores y trabajadoras. No obstante, no hay que olvidar que sobre todas las empresas recae la obligación legal de respetar la igualdad de trato y de oportunidades en el ámbito laboral y, con esta finalidad, deberán negociar o acordar la adopción de medidas dirigidas a evitar cualquier tipo de discriminación laboral entre mujeres y hombres.

En este sentido, y en comunión con lo establecido en el Estatuto de los Trabajadores (art. 85 ET), el Tribunal Supremo considera que la empresa, si cuenta con 250 trabajadores, debe elaborar y aplicar un plan de igualdad, sin que sea válido el acordado anteriormente por la empresa con determinados trabajadores constituidos en una comisión creada *ad hoc* para su negociación (STS 14-2-17).

Lo que disponga el convenio colectivo de aplicación resulta vital en relación a la determinación de quién y cómo ha de acordar el plan de igualdad, por lo que un convenio colectivo sectorial puede establecer la obligación de elaborar y negociar un plan de igualdad aunque la empresa tenga menos de 250 trabajadores. Puede ocurrir que en tales casos no exista representación de los trabajadores, por lo que el plan sea adoptado unilateralmente por la empresa. Sin embargo, para el Tribunal Supremo no es aceptable la proposición de una implantación unilateral cuando la negociación colectiva fracase, si la empresa alega, sin más, la negativa de la representación legal de los trabajadores y de las representaciones sindicales a sentarse en la mesa negociadora, sin haber agotado antes los medios de solución judicial o extrajudicial del conflicto, como acudir al Comité Paritario previsto en el Convenio de aplicación si tiene atribuidas facultades de mediación en esta

materia, o como plantear ante los tribunales el oportuno conflicto colectivo exigiendo el cumplimiento del deber de negociar de buena fe (STS 9-5-17).

6. Es cierto que el deber de negociar de buena fe que exige el art. 89 del ET comprende tanto a la empresa como a la representación de los trabajadores, aunque no implica el deber de llegar a un acuerdo. Sí que supone al menos la apertura del procedimiento negociador, la comparecencia inicial y la realización de los esfuerzos razonables con el objetivo de llegar a un acuerdo en un tiempo prudencial. El Tribunal Supremo estima que no puede entenderse que ha habido negociación de buena fe cuando la empresa, sobre quien recae la obligación de tener un plan de igualdad y, por tanto, debe asumir el impulso negociador, no solo no lo asume, sino que adopta una actitud impeditiva del mismo, ralentizando la negociación y retrasando al límite la entrega de documentación exigida legalmente y solicitada por los trabajadores. Aunque el TS admite que puede concluirse que un bloqueo negociador por parte de los representantes de los trabajadores podría erigirse en justificación razonable del incumplimiento de la obligación de contar con un plan de igualdad o, al límite, como justificación de la implementación unilateral de un plan de igualdad provisional, la realidad es que, para ello, deberían darse circunstancias excepcionales, como el bloqueo negociador imputable exclusivamente a la contraparte, o la negativa de la misma a negociar o, como se ha dicho antes, la ausencia de cualquier tipo de representación. En definitiva, cuando las características de la empresa –por tamaño y por la previsión del convenio colectivo- implican que el plan de igualdad debe ser fruto de la negociación con los representantes de los trabajadores, la implantación unilateral de la empresa –movida además por el impulso de la Inspección de Trabajo- supone la vulneración de la libertad sindical en su vertiente de derecho a la negociación colectiva del sindicato demandante (STS 13-9-18).

7. El incumplimiento de las obligaciones en materia de planes de igualdad establecidas por la ley (ET) o el convenio colectivo está considerado como una infracción grave (art. 7 LISOS). Los órganos judiciales consideran que entra dentro de este supuesto el incumplimiento de una serie de objetivos contemplados en el plan de igualdad que, en resumen, venían a fomentar una mayor representación de la mujer en la empresa y en puestos de mayor responsabilidad, así como una labor continua de formación y sensibilización en materia de igualdad de oportunidades. Aunque, con mayor precisión, hay que decir que lo tipificado en la normativa sancionadora no es que dichos objetivos no hayan sido cumplidos tras cinco años de vigencia del plan, sino que en todo caso el objeto de la sanción a la empresa es no haber llevado a cabo actuaciones a fin de intentar la consecución de tales objetivos. Por otro lado, se acepta judicialmente, como circunstancia agravante apreciada por la Autoridad laboral a la hora de imponer la sanción prevista, la cifra de negocios de la empresa, pues se halla en relación con la infracción imputada ya que, con ese volumen de negocios, se hace aún más reprochable el no cumplimiento de las actuaciones previstas en el plan de igualdad durante casi cinco años (SJS Toledo 21-9-18).

En el caso anterior, la sanción administrativa por ese quinquenio de pasividad que se impugnaba por la empresa suponía una cuantía máxima de 3125 euros. En otros, la empresa ni siquiera cuestiona la indemnización de 6000 euros que tiene que pagar (STS 13-9-18). Sin embargo, los apremios judiciales pecuniarios pueden llegar a ser significativamente mayores cuando además hay reincidencia en el incumplimiento. Así ocurre cuando la Audiencia Nacional (AN) considera que no se ha respondido al cumplimiento de la obligación informativa que la empresa debe efectuar con lealtad. La empresa debe acomodar esa obligación al principio de buena fe, por lo que no se cumple con la aportación masiva de documentos, sino mediante una elaboración y tratamiento de la información disponible, que se ajuste a su finalidad, que en este caso es asegurar que los representantes de los trabajadores puedan constatar si las incorporaciones en la empresa se hacen del modo equilibrado que pactaron en el plan de igualdad. La Sala estima que la empresa, al no explicar las razones que imposibilitan el cumplimiento de una obligación tan sencilla de acometer, incurre en un incumplimiento con contumacia de los mandatos judiciales recibidos anteriormente por lo que le impone un apremio de 300 euros diarios hasta el cumplimiento definitivo, así como otros 300 euros diarios desde la notificación del anterior Auto –junio de 2018- hasta que se

notifique el presente y 150 euros diarios desde que se notificó el primero de todos los Autos –mayo de 2017- también hasta el presente Auto de verano de 2018 (AAN de 24-7-18). Echando cuentas *grosso modo* se puede ver que la elevada cifra resultante a pagar invita a no banalizar el cumplimiento de los compromisos asumidos.

8. Como se decía en un principio, el terreno por el que discurre la consecución de la igualdad no es llano ni uniforme. Incluso judicialmente hay valles, como cuando en las resoluciones judiciales se valora que, en lo que atañe a la conciliación de la vida familiar y a las medidas establecidas en el plan de igualdad, no constituye una obligación exigible sin más de empresa, como se desprende del mismo concepto del “plan”, que responde a la idea de “proyecto, aspiración o intención” (STSJ Galicia 6-3-18). En cambio, hay otras que implican un avance, como cuando se extiende el derecho a la aplicación de todas las medidas previstas en el plan de igualdad de la empresa a los trabajadores en misión, que prestan servicios en ella cedidos por una empresa de trabajo temporal. Con la integración de la normativa interna y europea, se estima que lo que se pretende es evitar que el empleo de trabajadores en misión sea utilizado por las empresas usuarias como una vía para eludir el cumplimiento, entre otras materias, de la normativa que les resulte aplicable en materia de igualdad de trato y no discriminación entre mujeres y hombres (SAN 11-12-17).

En conclusión, los resultados de la igualdad no se obtienen de manera automática con la promulgación de las medidas legislativas, sino que el progreso hacia la consecución de sus objetivos exige una intensa labor de visibilización y sensibilización. Lo que no se aprecia no se comprende y lo que no se ve, por más que pese, es como si no existiera.

Se espera que el nuevo Ciclo de seminarios de la ERL de este 2019 contribuya en este camino.

Jorge Torrents Margalef

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Director de la Escuela de Relaciones Laborales.
Universidad Complutense de Madrid

* Para más detalles, pueden encontrarse los enlaces a las sesiones de los videos íntegros de los seminarios (no de las sesiones previas) en https://twitter.com/UCM_ERL