

LA OBLIGADA NEGOCIACIÓN DEL DIAGNÓSTICO EN PLANES DE IGUALDAD UN CAMBIO SUSTANCIAL

Gemma Fabregat Monfort
Gemma.Fabregat@uv.es
Profesora Titular de Derecho del Trabajo
Facultat de Dret-UV

INTRODUCCIÓN

La entrada en vigor y posterior convalidación del RD-Ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, ha comportado la modificación de distintas normas que afectan a la igualdad de mujeres y hombres en el empleo, con la intención de superar los considerados por el propio RD-Ley 6/2019 discretos resultados de la Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres¹, en la consecución de la igualdad real de género.

Sucede, no obstante, que han sido, como decía, varias las normas e instituciones jurídico laborales que a esos efectos han sido modificadas por el RD-Ley 6/2019 y, entre todas ellas, la que constituye objeto de este estudio no ha merecido especial atención.

En efecto, en la materia parece que lo más importante que ha hecho el RD-Ley 6/2019 respecto a los Planes de Igualdad, y consecuente modificación de la LOI, es incrementar la obligatoriedad de implantar Planes de Igualdad en función del número de trabajadores en la empresa, que pasa de 250 trabajadores a 50 trabajadores previendo para eso una aplicación progresiva y escalonada de la obligatoriedad de implantar un Plan de Igualdad que, a partir de la entrada en vigor del RD-Ley 6/2019, esto es, a partir del día 8 de marzo de 2019, les reconoce en las empresas de 250 a 150 personas el plazo de un año para cumplir con la obligación legal; dos años en las empresas de 150 a 100; y un plazo de hasta tres años para que hagan lo propio las empresas cuya plantilla se sitúe entre las 50 a 100 personas trabajadoras.

Con todo, y sin menospreciar la importancia de esta medida, que la tiene – igual que todas las que el RD-Ley 6/2019 establece con el efecto de combatir la brecha salarial, las que prevé desde la necesidad de la corresponsabilidad en conciliación, etc.- la modificación de la regulación del diagnóstico como paso previo y determinante del Plan de Igualdad constituye igualmente un aspecto

¹ En adelante, LOI

fundamental que ha sido sustancialmente modificado y cuya nueva regulación parece pasar un tanto desapercibida.

La finalidad de este trabajo es, así, reflexionar a propósito de estos cambios normativos y en qué medida la nueva regulación del diagnóstico va a suponer un cambio más allá del propio diagnóstico afectando sustancialmente al Plan de Igualdad.

A los efectos anteriores, cuanto sigue se va a sintetizar diferenciando entre lo siguiente:

1. El diagnóstico como paso previo al Plan de Igualdad: concepto
2. Cómo se realiza un diagnóstico: conceptos de discriminación a considerar
3. La obligación de negociar el diagnóstico previo al Plan de Igualdad
4. La delimitación de la representación de las personas trabajadoras en la negociación del diagnóstico
5. Las materias que deben conformar el diagnóstico y su obligatoriedad
6. La sanción a aplicar en caso de no negociar el diagnóstico
7. A modo de conclusión: unas reflexiones sobre el diagnóstico y el contenido del Plan de Igualdad resultante tras la reforma del RD-Ley 6/2019

1.- El diagnóstico como paso previo al Plan de Igualdad: concepto

De acuerdo con lo previsto en el art. 46.1. LOI², la elaboración de todo Plan de Igualdad debe ir precedida de la fase del diagnóstico de la realidad y, tras este examen o diagnóstico, abordar tres cuestiones claves de contenido del Plan de Igualdad: la concreción de los objetivos a alcanzar; las estrategias y prácticas a adoptar para su consecución; y el establecimiento de los sistemas eficaces de seguimiento y evaluación de los objetivos fijados.

En ese sentido, el diagnóstico, desde siempre –y esto no ha cambiado– ha sido considerado como un paso previo ineludible a la implantación del Plan de Igualdad, de manera tal que, solo desde la adecuación a la realidad de la empresa que muestra el diagnóstico, el Plan de Igualdad puede ser considerado como tal.

Sucede, no obstante, que el art. 46.2 LOI tras el RD-Ley 6/2019, reitera la consideración de ese diagnóstico como paso previo al Plan de Igualdad, insistiendo en la necesidad de que sea obligatoriamente negociado con los representantes de los trabajadores y fijando unos contenidos mínimos de obligado cumplimiento. Sustituyendo la delimitación ejemplificativa de

² 46.1 LOI “Los Planes de Igualdad de las empresas son 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”.

materias a abordar por el Plan de Igualdad, que desaparecen, y reemplazándolas por un elenco de medidas que pasan a ser de obligado tratamiento en todo diagnóstico³ y se supone que, por definición, en el propio Plan que se elaborará después en función del diagnóstico del primero; pero sin que aparentemente se imponga su obligatorio tratamiento en el propio Plan de Igualdad. Sea como fuere, y al margen de lo conveniente que puede ser el Plan de Igualdad para que se aborden en él ciertas materias que por imperativo legal deben negociarse en la empresa como, por ejemplo ocurre con las medidas y los protocolos de acoso⁴, lo cierto es que desde una interpretación literal del art. 46 LOI, el Plan de Igualdad, legalmente, no tiene un elenco de materias que deban ser abordadas en cuanto tal. Pero sí tiene esa obligatoriedad y ese elenco de materias de imperativo tratamiento el diagnóstico que evalúa la realidad sobre la que se va a negociar el Plan. En ese sentido, si el Plan de Igualdad es definido legalmente como “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” resulta evidente que, aunque las medidas concretas difieran de unos Planes de Igualdad a otros, lo cierto es que, salvo que el diagnóstico muestre de manera clara y contundente que en uno de los ítems no existe discriminación, el Plan como reflejo del diagnóstico deberá abordar las

³ En efecto, el segundo inciso del art. 46.2 LOI referente al contenido del Plan de Igualdad ha sido modificado con la reforma. Antes decía “2. Para la consecución de los objetivos fijados, los Planes de Igualdad podrán contemplar, entre otras, las materias de acceso al empleo, clasificación profesional, promoción y formación, retribuciones, ordenación del tiempo de trabajo para favorecer, en términos de igualdad entre mujeres y hombres, la conciliación laboral, personal y familiar, y prevención del acoso sexual y del acoso por razón de sexo” y ahora dice “Los Planes de Igualdad contendrán un conjunto ordenado de medidas evaluables dirigidas a remover los obstáculos que impiden o dificultan la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Con carácter previo se elaborará un diagnóstico negociado, en su caso, con la representación legal de las personas trabajadoras, que contendrá al menos las siguientes materias:

- a) Proceso de selección y contratación.
- b) Clasificación profesional.
- c) Formación.
- d) Promoción profesional.
- e) Condiciones de trabajo, incluida la auditoría salarial entre mujeres y hombres.
- f) Ejercicio corresponsable de los derechos de la vida personal, familiar y laboral.
- g) Infrarrepresentación femenina.
- h) Retribuciones.
- i) Prevención del acoso sexual y por razón de sexo.

La elaboración del diagnóstico se realizará en el seno de la Comisión Negociadora del Plan de Igualdad, para lo cual, la dirección de la empresa facilitará todos los datos e información necesaria para elaborar el mismo en relación con las materias enumeradas en este apartado, así como los datos del Registro regulados en el artículo 28, apartado 2 del Estatuto de los Trabajadores”.

⁴ A menos que se elabore un documento ad hoc en cumplimiento de la obligación que impone el art. 48.1 LOI

mismas materias que el diagnóstico que le precede. Es más, en mi opinión, incluso en los casos en los que por no apreciar discriminación, alguna de las materias de obligado tratamiento en el diagnóstico no necesariamente debieran conformar el Plan de Igualdad, lo aconsejable sería que, aun así, el Plan las mencionase, aunque fuera para hacer constar que en el momento cronológico determinado en el que se implanta no existe discriminación al respecto de esa materia en cuestión. De hacerse así, en el Plan quedaría reflejado que eso sí se ha estudiado. Y ello facilitaría el control, tanto por las autoridades competentes, a priori solo se registra el Plan y no el Diagnóstico⁵, y además permitiría que la comisión de control y seguimiento del propio Plan de Igualdad, en el ejercicio de la labor que le es propia, continuara teniendo en cuenta esas materias, ya de por sí sensibles a la discriminación, a fin de garantizar que al respecto y en tanto en cuanto está vigente el Plan en cuestión se sigue siendo respetuoso con la igualdad real entre mujeres y hombres también respecto a esas materias en las que por entender que no existe discriminación, no se cuenta con objetivos ni medidas concretas en el Plan de Igualdad.

2.- Cómo se realiza un diagnóstico: conceptos de discriminación a considerar

Ahora bien, lo anterior tiene que ver con el contenido del diagnóstico y en consecuencia del Plan, porque legalmente –art. 46.1 y 46.2 LOI- el diagnóstico se configura como el paso previo e indisoluble del Plan de Igualdad. Siendo, precisamente, el diagnóstico el que debe analizar la situación de la empresa desde la perspectiva de la discriminación directa, indirecta y social con el fin de detectar en qué materias en esa empresa en la que se va a implantar el Plan de Igualdad perviven obstáculos que impiden o dificultan la igualdad real entre mujeres y hombres perpetuando situaciones discriminatorias. Hecho esto, será el Plan de Igualdad después el que, en función del resultado del diagnóstico, actuará sobre estas cuestiones, incidiendo más en unas materias que en otras, y en todo caso fijando objetivos y medidas a fin de alcanzar una igualdad real y de oportunidades entre mujeres y hombres .

Es decir, cuando se realiza el diagnóstico de la situación hay que tener claro que el concepto de discriminación que hay que evaluar y manejar es, en esencia, un concepto complejo y que si bien, de hecho, en nuestro ordenamiento y durante largo tiempo únicamente se consideraban discriminatorias aquellas actuaciones que hoy son consideradas como discriminaciones directas, esto es, tratamientos diferenciadores y perjudiciales hacia un colectivo o adoptados hacia una persona por el simple hecho de su pertenencia a un determinado colectivo, también en este sentido la noción de discriminación ha evolucionado; por tanto no sólo habrá que analizar si en la

⁵ Registro pendiente de desarrollo reglamentario ex art. 46.6 LOI

realidad son apreciables circunstancias constitutivas de una discriminación directa, sino también si se dan circunstancias indirectamente discriminatorias.

Es decir, que a las acciones discriminatorias (directas) cabe yuxtaponer, dentro del amplio concepto de discriminación, otras conductas indirectamente discriminatorias.

En ese sentido hay que tener en cuenta que son constitutivas de discriminación indirecta todas aquellas actuaciones que, pese a su aparente neutralidad, generan un efecto adverso sobre los miembros de un determinado colectivo sin justificación razonable. Siendo irrelevante, a tal efecto, la *intencionalidad* con la que se hayan adoptado. Es decir, lo que verdaderamente determina la calificación de una situación como discriminatoria, desde su vertiente indirecta, no es si el acto, comportamiento o actuación, se ha tomado o no con intención de discriminar; lo trascendente es su resultado discriminatorio, el perjuicio o trato de desfavor que se causa al adoptar el acto, y que es susceptible de traducirse en la privación del goce, ejercicio o reconocimiento de derechos⁶.

La delimitación de ambos tipos de discriminación es importantísima en la práctica, y en el momento de analizar la realidad existente y apreciar si

⁶ A la discriminación indirecta hacen hoy referencia los art. 6.2 LOI, aunque este concepto ya existía con anterioridad. En el ámbito Europeo, el concepto de discriminación indirecta se encuentra expresamente definido en el art. 2.1. de la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición), Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de septiembre de 2002 –Diario Oficial de las Comunidades Europeas de 5 de octubre del 2002- por el que se modifica la Directiva 76/207/CEE del Consejo relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo.

También los tribunales se han referido a este concepto en innumerables ocasiones. Así, de la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea son representativas las SsTJUE 170/84 Bilka y 109/88 Dafnoss y de la doctrina del T.C., es trascendente a este respecto, la STC 145/1991, de 1 de julio -B.O.E. de 22 de julio de 1991-

Entre la doctrina, puede verse en este sentido, y entre otros, RODRIGUEZ-PIÑERO, M., “Discriminación de la mujer y tutela antidiscriminatoria”. Relaciones Laborales 1/1992. Págs. 18 y ss; y “Discriminación, igualdad de trato y acción positiva”, en CRUZ VILLALÓN, J. (coordinador), *La igualdad de trato en el Derecho Comunitario Laboral*. Aranzadi. Pamplona, 1997. Págs. 97-114; SAEZ LARA, C., *Mujeres y mercado de trabajo. Las discriminaciones directas e indirectas*. C.E.S. Madrid, 1994. Págs. 47 y ss.; SIERRA HERNAIZ, E., *Acción positiva y empleo de la mujer*. CES. Madrid, 1999. Pág. 14.; FABREGAT MONFORT, G., *Los Planes de Igualdad como obligación empresarial*. Ed. Bomarzo, 2007. Pág. 17; MOLINA HERMOSILLA, O., *Gestión Práctica de los Planes de Igualdad*, Bomarzo, 2010; ROMERO RODENAS, M.J., *Planes de igualdad*. Bomarzo, 2017; ROMERO BUERILLO, A.M. (Dir.), *Trabajo, Género e Igualdad*. Aranzadi, 2018; VENTURA FRANCH, A. Y GARCÍA CAMPA, S., (Dir.) *El derecho a la igualdad efectiva de mujeres y hombres: una evaluación del primer decenio de la Ley Orgánica 3/2007*. Aranzadi, 2018.

concorre o no la conducta discriminatoria, hay que tener en cuenta las diferencias entre una y otra manifestación de discriminación.

En ese sentido, hay que reparar fundamentalmente en lo siguiente:

a) En primer lugar, en el hecho de que la discriminación indirecta pone el acento en el resultado de la medida, en el sentido de ser irrelevante a tal efecto la intencionalidad de discriminar, pues lo importante es el resultado adverso que para un colectivo concreto se origina con la adopción de una determinada medida.

b) En segundo lugar, en que mientras que en las discriminaciones directas no existe razonabilidad posible que pueda justificar la violación del mandato de trato paritario, en las indirectas, siempre que de acuerdo con el principio de proporcionalidad exista un motivo objetivo, los efectos de una presumible discriminación indirecta serán susceptibles de justificación empresarial y, por tanto, la conducta a priori discriminatoria dejará de serlo ante la existencia de un porqué razonable que, dentro de los parámetros que implica el principio de proporcionalidad, fundamenta su adopción.

c) En tercer y último lugar, y además de forma realmente trascendente a efectos de progresar en la tutela antidiscriminatoria, la diferenciación entre ambas manifestaciones de la discriminación exige tener en cuenta que únicamente desde la vertiente indirecta, la discriminación puede adquirir una dimensión supraindividual. En ese sentido, deja de ser el individuo, para ser el grupo, el elemento jurídico a comparar en la calificación del carácter discriminatorio o no de un acto o comportamiento.

Todo ello debe manejarse a la hora de evaluar la realidad de la concreta empresa respecto de la cual se diseñará el Plan de Igualdad. Pero hay más. Esta doble manifestación de la discriminación no debe llevar a ignorar otra discriminación más global a la que ya me he referido: la discriminación social, causa fundamental de la segregación por género que presenta el mercado de trabajo, y que es apreciable desde una perspectiva horizontal y vertical y que cabe definir “como la situación generalizada de discriminación existente en una sociedad, producto de prácticas, perjuicios y usos sociales, no supone concretos actos discriminatorios, sino la presencia de los obstáculos existentes para la consecución de la igualdad sustancial”⁷.

Pues bien, como conclusión de todo lo anterior, debe retenerse que estos conceptos de discriminación directa, indirecta, y social deben manejarse con soltura a la hora de realizar el diagnóstico de la realidad habida cuenta que, como ya se ha dicho, de los resultados del diagnóstico depende que en el Plan que se elaborará se fijen unos objetivos y estrategias u otros distintos.

Por tanto, diagnóstico y evaluación de la discriminación que pueda existir en la realidad de la empresa, desde la triple perspectiva de la discriminación: directa, indirecta, e incluso apreciando los posibles efectos en la empresa de la

⁷ Cfr. SIERRA HERNAIZ, E., *Acción positiva y empleo...*, cit., pág. 17

discriminación social. Todo ello, siendo consciente de que dependiendo de lo que se aprecie o no en este diagnóstico, las medidas que se adoptarán en un Plan de Igualdad incidirán en unas materias o en otras completamente diversas, de ahí que sea tan importante clarificar estos conceptos.

3.- La obligación de negociar el diagnóstico previo al Plan de Igualdad

Ahora bien, si lo anterior está claro en cuanto a cómo hacer el diagnóstico, lo que nunca lo ha estado tanto ha sido la obligación o no de que el diagnóstico fuese consensuado con los agentes sociales. Y a eso se refiere precisamente el actual art. 46.2 LOI, reforzando en dos momentos distintos del precepto la necesidad de que efectivamente el diagnóstico se consensue con los representantes de las personas trabajadoras. En efecto, de un lado, el hoy vigente art. 46.2 LOI dice en su primer párrafo “los Planes de Igualdad contendrán un conjunto ordenado de medidas evaluables dirigidas a remover los obstáculos que impiden o dificultan la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Con carácter previo *se elaborará un diagnóstico negociado, en su caso, con la representación legal de las personas trabajadoras* que contendrá al menos las siguientes materias (...)” y más adelante, y después de enunciar las materias que lo deben conformar, insiste “*La elaboración del diagnóstico se realizará en el seno de la Comisión Negociadora del Plan de Igualdad, para lo cual, la dirección de la empresa facilitará todos los datos e información necesaria para elaborar el mismo en relación con las materias enumeradas en este apartado, así como los datos del Registro regulados en el artículo 28, apartado 2 del Estatuto de los Trabajadores*”.

Cierto que después, en concreto, en el art. 46.6 LOI se introduce un precepto para decir que se producirá un desarrollo reglamentario del diagnóstico -entre otras materias-, pero en tanto en cuanto este desarrollo se produzca el art. 46 LOI está vigente y hay que interpretarlo.

En ese sentido, y en atención a lo expuesto resulta evidente la voluntad del legislador de que el diagnóstico sea consensuado con la representación de las personas trabajadoras, luego ya veremos con quienes, pero lo que resulta evidente es que el diagnóstico debe ser consensuado con los agentes sociales.

Y además es lógico que sea así. Suele olvidarse que la negociación colectiva es ex. art. 45.1 y 45.2 LOI el instrumento al que remite el legislador para implementar los Planes de Igualdad, bien como convenio colectivo, bien como acuerdo de empresa ad hoc entre quienes ostentan legitimación para negociar un convenio⁸. De donde sigue que, si el Plan debe ser negociado, es lógico que el diagnóstico también lo sea. Y ahora, con la nueva redacción del art. 46.2 LOI es claro que lo es.

⁸ Idea que, aunque no es el momento ni lugar de desarrollar, se ratifica desde una interpretación integrada de la Disposición Adicional Décimo Primera LOI que establece que los Planes de Igualdad se podrán negociar en los convenios⁸ y la Disposición Transitoria Cuarta de la LOI.

Lo que ocurre es que no todos los Planes de igualdad son reconducibles a los arts. 45.1 y 45.2 LOI, aunque sí la mayoría.

En efecto, aunque no es el momento de extenderse a ese respecto, las obligaciones al respecto de la negociación de las medidas de igualdad son dos: de un lado, ex. art. 45.1 LOI, se establece la obligación general diciendo que “todas las empresas⁹ están obligadas a respetar la igualdad de trato y de oportunidades en el ámbito laboral y, con esta finalidad, deberán adoptar medidas dirigidas a evitar cualquier tipo de discriminación laboral entre mujeres y hombres, medidas que deberán negociar, y en su caso acordar, con los representantes legales de los trabajadores en la forma que se determine en la legislación laboral”; de otro, se concreta esa obligación general para toda empresa en la imposición de la implantación de un Plan de Igualdad a las empresas que cumplan determinadas características.

En ese sentido, las empresas obligadas a implantar Planes de igualdad lo son en base a una serie de requisitos: requisito cuantitativo, en función del número de personas trabajadoras en la empresa, hoy fijado en 50 personas ex. art. 45.2.; requisito cualitativo, porque así lo diga el convenio colectivo ex. art. 45.3. LOI; por permuta de una sanción ex. art. 45.4 LOI; y, finalmente, simplemente y sin imposición puede que el Plan de Igualdad exista porque voluntariamente así lo ha decidido la empresa ex. art. 45.5. LOI.

Pues bien, de entre todos esos supuestos, la gran mayoría de los Planes de Igualdad que existen en nuestro ordenamiento jurídico se deben a la imposición de la obligación en base al criterio cuantitativo, esto es, por alcanzar la empresa el número de trabajadores al que se refiere el art. 45.2. LOI. Y si eso ha sido así durante estos años, más lo va a ser tras el RD-Ley 6/2019 pues, como he dicho, y con el plazo al que me he referido, esta obligación legal ha pasado de empresas de 250 trabajadores a empresas de 50 personas en plantilla o más.

Estos Planes, los que se adoptan por criterio cuantitativo, son los que se deben negociar con los representantes de las personas trabajadoras “en la forma que se determine en la legislación laboral” ex. art. 45.2 LOI y sus diagnósticos necesariamente negociados ex. art. 46.2 LOI.

La voluntad del legislador, en el sentido de que el diagnóstico sea necesariamente negociado con los representantes de los trabajadores, es clara en mi opinión, máxime teniendo en cuenta que la ley hasta se detiene, en el art. 46.2 in fine, a especificar que la empresa está obligada a dar la información necesaria a los representantes de los trabajadores a efectos de poder llevar a cabo el diagnóstico. Por tanto, y como primera idea, obligación de negociar siempre el diagnóstico previo al Plan de Igualdad.

⁹ Independientemente de su número de trabajadores.

Ahora bien, también es verdad que el art. 46.2. LOI, al principio, cuando establece la obligación de negociar el diagnóstico lo hace incluyendo expresamente un “*en su caso*”¹⁰.

Pues bien, teniendo en cuenta que, por lo expuesto, la obligatoriedad de negociar es clara, ese “*en su caso*”, a mi modo de ver, solo puede referirse a dos supuestos: el primero, el de aquellas empresas que no tengan representantes de los trabajadores y pese a eso implanten un Plan de Igualdad; en segundo lugar, el de aquellas empresas que implanten el Plan de Igualdad como permuta a una sanción accesoria ex. art. 45.4 LOI.

En efecto, de un lado, aunque por imposición cuantitativa el número de trabajadores que determina la obligación directa de implantar un Plan de Igualdad sea de cincuenta trabajadores, evidentemente pueden existir empresas de menos de cincuenta que implanten un Plan de Igualdad. Y entre estas, e incluso en las de más de cincuenta trabajadores, puede que existan empresas que no tengan representantes, en ocasiones en las de reducido número, porque ni siquiera legalmente están obligados a tenerlos y no obstante ello sí vayan a implantar un Plan de Igualdad, bien porque lo establece el convenio, bien porque permutan una sanción accesoria o simplemente porque voluntariamente así lo deciden. En ese caso resulta claro, al menos en mi opinión, que si las empresas pueden implantar un Plan de Igualdad sin tener representantes de los trabajadores, también pueden elaborar un diagnóstico sin negociarlo con estos, entre otras, porque ni existen en la empresa ni existe obligación legal de que existan.

El segundo supuesto al que entiendo que se refiere el art. 46.2 cuando dice que el diagnóstico se negociará “*en su caso*” con los representantes, es, como avanzaba, aquel en el que el Plan se negocia como sustitución a la sanción accesoria. Desde el momento en que la ley, art. 45.4 LOI, remite para la implantación de este Plan a “la negociación o, en su caso, consulta con la representación legal de los trabajadores y trabajadoras”, está aceptando la existencia de estos Planes con la mera consulta a la representación de los trabajadores habida cuenta que lo importante es, en esos casos, que es la autoridad laboral la que permite negociar ese Plan en lugar de aplicar una sanción accesoria por discriminar. Y en ese sentido, y solo en esos casos, creo que si basta la consulta para implantar el Plan también basta la consulta para diseñar el diagnóstico de situación como paso previo al Plan de Igualdad, aunque la consulta es en defecto de negociación y por tanto, si hay representantes debe intentarse esa negociación y solamente si fracasa por no alcanzarse acuerdo, cabrá la decisión empresarial bastando con la consulta sobre la misma.

¹⁰ 46.2 LOI (...) con carácter previo se elaborará un diagnóstico negociado, **en su caso**, con la representación legal de las personas trabajadoras (...)

A estos dos supuestos, que en la práctica son residuales, es a lo que entiendo que se refiere el “en su caso” del art. 46.2 LOI. En el resto de los casos, la inmensa mayoría, no creo que ante la literalidad del art. 46.2 LOI resulte defendible la posible existencia de un diagnóstico sin consenso con la representación de los trabajadores. A día de hoy y con la actual redacción legal entiendo que el diagnóstico, salvo en los casos expuestos, siempre debe negociarse con los representantes de las personas trabajadoras. Cuestión distinta, como ahora veremos, es que entiende la LOI por tales.

4.- La delimitación de la representación de las personas trabajadoras en la negociación del diagnóstico

En efecto, hay una cuestión que la LOI no tiene clara, cual es, la diferencia entre la representación unitaria y sindical y la preferencia de una frente a la otra al respecto de la negociación del Plan de Igualdad y, por extensión, del diagnóstico.

Por aplicación del Convenio número 135 de la OIT la representación sindical en la empresa tiene preferencia frente a la representación legal en la negociación en el ámbito de la empresa sin que exista excepción al respecto en el ET¹¹ ni tampoco en el art. 45.2 LOI cuando define los Planes de Igualdad y los remite a la negociación en la forma en que se determine en la legislación laboral. Sucede, no obstante, que en el art. 46.2 LOI cuando se refiere al diagnóstico remite a la representación legal obviando la representación sindical. Entiendo que lo anterior hay que interpretarlo como un error, una disfuncionalidad del legislador. Entre otras cosas porque poco sentido tendría mencionar en el precepto referido a la negociación del Plan a la representación en el modo que fija la legislación laboral y, acto seguido, en el precepto siguiente –referido al paso previo, el diagnóstico¹²- alterar el orden que rige en la legislación laboral por imperativo de un convenio de la OIT y entender que para el diagnóstico la legitimación negocial corresponde siempre a la representación legal – salvo que se entendiese que con ese concepto el legislador no prejuzga ni distingue entre representación unitaria y sindical -. Lo que por otra parte, además, no puede hacer la LOI porque, como ya se ha dicho, la preferencia de la representación sindical frente a la legal no solo está en el ET sino también en el Convenio número 135 de la OIT. Y, en ese sentido, entender lo contrario, contravendría la jerarquía entre normas internacionales y estatales.

A mayor abundamiento, además, el propio art. 46 LOI contiene una *contradictio in terminis* porque, después de decir que se consensuará con la representación legal de las personas trabajadoras, dice que se negociará en el

¹¹ Y así lo ratifica el art. 41 ET y el art. 82.3 ET

¹² El diagnóstico es parte del Plan de Igualdad según la definición del art. 46.2 LOI referida.

seno de la Comisión Negociadora del Plan de Igualdad. Comisión negociadora para cuya constitución el art. 45 LOI remite a la legislación laboral, y en la que, como se acaba de exponer y por los argumentos mencionados, tiene preferencia la representación sindical frente a la legal.

Por tanto, y en conclusión, entiendo que siempre que exista representación, el diagnóstico deberá ser negociado y consensuado entre empresa y representantes. Teniendo, por lo expuesto, preferencia para negociar tanto el Plan como el diagnóstico la representación sindical y, solo en defecto de la misma, la representación legal. Siendo en el sentido expuesto en el que creo que hay que interpretar tanto el art. 45.2 LOI como el art. 46.2. LOI.

5.- Las materias que deben conformar el diagnóstico y su obligatoriedad

En cuanto a las materias que obligatoriamente debe conformar el diagnóstico poco puede decirse. Desde luego son todas las determinantes en materia de igualdad entre mujeres y hombres en la empresa.

De hecho, son las mismas que antes fijaba el art. 46.2 LOI a modo de ejemplo como contenido de los Planes de Igualdad, incluyendo tres novedades de calado; pero ahora además se hace insistiendo en la necesidad de que todo eso sí o sí y como contenido mínimo forme parte del diagnóstico.

Estas materias a las que se refiere la ley son: 1º) acceso al empleo; 2º) clasificación profesional; 3º) formación; 4º) promoción profesional; 5º) condiciones de trabajo incluida la auditoría salarial entre mujeres y hombres; 6º) ejercicio corresponsable de los derechos de la vida personal, familiar y laboral; 7º) infrarrepresentación femenina; 8º) retribuciones; 9º) prevención del acoso sexual y del acoso por razón de sexo.

Un estudio detallado de todas y cada una de ellas sin duda excede de un artículo de estas características, no obstante quiero poner el acento en las tres incorporaciones del art. 46.2 LOI, hoy referido al diagnóstico y antes al contenido del Plan y que son: la auditoría salarial; la conciliación desde la corresponsabilidad; y la infrarrepresentación femenina. Y quiero poner el acento en estas tres cuestiones no por desmerecer al resto de materias, antes al contrario, pero sí para resaltar que las tres inciden plenamente en el centro, en la esencia, en la sustancia, de lo que en mi opinión son cuestiones claves en la discriminación de mujeres y hombres en el empleo a día de hoy y que no se han podido todavía solventar, y que son: la brecha salarial, el reparto de espacios públicos y privados o tareas productivas y reproductivas; y la segregación laboral de género. A estas tres cuestiones responde el RD-L 6/2019 con el registro salarial, la corresponsabilidad y la infrarrepresentación femenina como cuestiones a considerar necesariamente en el diagnóstico que precede al propio Plan de Igualdad.

Evidentemente, y si nos ceñimos a la letra del art. 46.2 LOI tras el RD-Ley 6/2019, el tratamiento de estas materias, en cuanto a contenido, diferirá de

unos Planes a otros en función del resultado del diagnóstico, pero lo que es claro es que, como si de un contenido mínimo de los convenios colectivos se tratara, todo diagnóstico previo al Plan de Igualdad, para poder ser considerado como tal, al menos, deberá contener un análisis de las materias que ex. art. 46.2 LOI se nos dice que deben ser abordadas en todo caso.

6.- La sanción a imponer en caso de no negociar el diagnóstico

Por lo demás, la modificación del art. 7.13 del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social¹³, también por el RD-Ley 6/2019 creo que facilita la posible imposición de una sanción en caso de que existiendo obligación de implantar un Plan de Igualdad y negociar un diagnóstico en los términos expuestos en este artículo, no se haga así. En efecto, la actual redacción del art. 7.13 LISOS considera constitutivo de infracción grave “No cumplir las obligaciones que en materia de planes y medidas de igualdad establecen la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, el Estatuto de los Trabajadores o el convenio colectivo que sea de aplicación.” Y esa modificación, además de clarificar la diferencia entre medidas y planes en cuanto a obligatoriedad sancionable en caso de incumplirse, al anexar como motivo de sanción los incumplimientos de las obligaciones fijadas en la LOI a las del ET y convenio-ya mencionadas en la anterior redacción del art. 7.13 LISOS-, clarifica la posibilidad de sancionar cualquier incumplimiento legal exigible por la LOI en materia de Planes de Igualdad. Incumplimiento legal, obviamente, que parece debe incluir la no negociación del diagnóstico del Plan de Igualdad existiendo obligación de hacerlo. Obligación que, en definitiva, y por lo expuesto, existirá en la inmensa mayoría de los casos.

7.- A modo de conclusión: unas reflexiones sobre el diagnóstico y el contenido del Plan de Igualdad resultante tras la reforma del RD-Ley 6/2019

Como conclusión, pues, y en función de lo expuesto, entiendo que es oportuno incidir en la importancia del diagnóstico como paso previo y determinante del Plan de Igualdad habida cuenta que será lo que delimitará al respecto de que materias en la empresa no se ha garantizado la igualdad real entre mujeres y hombres y, en consecuencia, las materias sobre las que debe actuarse en el Plan de Igualdad.

El legislador del RD-Ley 6/2019 creo que es consciente de esto; por eso impone negociar el diagnóstico con los representantes de las personas trabajadoras, en los términos expuestos, y le fija al diagnóstico un contenido

¹³ En adelante, LISOS

obligatorio que, por lo demás, es determinante para la garantía de la igualdad real entre mujeres y hombres en el trabajo.

Lo deseable es que el Plan de Igualdad, después, sea un reflejo adecuado y coherente con la realidad mostrada en el diagnóstico y que incluya también todas esas materias que deben aparecer en el diagnóstico, aunque ello no sea obligatorio en aquellos casos en los que no se aprecie la concurrencia de discriminación, lo que ocurrirá en pocas ocasiones.

De cualquier forma, incluso en los casos en los que no sea obligatorio, sí es aconsejable que a efectos de garantizar que lo negociado efectivamente es un Plan de Igualdad adecuado al diagnóstico de la empresa, incluso esas materias que no exigen intervenciones concretas, formaran parte del Plan de Igualdad aunque solo fuese a efectos de reiterar que al respecto no se ha apreciado discriminación en el diagnóstico. Con ello se favorecería el control externo e interno en los términos expuestos y se garantizaría la viabilidad y eficacia del Plan de Igualdad como tal. Y aunque evidentemente el tratamiento de estas materias, en cuanto a contenido, diferirá de unos Planes de Igualdad a otros en función del resultado del diagnóstico, no estaría de más que por lo expuesto, y de momento, los Planes de Igualdad que a partir de ahora se negociaran contuviesen mención expresa a todas las materias que ex. art. 46.2 LOI post RD-ley 6/2019 son obligatorias para el diagnóstico.