



Universidad
Zaragoza

Trabajo Fin de Máster

NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y RSE EN LA LEY DE IGUALDAD

Instrumentos para el logro de la igualdad de oportunidades en el
ámbito laboral.

Alumna
Pilar Giménez García.

Directora
Prof. Dra. Ruth Vallejo Dacosta.

Facultad de Derecho

2012

ÍNDICE DE CONTENIDOS

	<u>PÁGINA</u>
I. INTRODUCCIÓN.....	5
1. METODOLOGÍA Y DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE ESTUDIO.....	8
2. LA DESIGUALDAD COMO SITUACIÓN DE PARTIDA.....	9
2.1. La discriminación de la mujer en la vida social y laboral.....	9
2.2. Introducción: Conceptos feministas que explican la discriminación.....	10
2.2.1. Androcentrismo: El hombre como medida de todas las cosas.....	10
2.2.2. Machismo y Sexismo.....	10
2.2.3. Noción de Género y Sexo.....	11
3. LEY ORGÁNICA, 3/2007, DE IGUALDAD ENTRE HOMBRES Y MUJERES, DE 22 DE MARZO.....	14
3.1. ORÍGENES Y CARACERÍSTICAS DE SU REGULACIÓN LEGAL.....	14
3.1.1. Antecedentes legislativos internacionales y europeos.....	14
3.1.2. Características de su regulación legal.....	18
3.1.3. El nuevo marco interpretativo tras la LOI.....	21
3.2. IGUALDAD DE OPORTUNIDADES: Alcance del concepto.....	23
3.2.1. El principio de igualdad, la prohibición de discriminación y el principio de igualdad de oportunidades.....	23
3.2.2. El principio de igualdad de oportunidades en la LOI y su impacto en la relación laboral	26
-Principio de Igualdad de oportunidades <i>formal</i> en la LOI.....	28
-Principio de Igualdad de oportunidades <i>material</i> en la LOI.....	29
II. LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA, LAS MEDIDAS DE IGUALDAD Y LOS PLANES DE IGUALDAD.....	31
1. RAZONES PARA INTERVENIR SOBRE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA.....	31
2. EL DEBER DE ADOPTAR Y EL DEBER DE NEGOCIAR MEDIDAS DE IGUALDAD.....	34
2.1. Contenido legal del deber de negociar medidas de igualdad.....	35
2.2. Relaciones entre el deber de negociar y el deber de adoptar	

medidas de igualdad.....	37
3. TIPOLOGÍA Y SENTIDO GENERAL DE LAS MENCIONES DE LA LOI A LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA.....	39
3.1. Preceptos declarativos o programáticos.....	40
3.2. Preceptos instrumentales o de mera remisión a la regulación.....	46
4. PLANES DE IGUALDAD OBLIGATORIOS Y PLANES DE IGUALDAD VOLUNTARIOS.....	54
4.1. LOS PLANES DE IGUALDAD.....	54
4.1.1. Concepto y características.....	54
4.1.2. Naturaleza y eficacia jurídica.....	56
4.1.3. Elaboración de un plan de igualdad.....	58
4.1.4. Ventajas “legales” por la elaboración de planes de igualdad.....	61
4.2. PLANES DE IGUALDAD OBLIGATORIOS.....	62
4.2.1. Empresas obligadas legalmente a adoptar un plan de igualdad desde un punto de vista cualitativo.....	62
4.2.2. Empresas obligadas legalmente a adoptar un plan de igualdad desde un punto de vista cuantitativo.....	65
4.2.3 Empresas cuya obligación de negociar un plan de igualdad deriva de la previsión del convenio colectivo en esta materia.....	67
4.3. PLANES DE IGUALDAD VOLUNTARIOS.....	68
III. LA RESPONSABILIDAD SOCIAL EMPRESARIAL Y LA LEY DE IGUALDAD.....	70
1. CONCEPTO, ORIGEN Y CARACTERÍSTICAS DE LA RSE.....	70
2. LA RSE EN EL ÁMBITO LABORAL: SU TRATAMIENTO EN LA LOI.....	74
2.1. Aplicaciones laborales de la RSE para la igualdad efectiva entre sexos.	74
2.2. Responsabilidad Social Empresarial en la LOI.....	76
2.2.1. La promoción para adoptar medidas de igualdad.....	76
2.2.2. Incentivos.....	84
IV. CONCLUSIONES.....	81
Normativa.....	83
Bibliografía consultada.....	85

ABREVIATURAS MÁS UTILIZADAS

AA.VV. Autores Varios

AN Audiencia Nacional.

AP Audiencia Provincial.

Art. Artículo.

BO Boletín Oficial.

BOE Boletín Oficial del Estado.

CC Código Civil.

CE Constitución Española.

CES Consejo Económico y Social.

CGPJ Consejo General del Poder Judicial.

Cit. Citado.

CCOO Comisiones Obreras.

Coord. Coordinador.

Dir. Directiva.

Dir. Director.

DO Diario Oficial.

Ed. Edición.

ET Estatuto de los Trabajadores.

Etc. Etcétera.

FJ Fundamento Jurídico.

LGSS Ley General de la Seguridad Social.

LISOS	Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social.
LJS	Ley reguladora de la Jurisdicción Social.
L.O.	Ley Orgánica.
LOI	Ley Orgánica de Igualdad Efectiva entre Mujeres y Hombres.
LPRL	Ley de Prevención de Riesgos Laborales.
OIT	Organización Internacional del Trabajo.
<i>Pág.</i>	Página.
Prof.	Profesor/a.
S	Sentencia.
Ss.	Siguientes.
TC	Tribunal Constitucional.
TJCE	Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea.
TS	Tribunal Supremo.
TSJ	Tribunal Superior de Justicia.
UE	Unión Europea.
UGT	Unión General de Trabajadores.
<i>Vid.</i>	Ver.
<i>Vid. infra</i>	Ver abajo.
<i>Vid. supra</i>	Ver arriba.
<i>Vol.</i>	Volumen

I.INTRODUCCIÓN

Premisas para el análisis de la significación y el alcance global de la LO 3/2007, de Igualdad entre hombres y mujeres.

En un reducido periodo de tiempo, se ha producido un importantísimo avance en la incorporación de la mujer al mercado de trabajo, provocando un profundo cambio en la sociedad española. Hay que recordar que hasta mediados de los años setenta, la mujer necesitaba autorización de su marido para trabajar¹, se contemplaba el derecho de la trabajadora a extinguir su contrato de trabajo por razón de matrimonio, así como a la excedencia forzosa por razón de matrimonio, o la prohibición de que las mujeres accedieran a determinadas profesiones² o no pudieran prestar servicios en jornada nocturna³. No obstante, y pese a la superación de los citados anacronismos en material

¹ Concretamente, hasta la Ley 14/1975, de 2 de mayo, sobre reforma de determinados artículos del Código Civil y del Código de Comercio (BOE 107, 5 de mayo de 1975), sobre la situación jurídica de la mujer casada y los derechos y deberes de los cónyuges, que modificó el humillante apartado 3º del art. 1263 CC que asimilaba a la mujer casada a quienes física y psicológicamente carecían de los presupuestos normales de capacidad.

² El TC abordó el problema de la posible inconstitucionalidad de las normas protectoras de la mujer en la importante Sentencia nº 229/1.992, de 14 de diciembre, anulando la Sentencia del TSJ de Madrid de 11 de julio de 1.989, que declaraba ajustada a Derecho la decisión de la empresa (HUNOSA) de negar a una mujer el derecho a ocupar plaza en el interior de la mina una vez superadas las correspondientes pruebas de admisión. En la citada sentencia del TC se estableció que “...*la protección de la mujer y su salud en función de su sexo debe examinarse con suma cautela e incluso con desconfianza por las repercusiones negativas que directa e indirectamente puedan tener en la consecución de la efectiva igualdad entre hombres y mujeres*”, declarándose inconstitucional el art. 1 del Decreto de 26 de julio de 1957, que prohibía el acceso de la mujer al trabajo en la mina, por ser contrario al art. 14 de la CE y “*exigiendo eliminar aquellas normas jurídicas que (con la salvedad del embarazo y la maternidad) aunque históricamente respondieran a una finalidad de protección de la mujer como sujeto fisiológicamente más débil, suponen refrendar o reforzar una división sexista de trabajos y funciones mediante la imposición a las mujeres de límites aparentemente ventajosos pero que le suponen una traba para su acceso al mercado de trabajo...*” Lo que nos lleva a concluir que serán discriminatorios las prohibiciones al trabajo en aquellos casos que carezcan de base científica razonable y objetiva en el estado actual de la ciencia y no lo serán aquellos que traten de proteger fundamentalmente el trabajo femenino.

Actualmente dicho Decreto está derogado por la Disposición Derogatoria de la Ley 31/1995, en lo relativo al trabajo de las mujeres y el art. 8º de la Carta Social Europea.

³ Sentencia del TC nº38/1.986, de 21 de marzo, que declara contraria al art. 14 de la CE el art. 2 del Decreto-Ley de 15 de agosto de 1.927 que establecía en favor de las mujeres un descanso nocturno mínimo y continuado de 12 horas.

laboral, queda mucho por hacer pues la situación de la mujer en el mercado de trabajo es todavía, cuantitativa y cualitativamente, peor que la de los hombres.

Los numerosos estudios realizados sobre mercado de trabajo ponen de manifiesto las diferencias de orden de género⁴ existentes en el ámbito laboral y que se observan en el mercado de trabajo de la mayoría de los países desarrollados. Las investigaciones ponen en evidencia la existencia de dos tipos de segregación, una horizontal: la desigual participación de hombres y mujeres según el sector, rama de actividad o tipo de trabajo; y por otro lado, una segregación vertical: la desigualdad que existe en el acceso a diferentes categorías profesionales por parte de hombres y mujeres⁵. Los puestos directivos y las categorías profesionales de mayor rango jerárquico son mayoritariamente ocupados por hombres, mientras que tan sólo una minoría de mujeres desempeña dichos cargos (fenómeno denominado *glass ceiling*⁶). Se observa, asimismo, una tendencia generalizada a que un mismo trabajo -trabajo de igual valor- esté mejor retribuido si quien lo desempeña es un hombre⁷.

⁴ El término *género* (si bien se explicará con mayor detenimiento en el punto B.I.3) indica la asignación desigual de responsabilidades y roles sociales entre mujeres y hombres, producto de pautas culturales, de hábitos y estereotipos que definen (e implícitamente valoran) las tareas de acuerdo al sexo de las personas. Estas diferencias de origen social se consideran artificiales, adquiridas, variables y contingentes, por lo que pueden manipularse mediante las correspondientes políticas correctoras. AA.VV. GONZÁLEZ MARTÍN, A. (coord.). *El plan de igualdad y la responsabilidad social de la empresa*. Lex Nova. Valladolid, 2010. Pág. 55.

⁵ La revista *cauces* elaborada por el gabinete de estudios del Consejo Económico y Social, en el último informe publicado sobre el panorama sociolaboral de la mujer en España, pone de manifiesto que en el 2007 el empleo de las mujeres se incrementa de forma porcentual respecto al de los hombres (un 8,4% de ellas frente a un 2,1% de ellos). Ahora bien, las tasas de desempleo siguen siendo más altas en el caso de las mujeres que en el de los hombres: en el 2007 un 10,9% de ellas frente a un 6,4% de ellos. Y lo mismo puede decirse del índice de contrato a tiempo parcial, por poner un ejemplo de segregación horizontal, frente al 11% del trabajo de tiempo parcial de ambos sexos, sólo un 4,2% de varones están contratados a tiempo parcial frente al 22,8% de las mujeres. Consejo Económico y Social, *revista cauces*, septiembre 2007.

⁶ El término *glass ceiling* proviene de Estados Unidos y se adoptó en la década de los años 70 para describir las barreras artificiales e invisibles creadas por prejuicios empresariales y de actitud que dificultan el que las mujeres ocupen cargos ejecutivos de prestigio (techo de cristal laboral). Definición dada por SARRIÓ, M. y BARBERÁ, E. “El techo de cristal en la promoción profesional de las mujeres”. *Revista de psicología social*, vol. 17, núm. 2, 2002, págs. 167-182.

⁷ De acuerdo a la Encuesta anual de estructura salarial del año 2008 (publicada por el Instituto Nacional de Estadística) la ganancia media anual por trabajador fue de 21.883,42 euros en el año 2008. La ganancia media anual femenina (18.910,62 euros) supuso el 78,1% de la masculina (24.203,33 euros). Respecto a distribución salarial, en el año 2008, el 8,1% de las mujeres tenía ingresos salariales menores o iguales que el Salario Mínimo Interprofesional (SIM), frente al 2,9% de los hombres. Y observando los Grupos principales de la Clasificación Nacional de Ocupaciones y la ganancia media, se pone de relieve que las mujeres tuvieron un salario inferior al de los hombres en todas las ocupaciones (por ejemplo, profesiones

La normativa y las actuaciones desarrolladas por las autoridades se han ocupado preferentemente de proteger a la mujer de trabajos o esfuerzos que pueden resultar perjudiciales para ella, para el desarrollo del embarazo o del recién nacido, así como de establecer medidas para facilitar la atención de las responsabilidades familiares a la vez que se ha fomentado la participación de la mujer en la esfera pública. De este modo se ha conseguido una mayor participación de las mujeres en el ámbito público y en el privado, pero no ha ocurrido lo mismo con los hombres, que poseen históricamente un mayor protagonismo en la esfera pública, mientras que sus responsabilidades en la esfera privada apenas se han visto incrementadas. Por ello, se trata de coordinar la participación de hombres y mujeres tanto en la vida pública como en la privada, considerando las diferencias entre ambos para contemplarlas en las regulaciones y políticas a todos los niveles (social, económico, político...).

En este contexto debemos entender la Ley Orgánica 3/2007, de Igualdad entre hombres y mujeres (LOI)⁸, aprobada por Las Cortes Generales con el voto mayoritario de los distintos grupos parlamentarios⁹, consolidando en nuestra realidad normativa uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico, reconocido en el art. 14 de nuestra Constitución: La igualdad de los españoles ante la Ley, valorándose, especialmente y de forma positiva, el propósito de hacer efectivo el principio de igualdad y oportunidades desde un planteamiento multidisciplinar, implicando a los poderes públicos y a la sociedad en su conjunto, haciéndoles partícipes del objetivo de prevenir, eliminar y subsanar todas las formas de discriminación por razón de sexo, máxime cuando la redefinición de las políticas de igualdad mediante esta perspectiva de género, pasa por el reconocimiento y asunción del derecho a la conciliación de la vida personal y laboral y el fomento a una mayor corresponsabilidad de las obligaciones domésticas entre hombres y mujeres¹⁰.

asociadas a una titulación de 1º ciclo universitario y afines: la ganancia media por trabajador fue de 28.040,03 euros en mujeres frente a 31.736,83 euros en los hombres). www.ine.es

⁸ Ley Orgánica 3/2007, de 22 de Marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres (BOE de 23 de marzo de 2.007).

⁹ Finalmente se aprobó el 15 de marzo de 2007, con 192 votos a favor y 119 abstenciones, sin contabilizarse ningún voto en contra (BOE 71, 23 de marzo de 2003).

¹⁰ VALLEJO DACOSTA, R. *Aspectos laborales más relevantes de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de Marzo, para la igualdad efectiva de hombres y mujeres*. Monografía, línea de investigación grupo consolidado S-07, Universidad de Zaragoza. Gobierno de Aragón. Zaragoza, 2008. Pág.6.

1. METODOLOGÍA Y DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE ESTUDIO

Ciertamente, desde la aprobación de la Constitución, ha habido diversas leyes, sustantivas y procesales que, de modo central o tangencial, han abordado la problemática de la discriminación por razón de sexo, y asimismo, la relativa a la conciliación de la vida laboral y familiar, destacando como hitos legislativos la Ley 3/1989, de 3 de marzo, que amplió a diecisésis semanas el permiso por maternidad y estableció medidas para favorecer la igualdad de trato de la mujer en el mercado de trabajo¹¹ y la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras¹².

Ahora bien, pese a las reformas legislativas y aprobación de leyes en este sentido, en las últimas décadas, el legislador ha sido consciente de la existencia de un problema real en la consecución de una plena, y no meramente formal, igualdad (en la propia LOI se habla de “igualdad efectiva”) entre hombres y mujeres en distintos ámbitos de la vida, dando como resultado la aprobación de la Ley Orgánica 3/2007, de Igualdad entre hombres y mujeres, ambiciosa y novedosa a consecuencia de su carácter transversal, esto es, que afecta a numerosa materias de nuestro ordenamiento jurídico –como se demuestra el que contenga un total de setenta y ocho artículos y que modifique un total de veintiséis Leyes y un Real Decreto-Ley.

Sobre la base de lo planteado por la LOI, este trabajo trata de analizar el papel que esta norma otorga a la negociación colectiva en la empresa privada. Por un lado, se aborda la significación general de la norma a modo de premisa general, y el impacto del principio de igualdad de oportunidades en la relación laboral. Por otro, los márgenes que la Ley reconoce a la negociación colectiva en esta materia, dedicando especial atención a la obligación de negociar medidas y planes de igualdad y los planes de igualdad voluntarios, con el análisis del posible desarrollo de estas medidas a través de la denominada Responsabilidad Social Empresarial o Corporativa, bien cuando la negociación colectiva no alcanza, bien porque así lo prevé el propio texto normativo.

¹¹ BOE 57, 8 de marzo de 1989.

¹² BOE 266, 6 de noviembre de 1.999.

2. LA DESIGUALDAD COMO SITUACIÓN DE PARTIDA:

2.1. La discriminación de la mujer en la vida social y laboral.

La existencia de una división sexual del trabajo y, por ende, la no equiparación de la situación de la mujer respecto a la del hombre en el ámbito laboral; hunde sus raíces en la Revolución industrial y la llegada del capitalismo donde se asienta la denominada *teoría de la domesticidad*, según la cual a los hombres les corresponden las tareas productivas y a las mujeres las reproductivas. Se genera, de esta manera, la división social de roles según el sexo, cuyos efectos, aún hoy, son apreciables¹³.

En la España del siglo XIX y primeras décadas del siglo XX la construcción socio-cultural de género demarcó el ámbito de actuación y la función social de la mujer. Si bien es cierto que hasta la Segunda República la sociedad española se fundamentó en un poder que mediante un cuerpo legislativo discriminatorio regulaba la subordinación de las españolas, fue aún más significativa la influencia extraordinaria del discurso de la domesticidad en el asentamiento de las bases ideológicas de género en la sociedad. Este discurso configuraba un prototipo de mujer modelo - el Ángel del Hogar / la Perfecta Casada / la mujer de su casa - que se basaba en el ideario de la domesticidad y el culto a la maternidad como máximo horizonte de realización de la mujer. Desde esta construcción ideológica la trayectoria social de las mujeres se circunscribía a un proyecto de vida cuyo eje era la familia mientras la elaboración de su identidad personal propia se desarrollaba a partir del matrimonio y de la maternidad sin posibilidad de crear un proyecto social, cultural o laboral autónomo. Ni siquiera el proceso de modernización económica, cultural y política en las primeras décadas del siglo XX que conllevó una reformulación modernizadora de un nuevo prototipo femenino - la Mujer Nueva o Mujer Moderna- cambió el eje constitutivo del discurso tradicional de la domesticidad ya que la maternidad seguía representando la base esencial de la identidad cultural femenina.

¹³ FABREGAT MONFORT, G. *Los planes de igualdad como obligación empresarial*. Bomarzo. Albacete, 2007. Pág.8.

2.2. Introducción: Conceptos feministas que explican la discriminación:

2.2.1. Androcentrismo: El hombre como medida de todas las cosas.

El androcentrismo es la visión del mundo y de las relaciones sociales centrada en el punto de vista masculino, el androcentrismo convierte la visión del hombre en la única posible y establece una serie de paradigmas de estudio y análisis de la realidad concretos, en el caso de la investigación social, un estudio con enfoque antropocéntrico sería "un estudio, análisis o investigación desde la perspectiva masculina únicamente, y utilización posterior de los resultados como válidos para la generalidad de los individuos, hombres y mujeres"¹⁴.

La práctica totalidad de la producción intelectual era, hasta bien entrado el siglo XX, de carácter androcéntrica y esta circunstancia ha sido instrumental para la creación de la identidad femenina a la medida del hombre (sector masculino de la sociedad).

Dado que a lo largo de la historia de la humanidad, la parte masculina de la sociedad ha sido la que ha escrito y teorizado sobre la sociedad, el androcentrismo es una consecuencia a la vez que una condición posibilitadora de este dominio, el androcentrismo se extiende a todos los ámbitos de la sociedad en general y de la producción intelectual en particular, afectando a ámbitos como la escuela y sus materiales educativos, los medios de comunicación, la producción científica, la administración pública, la sanidad, la justicia, etc.

2.2.2. Machismo y Sexismo.

El machismo es un discurso de la desigualdad. Consiste en la discriminación basada en la creencia de que los hombres son superiores a las mujeres. En la práctica, se utiliza machismo para referirse a los actos o las palabras con las que normalmente de forma ofensiva o vulgar se muestra el sexismó que subyace en la estructura social. Así, hay ocasiones en las que una expresión, un chiste, una descalificación, una observación, un comentario... son machistas y pueden resultar molestos, inoportunos o de mal gusto, sin que la persona que lo dice o hace sea sexista. Para entendernos, de alguna manera podríamos decir que el sexismó es consciente y el machismo inconsciente. Por eso, un machista no tiene por qué ser forzosamente un sexista y, de igual manera, un sexista puede que no tenga ningún rasgo aparente de machista.

¹⁴ SAU, V. *Diccionario ideológico feminista*. Icaria Editorial, S. A. Barcelona, 2001. Pág. 236.

El sexismo se define como el conjunto de todos y cada uno de los métodos empleados en el seno del patriarcado para poder mantener en situación de inferioridad, subordinación y explotación al sexo dominado: el femenino. El sexismo abarca todos los ámbitos de la vida y las relaciones humanas¹⁵. Es decir, ya no se trata de costumbres, chistes o manifestaciones de poderío masculino en un momento determinado, sino de una ideología que defiende la subordinación de las mujeres y todos los métodos que utiliza para que esa desigualdad entre hombres y mujeres se perpetúe.

Por ejemplo, machismo es un piropo mientras que sexismo es la división de la educación por sexos, que ha sido una constante hasta nuestros días y que ha oscilado entre enseñar a las niñas a coser y rezar únicamente, hasta la prohibición de ingresar en la universidad o ejercitarse ciertas profesiones.

2.2.3. Noción de Género y Sexo.

El concepto de género es central en la teoría feminista, que define el género (lo masculino/lo femenino), no como una realidad natural, consustancial al ser humano, si no como una construcción cultural. De acuerdo con la definición dada por la Unión Europea¹⁶, género se define como:

- *Género*, tomado en sentido sociológico: Concepto que hace referencia a las diferencias sociales (por oposición a las biológicas) entre hombres y mujeres que han sido aprendidas, cambian con el tiempo y presentan grandes variaciones tanto entre diversas culturas como dentro de una misma cultura.
- *Sistema de género*: Conjunto de estructuras socioeconómicas y políticas que mantienen y perpetúan los roles tradicionales femenino y masculino, así como lo clásicamente atribuido a hombres y mujeres.

Uno de los conceptos básicos que constituyen el núcleo de la estrategia de integración de la perspectiva de género es la distinción entre género y sexo. En este sentido, y según define

¹⁵ SAU, V. *Diccionario ideológico...cit.*, pág. 257.

¹⁶ 100 palabras para la igualdad. *Glosario de términos relativos a la igualdad entre hombres y mujeres*. Comisión Europea, Dirección General de Empleo, Relaciones Laborales y Asuntos Sociales, 1998.

la Comisión Europea, las diferencias existentes entre los hombres y las mujeres son de carácter biológico y de carácter social: *Sexo* es una palabra que hace referencia a las características biológicas que distinguen al macho de la hembra, que son universales. Y *Género* es un concepto que hace referencia a las diferencias sociales entre hombres y mujeres que han sido aprendidas, cambian con el tiempo y presentan grandes variaciones tanto entre diversas culturas como dentro de una misma cultura.

Así, por ejemplo, mientras sólo las mujeres pueden dar a luz (diferencia determinada biológicamente), la biología no dicta quien cuidará a los niños (comportamiento sociológicamente determinado).

De modo que el género sería el resultado de la inmersión en un conjunto de valores socialmente construidos que dan lugar a la concepción de "lo femenino" o de "lo masculino". Las características meramente biológicas (el sexo), a través de una evolución social, han sido revestidas de un conjunto de comportamientos, actitudes, percepciones, pensamientos, etc; que la humanidad ha impuesto a la mujer, ligando a las características biológicas sexuales una imagen concreta de lo que debe ser, creando la relación entre sexo (macho/hembra) y género¹⁷.

Siendo cierto que las diferencias biológicas son deterministas, existe un proceso mucho más determinante de aculturación que es el que realmente marca el género. Desmontar la creencia de que la biología determina la condición femenina (o masculina), afirmando su naturaleza social es uno de los principales objetivos de la teoría de género¹⁸.

El género dominante es el masculino, a través de la *estructura patriarcal*¹⁹ donde se establece dicho dominio, necesitando diferenciarse del género femenino y determinando el enfoque

¹⁷ "El sistema sexo/género asigna características culturales y, en consecuencia, artificiales y perfectamente modificables, a cada uno de los sexos en forma de pares: alto/bajo, arriba/abajo, delante/detrás, claro/oscuro, duro/blando, fuera (público)/dentro (privado), castigando toda forma de disidencia, tanto por parte de mujeres como por parte de hombres". BOURDIEU, P. *La dominación masculina*. Anagrama. Barcelona, 2000. Pág. 145.

¹⁸ VARELA, N. *Feminismo para principiantes*. Ediciones B. Barcelona, 2005. Pág. 204.

¹⁹ El patriarcado "es una forma de organización política, económica, religiosa y social basada en la idea de autoridad y liderazgo del varón, en la que se da el predominio de los hombres sobre las mujeres; del marido sobre la esposa; del padre sobre la madre, los hijos y las hijas; de los viejos sobre los jóvenes y de la línea de descendencia paterna sobre la materna. El patriarcado ha surgido de una toma de poder histórico por parte de los hombres, quienes se apropiaron de la sexualidad y reproducción de las mujeres y de su producto, los hijos, creando al mismo tiempo un orden simbólico a través de los mitos y la religión

científico general. El surgimiento de los estudios de género en los años 70 en Estados Unidos va a provocar una ruptura en otras ciencias sociales, que van a verse obligadas a redefinir sus paradigmas, que hasta entonces estaban diseñados en clave meramente masculina, así, la sociología, la geografía o la psicología, en cuanto aparece la mujer (sexo) como objeto de estudio separado del género, tienen que redefinirse. Dejando de lado el paradigma del determinismo biológico y apareciendo una construcción racional de la relación de la sociedad con la mujer.

El género como construcción social y no biológica es una de las contribuciones más importantes de la teoría feminista. Ninguna de las grandes corrientes teóricas (marxismo, funcionalismo, estructuralismo...) ha dado cuenta de la opresión de las mujeres. Así, la consecuencia más significativa que provoca el nacimiento de la teoría feminista es una crisis de paradigmas: cuando las mujeres aparecen en las ciencias sociales, ya sea como objetos de investigación o como investigadoras, se tambalea todo lo establecido. Se cuestiona cómo se miden las investigaciones, cómo se verifican, la supuesta neutralidad de los términos y las teorías y las pretensiones de universalidad de sus modelos. La introducción de los estudios de género supone una redefinición de todos los grandes temas de las ciencias sociales²⁰.

Y también una revolución política. La tarea que se ha dado a sí misma la teoría feminista, distinguir aquello que es biológico de lo que es cultural, ha tenido una gran trascendencia política puesto que ha trasladado el problema de la dominación de las mujeres al territorio de la voluntad y de la responsabilidad humana.

Es decir, que si los salarios son distintos para los hombres y para las mujeres, es un problema político, no natural o biológico y dependerá de la voluntad política cambiarlo. Como los salarios, toda la desigual distribución de recursos: dinero, ocio, seguridad física, oportunidades.

En la actualidad se puede afirmar que la ideología de género impregna parte de nuestra legislación,²¹ siendo un exponente la LOI si bien no contiene una definición de la visión de

que lo perpetúan como única estructura posible". RECUANT, DOLORS. *La Mujer no existe: Un simulacro cultural*. Maite Canal, 1996. Pág. 55.

²⁰ COBO BEDIA, R. "El género en las ciencias sociales..." *Cuadernos de Trabajo social*, vol. 18. Universidad Complutense de Madrid, 2005, págs. 249-248.

²¹ Por ejemplo "la Ley 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de Derecho a

género, se da por sabido qué es, de forma que el legislador la espolvorea a lo largo de su articulado. Así la Exposición de Motivos indica que “*la ordenación general de las políticas públicas, bajo la óptica del principio de igualdad y la perspectiva de género, se plasma en el establecimiento de criterios de actuación de todos los poderes públicos en los que se integra activamente, de un modo expreso y operativo, dicho principio*”.

3. LEY ORGÁNICA 3/2007 DE IGUALDAD ENTRE HOMBRES Y MUJERES, DE 22 DE MARZO.

3.1. ORÍGENES Y CARACERÍSTICAS DE SU REGULACIÓN LEGAL.

3.1.1. Antecedentes legislativos internacionales y europeos.

Los precedentes en materia de igualdad entre hombres y mujeres, se encuentra en el contexto de las principales organizaciones internacionales de las que España forma parte, dentro de las Naciones Unidas, etc... siendo la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y el concreto ámbito laboral, donde se contrastan los primeros avances en ofrecer un inicial tratamiento de protección de la mujer, que viene a desarrollarse posteriormente con un planteamiento más amplio, que ya trasciende a dicho ámbito, y se orienta hacia la búsqueda de la igualdad entre hombres y mujeres mediante el desarrollo de los derechos civiles y políticos, y el de los derechos económicos, sociales y culturales, culminando en 1979, con el histórico Convenio para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.²² De especial mención resultan las cuatro Conferencias mundiales de la

contraer matrimonio, la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la Rectificación de la Mención Registral del sexo, y la Ley 2/2010, de 3 de marzo, de Salud Sexual y Reproductiva y de la Interrupción Voluntaria del Embarazo, entre otras...” REQUERO IBÁÑEZ, J. L. “La ideología de género en el derecho español”. *Revista Temes d’arxiu*. Publicado el 21 de febrero de 2012.

²² *Convenio para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*, aprobado por la Asamblea General de Naciones Unidas, el 18 de diciembre de 1979, entrando en vigor el 3 de septiembre de 1981, tras su ratificación por 20 países. La Convención fue la culminación de más de 30 años de trabajo de la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer, órgano creado en 1946 para seguir de cerca la situación de la mujer y promover sus derechos. La labor de la Comisión ha coadyuvado a poner de manifiesto todas las esferas en que a la mujer se le niega la igualdad con el hombre. Estos esfuerzos en pro del adelanto de la mujer han desembocado en varias declaraciones y convenciones, de las cuales la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer es el documento fundamental y más amplio.

mujer²³, convocadas por las Naciones Unidas, siendo la celebrada en Beijing en 1995, la de mayor repercusión, no sólo por acuñar el concepto de *mainstreaming* o transversalidad de la perspectiva de género,²⁴ sino de por elaborar una estrategia de mismo nombre, que pretende abordar definitivamente la transformación de la igualdad formal, en igualdad real entre hombres y mujeres, mediante el compromiso de los gobiernos a integrar en sus respectiva legislación (“en las políticas, programas y proyectos públicos...”) la perspectiva de género.

Destaca igualmente, la decisiva influencia del Derecho comunitario, en concreto, las denominadas Directivas de igualdad de trato y la Jurisprudencia de los Tribunales Europeos, con referencia expresa en la propia Exposición de Motivos de la LOI como acervo comunitario sobre igualdad de sexo, de gran amplitud e importante calado, a cuya adecuada trasposición se dirige, en buena medida, la presente Ley.

²³ La I Conferencia Mundial de Mujeres de Naciones Unidas se celebró en México, en el año 1975 y representó el primer encuentro entre mujeres en el que se adoptó un plan de acción plurianual con estrategias transnacionales en materia de igualdad entre hombres y mujeres. Esta conferencia dio lugar a la creación del Instituto Internacional de Investigaciones y Capacitación para la Promoción de la Mujer (INSTRAW) y al Fondo de Desarrollo de las Naciones Unidas para la Mujer (UNIFEM) y se materializó con la aprobación de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer CEDAW (1979) que introdujo la posibilidad de medir la igualdad en función de su materialización “Igualdad de resultados”.

La II Conferencia Mundial de Mujeres se convocó en Copenhague en el año 1980, con objeto de revisar las medidas aprobadas en la I Conferencia Mundial de Mujeres. Durante la misma se realizó una evaluación de los avances conseguidos desde México y a su término se estableció un nuevo Plan de Acción a evaluar y revisar en la III Conferencia Mundial, convocada cinco años después en Nairobi.

En la III Conferencia Mundial de Mujeres, celebrada en 1985 en Nairobi se constató el escaso nivel de cumplimiento de los Planes de acción acordados en las anteriores conferencias, lo que permitió establecer un amplio consenso en torno a una serie de medidas entre las que cabe destacar la necesidad de promover reformas legislativas en el ámbito laboral, instaurar políticas educativas más activas y promover un feminismo institucional mediante la creación de oficinas de mujer de carácter estatal.

La IV Conferencia Mundial de Mujeres, celebrada en Beijing en el año 1995 representó un punto de inflexión en el tratamiento de la igualdad, por primera vez el protagonismo estuvo en el tejido asociativo y permitió que la Conferencia representara un encuentro mundial no solo de delegaciones oficiales o institucionales sino de un gran número de feministas y organizaciones de mujeres. A partir de Beijing se considera que el cambio de la situación de las mujeres afecta a la sociedad en su conjunto y se considera por primera vez que su tratamiento no puede ser sectorial si no que integrarse en el conjunto de políticas.

²⁴ El *mainstreaming* de género es “la organización (la reorganización), la mejora, el desarrollo y la evaluación de los procesos políticos, de modo que una perspectiva de igualdad de género se incorpore en todas las políticas, a todos los niveles y en todas las etapas, por los actores normalmente involucrados en la adopción de medidas políticas.” CONSEJO DE EUROPA, *Mainstreaming de género. Marco conceptual, metodología y presentación de “buenas prácticas”*. Informe final de las actividades del Grupo de especialistas en *mainstreaming*. Instituto de la Mujer, Ministerio de Trabajo e Inmigración, Serie documentos, número 28, Madrid, 1999, pág. 26.

Así la LOI incorpora al ordenamiento español dos directivas en materia de igualdad de trato: la Directiva 2002/73/C del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, que incorporaba las novedades de reforma de la Directiva 76/207/CEE del Consejo²⁵, y especialmente, la del principio de transversalidad, poniendo como objetivo de los Estados Miembros promover la integración de la dimensión de la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en la elaboración, ejecución y seguimiento de todas las políticas y acciones de la Unión Europea y de los Estados Miembros, dentro del respeto de sus respectivas competencia. Directiva asimismo trascendente porque incorporaba una serie de definiciones como la igualdad de trato, discriminación directa, acoso y acoso sexual.²⁶

Y, por otro lado, la Directiva 2004/113/CE, de 13 de diciembre de 2004²⁷, que se basa en los mismo principios que la anterior y viene a consagrar la prohibición de la discriminación basada en el sexo y por tanto de la igualdad entre hombres y mujeres.

De forma que ambas Directivas confluyen al objetivo comunitario de promover la integración de la dimensión de la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en la elaboración, ejecución y seguimiento de todas las políticas y acciones de la Unión Europea y de los Estados Miembros, dentro del respeto de sus respectivas competencias.²⁸

De idéntica trascendencia para la LOI ha sido la doctrina del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea; hasta tal punto que se ha afirmado que nuestro país ha caminado al paso marcado por el Derecho de la Comunidad Europea²⁹, pero especialmente por la

²⁵ DOCE L 269/15, de 5 de octubre de 2002.

²⁶ No afecta al delito de acoso sexual –artículo 184 del Código Penal-, tratándose por tanto, de conceptos jurídicos distintos.

²⁷ DOUE L 373/37 de 21 de diciembre de 2004.

²⁸ Art. 2 del Tratado de Ámsterdam, que entró en vigor el 1 de mayo de 1997 tras haber sido ratificado por todos los Estados miembros. Se recoge también este objetivo en la Carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea, capítulo III, de 7 de diciembre de 2000.

²⁹ España ha ido incorporando el Derecho Comunitario tanto en leyes estatales como autonómicas. Antes de la LOI se debe citar la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad (BOE 289, de 3 de diciembre de 203); la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras (BOE 266, de 6 de noviembre de 1.999); la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social (BOE 313, de 31 de diciembre de 2.003) o la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (BOE 10, 12 de enero de 2.000). Entre las autonómicas -referidas más en concreto a la igualdad entre mujeres y hombres-, anteriores a la LOI, cabe citar la Ley 9/2003, de 2 de abril, de la Comunidad autónoma Valenciana, para la Igualdad de Mujeres y Hombres (DO Generalitat Valenciana 4.474, de 4 de abril de 2003); la Ley 7/2004,

doctrina jurisprudencial³⁰, sintetizando los postulados más relevantes de la siguiente manera:

1º La igualdad entre hombre y mujer es un principio básico del ordenamiento comunitario de forma que, como derecho fundamental de la persona, sus excepciones deben interpretarse restrictivamente (Sentencias TJCE de 8 de abril de 1976 –Asunto *Defrenne*- y de 30 de marzo de 1993 –Asunto *Thomas*-).

2º Son admisibles las medidas de acción positiva favorables a la mujer en cuanto sexo más discriminado e infrarrepresentado en el mundo laboral.

3º Estas medidas pueden favorecer laboralmente a la mujer en caso de igualdad de méritos entre candidatos, pero no si falta este requisito en cuyo caso el trato distinto sí es contrario a la igualdad (Sentencias TJCE de 17 de octubre de 1995 -Asunto *Kalanke*- y de 26 de febrero de 1986 -Asunto *Marshall*-).

4º Los Tratados prohíben la discriminación directa e indirecta (Sentencias TJCE de 13 de julio de 1995 –Asunto *Meyers*- y de 2 de octubre de 1997 –Asunto *Kording*-).

5º Ha anulado la prohibición de trabajo nocturno de mujeres o la fijación de edades de jubilación diferentes entre hombres y mujeres.

6º Ha insistido en la necesidad de proteger a las mujeres y sus circunstancias especiales (embarazo, lactancia, permiso de maternidad), y así ha reconocido como principio la necesidad de proteger a la mujer en su vida familiar y en el desarrollo de su actividad profesional (Sentencia TJCE de 2 de octubre de 1997 –Asunto *Gerster*-).

7º Ha defendido la posición de la mujer y su especial rol en las relaciones laborales en determinadas (Sentencias TJCE de mediados de los 90 *Brown, Hoever y Zachow, Krieger y Hill*), y en otras ha puesto su empeño en exigir profesionalmente de la

de 16 de julio, gallega, para la igualdad de mujeres y hombres (DO Galicia 149, 3 de agosto de 2004), y la Ley 4/2005, de 18 de febrero, para la Igualdad de Mujeres y Hombres (BO País Vasco 42, 2 de marzo de 2005), aprobada por el Parlamento Vasco o la Ley 12/2006, de 20 de septiembre, para la mujer, de las Islas Baleares (BO Illes Balears 135, 26 de septiembre de 2006). Con posterioridad a la ley estatal las Comunidades Autónomas han dictado bien sea leyes de nueva planta como leyes de reforma de las antes citadas.

³⁰ Informe del Consejo General del Poder Judicial sobre el Anteproyecto de LOI, de 26 de abril de 2006. Pág. 15.

mujer lo mismo que del varón (Sentencias TJCE *Minne, Boyle, Griesmar, Coote y Gillespie*).

3.1.2. Características de su regulación legal: El carácter transversal de la Ley y la centralidad de la materia laboral y de Seguridad Social. Estructura y contenido.

La Ley Orgánica para la Igualdad efectiva de mujeres y hombres, aprobada el 15 de marzo de 2007, se publicó el día 23 de marzo en el BOE, entrando al día siguiente en vigor, sin carácter retroactivo. Supone la trasposición al ordenamiento jurídico español de diversas directivas denominadas de igualdad de trato³¹, teniendo como finalidad el logro de la igualdad real y efectiva en nuestra sociedad haciendo cumplir los mandatos constitucionales del art. 14 y 9.2 de la CE. De este modo, el art. 3 LOI define el contenido del principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres como la ausencia de toda discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo, y, especialmente, las derivadas de la maternidad, la asunción de obligaciones familiares y el estado civil. Este enunciado permite afirmar que la Ley, además de sancionar las conductas individuales o sociales discriminatorias, se enfrenta a las causas estructurales que las producen: la división sexual del trabajo y la pervivencia de prejuicios y estereotipos de género en las estructuras familiares y de reparto del trabajo doméstico y de cuidado. Por consiguiente, la Ley no pretende tan solo igualar a los sexos, promoviendo el igual acceso de mujeres y hombres al empleo, la promoción laboral, la educación en igualdad, el acceso igualitario a los bienes o los servicios, sino también disolver las desigualdades de género que se encuentran enraizadas en ciertas estructuras y relaciones sociales; de ahí que se promueva una maternidad no discriminada, la corresponsabilidad en el cuidado y el reparto equitativo del trabajo doméstico, entre otros.

Seguramente, la mayor novedad de esta Ley radica en la prevención de conductas discriminatorias y en la previsión de políticas activas para hacer efectivo el principio de igualdad, razón de la transversalidad de la norma (*mainstreaming* de género³²) que alcanza las políticas públicas existentes en España, tanto estatales como autonómicas y locales, que se manifiesta en los diferentes ámbitos normativos, incidiendo básicamente sobre distintos aspectos del Derecho Administrativo (el Plan Estratégico de Igualdad de Oportunidades, la

³¹ *Vid supra* Antecedentes legislativos.

³² *Vid supra* pág. 15.

Comisión Interministerial de Igualdad, la función pública o la sanidad); del Derecho Mercantil (los medios de comunicación, la libertad de contratación, la responsabilidad social de las empresas, o la participación de las mujeres en el gobierno de las sociedades mercantiles); del Derecho Procesal (modificando diversos aspectos de la Ley Orgánica del Poder Judicial, de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y de la Ley de Enjuiciamiento Civil), pero sobre todo se presta especial atención a la corrección de desigualdades en el ámbito del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Sin embargo, la peculiaridad de esta Ley no sólo radica en el hecho de afrontar el problema de la igualdad de forma integral y transversal, sino que, además de ello, la Ley presenta otra peculiaridad más: la de su estructura interna. La LOI está conformada por un título preliminar y ocho títulos (divididos a su vez en distintos capítulos) en los que se va diseñando las distintas acciones que deben contemplarse a favor de la igualdad³³. Tras ello se contemplan treinta y una disposiciones adicionales, once disposiciones transitorias, una disposición derogatoria y ocho disposiciones finales, en las que la norma ajusta todo cuanto prevé a los distintos textos normativos que se ven afectados por su entrada en vigor, todo ello con el fin de clarificar los términos en que queda afectado el panorama normativo tras su adopción.

Sin perjuicio de la existencia de un reconocimiento genérico a la igualdad laboral en el Título I LOI, referido genéricamente al principio de igualdad y la tutela contra la discriminación; en concreto en el art. 5 LOI, que alude a la igualdad de trato y de oportunidades en el acceso al empleo, la formación, en la promoción profesionales y en las condiciones de trabajo, el núcleo de la Ley está dirigido expresamente al ámbito laboral. No obstante, no debería sorprender que la materia social conforme el núcleo central de la LOI ya que entre las variables de peso que dificultan la consecución de la igualdad real entre hombres y mujeres en la sociedad, se encuentran en un amplio grupo los de índole laboral:

³³ Principio de igualdad y acciones previstas en la LOI:

- Conceptos y definiciones relativos a la discriminación directa e indirecta por razón de sexo, y al acoso sexual y el acoso por razón de sexo (arts. 3 y ss.).
- Aplicación del principio de igualdad, con especial incidencia en el acceso al empleo donde se analizarán las acciones positivas y el criterio de selección basado en el esfuerzo físico (art. 5 Y 42).
- Mecanismos de tutela jurídica para hacer frente a las situaciones de discriminación y de acoso (arts. 12 y 13)
- Derechos de conciliación de la vida familiar y laboral reconocidos en la LOI (arts. 43 y 44).
- En la negociación por las empresas de Planes de Igualdad u otras medidas específicas para alcanzar el objetivo de la igualdad real de oportunidades (arts. 45 y ss.).

mayor tasa de temporalidad en el empleo, mayor tasa de desempleo femenino, discriminación salarial, obstáculos a la promoción profesional y a la formación permanente, impacto potencialmente negativo de la maternidad en el empleo o el desigual reparto de las cargas familiares³⁴.

En consecuencia, la dimensión social se contiene en el Título IV, que responde al nombre de “el derecho al trabajo en igualdad de oportunidades” (arts. 42 a 50), donde se introducen novedosamente los planes de igualdad (capítulo III). Y en el Título VII “la igualdad en la responsabilidad social de las empresas”, donde se contempla la realización voluntaria de acciones de responsabilidad social por las empresas en materia de igualdad, que puede ser también objeto de concierto con los representantes de los trabajadores y los organismos de igualdad (arts. 73 a 75).

Estos dos Títulos -el IV, en concreto capítulo III, y el VII de la LOI- son el marco normativo en el que se encuadra el objeto de nuestro estudio, la negociación colectiva y la responsabilidad social empresarial como instrumentos de implementación de la igualdad real y efectiva entre hombres y mujeres, centrándonos, únicamente en los preceptos que se refieren a los empresarios, entendidos en el sentido del art. 1.2 ET³⁵, por lo que se excluye todas las referencias de la LOI a los acuerdos aplicables al personal funcionarial de la Administraciones Públicas y a la obligación de negociar por parte de las mismas sobre determinadas materias relativas a la igualdad.

Por último, cabe destacar que las Disposiciones Adicionales del texto legal introdujeron una serie de modificaciones en diferentes normas sociales: así, en la Disposición Adicional Undécima se preveía una serie de modificaciones en el ET; en la Disposición Adicional Duodécima lo propio con la LPRL³⁶; en la Decimotercera con la LPL (hoy derogada por la vigente Ley de la Jurisdicción Social³⁷); en la Decimocuarta con la LISOS³⁸; en la

³⁴ AA.VV. VILLAR NOTARIO, A. (Dir.). *Mujeres y mercado laboral en España: cuatro estudios sobre la discriminación salarial y la segregación laboral*. Fundación BBVA. Madrid, 2010. Pág. 78.

³⁵ “Serán empresarios todas las personas, físicas o jurídicas, o comunidades de bienes que reciban la prestación de servicios de las personas referidas en el apartado anterior, así como de las personas contratadas para ser cedidas a empresas usuarias por empresas de trabajo temporal legalmente constituidas”.

³⁶ Ley 31/1995, de 8 de Noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (BOE 269, de 10 de noviembre de 1.995)

³⁷ Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social (BOE 245, 11 de octubre de 2011).

³⁸ Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, probado por RDL 5/2000, de 4 de Agosto (BOE 189, 8 de agosto de 2.000)

Decimoquinta se modificaba el Real Decreto-Ley 11/1998, de 4 de Septiembre, por el que se regulan las bonificaciones de cuotas de la Seguridad Social de los contratos de interinidad que se celebren con personas desempleadas para sustituir a trabajadoras durante los descansos por maternidad, adopción o acogimiento³⁹; en la Decimosexta, se modificaba la Ley 12/2001, de 9 de Julio, para el Incremento del Empleo y su Mejora de su Calidad; en la Decimoséptima, la Ley del Empleo; y por último en la Decimoctava, la LGSS⁴⁰.

3.1.3. El nuevo marco interpretativo tras la LOI: La integración del principio de igualdad de oportunidades en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas (art. 4 LOI).

Resulta imprescindible, en este punto, detenerse en la relevancia que tiene el art. 4 LOI, el cual dice la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres es un principio informador del ordenamiento jurídico y, como tal, se integrará y observará en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas. Se trata de una regla general de interpretación y aplicación de las normas que interactúa con el art. 3 del Código Civil⁴¹, en el que se establecen los criterios de interpretación de las normas jurídicas.

La importancia de este precepto se incrementa ante la heterogeneidad de técnicas de positivización que se utilizan en la LOI para el desarrollo del principio y el derecho a la igualdad efectiva para mujeres y hombres. Pero, a pesar de la importancia del art. 4 LOI y de su compleja naturaleza, los datos nos dicen que ha sido muy poco citada⁴². Por esta razón, resulta de gran importancia la sentencia que sobre unificación de doctrina se analiza a continuación. Se trata de la Sentencia del TS nº 8449/2009, de 3 de junio⁴³, en la que el

³⁹ BOE 213, 5 de septiembre de 1.998.

⁴⁰ Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por RDL 1/1994, de 20 de Junio (BOE 154, de 29 de junio de 1.994).

⁴¹ *“Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas”* Art. 3.1 del Código Civil.

⁴² *Estudio sobre la aplicación de la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de hombres y mujeres*. CGPJ. Centre d'Estudis Jurídics. Barcelona, 2011. Pág. 41.

⁴³ En esta sentencia se resuelve el recurso de casación por unificación de doctrina, contra la sentencia de 3 de diciembre de 2008 del TSJ de Granada, estableciendo como sentencia de contraste la dictada por la Sala de lo Social del TSJ del País Vasco de 10 de junio de 2008. La cuestión en conflicto es si la disposición Adicional 44º de la LGSS, modificada por la disposición adicional decimoctava de la LOI, es aplicable al régimen de pensiones de Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez (SOVI). Esta disposición establece: “A

Tribunal Supremo realiza una interpretación extensiva y acorde con el sentido de la LOI y con los esfuerzos normativos que en nuestro país se enfrentan a la discriminación por razón de sexo. Su interés radica en la valoración que realiza de la LOI, y en la interpretación que hace de su artículo 4, en el que se integra el principio de igualdad en la interpretación y aplicación de las normas, y del artículo 1 LOI, en el que se establece el objeto de la Ley.

Lo que interesa remarcar aquí es como se relacionan los preceptos de la LOI – arts.1, 2.1 y 4–, con los arts. 9.2 y 14 CE. Se argumenta en su FJ 3º que la ‘*LOI tiene como finalidad hacer efectivo el derecho de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres (...) sea cual fuere su circunstancia o condición, en cualesquiera de los ámbitos de la vida y, singularmente, en las esferas política, civil, laboral, económica, social y cultural para el desarrollo de los arts. 9.2 y 14, alcanzar una sociedad más democrática, más justa y solidaria. Con ello el legislador nacional dio un decisivo paso adelante en el avance hacia la igualdad real, a la vista de la incapacidad demostrada por las fórmulas tendentes a instaurar exclusivamente la igualdad formal, de suerte que el objetivo de la ley es solventar eficazmente las desigualdades surgidas de una relegación histórica de las mujeres en la sociedad, incluso cuando esa marginación se halla cubierta por una norma. Se supera así el principio de igualdad formal, mayoritariamente alcanzado ya pero claramente insuficiente, y que comporta la prohibición de la discriminación, para acoger el más moderno de igualdad de oportunidades que incluye nuevas instituciones antidiscriminatorias, medidas de acción positiva y el control de la discriminación indirecta, en clara congruencia con los principios y disposiciones de la legislación comunitaria sobre discriminación y las directivas 2006/54/CE, 43/2000 y 78/2000*’.

Se proclama que la igualdad es uno de los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico, que el Estado de derecho no desarrolla la igualdad solo en su carácter formal, art.14 CE, sino también en el 9.2 CE. Y conforme a la Sentencia del TC 12/2008, de 29 de enero, señala: ‘*El artículo 9.2 CE expresa la voluntad del constituyente de alcanzar no sólo la igualdad formal sino también la igualdad sustantiva y que es posible la realización efectiva del libre desarrollo de la*

efectos de las pensiones contributivas de jubilación y de incapacidad permanente de cualquier régimen de la Seguridad Social, se computarán a favor de la trabajadora solicitante de la pensión, un total de 112 días completos de cotización por parte de un solo hijo y 14 días más por cada hijo a partir del segundo, éste incluido, si el parto fuera múltiple, salvo si, por ser trabajadora o funcionaria en el momento del parto, se hubiera cotizado durante la totalidad de las diecisésis semanas o, si el parto fuese múltiple, durante el tiempo que corresponda’.

Aunque desde el principio se tuvo claro cuál era la finalidad de este precepto (que no resulte perjudicada la mujer en la pensión de incapacidad permanente o jubilación por situación de maternidad, motivo por el cual se le otorga el beneficio o la prerrogativa de considerarse cotizado el tiempo que, por cada parto, el precepto establece, cuando no haya habido efectiva cotización), fue objeto de discrepancia la expresión ‘cualquier régimen de la Seguridad Social’.

personalidad; por ello el constituyente completa la vertiente negativa de proscripción de acciones antidiscriminatorias con la positiva de favorecimiento de esa igualdad material”.

A esta argumentación del constitucional, el TS añade: el “*art. 4 LOI señala que la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombre es un principio informador del ordenamiento jurídico y como tal, se integrará y observará en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas*”. Con este precepto, el legislador está demostrando la naturaleza transversal que impide “*la catalogación de las normas a las que afecta en sentido limitado que se derivaría de una interpretación como la se hace en la sentencia recurrida*” (FJ3º).

Se ha considerado importante citar, a pesar de la extensión, toda esta argumentación del TS pues la misma respalda interpretaciones extensivas y no literales, para no violar el fin y sentido de la LOI. Por esta razón, continua diciendo el TS: “*paliar los efectos de la situación de discriminación ya producida y la que puede surgir, es el sentido de la Disposición Adicional 44º LGSS, una medida de acción positiva querida por el legislador que no puede obviar el dato de que el colectivo afectado (pensionistas del SOVI) está integrado fundamentalmente por mujeres y que, a mayor abundamiento, si no acreditan ulteriores trabajos y cotizaciones bajo la vigencia del Sistema de Seguridad Social es, también mayoritariamente, porque abandonaron el mercado laboral a consecuencia de su matrimonio y posterior maternidad*” (FJ3º).

3.2. IGUALDAD DE OPORTUNIDADES: Alcance del concepto.

3.2.1. El principio de igualdad, la prohibición de discriminación y el principio de igualdad de oportunidades⁴⁴.

El principio de igualdad conforma uno de los pilares de nuestro Estado social como derecho fundamental recogido en el art. 14 de la CE y que la prohibición de discriminación es su vertiente negativa, como se deduce de su enunciado “Los españoles son iguales ante la Ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de...”. Pues bien, este artículo consagra el derecho fundamental que todo ciudadano tiene a obtener un trato igual, vinculando directamente a los poderes públicos. Sus características principales son,

⁴⁴ Se conciben como conceptos dinámicos cuya interpretación ha evolucionado y todavía lo siguen haciendo. En relación al desarrollo interpretativo de estos conceptos *Vid* PÉREZ DEL RÍO, T. “Discriminación indirecta, acción positiva y transversalidad de género”. *Publicaciones AMIT*. Noviembre 2006.

por un lado, la paridad absoluta de los sexos, por lo que el sexo no puede ser un factor legítimo de diferenciación, y por otro, su titularidad individual, que implica que a ninguna persona puede negársele su ejercicio precisamente por su pertenencia a un determinado sexo. A su vez, se prohíben los tratamientos discriminatorios entendiendo como tales las conductas peyorativas basadas en condiciones personales o familiares. Sus dos manifestaciones más conocidas son los conceptos de discriminación directa e indirecta⁴⁵. Por último, y respecto a su tutela, se impone la nulidad radical del acto discriminatorio.

Sin embargo, el principio de igualdad no agota su significado en este concepto –la igualdad formal o igualdad de trato- sino que también lo integra el principio de igualdad material o real del art. 9.2 de la CE⁴⁶ que establece la obligación de los poderes públicos de promover las condiciones para que la igualdad del individuo y de los grupos que integran la sociedad sean reales y efectivas y remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud, pero sin las garantías reconocidas a los derechos fundamentales. Así su finalidad es acabar con las situaciones históricas de discriminación de determinados colectivos, corrigiendo para ello las desigualdades sociales, lo que implica una actividad promocional por parte del Estado, tanto positiva –promoción de condiciones para que la igualdad sea real y efectiva-, como negativa –remoción de obstáculos que impidan el logro de esa igualdad.

Si bien es cierto que, y a diferencia de lo que ocurre con el art. 14 CE, no se hace una referencia explícita a la prohibición de discriminación alguna, lo cual puede entenderse ya

⁴⁵ La Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y de orden social, en su art. 28, define el *Principio de igualdad de trato* como la ausencia de toda discriminación directa o indirecta por razón del origen racial o étnico, la religión o convicciones, la discapacidad, la edad o la orientación sexual de una persona. *La Discriminación directa* cuando una persona sea tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual. Y *la Discriminación indirecta* cuando una disposición legal o reglamentaria, una cláusula convencional o contractual, un pacto individual o una decisión unilateral, aparentemente neutros, puedan ocasionar una desventaja particular a una persona respecto de otras por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, siempre que objetivamente no respondan a una finalidad legítima y que los medios para la consecución de esta finalidad no sean adecuados y necesarios.

⁴⁶ En efecto, según la doctrina recogida en la importante Sentencia del TC nº 128/1987, 16 de julio de 1987, -que marca un punto de inflexión en esta materia-, en el art. 14 CE cabe diferenciar dos mandatos: el del primer inciso, referido a la igualdad formal; y el del segundo inciso que, por su parte, se refiere a la prohibición de discriminación. La base de este segundo aspecto encuentra, a su vez, íntima conexión con el art. 9.2. de la CE referente a la igualdad material. De donde sigue que como esa igualdad material debe predominar sobre la formal, la paridad de trato que exige la igualdad formal acepta excepciones cuando la finalidad de ese trato “no-paritario” es alcanzar la igualdad material entre aquellos que no están equiparados.

que no se trata de un derecho fundamental sino del Título Preliminar de la CE que delimita nuestro Estado Social de Derecho; puede, asimismo, comprenderse que al contener un mandato positivo para los poderes públicos para acabar con situaciones de desigualdad, conlleva un reconocimiento implícito de la existencia de discriminaciones en la sociedad hacia determinados grupos o colectivos. Lo que significa, en consecuencia, una base jurídica para una tutela antidiscriminatoria activa o positiva que pretende la realización de la igualdad real a través de actuaciones especiales tendentes a eliminar los efectos de la discriminación social existente hacia un determinado colectivo por prácticas, prejuicios y usos sociales.

Pues bien, el principio de igualdad de oportunidades va unido a ambos principios, el de igualdad y prohibición de discriminación, e implica que cada trabajador o trabajadora disfrute de las mismas oportunidades que el resto a la hora de acceder al mercado de trabajo o permanecer en él, por lo que habrá que eliminar todas las barreras que lo impidan. No obstante, si hablamos de un principio de igualdad de oportunidades *formal*, implica que el sexo, salvo contadas excepciones legales, no puede ser un factor legítimo de diferenciación⁴⁷, lo que supone la ausencia formal de barreras legales a la hora de acceder o permanecer en el mercado de trabajo por dicho motivo, prohibiendo las discriminaciones formales sin recalcar en las desigualdades debidas a los efectos persistentes de las discriminaciones ya superadas formalmente.

En cambio, el principio de igualdad de oportunidades material va más allá y permite la distribución desigual de ciertos bienes como forma de superar los efectos de la discriminación social, poniendo especial énfasis en la consecución de la igualdad de oportunidades en el momento final y no en el inicio. “Es más, y como expresión de una tutela antidiscriminatoria unilateral, con un sentido emancipador y corrector, admite que el sexo sea el fundamento constitucional de un trato formalmente desigual puesto que es la causa última de las conductas discriminatorias que se pretende definitivamente erradicar”⁴⁸.

⁴⁷Así, por ejemplo, se ha determinado que los tratos desfavorables basados en el embarazo, al afectar exclusivamente a la mujer, constituyen discriminación por razón de sexo (Sentencias TC nº 166/1988, de 26 de septiembre; nº 173/1994, de 7 de junio, nº 136/1996, 23 de julio; nº 17/2003, 30 de enero).

⁴⁸ *Vid. SIERRA HERNÁIZ, E. Acción positiva y empleo de la mujer.* CES. Madrid, 1999. Págs. 9 y ss.

3.2.2. EL principio de igualdad de oportunidades en la LOI y su impacto en la relación laboral.

La aplicación del principio de igualdad de oportunidades adquiere especial complejidad en el ámbito laboral. En primer lugar, no se trata de un principio autónomo sino que se aplica para la consecución del principio de igualdad y la prohibición de discriminación, por lo que debe delimitarse si estamos en su vertiente formal o material. En segundo lugar, y aunque las relaciones laborales se encuentran tuteladas por el Estado, no podemos olvidar su carácter privado por lo que la vigencia de los derechos fundamentales adquiere una cierta complejidad respecto a los poderes empresariales. Si bien es cierto que el legislador a establecido ciertos límites, en concreto en el Estatuto de los Trabajadores (ET)⁴⁹, nos encontramos con una serie de reconocimientos genéricos a favor de la igualdad y de la prohibición de discriminación, por ejemplo: el art. 4.2.c ET lo reconoce como un derecho básico a no ser discriminados directa o indirectamente para el empleo, o una vez empleados, por razones de sexo, estado civil, edad dentro de los límites marcados por esta Ley, origen racial o étnico, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación sexual, afiliación o no a un sindicato, así como por razón de lengua, dentro del Estado español; el art. 17.1 ET provoca la nulidad del acto, comportamiento o decisión de carácter discriminatorio establece que se entenderán nulos y sin efecto los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que den lugar en el empleo, así como en materia de retribuciones, jornada y demás condiciones de trabajo, a situaciones de discriminación directa o indirecta desfavorables por razón de edad o discapacidad o a situaciones de discriminación directa o indirecta por razón de sexo; el art. 22.3 ET en relación a la clasificación profesional también obliga a que la definición de los grupos profesionales se ajustará a criterios y sistemas que tengan como objeto garantizar la ausencia de discriminación directa e indirecta entre mujeres y hombres; el art. 23.2 ET en materia de promoción y formación profesional en el trabajo establece que en la negociación colectiva se pactarán los términos del ejercicio de estos derechos, que se acomodarán a criterios y

⁴⁹ Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por RDL 1/1995, de 24 de Marzo (BOE 75, 29 de marzo de 1.995).

sistemas que garanticen la ausencia de discriminación directa o indirecta entre trabajadores de uno y otro sexo⁵⁰; el art. 24.2 ET que los ascensos y la promoción profesional en la empresa se ajustarán a criterios y sistemas que tengan como objetivo garantizar la ausencia de discriminación directa o indirecta entre mujeres y hombres, pudiendo establecerse medidas de acción positiva dirigidas a eliminar o compensar situaciones de discriminación⁵¹ o el art. 28 ET que consagra la igualdad de remuneración por razón de sexo; etc... Sin que en ningún momento se imponga al empresario una obligación de trato igual entre sus trabajadores.

Y en tercer lugar, nuestro sistema de relaciones laborales se asienta sobre los principios de economía de libre mercado y el derecho a la libertad de empresa consagrado en el art. 38 de la CE, lo que significa que el empresario tiene libertad para organizar su empresa conforme a las finalidades que él mismo establezca, de acuerdo a su poder de organización y dirección empresarial. Por ello se hace necesario encontrar un punto de equilibrio que garantice los derechos fundamentales del trabajador en su relación de trabajo, limitando los poderes empresariales y el ejercicio de la libertad de empresa.

En la Exposición de motivos de la LOI el legislador ya deja claro que su intención es dar cumplimiento a los mandatos de los artículos 9.2 y 14 de la CE, reconociendo que los esfuerzos realizados hasta el momento han sido insuficientes, desde la perspectiva de la igualdad formal, para lograr la plena y efectiva igualdad entre sexos. Por ello, y como derecho genuino de las mujeres, el objetivo de la LOI es acabar con todas las discriminaciones que aún persisten contra las mujeres, fundamentalmente previendo este tipo de conductas y con políticas de cara a la consecución en la sociedad a través de medidas de acción positiva pensadas para combatir las desigualdades fácticas que no pueden ser superadas garantizando el principio de igualdad formal o de trato, como parte de un derecho *desigual igualatorio*⁵².

⁵⁰ La redacción final de estos dos últimos preceptos son producto de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral (BOE 162, 7 de julio de 2012) y RD-L 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral. (BOE 36, 11 de febrero de 2012).

⁵¹ Redacción final de este artículo, así como el art. 17.1 ET, dada por la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo.

⁵² Exposición de Motivos de la LOI, puntos II y III, párrafos 1º y 2º, y 5º, respectivamente.

No obstante de una primera lectura (arts. 1.2, 2, 3, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 42, 44 y 43 LOI) se puede deducir que la línea de actuación principal del legislador es la defensa del principio de igualdad de oportunidades formal, esto es, la defensa del modelo tradicional de prohibición de la discriminación directa e indirecta, identificación de los actos individuales que dan origen a la misma y nulidad de sus efectos.

Sin embargo, también se aprecian novedades importantes que se acercan al principio de igualdad de oportunidades material, de los cuales hay que destacar la adopción de medidas de acción positiva por parte de la negociación colectiva y los planes de igualdad, expresión del principio de oportunidades material.

- Principio de Igualdad de oportunidades *formal* en la LOI.

Como se ha puesto de manifiesto anteriormente la LOI no introduce novedades importantes a la hora de limitar el ejercicio de los poderes empresariales ya que incide en aspectos tradicionales, contemplados legislativamente a lo largo de los últimos 30 años, dirigidas a la consecución de la igualdad entre trabajadores y trabajadoras penalizando los actos discriminatorios. Si bien, si ha supuesto una ampliación de los supuestos de nulidad de conductas discriminatorias, y por ende de sujetos protegidos, pero nada más.

Mención específica por su importancia como límites a la dirección del empresario, y también por ser una de las grandes materias de la LOI, es la regulación de los derechos de conciliación de la vida familiar y laboral. A diferencia de otros preceptos, los derechos de conciliación son neutros desde el punto de vista gramatical ya que se garantiza su ejercicio a los trabajadores que lo soliciten con la independencia de su sexo. Ahora bien, es cierto que por los roles sociales aún existentes sus principales beneficiarias van a ser las trabajadoras. En concreto, son los art. 34.8 ET –adaptación de la jornada de trabajo-, art. 37.4 ET –lactancia-⁵³ y art. 37.5.1 ET –reducción de jornada por guardia legal-, art. 38 –vacaciones-⁵⁴, art. 45.1.d) –suspensión del contrato de trabajo-, art. 46.2 y 3 –excedencias-, art. 48.4 y 5 –maternidad- y 48 bis –paternidad-. En estos casos, la nulidad de los actos discriminatorios

⁵⁴ La redacción final de estos cuatro primeros preceptos son producto de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral y RD-L 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.

se convierte en el límite más importante, de acuerdo con los artículos 53.4⁵⁵ respecto al despido colectivo y 55.5 respecto al despido disciplinario. Además se ha de recordar que las medidas de conciliación familiar y laboral acordadas en un convenio colectivo o plan de igualdad no pueden ser objeto de inaplicación (82.3 ET)⁵⁶.

Se puede concluir afirmando que el principio de igualdad de oportunidades *formal* si constituye un límite al poder del empresario de organización y dirección, si bien, no introduce ninguna novedad respecto a la legislación anterior, que entendía y entiende que la mejor forma de fomentar la plena igualdad es la represión de la conducta discriminatoria para evitar que se vuelvan a repetir en un futuro.

- Principio de Igualdad de oportunidades *material* en la LOI.

Como se ha expuesto en el punto anterior, tradicionalmente la nulidad se ha configurado como el límite más importante para el ejercicio de los poderes empresariales y, por ende, para garantizar la igualdad de oportunidades de los trabajadores. Sin embargo, como destaca la Doctrina, el modelo del artículo 17.1 ET -“se entenderán nulos y sin efecto...”- “se ha demostrado claramente insuficiente para acabar con la discriminación laboral de la mujer, reflejo de su posición en la sociedad, ya que repara las discriminaciones acaecidas en el pasado pero no asegura su efectiva remoción para el futuro. Además tampoco sirven para las discriminaciones omisivas, esto es, aquellas consistentes en un no hacer”⁵⁷.

Con la aprobación de la LOI el legislador muestra que es perfectamente consciente de esta situación mediante los planes de igualdad de los arts. 45 y 46 LOI, un hito en nuestro ordenamiento, y los nuevos apartados 4º y 5º del art. 17 ET⁵⁸, y fundamentalmente, por el papel que la negociación colectiva está llamada a desempeñar en esta materia (ex arts.24.2

⁵⁵Redacción final dada por la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo (BOE 227, 18 de septiembre de 2.010).

⁵⁶“El acuerdo de inaplicación no podrá dar lugar al incumplimiento de las obligaciones establecidas en convenio relativas a la eliminación de las discriminaciones por razones de género o de las que estuvieran previstas, en su caso, en el Plan de Igualdad aplicable en la empresa. Asimismo, el acuerdo deberá ser notificado a la comisión paritaria del convenio colectivo”.

⁵⁷AA.VV. SIERRA HERNÁIZ, E. (Dir.). *Eficacia, igualdad y empresa. La aplicabilidad real a la empresa de la Ley Orgánica de Igualdad*. Civitas. Pamplona, 2011. Pág. 223.

⁵⁸Para un mayor desarrollo de este artículo 17. 4 ET y su alcance como plasmación del principio de igualdad de oportunidades material, *vid* la explicación del citado artículo en la pág. 42 y ss.

ET, 64.3 ET, 64.7 ET y 85.1 ET⁵⁹). Todo ello supone un cambio de perspectiva puesto que se pasa de un modelo reparador represivo hacia uno más preventivo.

Si bien, se puede intuir que el principio de igualdad de oportunidades material goza de una menor intensidad respecto a limitar los poderes empresariales que la formal, y ello no sólo porque, como se expondrá más adelante, únicamente son obligatorios los planes de igualdad en las empresas de más de 250 trabajadores y en el resto serán voluntarios, o bien fruto de la negociación colectiva, sino porque la adopción de medidas de acción positiva tampoco se facilitan ya que son medidas neutrales, desde el punto de vista del sexo beneficiado, por lo que su destinatario ha de estar necesariamente infrarrepresentado en su ámbito de aplicación.

En conclusión, es cierto que frente al modelo imperante de la igualdad de oportunidades formal se trata de articular una serie de medidas (planes de igualdad, adopción de medidas de acción positiva) que impulse o favorezca una igualdad de oportunidades material, si lograr, sin embargo, desligarse ya que éste último está supeditado al papel que decida jugar la negociación colectiva con todo lo que ello supone (en muchos casos, origen de la discriminación que se pretende combatir, por ejemplo, en materia de igualdad retributiva). Tampoco ayuda, de cara a la eficacia de la LOI, que el incumplimiento de la misma solo acarree sanciones administrativas y la pérdida o no consecución del distintivo de igualdad pero nada más⁶⁰.

⁵⁹ El desarrollo del papel de la negociación colectiva, de conformidad con los preceptos y mandatos de la LOI, se expondrá con mayor detenimiento en el siguiente punto de este trabajo, en concreto en el II.

⁶⁰ Crítica recogida en el Dictamen nº 803/2006, de 22 de junio de 2006, al Anteproyecto de Ley Orgánica de Igualdad del Consejo de Estado. Conclusión 5º.

II. LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA, LAS MEDIDAS DE IGUALDAD Y LOS PLANES DE IGUALDAD.

1. RAZONES PARA INTERVENIR SOBRE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA.

Hasta la LOI, el Derecho colectivo del trabajo, entendido como grupo de normas reguladores de los sujetos colectivos, las relaciones colectivas y los conflictos colectivos, se había mantenido impermeable al principio de igualdad entre hombre y mujeres, seguramente en la creencia de su neutralidad, olvidando tanto la dificultad de conseguir la neutralidad de la norma jurídica cuando el trabajador prototipo en la realidad laboral sigue siendo el trabajador varón, como que aunque se consiguiese la misma, la neutralidad en materia de igualdad entre hombres y mujeres, es mantener el status quo perjudicial para las mujeres.

Si es cierto, que el legislador ha acometido importantes modificaciones en la legislación laboral tendentes a la igualdad entre hombres y mujeres, estas modificaciones nunca habían afectado al Título II y III del ET, donde se regulan la representación de los trabajadores y los Convenios colectivos. Un aspecto novedoso y ambicioso, tanto por los nuevos contenidos (planes de igualdad), como por su perspectiva estratégica, al demostrar que ningún ámbito jurídico debe quedar fuera de la efectiva aplicación del principio de igualdad entre hombres y mujeres.

La negociación colectiva se concibe como un mecanismo imprescindible en la promoción de la igualdad entre hombre y mujeres. El principio de igualdad encuentra en la negociación colectiva una vía de expansión y desarrollo de su mensaje: promover la igualdad en todos los ámbitos laborales. Los acuerdos a los que se lleguen deben vertebrarse en torno a dos ejes: en primer lugar, la prohibición de cualquier tipo de discriminación, y en segundo, la inclusión de fórmulas que insten a la promoción de la igualdad⁶¹.

⁶¹ La importancia de la Negociación Colectiva ya se recogía en el Informe nº 2/2003 del Consejo Económico y Social sobre *La negociación colectiva como mecanismo de promoción de la igualdad entre mujeres y hombres*, asimismo se valoraban positivamente las cláusulas antidiscriminatorias generales, recogían una

Para entender el importante papel reservado a la negociación colectiva se deben considerar las tres importantes funciones del convenio colectivo dentro de nuestras relaciones laborales, desde la perspectiva de la efectividad del principio de igualdad entre mujeres y hombres. Centrándonos en cada una de las funciones de la negociación colectiva, éstas son:

- 1) En primer lugar, que el convenio colectivo cumple una *función reguladora* de las relaciones laborales en los espacios, cada vez mayores, que la ley deja a la negociación colectiva, y esa función reguladora serviría para implementar, a través de una adecuada regulación convencional, el principio de igualdad en las relaciones laborales, con una triple eficacia:
 - Se evitaría la aparición de cláusulas discriminatorias en los contratos de trabajo, y de conductas discriminatorias —eficacia preventiva—.
 - Se determinarían los derechos y las obligaciones de las partes, especialmente en el supuesto de existir un conflicto —eficacia ordenadora—.
 - Se facilitaría la actuación sancionadora de la empresa y de los Poderes Públicos ante conductas discriminatorias —eficacia sancionadora—.
- 2) En segundo lugar, que el convenio colectivo cumple una *función individualizadora* de las relaciones laborales, adaptando las leyes a las realidades profesionales, y esa función individualizadora serviría para acercar el principio de igualdad a las partes a través de los mandatos de igualdad del convenio colectivo, y ello aunque se limitasen a reiterar las leyes, generando un efecto pedagógico y un doble efecto legitimador, de la negociación colectiva al implicarse en la implantación de la igualdad, y del principio de igualdad al reforzarse en el ámbito de negociación colectiva.
- 3) Y, en tercer lugar, que el convenio colectivo cumple una *función compensadora* frente a la posición de mayor poder del empresario en las relaciones individuales de trabajo, y esa función compensadora justifica incidir sobre los poderes del empresario, bien limitando el uso de esos poderes, cuyo abuso suele ser causa de discriminaciones, bien, y aún más importante si se considera que la igualdad obliga tanto a un no hacer

serie de cláusulas modelo, unas acordes a la regulación legal, y otras agregando acciones positivas. Colección Informes del CES, Madrid, 2003, págs. 70-73.

(prohibición de discriminar) como a un hacer (crear condiciones de igualdad real), implicando esos poderes en la consecución de la igualdad.

Sin embargo, la importancia de la negociación colectiva en la consecución de la igualdad efectiva entre mujeres y hombres en las relaciones laborales “contrasta con la no implicación de muchos convenios colectivos e incluso con la existencia de muchas discriminaciones, y en ese resultado se confabulan numerosas circunstancias: la escasa participación femenina en las mesas de negociación, la deficiente preparación de los negociadores colectivos, la relegación de la igualdad frente a los temas retributivos, o el arrastre de normas procedentes de situaciones pretéritas”⁶².

Junto con la importancia de la negociación colectiva como fuente de relaciones laborales y sus consecuencias en la vida social-laboral, podemos hablar de dos razones más que, a mi juicio, han sido un pilar fundamental para decidirse a intervenir en la negociación colectiva: la normativa comunitaria y la implantación del principio de transversalidad, comentados anteriormente y a los cuales me remito⁶³.

Si bien, se puede compartir el criterio que ha llevado al legislador a intervenir sobre la negociación colectiva, también se ha querido recoger las críticas al respecto. Se ha criticado abiertamente desde el mundo sindical la importante intervención de la LOI en la negociación colectiva con el argumento de que responsabiliza en exceso a ésta⁶⁴ o que de la propia LOI se deduzca una prioridad aplicativa del convenio colectivo de empresa (arts. 45.2 y 3 y 46.3 LOI conjuntamente con el nuevo art. 84.2.f ET que extiende dicha preferencia a la medidas para favorecer la conciliación de la vida laboral, familiar y personal), lo que a juicio de algún autor⁶⁵ supone “un paso atrás en la consecución efectiva

⁶² LOUSADA AROCHENA, J. F. (coord.), *El principio de igualdad en la negociación colectiva*. Colección informes y estudios de relaciones laborales. Serie Relaciones Laborales nº 85. Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos. Ministerio de Trabajo e Inmigración. Madrid, 2008. Pág. 34 y ss.

⁶³ Respecto a la normativa comunitaria *Vid.* págs. 14 y ss., y en relación al carácter transversal de la Ley, *Vid.* Pág. 18 y 19.

⁶⁴ “de este modo concede escasos derechos legales, de tal modo que la posición de la parte social en las mesas de negociación va a ser más bien endeble, pues el legislador ha sido especialmente parco en el reconocimiento de derechos subjetivos a las personas trabajadoras”. AA.VV. MOLINA HERMOSILLA, O. (Dir.). *Negociando la igualdad en las empresas: estado de la cuestión y estrategias para la implementación de una política de igualdad de género*. Comares. Granada, 2012. Pág. 7.

⁶⁵ GONZÁLEZ LABRADA, M. “El papel de la negociación colectiva, la participación y representación de los trabajadores ante los nuevos retos planteados por la LOI”. *Eficiencia, igualdad y empresa. La aplicabilidad real a la empresa de la Ley Orgánica de Igualdad*. Civitas. Pamplona, 2011. Pág. 126.

del principio de corresponsabilidad en la asunción de obligaciones familiares al sujetarse la misma a la lógica de la flexibilidad interna”.

Sin embargo, y a modo de réplica puede argumentarse que es en el ámbito de la empresa donde se tienen que establecer las medidas para favorecer la conciliación, pues cuando hablamos de conciliación no se trata sólo de ampliar derechos ya reconocidos legalmente. Si bien, hay aspectos no tratados legalmente (lagunas) que requieren de la intervención de la negociación colectiva y que en el ámbito superior sería más conveniente, seguramente (por ejemplo, permisos para llevar a los niños o mayores al médico).

2. EL DEBER DE ADOPTAR Y EL DEBER DE NEGOCIAR MEDIDAS DE IGUALDAD.

Los deberes de adoptar y de negociar medidas de igualdad se erigen como la piedra angular de los mecanismos legales de implicación de la negociación colectiva en la efectividad del principio de igualdad. Al efecto, el art. 45.1 de la LOI, que es la norma cabecera del Capítulo III del Título IV de la LOI, establece que las empresas 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.

Por su parte, el Estatuto de los Trabajadores, que se modifica al efecto por la Disposición Adicional 11^a.17 de la LOI establece, en su art. 85.1, que 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.

Una remisión normativa de ida y vuelta que plantea algunas dudas interpretativas que van a ser objeto de un análisis más detenido.

2.1. Contenido legal del deber de negociar medidas de igualdad.

La cuestión interpretativa inicial en el examen del art. 45.1 de la LOI y del art. 85.1. ET es el contenido del nuevo deber de negociar cláusulas de igualdad. Al efecto de este análisis, es necesario recordar que el apartado 1 del art. 85 del ET contiene, después de la LOI, dos párrafos, el 2º, que es el analizado, y el 1º, donde se establece, dentro del respeto a las leyes, la libertad de contenidos con una enumeración general de posibles contenidos, condiciones de empleo y relaciones colectivas, y con una alusión expresa a los procedimientos de solución de discrepancias surgidas en determinados períodos de consultas. Por su lado, el apartado 3 del art. 85 del ET determina el contenido mínimo del convenio colectivo (identificación de las partes negociadoras, ámbitos, cláusulas de descuelgue salarial, vigencia y comisión paritaria).

Partiendo del expuesto contexto normativo, el párrafo 2º, del apartado 1 del art. 85 del ET establece que 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.

Relacionado con lo anterior, el art. 45.1 comienza recordando a las empresas la obligación que tienen de respetar el principio de igualdad de trato y de oportunidades en el ámbito laboral y, continua el legislador conminándoles a que adopten medidas dirigidas a evitar cualquier tipo de discriminación entre mujeres y hombres, medidas que deberán negociar y, en su caso acordar, con los representantes de los trabajadores.

Pues bien, rubricados ambos textos legales, cabe deducir que la “obligación de negociar” recogida en ese art. 85.2 del ET es distinta del resto del contenido de ese mismo artículo. De entrada, se nos presenta como una excepción a la libertad de contenidos establecida en el párrafo 1º, del apartado 1, del art. 85 del ET, no como una mera posibilidad que se quiera fomentar, como ocurre con los procedimientos de solución de discrepancias surgidas en determinados períodos de consultas a que expresamente alude con fin de fomento en el art. 85.1.1º del ET. Se puede decir, por tanto que ante el silencio de la

norma podría considerare “el deber de negociar medidas de igualdad” una categoría “intermedia”, pero como se intentará demostrar a lo largo de esta exposición, sí que se podría defender y entenderse comprendido en el contenido mínimo del convenio colectivo⁶⁶ pese al silencio de la norma.

En consecuencia, es un deber de negociar medidas de igualdad de una especial tipicidad, diferente a cualquier otro y, pese a que algunos autores defienden que el deber de negociar es diferente al deber genérico de negociar del art. 89.1 del ET, donde se dice que “ambas partes estarán obligadas a negociar bajo el principio de la buena fe”⁶⁷, en mi opinión, no es un argumento compatible. Las medidas de igualdad, especialmente los planes de igualdad, deben articularse a través de la negociación colectiva conforme a los preceptos del ET, con todas sus consecuencias, especialmente la necesidad de negociar de buena fe ambas partes. Y ello por los siguientes motivos. Primero porque las medidas de igualdad, en sí mismas, tienen una vocación de transversalidad y, por tanto, deben impregnar todos los aspectos laborales y sociales de la empresa, siendo el mecanismo adecuado la negociación colectiva como configuradora del marco normativo de tantos aspectos a los que atañe la igualdad (retribuciones, grupos profesionales, jornada...).

En segundo lugar, y relacionado con lo anterior, porque el espíritu de la norma es fomentar y educar en una cultura de la igualdad en la empresa, razón por la cual, la negociación colectiva se convierte en el epicentro de la toma de decisiones respecto a mediadas y planes de igualdad siendo el propulsor y garante, a su vez, de la igualdad de oportunidades en la empresa de hombres y mujeres. En tercer, y último lugar, porque únicamente lo negociado y acordado mediante un convenio colectivo estatutario podría evitar la aplicación del art. 41.1 ET respecto a las modificaciones unilaterales por parte del empresario cuando existan probadas razones económicas, técnicas, organizativas o de producción. Por todo ello se concluye admitiendo el deber de negociar como contenido mínimo del convenio (ex art. 85ET).

⁶⁶ Algunos autores defienden la tesis contraria, esto es, que no llaga a tener alcance de contenido mínimo de acuerdo con el 85.3 ET *Vid LOUSADA AROCHENA, J. F. “El marco normativo de la negociación colectiva de medidas de igualdad de mujeres y hombres”*. *Revista de Derecho Social*, núm. 41, 2008, págs. 31-53.

⁶⁷ Este autor defiendela idea que el contenido legal del deber de negociar medidas de igualdad tiene diferencias con el deber genérico de negociar del art. 89.1 ET, por no ser contenido mínimo del convenio colectivo. *Vid LOUSADA AROCHENA, J. F. “El marco normativo de la negociación colectiva...”* cit., pág. 43.

2.2. Relación entre el deber de negociar y el deber de adoptar medidas de igualdad.

Mientras que ni en el art. 85.1, ni en ningún otro del ET, se alude expresamente al deber de adoptar medidas de igualdad, -acaso al estar sobreentendido en el derecho de los trabajadores a no ser discriminados (art. 4.2.c) del ET), y en las declaraciones generales sobre no discriminación en las relaciones laborales (art. 17 del ET), el art. 45.1 de la LOI sí alude expresamente al deber de adoptar “medidas dirigidas a evitar cualquier tipo de discriminación laboral entre mujeres y hombres” como fundamento del deber de negociar esas medidas.

Sin embargo, el deber de *adoptar* medidas de igualdad y el deber de *negociar* medidas de igualdad, aparentemente correlativos en la literalidad de la norma, no se mueven exactamente dentro de una misma dinámica. El deber de adoptar medidas de igualdad, que se justifica en la posición empresarial de garante de la igualdad en la empresa, se mueve en el ámbito empresarial. Pero el deber de negociar medidas de igualdad, que se justifica en la idoneidad del convenio colectivo en la tutela de la igualdad, se mueve en un ámbito compartido con la representación de los trabajadores.

Pese al deber de negociar del art. 85 ET, a éste no se le supone la necesidad de llegar a un acuerdo, ya que si lo confrontamos al art. 45.1 LOI ésta conmina a “negociar, y en su caso acordar” por lo que está reconociendo que si bien, es preceptivo negociar, no así acordar una medida concreta. El art. 45.1 de la LOI nos conduce a la negociación colectiva estatutaria en los términos del artículo 85.1 párrafo 2º del ET (“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...”). Siendo relevante el matiz de “sin perjuicio de la libertad” ya que, se puede entender preceptivo el resto del artículo.

Ahora bien, ese deber de negociar estará sujeto al principio de negociar de buena fe⁶⁸ entendiendo que este deber, con tipicidad especial, recuerda más a la obligación que tiene el empresario de negociar, de buena fe, en los supuestos de movilidad geográfica,

⁶⁸ *Vid VALLEJO DACOSTA, R. Aspectos laborales más relevantes...cit., pág. 75.*

modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo y despidos colectivos, si bien en este caso no se establecen plazos concretos para llevar a cabo la negociación, sino que ésta coincidirá en el tiempo con la negociación de otras tantas materias que pueden ser objetivo de la negociación colectiva. Sin embargo, la doctrina, como se ha expuesto anteriormente, entiende que tampoco se trata de una mera posibilidad que se quiera fomentar, como ocurre con los procedimientos de solución de discrepancias. Se trata de un deber de negociar genérico que se traduce en un proceso de reubicación de las medidas de igualdad dentro de la dinámica de la negociación colectiva, cuya ausencia en el producto negocial sería sospechoso de encubrir discriminaciones por razón de sexo.

Ningún problema surge cuando el deber de negociar culmina en un acuerdo que permite entender cumplido el de adoptar medidas de igualdad. Ahora bien, si la negociación colectiva estatutaria, después de intentada, hubiese fracasado, quedará al descubierto el deber de adoptar medidas de igualdad⁶⁹, aunque su alcance no será el mismo si la situación de desigualdad resulta, en términos legales, una discriminación, o no. En estos casos, cabe preguntarse porqué ha fallado la negociación, sospechando, que en un alto porcentaje se podrá hablar de negociaciones de mala fe, estando justificada una demanda de conflicto colectivo previstos en los art. 153 y ss. de la LJS, sin perjuicio, además de que el empresario pudiera incurrir en una infracción administrativa grave del apartado 13, del art. 7 LISOS, introducida por la LOI⁷⁰.

⁶⁹ No es asumible la interpretación de que, habiendo fracasado el deber de negociar, desaparece toda obligación empresarial, porque, como sensatamente ha razonado SERRANO GARCÍA, J. M^a “se estaría concediendo al empresario un derecho de veto”. *Participación y Planes de igualdad en la LOI*. Bomarzo. Albacete, 2007. Pág. 78.

⁷⁰ Algunos autores defienden la posibilidad de que, ante el fracaso de una negociación estatutaria pueda articularse la misma “en el ámbito de los convenios colectivos extraestatutarios”. Vid LOUSADA AROCHENA, J. F. “El marco normativo de la negociación colectiva...” cit., pág. 45. En mi opinión esta hipótesis no sería conveniente por las razones que se han expuesto anteriormente, ni es el espíritu ni la finalidad de la Ley no negociar a través de la negociación colectiva (salvo en los casos de planes de igualdad voluntarios del 45.5 LOI), además de poder ser modificada de forma unilateral por parte del empresario en virtud del art. 41 ET.

3. TIPOLOGÍA Y SENTIDO GENERAL DE LAS MENCIONES DE LA LOI A LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA.

Las referencias de la LOI a la negociación colectiva están muy dispersas a lo largo de ella y son de muy desigual alcance, por lo que, en una primera aproximación podemos sistematizarlas de la siguiente manera:

- a) Preceptos sobre el establecimiento de medidas de acción positiva mediante la negociación colectiva. Se trata de menciones puramente pragmáticas o declarativas, relativas a las posibilidades de dicha negociación en materia de igualdad, que son, por lo común muy genéricas.
- b) Regulaciones que aluden al contenido potencial de la negociación colectiva o que son puramente instrumentales o de mera remisión a la eventual regulación efectuada por la negociación colectiva. Así, por ejemplo, cuando se afirma que un determinado derecho se ejercitará en los términos establecido convencionalmente.
- c) Y por último, regulaciones que reconocen el deber de adoptar medidas tendentes a evitar la discriminación y a garantizar la igualdad y, muy en particular, las que imponen la obligación de negociar determinadas medidas o planes de igualdad entre mujeres y hombres.

Por lo que, en síntesis podemos afirmar que la LOI combina dos tipos de planteamientos claramente diferentes, por un lado *los puramente posibilistas o permisivos* de lo que la negociación colectiva puede realizar, discrecional o voluntariamente, en materia de igualdad de trato y no discriminación (punto a); y por otro, *los que establecen específicos deberes de negociar* y también impulsan una serie de medidas y planes que deberán ser canalizados a través de la negociación colectiva (puntos b y c) dentro del amplísimo margen dejado por el art. 85.1 ET⁷¹.

⁷¹ Párrafo 1, del art. 85 ET, modificado por la propia LOI: “...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”.

Respecto a éste último punto, es muy significativo que la LOI imponga una serie de obligaciones de negociar en materia de igualdad y que reenvíe de manera expresa, ciertas cuestiones a la negociación colectiva (por ejemplo, art.34.8 ET –conciliación de la vida familiar, laboral y social-) lo que nos indica el esfuerzo de la Ley por crear un marco propicio para impulsar la negociación colectiva, ampliando el radio de acción de los convenios colectivos respecto a estas materias. O dicho de otra manera, la negociación colectiva como piedra angular de esta regulación se configura como uno de los aspectos más importantes y necesarios para lograr la igualdad real y efectiva entre hombres y mujeres -objetivo principal de la LOI- lo que significa que sin el esfuerzo de sindicatos, representantes de trabajadores y empresarios a través de los convenios y acuerdos colectivos, el ambicioso objetivo de la igualdad no sólo se resentirá sino que fracasará.

Analicemos en cada uno de los tipos comprendidos en la LOI sistematizados al inicio de este epígrafe:

3.1. Preceptos declarativos o programáticos.

La Ley contiene una serie de preceptos que ha denominado posibilistas pues permiten a la negociación colectiva incorporar, de modo discrecional y voluntario, medidas relacionadas con la igualdad de trato y no discriminación. Como se intuirá, tales preceptos tienen como objetivo general procurar la promoción de la igualdad de la negociación colectiva. Éstos son:

- 1. Establecimiento de medidas de acción positiva de carácter general en la negociación colectiva: art. 43 LOI.*

Existe en la LOI un conjunto de preceptos sobre acción positiva⁷², orientados a hacer efectivo el derecho a la igualdad entre hombre y mujeres. Con carácter general, el art.

⁷² Por acción positiva se entiende “el conjunto de medidas antidiscriminatorias que tiene como objetivo uno de estos dos: a) compensar al colectivo discriminado por las consecuencias perjudiciales que la situación prolongada de discriminación les ha causado; y b) aventajar su posición en el mercado de trabajo con el objetivo de acelerar el proceso de integración e inserción mixta en los mercados laborales en que se produzca supuestos de infrarrepresentación”. FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F. “La prohibición de

11 LOI, tras imponer a los poderes públicos la obligación de adoptar medidas específicas a favor de las mujeres “para corregir situaciones patentes de desigualdades de hecho respecto de los hombres”, habilita a las personas físicas y jurídicas privadas para que, con sujeción a la Ley, desarrollen acciones de esa naturaleza.

El art. 43 LOI establece que “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”.

Varios comentarios se pueden hacer de este artículo considerado una mera declaración de principios⁷³ y un intento de incentivar la adopción de medidas que favorezcan la igualdad de oportunidades material en el mercado de trabajo⁷⁴. En primer lugar, se remite a lo dispuesto en el art. 85. 1 y 2 ET respecto al contenido de los convenios colectivos, y en segundo lugar al ser una declaración de principios y no llevar aparejada sanción ni incentivo alguno.

El establecimiento en las empresas de medidas de acción positiva plantea una serie de interrogantes que, ante todo, conviene aclarar, aunque sea sucintamente:

En primer lugar, debe tenerse en cuenta que el establecimiento de acciones positivas deberá llevarse a cabo a través de la negociación colectiva. Tal exigencia legal excluye que el empresario pueda adaptar unilateralmente acciones positivas, limitándose, en su caso, al establecimiento de medidas positivas neutrales en cuanto al género⁷⁵.

En segundo lugar, se observa que esta reglamentación permite también el establecimiento de acciones positivas a favor de los varones, en aquellos puestos,

discriminación en el marco internacional y en el Derecho de la Unión Europea” *Rerista de Derecho Social Latinoamericana*, núm. 2, 2007, Pág. 83.

⁷³ *Vid* MERCADER UGUINA, J. R. (Dir.) *Comentarios laborales de la Ley de Igualdad entre hombres y mujeres*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2007. Pág. 409 y 410.

⁷⁴ *Vid* pág. 28 en relación al principio de igualdad de oportunidades material en la LOI.

⁷⁵ Por ejemplo, establecer una guardería en la empresa a la que pueden enviar sus hijos tanto trabajadores como trabajadoras. Al respecto GOMEZ ABELLEIRA, P.: “Las acciones positivas de las empresas para la igualdad efectiva de mujeres y hombres”, *Comentarios Laborales a la Ley de Igualdad*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2007. Pág. 190 y ss.

categorías, etc.., netamente feminizados y ello, a pesar de la definición contenida en el artículo 11 LOI, de aplicación general, que refiere a las acciones positivas como medidas dirigidas específicamente a las mujeres (Se explicará con mayor detenimiento en el punto siguiente).

En tercer lugar, de la redacción contenida en el artículo 17 ET, en su apartado 4, se deduce que las materias posibles de acción positiva refieren al acceso al empleo y a la promoción profesional, si bien tal regulación no puede impedir que las acciones positivas se fijen en otro tipo de materias como en la política retributiva o en relación al tiempo de trabajo.

2. Establecimiento de medidas que favorecen el acceso de las mujeres al empleo y la igualdad material en el trabajo: el nuevo art. 17.4 ET.

Se introduce un nuevo párrafo 4º en el antiguo art. 17 ET que prevé que 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 representado⁷⁶ en el grupo o categoría profesional de que se trate. Asimismo, la negociación colectiva podrá establecer este tipo de medidas en las condiciones de clasificación profesional, promoción y formación, de modo que, en igualdad de condiciones de idoneidad, tengan preferencia las personas del sexo menos representado para favorecer su acceso en el grupo, categoría profesional o puesto de trabajo de que se trate.

Como en el artículo anterior estamos ante un precepto puramente posibilista, si bien, es una novedad respecto al régimen reparador represor clásico de nuestra normativa para alcanzar la igualdad entre hombres y mujeres como también se ha señalado

⁷⁶ Respecto al desequilibrio, se puede entender que nos remite a la DA Primera de la LOI que entiende por presencia o composición equilibrada de hombres y mujeres, en el conjunto al que se refiera, las personas de cada sexo que no superen el 60% ni sean menos del 40%.

anteriormente⁷⁷ y, en contraste, con el propio párrafo 1º de este artículo que regula la nulidad de las regulaciones y actuaciones discriminatorias en materia de empleo.

El resultado de esta mixtura entre ambos regímenes (nulidad de las actuaciones discriminatorias y acciones positivas donde se establezca una preferencia de las personas del sexo menos representado) es la existencia de una contradicción entre la rúbrica negativa que preside e identifica el art. 17 ET “no discriminación en las relaciones laborales” y su contenido (especialmente el párrafo 4º). Y ello porque se han ido contemplando medidas de acción positiva a favor de colectivos con mayores dificultades de cara a su inserción laboral y sus específicas condiciones de trabajo. Lo que nos lleva a comprobar como se ha añadido a un entendimiento estrictamente formal de la no discriminación en el ámbito laboral a una perspectiva de igualdad material, aunque sea de una forma genérica y posibilista.

Ello, en consonancia con la Jurisprudencia⁷⁸ sobre esta materia donde se ha afirmado que el principio de no discriminación “no impone al empresario una obligación de igualdad absoluta de trato y admite diferencias que se sustenten en motivos razonables y justificados”, como el ejercicio legítimo de las facultades empresariales de organización y dirección del trabajo o las necesidades de gestión u organización de la empresa. Obviamente cuando el régimen diferenciado en las condiciones de trabajo no sea razonable, sí que se considerará discriminatorio (Sentencia del TC nº177/1988, de 10 de octubre).

No obstante, pese a la declaración general de igualdad frente al acceso al empleo, es la propia ley quien ampara situaciones de privilegio de determinados colectivos de trabajadores, el art. 35 de la Ley 62/2003 de medidas fiscales, administrativas y del orden social⁷⁹ nos dice que para garantizar en la práctica la plena igualdad por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad y orientación sexual, el principio de igualdad de trato no impedirá que se mantengan o se adopten medidas

⁷⁷ *Vid supra* pág.28 respecto al principio de igualdad de oportunidades material en la LOI.

⁷⁸ Así por ejemplo, se considera también discriminatorio: La exclusión de los trabajadores temporales del ámbito de aplicación de un convenio colectivo (STC nº 136/1987, de 7 de mayo) o las diferencias salariales derivadas únicamente de la fecha de contratación de los trabajadores (STC nº 28/1996, de 26 de febrero) o las diferencias retributivas entre trabajadores fijos y eventuales (STC nº 177/1993, de 31 de mayo).

⁷⁹ BOE 313, de 31 de diciembre de 2.003.

específicas a favor de determinados colectivos destinadas a prevenir o compensar las desventajas que les afecten relativas a las materias incluidas (...) y el propio art. 17 ET en sus párrafos 2º, 3º y 4º permite un trato desigual en determinadas circunstancias.

Ciertamente, los párrafos 2º y 3º establecen que el Gobierno podrá regular medidas de reserva, duración o preferencia en el empleo que tengan por objeto facilitar la colocación de trabajadores demandantes de empleo. Esto es, que el Gobierno podrá tomar medidas de acción positiva y que las mismas afectarán, entre otros colectivos a las mujeres. Pese a ello, el apartado 4º introducido por la LOI va más allá ya que no sólo se ciñe a la Ley o la actuación del Gobierno en tales campos, si no que alude a medidas de acción positiva que pueden ser incorporadas por la negociación colectiva.

Si bien, entre estos tres apartados del art. 17 ET y el artículo 35 antes citado, hay una coincidencia en su espíritu y finalidad, el párrafo 4º, del 17 ET sólo va dirigido a las mujeres previendo expresamente que la negociación colectiva podrá establecer medidas de acción positiva para favorecer el acceso de las mujeres a todas las profesiones, pudiendo establecer a tal efecto, reservas y preferencias en las condiciones de contratación. Además tiene una inequívoca vocación de generalidad que se evidencia por su explícita alusión a “todas las profesiones”, avanzando en la dirección de romper los obstáculos que impiden una plena presencia de la mujer en determinados sectores y oficios o que la admiten, pero de un modo devaluado o marginal.

Sin embargo, el novedoso párrafo 4º del art. 17 ET no sólo se limita al acceso al empleo, sino que se mueve en un arco material más amplio permitiendo adoptar acciones positivas en el marco de la negociación colectiva sobre clasificación profesional, promoción y formación, es decir, que afecta también a las condiciones laborales de quienes ya poseen un empleo.

Con un análisis más profundo del contenido del párrafo 4º del 17 ET podría parecer que éste se contradiga ya que admite, por un lado, que la negociación colectiva pueda establecer medidas de acción positiva relacionadas con las mujeres⁸⁰ y, por otro,

⁸⁰ MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A. y NIETO ROJAS, P. “Medidas y Planes de igualdad en las empresas” *La ley de igualdad: consecuencias prácticas en las relaciones laborales y la empresa*. Lex Nova. Valladolid, 2007. Págs. 71-128. Respecto a las acciones positivas se indica que la preferencia a favor de las mujeres “sólo es legítima como criterio de desempate ante situaciones comparables en lo que se refiere a idoneidad para

reconoce de modo expreso la preferencia del sexo menos representado. Pues bien, esta aparente contradicción se explica o responde a los condicionantes impuestos por la normativa comunitaria, en concreto, por el art. 157.4 del Tratado Constitutivo de la UE, en la redacción dada por el Tratado de Ámsterdam (antiguo 141.4)⁸¹ y por la Jurisprudencia del TJCE sobre esta materia⁸².

En consecuencia este art. 17.4 puede actuar en una doble dirección -pese a que la LOI busca exclusivamente favorecer la igualdad efectiva de las mujeres- reconociéndose el derecho a que en puntuales ocasiones no serán las mujeres las destinatarias de tal tipo de medidas sino los hombres, en la medida en que sea el sexo menos representado en un concreto grupo, categoría o puesto de trabajo⁸³.

3.2. Preceptos instrumentales o de mera remisión a la regulación.

En este bloque se agrupan aquellos preceptos que mencionan a la negociación colectiva como fuente reguladora de unas determinadas materias, por lo que nos encontramos ante preceptos que aluden directamente al contenido potencial de la negociación colectiva. En

ocupar el puesto de que se trate, méritos e historial académico y profesional; y ello, siempre que, amén de responder a un fundamento objetivo (patente situación de desigualdad) se cubran los estándares de desigualdad, excepcionalidad, temporalidad y proporcionalidad de la medida. De manera que es necesario establecer mecanismos de control para evitar que se produzcan situaciones de discriminación inversa en perjuicio del varón”.

⁸¹ “Con objeto de garantizar en la práctica la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida laboral, el principio de igualdad de trato no impedirá a ningún Estado miembro mantener o adoptar medidas que ofrezcan ventajas concretas destinadas a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de actividades profesionales o a evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales.”

⁸² La Jurisprudencia comunitaria ha precisado los límites a la discriminación positiva mediante preferencia de empleo. La Sentencia de TJCE de 17 de octubre de 1995 (Asunto KALANKE) declara incompatible con el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres una regulación de preferencia en el acceso al empleo y en la promoción interna a las mujeres en caso de idéntica cualificación que los hombres, la regulación en cuestión, una ley para la función pública en el *land* de Bremen limitaba fuertemente los méritos alegables en los concursos para cubrir las plazas vacantes. En cambio, la Sentencia de TJCE de 11 de noviembre de 1997 (Asunto NARSCHALL) declara compatible con el derecho comunitario una ley del *land* de Renania del Norte-Westfalia que obliga en principio a conceder preferencia en la promoción a las candidatas femeninas en sectores de la Administración en que tengan una menor presencia, salvo que se apreciaran en la persona de un candidato masculino con igual capacitación motivos objetivos para inclinar la balanza a su favor.

⁸³ Asimismo se ha reconocido que el establecimiento de medidas de acción positiva parecen tener un carácter temporal y transitorio. *Vid* VALLEJO DACOSTA, R. *Aspectos laborales... cit.*, pág. 87.

algunos casos se está ante el reconocimiento de la competencia de dicha negociación en la materia y, en otros, a lo previsto convencionalmente. Se relacionan a continuación los supuestos comprendidos⁸⁴:

1. Acoso sexual y acoso por razón de sexo en el trabajo: art. 48 LOI.

Tiene una clara conexión con el art. 7 LOI (conceptos de “acoso sexual y acoso por razón de sexo”⁸⁵), con el nuevo art. 4.2.e ET que incluye dentro de los derechos de los trabajadores en la relación con el trabajo, la protección frente al “acoso sexual y el acoso por razón de sexo” y que sustituye al desfasado “protección por ofensas verbales y físicas de naturaleza sexual” y, por último con el nuevo art. 8.13 bis LISOS⁸⁶, introducido por la LOI.

Este precepto⁸⁷ obliga a los empresarios a adoptar medidas activas tendentes a conseguir la erradicación de tales conductas –acoso sexual y acoso por razón de sexo– por medio de comportamientos que comprenden tanto el establecimiento de un ambiente de trabajo y de condiciones laborales como procedimientos *ad hoc* para prevenirlas (protocolos de acoso, código de buenas conductas), o en el caso de que se hayan producido, para denunciarlas o reclamar frente a ellas (ex art. 48.1, párrafo 1º, LOI “deberán promover condiciones...”)

En contraste, y en este mismo artículo, establece su párrafo 2º que con esta finalidad *se podrán establecer* medidas que deberán negociarse con los representantes de los

⁸⁴ Se enumeran siguiendo el propio orden secuencial de la LOI y no se incluyen los acuerdos aplicables a los funcionarios públicos ya que no son objeto del presente trabajo.

⁸⁵ Constituye *acoso sexual* cualquier comportamiento, verbal o físico, de naturaleza sexual que tenga el propósito o produzca el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo. Constituye *acoso por razón de sexo* cualquier comportamiento realizado en función del sexo de una persona, con el propósito o el efecto de atentar contra su dignidad y de crear un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo. 3. Se considerarán, en todo caso, discriminatorios el acoso sexual y el acoso por razón de sexo.

⁸⁶ “será infracción muy grave:...El acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad y orientación sexual y el acoso por razón de sexo, cuando se produzcan dentro del ámbito a que alcanzan las facultades de dirección empresarial, cualquiera que sea el sujeto activo del mismo, siempre que, conocido por el empresario, éste no hubiera adoptado las medidas necesarias para impedirlo”.

⁸⁷ “Las empresas deberán promover condiciones de trabajo que eviten el acoso sexual y el acoso por razón de sexo y arbitrar procedimientos específicos para su prevención y para dar cauce a las denuncias o reclamaciones que puedan formular quienes hayan sido objeto del mismo”.

trabajadores, tales como la elaboración y difusión de códigos de buenas prácticas, la realización de campañas informativas o acciones de formación. Es decir, se contiene una previsión puramente facultativa que nos remite al ámbito de la denominada RSE⁸⁸.

Desde otra perspectiva, resulta llamativa tal hipótesis combinada con el hecho de que tales medidas deban ser negociadas o consensuadas con los representantes de los trabajadores lo que supondría una obligación “indirecta” de negociar. Parece apoyar esta tesis la corresponsabilidad de los representantes de los trabajadores respecto a la prevención contra el acoso que establece el propio art. 48.2 y 3 LOI si bien, y por el contrario, nada dice el art. 85.1 ET al respecto, salvo que se incluyan dentro del plan de igualdad, en cuyo caso podrán negociarse dentro de éste⁸⁹.

La “obligación” que emana del art. 48.2 respecto a los representantes de los trabajadores se trata de un deber de colaboración en la prevención del acoso a través de la sensibilización e información al empresario de situaciones y conductas de acoso que pudieran propiciarlo en la práctica. No obstante, no podemos perder la perspectiva de que pese a que estas medidas pueden ser consensuadas voluntariamente entre representantes de trabajadores y empresarios a través de la negociación colectiva, la obligación principal de prevenir el acoso recae sobre el empresario y por ello no cabe derivar responsabilidad hacia los trabajadores ni eximir al empresario⁹⁰.

Existen, pues divergencias en torno a la posibilidad de que dichas medidas sean negociadas o no. En mi opinión, si que existe un deber empresarial⁹¹ de establecer

⁸⁸Las posibles medidas de RSE y su papel en la consecución de la igualdad en el ámbito laboral se desarrollarán en el punto III.

⁸⁹Según ESCUDERO RODRÍGUEZ, R. la redacción de este precepto es confusa y contradictoria, afirmando que no existe obligación de negociar con los representantes de los trabajadores. *Vid* “El complejo juego entre la Ley y la negociación colectiva en la nueva Ley de igualdad efectiva entre mujeres y hombres: Significación general y manifestaciones concretas”. *Relaciones Laborales*, núm. 1, 2007, pág. 1.006.

⁹⁰ No debe olvidarse, en cualquier caso, que, exista o no acuerdo con los representantes de los trabajadores, desde la promulgación de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (BOE 362, 10 de noviembre de 1.995), el empleador tiene obligación de establecer medidas para prevenir el acoso laboral con la simple consulta a los representantes de los trabajadores (artículo 18.2 y 33 LPRL), si los hubiera, considerándose infracción muy grave (8.13 y 13bis LISOS) la pasividad del empresario ante la misma. Asimismo, se conecta con el nuevo párrafo 3º, del art. 64 ET, novedad introducida en su día por la LOI y que se refiere al derecho a recibir información, vigilancia y colaboración con la dirección de la empresa en materia de igualdad.

⁹¹ “De entrada, el citado precepto instaura una nueva obligación empresarial consistente en el establecimiento de medidas para evitar el acoso sexual y el acoso por razón de sexo y la necesidad de negociar tales medidas con los representantes de los trabajadores. Tal obligación no diferencia entre empresas de

medidas para prevenir el acoso sexual y por razón de sexo que, a su vez, deben ser negociadas con los representantes de los trabajadores por dos cuestiones interpretativas. La primera porque la finalidad de la ley es que todas las medidas de igualdad (incluidas las de prevención) sean negociadas estatutariamente con los representantes de los trabajadores; y la segunda por la previsión del art. 62 de la propia Ley respecto a la actuación frente al acoso sexual y por razón de sexo en las Administraciones Públicas, donde ya expresamente se exige la negociación con los representantes de los trabajadores. Es decir, el legislador piensa en todo momento y, como primera opción, el supuesto de la negociación estatutaria. Ahora bien, no impide que ante el fracaso de la misma se pueda redirigir hacia la RSE pues el art. 48.2, lo permite.

En este punto, cabe una reflexión. Mientras que para las acciones positivas del art. 43 de la LOI, la norma no permite que el empresario las adopte unilateralmente, es decir, se caracteriza por ser materia vetada a la RSE (tampoco cabe convenio extraestatutario, como se ha explicado anteriormente), por el contrario, si que se ha permitido que las medidas de acoso sexual y por razón de sexo sean objeto de responsabilidad social e incluso de negociación extraestatutaria o informal, obligándose el empresario, haya acuerdo o no, a informar de las medidas adoptadas (art. 64 ET, nuevo párrafo 3º, novedad introducida en su día por la LOI y que se refiere al derecho a recibir información, vigilancia y colaboración con la dirección de la empresa en materia de igualdad.

mayores o menores dimensiones, como ocurre en relación al establecimiento de Planes de Igualdad, aunque entre las medidas que puedan establecerse se prevé también las relacionadas con la prevención del acoso sexual y acoso por razón de sexo. Por tanto, en las empresas que obligatoriamente o, bien de forma voluntaria, se establezcan Planes de Igualdad, las medidas de prevención deberían constar en dichos Planes. En otros casos, el artículo 48 no determina la fuente de regulación de tales medidas; no se establece la obligación de negociación como contenido mínimo de los convenios colectivos, es más, las medidas que se adopten pueden plasmarse en un simple código de buenas prácticas, o bien pueden traducirse en una negociación informal que contemple aspectos concretos como la realización de campañas informativas o acciones de formación.” *Vid VALLEJO DACOSTA, R. Aspectos laborales... cit.*, pág. 87.

2. Responsabilidad social de la empresa en materia de igualdad: art. 73 LOI.

Este artículo establece una serie de prevenciones en materia de responsabilidad social de las empresas en materia de igualdad. En síntesis⁹² se puede destacar lo siguiente: Se está nuevamente ante una opción meramente posibilista ya que se reconoce expresamente que las empresas podrán asumir la realización voluntaria de acciones de responsabilidad social ya que no hay nada que las constrinja a ello. Además, y pese a que el propio artículo habla de que “podrán ser concertadas con los trabajadores”, se intuye que en la práctica pudiera no ser, habida cuenta de la fuerte carga de unilateralidad empresarial que suelen comportar las actuaciones en materia de responsabilidad social y las fuertes resistencias empresariales a pactar acciones de responsabilidad social (en muchas ocasiones se utilizan como meras estrategias unilaterales de marketing empresarial).

No obstante, este artículo innova, en su párrafo tercero, al imponer al empresario la obligación de informar a los representantes de los trabajadores de las acciones en la materia no consensuada con ello, fomentando el diálogo social y complementando la labor de la negociación colectiva.

El artículo enumera, con carácter ejemplificativo, “las medidas económicas, comerciales, laborales, asistenciales o de otra naturaleza”, expresando que sólo interesan tales acciones en la medida en que estén destinadas a “promover condiciones de igualdad entre las mujeres y los hombres en el seno de la empresa o en su entorno social” siendo acorde con el objetivo y contenido de la LOI.

3. Derecho a adaptar la jornada para conciliar la vida personal, familiar y laboral: art. 34.8 ET.

El apartado 8 fue introducido novedosamente por la LOI declarando que el trabajador tendrá derecho a adaptar la duración y distribución de la jornada de trabajo para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral en los términos que se establezcan en la negociación colectiva o en el acuerdo a que

⁹² Se ampliará en el punto III de este trabajo.

llegue con el empresario respetando, en su caso, lo previsto en aquélla. Asimismo, se le ha incorporado un nuevo segundo párrafo a este punto octavo del art 34 ET, en virtud de la Ley 3/2012, de 6 de julio⁹³, que indica que a tal fin, se promoverá la utilización de la jornada continuada, el horario flexible u otros modos de organización del tiempo de trabajo y de los descansos que permitan la mayor compatibilidad entre el derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral de los trabajadores y la mejora de la productividad en las empresas.

Se está ante una medida de eficacia directa condicionada a lo que la negociación colectiva o el acuerdo individual decida en cada supuesto, siendo el párrafo segundo un mero principio pero no un mandato (“se promoverá”).

Este art. 34.8 ET guarda una íntima conexión con el art. 44.1 de la LOI cuando dice que los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral se reconocerán a los trabajadores y las trabajadoras en forma que fomenten la asunción equilibrada de las responsabilidades familiares, evitando toda discriminación basada en su ejercicio. Se recoge un reconocimiento a la conciliación si bien de carácter muy general sin aludir a la negociación colectiva ni a ninguna otra fuente.

Cabe destacar la relación con la Disposición Adicional 17 ET⁹⁴, incorporada por la Disposición Adicional 11 LOI. En concreto cuando alude a que las discrepancias entre empresarios y trabajadores en relación con el ejercicio de los derechos de conciliación a la vida personal, familiar y laboral “reconocidos legal o convencionalmente” se resolverán por la jurisdicción competente a través del procedimiento establecido en el art. 139 de la Ley reguladora de la Jurisdicción social⁹⁵.

⁹³ Ley 3/2012, de 6 de julio, de Medidas Urgentes para la Reforma del Mercado Laboral (BOE 162, 7 de julio de 2012)

⁹⁴ Redacción final dada por la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción social (BOE 245, 11 de octubre de 2011).

⁹⁵ “El *procedimiento* para el ejercicio de los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral, reconocidos legal o convencionalmente, se regirá por las siguientes reglas: 1. El trabajador dispondrá de un plazo de veinte días, a partir de que el empresario le comunique su negativa o su disconformidad con la propuesta realizada por el trabajador, para presentar demanda ante el Juzgado de lo Social. 2. En la demanda del derecho a la medida de conciliación podrá acumularse la acción de daños y perjuicios causados al trabajador, exclusivamente por los derivados de la negativa del derecho o de la demora en la efectividad de la medida, de los que el empresario podrá exonerarse si hubiere dado cumplimiento, al

Por último, las medidas de conciliación acordadas en un convenio colectivo estatutario o plan de igualdad no podrá ser objeto de inaplicación por causas técnicas, económicas...de la empresa, de conformidad con lo previsto en el art. 82.3 ET, el acuerdo de inaplicación no podrá dar lugar al incumplimiento de las obligaciones establecidas en convenio relativas a la eliminación de las discriminaciones por razones de género o de las que estuvieran previstas, en su caso, en el Plan de Igualdad aplicable en la empresa.

4. Acumulación en jornadas completas del derecho al permiso por lactancia: art. 37.4 ET⁹⁶.

El art. 37.4 prevé la posibilidad de que los trabajadores⁹⁷ puedan sustituir el derecho a la lactancia a una hora de ausencia, divisible en dos fracciones, por una reducción de su jornada en media hora “o acumulando jornadas completas en los términos previstos en la negociación colectiva o en el acuerdo individual al que llegue con el empresario, respetando, en su caso, lo previsto en aquélla”.

Se está ante una previsión novedosa pero de nuevo el alcance es puramente facultativo ya que para que tal acumulación en jornadas completas sea posible, es necesario que haya una previsión expresa en tal sentido, bien en la negociación colectiva, bien en un acuerdo individual. Es decir, que no es un derecho que emane de la Ley sino que se debe articular a través de una de estas dos vías.

menos provisional, a la medida propuesta por el trabajador. 3. El empresario y el trabajador deberán llevar sus respectivas propuestas y alternativas de concreción a los actos de conciliación previa al juicio y al propio acto de juicio, que podrán acompañar, en su caso, de informe de los órganos paritarios o de seguimiento de los planes de igualdad de la empresa para su consideración en la sentencia. 4. El procedimiento será urgente y se le dará tramitación preferente. El acto de la vista habrá de señalarse dentro de los cinco días siguientes al de la admisión de la demanda. La sentencia se dictará en el plazo de tres días. Contra la misma no procederá recurso, salvo cuando se haya acumulado pretensión de resarcimiento de perjuicios que por su cuantía pudiera dar lugar a recurso de suplicación, en cuyo caso el pronunciamiento sobre las medidas de conciliación será ejecutivo desde que se dicte la sentencia”.

⁹⁶ La redacción final de este precepto es producto de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral y RD-L 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.

⁹⁷ Como resultado de las modificaciones legislativas anteriormente citadas este derecho se concibe como “...un derecho individual de los trabajadores, hombres o mujeres, pero sólo podrá ser ejercido por uno de los progenitores en caso de que ambos trabajen”. Esto es, ya no es potestad exclusiva de la mujer como se preveía en el originario 37.4 ET introducido por la LOI.

5. Derecho a una excedencia por cuidado de un familiar: art. 46.3 ET.

Se permite un período de excedencia, de duración no superior a dos años, salvo que se establezca una duración mayor por negociación colectiva, a los trabajadores para atender al cuidado de un familiar hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente, enfermedad o discapacidad no pueda valerse por sí mismo, y no desempeñe actividad retribuida.

Respecto a la legislación anterior a la LOI eleva un año más la duración de la excedencia (antes era uno) salvo que se pacte un plazo mayor en la negociación colectiva.

6. Deber del trabajador de comunicar al empresario el ejercicio del derecho a la suspensión por paternidad: art. 48 bis ET.

Se introduce como novedad este artículo regulando la suspensión del contrato de trabajo por paternidad “En los supuestos de nacimiento de hijo, adopción o acogimiento de acuerdo con el artículo 45.1.d de esta Ley, el trabajador tendrá derecho a la suspensión del contrato durante trece días ininterrumpidos, ampliables en el supuesto de parto, adopción o acogimiento múltiples en dos días más por cada hijo a partir del segundo. Esta suspensión es independiente del disfrute compartido de los períodos de descanso por maternidad regulados en el artículo 48.4.”

En el párrafo tercero de este precepto alude que el momento en el que podrá ejercitarse este derecho será desde el periodo comprendido desde la finalización del permiso por nacimiento de hijo, “previsto legal o convencionalmente”.

Por último, y al final de este artículo, se prevé que el trabajador deberá comunicar al empresario, con la debida antelación, el ejercicio del derecho a la suspensión del contrato por paternidad “en los términos establecidos, en su caso, en los convenios colectivos”. Es una previsión de alcance menor, también posibilista y que, afecta únicamente, a la forma de notificar al empresario el ejercicio de un derecho.

7. *Obligación de la Autoridad Laboral de velar por el respeto del principio de igualdad en los convenios colectivos: art. 90.6 ET.*

Se introduce un nuevo apartado, el 6, en el art. 90 que establece que la autoridad laboral velará por el respeto al principio de igualdad en los convenios colectivos que pudieran contener discriminaciones, directas o indirectas, por razón de sexo. Lo que significa que es una obligación directa y específica a los poderes públicos encargados del depósito y registro de los mismos. Se busca garantizar una plena efectividad del respeto al principio de igualdad en los convenios estatutarios. Y, a tal fin, se impone a la Autoridad Laboral la obligación de velar por dicho respeto.

Además se prevé el posible asesoramiento del Instituto de la Mujer o de los Organismos de Igualdad de las Comunidades Autónomas correspondientes, y de otro lado, la comunicación a tales organismos en el caso de que la referida Autoridad Laboral se haya dirigido de oficio a la Jurisdicción competente por entender que el convenio colectivo pudiera contener cláusulas discriminatorias.

4. PLANES DE IGUALDAD OBLIGATORIOS Y PLANES DE IGUALDAD VOLUNTARIOS.

4.1. LOS PLANES DE IGUALDAD.

4.1.1. Concepto y notas características.

El plan de igualdad es una de las piezas clave y, una de las grandes novedades de la LOI, en su objetivo de lograr la igualdad efectiva entre hombres y mujeres⁹⁸.

⁹⁸ Si bien los planes de igualdad son una oportunidad excepcional para avanzar en la implantación de medidas que permitan superar poco a poco las situaciones de discriminación y la falta de oportunidades de las mujeres en las empresas españolas, de acuerdo con la conclusión final de un trabajo de análisis de 18 Planes de igualdad de empresa, GALLARDO MOYA, R. afirma “mi conclusión no es muy optimista, entre otras cosas porque la mayoría de planes que hemos examinado aquí son de mínimos, contienen líneas generales y sólo excepcionalmente marcan objetivos numéricos y un calendario para su consecución...Pese a que el camino es todavía largo, la valoración que debe hacerse no es del todo negativa, pues son los primeros pasos de una “cultura empresarial” que toma conciencia y establece

El art. 46 LOI define un plan de igualdad 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. Los planes de igualdad fijarán los concretos objetivos de igualdad a alcanzar, las estrategias y prácticas a adoptar para su consecución, así como el establecimiento de sistemas eficaces de seguimiento y evaluación de los objetivos fijados.

Este concepto no se puede desvincular de la referencia más general que se prevé en el art. 45.1 LOI, cuando bajo el título de “elaboración y aplicación de los planes de igualdad”, que recuerda que las empresas están obligadas a respetar la igualdad de trato y de oportunidades en el ámbito laboral y que es con esta finalidad, con la que se debe adoptar las medidas oportunas dirigidas a evitar cualquier tipo de discriminación laboral entre hombres y mujeres. Medidas, que como señala la Ley, se deberán negociar, y en su caso, acordar, con los representantes de los trabajadores en la forma que determine la legislación laboral, como se ha expuesto con anterioridad.

Los rasgos definitorios de un plan de igualdad de acuerdo con una interpretación literal de ambos preceptos serían:

1. *Conjunto ordenado de medidas*: El plan en sí mismo exige una integración, una unidad. El plan es un todo con coherencia interna. De este modo una serie de medidas adoptadas de forma aislada y sin sistemática interna no deberían ser consideradas como un plan de igualdad⁹⁹.
2. *Adoptadas tras realizar un diagnóstico de la situación*¹⁰⁰: Se condiciona las medidas que conforman un plan de igualdad a la existencia de una previa evaluación de la realidad, en concreto a esas situaciones discriminatorias que pone de relieve el diagnóstico de situación realizado. Ello, porque un plan de igualdad no puede ser nunca ajeno a la situación real de la empresa en que se va aplicar.

pautas de comportamientos saludables y necesario para alcanzar en un futuro la igualdad material entre hombres y mujeres en el ámbito de la empresa”. “Los nuevos planes de igualdad en la empresa: Un análisis de las primeras experiencias”. *Revista de Derecho Social*, núm. 48, 2009. *cit.*, pág. 106.

⁹⁹ Según FABREGAT MONFORT, G. “el plan de igualdad comporta, en esencia, la idea de unidad, la idea de estructura y coherencia interna” *Los planes de igualdad...* *cit.*, pág. 13.

¹⁰⁰ *Vid* Elaboración de un plan de igualdad, pág. 58 y ss.

3. *Tendentes a alcanzar en la empresa la igualdad efectiva entre hombres y mujeres y a eliminar la discriminación por razón de sexo que pudiera existir:* Los planes de igualdad deben adoptarse siempre con un objetivo concreto: erradicar la discriminación existente en su ámbito de actuación y la promoción de la igualdad con el fin de alcanzar la igualdad real de sexos. O dicho, de otro modo, intentar que hombres y mujeres se encuentren en el mismo punto de partida, apostando por la igualdad real y no la formal a través de medidas dirigidas a eliminar cualquier tipo de desigualdad y discriminación de trato entre hombre y mujeres.
4. *Se deberá adoptar de forma colectiva:* negociar y, en su caso, acordar con los representantes de los trabajadores en los términos fijados por la legislación vigente. Los planes de igualdad se contemplan necesariamente como un instrumento jurídico colectivo (convenio o pacto *ad hoc*¹⁰¹), entre otras cosa porque carecería de sentido hacerlo de forma individual por las propias características internas del plan de igualdad.

No obstante, la regla general de adoptar un plan de igualdad de forma negociada tiene una excepción en los casos de que la adopción venga impuesta por la autoridad laboral competente como sustitución de una sanción accesoria¹⁰². En estos casos, si bien no afecta al carácter colectivo del plan de igualdad, se prevé la posibilidad de que se adopte la medida tras la mera consulta a los representantes de los trabajadores. Es decir, empresa y representantes de los trabajadores deberán llegar a un acuerdo en este sentido y, en caso, de que tras estas negociaciones no se alcance un acuerdo, se podrá adoptar un plan de igualdad, con la previa consulta de los representantes de los trabajadores.

¹⁰¹ Al respecto ESCUDERO RODRÍGUEZ, R. reflexiona “el plan de igualdad puede instrumentarse a través de una convenio colectivo de empresa o de pacto *ad hoc* que tenga dicho ámbito funcional lo cual dependerá de variables que habrá de determinar en cada empresa y en cada ocasión. Legalmente nada impide que se haga de una u otra forma...si bien es imprescindible que el plan tenga una entidad propia y diferenciada dentro del conjunto del convenio, pues de otra manera quedará diluido en éste y perdería la identidad que ha de tener por expresa decisión del legislador”. “Planes de igualdad en la Ley Orgánica 3/2007, de igualdad efectiva entre mujeres y hombres”. *Relaciones Laborales*, núm. 1, 2007, págs. 1.011-1.043.

¹⁰² Posibilidad prevista en el punto 4º, del art. 45 de la LOI.

Así, pues todas las empresas van a estar obligadas a respetar la igualdad y a adoptar medidas que eviten cualquier tipo de discriminación y sólo conforme al art. 45 LOI será preceptivo la elaboración y aplicación de un plan de igualdad en aquellas empresas que se encuentren en algunas de las citadas circunstancias (empresas de más de 250 trabajadores...).

4.1.2 Naturaleza y eficacia jurídica.

La naturaleza jurídica de los planes de igualdad es la propia de los convenios colectivos de carácter estatutario, siempre que ellos sean pactados por sujetos con legitimación para negociar, según las específicas reglas establecidas en los arts. 87 y ss. ET. Por lo tanto tendrán eficacia normativa y general. En todo caso, hay que distinguir entre tres supuestos: por un lado, si el referido plan se pacta en el seno de un convenio de empresa (a), aquél gozará de idéntica consistencia, jurídica y personal, de éste. Y de otro, si aquél se instrumenta través de un acuerdo *ad hoc*, éste tendrá tal eficacia si ha sido suscrito por los citados sujetos (b), teniendo la condición de pacto extraestatutario de eficacia limitada, si no logra superar los requisitos y umbrales establecidos por tales preceptos (c). Pero ¿es éste último supuesto posible?

El hecho de que los planes de igualdad, pese a ser concebidos en el capítulo III, del Título IV de la LOI, estén regulados en el art. 85.1 y 2 ET, es indicativo de que el legislador sobreentiende que se está refiriendo a acuerdos que van a tener los efectos consustanciales a los convenios estatutarios¹⁰³, esto es, el contagio de la naturaleza de los convenios estatutarios a los pactos colectivos que contengan un específico plan de igualdad, siempre que se den las premisas de representación. Como se ha puesto de manifiesto anteriormente la LOI está pensando en todo momento en una negociación colectiva estatutaria, por dos razones básicas: Primero por la vocación trasversal y general de la propia materia que obliga a dotarse de una eficacia normativa general, incentivando una cultura de igualdad en la empresa. Segundo, para evitar, por una lado la posible derivación de estas materias (al menos el núcleo) al ámbito de la RSE evitando que el empresario pueda determinar las mismas “paternalistamente”, y por otro, porque de no adoptarse mediante negociación colectiva, podrían ser objeto de modificación unilateral por parte del empleador, en virtud del art. 41 ET.

¹⁰³ ESCUDERO RODRÍGUEZ, R. “Planes de igualdad...” *cit.*, págs. 1.013.

No obstante, esta opinión no es compartida por parte de la doctrina, remitiéndome al respecto a lo expuesto en epígrafes anteriores¹⁰⁴.

4.1.3 Elaboración de un plan de igualdad

La metodología a seguir en la elaboración, que como han indicado algunos autores¹⁰⁵, recuerda a la prevista por la Ley de Riesgos Laborales se compone de varias fases perfectamente enumeradas en la LOI. En este sentido el art. 46 LOI establece las fases obligatorias a seguir en la elaboración de todo plan¹⁰⁶:

Como punto de partida, será necesario, aunque la LOI no lo mencione por obvio, un *compromiso de la empresa* explícito y público, con implicación de cargos directivos, mandos intermedios y trabajadores a través de representantes y se acuerde la constitución de un equipo de trabajo, con asignación de recursos, y acciones de sensibilización en la empresa¹⁰⁷.

En segundo lugar, el plan de igualdad *stricto sensu* comenzará con un *diagnóstico o evaluación de la situación* que identifique los problemas específicos que existen en torno a la igualdad de trato y de oportunidades entre hombres y mujeres en la empresa. Deberá recabarse análisis estadísticos o estudios desagregados por sexos e información relativa a la composición de la plantilla, participación de las mujeres en categorías profesionales, condiciones de trabajo, retribuciones, criterios de contratación, pruebas de selección, organización de los puestos de trabajo, valoración de tareas, permisos, excedencias, etc.; y por otro lado, información sobre aptitudes, opiniones y experiencias prácticas de los trabajadores, su cultura, su sentir, etc.. Este momento es esencial para el proyecto hasta tal punto que la eficacia del mismo dependerá en gran medida de la información que se recoja y la evaluación que se haga de ella¹⁰⁸. Se discute quién o quiénes deben realizar el diagnóstico o si éste debe, o no,

¹⁰⁴ *Vid* pág. 35 y ss.

¹⁰⁵ RODRÍGUEZ SAÑUDO, F. “La elaboración y aplicación del plan de igualdad en la empresa” *Actualidad Laboral*, núm. 9, tomo I, 2008, pág. 1078.

¹⁰⁶ MATORRAS DÍAZ, A. y NIETO ROJAS, P. “Cinco son las fases que se han identificado a la hora de elaborar un plan de igualdad”. *Medidas y Planes de igualdad...* cit. Págs. 82.

¹⁰⁷ VALLEJO DACOSTA, R. *Aspectos laborales...* cit., pág. 79.

¹⁰⁸ Aunque, como señala algún autor, lo verdaderamente importante para el éxito de los planes de igualdad es que ese diagnóstico sea aceptado conscientemente por ambas partes previamente a la toma de decisión

negociarse entre el empresario y los representantes de los trabajadores. La doctrina mayoritaria¹⁰⁹ entiende que la Ley no parece obligar a actuar conjuntamente a la empresa con los representantes de los trabajadores, por lo que se entiende que el diagnóstico lo podrá realizar el empresario directamente o, si lo estima oportuno, hacerlo con los representantes de los trabajadores¹¹⁰ o, incluso encargarlo a un tercero¹¹¹.

Finalizada esta primera fase, comienza la *elaboración del plan* puramente o, dicho de otra manera, la hoja de ruta global e integrada que va a introducir la igualdad material en la empresa, por lo cual el proyecto deberá contener al menos los objetivos de forma precisa que se quieren alcanzar, junto con las estrategias y acciones oportunas y necesarias para conseguirlos y los mecanismos que consideren oportunos, y que permiten el seguimiento y control de su aplicación¹¹².

Por otro lado, el art. 46.2 LOI enumera las áreas temáticas en la que el Plan podrá incidir, señalando especialmente, el acceso al empleo, la clasificación profesional, la promoción y formación retribuciones, ordenación del tiempo de trabajo para favorecer la conciliación laboral, personal y familiar, y prevención del acoso sexual o del acoso por razón de sexo.

El listado de materias sobre las que se puede actuar es ejemplificativo, pueden abordarse más materias, pero no menos. Dependerá del diagnóstico y de los resultados obtenidos que

respecto a las medidas. FABREGAT MONFORT, G. “Los riesgos en la negociación e implantación de los planes de igualdad”. *Revista digital de CCOO*, núm. 17. 2012. Págs. 14-23.

¹⁰⁹Entre otros, RODRÍGUEZ SAÑUDO, F. *La elaboración...* cit., pág. 1.078 y MATORRAS DÍAZ, A. y NIETO ROJAS, P. Si bien éstas destacan que “sería conveniente dar entrada a los representantes de los trabajadores en la medida que pueden agilizar el posterior desarrollo del plan pese a que la Ley no parece exigir su actuación conjunta”. *Medidas y Planes de igualdad...* cit., Págs. 84 y 85.

¹¹⁰Un número representativo de convenios contempla la creación de comisión de igualdad (o de paridad) a la que atribuye, entre otras competencias, elaborar dictámenes y estudios sobre la situación de las mujeres y hombres en la empresa a fin de elaborar un futuro plan de igualdad. Entre otros, por ejemplo, los convenios colectivos de la Industria química (BOE 207, 27 de agosto de 2007) y de las Empresas de mediación de seguros privados (BOE 253, 22 de octubre de 2007).

¹¹¹Por ejemplo, el Convenio Colectivo de la Fundación La Caixa (BOE 052, 29 de febrero de 2008) y en concreto su art. 56, prevé “que la Fundación La Caixa elaborará a través de sus medios o mediante un consultor externo una auditoría de su situación actual o diagnóstico de situación”.

¹¹²Desgraciadamente, se ha observado que en los Planes de Igualdad ya elaborados se incorporan una batería de objetivos muy genéricos (“la eliminación de cualquier desigualdad...”, “dar oportunidades a las mujeres...”) pero que escasamente obligan y de los que no se pueden extraer medidas o acciones específicas encaminadas a paliar los déficit hallados en la empresa. GALLARDO MOYA, R. “Los nuevos planes de igualdad en la empresa: Un análisis de las primeras experiencias”. *Revista de Derecho Social*, núm. 48, 2009, págs. 83-107.

se incida en unas u otras materias¹¹³. Ahora bien, como en ningún momento lo que se pretende con el plan es castigar sino fomentar la igualdad en la empresa, las acciones que prevea deberán perseguir una triple finalidad¹¹⁴: una, *eliminar* las situaciones de discriminación que haya encontrado, dos, *corregir* la causa que lo originó y, en tercer lugar, *prevenir* para que en un futuro no se repita.

Y finalmente, las últimas dos fases de aplicación del plan de igualdad son la *implementación del mismo*, lo que requiere de una campaña activa de información a todo el personal y el establecimiento de sistemas eficaces de *seguimiento y evaluación* de los objetivos fijados¹¹⁵: evaluar las acciones realizadas y los objetivos previstos, los recursos asignados y los resultados obtenidos y la inversión realizada para, en su caso, proceder a una revisión del plan de igualdad.

4.1.4 Ventajas “legales” por la elaboración de planes de igualdad.

Se contiene en la propia Ley una serie de acciones que tratan de incentivar la consecución de la igualdad y para ello introduce una serie de incentivos o ventajas “legales” espolvoreados por su articulado, así se observan los siguientes¹¹⁶:

1. Se prevé en el art. 34 LOI que en los contratos que realice la Administración General del Estado se podrá otorgar en los pliegos de cláusulas preferencia por la adjudicación de contratos a aquellas empresas que cumplan en materia de igualdad, tras acreditar la solvencia técnica o profesional.
2. El art. 35 LOI en materia de subvenciones públicas¹¹⁷ contempla que las Administraciones Pùblicas podrán incluir en las bases de las subvenciones la

¹¹³ VALLEJO DACOSTA, R. *Aspectos laborales...* cit., pág. 80.

¹¹⁴ ÁLVAREZ CUESTA, H. “Un “nuevo” contenido en los convenios colectivos: Los planes de igualdad entre hombres y mujeres”. *Actualidad Laboral*, núm. 2, tomo 1. 2008, págs. 148-160.

¹¹⁵ Por ejemplo, el Plan de Igualdad del Corte Inglés prevé la creación e intervención de una Comisión de seguimiento, con carácter previo a acudir a la jurisdicción competente, en los conflictos derivados a la aplicación e interpretación del plan de igualdad.

¹¹⁶ Se hace exclusivamente referencia a aquellos incentivos dirigidos a la empresa privada.

¹¹⁷ En materia de subvenciones públicas para fomentar la implementación voluntaria de planes de igualdad, *vid* Resolución de 13 de junio de 2012, de la Secretaría de Servicios Sociales e Igualdad, por la que se convocan las ayudas a la pequeña y mediana empresa y otras entidades para la elaboración e implantación de planes de igualdad correspondientes al año 2012. (BOE 145, 18 de junio de 2012).

valoración de actuaciones relacionadas con la conciliación, la responsabilidad social de las empresas o el distintivo empresarial en igualdad.

3. El art. 50 LOI, relativo al distintivo empresarial en materia de igualdad, establece que se creará dicho distintivo para reconocer a aquellas empresas que se destaque por su aplicación de políticas de igualdad de trato y de oportunidades y que podrá ser utilizado en el tráfico comercial de la empresa y con fines publicitarios¹¹⁸.
4. Por último, el art. 74 LOI, en relación a la igualdad en la responsabilidad social de las empresas, establece el derecho de las empresas a hacer un uso publicitario de sus acciones de responsabilidad en materia de igualdad, de acuerdo con las condiciones establecidas en la legislación general de publicidad.

Otras ventajas que presumible o previsiblemente se deberían conseguir con la adopción de planes de igualdad, a corto y medio plazo, serían, a modo ejemplificativo, la aparejada al cumplimiento de la legalidad (evitar la imposición de sanciones en caso de obligatoriedad en la adopción del plan de igualdad); la mayor capacidad para retener y desarrollar el “talento femenino”, aprovechando la diversidad; la disminución de los costes de rotación; la posibilidad de acceder a acciones formativas financiadas por los poderes públicos dirigido al colectivo de mujeres, etc...¹¹⁹

¹¹⁸ Mediante el Real Decreto 1615/2009, de 26 de octubre, se ha procedido a regular la concesión y utilización del citado distintivo empresarial (BOE 265, 3 de noviembre de 2009). El Real Decreto establece la denominación del distintivo, el procedimiento y las condiciones para su concesión, las facultades derivadas de su obtención, las condiciones de difusión institucional de las empresas que lo obtengan y de las políticas de igualdad aplicadas por ellas, así como los procedimientos de control sobre el mantenimiento de las condiciones y políticas que justifiquen su concesión y los procedimientos de retirada del mismo en caso de incumplimiento de aquellas por parte de las empresas. La Orden IGD/3195/2009, de 12 de noviembre, dictada en cumplimiento de lo previsto en el artículo 2 del citado Real Decreto, ha procedido a la aprobación del logotipo y representación gráfica del distintivo “Igualdad en la Empresa”.

¹¹⁹ *Vid* MATORRAS DÍAZ, A. y NIETO ROJAS, P. *Medidas y Planes de igualdad...* cit., pág. 103.

4.2. PLANES DE IGUALDAD OBLIGATORIOS.

Debemos diferenciar cuatro situaciones contempladas en el texto legal¹²⁰:

4.2.1. Empresas obligadas legalmente a adoptar un plan de igualdad desde un punto de vista cualitativo.

En estos supuestos el requisito que elige la Ley para obligar a negociar y adoptar –aunque la norma habla de “elaborarán y aplicarán”- un plan de igualdad es el incumplimiento reiterado por parte de la empresa de la obligación de no discriminar de acuerdo con lo previsto en el art. 45.4 LOI¹²¹. Por tanto, en el momento de imponer una sanción accesoria a la sanción (principal), que en todo caso se le impondrá a la empresa, y que le corresponde por comisión de una infracción muy grave en materia discriminatoria.

Se prevé en los artículos arts. 8.12 de la LISOS cuando establece como infracción muy grave que las decisiones unilaterales de la empresa que impliquen discriminaciones directas o indirectas desfavorables por razón de edad o discapacidad o favorables o adversas en materia de retribuciones, jornadas, formación, promoción y demás condiciones de trabajo, por circunstancias de sexo, origen, incluido el racial o étnico, estado civil, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación sexual, adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con otros trabajadores en la empresa o lengua dentro del Estado español, así como las decisiones del empresario que supongan un trato desfavorable de los trabajadores como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción administrativa o judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación y en el art. 8.13bis del mismo texto legal¹²² cuando destaca que el acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad y orientación sexual y el acoso por razón de sexo, cuando se produzcan dentro del ámbito a que alcanzan las facultades de dirección empresarial,

¹²⁰Clasificación realizada por FABREGAT MONFORT, G. *Los planes de igualdad...* cit., págs. 17.

¹²¹ “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”.

¹²² Tanto el párrafo 12 como el párrafo 13 bis, ambos del art. 8 LISOS, según redacción dada por la LOI.

cualquiera que sea el sujeto activo del mismo, siempre que, conocido por el empresario, éste no hubiera adoptado las medidas necesarias para impedirlo, también serán objeto de la citada infracción. Además, se configura también como infracción muy grave solicitar datos de carácter personal en los procesos de selección o establecer condiciones, mediante la publicidad, difusión o por cualquier otro medio, que constituyan discriminaciones favorables o adversas para el acceso al empleo por motivos de sexo, origen, incluido el racial o étnico, edad, estado civil, discapacidad, religión o convicciones, opinión política, orientación sexual, afiliación sindical, condición social y lengua dentro del Estado, de acuerdo con el art. 16.2 LISOS¹²³.

La Autoridad laboral competente, en estos supuestos, podrá sustituir las sanciones accesorias previstas en el art. 46.bis LISOS¹²⁴ por la imposición de la obligación de adoptar (“elaboración y aplicación”) un plan de igualdad, opción prevista en ese mismo artículo en su punto 2º.

En estos casos, es necesario que así lo solicite la empresa y que se produzca el informe preceptivo de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, de conformidad con el propio artículo.

Una lectura comparativa de ambas normas delata la ausencia de alusión, en el nuevo art. 46.bis LISOS, a cualquier forma de negociación, lo cual contrasta con el art. 45.4 LOI donde se alude a “(una) previa negociación o consulta, en su caso, con la representación legal de los trabajadores y trabajadoras”. De acuerdo con la doctrina¹²⁵, a la descoordinación entre ambos preceptos se añade, además, la ambivalencia del inciso “en su caso”, que tanto puede hacer pensar que se negocia o se consulta en su caso pero no siempre, o que se consulta en el caso de que no se negocie, sin aclarar, además, cuando se debe negociar y cuando se debe consultar.

¹²³ Redacción final de este artículo dada por la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo.

¹²⁴ “Pérdida automática de las ayudas, bonificaciones y, en general, de los beneficios derivados de la aplicación de los programas de empleo, con efectos desde la fecha en que se cometió la infracción, y la exclusión automática del acceso a tales beneficios durante seis meses”.

¹²⁵ *Vid LOUSADA AROCHENA, J. F. “El marco normativo...” cit., págs. 40.*

En mi opinión, y en el supuesto de que la Autoridad Laboral conceda la posibilidad de sustituir el resto de sanciones accesorias por la elaboración de un plan de igualdad, éste se podrá articular incluso en caso de no alcanzarse un acuerdo con los representantes de los trabajadores ya que la obligación recae exclusivamente sobre el empresario y nada dice el art. 46 LISOS sobre la negociación, si bien y remitiéndonos , en todo caso, al art. 45.4 LOI únicamente se obliga a “consultar” a los representantes de los trabajadores. No obstante, se entiende que la Autoridad Laboral determinará en el acuerdo qué y cómo debe hacerse¹²⁶.

En resumen, podemos concluir que se pueden contemplar tres supuestos de hecho¹²⁷:

Primero. Que el plan de igualdad sea resultado de una negociación pese a la obligatoriedad del mismo al ser impuesto por la Autoridad Laboral.

Segundo. Adopción del plan de igualdad por la empresa ante el fracaso de la negociación, previa consulta con los representantes de los trabajadores.

Tercero. Que no existan representantes de los trabajadores, en cuyo caso, y teniendo en cuenta que el plan de igualdad viene impuesto por la Autoridad Laboral, lo lógico es pensar que las condiciones materiales y procedimentales vendrán determinadas por la propia Inspección.

Por último, se prevé en caso de incumplimiento del plan de igualdad sustitutorio, la ineficacia de la sustitución de las sanciones accesorias ex art. 46 bis.2 LISOS y una infracción administrativa muy grave ex art. 8.17º LISOS que señala, serán infracciones muy graves no elaborar o no aplicar el plan de igualdad, o hacerlo incumpliendo manifestamente 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.

¹²⁶ Pendiente de desarrollo reglamentario.

¹²⁷ *Vid* FABREGAT MONFORT, G. *Los planes de igualdad...cit.*, pág. 23.

4.2.2. Empresas obligadas legalmente a adoptar un plan de igualdad desde un punto de vista cuantitativo:

Están obligadas aquellas empresas cuya plantilla supere los 250 trabajadores de acuerdo con el art.45.2 LOI, las medidas de igualdad deberán dirigirse a la elaboración y aplicación de un plan de igualdad. Es en estos supuestos donde la negociación colectiva se configura como el cauce perfecto para acordar y elaborar un plan de igualdad de acuerdo con los términos previstos en la Ley¹²⁸. Aunque de la literalidad del precepto parece clara la intención de que la obligatoriedad de adoptar planes de igualdad afecte a grandes empresas, se plantean algunas cuestiones en torno a ello problemáticas, seguramente por estar pendientes de desarrollo reglamentario.

En primer lugar, respecto al concepto de “empresa relevante” a efectos de adoptar un plan de igualdad: Parece que la LOI cuando habla de empresa en términos cuantitativos lo condiciona a las dimensiones de la empresa, que no del centro, y además incluirán la totalidad de una empresa, sin perjuicio del establecimiento de acciones especiales adecuadas respecto a determinados centros de trabajo (art.46.3 LOI). Así cuando una empresa únicamente tenga un único centro de trabajo, y éste supere por sí misma, los 250 trabajadores en plantilla, en principio, no se suscitan problemas interpretativos. El plan de igualdad afectará por igual a todos los trabajadores del centro, que a su vez son de la empresa. No obstante la literalidad de la norma nos conduce a dos precisiones inmediatas: una que es la empresa, y no el centro de trabajo, la unidad de cómputo del número de trabajadores estén incluidos en el mismo convenio colectivo, o en varios convenios colectivos dentro de la empresa, e incluso excluidos de todo convenio colectivo, como ocurre con los altos cargos directivos.

Esto último, también será de aplicación cuando una empresa tenga más de 250 trabajadores en plantilla pero existan varios centros de trabajo. En estos casos, el plan de igualdad se aplicará a todos los centros por igual, si bien se podrán adoptar acciones especiales ante concretas muestras de discriminación observadas en algún centro concreto, de acuerdo con lo previsto en el art. 46.3 LOI.

¹²⁸ *Vid LOUSADA AROCHENA, J. F. “El marco normativo...” cit., pág. 41.*

La doctrina científica más atinada¹²⁹, en relación al cómputo de “mas de 250 trabajadores”, se ha inclinado por computar todos los contratos de trabajo, sean indefinidos o temporales, sean a jornada completa o jornada parcial, incluso cuando su número fluctúe a lo largo de un periodo temporal, por ejemplo, un año¹³⁰.

A diferencia de lo que ocurre con el deber de negociar medidas de igualdad¹³¹, el deber de negociar el plan de igualdad si encuentra una infracción administrativa específica en la LISOS y como infracción grave en el art. 7.13º del citado texto legal “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”. Un incumplimiento que no sólo abarca la negativa a negociar por parte de la empresa, sino además el no negociar de buena fe¹³².

Se plantea la cuestión¹³³ de que ocurriría si, a pesar de negociar de buena fe, no se alcanza acuerdo sobre el plan de igualdad o, cuando menos, no se alcanza acuerdo sobre el modo de dirimir el desacuerdo. Se debería plantear si la negociación ha sido de buena fe, en caso de respuesta negativa, a mi juicio, cabría una demanda de conflicto colectivo (vía arts. 153 y ss. LJS), concluyendo la doctrina¹³⁴ que, en estos casos, “una empresa de más de 250

¹²⁹ CABEZA PEREIRO J. añade que “no parece que deban aplicarse las normas relativas al cómputo de plantilla a los efectos de las elecciones sindicales del art. 72 ET y preceptos concordantes, puesto que su lógica obedece a propósitos totalmente distintos” *Derecho colectivo y principio de igualdad*. Francis Lefebvre. Madrid, 2007. Pág. 170.

¹³⁰ FABREGAT MONFORT, G. quien razona al respecto “un plan de igualdad a temporadas genera una inseguridad jurídica que no me parece defendible , o al menos no me lo parece si no se trata de variaciones cuantitativas de plantilla con efectos dilatados en el tiempo que sí pueden justificarlo” y que “menos aún me parece que pueda defenderse el permitir que no se adopte un plan de igualdad en los momentos que sí se alcance el número de 250 trabajadores, por ser éstos residuales en la cotidianidad de la empresa” *Los planes de igualdad... cit.*, pág. 24.

¹³¹ *Vid* pág. 35 y ss.

¹³² Según VALLEJO DACOSTA, R. “La negociación de buena fe se entiende que concurre cuando se haya adoptado por parte de la empresa una actitud dialogante, no limitándose a lanzar una propuesta inflexible y está dispuesta a introducir ciertos cambios en la misma, a ofrecer explicaciones sobre su postura o a mantener el proceso abierto durante un periodo de tiempo razonable. El control del posible incumplimiento plantea una enorme complejidad. El examen de las actas durante el proceso puede ser un indicio de un comportamiento obstrucionista o contrario al principio de buena fe” *Aspectos laborales... cit.*, pág. 76.

¹³³ *Vid* págs. 35 y ss. en relación al deber de negociar y al deber de acordar.

¹³⁴ *Vid* LOUSADA AROCHENA, J. F. “El marco normativo... cit., págs. 42.

trabajadores sin un plan de igualdad es presumiblemente una empresa con incumplimientos de la igualdad, lo cual debiera vedarle el acceso a los beneficios que se establezcan en desarrollo de la LOI, salvo acaso los dirigidos a implantar el plan de igualdad”.

4.2.3 Empresas cuya obligación de negociar un plan de igualdad deriva de la previsión del convenio colectivo en esta materia.

Previsto en el art. 45.3 LOI la obligación de las empresas deriva de una previsión convencional. Presume la Ley que el convenio de referencia es supra-empresarial -‘las empresas deberán elaborar y aplicar un plan de igualdad cuando así se establezca en el convenio colectivo que sea aplicable, en los términos previstos en el mismo’- y que, en caso contrario, no impondría a otros a hacer lo mismo.

La única cuestión¹³⁵ que se plantea es el supuesto en que la empresa no cuente con representantes de los trabajadores. A priori, lo deseable pasaría porque los propios negociadores concretasen una posible solución, por ejemplo, previendo la situación en el propio convenio supra-empresarial y estableciendo unas pautas genéricas para el caso de que no se tuviera representación de los trabajadores en la empresa.

4.3. PLANES DE IGUALDAD VOLUNTARIOS.

Aun cuando no exista obligación legal o convencional, la LOI permite que las empresas adopten un plan de igualdad previa “consulta” a los representantes de los trabajadores, de acuerdo a lo dispuesto en el art. 45.5 LOI al respecto, 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.

¹³⁵ Algunos autores han planteado también la posibilidad de establecer esta obligación en un convenio colectivo extraestatutario. “La solución negativa encuentra fundamento en la contradicción existente entre la vocación de generalidad del plan de igualdad y la eficacia limitada del convenio colectivo extraestatutario. Ahora bien, si el empresario puede adoptar voluntariamente un plan de igualdad (art. 45.5 LOI) es perfectamente razonable concluir que, en un convenio colectivo extraestatutario, se le pueda obligar” RUANA ALBERTOS, S. y VICENTE PALACIO, A. *Comentarios a la ley de igualdad*. CISS-Wolters Kluwer. Madrid, 2007. Pág. 356.

Resulta llamativo que mientras para la adopción de medidas de igualdad, sea obligatorio negociar (ex art. 46.1 LOI), para la adopción de planes de igualdad baste “consultar”, sobre todo si se considera que la elaboración e implantación de planes de igualdad es una posibilidad sustitutiva del deber de adoptar medidas de igualdad¹³⁶.

No obstante, se entiende que si concurren los requisitos negociales pueda adoptarse un plan de igualdad de forma negociada. Por consiguiente, en la adopción de un plan de igualdad de forma voluntaria se puede llevar a cabo: mediante una decisión colectiva tras haber agotado el trámite de consultas con los representantes de los trabajadores, por convenio colectivo, o bien, directamente por el empresario sin más.

Cabe preguntarse en éste último supuesto si la adopción voluntaria de un plan de igualdad integra la responsabilidad social empresarial o por el contrario no es sino una consecuencia del mandato del 45.1 LOI “las empresas están obligadas a respetar la igualdad de trato... y deberán adoptar las medidas dirigidas a evitar cualquier tipo de discriminación...”¹³⁷.

Por otro lado, no hay que ignorar que el art. 49 LOI, anuncia que el Gobierno establecerá medidas de fomento especialmente dirigidas a las pequeñas y medianas empresas, que incluirán el apoyo técnico necesario¹³⁸ (“Apoyo para la implantación voluntaria de planes de igualdad”).

¹³⁶PÉREZ PÉREZ, M. y ROALES PANIAGUA, E. “no siendo el deber de negociar medidas que fomenten la igualdad identificable con la facultad de elaborar e implantar planes, si se puede decir, que si se cumple de forma voluntaria con esta hipótesis, indirectamente se está cumpliendo con el deber de negociar medidas de igualdad” “El deber el derecho y la promoción de medidas y planes de igualdad en la negociación colectiva”. *Temas Laborales*, nº 91, 2007. Pág. 316.

¹³⁷La cuestión será analizada en el punto siguiente por considerar que ambos preceptos no son incompatibles, siendo los planes de igualdad voluntarios un instrumento intrínsecamente propio de la RSE por ser voluntario.

¹³⁸ *Vid* en relación a ayudas y subvenciones de apoyo para la implantación voluntaria de planes de igualdad, pág. 59 y ss.

III. LA RESPONSABILIDAD SOCIAL EMPRESARIAL Y LA LOI.

1. CONCEPTO, ORIGEN Y CARACTERÍSTICAS DE LA RSE.

La Responsabilidad Social Empresarial (en adelante RSE¹³⁹) es un concepto relativamente novedoso que emprende su proceso de gestación y consolidación en las instituciones comunitarias con el nuevo milenio¹⁴⁰. La RSE ha sido definida¹⁴¹ en Europa “como la integración voluntaria, por parte de las empresas, de las preocupaciones sociales y medioambientales en sus operaciones comerciales y sus relaciones con sus interlocutores”.

Tradicionalmente las políticas de RSE tenían su origen¹⁴² en empresas multinacionales en un contexto muy definido: la mundialización y el comportamiento de los mercados, con el objetivo de respetar los estándares de trabajo fijados por la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y el respeto a los Derechos Humanos¹⁴³.

¹³⁹ También conocida como Responsabilidad Social Corporativa. Existe una sutil diferencia en el significado de la responsabilidad social corporativa (RSC) y de la responsabilidad social empresarial (RSE), en la medida en que distinguen entre la empresa y la corporación, entendiendo que ésta última incorpora a todas las organizaciones, empresariales o no, independiente de su tamaño, aunque para muchos, ambas expresiones significan lo mismo. ARAGÓN MEDINA, J. y ROCHA SÁNCHEZ, F. *La responsabilidad social empresarial en España: Una aproximación desde la perspectiva laboral*. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. CIE, 2004. Pág. 23.

¹⁴⁰ Si bien, “el primer paso de la andadura política europea de la RSE se puede situar en la llamada realizada en 1.993 por parte del entonces presidente de la Comisión Europea, Jacques Delors, a las empresas europeas para que se implicasen activamente en la lucha contra la exclusión social. De dicha apelación nacerá, en 1994, el “manifiesto europeo” de las empresas contra la exclusión social. A partir de 1995, el concepto de RSE comienza a movilizar y agrupar a las empresas. Redes como CSR Europe o el Word Business Council for Sustainable Development (WBCSD), inician dicho proceso. *Informe de la Subcomisión para potenciar y promover la responsabilidad social de las empresas*, creada en el seno de la Comisión de Trabajo y Asuntos sociales (BOCG de 4 de agosto de 2066).

¹⁴¹ Libro Verde de la Comisión de 18 julio 2001. *Fomentar un marco europeo para la responsabilidad social de las empresas*. COM (2001) 366 final, pág. 7.

¹⁴² La RSC nace como reacción a los excesos cometidos por grandes multinacionales en países en desarrollo, tanto en relación con la falta de respeto hacia el entorno medioambiental, como en lo tocante a otras materias (por ejemplo, el trato desigual a trabajadores extranjeros respecto de los nacionales), y se va a desarrollar como una nueva concepción de la gestión empresarial que, sin abandonar sus objetivos, atienda asimismo a algunas necesidades de la sociedad. En este sentido, vid. por todos RIVERO TORRE, P., “Responsabilidad Social Corporativa”, en AA.VV. *Responsabilidad Social Corporativa: Aspectos Jurídico-Económicos*, 1^a ed., Publicacions de la Universitat Jaume I, Castellón, 2005, págs. 68-70.

¹⁴³ Un acontecimiento que propulsa la RSE no es otro que el Pacto Mundial de Davos de 1999, donde a instancia del Secretario General de la ONU, se invita a las empresas a asumir voluntariamente el compromiso de integrar en sus actuaciones diez principios inferidos de textos mundiales sobre derechos

En Europa, el instrumento decisivo que ha servido de estímulo en el ámbito de la RSE fue con el Libro Verde “*Fomentar un marco europeo para la responsabilidad social de las empresas*”¹⁴⁴, de 18 de Julio de 2001,-primera comunicación de la Comisión sobre la materia-, donde se articulaba un modelo europeo procedimental y jurídico de RSE; se recalca el carácter voluntario¹⁴⁵ de la RSE y el fomento de prácticas creíbles y transparentes, así como su extensión a las PYMES; y especial hincapié en el diálogo social. La UE, además, ha querido ir más allá y apoya la creación de la Alianza Europea¹⁴⁶ para la RSE abierta a todas las empresas europeas independientemente de su tamaño.

Pese a que el concepto de RSE se entiende dinámico, siguen siendo válidas las consideraciones acerca de sus principales características, las cuales residen en “un comportamiento que adoptan las empresas voluntariamente, más allá de sus obligaciones jurídicas, por considerar que redonda a largo plazo en su propio interés” vinculada la RSE al “concepto de desarrollo sostenible: las empresas deben integrar en sus operaciones las consecuencias económicas, sociales y medioambientales, sin que sea algo que pueda añadirse optativamente a las actividades principales de la empresa sino que afecta a su propia gestión”¹⁴⁷. Lo que conlleva como rasgos asociados a la idea de RSE: voluntariedad, dimensión social, integración en la gestión, relación con las partes interesadas, principio de transparencia y principio de consenso con los diferentes agentes implicados, ya que las

humanos, “escapando así a la resignación del oráculo del mercado”. CORTINA, A. “Ética en la empresa, no sólo responsabilidad social”, *El País*, 20 de agosto de 2005.

¹⁴⁴ En el ámbito comunitario, cabe señalar la publicación del Libro Verde de la Comisión de 18 julio 2001. *Fomentar un marco europeo para la responsabilidad social de las empresas*. COM (2001) 366 final, que, además de unificar una gran cantidad de conceptos en materia de RSC, recoge un enfoque de su desarrollo tendente no a la voluntariedad sino a la progresiva regulación, como forma de obligación adicional de las empresas. Esta política intervencionista fue muy debatida, por entender que atentaba contra las ideas de voluntariedad y beneficio empresarial inherentes a la RSC, y finalmente se dio un giro copernicano en la materia con la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo de 22 marzo 2006. *Poner en práctica la asociación para el crecimiento y el empleo: hacer de Europa un polo de excelencia de la responsabilidad social de las empresas*. COM (2006) 136, que volvía a incidir en la voluntariedad de la RSC y dirigía las políticas Comunitarias al fomento, que no a la regulación, para extender las prácticas de la RSC.

¹⁴⁵ Comunicación de la Comisión de las Comunidades Europeas, de 23 de Marzo de 2006, *Poner en práctica la asociación para el crecimiento y el empleo: hacer de Europa un polo de excelencia de la responsabilidad social de las empresas*. Donde la Comisión opta por considerar que la RSE debe ser un ejercicio que sólo corresponde a la empresa sin intervención de los poderes públicos. Frente a otras posturas que sí apoyaban la creación y sometimiento a ciertos controles (en esta línea la Resolución del Parlamento Europeo de 13 de Marzo de 2007).

¹⁴⁶ Comunicación de la comisión, de 23 de marzo de 2006, *Poner en práctica...cit.*

¹⁴⁷ Comunicación de la Comisión relativa a la RSE: *Una contribución empresarial al desarrollo sostenible*. Bruselas, COM (2002)347 final. Pág. 6

actuaciones unilaterales en este terreno pondrían en tela de juicio la propia filosofía de la RSE¹⁴⁸.

En el ámbito laboral, se defiende el componente ético del comportamiento empresarial socialmente responsable considerando que es una apuesta por la dignidad en el trabajo. Llegándose a afirmar que la RSE para serlo “ha de enraizar en una ética de la empresa”.¹⁴⁹

Y ello por que ya no se considera la ética como un concepto extraño a la actividad empresarial orientada únicamente a la obtención del beneficio económico y el cumplimiento estricto de la legalidad, sino también como “agente moral”. Se ha de tener en cuenta que en un mundo globalizado, con la transnacionalización de la producción y la interrelación con las empresas, el Estado ya no asume en exclusiva la responsabilidad de lo público¹⁵⁰ -sin dejar de ser relevante para garantizar derechos básicos- sino que se incrementa el protagonismo de esferas de la sociedad civil como la empresa, cuyo éxito, en su caso dependerá de las actitudes de un grupo humano; las expectativas sociales depositadas en la empresa, entonces, deben ser resueltas de modo favorable para que genere confianza, indispensable en un proceso de globalización sin un conocimiento directo ni apoyado en tradiciones compartidas¹⁵¹.

Lo cual permite sostener que una empresa, por tanto, genera confianza en un grado proporcional al nivel de diálogo moral y consenso que sea capaz de aportar; y ello precisa de objetivación mediante la proclamación de un código ético, a lo que se acompaña el establecimiento de posibles comités y auditorías éticas¹⁵², diluyendo así cualquier intento de realizar mera cosmética empresarial, aunque no siempre posible.

¹⁴⁸ ARAGÓN MEDINA, J. y ROCHA SÁNCHEZ, F. *La responsabilidad social empresarial...* cit., pág. 23.

¹⁴⁹ CORTINA, A. ha considerado que la RSE debe asumirse como una herramienta de gestión, una medida de prudencia, pero ante todo como una exigencia de justicia. “Ética de la empresa...” cit.

¹⁵⁰ Que la RSE no puede sustituir la intervención de los poderes públicos es una afirmación reiterada en Europa como lo es que esta suerte de prácticas voluntarias puede “contribuir al cumplimiento de objetivos de las políticas públicas (incorporación al mercado de trabajo de colectivos desfavorecidos, fomento de la igualdad real entre sexos...)” entendiendo que por práctica socialmente responsable, se concibe como un plus añadido y, por ello, debe sobreasar y mejorar la regulación legal y convencional.”. Libro Verde de la Comisión de 18 julio 2001. *Fomentar un marco europeo para la responsabilidad social de las empresas*. Bruselas, COM (2001) 366, final. Pág. 14.

¹⁵¹ GARCÍA-MARZÁ, D. *Ética empresarial: del diálogo a la confianza*. Trotta. Madrid, 2004. Págs. 19-21.

¹⁵² Por ejemplo, en la actualidad, criterios del GRI (Global Reporting Initiative). Institución independiente que creó el primer estándar mundial de indicadores para la elaboración de memorias de sostenibilidad de aquellas compañías que deseaban evaluar su desempeño económico, ambiental y social. Es un centro

Unido al componente ético de la RSE, su característica clave, la voluntariedad, es considerada uno de los puntos más cuestionados en el debate abierto en torno a la significación y alcance de los compromisos adoptados por la empresa si no existe medida coercitiva ni mecanismo de control que lo evalúe. Parece que intentar compatibilizar la voluntariedad con un grado mínimo de exigibilidad podría resultar complicado desde una perspectiva totalizadora del mencionado principio, ahora bien cualquier iniciativa que quiera llevar voluntariedad al ámbito de lo netamente discrecional, eximiendo a la empresa de cualquier nivel de exigencia, siquiera contractual, “corre el riesgo de hacer de la RSE un instrumento de relaciones públicas y de marketing, un ejercicio, al fin y al cabo de publicidad engañosa, articulado a través de campañas de imagen y declaraciones desprovistas de contenido”¹⁵³ (aunque a medio y largo plazo le pueda afectar en su “reputación empresarial”). Sin embargo, la nota de voluntariedad clásica de toda RSE, no significa que, para la empresa que toma la decisión de actuar de forma socialmente responsable, una vez explícitos sus compromisos, no se convierta en obligatoria para ella. Esa sería la esencia de una buena responsabilidad social empresarial¹⁵⁴.

Otra de sus notas características es la proyección transversal de la RSE como lo son las políticas de sostenibilidad de los ámbitos medioambiental, económico y social -incluida la dimensión de los Derechos Humanos-, sobre las que aquella se sustenta. El Consejo de la Unión Europea¹⁵⁵ afirma que el desarrollo sostenible está basado en “los principios de democracia, igualdad de género, solidaridad, Estado de Derecho y respeto de los Derechos fundamentales, incluidas la libertad y la igualdad de trato para todos”; no es de extrañar, entonces, que la RSE tenga múltiples y variados actores implicados (como accionistas, trabajadores, proveedores, sindicatos...), lo que explica que la RSE presente dos vertientes, una *interna* y otra *externa*. La primera, hace referencia al interior de la empresa donde queda afectada la gestión de los recursos humanos o la producción. La externa, atinente a los

oficial de colaboración del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente. En opinión de PEDROSA ALQUÉZAR, S. I. “han proporcionado a las empresas un manual claro y sencillo sobre cómo identificar los indicadores de RSE, logrando que cada vez más empresas se estén concienciando de su valor”. “RSE como instrumento para la aplicación de la igualdad de oportunidades laborales entre hombres y mujeres”. *Eficiencia, igualdad y empresa. La aplicabilidad real a la empresa de la Ley Orgánica de Igualdad*. Civitas. Pamplona, 2011. Pág. 195.

¹⁵³ MERINO SEGOVIA, A. *Igualdad de género, empresa y responsabilidad social*. Bomarzo. Albacete, 2009. Pág. 10.

¹⁵⁴ GARCÍA-MARZÁ, D. *Ética empresarial...cit.*, pág. 18.

¹⁵⁵ CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA. *Estrategia revisada de la UE para un desarrollo sostenible*. Bruselas, 9 de junio de 2006.

interlocutores externos de la empresa como socios comerciales, clientes, proveedores, consumidores, entes públicos y ONGs.

Por última, ha de destacarse que la RSE no está exenta de críticas. Determinados autores¹⁵⁶ han considerado que la activación de este tipo de técnicas de carácter voluntario viene ligada al proceso de desregularización y deslegalización que desde los años 80 sufren los países industrializados. Asimismo, otros advierten del riesgo de que en el proceso de mundialización la RSE finalmente se convierta en una alternativa a la reglamentación de naturaleza imperativa. Sin embargo, y pese a las críticas recibidas, parece que la RSE cada vez tiene más peso y se fomenta desde los poderes públicos.

2. LA RSE EN EL ÁMBITO LABORAL: SU TRATAMIENTO EN LA LOI.

2.1. Aplicaciones laborales de la RSE para la igualdad efectiva entre sexos.

La dimensión laboral de la RSE, que se plantea tanto en términos de contenido como de procedimiento, esto es, las decisiones que se adoptan y el cómo se adoptan no puede evitar las miradas del mundo sindical y del Estado.

La actitud frente a los códigos de conducta y la RSE por parte de las organizaciones sindicales es de recelo y desconfianza¹⁵⁷, en la línea de las críticas anteriormente expuestas sobre la RSE. No obstante, el movimiento sindical aprecia (si bien con cautelas) las nuevas oportunidades que presenta la RSE, y de ahí que se opte por su fomento mediante la inclusión en el Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva 2007¹⁵⁸, que en líneas generales, da continuidad a los compromisos adquiridos en el pasado concernientes a “promover ámbitos de interlocución entre la Organizaciones sindicales y Empresariales en esta materia”, “compartir experiencias y difundir buenas práctica” e “impulsar la cooperación y los compromisos sobre responsabilidad social”.

¹⁵⁶ MEYER F. *La responsabilidad social de la empresa: ¿Un concepto jurídico?* Droit Ouvrier. Paris, 2005. Pág. 188.

¹⁵⁷ BAZ TEJEDOR, J. A. “Responsabilidad social empresarial laboral: Especial referencia a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de hombres y mujeres”. *Revista de Derecho Social*, núm. 41, 2008, págs. 95-122.

¹⁵⁸ Capítulo VIII (BOE 39, 24 de febrero de 2007).

Conviene, en este punto, recordar que mientras el producto de la negociación colectiva goza de fuerza vinculante encontrándose en el terreno de la obligatoriedad, conforme al art. 37.1 CE, las manifestaciones de la RSE se mueven en el espacio de la voluntariedad. Y ello conlleva que exista una cierta paradoja cuando se relacionan ambos fenómenos pues frente a una censurable fuga de contenidos de la negociación colectiva hacia el ámbito voluntario que preside la RSE, nada impide, y será plausible, la acogida de cierta iniciativas suplementarias en la esfera de la negociación colectiva que supone el enriquecimiento del contenido de la misma y la promoción, al fin y al cabo, de prácticas de diálogo y acuerdo, esto es, que toda decisión voluntaria de carácter laboral deba de ser pactada con los representantes de los trabajadores¹⁵⁹.

Por otro lado, el Estado Social tiende a establecer un marco de referencia¹⁶⁰ para el fomento de la RSE, y para ello se sirven de una normativa flexible invitando a la adopción de iniciativas de RSE, a través de la utilización de términos como “se podrán establecer” o “se podrá asumir”. Además, normalmente suele acompañarse del establecimiento de diversos incentivos¹⁶¹ que propician tales iniciativas, respondiendo los poderes públicos a la lógica de la gratificación en lugar del reproche negativo, no operando, en consecuencia, vía coacción jurídica sino desde una perspectiva positiva si se comete la conducta deseada. Esta intervención estatal se constituye, por tanto, como compatible con el carácter voluntario

¹⁵⁹ ARAGÓN MEDINA, J. y ROCHA SÁNCHEZ, F. *La responsabilidad social empresarial...* cit., págs. 109, 177 y 178.

¹⁶⁰ Los trabajos de la Subcomisión del Congreso de los Diputados para el impulso de la RSE finalizaron con la publicación en diciembre de 2006 del *Libro Blanco*, siendo reflejo del compromiso de las instituciones públicas en la RSE. Siguiendo en esta línea, el Foro de Expertos en RSE fue constituido el 17 de marzo de 2005 por iniciativa del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, con la participación de varios ministerios y de expertos provenientes de grupos empresariales, organizaciones de la sociedad civil y del ámbito académico más representativas a nivel estatal. Con una agenda de trabajo estructurada en ocho sesiones teniendo como marco las directrices marcadas por la UE. Sus trabajos concluyeron el 12 de julio de 2007 (de las 8 sesiones sólo se han celebrado 5), en una sesión en la que se acordó el documento “Las Políticas Públicas de fomento y desarrollo de la RSC en España”. El Código del Buen Gobierno para el Gobierno de España, los Códigos Olivencia y Conthe, o el “Plan Concilia” y la incorporación de cláusulas sociales en las contrataciones públicas son otros de los ejemplos que ponen de manifiesto el esfuerzo realizado en los últimos tiempos en esta materia.

¹⁶¹ Puede mencionarse, en esta dirección, el *Programa Óptima* (1995), iniciativa del Instituto de la Mujer, a fin de reconocer y certificar a aquellas empresas que apliquen un plan de acción positiva para la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, o el patrocinio de premios sobre el fomento del equilibrio entre la vida personal y profesional. Fue seleccionado dentro de las Iniciativas Europeas de la UE como ‘Buena práctica’. ARAGÓN MEDINA, J. y ROCHA SÁNCHEZ, F. *La responsabilidad social empresarial...* cit., págs. 165-166.

predicable de la RSE, superándose la dicotomía entre voluntariedad y regulación debiendo jugar el sector público un papel activo en el campo de lo socialmente responsable¹⁶².

2.2. Responsabilidad Social Empresarial en la LOI.

Pues bien, el legislador, a través de la LOI viene a consolidar, por una parte una plataforma normativa que promueve o establece la adopción de diferentes tipos de medidas, obviamente de forma voluntaria por parte del empresario si bien, y en este punto radica el matiz, mediante el diálogo social con los representantes de los trabajadores y, por otra, una plataforma normativa con incentivos para la adopción de (esas) medidas de RSE¹⁶³.

2.2.1 La promoción para adoptar medidas de igualdad.

Esta labor de fomento para impulsar la realización de medidas de RSE se concreta, desde una consideración general, en el Título VII de la LOI bajo la rúbrica “la igualdad en la responsabilidad social de las empresas”, conjuntamente con otras más específicas extramuros del Título VII. Éstas últimas estarían dispersas por el articulado, pese a tratarse de iniciativas voluntarias, mostrando cierta falta de sistematización de la Ley.

1. De las iniciativas voluntarias extramuros del Título VII LOI:

En primer lugar, puede ser objeto de RSE *los planes de igualdad (voluntarios)* previstos en el párrafo 5º, del art. 45 LOI, en caso de no exigencia legal ni convencional de los mismos. En tales circunstancias el plan de igualdad responderá a la libre iniciativa del empresario en el marco de su responsabilidad social, que podrá beneficiarse de determinadas medidas de fomento a cargo del Gobierno y del apoyo técnico necesario, en los términos previstos en

¹⁶² En esta línea, en la V Sesión del Foro de Expertos de RSE se afirma “Si lo que se pretende es fomentar en las empresas su responsabilidad social, si se quiere dotar a este tipo de iniciativas del rigor y de la seriedad que demanda la sociedad, parece razonable involucrar al poder público y requerir de él una intervención de promoción e incentivo, que impulse a las empresas a ir más allá de la Ley, no por la vía de la penalización, sino a través de un apoyo complementario y de la definición de mecanismos fiables y transparentes de control y verificación, siempre que con esta actuación no se obvien las responsabilidades de los gobiernos de cara a las necesidades de la sociedad”.

¹⁶³ Clasificación realizada por BAZ TEJEDOR, J. A. “Responsabilidad social empresarial…”, *cit.*, pág. 109.

el art. 49 LOI (apoyo a la implantación voluntaria de planes de igualdad)¹⁶⁴. Éstos supuestos serán, cuando la empresa tenga una plantilla inferior a 250 trabajadores, cuando no se prevea convencionalmente la adopción del mismo y cuando no se plantee en sustitución de una sanción accesoria. En estos casos podrá el empresario unilateralmente, si bien y ante la existencia de representación de los trabajadores, previa consulta de los mismos¹⁶⁵, adoptar un plan de igualdad en aras de una actuación socialmente responsable que originará a su vez el derecho a solicitar los beneficios previstos legalmente (arts. 34.2 LOI en relación a los contratos con la Administración pública¹⁶⁶, art. 35 LOI en materia de subvenciones públicas¹⁶⁷, art. 49 LOI respecto a los apoyos públicos para fomentar la implementación de los planes de igualdad¹⁶⁸ y el art. 50 LOI respecto al “distintivo de igualdad”, entre otros).

Se observa una buena cooperación entre la RSE y la negociación colectiva en este particular: a lo que no llegase la negociación colectiva, podría adoptarse como RSE por parte del empresario. En la práctica reciente, parece consolidarse esta idea aunque hay todavía un largo camino que recorrer. El panorama empresarial presenta un porcentaje razonable de voluntariedad respecto a la elaboración de planes de igualdad lo que nos

¹⁶⁴ *Vid* pág. 68 y 69, en relación a los planes de igualdad voluntarios.

¹⁶⁵ Si no existen representantes de los trabajadores “el trámite de consultas es fácilmente amortizable” porque en este caso “el empresario que adopta un plan de igualdad lo hace sin estar obligado a ello”, por lo que parece “que lo puede hacer siempre que así lo desee y aunque no existan representantes de los trabajadores”. FABREGAT MONFORT, G. *Los planes de igualdad...* cit., pág. 27.

¹⁶⁶ Los órganos de contratación podrán establecer en los pliegos de cláusulas administrativas particulares la preferencia en la adjudicación de los contratos de las proposiciones presentadas por aquellas empresas que, en el momento de acreditar su solvencia técnica o profesional, cumplan con las directrices del apartado anterior, siempre que estas proposiciones igualen en sus términos a las más ventajosas desde el punto de vista de los criterios objetivos que sirvan de base a la adjudicación.

¹⁶⁷ Las Administraciones públicas, en los planes estratégicos de subvenciones que adopten en el ejercicio de sus competencias, determinarán los ámbitos en que, por razón de la existencia de una situación de desigualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, las bases reguladoras de las correspondientes subvenciones puedan incluir la valoración de actuaciones de efectiva consecución de la igualdad por parte de las entidades solicitantes.

A estos efectos podrán valorarse, entre otras, las medidas de conciliación de la vida personal, laboral y familiar, de responsabilidad social de la empresa, o la obtención del distintivo empresarial en materia de igualdad regulado en el Capítulo IV del Título IV de la presente Ley.

¹⁶⁸ Se ha constatado que en las Resoluciones por las que se convocan subvenciones para el establecimiento voluntario de planes de igualdad exige que los mismos sean negociados a través de la negociación colectiva, optando, en consecuencia, por la negociación colectiva como mecanismo idóneo de establecimiento de medidas de igualdad frente a la RSE. *Vid* Resolución de 13 de junio de 2008 del Instituto de la Mujer (BOE 164, 8 de julio de 2008) o la actual Resolución 13 de junio de 2012 de la Secretaría de Servicios Sociales e Igualdad (BOE 145, 18 de junio de 2012) convocando subvenciones destinadas al establecimiento de planes de igualdad.

permite afirmar que la elaboración e implantación de esta herramienta de igualdad está empezando a integrarse en los planes de empresa.¹⁶⁹

La otra de las medidas¹⁷⁰ prevista es la contenida en el art. 48.1 LOI: podrán establecerse medidas a fin de *prevenir el acoso sexual y el acoso por razón de sexo* en el trabajo y deberán negociarse con los representantes de los trabajadores. Esto es, cabe la negociación con los representantes de los trabajadores pero, siendo ésta infructuosa, el empresario podrá adoptar las medidas que estime conveniente de forma unilateral si bien, y en mi opinión, sería conveniente que si no hay negociación colectiva haya diálogo social, y que no se limite a una mera decisión particular del empleador habida cuenta de que por la propia naturaleza de la medida, cuanto más implicados y concernidos estén ambas partes, más positivo será el resultado¹⁷¹.

2. *De las medidas contenidas en el Título VII:*

La Ley dedica monográficamente el Título VII a la igualdad en la RSE, comprendidos en los arts. 73, 74 y 75 LOI, siendo ésta la segunda batería de medidas contenidas en la Ley para promoción de la igualdad, esta vez sí, agrupadas.

El art. 73 LOI rubricado “Acciones de responsabilidad social de las empresas en materia de igualdad” introduce elementos ya contemplados en las definiciones y características de la RSE y que son interesantes analizar. En primer lugar, fija el requisito de voluntariedad, es decir, que las materias objeto de RSE no sean objeto de imperativo legal o de negociación colectiva aunque puedan ser, a futuro, pactadas colectivamente. Sea como fuere, la libre iniciativa que se reconoce a las empresas para su implantación voluntaria no impide, sin embargo, la existencia de movimientos de presión provenientes de los actores involucrados en la RSE¹⁷².

¹⁶⁹ De las 30 entidades que han obtenido el distintivo "Igualdad en la Empresa" en la convocatoria de 2011, un total de siete son PYMES, lo que representa un 23,3 por ciento del total, siendo un dato más que razonable. www.msssi.gob.es (Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad).

¹⁷⁰ No todos los autores son de la misma opinión, entendiendo que otra medida de RSE serían las acciones positivas previstas en el art. 43 LOI por considerar que ante el fracaso de la negociación colectiva nada impide que éstas se adopten por decisión unilateral del empresario, o bien, a través de un convenio extraestatuario. *Vid BAZ TEJEDOR, J. A. “Responsabilidad social empresarial...”, cit.*, Pág. 110.

¹⁷¹ *Vid* pág. 48 y 49.

¹⁷² *Vid* MERINO SEGOVIA, A. *Igualdad de género... cit.*, pág. 47.

Se hace referencia, en la Ley, a las acciones de responsabilidad social: al legislador no parece interesarle los medios empleados sino la meta propuesta, así como tampoco ofrece una definición de las específicas condiciones de igualdad a desarrollar por la empresa en el ejercicio de sus buenas prácticas, ni parece exigir la obtención de un resultado concreto (la norma dice “promover” que no “establecer”). Entendemos que las medidas de naturaleza laboral a las que se puede hacer referencia serían aquellas medidas de integración laboral, gestión de la diversidad, etc...que superen los mínimos legales.

Respecto a la participación para llevar a cabo de acciones de igualdad, el art. 73 LOI dice que “podrán ser concertadas con la representación de los trabajadores y las trabajadoras, las organizaciones de consumidores y consumidoras y usuarios y usuarias, las asociaciones cuyo fin primordial sea la defensa de la igualdad de trato entre mujeres y hombres y los Organismos de Igualdad”. Es ésa una previsión de carácter facultativo para la empresa, y que por sí misma, difícilmente va a servir para reducir la fuerte carga de unilateralidad empresarial que suelen comportar las actuaciones en materia de responsabilidad social¹⁷³. Desde Europa¹⁷⁴ se favorece la interpretación de poder compatibilizar el principio de voluntariedad con la apertura de canales de diálogo social y participación e intervención colectivas, de hecho la participación de los representantes de los trabajadores en cualquier tipo de práctica igualitaria socialmente responsable, viene implícitamente recomendada por la norma. En mi opinión, este es también la filosofía que impregna a la LOI en materia de RSE. La cuestión a debatir es si el art. 73 LOI podría haber impuesto una RSE negociada a lo que se debe responder afirmativamente ya que voluntariedad no es sinónimo de unilateralidad y dicha interpretación sería más acorde con Acuerdos internacionales y Europeos sobre esta materia¹⁷⁵. Existe una peculiaridad en este precepto y es que su párrafo 3º establece que se informará a los representantes de los trabajadores las acciones que no se concierten con los mismos, excediéndose del ámbito de la RSE para imponer una obligación al empresario.

¹⁷³ “En España las iniciativas residen, mayoritariamente en manos de empresas de gran tamaño, y en la mayor parte de ellas han tomado estas iniciativas de forma unilateral. Las empresas entienden la RSE como una decisión que se toma y se lleva a la práctica de forma independiente, confundiendo así voluntariedad con unilateralidad, conformando una decisión, propia libre de ataduras y de controles, sin posibilidad alguna de fiscalizar sus actitudes refractarias” de acuerdo con BAZ TEJEDOR, J. A. “Responsabilidad social empresarial...”*cit.*, pág. 115.

¹⁷⁴ *Libro verde para fomentar...* *cit.*, pág. 20 “y habrá que seguir reforzando el papel de los trabajadores, de sus representantes y de los sindicatos en el desarrollo y aplicación de las prácticas de RSE”.

¹⁷⁵ *Vid* pág. 70 y ss.

Respecto a la información que se debe facilitar a los trabajadores, en un sistema eficiente de RSE, se considera la información como uno de sus componentes esenciales para facilitar un control sobre las prácticas de esta naturaleza y el diálogo entre la empresa, las partes interesadas y el conjunto de la sociedad, fortaleciendo la “confianza, cooperación y el compromiso de todos los actores con los objetivos de responsabilidad social y desarrollo sostenible”¹⁷⁶. Este deber de información pesa sobre la empresa con independencia de la naturaleza laboral o extra-laboral de la medida adoptada y, sin perjuicio, de que se trate de acciones promovidas en el seno interno de la empresa (dimensión interna de la RSE) o en la externa.

Debe repararse, no obstante, en la previsión del art. 64.3 ET, que entre las competencias de los comités de empresa, está el derecho a recibir información, al menos anualmente, relativa a la aplicación en la empresa de medidas de igualdad de trato y oportunidades entre hombres y mujeres¹⁷⁷.

Por último, respecto a la exigibilidad, desde una concepción tradicional se sostiene que el carácter voluntario de la RSE no es compatible con la exigibilidad de los compromisos anunciados por la empresa en el ejercicio de su responsabilidad social pero ello no obsta a que, una vez publicitados y fijados los objetivos la empresa, quede ligada a ello, y por tanto, “obligada”. Ni en la Unión Europea, ni en España existe una normativa legal al respecto. Tampoco la LOI ha clarificado este punto, únicamente se nos dice en el art. 73 LOI, párrafo 4^a, que a las decisiones empresariales y acuerdos colectivos relativos a medidas laborales les será de aplicación la normativa laboral. Al margen de lo apuntado, en mi opinión, sólo cabría exigir alguna asunción de consecuencias acudiendo al Derecho de los consumidores o a la normativa de publicidad, en torno al concepto de publicidad engañosa.

La última de las medidas contempladas en la LOI es el art. 75 titulado *participación de las mujeres en los consejos de administración de las sociedades mercantiles*. Se debe puntualizar que propiamente no se está ante una toma de medidas al uso del art. 73 sino más ajustada a las acciones positivas previstas en el art. 43 LOI, que realiza un llamamiento a la negociación colectiva para que establezca medidas de discriminación positiva dirigidas a favorecer el acceso de las mujeres al empleo y aplicación efectiva del principio de igualdad de trato y no

¹⁷⁶ IV Sesión de trabajo del Foro de Expertos en RSE, *El informe de la RSE como motor de la Responsabilidad Social*.

¹⁷⁷ Redacción dada por la LOI.

discriminación entre hombres y mujeres. También en esta línea, el art. 17.4 ET permite que la negociación colectiva pueda establecer medidas relacionadas con la clasificación profesional, promoción y formación, de modo que, en igualdad de condiciones de idoneidad, tengan preferencia las personas del sexo menos representado para favorecer su acceso en el grupo, categoría profesional o puesto de trabajo de que se trate y prevé, asimismo, que estas acciones vayan encaminadas a favorecer el acceso de las mujeres a “todas las profesiones”, dejando patente, una vez más su vocación transversal, como ya se ha puesto de manifiesto anteriormente en este trabajo.

Existen grupos fuera de un convenio colectivo, excluidos de la legislación laboral, como los consejeros o miembros de los órganos de administración de las empresas que revistan forma jurídica de sociedad siempre que su actividad en la empresa sólo comporte la realización de cometidos inherentes al cargo, de acuerdo con el art. 1.3.c) ET. La LOI también ha querido promover acciones positivas en este ámbito, y no en aplicación de los arts. 17.4 ET y 43 LOI, habida cuenta de la naturaleza extra-laboral de esta medida y de que, como se ha explicado anteriormente, las medidas de acción positiva *stricto sensu* sólo se pueden acordar en sede de negociación estatutaria (aquí no tendría ningún sentido, ya que a los miembros del consejo de administración no les es de aplicación el ET). Por tanto, la norma nace al amparo del art. 11.2 LOI que indica respecto de las acciones positivas que también las personas físicas y jurídicas privadas podrán adoptar este tipo de medidas en los términos establecidos en la presente Ley.

En este contexto se ha encuadrado el art. 75 LOI fomentando que las sociedades obligadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias no abreviada¹⁷⁸ procurarán incluir en su Consejo de administración un número de mujeres que permita alcanzar una presencia equilibrada de mujeres y hombres en un plazo de ocho años a partir de la entrada en vigor de esta Ley”.

¹⁷⁸ Las sociedades mercantiles a las que les sería de aplicación el art. 75 LOI, son las obligadas a presentar cuentas de pérdidas y ganancias no abreviada: “Podrán formular cuenta de pérdidas y ganancias abreviada las sociedades que durante dos ejercicios consecutivos reúnan, a la fecha de cierre de cada uno de ellos, al menos dos de las circunstancias siguientes: a) que el total de las partidas de activo no supere los once millones cuatrocientos mil euros. b) que el importe neto de su cifra anual de negocios no supere los veintidós millones ochocientos mil euros. c) que el número medio de trabajadores empleados durante el ejercicio no sea superior a doscientos cincuenta. Las sociedades perderán la facultad de formular cuenta de pérdidas y ganancias abreviada si dejan de reunir, durante dos ejercicios consecutivos, dos de las circunstancias a que se refiere el párrafo anterior”. Art. 258 del RDL 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba Ley de Sociedades de Capital.

Como se puede adivinar, la previsión legal no priva a las demás empresas, instituciones y entidades (ya que han quedado fuera las pequeñas y medianas empresas –PYMES-, las sociedades mercantiles que propiamente no tengan un Consejo de Administración, así como las formas asociativas que no sean propiamente una sociedad mercantil) la posibilidad de introducir en el marco de su RSE medidas que tengan por objeto conseguir una presencia equilibrada entre hombres y mujeres en sus órganos de dirección y administración.

El propósito declarado de la LOI es que “*el criterio prevalente en la incorporación de consejeros sea el talento y el rendimiento profesional, ya que, para que el proceso esté presidido por el criterio de imparcialidad, el sexo no debe constituir un obstáculo como factor de elección*” (recogido en la exposición de motivos, punto IV, *in fine*). Pero ante una realidad desigual, donde las mujeres en los Consejos de Administración no llegan al 4,3 %¹⁷⁹, la Ley no ha previsto un sistema de cuotas obligatorias, a diferencia de otros países, como por ejemplo en Noruega¹⁸⁰, sino que ha circunscrito las acciones al ámbito de la RSE. En consecuencia, el régimen previsto para la adopción de este tipo de medidas no es intervencionista, sino más bien, voluntarista y promocional y, previsiblemente, poco eficaz.

La literalidad del art. 75 LOI, sin embargo, sugiere algunas dudas cuando afirma que las sociedades mercantiles procurarán incluir en su Consejo de administración un número de mujeres que permita alcanzar una presencia equilibrada de mujeres y hombres en un plazo de ocho años a partir de la entrada en vigor de esta Ley. La primera, qué debemos entender por *presencia equilibrada*, que a su vez nos remite a lo dispuesto en la Disposición Adicional 1^a de la LOI que establece por composición equilibrada la presencia de mujeres y hombres de forma que, en el conjunto a que se refiera, las personas de cada sexo no superen el sesenta por ciento ni sean menores del cuarenta por ciento.

Otra de las cuestiones, es que aparentemente el término “procurarán” merece la consideración de una mera recomendación, pero su uso en el art. 75 LOI sugiere una

¹⁷⁹ *Vid* SAJARDO MORENO, ANTONIA (dir.) *La responsabilidad social interna...*, *cit.*, pág. 195.

¹⁸⁰ El incumplimiento de esta cuota de representación conlleva la expulsión de la empresa del registro de empresas del país y su disolución. Para mayor información *Vid* MERINO SEGOVIA, A. *Igualdad de género...*, *cit.* Pág. 67.

acción, una obligación de “hacer diligencia o esfuerzos para que suceda lo que se expresa”¹⁸¹.

A la vista de lo expuesto cabe preguntarse si la opción del legislador de incluir el art. 75 LOI en el Título VII, en el ámbito de la RSE, fue una decisión acertada o no. Ciertamente no hay una obligación de resultado, no se exige que las sociedades mercantiles en el año 2015 cuenten con una presencia equilibrada de hombres y mujeres en los consejos de administración, salvo en los casos de concesión del distintivo de igualdad previsto en el art. 50 del mismo texto legal. Pero, por otro lado, no debe perderse la perspectiva e influencia para el propio art. 75 LOI del denominado Código Conthe¹⁸² sobre comportamiento de las empresas cotizadas, “un instrumento de responsabilidad social y buen gobierno corporativo”.

Quizá la respuesta viene dada por el carácter de la voluntariedad pero con sujeción al principio “cumplir o explicar” intrínsecamente ligado a la ética empresarial, es decir, que aun cuando se deja a la libre autonomía de las sociedades la decisión de seguir o no las recomendaciones de gobierno corporativo, se exige de ellas que cuando no lo hagan revelen los motivos que justifican su proceder, al objeto de que los accionistas, inversores y el mercado en general pueda juzgarlos. En mi opinión, en este matiz se encuentra la clave.

¹⁸¹ Según el significado del término “procurar” que ofrece el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española.

¹⁸² El Gobierno de España, por acuerdo de 29 de julio de 2005, creó un grupo especial de trabajo para asesorar a la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV) en la armonización y actualización de las recomendaciones de los *Informes Olivencia y Aldama* sobre buen gobierno de las sociedades cotizadas, así como para formular las recomendaciones complementarias que juzgara precisas. Este trabajo se conoce como Código Unificado de Buen Gobierno, o Código Conthe, debido al apellido del Presidente de la CNMV en ese momento. El Código no es de obligado cumplimiento, sino que incorpora una serie de recomendaciones. Este documento acoge por primera vez la diversidad de género en los consejos de administración, a diferencia de sus dos antecesores, los Códigos Olivencia y Aldama. Expresamente, en el Código Conthe se afirma que la diversidad de género es un desafío en el plano de la ética, la política y la responsabilidad social empresarial y un objetivo de eficiencia que las sociedades cotizadas deben plantearse cuando menos medio plazo; asimismo, se invita a las empresas a “que hagan un esfuerzo deliberado por buscar posibles candidatas cada vez que deba cubrirse alguna vacante en el consejo, especialmente para puestos independientes”. Teniendo en cuenta que el Código Conthe es un instrumento de RSE, la duda surge “cuando se produce el rechazo empresarial a introducir una recomendación como la que figuraba en el primer borrador del 40% de presencia de mujeres en el Consejo de Administración, si la misma tiene carácter voluntario para las compañías”. *Vid* MERINO SEGOVIA, A. *Igualdad de género..., cit.*, pág. 69.

No obstante, el horizonte de este precepto se augura tortuoso habida cuenta de los numerosos detractores que tiene, tanto en el ámbito privado como en el público, provocando recientemente un agrio debate en el seno de la Unión Europea a consecuencia de la tramitación de una Directiva que contempla imponer la obligatoriedad de una cuota de al menos el 40% de mujeres en los consejos de administración de las sociedades cotizadas en la UE para 2020¹⁸³.

2.2.2 Incentivos.

Por lo que se refiere a la segunda plataforma normativa, ésta presenta una serie de incentivos que predisponen a tomar decisiones de RSE y que, a lo largo de este trabajo, ya se han ido desgranando.

El art. 74 LOI regula la *publicidad* de las acciones de responsabilidad social en materia de igualdad, con remisión expresa a la Ley General de Publicidad.¹⁸⁴ Las empresas podrán hacer uso publicitario de sus acciones de responsabilidad en materia de igualdad, de acuerdo con las condiciones establecidas en la legislación general de publicidad. Lo que significa, a mi juicio, que una vez adoptada una medida o política empresarial y publicitada la misma, si posteriormente no cumple el empresario, estaría incurriendo en un supuesto de publicidad engañosa previsto en el art. 3.e) LGP.

Asimismo se regula el uso de acciones contra la publicidad ilícita por utilizar de forma discriminatoria o vejatoria la imagen de la mujer, en su art. 6.2 LGP legitimando, entre otros, al Instituto de la Mujer para ejercitarse la acción de cesación de esa publicidad ilícita.

Otras acciones de RSE recogidas en la Ley para la promoción e incentivo de la igualdad serían el *distintivo empresarial* en materia de igualdad, previsto en el art. 50.1 LOI, y las *subvenciones públicas* del art. 49 LOI, ya vistas en el punto II relativo a las “ventajas legales” en materia de planes de igualdad, al cual me remito expresamente¹⁸⁵.

¹⁸³ Artículo publicado en el periódico El País, el 16 de septiembre de 2012, titulado “Cameron frena la cuota femenina en los consejos de administración”.

¹⁸⁴ Ley 34/1988, de 11 de Noviembre, General de Publicidad (BOE 274, 15 de noviembre de 1.988).

¹⁸⁵ *Vid* pág. 61 y 62 en relación a las ventajas “legales” para la elaboración de un plan de igualdad.

IV. CONCLUSIONES

En este trabajo fin de máster se ha intentado reflejar el valor de la negociación colectiva y de la RSE como instrumentos para el logro de una efectiva igualdad de oportunidades en el ámbito laboral, un valor que se ha relanzado con la aprobación de la LOI.

Todas las empresas están obligadas a en todo caso a respetar la igualdad de trato y de oportunidades. Y a todas ellas se les impone el deber de adoptar medidas dirigidas a evitar cualquier clase de discriminación laboral entre hombres y mujeres. A, tal efecto, deben sentarse a negociar de buena fe, con el propósito de conseguir llegar a un acuerdo con la representación legal de los trabajadores (art. 45.1 LOI). Del mismo modo, el art.48.1 de este texto legal exige específicamente la obligación de “promover condiciones de trabajo” que prevengan el acoso sexual y el acoso por razón de sexo, y de manera mucho más concreta de adoptar procedimientos para su prevención y para la reacción frente a las denuncias, obligación que es inherente a todas la empresas, sin distinción alguna por el número de trabajadores.

Pero sólo en ciertos casos, impone la LOI la obligación de negociar, y en su caso acordar, la elaboración y aplicación de planes de igualdad, concretamente: a) Empresas cuyas plantillas superen el umbral legal de los 250 trabajadores, ya se rijan por convenio propio o por convenio sectorial; b) Empresas que se rijan por un convenio sectorial (supra-empresarial) en el que se haya establecido esta obligación negocial; y c) Las empresas obligadas a elaborar y aplicar un plan de igualdad, previa negociación o consulta, en su caso, con la representación legal de los trabajadores, 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 citado acuerdo.

Como se ha puesto de manifiesto, la negociación colectiva ocupa una posición central en el fomento de la igualdad de oportunidades y la prevención y corrección de cualquier clase de discriminación (concretamente, discriminación por razón de sexo). En este marco de

tutela, la negociación colectiva puede cumplir una función relevante no sólo adoptando cláusulas declarativas antidiscriminatorias, sino también tratando de evitar que las cláusulas contenidas en el convenio produzcan, directa o indirectamente, resultados discriminatorios.

La LOI expresamente dota a la negociación colectiva de un papel central en la prevención y/o eliminación de conductas discriminatorias, y con esta finalidad insta a fomentar el acuerdo con los representantes de los trabajadores en la promoción de medidas de igualdad, y en su caso, de planes de igualdad, acciones positivas, etc...con el objetivo claro de fomentar y educar en la cultura de igualdad en la empresa (como en su día fue la cultura de prevención) impregnando todos los ámbitos, dejando patente su carácter transversal, e incentivando la negociación colectiva, como muro protector de las medidas de igualdad frente a posibles modificaciones *ad nutum* del empresario o vaciamiento a través de la RSE, dotándole de mayor contenido y relevancia. Asimismo, se reservan determinadas materias “clave” en temas de igualdad como las medidas para favorecer la conciliación laboral y familiar, exclusivamente al mecanismo de la negociación colectiva (ex art. 84.2 ET) mediante los convenios colectivos de empresa gozando de prioridad aplicativa frente a los supra-empresariales, confirmando la tesis que las medidas de igualdad deben ser discutidas, negociadas y acordadas en el seno de la negociación colectiva conforme al ET y en el ámbito de empresa.

La LOI, además, concibe la RSE como una potencial herramienta en materia de igualdad, una vez que la negociación colectiva no pueda avanzar más allá. Si bien se ha explicado que determinadas medidas, como las acciones positivas, no pueden ser objeto de RSE; se ha de destacar el importante esfuerzo de concienciar y potenciar la existencia de este mecanismo para adoptar otra clase de medidas, al menos como un primer paso de concienciación social (por ejemplo, las cuotas femeninas de los consejos de administración de las sociedades mercantiles).

El legislador está pensando en una RSE a través del diálogo social, esto es, consultas o negociación (aunque sea informal) frente a la previsible unilateralidad típica de la RSE, en la línea de las recomendaciones comunitarias e internacionales y la propia filosofía de la LOI, en relación a la igualdad, y su articulación a través de negociación colectiva.

La igualdad nos concierne y afecta a todos y cada uno de los aspectos de nuestra vida, y por ello se busca el máximo consenso y compromiso de los agentes sociales, siendo ésta la única manera de lograr la consecución de la igualdad real entre hombres y mujeres en el ámbito laboral. De otra forma, la Norma resultaría ineficaz.

NORMATIVA

- Real Decreto de 24 de julio de 1.889, por el que se aprueba el Código Civil (Gaceta 206, 25 de julio de 1.889).
- Constitución Española de 27 de diciembre de 1978 (BOE 311, de 29 diciembre de 1978).
- Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical (BOE 189, 8 de agosto de 1.985).
- Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (BOE 181, 29 de junio de 1.988)
- Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad (BOE 274, 15 de noviembre de 1.988).
- Ley 3/1989, de 3 de marzo, que amplió a dieciséis semanas el permiso por maternidad y estableció medidas para favorecer la igualdad de trato de la mujer en el mercado de trabajo (BOE 57, 8 de marzo de 1989).
- Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por RDL 1/1994, de 20 de Junio (BOE 154, de 29 de junio de 1.994).
- Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por RDL 1/1995, de 24 de Marzo (BOE 75, 29 de marzo de 1.995).
- Ley 31/1995, de 8 de Noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (BOE 269, de 10 de noviembre de 1.995).
- Real Decreto-Ley 11/1998, de 4 de Septiembre, por el que se regulan las bonificaciones de cuotas de la Seguridad Social de los contratos de interinidad que se celebren con personas desempleadas para sustituir a trabajadoras durante los

descansos por maternidad, adopción o acogimiento (BOE 213, 5 de septiembre de 1.998).

-Ley 39/1999, de 5 de noviembre, de Conciliación de la Vida Familiar y Laboral de las Personas Trabajadoras (BOE 266, 6 de noviembre de 1.999).

-LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (BOE 10, 12 de enero de 2.000).

-Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, probado por RDL 5/2000, de 4 de Agosto (BOE 189, 8 de agosto de 2.000).

- Libro Verde de la Comisión de 18 julio 2001, Fomentar un marco europeo para la responsabilidad social de las empresas. COM [2001] 366 final.

-Directiva 2002/73/C del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, que 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 (DOCE L 269/15, de 5 de octubre de 2002).

-Ley 9/2003, de 2 de abril, para la Igualdad de Mujeres y Hombres de la Comunidad autónoma Valenciana (DO Generalitat Valenciana 4.474, de 4 de abril de 2003).

-Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo (BOE 301, 17 de diciembre de 2.003).

-Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad (BOE 289, de 3 de diciembre de 2003).

-Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social (BOE 313, de 31 de diciembre de 2.003).

-Ley 7/2004, de 16 de julio, para la igualdad de mujeres y hombres de Galicia (DO Galicia 149, 3 de agosto de 2004).

- Directiva 2004/113/CE, de 13 de diciembre de 2004 del Consejo de 13 de diciembre de 2004, por la que aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro (DOUE L 373/37 de 21 de diciembre de 2004).
- Ley 4/2005, de 18 de febrero, para la Igualdad de Mujeres y Hombres del País Vasco (BO País Vasco 42, 2 de marzo de 2005).
- Ley 12/2006, de 20 de septiembre, para la mujer, de las Islas Baleares (BO Illes Balears 135, 26 de septiembre de 2006)
- Ley Orgánica 3/2007, de 22 de Marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres (BOE de 23 de marzo de 2.007).
- Real Decreto 1615/2009, de 26 de octubre, se ha procedido a regular la concesión y utilización del distintivo de igualdad (BOE 265, 3 de noviembre de 2009).
- Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba la Ley de Sociedades de Capital (BOE 161, 3 de julio de 2.010).
- Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de Medidas Urgentes para la Reforma del Mercado de Trabajo (BOE 227, 18 de septiembre de 2.010).
- Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social (BOE 245, 11 de octubre de 2011).
- Real Decreto- Ley 7/2011, de 10 de junio, de Medidas Urgentes para la Reforma de la Negociación Colectiva (BOE 139, 11 de junio de 2011).
- Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de Medidas Urgentes para la Reforma del Mercado Laboral (BOE 36, 11 de febrero de 2012).

-Ley 3/2012, de 6 de julio, de Medidas Urgentes para la Reforma del Mercado Laboral (BOE 162, 7 de julio de 2012).

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

LIBROS

Libros de referencia

ALONSO OLEA, M.; CASAS BAAMONDE, M^a E. *Derecho del trabajo*. Civitas. Madrid, 2009.

MERCADER UGUINA, J. R. *Lecciones de Derecho del Trabajo (4^º ed.)*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2011.

MONTOYA MELGAR, A. *Derecho del trabajo (31^º ed.)*. Tecnos. Madrid, 2010.

Monografías

AA.VV. GONZÁLEZ MARTÍN, A. (coord.). *El plan de igualdad y la responsabilidad social de la empresa*. Lex Nova. Valladolid, 2010.

AA.VV. LOUSADA AROCHENA, J. F. (coord.), *El principio de igualdad en la negociación colectiva*. Colección informes y estudios de relaciones laborales. Serie Relaciones Laborales nº 85. Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos. Ministerio de Trabajo e Inmigración. Madrid, 2008.

AA.VV. MOLINA HERMOSILLA, O. (Dir.). *Negociando la igualdad en las empresas: estado de la cuestión y estrategias para la implementación de una política de igualdad de género*. Comares. Granada, 2012.

AA.VV. SAJARDO MORENO, A. (Dir.) *La responsabilidad social interna de las empresas en España*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2009.

AA.VV. SEMPERE NAVARRO, A. V. (coord.) *Las dos fases de la Reforma Laboral. La opinión de los expertos*. Aranzadi. Pamplona, 2012.

AA.VV. SIERRA HERNÁIZ, E. (Dir.). *Eficiencia, igualdad y empresa. La aplicabilidad real a la empresa de la Ley Orgánica de Igualdad*. Civitas. Pamplona, 2011.

AA.VV MERCADER UGUINA, J. R. (Dir.) *Comentarios laborales de la Ley de Igualdad entre hombres y mujeres*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2007.

AA.VV. VALDÉS DAL-RÉ, F. (investigador ppal); SOBRINO GONZÁLEZ, G. M^a (coord.). *Análisis de medidas y planes de igualdad en la negociación colectiva*. Observatorio de Medidas y Planes de Igualdad en la negociación colectiva. UGT. Madrid, 2010.

AA.VV. VILLAR NOTARIO, A. (Dir.) *Mujeres y mercado laboral en España: cuatro estudios sobre la discriminación salarial y la segregación laboral*. Fundación BBVA. Madrid, 2010.

AÑINO VILLALVA, S.; ARAGÓN MEDINA, J.; ROCHA SÁNCHEZ, F. *Los planes de igualdad entre mujeres y hombres en la negociación colectiva*. Fundación 1º de Mayo. Instituto de la mujer. Madrid, 2009.

ARAGÓN MEDINA, J. y ROCHA SÁNCHEZ, F. *La responsabilidad social empresarial en España: Una aproximación desde la perspectiva laboral*. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. CIE, 2004.

CALVO GÁLLEGO, F. J. *Códigos éticos y derechos de los trabajadores. Una aproximación a la práctica de las empresas españolas*. Bomarzo. Albacete, 2008.

ESCUDERO RODRÍGUEZ, R. (coord.). *La negociación colectiva en España: Una mirada interdisciplinar*. Cinca. Madrid, 2008.

ESCUDERO RODRÍGUEZ, R. (coord.). *Empleo público, igualdad, nuevas tecnologías y globalización*. Cinca. Madrid, 2010.

FABREGAT MONFORT, G. *Los planes de igualdad como obligación empresarial*. Bomarzo. Albacete, 2007.

FIGUERUELO BURRIEZA, Á.; IBÁÑEZ MARTÍNEZ, M^a L.; MERINO HERNÁNDEZ, R. M^a. *Igualdad ¿para qué? A propósito de la Ley Orgánica para igualdad efectiva entre mujeres y hombres*. Comares. Granada, 2007.

GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. (coord.) Y MERCADER UGUINA, J. R. (coord.) *‘La ley de igualdad: consecuencias prácticas en las relaciones laborales y la empresa’*. Lex Nova. Valladolid, 2007.

MERINO SEGOVIA, A. *Igualdad de género, empresa y responsabilidad social*. Bomarzo. Albacete, 2009.

RUBIO CASTRO, A. (coord.). *Estudio sobre la aplicación de la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de hombres y mujeres*. CGPJ. Centre d’Estudis Jurídics. Barcelona, 2011.

SERRANO GARCÍA, J. M^a. *Participación y Planes de igualdad en la Ley Orgánica de Igualdad Efectiva entre Hombres y Mujeres*. Bomarzo. Albacete, 2007.

VALLEJO DACOSTA, R. *Aspectos más relevantes de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de Marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombre*. Monografía, línea de investigación grupo consolidado S-07, Universidad de Zaragoza. Gobierno de Aragón. Zaragoza, 2008.

VALLEJO DACOSTA, R. *Riesgos psico-sociales: prevención, reparación y tutela sancionadora*. Aranzadi. Pamplona, 2005.

VARELA, N. *Feminismo para principiantes*. Ediciones B. Barcelona, 2005.

ARTÍCULOS DE REVISTAS

ÁLVAREZ CUESTA, H. “Un “nuevo” contenido en los convenios colectivos: Los planes de igualdad entre hombres y mujeres”. *Actualidad Laboral*, núm. 2, tomo 1. 2008, págs. 148-160.

ARENAS VIRUEZ, M. “El estado de la negociación colectiva en materia de planes de igualdad”. *Aranzadi social*, núm. 22, 2010, págs. 35-44.

BAZ TEJEDOR, J. A. “Responsabilidad social empresarial laboral: Especial referencia a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de hombres y mujeres”. *Revista de Derecho Social*, núm. 41, 2008, págs. 95-122.

ESCUDERO RODRÍGUEZ, R. “El complejo juego entre la Ley y la negociación colectiva en la nueva Ley de igualdad efectiva entre mujeres y hombres: Significación general y manifestaciones concretas”. *Relaciones Laborales*, núm. 1, 2007, págs. 991-1.010.

ESCUDERO RODRÍGUEZ, R. “Planes de igualdad en la Ley Orgánica 3/2007, de igualdad efectiva entre mujeres y hombres”. *Relaciones Laborales*, núm. 1, 2007, págs. 1.011-1.043.

FABREGAT MONFORT, G. “Los riesgos en la negociación e implantación de los planes de igualdad”. *Revista digital de Acción sindical de CCOO*. Número 17. Abril, 2012, págs. 11-15.

FERNÁNDEZ MARCOS, L. “Principio de no discriminación por razón de sexo y los trabajos prohibidos a la mujer en la legislación de seguridad e higiene”. *Actualidad Laboral*, núm. 1. 1990, págs. 1-6.

GALLARDO MOYA, R. “Los nuevos planes de igualdad en la empresa: Un análisis de las primeras experiencias”. *Revista de Derecho Social*, núm. 48, 2009, págs. 83-107.

GÁLLEGO SÁNCHEZ, G. “Comentario a la Ley 3/2007, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres”. *Revista de jurisprudencia El Derecho*, núm. 1. Abril de 2009, págs. 1-5.

LÓPEZ-TAMES IGLESIAS, R. “La nueva Ley de igualdad y su incidencia en el procesal laboral”. *Revista de Jurisprudencia El Derecho*, núm. 2. Febrero de 2008, págs. 1-5.

LOUSADA AROCHENA, J. F. “El marco normativo de la negociación colectiva de medidas de igualdad de mujeres y hombres”. *Revista de Derecho Social*, núm. 41, 2008, págs. 31-53.

MENDOZA NAVAS, N. “Nuevos instrumentos y espacios para la participación de los trabajadores en la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva entre hombres y mujeres”. *Relaciones Laborales*, núm. 4, 2008, págs. 79-101.

MERINO SEGOVIA, A. “Reforma laboral y negociación colectiva”. *Revista digital Nueva Tribuna*. 6 de marzo de 2012.

MORILLO BALADO, R. “El proceso de negociación de los planes de igualdad en las grandes empresas españolas”. *Observatorio de la Negociación Colectiva*. 21 de junio de 2012.

PÉREZ DEL RÍO, T. “Discriminación indirecta, acción positiva y transversalidad de género”. *Publicaciones AMIT*. Noviembre 2006.

RODRÍGUEZ SAÑUDO, F. “La elaboración y aplicación del plan de igualdad en la empresa” *Actualidad Laboral*, núm. 9, tomo I, 2008, pág. 1068-1080.

VALLEJO DACOSTA, R. “El acoso sexual y el acoso por razón de sexo: riesgos de especial incidencia en la mujer trabajadora”. *Relaciones Laborales*, núm. 5, 2007, págs. 55-84.

INFORME/DICTAMEN

Dictamen nº 803/2006, de 22 de junio de 2006, al Anteproyecto de Ley Orgánica de Igualdad del Consejo de Estado (para mayor información www.consejo-estado.es).

Informe emitido por el CGPJ sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Igualdad de 26 de abril de 2006 (para mayor información www.poderjudicial.es).