

ELS PLANS D'IGUALTAT A L'ADMINISTRACIÓ LOCAL: CONTINGUT I NEGOCIACIÓ COL·LECTIVA

Gemma Fabregat Monfort

professora de dret del treball de la Universitat de València,
investigadora de l'Observatori Nacional de Negociació Col·lectiva de CCOO

INTRODUCCIÓ:	1
1.- LA OBLIGACIÓ DE IMPLANTAR UN PLAN DE IGUALDAD	2
2.- LA CORPORACIÓ LOCAL COMO EMPLEADOR OBLIGADO: PECULIARIDADES DEL PLAN DE IGUALDAD .3	
3.- LA NORMATIVA EN MATERIA DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓ POR RAZÓN DE GÉNERO	5
4.- QUÉ ES EL PLAN DE IGUALDAD: RASGOS DELIMITADORES DEL CONCEPTO LEGAL	7
5.- ¿CÓMO SE ESTABLECEN LOS PLANES DE IGUALDAD EN LAS CORPORACIONES LOCALES?	8
6.- ¿QUÉ ETAPAS HAY EN LA ELABORACIÓN DE UN PLAN DE IGUALDAD?	10
1º) El momento previo: el diagnóstico de situación	10
2º) El diseño del Plan de Igualdad: determinación de los objetivos, de las prácticas y del seguimiento	12
7.- EL CONTENIDO DEL PLAN DE IGUALDAD: LAS MATERIAS A TRATAR	17
1º) En relación con el acceso al empleo.....	19
2º) Clasificación profesional.....	22
3º) La promoción y formación profesional	23
4º) Retribuciones	24
5º) Ordenación del tiempo de trabajo para favorecer, en términos de igualdad entre mujeres y hombres, la conciliación laboral, personal y familiar.....	24
6º) Prevención del acoso sexual y del acoso por razón de sexo	25
8.- ¿QUÉ OCURRE SI, EXISTIENDO LA OBLIGACIÓN, NO SE NEGOCIA UN PLAN DE IGUALDAD?	27
9.- ¿QUÉ OCURRE SI SE INCUMPLEN LAS MEDIDAS ESTABLECIDAS EN EL PLAN DE IGUALDAD?	28

INTRODUCCIÓ:

La Corporación Local, como empleador, está obligada a respetar la igualdad entre hombres y mujeres mediante un Plan de Igualdad.

La obligación es clara. Al menos así creo que debe deducirse respecto del mandato previsto en la Disposición Adicional Octava EBEP que refiere esta obligación a todas las Administraciones sin más. De hecho, a estos efectos, no exige tener en consideración ni la plantilla de la empresa, ni el volumen, capacidad o carga de trabajo, ni cualquier otro factor diferenciador como bien pudiera ser el de la modalidad de la vinculación del empleador al empleado¹.

¹ Defendiendo la posibilidad de que además de los Planes de igualdad en los términos del art. 64 LOI, se puedan establecer otros Planes de igualdad más específicos ex. Disposición Adicional Octava del EBEP, ver, ALFONSO MELLADO, C.L., en AAVV, *Los aspectos laborales de la Ley de Igualdad*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2007. Pág. 153.

No, nada de lo anterior parece ser relevante a efectos de exigir la obligación de negociar Planes de igualdad en la empresa pública. La única distinción que existe dentro de la Corporación Local en este tema tiene que ver con las peculiaridades intrínsecas del propio Plan de Igualdad que se va a adoptar y que se traduce en ciertas peculiaridades del Plan a negociar en la AGE frente al resto de Administraciones, pero no en cuanto a la obligatoriedad o no de su adopción, claramente exigible en todos los casos.

Ahora bien, a efectos de estructurar esta conferencia y esquematizar los aspectos más relevantes de la obligación a la que me refiero, me parece importante abordar los siguientes aspectos:

- 1) La obligación de tener un Plan de Igualdad
- 2) La Corporación Local como empleador obligado. Peculiaridades del Plan de Igualdad
- 3) La normativa en materia de igualdad y no discriminación por razón de género
- 4) Qué es un Plan de Igualdad: rasgos delimitadores del concepto legal
- 5) ¿Cómo se establecen los Planes de igualdad en las Corporaciones Locales?
- 6) ¿Qué etapas hay en la elaboración de un Plan de Igualdad?
- 7) El contenido del Plan de Igualdad: las materias a tratar
- 8) ¿Qué ocurre si, existiendo la obligación, no se negocia un Plan de Igualdad?
- 9) ¿Qué ocurre si se incumplen las medidas establecidas en el Plan de Igualdad?

1.- LA OBLIGACIÓN DE IMPLANTAR UN PLAN DE IGUALDAD

Como he mencionado, es claro que la Corporación Local está obligada a implantar un Plan de Igualdad².

Al respecto importa tener en cuenta que la obligación que contempla el EBEP remite directamente a la Ley Orgánica 3/2007, para garantizar la igualdad efectiva de mujeres y hombres (en adelante LOI)³, cuya entrada en vigor no sólo ha supuesto la transposición a nuestro ordenamiento jurídico de la Directivas Europeas 2002/76 y 73/207, sino que además nos ha dotado de una norma exclusivamente referida a la igualdad de género, que hasta ahora no existía.

Según la LOI, además, la prohibición de discriminación deja de ser en exclusiva el mandato previsto para los empleadores como manifestación prohibida del trato desigual, y pasa a conformar, junto con el mandato de la igualdad real, un objetivo a alcanzar imperativamente. Se pasa, así, de una tutela reactiva basada en la sanción que comporta el incumplimiento de la prohibición de discriminación, a una tutela mixta, más proactiva, en la que las sanciones ante el incumplimiento del mandato de no discriminar se conjugan con la necesidad de accionar cuanto se reputa necesario en aras de alcanzar la igualdad real entre mujeres y hombres.

La obligación de negociar Planes de igualdad constituye una de las más importantes apuestas de la LOI en ese sentido, esto es, con el fin de alcanzar esa igualdad real entre mujeres y hombres en las relaciones laborales. Por eso, la LOI obliga a negociar y acordar esos Planes de igualdad.

Obligación que, por otra parte, alcanza al empleador privado -cuando se dan ciertos requisitos- y las Administraciones Públicas, siempre y sin distinción⁴.

Con todo, repárese que me estoy refiriendo a la Administración como empresario y no como ente público responsable de concienciar socialmente a propósito de lo necesaria y beneficiosa que es la

² ALFONSO MELLADO, C.L. y FABREGAT MONFORT, G. *Los Planes de igualdad en la Administración Pública*. Bomarzo. Albacete, 2007.

³ BOE de 23 de marzo de 2007.

⁴ Un estudio más completo al respecto del Plan de Igualdad en la empresa privada puede verse en FABREGAT MONFORT, G., *Los Planes de igualdad como obligación empresarial*. Bomarzo. Albacete, 2007.

igualdad. La diferencia es importante porque, en lo que aquí afecta, si la Corporación Local decide implantar un Plan desde esta última perspectiva, es competente para ello. Pero el Plan que así se estipule no será un Plan de los impuestos por el EBEP y la LOI, que únicamente refieren la imposición desde la perspectiva de los derechos y obligaciones que tienen aquellos cuya prestación "laboral" se realiza en y para la Corporación Local. Solo desde la perspectiva del empleador, la Administración está obligada legalmente a tener un Plan de Igualdad ex. LOI y EBEP.

2.- LA CORPORACIÓN LOCAL COMO EMPLEADOR OBLIGADO: PECULIARIDADES DEL PLAN DE IGUALDAD

El Plan de Igualdad que la Administración adopte desde la perspectiva de empleador mencionada, vinculará a todo el personal que le presta servicios en régimen de ajenidad, con independencia de que la materialización del vínculo se haya realizado mediante un contrato laboral, administrativo o funcional.

En efecto, debe tenerse en cuenta que en la Administración coexiste o puede coexistir un triple personal⁵:

- 1) En primer lugar, personal laboral, al que se le aplican las disposiciones generales previstas por la legislación laboral y por la legislación propia del régimen general de seguridad social al que están acogidos.
- 2) Asimismo, en segundo lugar, personal administrativo, normalmente personal funcionario pero que se acoge al régimen general de seguridad social, como ocurre con numeroso personal de las Administraciones locales y autonómicas.
- 3) Y en tercer lugar, personal funcionario: sujeto al régimen de clases pasivas, al que resultan de plena aplicación las disposiciones específicas previstas en el ámbito de las Administraciones Públicas.

Pues bien, el Plan que se implante debe prever, como se dirá, las peculiaridades de cada uno de estos colectivos y aplicarse a todo el personal con independencia de la especificidad de cada tipo de vinculación.

Ahora bien, ello significa que la Administración en cuestión tendrá competencias para poder negociar y abordar las cuestiones que impone la elaboración del Plan de Igualdad. Lo que, a su vez, comporta aceptar la derogación tacita de ciertos aspectos de la normativa que rige la negociación en la función pública ex. Disposición Adicional EBEP.

En efecto, al reconocer estas competencias en las Administraciones Locales se plantea un problema adicional derivado de la no derogación expresa del Real Decreto 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local (en adelante, TRRL).

De hecho, ante la ausencia de derogación expresa, dos han sido las posiciones doctrinales al respecto de la competencia de la Corporación Local para pactar el régimen jurídico aplicable en materia de recompensas, permisos, licencias y vacaciones retribuidas: de un lado, se ha defendido la incompetencia de las Administraciones a estos efectos, al entender que la falta de derogación expresa del citado TRRL les impide, en aplicación del art. 142 TRRL, tanto introducir permisos o licencias nuevas como ampliar las vacaciones o regularlas en términos distintos de los fijados por la Comunidad Autónoma, o en su defecto, por el Estado. Aunque lo anterior no obsta que sí se

⁵ Cfr. ALFONSO MELLADO, C.L., en AAVV, *Los aspectos laborales...*, cit.

pueda a nivel de Corporación Local pactarse todo lo relacionado con las fechas y forma de disfrute de las vacaciones.

Desde otra interpretación, sin embargo, aunque se parte de la ausencia de una formal derogación expresa del art. 142 TRRL, se plantea la posible derogación material de este precepto y del art. 93 y 94 Ley 7/1985-reguladora de las bases de régimen local-, por contravenir otras disposiciones del EBEP en virtud de lo dispuesto en la letra g) de su Disposición derogatoria, proponiéndose el respeto al derecho de negociación colectiva como solución consecuente con la opción que se realiza desde el EBEP. Aunque ello suponga reconsiderar las construcciones doctrinales acerca de las limitaciones de negociación en el ámbito local y de la imperatividad extrema de las normas que regulan las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos.

Pues bien, por mi parte, creo que es esa última consideración doctrinal la que debe prosperar. Máxime teniendo en cuenta que, por lo que aquí afecta, esta última opción doctrinal encuentra otro refuerzo más en el EBEP, que tiene que ver con la LOI, al exigirse ex. D.A.8ª EBEP, que toda Administración cuente con su propio Plan de Igualdad en los términos que regula la LOI.

En ese sentido, cabría entender que sí se ha producido esa derogación material del art. 142 TRRL y de los arts. 93 y 94 Ley 7/1985.

En efecto, desde el momento en que según D.A.8ª EBEP toda Administración debe implantar un Plan de Igualdad en su propio ámbito, queda claro que el Plan de Igualdad debe acercarse en contenido a todo cuanto sea necesario para garantizar la igualdad real entre hombres y mujeres en el ámbito de la concreta empresa en el que se ha negociado.

De donde sigue que, si toda Corporación Local debe implantar un Plan de Igualdad en su ámbito, es porque toda Corporación Local también debe poder negociar medidas que afecten a permisos, licencias, vacaciones, jornada, etc., puesto que por definición legal, ex. art.-46.1 LOI-, el Plan de Igualdad estará constituido por todas las medidas que sean necesarias para respetar fehacientemente una obligada igualdad real entre hombres y mujeres en su ámbito de aplicación.

Queda claro, pues, que las medidas señaladas son susceptibles de ser consensuadas por las Administraciones Públicas, incluyendo, según creo y por lo expuesto, el caso de la Corporación Local, que entiendo que también las podrá negociar.

Y ello porque, insisto, la obligación de implantar el Plan de Igualdad que contiene el EBEP vincula a todas las Administraciones y se contempla mediante una remisión a la LOI, con la única distinción dentro de la Corporación Local en lo que se refiere a peculiaridades intrínsecas del propio Plan de Igualdad que se va a adoptar⁶, pues si bien a todas las Administraciones Públicas les resultará vinculante la definición de Plan de Igualdad del art. 46 LOI, en el caso de la AGE se deben realizar algunos ajustes ex. 64 LOI⁷.

Es decir, que cualquier concreción del Plan de Igualdad exige siempre y en todo caso centrarse en los arts. 45 y 46 LOI y, cuando proceda, y solo a efectos de la AGE y organismos públicos vinculados o dependientes de ella, integrar cuanto dicen estos preceptos con lo previsto en el art. 64 LOI⁸. Pero, en cualquier caso, y dado el foro en el que me encuentro no me voy a centrar en la AGE sino en la Corporación Local y, en ese sentido, al Plan que diseña con carácter general la LOI.

⁶ De hecho, dice bien claro que “Las Administraciones Públicas deberán elaborar y aplicar un Plan de Igualdad...”.

⁷ 1) el sujeto obligado a elaborar ese Plan de Igualdad para la AGE es el Gobierno de la nación; 2) será un Plan que se realizará al inicio de cada legislatura; 3) además resultará de aplicación tanto a toda la AGE como a los organismos de ella dependientes.

⁸ Un estudio más detallado al respecto puede verse en ALFONSO MELLADO, C.L. y FABREGAT MONFORT, G. *Los Planes de igualdad en la Administración Pública*. Bomarzo. Albacete, 2007. Págs. 15-21.

3.- LA NORMATIVA EN MATERIA DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE GÉNERO

La LOI, como se sabe, es la norma que se refiere íntegramente a la igualdad entre mujeres y hombres y lo hace, además, desde una perspectiva transversal.

No obstante, hay una cuestión que debe tenerse en cuenta para evitar cualquier confusión, cual es que la garantía de la igualdad como obligación no nace de la LOI

En efecto, el marco normativo es muy anterior. Y en un pasado más reciente debe fijar su punto de partida en la C.E.

La C.E., con carácter general, y por lo que aquí interesa, establece la obligación de garantizar la igualdad real entre mujeres y hombres en los arts. 14 C.E. y 9.2. C.E.

El art. 103.3 C.E. se refiere al acceso a la función pública de acuerdo con los principios de igualdad, mérito y capacidad.

Y sin pretender hacer una enumeración a modo de listado, también se refiere la misma obligación de igualdad real en otros muchos preceptos del E.T.⁹ y del EBEP¹⁰.

Pero lo importante, además, no es sólo lo que se establece a nivel normativo, sino la interpretación que el reconocimiento constitucional a la igualdad (ex. art. 14 y 9.2.) ha tenido en los tribunales.

En efecto, según la doctrina interpretativa del T.C. tras la STC 128/1987, que marca un punto de inflexión en esta materia, en el art. 14 C.E. 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. C.E. 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.

La situación de la mujer no está equiparada todavía a la del hombre, incluyéndose en esa no equiparación, desde luego, lo referente a su situación en el ámbito laboral.

De hecho, tras la revolución industrial y el advenimiento del capitalismo 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 así una división “social” de roles según el sexo, cuyos efectos aún son apreciables.

En efecto, las distintas estadísticas que se realizan al respecto de la relación entre mujer y mercado de trabajo ponen de relieve la existencia de una división sexual del trabajo, una

⁹ arts. 4, 11, 17, 22, 24, 28, 53, 55, 85, etc. (tb. 61 y ss. representantes de los trabajadores).

¹⁰ Exposición de motivos, ratifica la necesidad de la existencia de los principios de igualdad, mérito y capacidad y por eso la necesidad de igualdad entre hombres y mujeres en el acceso, promoción, etc.

- art. 1.- Objeto de la ley, entre otros, igualdad de trato entre hombres y mujeres.
- art. 14- Derechos básicos: a no ser discriminados, ni ver atentada su dignidad, lo que incluye el derecho a no sufrir acoso.
- arts. 60 y 61, Procedimientos objetivos son los que tienen que determinar la objetividad en el acceso al empleo- proceso de selección (objetividad sin referirse expresamente a la igualdad de sexo pero se supone).
- arts. 95, Falta disciplinaria, discriminar, por razón, entre otras cosas de selección.
- art. 82.- Violencia de género, movilidad.
- Disposición adicional 8 EBEP, Planes de igualdad.

segregación del mercado de trabajo por razón de género. Y esa segregación se manifiesta tanto desde una perspectiva horizontal como vertical.

Desde una perspectiva horizontal, además, la división del mercado de trabajo presenta a su vez una doble manifestación:

- de un lado, se manifiesta en la existencia de ciertos sectores de actividad que se presumen claramente masculinos y en los que la presencia de las mujeres es ciertamente escasa, cuando no inexistente, frente a otros claramente femeninos o “feminizados” en los que la presencia de las mujeres es cuantiosa;
- de otro lado, y como segunda manifestación de esta segregación horizontal del mercado de trabajo, hay que subrayar asimismo que la precariedad en la contratación afecta cuantitativamente hablando, a más mujeres que hombres. Los contratos a tiempo parcial, los fijos discontinuos y, en general, los contratos temporales, afectan de forma más contundente al género femenino que al masculino.

En lo referente al otro tipo de segregación laboral referida, la vertical, ésta se manifiesta en una escasa presencia de las mujeres en los puestos más elevados del escalafón empresarial, en los puestos de la cúspide de la pirámide empresarial. La ausencia de mujeres en esos puestos es tal, que esa segregación vertical se considera causa y efecto a la vez, del denominado “techo de cristal” que, en palabras de la OIT, podría definirse como “la existencia de obstáculos artificiales e invisibles, pero existentes, que siendo consecuencia de la tradición y prejuicios sociales dificultan e impiden que la mujer acceda a esos puestos de mayor responsabilidad”¹¹.

Y eso igual si hablamos de empresa privada como pública.

En ese sentido, y como esa equiparación no se ha producido, la existencia de medidas que pueden diferenciar, como puede ser el Plan de Igualdad, son plenamente ajustadas a derecho.

Si acaso lo que deberíamos plantearnos son las razones que pueden explicar que la realidad sea la que es, máxime cuando en la empresa pública se accede ex. art. 103 C.E. en base a los principios de igualdad, mérito y capacidad.

Los motivos, a decir verdad, son muchos. Y si bien una disertación exhaustiva de los mismos no me permitiría avanzar con la conferencia, y por eso no la voy a hacer, sí que creo importante resaltar a ese respecto que si bien las razones que explican que la situación de la mujer siga siendo la de un colectivo discriminado son múltiples y diversas (tradición y costumbre social -trabajos propios de hombres frente a otros típicamente femeninos-, los criterios que determinan como puntuables para acceder a ciertos puestos, etc.) , junto a todos los criterios determinantes de la conducta constitutiva de discriminación, algo tiene que ver también la sanción ante la conducta incumplidora.

Y es en ese punto donde radica la importancia de la LOI y el Plan de Igualdad.

Y es ahí donde radica la relevancia o importancia, porque con la LOI se pasa de una tutela sancionadora, a posteriori, cuando la discriminación se ha producido y se ha podido demostrar; a la tutela actual: previa, reactiva, preventiva y que impone la necesidad de respetar la igualdad entre mujeres y hombres antes de que se produzca la discriminación.

¹¹ OIT *El acceso de las mujeres a los puestos de dirección*. Informe para el debate de la Reunión Tripartita sobre el acceso de las mujeres a los puestos de dirección. Ginebra. O.I.T., 1997.

Y en ese respeto a priori de la igualdad real entre mujeres y hombres es donde sitúa la obligación de negociar un Plan de Igualdad como medida prevista para erradicar las discriminaciones existentes y garantizar la igualdad material y real en la prestación de servicios.

4.- QUÉ ES EL PLAN DE IGUALDAD: RASGOS DELIMITADORES DEL CONCEPTO LEGAL

La definición del Plan de Igualdad se realiza en el art. 46 de la LOI que, bajo la rúbrica de concepto y contenido de los Planes de igualdad de las empresas, viene a definirlos como el “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”.

En ese sentido, y desde una interpretación integral del precepto con el resto del ordenamiento referente a la igualdad entre mujeres y hombres, cabe resaltar que los rasgos o cualidades que deben caracterizar al Plan de Igualdad son las siguientes:

1.- Conjunto ordenado de medidas: Al definirse, ex. art. 46 LOI, el Plan de Igualdad como conjunto ordenado de medidas, lo que se nos está diciendo es que el Plan de Igualdad, en sí mismo, exige una integración, una unidad. El Plan es un todo, con coherencia interna.

2.- Adoptadas tras realizar un diagnóstico de la situación: Al condicionar las medidas que conforman el Plan de Igualdad a la existencia de una previa evaluación de la realidad, a la realización de un previo diagnóstico de situación, la LOI incide en la idea de que el Plan de Igualdad no puede ser entendido como algo autónomo o independiente de la realidad a la que se va a aplicar, sino antes al contrario: deje ajustarse a ésta.

Es decir, es consecuencia y efecto de esa realidad para la que se va a adoptar, puesto que el conjunto de medidas que lo conforman debe adoptarse desde una perspectiva lo más ajustada posible a la situación reflejada en el diagnóstico de situación, a las discriminaciones existentes en la vida real de la empresa y a sus concretas características.

3.- 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: Ese conjunto ordenado de medidas que, tras realizar un diagnóstico de situación, se adoptará bajo la forma de Plan de Igualdad, deberá adoptarse con un objetivo en concreto: erradicar las discriminaciones existentes en su ámbito de actuación con el fin de alcanzar la igualdad real entre mujeres y hombres.

4.- Se deberá adoptar de forma colectiva: negociar y, en su caso, acordar, con los representantes de los trabajadores en los términos fijados en la legislación legal vigente. O, en cualquier caso, ser materia a consultar a los representantes de los trabajadores. Es decir, que el Plan de Igualdad, para serlo, debe ser producto de una negociación entre los que mejor conocen la realidad de la empresa: los trabajadores y los empresarios o sus representantes. En ese sentido es en el que se hay que interpretar la referencia que la LOI hace al hecho de que el Plan de Igualdad necesariamente debe contemplarse en un instrumento jurídico colectivo (convenio o pacto de empresa), según legislación vigente. Entre otras cosas, además, porque hacerlo de forma individual carecería totalmente de sentido ante las características internas del Plan de Igualdad.

5.- ¿CÓMO SE ESTABLECEN LOS PLANES DE IGUALDAD EN LAS CORPORACIONES LOCALES?

En principio, parece claro que los Planes de igualdad en las diferentes Corporaciones Locales no pueden ser objeto de regulación e implantación unilateral por estas, sino que deben ser objeto de negociación colectiva.¹²

La Disposición Adicional Octava del EBEP alude a que el Plan se desarrollará en el “convenio colectivo o acuerdo de condiciones de trabajo del personal funcionario”. Por lo tanto se desarrolla en instrumentos negociales.

Ahora bien, determinar el instrumento concreto en el que el Plan debe negociarse plantea algún problema que debe analizarse.

Aparentemente el EBEP remite a una negociación separada, en el convenio de laborales o en el acuerdo de personal funcionario.

Sin duda no es imposible negociar por separado Planes de igualdad para estos dos colectivos, laborales y funcionarios, en cuyo caso la negociación se abordaría en las mesas específicas que al efecto se constituyen (art. 88 del Estatuto de los Trabajadores para los laborales – comisión negociadora-, art. 34 del EBEP para el personal funcionario – mesa de negociación -).

Si así se decide, así será, y ésta es evidentemente una materia en la que las partes negociadoras deben ponerse de acuerdo

Lo que ocurre es que esta materia es precisamente una de las que más claramente puede ser objeto de negociación conjunta y por tanto su ámbito más natural sería el de las Mesas Generales de Negociación previstas en el artículo 36 EBEP, afectando en consecuencia dicha negociación en conjunto al personal laboral y al personal funcionario de cada organismo.

No puede entenderse que la posibilidad esté excluida por el EBEP, pues es incluso la que escoge la LOI cuando establece la existencia de un Plan de Igualdad en la AGE, tal como se verá posteriormente.

Por eso, el Plan de Igualdad puede negociarse: o en las mesas generales con aplicación conjunta para personal laboral y funcionario, lo que no excluye que alguna medida de las contenidas en ese Plan vaya dirigida específicamente a uno de estos colectivos; o en las mesas específicas de negociación de laborales y personal funcional (comisión negociadora y mesa de negociación), contándose entonces con dos instrumentos negociales a aplicar de modo diferenciado a cada uno de estos colectivos, a cada uno el suyo.

La existencia de dos instrumentos a aplicar en el mismo ámbito, con medidas diferentes simplemente en atención a la naturaleza del vínculo no parece la mejor solución. El ámbito natural de negociación de los Planes de igualdad es el de las mesas de negociación generales, conjuntas.

Una vez negociado y, en su caso, ratificado, pues normalmente se tratará de un Acuerdo, el Plan tiene la eficacia que le es propia, en su caso como convenio y como Acuerdo, vincula a las partes durante el plazo fijado e impide la posibilidad de actuación unilateral, la capacidad de reglamentación sobre la materia, de la Administración negociadora.

Dos cuestiones adicionales aparecen en cuanto a la negociación de los Planes de igualdad.

La primera es la posibilidad de negociaciones articuladas a las que ya he hecho referencia. En efecto, sobre todo en ámbitos amplios, es bueno que se permitan negociaciones en ámbitos inferiores o mecanismos de adaptación del Plan general a ámbitos más concretos. Al respecto

¹² Cfr. ALFONSO MELLADO, C.L. y FABREGAT MONFORT, G. *Los Planes de igualdad*, cit.

habrá que estar a cuanto se negocie en los propios Planes, pero por ejemplo dos posibilidades aparecen con claridad.

Una, la de la negociación en las mesas sectoriales previstas en el art. 34. 4 EBEP. Si éstas existen, parece lógico que en ellas se negocie, en su caso, el Plan de Igualdad en ese específico ámbito sectorial, en todo caso articuladamente con el Plan que en la mesa general se negocie.

Otra posibilidad es que aunque el Plan se negocie en una mesa general conjunta, nada impide que la misma realice remisiones en determinadas materias o permite desarrollar y concretar más lo negociado en conjunto, en las mesas de negociación diferenciadas de personal laboral y de personal funcionario. Esas remisiones son posibles y pueden ser útiles.

Lo que si debe tenerse en cuenta es que no está previsto que el Plan de Igualdad se negocie al margen de las mesas de negociación y, por tanto, en el ámbito conjunto y en el funcional no cabe la negociación con las Juntas y delegados de personal, sino que estamos ante una negociación sindicalizada.

Sólo en las Administraciones de estructura simple y que negocien en el específico ámbito del personal laboral es posible que esa negociación se asuma por los delegados o el comité de empresa, pero ésta es una posibilidad residual, pues incluso en el ámbito exclusivo del personal laboral, las Corporaciones Locales de estructura compleja, con varios centros de trabajo y diversos delegados o comités de empresa, deben negociar conforme a las reglas supraempresariales, como si de un grupo de empresas se tratase, estando en consecuencia legitimadas exclusivamente las organizaciones sindicales, en los términos de los artículos 6 y 7 LOLS (sindicatos más representativos estatales, de comunidad autónoma y aquellos otros que, sin serlo, hayan obtenido al menos el 10% de representatividad en el ámbito específico en el que se produce la negociación).

Otro problema que debe analizarse es el del posible fracaso de la negociación¹³.

Es claro que la obligación de negociar el Plan no exige necesariamente que se llegue a un resultado positivo, a un acuerdo en esa negociación.

En todo caso si fracasa la negociación, la Administración sigue obligada a aplicar un Plan de Igualdad, y por tanto deberá implantarlo unilateralmente, sujeto a que posteriormente se vuelvan a abrir negociación y debiendo tenerse en cuenta, cuanto en el propio EBEP se prevé para el caso de fracaso de las negociaciones, siendo exigible que, en primer lugar, se agoten las posibilidades que ofrezcan los sistemas de solución extrajudicial que puedan resultar aplicables a esa Administración. Si, después de esos trámites, persiste el desacuerdo, procederá el establecimiento unilateral por la Administración del Plan de Igualdad (artículo 38.7 EBEP).

Un problema adicional es determinar el momento a partir del que las Corporaciones Locales están obligadas a esta negociación de los Planes de igualdad, pues la LOI lo concreta en el ámbito privado, pero ni ella ni el EBEP establecen normas expresas en el ámbito público.

En ese sentido, en la medida que la obligación está vigente y que cabría una cierta analogía con lo dispuesto para las empresas privadas, parece que la obligación debe abordarse en la primera negociación que se produzca tras el EBEP y en la AGE al inicio de cada legislatura.

En todo caso, al no fijar la norma un plazo concreto, éste puede ser, también, un tema de acuerdo porque la negociación requiere un previo diagnóstico de la situación que puede llevar un cierto tiempo.

¹³ ALFONSO MELLADO, C.L., en AAVV, *Los aspectos laborales...*, cit.

Finalmente cabe apuntar que la conclusión defendida se ve refrendada por la regulación ex. art. 64 LOI de que en el ámbito de la AGE de que la negociación debe producirse en las mesas conjuntas parece más clara, pues el artículo 64 LOI alude a un único Plan de Igualdad que, por lo tanto, será aplicable a ambos colectivos y debe ser objeto de negociación conjunta con ambos, sin perjuicio, por supuesto de que una posible articulación comercial remitiese ciertos temas a las mesas de negociación separadas, de personal laboral y de personal funcionario, para que en ellas se negociasen esos concretos temas por separado, como también, en su caso, podrían hacerse remisiones a las posibles mesas sectoriales que existiesen.

6.- ¿QUÉ ETAPAS HAY EN LA ELABORACIÓN DE UN PLAN DE IGUALDAD?

Sea cual sea el motivo que determine la existencia de un Plan de Igualdad, y con independencia asimismo de quien los negocie, lo cierto es que aquellas medidas que se adopten con esta denominación deben poder identificarse como tal Plan de Igualdad. Y para que sea así, no solamente es necesario que se cumpla con todo cuanto aquí hemos expuesto anteriormente como requisitos identificadores de todo Plan de Igualdad, sino que además, hay que tener en cuenta que, precisamente, en cumplimiento de uno de esos requisitos, el de su adecuabilidad a la realidad de cada Administración, la elaboración de todo Plan de Igualdad exige tener en cuenta una serie de fases o pasos a seguir.

En este sentido, a falta de reglas diferenciadas en el ámbito de las Corporaciones Locales, puede estarse a las reglas de aplicación en el ámbito privado y a las escasas previsiones específicas que para el ámbito de la AGE hace la LOI.

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

Aunque no exactamente con las mismas palabras, la idea se ratifica en el art. 64 LOI, para el Plan de Igualdad que se adopte por la AGE y los organismos públicos que dependan de ella, aunque con la peculiaridad de hacer recaer sobre el Consejo de Ministros la evaluación del cumplimiento del Plan de Igualdad, el control y seguimiento, lo que, como razonaremos, no excluye que existan otros órganos de seguimiento pactados en el propio Plan.

Con lo anterior, distingamos, pues, 1º) entre el momento previo a la adopción del Plan de Igualdad: el del diagnóstico de la situación; 2º) y el momento de su concreta previsión o su diseño en concreto, en el que se distinguirán esos tres momentos: a) de fijación de objetivos; b) estrategias y prácticas; c) procedimientos de seguimiento¹⁴.

1º) El momento previo: el diagnóstico de situación

Al respecto de esta actividad previa y determinante a la concreción de las medidas que conformaran en concreto un Plan de Igualdad específico, es importante tener en cuenta que pese a que el art. 64 LOI no hace referencia al diagnóstico de situación para la AGE, la obligatoriedad del diagnóstico de situación como paso previo de todo Plan de Igualdad en las Corporaciones Locales parece estar clara según se deduce de los arts. 45 y 46 LOI y debe aplicarse analógicamente, puesto que esos preceptos delimitan que la negociación del Plan de Igualdad exigirá que, de forma previa a su diseño, se realice una evaluación del estado real de la cuestión para, con posterioridad,

¹⁴ Cfr. FABREGAT MONFORT, G., *Los Planes de Igualdad como obligación empresarial*. Bomarzo. Albacete, 2007. Págs. 39 y ss.

concretar como se va a garantizar en el ámbito de aplicación del convenio, que el sexo de las trabajadoras no sea perjudicialmente determinante en su relación laboral.

Así, por lo tanto, lo primero: diagnóstico de la situación.

De hecho, en lo que afecta a la elaboración y diseño del Plan de Igualdad, en lo que tiene que ver con la concreción de las medidas en aras de erradicar la discriminación, las peculiaridades en la manifestación de esa igualdad son importantes. No es lo mismo que la discriminación, por ejemplo, se traduzca en una inexistencia total de mujeres en la Plantilla, como que lo haga con una existencia “segmentada” de esas mujeres en ámbitos de actividad concretos (por ejemplo: sólo en tareas administrativas); o que la contratación de éstas se realice en condiciones más precarias que la de los hombres (por ejemplo sólo en los grupos y niveles inferiores, etc.)

Establecida cual es la concreta situación de la mujer en el ámbito en concreto en el que nos encontremos, es decir, realizado el diagnóstico de la situación como una evaluación de la realidad, se diseñara el Plan de Igualdad que deberá ajustarse a la realidad mostrada en ese diagnóstico o examen de la realidad.

Ahora bien, cuando se realiza el diagnóstico de la situación hay que tener claro que el concepto de discriminación que hay que evaluar y manejar es, en esencia, un concepto complejo, en el que se tendrán en cuenta las discriminaciones directas, las discriminaciones indirectas y la posible pervivencia de la discriminación social.

Por **discriminación directa** hay que entender aquellos tratamientos diferenciadores y perjudiciales hacia un colectivo o adoptados hacia una persona por el simple hecho de su pertenencia a un determinado colectivo.

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

La delimitación de ambos tipos de discriminación es importantísima en la práctica, y en el momento de analizar la realidad existente y apreciar si concurre o no la conducta discriminatoria, hay que tener en cuenta las diferencias entre una y otra manifestación de discriminación.

De hecho, como conclusión de todo lo anterior, debe retenerse que estos conceptos de discriminación directa, indirecta, y social deben manejarse con soltura a la hora de realizar el diagnóstico de la realidad. De los resultados del diagnóstico depende que el Plan se fije unos objetivos y estrategias u otros distintos.

Por poner un ejemplo: entender que la segregación vertical existente en una empresa –pública o privada-, es decir, el hecho de que no existan mujeres entre los altos cargos, no es constitutivo de discriminación por desconocer el concepto de discriminación social y únicamente considerar la discriminación desde la perspectiva de la discriminación directa, indirecta o incluso desde ambas perspectivas, puede tener como efecto perjudicial más inmediato que el Plan de Igualdad no articule medidas para acabar con el hecho de que sólo los hombres alcanzan los puestos más elevados del escalafón empresarial.

Y los mismos efectos perjudiciales pueden generarse en cualquier otro supuesto similar.

En este sentido, las medidas que la LOI introduce en el ámbito de la AGE dan pistas sobre aspectos en los que pueden existir discriminaciones indirectas o sobre como detectar posibles discriminaciones sociales que están impactando en el ámbito del empleo en las Administraciones.

Por ejemplo, en los procesos de selección, pese a su aparente objetividad pueden estar utilizándose criterios que conduzcan a discriminaciones indirectas o que perpetúen discriminaciones sociales; por poner ejemplos, la propia composición de los órganos de selección, tradicionalmente masculinizada, aunque ahora la LOI y el EBEP intentan acabar con esta situación, puede haber estado motivando que ciertos criterios o que las entrevistas se hayan estado valorando en forma sexista.

Puede ser, también, que deba estudiarse quien utiliza las medidas de conciliación de la vida familiar y laboral, pues si el predominio en su uso aparece como claramente feminizado, sin duda habrá que adoptar medidas que estimulen un cambio de los roles sociales consolidados por muchos años de tradición, etc.

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

2º) El diseño del Plan de Igualdad: determinación de los objetivos, de las prácticas y del seguimiento

Pero, como decía, tras la evaluación de la realidad, y en atención a los concretos resultados que ésta arroje, deberá diseñarse el Plan de Igualdad. En el mismo debe poder distinguirse, según el art. 46.1. -segundo párrafo- LOI:

1º) los objetivos a alcanzar en aras de garantizar que la igualdad sea real.

2º) las estrategias y medidas necesarias para lograr los objetivos que se hayan podido señalar, lo que la LOI denomina “estrategias y prácticas a adoptar”.

3º) y un sistema eficaz de seguimiento y evaluación de los objetivos a conseguir, así como de la viabilidad de los mecanismos adoptados para cumplir con esos objetivos.

Veámoslo con un poco más de detalle

1º) los objetivos a alcanzar en aras de garantizar que la igualdad sea real:

Lo primero que debe concretarse en atención a los resultados que demuestre el diagnóstico de la realidad son los objetivos que deben trazarse en aras de garantizar la verdadera igualdad de oportunidades o una igualdad de trato real y material.

Los objetivos determinan los “deberes” que han de llevarse a cabo, en un concreto ámbito de actuación, para que la igualdad sea efectiva. Los objetivos determinarán qué es lo que debe cambiarse de la realidad, y en qué sentido, para erradicar la discriminación y garantizar la ansiada igualdad real, por ello dependen tanto de los resultados reflejados en el diagnóstico de situación

Lo importante de la fijación de los objetivos es, por tanto, que resulte lo más ajustada posible a la discriminación a erradicar según ésta se muestre en el diagnóstico de situación, para poder alcanzar así la igualdad real.

2º) Las estrategias y medidas a adoptar:

Las estrategias y medidas a adoptar en el Plan de Igualdad, por su parte, no son otra cosa que el conjunto de prácticas que deben contemplarse en el propio Plan de Igualdad en aras de lograr los objetivos establecidos y lograr en ese sentido la igualdad de trato y de oportunidades desde una perspectiva material y no sólo formal.

Deben ser, pues, necesarias y adecuadas a los objetivos a alcanzar, que, a su vez, y como he dicho, deberán ajustarse a los resultados arrojados en el diagnóstico de situación.

Pues bien, teniendo en cuenta que el contenido de estas medidas se aborda en el apartado siguiente, en el sentido de estudiar las condiciones o materias relacionadas con el trabajo que pueden conformar el Plan de Igualdad, me interesa aquí incidir en una cuestión siempre polémica desde el punto de vista social: la posibilidad de que el Plan de Igualdad incluya medidas de acción positiva como estrategia o práctica a adoptar.

La posibilidad existe.

Además la LOI parece permitirlo claramente¹⁵.

En efecto, no sólo se admiten en general en el art. 11 LOI, asumiendo que pueden ser establecidas tanto por los poderes públicos, como por las personas físicas y jurídicas privadas, sino que incluso en materia de empleo público se establece alguna medida en la LOI que se califica directamente de acción positiva, como por ejemplo las relativas a la formación contempladas en el artículo 60 LOI.

Pero además es claro que la negociación colectiva es vía idónea para establecer estas medidas y que, por lo tanto, pueden aparecer en los Planes de igualdad. De hecho, en el art. 43 LOI y en relación con el ámbito laboral, bajo el título de “promoción de la igualdad en la negociación colectiva” se nos dice que: “de acuerdo con lo establecido legalmente, mediante la negociación colectiva se podrán establecer medidas de acción positiva para favorecer el acceso de las mujeres al empleo y la aplicación efectiva del principio de igualdad de trato y no discriminación en las condiciones de trabajo entre mujeres y hombres”.

Pues bien, esa remisión a lo que legalmente se establezca, parece referirse a la definición contenida en el art. 11 citado y a los Planes de igualdad que la propia Ley regula en los preceptos que le siguen a este art. 43 LOI. Máxime ante la concurrencia de dos hechos: 1º) que el Plan de Igualdad en la fase referida a las estrategias debe contener todo lo legalmente necesario para alcanzar los objetivos definidos y que la igualdad sea real; y 2º) porque teniendo en cuenta que el Plan de Igualdad es de contornos más amplios y genéricos que las acciones positivas, me parece que éstas bien pueden ser parte de aquél, siempre y cuando se den todos los requisitos a los que el T.C. de forma directa o indirecta ha condicionado la legalidad de estas medidas de acción positiva y que básicamente supone tener en cuenta lo siguiente a la hora de concretarlas:

1º) que deben tener por finalidad la erradicación de la discriminación desde una perspectiva grupal: es decir, ir dirigidas a eliminar la discriminación que en un momento puntual sufre un colectivo y no una persona en concreto.

2º) que deben respetar el criterio de la adecuabilidad e idoneidad: es decir, deben ajustarse al fin a alcanzar y en ese sentido ser adecuadas e idóneas en aras de lograrlo.

3º) que no podrán contradecir los principios de mérito y capacidad de acceso a la función pública ex. art. 23 C.E.

4º) que deben responder a un fin promocional

5º) que deben tener un carácter temporal

¹⁵ La posibilidad jurídica ya existía de forma previa a la entrada en vigor de la LOI, aunque su negociación no era habitual. Aún así, sin Plan de Igualdad sí contemplaron medidas de acción positiva, entre otros y por poner un ejemplo, los responsables del GRUPO REPSOL YPF al suscribir con los sindicatos CCOO y UGT, el Acuerdo para el Plan de Igualdad en el Grupo REPSOL YPF, con fecha de 17 de julio del 2005.

6º) que deben ser razonables y proporcionales, esto es, tener por objeto única y exclusivamente la erradicación de la discriminación (y la obtención de la igualdad sustancial) de un colectivo que haya sido objeto de discriminación social. Y adoptarse cuantitativa y cualitativamente hablando de forma ajustada a ese fin, a la obtención de la igualdad sustancial en un concreto ámbito de actividad que, por lo general, será el de la empresa, aunque puede ser parte de ésta.

Lo importante es que la realidad demuestre una discriminación y que las medidas de acción positiva se adopten en aras de erradicarla y en un número y en una manifestación (cuotas o metas) proporcional al fin a alcanzar.

Cuando concurra lo anterior, las acciones positivas cumplirán con los requisitos del T.C. y de la LOI y podrán formar parte de las estrategias y medidas del Plan de Igualdad. Aunque para ello será necesario además que así lo justifique la realidad que muestra el diagnóstico de su concreto ámbito de aplicación y que se ajusten, en cualquier caso y en número y materia, a los concretos objetivos a alcanzar que fije el específico Plan de Igualdad que las contemple.

En conclusión de todo ello, por tanto, podemos resaltar que con independencia de que las medidas de acción positiva se incluyan o no en el Plan de Igualdad, lo que sí es claro es que de forma coherente con el resultado del diagnóstico de la situación, en el Plan de Igualdad se fijarán unos objetivos. Objetivos, que podrían quedar en nada si su previsión en el Plan no va acompañada de la regulación de las medidas necesarias para que devengan eficaces. Ésta, la de las estrategias, será la segunda fase del Plan de Igualdad, en la que, según el art. 46.2. LOI, y tal y como se estudia en el apartado siguiente referido al contenido, se podrán adoptar medidas referidas a todas las materias relativas a las condiciones de trabajo en sentido amplio.

Es decir, que con independencia de las concretas materias a abordar, por lo que claramente respecta a las estrategias, el Plan tiene que ser, en ese aspecto, contundente, razonable y proporcional a los objetivos que él mismo se ha señalado para lograr alcanzar la igualdad real, en atención al diagnóstico de situación previamente realizado.

3º) Los sistemas de seguimiento y evaluación de los objetivos fijados en el Plan de Igualdad:

Por lo demás, fijadas las estrategias para asegurar la efectividad del Plan una vez ha sido diseñado, el art. 46 de la LOI se refiere al establecimiento de “sistemas eficaces de seguimiento y evaluación de los objetivos fijados” por parte del propio Plan de Igualdad. Sistemas, éstos, cuya previsión puede tener íntima conexión con el art. 47 de la LOI que, bajo la rúbrica de “la transparencia en la implantación del Plan de Igualdad”, contempla el acceso de la representación legal de los trabajadores o, en su defecto, de los propios trabajadores, a la información sobre el contenido de los Planes de igualdad y la consecución de sus objetivos, advirtiéndose que lo establecido en el párrafo anterior se entenderá “sin perjuicio del seguimiento de la evolución de los acuerdos sobre los Planes de igualdad por parte de las comisiones paritarias de los convenios a las que éstos atribuyan estas competencias”. Referencias, éstas, que por lo que afecta a las entidades públicas, pueden tomar como ejemplo lo previsto en el art. 64 LOI *in fine* en el sentido de responsabilizar asimismo al Consejo de Ministros de la evaluación del seguimiento del Plan de Igualdad cuando éste se aplique a la AGE o a los organismos públicos dependientes de ella.

En cualquier caso, y en términos generales, al establecer estos sistemas de vigilancia del Plan de Igualdad, parece que la LOI trata de asegurar que el Plan de Igualdad no va a ser ignorado una vez acordado y desde esa perspectiva obliga a realizar un seguimiento y una evaluación de su cumplimiento.

Concretando un poco más cómo puede articularse el control y seguimiento en un Plan de Igualdad en las Corporaciones Locales, en general, la obligación de ese control recae sobre los órganos

específicos que el propio Plan establezca, de conformidad con el art. 46 LOI. En este sentido pueden crearse órganos específicos, o se puede atribuir al respecto competencias a diferentes órganos: representantes unitarios, secciones sindicales, comisión paritaria del convenio, pacto o acuerdo, etc.

En cualquier caso, además, los representantes de los empleados públicos en iguales términos que en la empresa privada tienen competencias de seguimiento de todo lo relativo a la igualdad.

Así, habrá que tener en cuenta que de la regulación del 47 LOI se desprenden a su vez dos posibilidades:

1.1) En efecto, el art. 47 LOI exige que el empresario informe a la representación legal de los trabajadores o, en su defecto, a los/as trabajadores/as del contenido del Plan de Igualdad.

En el caso de la representación legal de los/as trabajadores/as, el deber de informar del art. 47 LOI, se concreta por la D.A. 11ª, apartado quince, LOI añadiendo un nuevo párrafo 2 al apartado 1.1. del art. 64 E.T., en el sentido de reconocer que tendrán derecho a recibir información, al menos anualmente, relativa a la aplicación en la empresa del derecho de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, entre la que se incluirán datos sobre la proporción de mujeres y hombres en los diferentes niveles profesionales, así como, en su caso, sobre las medidas que se hubieran adoptado para fomentar la igualdad entre mujeres y hombres en la empresa y, de haberse establecido un Plan de Igualdad, sobre la aplicación del mismo.”

También cabe hablar del deber de vigilancia que, aunque no está expresamente referido a los Planes de igualdad, es exigible a los representantes de los/as trabajadores/as ex. art. 64.1.9.c.) E.T. (según redacción D.A. 11ª, apartado dieciséis, LOI) en todo lo referido a “la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres”, y por tanto, incluyendo al Plan de Igualdad en caso de haberlo.

Estas disposiciones regirán plenamente en relación con el personal laboral al servicio de las Corporaciones Locales.

En relación con el personal funcionario, las competencias de los órganos de representación unitarios electivos, se regulan de forma mucho más escueta en el EBEP, en atención a su carácter de norma básica y al respecto de las posibilidades de negociación y de la competencia reguladora de otras Administraciones, pero, en todo caso, podría llegarse a conclusiones similares a las expuestas, en cuanto también les compete la labor de vigilancia sobre el cumplimiento de la normativa vigente en materia de condiciones de trabajo (art. 40.1.e) EBEP) y, por ello, también en materia de igualdad efectiva entre mujeres y hombres.

En todo caso, insisto, las competencias de estos representantes serían adicionales a las competencias de los “sistemas eficaces de seguimiento y evaluación de los objetivos fijados”, de los que habla el art. 46 LOI.

De hecho, creo que pueden distinguirse los siguientes supuestos:

1ª) Que el Plan de Igualdad articule un sistema de seguimiento propio, en cuyo caso, las opciones son varias:

a) Puede pactarse un sistema de seguimiento independiente y distinto a la comisión paritaria del convenio, pese a la referencia prevista a favor de ésta en el art. 47 LOI. En caso de querer articularse un sistema independiente del resto, éste bien podría adoptar alguna de las siguientes formas:

1ª) de una comisión (de composición paritaria) con competencias exclusivas en materia de igualdad;

2ª) o, designar delegados con competencias exclusivas en materia de igualdad, o similares.

3ª) incrementar las competencias de los delegados de personal o del comité de empresa y junta de personal o de las secciones sindicales.

Lo importante del sistema de evaluación, en cualquier caso, más que la forma adoptada es que resulte eficaz para el fin que tiene según art. 46 LOI encomendado: el seguimiento del Plan de Igualdad.

b) Esta finalidad, también puede llevarse a cabo diseñando que el sistema de seguimiento se haga descansar sobre la comisión paritaria del convenio, incrementando sus competencias tal y como permite el art. 85.3.e E.T., y parece deducirse de lo previsto en el art. 47 LOI, en su segundo párrafo, o, en el mismo sentido, las comisiones paritarias de los pactos y acuerdos en la función pública, previstas en el art. 38.5 EBEP.

c) También puede articularse, como tercera opción, un sistema intermedio entre los anteriores. Que, por ejemplo, exista en el día a día un delegado de igualdad y que trimestral, semestral o anualmente, o en cualquier otro momento que se pueda estipular, este delegado deba dar cuenta de sus funciones a la comisión paritaria o a un órgano específico en el sentido de informar sobre el “estado” del Plan de Igualdad, su efectivo seguimiento o no, etc.

Las posibilidades, desde luego, son varias y distintas. Incluso es lógico que así sea, que se deje abierta la posibilidad a las partes de acordar su propio sistema de control y seguimiento, entre otras cosas, porque además este sistema deberá adecuarse a las características propias que concurren en la adopción de todo Plan de Igualdad.

En cualquier caso, lo importante en cada una de las posibilidades apuntadas es que el sistema resulte eficaz para garantizar el seguimiento y la evaluación de lo acordado. De ser así, se estará a lo negociado, sea cual sea la forma que hayan elegido los negociadores para que la evaluación del Plan que ellos diseñan sea eficaz.

Pues bien, las opciones expuestas hasta el momento suponen, todas y cada una de ellas, que el sistema de evaluación está garantizado, y que será independiente y compatible con la obligación impuesta al empleador de informar anualmente a la representación legal de los/as trabajadores/as a que se refiere el art. 47 LOI y que se traduce por la D.A. 11ª, apartado quince, LOI, en un nuevo párrafo 2 al apartado 1.1. del 64 E.T.

1.2) Ahora bien, también puede suceder que el Plan de Igualdad no contemple un sistema de evaluación propio o independiente. Si no que, por el contrario, pretenda que sean los representantes legales de los/as trabajadores/as o en su defecto los/as propios/as trabajadores/as los/as que ostenten competencias a este respecto y en los términos previstos en el art. 47 LOI que hay que interpretar según el deber de comunicación más genérico del 64.1.1. E.T. y sin olvidar la vigilancia que se les exige según art. 64.1.9.c.) E.T. (ambos en redacción ex. D.A. 11ª, apartado quince y dieciséis, respectivamente, LOI)

Esta opción puede ejercerse, además, de forma expresa o de forma tácita.

a) de forma expresa: remitiéndose en el propio Plan de Igualdad a los preceptos apuntados o reiterando, cual formula de estilo, su texto, es decir, que los representantes legales o, en su defecto, trabajadores/as tendrán derecho a ser informados sobre el contenido de los Planes de igualdad o sobre sus objetivos. Y que además deberán ejercer funciones de vigilancia, sin más.

b) de forma tácita, es decir, sin mencionar nada expresamente. En ese caso y teniendo en cuenta que el art. 47 LOI tiene como precepto legal sustantividad propia que se traduce en la obligación de informar, al menos anualmente a los representantes legales, aunque en el convenio no se

hubiera pactado nada expresamente, éstos mantendrían su derecho de información pasiva al respecto del contenido de los Planes de igualdad y de la consecución de sus objetivos.

En el ámbito funcional habría que deducir esas competencias de la genérica que atribuye a los delegados y juntas de personal el artículo 40.1.e) EBEP.

Pero estos derechos de información pasiva presentan unos perfiles más genéricos y difusos que el sistema de seguimiento del Plan al que se refiere el art. 46 LOI. La cuestión que ante ello se suscita es si en estos dos casos puede darse por cumplida la obligación de articular un Plan de seguimiento.

La respuesta debe ser clara y taxativamente negativa. En este último caso desde luego, aunque también por lo que se refiere al primer supuesto apuntando. Un Plan de Igualdad que no contemple el seguimiento no puede ser entendido como tal Plan de Igualdad y, por tanto, que debe reputarse nulo, con el incumplimiento que ello puede conllevar respecto a los que tenían la obligación de negociarlo tal y como dice la Ley y no lo han hecho, cuestión esta última a la que más adelante me referiré.

Y la misma conclusión debe ser aplicable al primer caso expuesto. De hecho, en el caso de que la remisión a los representantes sea expresa, si únicamente se trata de una remisión a las competencias del art. 47 LOI sin concretar nada más, no puede ser suficiente, pues en realidad estos representantes legales no están siendo destinatarios de unas competencias o derechos que no tengan ya en la Ley.

Por tanto, en los casos en que así se haga, en los casos en los que el sistema de evaluación y seguimiento del Plan de Igualdad sólo suponga una remisión a las competencias que en materia de igualdad tienen reconocidas los representantes unitarios de los/as trabajadores/as, igual que ocurría en el supuesto anterior –en el que nada se decía-, cabe entender que no se dará por cumplido cuanto exige el art. 46 LOI en torno a los sistemas de seguimiento, puesto que éstos no serían en este supuesto eficaces, o al menos “suficientemente” eficaces.

Como conclusión de cuanto se ha expuesto hasta aquí, debe retenerse como idea fundamental que todo Plan de Igualdad debe contener tres cuestiones diferenciadas: 1ª) la de los objetivos a alcanzar; 2ª) la de las estrategias o premisas que deben seguirse de forma necesaria en aras de alcanzar esos objetivos; 3ª) la de los sistemas de evaluación y seguimiento de esos fines y medidas definidos en el Plan, en los términos expuestos.

Todas y cada una de estas tres fases debe ser susceptible de ser diferenciada como parte del Plan de Igualdad, además de ser razonables y adecuadas a la realidad que refleje el diagnóstico de situación.

7.- EL CONTENIDO DEL PLAN DE IGUALDAD: LAS MATERIAS A TRATAR

En cuanto al contenido del Plan de Igualdad, debe decirse que es una materia que el EBEP no regula en los Planes de igualdad en el sector público.

Analógicamente, como se ha dicho en otros apartados, puede tenerse en cuenta lo dispuesto para el sector privado y para el Plan de Igualdad de la AGE en la LOI, pero debe tenerse en cuenta que precisamente el EBEP remite el contenido de este Plan a lo que pueda negociarse en el instrumento negocial correspondiente, y que, además, las reglas sobre el contenido del Plan de la AGE son bien escasas por no decir que inexistentes.

En cualquier caso, parece innegable, tal como se ha ido diciendo, que el Plan debe partir de un previo diagnóstico de la situación que identifique los problemas en orden a la efectiva igualdad; a partir de ahí, el Plan deberá establecer los objetivos y adoptar las medidas necesarias para

solventar los problemas detectados y alcanzar los objetivos establecidos, medidas que deberán, sin duda, negociarse, pero que, si no se establecen, harán que el Plan de Igualdad no sea reconocible como tal.

Lo que sí puede hacer el Plan es secuenciar temporalmente las medidas a adoptar, fijando prioridades, plazos de actuación, etapas de aplicación, etc., sin duda ello es razonable y admisible, correspondiendo a los negociadores del Plan decidir la secuencia temporal de aplicación del mismo.

Por otro lado, en la Corporación Local es esencial que el Plan identifique quien ha de adoptar las medidas pactadas. No cabe ignorar al respecto que en estos entes pueden existir múltiples centros de decisión y que la falta de claridad sobre el órgano responsable de adoptar una determinada medida puede privarle de eficacia. Es significativo al respecto que la LOI cree en el ámbito de la AGE la Comisión Interministerial y en cada departamento ministerial las Unidades de Igualdad. Es la mejor prueba de que se es consciente del problema que plantea la falta de un órgano claro que asuma la implantación de las medidas que procedan, aunque esas estructuras no están pensadas para los Planes de igualdad, sino, en general, para toda la política sobre igualdad gubernamental y ministerial. Lo que ocurre es que, lo mismo que se evidencia a nivel general, se plantea también en relación con los Planes de igualdad. Si faltan órganos gestores con competencias precisas, las medidas no se adoptarán.

También parece que, necesariamente y como se ha expuesto, el Plan deberá establecer algún mecanismo de control y seguimiento de su evolución, pues deberá comprobarse si efectivamente se están consiguiendo los objetivos que se plantearon al adoptar cada medida en concreto.

Finalmente parece claro que el Plan es necesariamente temporal y deberá ser objeto de ajuste o renegociación a la vista de la evolución que se vaya produciendo. Así se establece claramente en la AGE, Plan por legislatura y revisiones al menos anuales, y así debe ser en las demás Administraciones, en las que la duración del Plan y, en su caso, los momentos o períodos en los que debe analizarse su aplicación y revisarse, deberán ser objeto, también de la negociación que al respecto del Plan se produzca. Corresponde, pues, a los negociadores pactar, determinar, en general y a salvo del Plan general de la AGE, el ámbito temporal del Plan de Igualdad.

En cuanto a las medidas concretas que puede contener el Plan debe señalarse que, lógicamente, la pretensión de todo Plan de Igualdad debe ser adoptar una serie de medidas con el fin de contribuir a erradicar la discriminación y lograr la igualdad de trato o de oportunidades entre mujeres y hombres, y todo ello en un ámbito de actuación concreto, lo más cercano posible al centro de trabajo, para que las medidas pueden ser, igualmente, próximas a la realidad y concretas.

En la medida que las condiciones concretas que deben figurar en el Plan de Igualdad dependerán, pues, del diagnóstico concreto y serán diferentes en cada Administración, no puede establecerse un listado cerrado de las mismas. No cabe establecer una serie de materias que necesariamente deberán figurar en un Plan de Igualdad más allá de las expuestas.

En el ámbito privado ocurre exactamente lo mismo y, por eso, la LOI consciente de esa realidad, cuando en el art. 46.2. se refiere a las materias que pueden abordarse en el Plan de Igualdad, lo hace señalando que esas materias se determinarán con el fin de lograr “la consecución de los objetivos fijados” y que, en ese sentido, podrán contemplar “entre otras”, las materias de “acceso al empleo, clasificación profesional, promoción y formación, retribuciones, ordenación del tiempo de trabajo para favorecer, en términos de igualdad entre mujeres y hombres, la conciliación laboral, personal y familiar, y prevención del acoso sexual y del acoso por razón de sexo”.

Estamos, pues, ante un listado indicativo, orientativo, pedagógico si se quiere.

Puede ocurrir que en un Plan basta con que figuren las materias indicadas. Puede ser necesario que, además, figuren otras. Puede bastar con que figuren sólo algunas de las materias que indicativamente señala la LOI, o finalmente puede ser que estén algunas de ellas, pero no todas, y además otras no citadas expresamente en la LOI.

En todo caso, lo normal, es que todas las materias que se citan expresamente en la norma legal deban aparecer en un Plan de Igualdad. Sólo podrán no aparecer si el diagnóstico de la situación detecta que en esas específicas materias no hay problemas que deban abordarse.

En definitiva hay que interpretar sistemáticamente el listado indicativo de materias que contiene el art. 46 LOI con la previsión que existe en el mismo artículo en el sentido de que las materias de que tratará el Plan de Igualdad, se decidirán en atención a “los objetivos fijados”.

En todo caso, la lista de la norma sirve, claramente, para fijar aspectos que necesariamente deberán contemplarse, eso sí, en el diagnóstico de la situación.

Pese a la libertad negocial, restringida en todo caso por el diagnóstico previo de la situación, que existe a la hora de determinar las materias que se abordan en el Plan de Igualdad y la forma en que estas se abordan, esto es, libertad para determinar sobre que aspectos se va a negociar y para fijar, después, las cláusulas concretas que contendrán las específicas medidas a aplicar, me parece importante señalar algunas de las muchas posibles prácticas negociales que podrían seguirse en la concreción del Plan de Igualdad y en lo referente a las materias que cita la Ley.

En ese sentido, señalaré posibles prácticas a seguir en los Planes de igualdad, distinguiendo tal y como hace la LOI entre: 1º) acceso al empleo; 2º) clasificación profesional; 3º) promoción y formación; 4º) retribuciones; 5º) ordenación del tiempo de trabajo para favorecer, en términos de igualdad entre mujeres y hombres, la conciliación laboral, personal y familiar; y 6º) prevención del acoso sexual y del acoso por razón de sexo.

Todo ello, insisto, sin perjuicio de la existencia de “otras” materias que pueden -y en ocasiones deben- ser objeto de tratamiento en el Plan de Igualdad aunque la LOI no las cite en ese listado que contiene expresamente el art. 46.2.

Veamos, lo más relevante de cada una de las que sí cita:

1º) En relación con el acceso al empleo

Para empezar, al tratar la materia del acceso al empleo hay que hacer una precisión: si bien hasta ahora hemos defendido que puedan existir Planes de igualdad sin abordar todas y cada una de las cuestiones que menciona la Ley, como entiendo que debe ser, creo que de la anterior afirmación hay que exceptuar la materia del acceso al empleo, que deberá ser objeto de tratamiento en casi todos los Planes de igualdad si de verdad quieren ser efectivos.

De hecho, la discriminación que se produce en el momento de acceder a un empleo es la más difícil tanto de detectar como de erradicar, tal y como pone de relieve la segregación horizontal y vertical –así como el techo de cristal- que resultan apreciables en nuestro mercado de trabajo.

Cómo resultaría realmente extraño la inexistencia de discriminación en este sentido, siquiera por las prácticas sociales, el acceso al empleo deberá ser siempre materia a abordar por el Plan de Igualdad.

Si no se hace así, puede darse, como efecto más claro, que lo negociado en el Plan no tenga ninguna eficacia práctica, sobre todo porque puede que no existan mujeres en plantilla, o estén residualmente ubicadas en ciertos puestos o en ciertas condiciones laborales, y que no se haga nada para solucionar esa situación.

De hecho, pactar un Plan de Igualdad que centre el problema de la discriminación en el desarrollo de la relación laboral, obviando el acceso, en bastantes casos, no es mucho más que acordar una declaración de principios sin eficacia real, y si algo es claro, es que el Plan de Igualdad debe ser todo lo contrario de una mera declaración formal de la igualdad, pues debe suponer la plasmación específica del conjunto de medidas que se requieren para garantizar la igualdad real ante unas circunstancias concretas. Así, al menos, parece entenderlo la propia LOI, según la definición que he expuesto anteriormente.

Pues bien, presumiendo que se va a abordar el acceso a un empleo, hay que tener en cuenta que este momento pre-contractual, en un sentido amplio del término, se desglosa, a su vez, en tres momentos: 1º) el de las ofertas públicas de empleo; 2º) el del proceso de selección; 3º) el del propio acto de contratación. Todo ello teniendo en cuenta que en los Entes públicos el acceso no es libre como en la empresa privada, sino que está reglado y condicionado a los principios de igualdad, mérito y capacidad.

En cualquier caso, y pese a ello, la segregación del mercado de trabajo a la que me he referido también se da en el empleo público.

En ese sentido, el Plan deberá contener, entre otras, medidas como las que siguen¹⁶:

1º) En relación con las ofertas públicas de empleo, y teniendo en cuenta que de lo que se trata al adoptar un Plan de Igualdad, es de garantizar la igualdad real, sería interesante que las ofertas de empleo no quedasen al margen de ningún Plan de estas características que se pacte, sino que, por el contrario, éstas fuesen uno de sus objetivos prioritarios.

Un Plan que realmente pretende garantizar la igualdad en el acceso al empleo debe cuidar que las ofertas de empleo no resulten “sexistas”, que no respondan a estereotipos de uno u otro género.

Como buenas prácticas negociales en ese sentido, cabe proponer, entre otras, la posibilidad de adoptar cláusulas como las siguientes:

1º) Cláusulas que tratan de garantizar la participación de los/as representantes de los/as trabajadores/as en el diseño de las ofertas de empleo, en los términos que resulten admisibles en el ámbito del empleo público.

2º) Cláusulas que impongan la imperativa emisión de un informe escrito sobre el impacto de género de aquellas ofertas de empleo que se realicen o vayan a realizarse.¹⁷

3º) O cualquier otra cláusula que acuerde la obligatoriedad de pasar por cualquier otro procedimiento similar que garantice que los/as representantes de los/as trabajadores/as conocen las ofertas de empleo existentes y que se ha valorado que éstas son adecuadas a la igualdad de oportunidades real entre mujeres y hombres.

2º) Al respecto del proceso de selección, el Plan de Igualdad que se negocie debe, sobre todo, garantizar la objetividad en la selección del trabajador que se va a contratar. Y esa objetividad sería importante que supusiera, entre otras cosas: a) una imparcialidad en el propio proceso de selección, en lo referente a las pruebas o criterios determinantes; b) y también esa misma objetividad o imparcialidad en los requisitos exigibles en cada caso para entender superado o no el concreto proceso de selección.

¹⁶ Para un mayor estudio al respecto de las peculiares características del acceso al empleo público y su relación con la necesidad de garantizar la igualdad real entre mujeres y hombres, véase, ALFONSO MELLADO, C.L. en AA.VV., *Los Aspectos Laborales*, cit., 143 y ss.

¹⁷ Al igual que la LOI dispone para la AGE.

a.) por lo que se refiere a lo primero, es decir, a la objetivación del propio proceso de selección, sería importante que se pactase el condicionar la contratación de los/as trabajadores/as a la superación de ciertas pruebas objetivas y poco estereotipadas desde el punto de vista del sexo de los candidatos (exámenes, pruebas de aptitudes, méritos académicos, etc.); o, lo que viene a ser lo mismo, que se negociasen cláusulas en las que se limitase al máximo la realización de pruebas socialmente condicionadas al rol de géneros que persiste en la sociedad tras el asentamiento de la teoría de la domesticidad¹⁸, en este sentido es importante reducir el peso que las entrevistas pueden tener, y garantizar la aplicación de criterios sexistas mediante una composición equilibrada de los órganos de selección, obligatoria en principio en la AGE, como se vio y a la que debe tenderse, incluso más, a la paridad, conforme al EBEP.

b.) establecido ese proceso objetivo o imparcial de selección, también es trascendente cuidar que los criterios que determinen la superación del proceso selectivo en cuestión, y por lo tanto, la conclusión acerca de si el trabajador es o no apto y cual es su valoración en concreto, sean asimismo objetivos. No se debe admitir que sean, precisamente, los requisitos que se han exigido, los causantes de una discriminación directa o indirecta. Es evidente que los criterios determinantes de la valoración de los candidatos no podrán ir claramente dirigidos a un sexo (constituirían una discriminación directa); pero hay que tener en cuenta que tampoco podrán ser criterios que, pese a ser aparentemente neutros, generan, sin embargo, un efecto adverso en un colectivo respecto al otro sin la existencia de una razón objetiva que justifique su adopción (discriminación indirecta). Para justificarlo, esto es, para que el efecto adverso no sea discriminatorio, el motivo por el cual se ha elegido el criterio en cuestión debe descansar sobre la prestación a realizar y no sobre su consideración social, lo que es muy importante a tener en cuenta cuando se eligen como determinantes del proceso de selección criterios tales como la altura, fuerza o resistencia física, o similares, si bien ciertamente esto no es lo usual en el ámbito de las Administraciones Públicas.

3º) Por lo que respecta al propio acto de la contratación, hay que tener en cuenta que éste será en las Corporaciones Locales consecuencia de un previo proceso de selección reglado. En ese sentido, por lo que se refiere a las posibilidades negociales del Plan de Igualdad, las cláusulas que se adopten entiendo que deberán centrarse en garantizar que la persona que se contrata es realmente aquélla a la que le corresponde ser contratada por aplicación del sistema de selección, debiéndose de cuidar mucho que en la efectiva contratación no se produzca discriminación ni en el momento de decidir que efectivamente se contrata al trabajador en cuestión, ni tampoco cuando se fijan las condiciones específicas en las que se le ha contratado.

Lógicamente en el ámbito de la Administración parece evidente que la garantía de que la persona que ha superado las pruebas es la contratada o nombrada es fácil, a la vista del proceso reglado de selección. La vigilancia central estará en las condiciones de empleo de esa persona, para comprobar que no se produce segregación alguna en ellas por razón de sexo.

Hay dos aspectos que podrían completar la negociación en esta materia.

¹⁸ La objetivación en el proceso de selección como materia del Plan de Igualdad sería una medida de tutela a la que habría que añadir por lo que se refiere a este concreto momento del ingreso con lo previsto expresamente en el art. 53 LOI "Órganos de selección y Comisiones de valoración. Todos los tribunales y órganos de selección del personal de la Administración General del Estado y de los organismos públicos vinculados o dependientes de ella responderán al principio de presencia equilibrada de mujeres y hombres, salvo por razones fundadas y objetivas, debidamente motivadas. Asimismo, la representación de la Administración General del Estado y de los organismos públicos vinculados o dependientes de ella en las comisiones de valoración de méritos para la provisión de puestos de trabajo se ajustará al principio de composición equilibrada de ambos sexos".

Por un lado la posibilidad de que se introduzcan medidas de acción positiva a favor de las mujeres cuando su presencia en una Administración esté por debajo del equilibrio o paridad razonable, siempre, evidentemente, que se cumpla cuanto he dicho.

Por otro lado, intentar garantizar la presencia de personas vinculadas a los representantes de los/as trabajadores/as y sindicatos en los procesos de selección. Es claro que el EBEP excluye que estos formen parte de los órganos de selección en representación de las Juntas de Personal, de los sindicatos, etc., pero nada impide que la Administración convocante nombre, por ejemplo, sindicalistas para formar parte de los órganos de selección de entre una lista propuesta por las organizaciones sindicales, siempre que reúnan los requisitos de imparcialidad y profesionalidad exigibles a cualquier componente de los órganos de selección.

El Plan de Igualdad puede ser, también, un buen momento para concretar esta presencia.

En otro orden, resultaría asimismo beneficioso realizar un recordatorio, en el propio Plan, al respecto de que los representantes del personal laboral, tal y como contiene el art. 64.2 E.T., tienen derecho a una copia básica del contrato realizado con cada persona de nueva contratación, lo cual es relevante a efectos de conocer el tipo de contrato y las condiciones concretas en que se ha efectuado.

2º) Clasificación profesional

Por lo que se refiere a esta concreta condición laboral, el Plan debe incidir en la clasificación profesional tanto desde el punto de vista de la clasificación profesional objetiva o sistemas objetivos de clasificación, como también desde el punto de vista de la clasificación profesional subjetiva o acto de clasificación profesional.

Ahora bien, en la Corporación Local, los sistemas objetivos de clasificación, generalmente, presentan pocos problemas, al menos en las Administraciones grandes, en las que los grupos y niveles se definen en términos neutros.

En todo caso hará que vigilar que no existan funciones, tradicionalmente atribuidas a mujeres, con niveles desproporcionados, a la baja, a las funciones que realizan, pero no es lo usual.

Lo que es más frecuente es que las mujeres se concentren en determinadas actividades o, dentro de ellos, en determinadas funciones concretas, muchas veces las de menor nivel.

De hecho, la idea de la segregación vertical y horizontal del mercado de trabajo (y esta última en su doble manifestación de, por una parte, sectores de actividad o funciones claramente sesgadas según el sexo de los empleados/as; y, por otra, la contratación de las mujeres en condiciones menos favorables que la de los hombres) está íntimamente conectada con la existencia de grupos profesionales, categorías o elementos clasificatorios masculinizados frente a la existencia de otros claramente feminizados, lo que puede producirse, incluso por tradición social o por herencia histórica, es decir, por comportamiento social, pese a que jurídicamente la norma no lo prevea así y sea absolutamente neutra, que es lo normal en las Administraciones Públicas.

Este aspecto es el que, sin duda deberá abordar el Plan de Igualdad y, como buenas prácticas negociales en este sentido cabe proponer, entre otras: 1º) La revisión y evaluación del sistema de clasificación, con el fin de replantearse los grupos y niveles por si existiese alguna discriminación directa o indirecta. 2º) Además de lo anterior, y una vez garantizado que los elementos clasificatorios en esencia no son constitutivos de discriminación, ni directa ni indirecta, habría que incidir en las condiciones laborales inherentes a cada grupo o categoría, fundamentalmente deberían preverse mecanismos para analizar y en su caso, replantear, la fijación de ciertos niveles retributivos, por si fuese ahí donde apareciese alguna práctica de segregación por razón de sexo, minusvalorando tareas o funciones desempeñadas mayoritariamente por mujeres. 3º) La

adopción de medidas de acción positiva, cuando se detectase que ciertas tareas, grupos, niveles, etc. están desempeñados generalmente por hombres y que las mujeres no acceden normalmente a ellos. En estos casos habría que abordar prácticas igualatorias a favor del sexo discriminado y las más contundentes son las medidas de acción positiva, en los términos en los que resultan posibles.

3º) La promoción y formación profesional

Las discriminaciones en la promoción y formación profesional del trabajador inciden también en la segregación del trabajo en la empresa, pero en esta ocasión de forma vertical. Es decir, afectan a la delimitación o designación de los/as trabajadores/as que ocupan los puestos más elevados en el escalafón de la empresa. Los puestos de la cúspide empresarial.

Cuando el diagnóstico de la realidad demuestre esa división vertical del empleo, éste, el propio Plan, deberá contener previsiones en relación a la promoción y formación profesionales. En ese sentido, creo que debe incidirse sobre lo siguiente: 1º) reglas de ascensos; 2º) criterios de selección de los destinatarios de la formación

1º) Reglas de ascensos: La relación entre la promoción profesional del trabajador y las reglas de ascensos es obvia.

Es verdad que en la Administración los criterios de promoción están más reglados, pero presentan problemas similares a los del acceso.

En este sentido, como se vio, las buenas prácticas negociales pasarían por el análisis de los criterios que van a regir la promoción, realizando al respecto un impacto de género, por si se detectase que los mismos, pese a ser aparentemente neutros, benefician a un sexo.

Además, limitar pruebas no objetivas, entrevistas y similares; garantizar la composición equilibrada y mejor paritaria de los órganos encargados de resolver las promociones, favorecer la presencia en ellos de sindicalistas en los términos ya expuestos, etc. son medidas que, en los términos en los que legalmente quepan, pueden contribuir a garantizar la igualdad efectiva entre mujeres y hombres en esta materia.

Todo ello puede completarse, también y en su caso, con acciones directas de acción positiva, tanto en la selección, similares a las posibles en materia de empleo, como en otro aspecto clave, la formación.

Al respecto de esto último, por ejemplo, habría que revisar las ofertas formativas, incluso en el aspecto de los horarios, para confirmar que se ajustan a reales posibilidades de participación amplia de las mujeres en ellas.

Como conclusión, así, y ante la conexión que existe entre la segregación vertical del mercado de trabajo y los requisitos determinantes de la promoción y formación profesional del trabajador, a menos que la realidad a la que aplicar el Plan de Igualdad demuestre, previo diagnóstico de situación, que no son necesarias, no creo que el Plan pueda dejar al margen estas cuestiones en los términos expuestos.

4º) Retribuciones

La retribución del trabajador es, según demuestran las estadísticas¹⁹, una de las condiciones laborales en la que más incide la discriminación, lo que en definitiva es causa y consecuencia de lo anterior.

De hecho, la discriminación en esta materia se produce desde dos perspectivas:

1º) de una parte, de forma directa, porque hombres y mujeres no tienen reconocida la misma retribución pese a realizar tareas de “igual valor”, lo que, en el ámbito laboral, supone un claro incumplimiento del art. 28 E.T. que contiene el mandato legal de “idéntica retribución ante trabajos de igual valor”. Normalmente en la Administración estas situaciones no se plantean con tanta crudeza, aunque habrá que garantizar que ciertos complementos retributivos, posibles, no incidan en prácticas de este tipo.

2º) desde una segunda perspectiva, desde la discriminación indirecta, que es la que se genera al aplicar criterios que parecen neutros pero que generan un efecto adverso en las mujeres respecto a los hombres y sin que exista una razón objetiva en base a las funciones que se realizan que justifique su existencia y persistencia. Y eso se da, sobre todo, en los complementos salariales.

El Plan de Igualdad debería incidir en este sentido en dos cuestiones fundamentales: 1º) en la asignación de los niveles retributivos, que deberían ser realmente los mismos en caso de trabajos de igual valor, revisando, como se dijo, si ello no ocurre así en algún caso. 2º) En las prácticas relacionadas con ciertos complementos salariales, para garantizar un uso correcto de las gratificaciones complementarias y partidas similares.

5º) Ordenación del tiempo de trabajo para favorecer, en términos de igualdad entre mujeres y hombres, la conciliación laboral, personal y familiar

La ordenación del tiempo de trabajo para favorecer la conciliación de los distintos aspectos de la vida de las personas, debe ser una de las condiciones laborales en las que más se incide desde la Ley y desde los convenios. No es para nada una condición desconocida.

Y como muestra, la propia LOI contiene un elenco de permisos, licencias y reducciones de jornada, además de causas justificativas de la suspensión del vínculo laboral, entre los apartados tres a once de la D.A. 11ª, que se concretan en reformas de diversas leyes laborales, y en la D.A. 19ª, en lo que se refiere al personal funcionario en medidas que en su mayor partida se recogen hoy en los arts. 48, 49 y 89 EBEP.

Pues bien, sin perjuicio de que lo anterior sea positivo; y sin perjuicio también de lo positivo que pueda ser que el Plan de Igualdad concrete y mejore estas medidas, de lo que además de en la Administración hay ejemplos en el sector privado²⁰, cuando sea necesario según el diagnóstico de situación lograr mayor flexibilidad en la ordenación del tiempo de trabajo, sin perjuicio de todo ello, en relación con esta materia existe un riesgo que no quiero dejar de señalar.

¹⁹ Ver, el Boletín elaborado por el gabinete de estudios del C.E.S. sobre el panorama sociolaboral de la mujer en España.

²⁰ Tal y como hacen el Acuerdo entre el Grupo Santander y las Representaciones Sindicales CC.OO., UGT, FITC, CGT, AMI, ELA, CIG, LAB, a favor de la Igualdad de Oportunidades entre mujeres y hombres, suscrito el 27 de abril del 2005; y el Acuerdo de Conciliación de la Vida Familiar y Laboral suscrito por CC.OO. y Banesto el 7 de junio del 2005.; Referido también a la necesidad de adoptar medidas de acción positiva para erradicar la discriminación, se manifiesta el Cc. Estatal de Despachos, Técnicos Tributarios y Asesores Fiscales –B.O.E. de 29 de julio del 2005- (Disposición Adicional Primera).

El riesgo al que me refiero tiene que ver con un posible efecto boomerang de la norma en caso de que estas medidas sean muy protectoras. De hecho, establecer una ordenación del tiempo de trabajo muy flexible en el sentido de permitir compatibilizar vida laboral, familiar y personal fácilmente, es decir, tareas productivas y reproductivas, puede comportar como primer riesgo que sólo la mujer recurra a ellas, tal y como la práctica demuestra que suele hacerse.

Y cuando sólo la mujer compatibiliza ambos aspectos de la vida, los productivos y los reproductivos o es ella la que recurre fundamentalmente a las medidas conciliadoras, se incide en la percepción social de la mujer como trabajador de “segunda”.

Lo que supone que al final, así, al adoptar medidas conciliadoras demasiado contundentes, sin tener en cuenta la realidad social y sin conseguir que los hombres se impliquen en su uso, se incide en el hecho que precisamente se quiere evitar: la de la asignación de roles por sexo, la de la división de los/as trabajadores/as según sean hombre o mujeres. Y, por tanto, que las normas que se han adoptado para que las mujeres puedan acceder a las funciones productivas en las mismas condiciones que los hombres, las “releguen” a hacerse cargo de las funciones reproductivas. Generándose con la adopción de esas medidas la discriminación que se quería evitar con su elaboración.

Todo ello, por no señalar un segundo efecto boomerang que también puede producirse si se percibe socialmente que la mujer es un trabajador que quiere ejercer “demasiados” derechos, al que hay que reconocerle “demasiadas ventajas” y que, por tanto, no es alguien a quien resulte “cómodo, rentable y seguro” ni contratar, ni invertir promocionándolo o formándolo una vez ha sido contratado, si bien este es un riesgo grande en el sector privado, pero menor en el ámbito del empleo público.

En ese sentido, si bien los Planes de igualdad deben referirse a los permisos, licencias y excedencias que reconoce la LOI y el EBEP, deben hacerlo contemplando como medidas adicionales aquellas que incentiven su disfrute por los hombres más que por las mujeres. Es decir, que erradicar en este caso la discriminación no sólo exige reconocer, mejorar y adoptar las medidas conciliadoras para que las trabajadoras puedan conciliar distintos aspectos de su vida, sino que pasa, necesariamente, por adoptar todas las medidas posibles que bajo la forma de ayudas, subvenciones o bonificaciones, o cualquier otra, garanticen que sean los hombres los que recurran a ellas.

Claro que ello debería haberse hecho desde la Ley, pues es difícil que sin una previsión legal en ese sentido, resulte fácil negociar esas ayudas a favor de los hombres en el Plan de Igualdad. Aún así, no me resisto a resaltar la importancia que podrían tener en el sentido de romper con el rol social que tiene todavía la mujer y avanzar desde esa perspectiva hacia la igualdad real de unos y otras.

6º) Prevención del acoso sexual y del acoso por razón de sexo

Como las conductas de acoso afectan a un mayor número de mujeres que de hombres, se ha entendido desde hace tiempo ya, que las conductas de acoso deben ser consideradas como discriminatorias. Y, en ese sentido, se ha adoptado una nueva catalogación en el acoso, generándose el concepto de acoso por razón de género que es el acoso moral que sufre la mujer simplemente por serlo o por situaciones que tienen que ver con el hecho biológico de serlo tales como embarazo y maternidad y los permisos laborales que estos comportan.

Las pautas a seguir en el Plan de Igualdad son en este aspecto relativamente claras.

Seguramente por ser la del acoso una cuestión de gran dificultad negocial, la LOI contiene una serie de previsiones a ese respecto, que, desde luego, siempre se pueden mejorar en la regulación convencional, pero que, de no hacerlo, ya son vinculantes porque existen en la Ley. Quiere

decirse, así, que en caso que el diagnóstico de la situación no refleje la concurrencia de estas concretas situaciones en la realidad estudiada y, por ello, entre los objetivos de un concreto Plan de Igualdad no se diga nada al respecto del acoso, ni se articulen medidas para evitarlo, lo que ahora diré rige igual, porque la Ley lo regula directamente. Seguramente, la LOI contiene ese art. 48, consciente de que las situaciones de acoso son conductas intolerables y, por ello, las actuaciones frente a ella deben ser inmediatas aunque se manifiesten una sola vez. A ello se refiere la previsión legal, que contempla en este sentido unas medidas frente al acoso que se aplicarán aunque no hayan sido negociadas como parte del Plan de Igualdad.

Lo que la LOI contiene en ese sentido, aunque referido únicamente a la situación de acoso, supone distinguir una triple secuenciación similar a la expuesta en el Plan de Igualdad en el sentido de: fijación de objetivos; medidas de actuación; y procedimiento de seguimiento:

1º) Como fijación de objetivos, lo que se nos dice es que las empresas deberán promover condiciones de trabajo que eviten el acoso sexual y el acoso por razón de sexo y arbitrar procedimientos específicos para la prevención y para dar cauce a las denuncias o reclamaciones que pueden formular quienes hayan sido objeto del mismo (48.1. primer párrafo LOI)

2º) Como adopción de medidas o estrategias, se prevé legalmente el hecho de que “con esa finalidad se podrán establecer medidas que deberán negociarse con los/as representantes de los/as trabajadores/as, tales como la elaboración y la difusión de códigos de buenas prácticas, la realización de campañas informativas o acciones de formación” (48.1. segundo párrafo LOI)

3º) Como sistema de evaluación y seguimiento se establecen las competencias que se reconocen a los/as representantes de los/as trabajadores/as, respecto a los que se dice que “deberán contribuir a prevenir el acoso sexual y el acoso por razón de sexo en el trabajo mediante la sensibilización de los trabajadores y trabajadoras frente al mismo y la información a la dirección de la empresa de las conductas o comportamientos de que tuvieran conocimiento y que pudieran propiciarlos” (48.1. segundo párrafo LOI)

Todo lo anterior rige por imperativo legal. Y como tal se aplica si en el Plan de Igualdad no se hace referencia al acoso por no ser éste uno de sus objetivos.

Aunque estas medidas están previstas en el ámbito laboral conviene recordar su vigencia en las Corporaciones Locales en relación con el personal laboral, por lo que pueden servir de orientación clara de las que se adopten con el personal de naturaleza funcional.

Pero además, en ese ámbito público, la LOI introduce medidas que en principio vinculan a la AGE. Al respecto debe citarse el art. 62 LOI, referido a la necesidad de articular un protocolo de actuación frente al acoso sexual y al acoso por razón de sexo, estableciendo sus contenidos mínimos.

Ahora bien, esa obligación y ese contenido mínimo, no impide que de acuerdo con los resultados arrojados por el diagnóstico de la realidad, en un momento determinado se requiera fijarse en el acoso como objetivo específico a abordar en un concreto Plan de Igualdad²¹. En ese caso, las previsiones legales que he comentado serán constitutivas de un mínimo y podrán ser ampliadas y mejoradas por el Plan de Igualdad, siempre condicionándose a las circunstancias concurrentes y a las características de la realidad en la que se va a aplicar.

Cabe pensar, incluso, que esa obligación de negociar un protocolo está vigente para todas las Administraciones Públicas y no sólo para la AGE, pues el artículo 62 LOI, pese a estar en un capítulo dedicado a la AGE, empieza en ese precepto estableciendo una obligación de las

²¹ Al respecto, ALFONSO MELLADO, C.L. en AA.VV., *Los Aspectos Laborales...*, cit., pág. 159.

Administraciones Públicas en general. Sea o no así, lo cierto es que esta materia debe ser objeto de diagnóstico y en su caso de tratamiento, bien diferenciado en un protocolo específico, bien integrado en el Plan de Igualdad.

8.- ¿QUÉ OCURRE SI, EXISTIENDO LA OBLIGACIÓN, NO SE NEGOCIA UN PLAN DE IGUALDAD?

El incumplimiento de la obligación empresarial de negociar un Plan de Igualdad, puede manifestarse de dos formas distintas: 1º) en caso de que no se negocie medida alguna como Plan de Igualdad; 2º) en caso de que se negocie como Plan de Igualdad una medida que no pueda considerarse como tal, según la definición que hemos dado en páginas precedentes.

Pues bien, cuando sea así, los efectos de la conducta incumplidora en esa doble manifestación serán distintos según el comportamiento incumplidor genere a su vez una conducta discriminatoria frente a los casos en los que no sea así y el incumplimiento de la obligación de negociar un Plan de Igualdad suponga el mero incumplimiento de una obligación empresarial.

Así:

1º) en caso de que la Administración incumpla la obligación legal de elaborar un Plan de Igualdad, pero sin que ese incumplimiento genere una discriminación en concreto, entiendo que la conducta del empleador será reclamable por desobedecer el mandato legal (fijado en la Disposición Adicional Octava EBFP) pero no por incurrir en discriminación.

En este sentido podrán ejercitarse acciones por los representantes unitarios (delegados y juntas de personal) (40.2 EBEP), por las organizaciones sindicales más representativas (19.1.i) de la Ley 29/1998, de 13 de julio reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa (LRJCA), conforme a la redacción de la D. A. 6ª LOI), y en general por todas las legitimadas para negociar el Plan de Igualdad, y por los empleados y empleadas públicas directamente afectados.

Ahora bien, lo anterior ciertamente ocurrirá en pocas ocasiones, pues, por regla general, el incumplimiento de la obligación de negociar un Plan de Igualdad generará o perpetuará situaciones discriminatorias.

2º) De ser así, de generarse una discriminación por incumplimiento del mandato legal de elaborar un Plan de Igualdad, la actuación creo que podrá ser reclamable ante los tribunales.

Si afecta a personal laboral podrá hacerse mediante el procedimiento especial de tutela de libertad sindical y otros derechos fundamentales del trabajador en los términos fijados en los arts. 175-182 LPL.

Si afecta a personal de naturaleza funcionarial la reclamación se hará ante el orden contencioso-administrativo, conforme a la LRJCA, teniendo en cuenta la posible legitimación sindical para reclamar y las reglas de prueba, que de alguna manera invierten la carga de la misma y que se contienen en el actual art. 60-7 LRJCA.

En todo caso en los supuestos de acoso sexual y acoso por razón de sexo, sólo la persona directamente afectada puede plantear reclamaciones al respecto (art. 12.3 LOI y 19.1.i) LRJCA).

En conclusión, por tanto, es incumplimiento a estos efectos tanto no elaborar medida alguna como Plan de Igualdad, como hacerlo incorrectamente.

Cuando ello sea así, en cualquiera de esta doble posibilidad, la conducta del empleador será ilícita por incumplimiento de una de sus obligaciones empresariales. Pero eso incumplimiento sólo será además discriminatorio, y por tanto, impugnabile como tal, en caso de que no llevar a cabo la obligación de negociar un Plan de Igualdad constituya o comporte una discriminación en concreto, lo que no siempre ocurrirá.

9.- ¿QUÉ OCURRE SI SE INCUMPLEN LAS MEDIDAS ESTABLECIDAS EN EL PLAN DE IGUALDAD?

En el caso de que el incumplimiento del empleador se manifieste en un segundo momento, esto es, cuando negociado ya el Plan de Igualdad se incumplen las medidas que lo conforman, la actuación empresarial que así lo haga me parece que será impugnada por discriminatoria.

Creo que ello es así, porque es prácticamente imposible que exista un comportamiento empresarial (tanto por parte del empresario público como privado) que incumpliendo una medida de tutela antidiscriminatoria fijada en el Plan de Igualdad, no esté discriminando.

Teniendo en cuenta que según la definición legal del Plan de Igualdad en los términos expuestos, éste debe ajustarse a la situación de la entidad empleadora y contemplar todo lo necesario para erradicar íntegramente la discriminación existente y evitar que se continúe produciendo en el futuro un comportamiento discriminatorio, no cumplir con lo pactado genera necesariamente una discriminación al omitir una medida que intenta evitar que esa discriminación se produzca. Lo hace, bien produciendo una discriminación en concreto o bien perpetuando la discriminación ya existente, pero en cualquier caso, se trata de un incumplimiento que entraña una discriminación y, desde esa perspectiva, frente al comportamiento de ese empleador podrá reclamarse por vulneración de uno de los más importantes derechos fundamentales: el derecho a la igualdad y a la prohibición de discriminación.

La impugnación que en estos casos se produzca podrá ser reconducible al procedimiento especial de tutela de libertad sindical y otros derechos fundamentales del trabajador en los términos fijados en los arts. 175-182 LPL, para los laborales que presten servicios en la Corporación Local.

En el ámbito contencioso-administrativo será donde podrán reclamar el personal de naturaleza funcional, también, en su caso, demandando específicamente, la protección de sus derechos fundamentales. Normalmente en el caso de este personal las demandas se tramitarán por el procedimiento especial de protección de derechos fundamentales, previsto en los arts. 114 y siguientes LRJCA, o, si se plantean como procedimiento ordinario, por el procedimiento abreviado que rige en las cuestiones de personal, previsto en los arts. 78 y siguientes LRJCA.

En ambos casos las sentencias que se dicten podrán tener los pronunciamientos previstos en el art. 10 LOI, que también son aplicables en virtud de los arts. 71 LRJCA y 180 LPL, en relación respectivamente con el personal de naturaleza funcional y laboral, respectivamente. En consecuencia podrán declarar la nulidad de la conducta empresarial, ordenar la reparación de sus consecuencias, condenándole, en su caso, a cumplir lo previsto en el Plan de Igualdad y a reparar los daños y perjuicios de todo tipo ocasionados por el incumplimiento, sin perjuicio de otras medidas sancionatorias que procedan frente a la entidad incumplidora.