

El encaje de las comisiones ad-hoc en la negociación de los planes de igualdad

The ad-hoc committees place in the negotiation of equality plans

Noelia de Torres Bóveda*

*Investigadora predoctoral en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Complutense de Madrid*

ORCID ID: 0000-0002-1501-3686

Recibido: 9/6/2022

Aceptado: 21/6/2022

doi: <https://doi.org/10.20318/labos.2022.7064>

Resumen:

La institución de las comisiones ad-hoc como fórmula representativa subsidiaria constituye una pieza fundamental en empresas carentes de representantes de los trabajadores. No obstante, su configuración heterogénea, así como su aplicación restringida a determinados supuestos tasados por la norma ha limitado su ámbito de actuación.

La comisión ad-hoc del art. 5.3 RD 901/2020 articula una nueva regulación, la cual incluye como una de sus novedades la expulsión definitiva de las comisiones internas de trabajadores, como una de sus modalidades. Esta nueva configuración ha suscitado diversas controversias en la práctica, principalmente adscritas a la legitimación, la eficacia de los acuerdos alcanzados e, inclusive, la legalidad. El estudio de estos aspectos permitirá cuestionar si realmente esta institución tiene encaje para la negociación de los planes de igualdad.

Palabras clave:

Igualdad; ausencia de representación; comisiones ad hoc; planes de igualdad; negociación colectiva.

Abstract:

The institution of ad-hoc committees as a subsidiary representative formula is a fundamental element in companies without workers' representatives. However, their heterogeneous configuration, as well as their restricted application to certain cases specified in the regulation, has limited their scope of action.

The ad-hoc commission of art. 5.3 RD 901/2020 articulates a new regulation, which includes as one of its novelties the definitive expulsion of the internal workers' commissions, as one of its modalities. This new configuration has given rise to various controversies in practice, mainly related to legitimacy, the effectiveness of the agreements reached and even legality. The study of these aspects will make it possible to question whether this institution really has a place in the negotiation of equality plans.

Keywords:

Equality; absence of workers' representation; ad hoc commissions; equality plans; collective bargaining.

*noelidet@ucm.es

I. Introducción

En el contexto laboral actual, aún hallamos datos que ponen de manifiesto¹ que las mujeres se enfrentan a mayores dificultades, entre otros ámbitos, en el acceso, conservación y promoción en el empleo lo que revela que, instrumentos como los planes de igualdad, se tornen fundamentales.

La flexibilidad de que dispone la institución del plan de igualdad es una de sus ventajas más notorias, pues el hecho de que se trate de un producto de la negociación colectiva posibilita que las empresas puedan adaptarlo a sus circunstancias específicas, permitiendo tomar medidas diseñadas de manera exclusiva para eliminar o, al menos, minimizar aquellos elementos que frenan la gobernanza de la igualdad. Este instrumento, sin embargo, presenta asimismo diferentes aspectos conflictivos que imposibilitan su completa eficacia en la práctica; muchos de ellos vinculados a los sujetos negociadores que componen la comisión de igualdad del plan. En particular, destacan los vinculados a los supuestos de ausencia de representación de los trabajadores, que serán objeto central del presente estudio.

El pasado mes de marzo se produjo la finalización del periodo transitorio establecido por la disposición transitoria décimo segunda de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOI)², lo que ha supuesto la extensión de la obligatoriedad de estos planes a un mayor número de empresas, pasando de un deber que nacía de la disposición en plantilla de doscientos cincuenta empleados a cincuenta. Ello ha suscitado que la problemática ya existente en materia de ausencia de representantes en la empresa sea haya visto incrementada.

El art. 5.3 del Real Decreto 901/2020 de 13 de octubre, por el que se regulan los planes de igualdad y su registro, ya estableció una “solución” alternativa para este tipo de situaciones de carencia de representación, con la previsión de una comisión ad-hoc sindicalizada³, aunque se ha advertido en la práctica que no se trata de una fórmula pacífica, planteando diversos problemas entre los que, incluso, se incluye el de legalidad, como ya se ha puesto de manifiesto en la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 2022 (R.º. 359/2020, Sala de lo Contencioso-Administrativo).

¹ Véase: <https://www.ine.es/jaxiT3/Datos.htm?t=10879#!tabs-grafico>. Los datos indicados en este enlace son públicos y puede accederse a los mismos a través de la página oficial del Instituto Nacional de Estadística. La gráfica adjunta nos permite observar cómo los hombres tienen una tasa de empleabilidad mayor, concretada en el 54,2%, en contraposición a un 43,1% del lado de las mujeres; lo que da como resultado una brecha de género del 11,1%.

Los datos señalados son últimos disponibles y corresponden al año 2020.

² En la redacción que introdujo el art. 1 tres del Real decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación.

³ Este trabajo emplea una terminología específica, no novedosa, pero sí menos utilizada en la actualidad. A este respecto, hablaremos de comisiones ad-hoc sindicalizadas o externas para referirnos a aquellas que se hallan integradas por sindicatos y de comisiones laborales o internas, como las compuestas por trabajadores de la propia plantilla de la empresa, elegidos a través de un proceso democrático.

El presente artículo tiene como principal propósito el estudio de los aspectos más conflictivos que estas comisiones han suscitado en la práctica de la negociación de los planes de igualdad, como son su legitimación para negociar e impugnar, aspectos concretos del proceso de negociación del plan, la eficacia de los acuerdos alcanzados por las mismas o la técnica legislativa empleada para su regulación.

II. Los planes de igualdad

La regulación de esta institución encuentra su origen en nuestro ordenamiento en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, que dedica parte de su articulado a los planes de igualdad (arts. 45 a 49) y modifica el Estatuto de los Trabajadores (ET), introduciendo los planes de igualdad en su cuerpo legal (arts. 17 y 85.1 ET).

La norma más actual en esta materia es el Real Decreto 901/2020, de 13 de octubre, que desarrolla con amplitud la configuración jurídica de los planes de igualdad, modificando la previa regulación existente del Real Decreto 713/2010, de 28 de mayo, sobre registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo y creando una norma específica y autónoma en esta materia, dando cumplimiento al art. 46.6, así como a la disposición final tercera de la LOI.

Los convenios colectivos pueden establecer, asimismo, previsiones adicionales respecto de la regulación de los planes de igualdad.

1. La legitimación para negociar los planes de igualdad

Adentrarnos en esta compleja materia nos lleva a analizar el hecho de que el legislador haya previsto el deber de negociar los planes de igualdad de manera autónoma y específica respecto del deber genérico de negociar dispuesto en el art. 89 ET⁴. Es por esta razón que la negociación de estos instrumentos se establece como un deber adicional, tal y como puede apreciarse al tenor del art. 85.1 ET, en su párrafo segundo. No obstante, ello no conlleva que debamos contemplarlos de manera ajena al deber originario de negociar, pues este instrumento nace precisamente fruto de la negociación colectiva. La propia jurisprudencia ha avalado que la negociación de estos planes habrá de ajustarse a las exigencias establecidas para los convenios colectivos estatutarios, llegando a disponer que “la negociación a la que se refieren esos preceptos y que se debe celebrar en la forma que se determina en la legislación laboral, no es otra que la colectiva prevista en los artículos 82 y siguientes del Estatuto de los Trabajadores (ET), negociación que abarca las materias que enumera el art. 85-1 del ET, cuyo párrafo segundo establece, como materia propia de la negociación colectiva, el deber de negociar medidas dirigidas a promover la

⁴ Nieto Rojas, Patricia. La implantación y efectividad de los planes de igualdad en las empresas, en *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*. Madrid, Dykinson, nº. 17, 2008, pp. 119-140.

igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el ámbito laboral o, en su caso, planes de igualdad”⁵.

Es importante tener en cuenta, entonces, que en lo que no se prevea por las normas específicas de aplicación a los planes, serán de aplicación las disposiciones del art. 89 ET, destinado a la regulación de la tramitación de los convenios colectivos estatutarios; remisión que refleja la negociación de los planes de igualdad como verdadera negociación colectiva.

De acuerdo al art. 5.2 RD 901/2020, estarán legitimados para la negociación de los planes de igualdad los representantes de los trabajadores y de la empresa; quienes conformarán la comisión negociadora. Dicha comisión se articula como el órgano formalmente constituido para la elaboración del plan.

En lo que atañe a la representación de la parte social, encontramos dos sujetos susceptibles de asumir tal representación. De un lado, el comité de empresa y los delegados de personal; de otro, las secciones sindicales, siempre que éstas cuenten con suficiente implantación en la empresa, es decir, habrán de sumar en su conjunto la mayoría de los miembros del comité o de delegados en la empresa.

2. La legitimación en ausencia de representación de los trabajadores

2.1. Legitimación para negociar en ausencia de representación

El art. 5.3 del Real Decreto 901/2020 aparece como una de las más relevantes novedades introducidas con respecto a la regulación anterior. En él, se determina que “en las empresas donde no existan las representaciones legales referidas en el apartado anterior se creará una comisión negociadora constituida, de un lado, por la representación de la empresa y, de otro lado, por una representación de las personas trabajadoras, integrada por los sindicatos más representativos y por los sindicatos representativos del sector al que pertenezca la empresa y con legitimación para formar parte de la comisión negociadora del convenio colectivo de aplicación”. Este último requisito de ostentar legitimación para integrar la comisión negociadora del convenio ha resultado conflictivo en la práctica, como se advierte en la STS de 15 de julio de 2021 (Rº. 8/2021, Sala de lo Social) donde, en el marco de la negociación de un ERTE, se discute la posible nulidad de la medida por una mala constitución de la mesa negociadora por la parte social, analizando el contenido del art. 23.1 a) del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del Covid-19, que prevé la misma comisión ad-hoc sindical que la establecida para los planes de igualdad⁶, con idéntico requisito de disponer de legitimación para formar parte de la comisión negociadora del convenio.

⁵ STS de 9 de mayo de 2017 (Rº. 85/2016, Sala de lo Social). Asimismo, STS de 11 de marzo de 2014 (Rº. 77/2013, Sala de lo Social).

⁶ Si bien es cierto que este precepto adiciona la posibilidad de que “en caso de no conformarse esta representación, la comisión estará integrada por tres trabajadores de la propia empresa, elegidos conforme a lo recogido en el artículo 41.4 del Estatuto de los Trabajadores”.

Especial interés reviste, por tanto, la doctrina que sienta el Tribunal Supremo en este sentido que si bien se hace en el marco de un ERTE, podría ser aplicable a negociación de los planes. Dicha doctrina determina que, cuando se establece en la norma la necesidad de que los sindicatos puedan integrar la comisión negociadora del convenio aplicable, se refiere al convenio colectivo aplicable o que *sería* aplicable a la misma, es decir, en la empresa no tiene por qué existir un convenio vigente necesariamente que nos dicte los miembros de su comisión, sino que basta con conocer qué sindicatos estarían legitimados para formar parte de la comisión en caso de que se negociara el convenio. Razonó, el Tribunal, que la forma de disponerlo por el legislador es del todo lógica, pues inclusive desde la entrada en vigor del convenio pueden aparecer nuevos sindicatos susceptibles de formar parte de la comisión negociadora por cumplir con la legitimación necesaria para ello. En ese caso, esos sindicatos, aun no habiendo negociado el convenio ya vigente –pero que adquieren de legitimación con posterioridad para haberlo negociado–, estarían legitimados para negociar, en este caso, el plan.

Por último, respecto de este pronunciamiento, es importante señalar que el Tribunal Supremo considera que no se ha de diferenciar entre sindicatos de ámbito estatal o de ámbito autonómico, pues independientemente de ello, lo esencial aquí es que se trate de sindicatos más representativos y simplemente representativos del sector.

El art. 5.3 RD 901/2020 opta por una configuración sindicalizada de la comisión, desechando la posibilidad de la constitución de comisiones internas o laborales; una fórmula que ya observamos en distintos preceptos del Estatuto, como es el art. 41.4 a), sobre modificación sustancial de condiciones de trabajo⁷. Tanto se ha querido alejar el legislador de esta figura que, directamente, ha decidido suprimir el término de “comisión ad-hoc” de su vocabulario, a pesar de que la comisión que establece en el art. 5.3 RD 901/2020 responda a esta configuración, en su vertiente sindical o externa.

El texto de la norma guarda silencio sobre la posibilidad de que negocie una comisión de trabajadores, pero lo cierto es que en la práctica esta fórmula se da, como queda patente en la reciente STS de 26 de enero de 2021 (Rº. 50/2020, Sala de lo Social), que aborda la nulidad del plan de igualdad por haber sido negociado entre una comisión de trabajadores y la empresa. La empresa decide negociar con esta comisión, pues en el momento en el que nació la obligación de disponer del plan, no contaba con representación de los trabajadores. No obstante, con el paso del tiempo y tras la celebración de elecciones sindicales, la compañía dispuso de representantes legitimados para negociar un nuevo plan de acuerdo a los cauces legales, si bien decidió no hacerlo

⁷ Dicho precepto estatutario establece que “si el procedimiento afecta a un único centro de trabajo, corresponderá al comité de empresa o a los delegados de personal. En el supuesto de que en el centro de trabajo no exista representación legal de los trabajadores, estos podrán optar por atribuir su representación para la negociación del acuerdo, a su elección, a una comisión de un máximo de tres miembros integrada por trabajadores de la propia empresa y elegida por estos democráticamente o a una comisión de igual número de componentes designados, según su representatividad, por los sindicatos más representativos y representativos del sector al que pertenezca la empresa y que estuvieran legitimados para formar parte de la comisión negociadora del convenio colectivo de aplicación a la misma” (Art. 41.4 a) ET).

y mantener el plan negociado con la comisión de trabajadores, a pesar de las reclamaciones sindicales.

El Tribunal Supremo advirtió que aquellas empresas que superan el número de trabajadores establecido por la norma han de negociar necesariamente con la representación de los trabajadores⁸, no siendo posible el empleo de otras fórmulas atípicas como las comisiones ad-hoc internas. Asimismo, vedó la posibilidad de que la empresa pueda llegar a imponer de manera unilateral el plan, por cuanto el previo diálogo con los representantes en comisión constituye un imperativo legal. Es por esa razón que no cualquier causa será suficiente para justificar la adopción del mismo a espaldas de la parte social. Es más, la propia doctrina del Tribunal Supremo⁹ ha señalado que ello sólo será viable en supuestos excepcionales y aislados, como son la negativa para negociar, el bloqueo o la ausencia de representación.

El Tribunal declaró la nulidad del plan negociado con una comisión de trabajadores¹⁰ que, en el presente asunto, ni tan si quiera podría considerarse ad-hoc en los términos del Estatuto de los Trabajadores, dado que los miembros de la misma no resultaron de la votación por la plantilla en el marco de un proceso democrático, sino que fue la propia mercantil quien se encargó de la designación de estos sujetos –seleccionados por la Dirección de Recursos Humanos–. Circunstancia que supone que esta comisión, de alguna manera, se encontrara “contaminada” por la empresa.

En este caso si el plan que la empresa había negociado hubiera sido elaborado con una comisión ad-hoc en los términos del Estatuto¹¹, a nuestro entender, este plan sí estaría respaldado por uno de los criterios de excepcionalidad, pues no tendría otra alternativa para cumplir con su obligación legal de disponer de dicho instrumento. Ahora bien, desde el momento en que la empresa estuvo dotada de representación legitimada, ésta debía haber procedido inequívocamente a la apertura de un proceso de negociación¹² con la representación para el acuerdo de un nuevo plan dotado de todas las garantías.

Alejándonos del supuesto concreto y centrándonos únicamente en la doctrina que asienta, queremos llevar a cabo una serie de consideraciones. De un lado, es importante

⁸ STS de 11 de marzo de 2014 (Rº.77/2013, Sala de lo Social). Asimismo, véase STS de 28 de junio de 2017 (Rº. 203/2016, Sala de lo Social), donde se hace referencia al uso de las comisiones ad-hoc, caracterizado por hallarse limitado y sujeto a condiciones específicas recogidas expresamente por la norma. Hecho que trae como consecuencia la imposibilidad de considerar legitimados a estos órganos para la negociación de otros productos de la negociación colectiva, como son los convenios o los planes de igualdad.

⁹ STS de 13 de septiembre de 2018 (Rº. 213/2017, Sala de lo Social).

¹⁰ Entre otras cosas porque los planes se encauzan a través de las reglas de los convenios colectivos estatutarios, como ya apunta Rivas Vallejo, Pilar. El plan de igualdad debe negociarse con la representación legitimada legalmente y no por una comisión “ad hoc”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*. España, BOE, nº. 2, 2021, pp. 1-10.

¹¹ Es decir, una comisión de composición interna o laboral –en este caso– compuesta realmente por trabajadores elegidos por la plantilla a través de un proceso democrático (art. 41 ET).

¹² Que sea posible ampararse en uno de estos supuestos de excepcionalidad no significa que ello de carta a un plan vigente en estos términos si la situación que impedía negociar el plan conforme a las reglas establecidas legalmente cesa. Es por ello que el plan dictado en el marco de cualquiera de estas situaciones extraordinarias será siempre de carácter temporal o provisional.

defender la necesidad de que los planes sean negociados con los sujetos legalmente legitimados para ello, por ser fruto de la negociación colectiva, la cual constituye un pilar fundamental de nuestro sistema de relaciones laborales colectivas. No obstante, nos llama la atención la afirmación que vierte el Tribunal en el fundamento jurídico tercero cuando expresa que la importancia de que los planes sean negociados con la participación de los representantes legitimados reside en “la relevancia de los objetivos perseguidos” –igualdad efectiva–; pues precisamente si la consecución de esos objetivos reviste de tal trascendencia, habría de primar la finalidad sobre la formalidad o, en otras palabras, debería dotarse de cierta flexibilidad en aquellos supuestos en que las empresas han obrado de buena fe –no nos referimos al caso enjuiciado–, pero que por su dimensión y características se han visto imposibilitadas para negociar ante la inexistencia de una representación de los trabajadores, viéndose avocadas a la constitución de una comisión ad-hoc como única vía posible para la adopción del plan. Sin embargo, en principio, podemos concluir que las únicas comisiones habilitadas para la negociación serán las sindicales, negándose tal posibilidad a aquéllas de corte laboral o interno.

2.2. Legitimación para impugnar el plan de igualdad en ausencia de representación.

En lo relativo a la legitimación procesal que pueden tener las comisiones ad-hoc para la impugnación del plan de igualdad hemos de remitirnos a la doctrina general de las comisiones ad-hoc¹³, lo que supone asumir su capacidad de impugnación. No obstante, ello sólo podrá entenderse respecto de las comisiones sindicales, pues son las únicas habilitadas por la normativa de igualdad. Dicha legitimación se ve reforzada, además, si atendemos al art. 5.8 del RD 901/2020, en el que se afirman iguales derechos y deberes a estos representantes que a aquellos que participan en la negociación de los convenios colectivos.

Por tanto, de lo anterior se infiere que si se llegara a negociar el plan con comisión ad-hoc interna, ésta se encontraría desprovista de legitimación para impugnar, habida cuenta de que ya de inicio no se configura ni tan siquiera como sujeto negociador. Es más, el efecto directo de que el plan fuera negociado con este órgano supondría la nulidad del mismo, a no ser que se tratara de un supuesto excepcional. En estos últimos casos, habría de plantearse si esta comisión de trabajadores podría acudir a la vía judicial en representación de la plantilla.

A nuestro juicio, ello sí sería posible, entre otras cuestiones, por haber sido sujetos negociadores y porque se trata de una situación particular sujeta a unas condiciones extraordinarias. En este sentido, podemos apoyarnos en la doctrina contenida en la STS de 10 de octubre de 2019 (Rº. 966/2017, Sala de lo Social), que admite la negociación asamblearia, es decir, una negociación con los trabajadores de manera directa.

¹³ En relación a esta cuestión, véase SAN de 13 de mayo de 2013 (Rº. 89/2013, Sala de lo Social), STS de 18 de marzo 2014 (Rº. 114/2013, Sala de lo Social), STS de 17 abril de 2018 (Rº. 101/2017, Sala de lo Social).

El Alto Tribunal, en dicho pronunciamiento, permitió tal forma de negociación de manera excepcional, por el hecho de hallarse sujeta a determinados presupuestos especiales. En concreto, refiere a que a) existía voluntad de llevarla a cabo por ambas partes afectadas, b) el número de trabajadores era reducido y c) el acuerdo fue alcanzado por voto mayoritario. La concurrencia de estos presupuestos llevó a considerar que los trabajadores actuaban en una única condición colectiva, implicando la validez del acuerdo alcanzado entre los mismos y la empresa, aun no siendo sujetos habilitados legalmente.

Por tanto, si una comisión ad-hoc interna de trabajadores hubiera sido la encargada de negociar el plan en ausencia de una fórmula legal, podríamos llegar a entender la validez del acuerdo y, asimismo, que en caso de impugnación tendrían también legitimación como sujetos “colectivos” partícipes del plan, pudiendo encuadrar su legitimación a través del art. 17.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, en el que se establece que “los titulares de un derecho subjetivo o un interés legítimo podrán ejercitar acciones ante los órganos jurisdiccionales del orden social, en los términos establecidos en las leyes”.

Respecto de este aspecto procesal, es importante señalar el criterio de la reciente SAN de 24 febrero de 2020 (Rº. 270/2019, Sala de lo Social), que incide en la cuestión del plazo de prescripción para la impugnación de los planes y dispone que, consecuencia de la vinculación de éstos con la negociación colectiva, “entendemos que resulta de aplicación la jurisprudencia uniforme del Tribunal Supremo, según la cual la impugnación por ilegalidad de un convenio no está sujeta a plazo y puede hacerse a lo largo de toda su vigencia”.

De este modo, se observa cómo la importante asimilación entre convenio y plan llega a ser objeto de traslado al ámbito del proceso laboral.

III. Proceso de elaboración del plan de igualdad y participación de la comisión ad-hoc

1. El estudio diagnóstico

El diagnóstico de situación (art. 46.1 LOI y art. 7.1 del RD 901/2020) es el fruto de la recolección y análisis de los datos de la empresa correspondientes a la situación de igualdad existente en la misma, entre hombres y mujeres. Su fin es la identificación de los factores y elementos que generan desigualdades y discriminaciones en la empresa, a través de la aplicación de indicadores cualitativos y cuantitativos.

Por tanto, sólo una vez identificados los aspectos que generan obstáculos para la existencia de un entorno laboral de igualdad, se podrá comenzar a diseñar y elaborar el correspondiente plan, el cual se conformará como instrumento corrector de todos los déficits identificados.

La propia doctrina de nuestro Alto Tribunal ha reconocido como pieza clave para la elaboración de cualquier plan de igualdad el estudio diagnóstico de la empresa. De este modo, afirma que “resulta absolutamente necesario –para que el plan acometa las necesidades reales que existan en cada empresa en orden a lograr la igualdad real y sustancial

entre todos los trabajadores con independencia de su sexo— contar con una descripción real de la situación sobre la que deben operar las medidas concretas que el plan recoja a fin de establecer aquéllas que se adecuen directamente a las necesidades de cada entorno laboral en orden a la consecución de la exigible igualdad”¹⁴.

El art. 46.2 LOI respecto de la obligación de disponer de diagnóstico, añade que “con carácter previo se elaborará un diagnóstico negociado, *en su caso*, con la representación legal de las personas trabajadoras”. Dicho precepto no recoge de forma clara si la negociación del diagnóstico con los representantes será o no preceptiva. No obstante, si atendemos a una interpretación literal de la norma, parece que su intervención será opcional, al disponer que “en su caso” será negociado con estos. Es más, si acudimos a la Parte I del Preámbulo de RD 901/2020, se dispone que “el Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, estableció importantes precisiones con respecto al contenido del diagnóstico y el plan de igualdad. [...], estableció también que el plan debía contener los siguientes elementos: (i) diagnóstico de situación, *que debía ser negociado, en su caso*”, pareciendo que el diagnóstico negociado es estrictamente facultativo para la empresa.

No obstante, algunos autores sugieren que cuando la empresa está obligada a negociar el plan de igualdad en base al número de trabajadores que tiene en plantilla (cincuenta en la legislación actual), la empresa estará obligada a negociar con los representantes. La expresión “en su caso”, entraría en juego respecto de los supuestos en que el plan se negocie en ausencia de representantes o cuando su negociación venga impuesta por la Autoridad laboral¹⁵.

En nuestra opinión, la interpretación de que la negociación es facultativa y no obligatoria queda desvirtuada en el propio cuerpo de la norma, al tenor del art. 5.1 del RD 901/2020, que reza “los planes de igualdad, incluidos los diagnósticos previos, deberán ser objeto de negociación con la representación legal de las personas trabajadoras”, lo cual, además, se ve respaldado por el art. 6.1 a) RD 901/2020 que atribuye la competencia de “negociación y elaboración del diagnóstico, así como sobre la negociación de las medidas que integrarán el plan de igualdad” a la comisión negociadora del plan. Este deber de negociación, a nuestro juicio, sólo será excepcionado en caso de ausencia de representantes, tanto unitarios como sindicales, pues en el caso del art. 5.3 RD 901/2020 (sindicatos) o en el de imposición de sanción por parte de la Autoridad laboral (art. 45.4 LOI), si existen representantes, habrá de negociarse con los mismos.

2. La elaboración, adopción e implantación del plan

Completado el estudio previo debe procederse al diseño y desarrollo del plan de igualdad. Se elaborarán las acciones a implementar, estableciendo una metodología y una secuencia

¹⁴ Extracto exacto extraído de la doctrina del Tribunal Supremo, plasmada en el fundamento jurídico segundo de la STS de 13 de septiembre de 2018 (núm. rec. 213/2017).

¹⁵ Fabregat Monfort, Gemma. La obligada negociación del diagnóstico en planes de igualdad. Un cambio sustancial, *Revista de derecho social*. España, Bomarzo, nº. 86, 2019, pp. 207-220.

temporal para cada una de ellas, dando prioridad como es lógico, a aquellas conductas discriminatorias con consecuencias más severas o con larga trayectoria en la empresa.

En el proceso descrito anteriormente será fundamental la constitución de una comisión negociadora o, también denominada, “comisión de igualdad” que será el órgano encargado de desarrollar el plan, con la negociación de las distintas medidas a implementar.

Con el fin de iniciar el proceso negociador, la empresa o la representación de los trabajadores –en función de quien decida iniciar la negociación– habrá de llevar a cabo una comunicación mediante la cual se haga constatable la intención de abrir el procedimiento, debiendo la parte receptora dar respuesta a dicha comunicación.

Sobre las exigencias que ha de cumplir el comunicado hemos de apuntar que éste habrá de ser escrito. A lo cual ha de añadirse que, en caso de que estemos ante un supuesto de ausencia de representación de los trabajadores, la empresa habrá de observar con más detalle la forma en que la comunicación se llevará a cabo, pues la misma habrá de ser fehaciente¹⁶; carácter que seguramente se justifica en la existencia de una mayor necesidad de probar que ha mediado buena fe.

En este sentido, debemos cuestionarnos qué entendemos por *comunicación fehaciente*. Frente al silencio del legislador, la respuesta a esta cuestión la hallamos en los pronunciamientos judiciales, pues si bien la norma recoge esta necesidad de “fehaciencia” en variedad de preceptos –especialmente del ET–, en ningún momento se detiene a ahondar en la noción del mismo ni en las exigencias mínimas que en éste han de concurrir para entenderse efectivamente cumplido. Por tanto, cabe afirmar que nos hallamos ante un concepto jurídico indeterminado, como sucede cuando se aborda el concepto de buena fe.

La jurisprudencia ha considerado de manera reiterada¹⁷ que hablamos de fehaciencia cuando se produce un “acto expreso de comunicación” o, lo que es lo mismo, cuando la empresa garantiza que la información pretendida llega a los representantes, pero no sólo eso, sino que también se asegura de que queda recogida de forma constatable.

Sobre este último particular, no es escasa la jurisprudencia que ha vedado la posibilidad de que la empresa haga uso de medios poco fiables como pueden ser, el tablón de anuncios¹⁸, el portal del empleado –intranet–¹⁹ o, inclusive en casos más extremos, la comunicación oral. Conviene tener presente que el TS ha afirmado en su sentencia de 27 de febrero de 2020 (Rº. 201/2018, Sala de lo Social), que aunque la representación conozca la intención de la empresa, el hecho de que ésta no efectúe comunicación formal,

¹⁶ Nieto Rojas, Patricia. Análisis práctico del reglamento de planes de igualdad. *Boletín de igualdad en el empleo (Catálogo de publicaciones de la Administración General del Estado)*. España, Ministerio de Igualdad, 2021. Disponible en: https://www.igualdadenaempresa.es/actualidad/boletin/docs/BIE_3_Analisis_practico_reglamento_pdi.pdf [consulta: junio de 2022].

¹⁷ En sentencias como las que siguen: STS de 21 de mayo de 2013 (Rº. 53/2012, Sala de lo Social), STS de 21 de octubre de 2014 (Rº. 289/2013, Sala de lo Social), STS de 9 de junio de 2016 (Rº. 214/2015, Sala de lo Social), STS de 29 de mayo de 2018 (Rº. 60/2017, Sala de lo Social), STS de 13 de abril de 2019 (Rº. 36/2018, Sala de lo Social) y STS de 27 de febrero de 2020 (Rº. 201/2018, Sala de lo Social).

¹⁸ STS de 9 de junio de 2016 (Rº. 214/2015, Sala de lo Social).

¹⁹ STS de 27 de febrero de 2020 (Rº. 201/2018, Sala de lo Social).

desemboca en que ese conocimiento no tenga trascendencia real “por más contundentes que fueran las manifestaciones” realizadas por la empresa.

Por todo lo anterior, cabe concluir que, la comunicación será fehaciente, cuando la información se haga llegar de manera efectiva a la contraparte, pero, además, a través de medios adecuados, lo que a nuestro entender será mediante documento formal escrito.

Una vez realizada la comunicación, los representantes dispondrán de un plazo de diez días para responder (art. 5.3 RD 901/2020); para que, tras ello, se dé comienzo al procedimiento de elaboración del plan.

En caso de que no exista respuesta a la llamada a la negociación, se podrá considerar apta la adopción unilateral del plan, sólo y excepcionalmente si se prueba que la empresa actuó de buena fe e intentando por todos los medios la participación de los mismos.

El total de los integrantes de la comisión será paritario entre las partes y su número de integrantes variará en función del supuesto. En caso de que se carezca de representación y quien actúe sea una comisión ad-hoc externa, el número de miembros representando a cada parte se concretará en un máximo de seis (art. 5.3 RD 901/2020). En el supuesto de que la empresa en cuestión disponga de unos centros de trabajo que cuenten con representación y otros que carezcan de ella –pero haya constituido comisión sindical al efecto–, la norma contempla que la comisión negociadora del plan se ha de integrar por trece miembros por cada una de las partes representadas (art. 5.3 RD 901/2020); número que igualmente se establece en el supuesto “ideal” de representación en toda la empresa (art. 88.4 ET).

Respecto del supuesto de inexistencia de representación de trabajadores, hemos de detenernos a cuestionar el número de miembros determinado por la norma para la representación en comisión sindical. Sobre este particular, se advierten dos posibles cuestiones controvertidas. En primer término, estamos hablando de un número par, lo que supone romper con el principio de imparidad de la negociación colectiva.

El otro aspecto a abordar es la expresión de “máximo” que se establece en el articulado, pues supone que podremos hallar comisiones de composición reducida e incluso unipersonales, dado que no se establece un mínimo de miembros. De este modo, podemos observar como algunos de los aspectos controvertidos ya existente en el régimen general de las comisiones ad-hoc –en sus dos vertientes, interna y externa– son trasladables a la comisión sindical prevista para los de planes de igualdad, pues a ella se han desplazado ciertos déficits ya existentes en la regulación originaria establecida en el Estatuto de los Trabajadores.

A pesar de ello, cabe apreciar ciertas luces en la norma, como puede ser la previsión del art. 5.8 RD 901/2020 que otorga iguales derechos y obligaciones a los miembros de la comisión de igualdad que a los de las comisiones negociadoras de los convenios colectivos. La extensión del régimen de derechos y deberes afecta también, en efecto, a los miembros de la comisión ad-hoc externa, lo que supone un traslado expreso de este régimen a estos sujetos.

La elaboración del plan se desarrollará a través de la celebración de reuniones continuadas, habiendo de redactarse un acta tras la celebración de cada una de ellas. El acta contendrá todos los aspectos tratados durante el trascurso de la reunión.

En estos encuentros de diálogo entre las partes se discutirán las materias que se reflejarán en el contenido del plan, así como las medidas que se adoptarán para alcanzar los objetivos perseguidos en cada una de ellas.

3. Consecución del acuerdo y su eficacia

Consecuencia natural del proceso de negociación y elaboración del plan podemos obtener dos posibles resultados. En primer término, alcanzado el acuerdo, no cabe duda de que la eficacia del plan adoptado será general o de afectación a toda la plantilla de la empresa, pues como se viene apuntando estamos ante un producto de la negociación colectiva, que si bien tiene autonomía propia nace de ella como una de sus manifestaciones. Como se ha advertido, “estamos ante un instrumento convencional, de eficacia general y normativa, tanto se contenga en el convenio de empresa, en cuyo caso esa naturaleza es evidente, como cuando se produzca como una negociación diferenciada”²⁰.

En el caso de que el plan sea negociado con la comisión ad-hoc prevista en el art. 5.3 RD 901/2020, el acuerdo alcanzado gozará de idéntica eficacia que el negociado con la representación ordinaria, como se desprende de las previsiones de la norma. La comisión externa se alza como alternativa equiparable en funciones y efectos a cualquier otra comisión negociadora del plan.

Donde realmente se plantean dudas respecto de la eficacia y validez del plan es en el momento en que éste es negociado con una comisión laboral. Cabría considerarse que si este instrumento se negocia con una comisión interna integrada por los propios trabajadores, el plan de igualdad carecería de validez para vincular a toda la plantilla, en tanto que no se configura como órgano legitimado ni ostenta, por analogía, carácter de sujeto colectivo. Lo anterior supone un importante problema ya que para que el plan disponga de validez será necesario que cumpla con los requisitos que le otorgan ese carácter colectivo y de eficacia general²¹.

La segunda posible circunstancia ante la que podemos hallarnos es la no obtención de acuerdo entre representantes de la empresa y de los trabajadores. En estos casos, la empresa se enfrenta a una situación realmente delicada, pues viene obligada a negociar y llevar a buen puerto el diálogo para poder adoptar el plan de igualdad exigido. Es, por tanto, muy necesario que la empresa acredite que medió buena fe en todo momento y que obró con lo que estuvo en su mano a fin de alcanzar la adopción consensuada del

²⁰ De este modo se refleja expresamente por Alfonso Mellado, Carlos Luis. Algunas claves para entender la actual configuración jurídica de los planes de igualdad: alcance y contenido, *Femeris. Revista Multidisciplinar de Estudios de Género*. España, Universidad Carlos III de Madrid, vol. 5, nº. 2, 2020, pp. 33-55.

²¹ Ramo Herrando, María José. Dudas en torno a la negociación de los planes de igualdad: la respuesta de los Tribunales, *Femeris. Revista Multidisciplinar de Estudios de Género*. España, Universidad Carlos III de Madrid, vol. 5, nº 2, 2020, pp. 215-235, que señala que “el carácter colectivo del plan de igualdad es un requisito de validez del mismo. [...] el no cumplimiento de la obligación podrá suponer la declaración de nulidad del plan de igualdad”.

plan. De lo contrario, si la empresa adopta el plan unilateralmente sin la intervención de ninguno de esos elementos estará incurriendo en un incumplimiento que supone la nulidad del plan de igualdad.

Además, tal actuación comportaría la vulneración del derecho a la libertad sindical en el caso de los sindicatos (art. 28.2 CE) al no tener en consideración sus peticiones, para proceder a la aprobación aislada e independiente del plan.

La importancia de la buena fe negocial se puede apreciar en la jurisprudencia a través de sentencias como la STS de 13 septiembre de 2018 (R.º. 213/2017, Sala de lo Social). Dicho pronunciamiento analiza la nulidad del plan de igualdad, por haber sido adoptado de manera unilateral por la empresa, sin atender a las peticiones de la representación de los trabajadores (en este caso, de corte sindical).

Conforme avanzaron las reuniones la parte social manifestó que no se estaba produciendo un diálogo, sino que eran encuentros vacíos de contenido, donde la empresa no atendía a sus peticiones. Tal y como se refleja en la sentencia, “la negociación como tal no ha existido, siendo siempre la intención de la empresa crear una apariencia de que ésta se está produciendo. Ya que la simple sucesión de reuniones sin que por parte de la empresa se cumplan los compromisos adquiridos no puede entenderse como negociación”. Se produjo una situación de bloqueo, que devino en que las partes se vincularan a través de un acuerdo en el SIMA para asumir el compromiso de alcanzar un acuerdo; compromiso que finalmente no se cumplió, vulnerando la obligación establecida en el art. 45 LOI.

Ante dicho incumplimiento, la ITSS realizó requerimiento a la empresa para cerrar de manera definitiva la negociación del plan en el plazo de dos meses desde la comunicación del mismo. La empresa hizo caso omiso y procedió a adoptar el plan de igualdad de manera unilateral.

Los representantes interpusieron demanda ante la Audiencia Nacional, donde se declaró la nulidad del plan, así como la vulneración del derecho fundamental a la libertad sindical, en su vertiente de negociación colectiva. El asunto se elevó por la empresa a nuestro Alto Tribunal, impugnando la vulneración del derecho a la libertad sindical, pero no la nulidad del plan.

A este respecto el Tribunal Supremo consideró que para la elaboración del plan es preceptiva la existencia de negociación entre las partes, siendo la negociación colectiva un instrumento básico y fundamental de la actividad sindical. En el derecho a la negociación colectiva de los sindicatos no sólo ha de considerarse su dimensión subjetiva, entendida esta como “afectación, privación o condicionamiento injustificado” de este derecho, “sino que alcanza, también, al sindicato en cuanto que representación institucional a la que constitucionalmente se reconoce la defensa de determinados intereses”.

En relación al contenido de negociación colectiva del derecho de libertad sindical, el Tribunal Supremo coligió su vulneración por parte de la empresa, al no haber mediado la buena fe requerida durante el proceso negociador; su actitud fue rígida e impeditiva.

Este pronunciamiento nos permite plantearnos si la obligación de contar con plan de igualdad es una obligación de resultado o únicamente de negociar. Si acudimos a la

norma, podremos observar que nada se dice en este sentido, tan sólo se hace referencia a la necesidad de negociar con la representación de los trabajadores, es decir, no parece exigir la obtención de acuerdo. Esta misma interpretación es la que lleva a cabo la Inspección de Trabajo en el pronunciamiento estudiado que, ante la adopción unilateral del plan por el empresario, respondió que “los planes de igualdad deben ser siempre negociados o consultados con los representantes de trabajadores, pero no son siempre resultados de acuerdo entre empresa y representantes de trabajadores, conforme se establece en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. La legislación impone una obligación de actividad y no de resultado, es decir a lo que se obliga a la empresa es a negociar pero no a llegar a un acuerdo”.

Parece lógico acoger esta interpretación, entre otros motivos, porque como venimos reiterando la regulación de los planes es reflejo de la ya establecida para la negociación colectiva general en el Estatuto. En este caso, la nulidad no sólo se declaró por no mediar buena fe por parte de la empresa, sino también como consecuencia de la regulación específica del plan de igualdad en el convenio colectivo de aplicación (convenio de Contact Center), que disponía que las empresas de menos de 250 trabajadores tenían la obligación de consultar o negociar con los representantes de los trabajadores; “en cambio, para las que superen dicha cifra, condiciona la elaboración del Plan de Igualdad al acuerdo entre la dirección y los representantes de los trabajadores”. Por ende, la obligación de resultado se impuso por la negociación colectiva²² y no por la normativa de igualdad.

Entonces, si en principio no hay obligación de resultado ¿qué efectos nacen de la adopción unilateral del plan por parte de la empresa? La respuesta a esta pregunta depende de cómo y de por qué se ha adoptado el plan de tal forma. De un lado, si la falta de acuerdo con la representación de los trabajadores trae causa en la existencia de algún incumplimiento o defecto por parte de la empresa el plan será nulo²³, como ya se ha señalado y queda respaldado por la jurisprudencia²⁴. La empresa tiene la obligación de negociar el plan con los representantes, lo que supone que deberá actuar conforme a las reglas de la buena fe, proporcionando la información necesaria, teniendo en cuenta las propuestas de la parte social y no obstaculizado injustificadamente el proceso negociador.

²² Esta obligación de acuerdo vía convenio, la encontramos también en sentencias como la STS de 14 de febrero de 2017 (Rº. 104/2016, Sala de lo Social), en la que se dispone que, añadida a la obligación legal de negociar, “el convenio colectivo al que remite la ley, señala que el Plan de Igualdad que se suscriba en la empresa ha de contar con el acuerdo de la empresa y los representantes legales de los trabajadores”.

²³ Podemos señalar: la existencia de mala fe, de defectos formales o defectos en la composición de la comisión negociadora del plan.

²⁴ En este sentido, la STS de 9 mayo de 2017 (Rº. 85/2016, Sala de lo Social) observa que “no ha llegado a constituirse la comisión negociadora de la manera prevista en los artículos 88 y 89 del ET y, aparte los defectos formales y de fondo existentes en la que se creó con mayoría de la parte empresarial, resulta que los acuerdos no se tomaron en la forma prevista en el citado art. 89-3, lo que les priva de validez”. En ese momento, todavía no existía el desarrollo reglamentario del RD 901/2020.

A modo de ejemplo, las ya aludidas STS de 9 mayo de 2017 (Rº. 85/2016, Sala de lo Social) y STS de 13 septiembre de 2018 (Rº. 213/2017, Sala de lo Social).

De otro lado, el plan publicado por la empresa sin participación de los representantes de los trabajadores podrá considerarse válido si se dan una serie de circunstancias excepcionales que, conforme a la jurisprudencia²⁵ son 1) la negativa para negociar de la contraparte, 2) el bloqueo por la contraparte o 3) la ausencia de representación.

En relación a los supuestos mencionados ha de señalarse que no bastará con que con su simple existencia para que la empresa pueda imponer unilateralmente el plan con efectos de validez; sino que deberá poder probarse por parte de la misma una actuación diligente y de buena fe. Así, no podemos evitar cuestionarnos qué habría de hacer la empresa para que conste tal forma de proceder. Los Tribunales han considerado, entre otras posibilidades, el agotamiento de los medios extrajudiciales de solución de conflictos colectivos como forma de acreditar ese ánimo negociador y de apertura. En adición a lo anterior, otro medio de prueba del cumplimiento de la buena fe es el hecho de acudir al comité paritario del convenio colectivo de aplicación, pues este órgano tiene asimismo funciones de mediación²⁶.

Asimismo, la empresa con carácter previo a la adopción unilateral también podría reclamar a la representación de los trabajadores la participación y no obstaculización del proceso a través de la vía judicial.

Como vemos, es cuanto menos complejo que un órgano judicial pueda llegar a aceptar la adopción unilateral del plan de igualdad, máxime cuando su negociación con la parte social constituye un mandato legal irrevocable y de necesario cumplimiento. En estos casos, el plan tendrá carácter provisional y excepcional hasta que se acuerde uno provisto de todas las garantías.

Para terminar, hemos de señalar la posibilidad de que los sindicatos soliciten una indemnización por los daños causados en los supuestos de imposición unilateral del plan por la empresa²⁷.

IV. El posible carácter *ultra vires* del art. 5.3 del Real Decreto 901/2020

La introducción de la comisión ad-hoc como sujeto negociador en la normativa de igualdad a través del art. 5.3 RD 901/2020 no ha sido una cuestión pacífica, pues observamos que se trata de un precepto que no cuenta con una habilitación legal expresa para su desarrollo en la LOI, la cual concreta en su art. 46.6 como materias susceptibles de desarrollo, “el diagnóstico, los contenidos, las materias, las auditorías salariales, los sistemas de seguimiento y evaluación de los planes de igualdad; así como el Registro de Planes de Igualdad”.

²⁵ STS de 13 septiembre de 2018 (Rº. 213/2017, Sala de lo Social), STS de 25 de mayo de 2021 (Rº. 186/2019, Sala de lo Social).

²⁶ STS de 9 de mayo de 2017 (Rº. 85/2016, Sala de lo Social).

²⁷ Podemos observar cómo dicha indemnización es comúnmente solicitada, a través de sentencias como la ya aludida STS de 13 septiembre de 2018 (Rº. 213/2017, Sala de lo Social) o, anteriormente, la STS de 14 febrero de 2017 (Rº. 104/2016, Sala de lo Social).

Esta ausencia de previsión de desarrollo intentó salvarse en el propio Dictamen elaborado a propósito de la promulgación del RD 901/2020²⁸, donde el Consejo de Estado justifica que la no observancia de esta materia en la Ley como susceptible de desarrollo reglamentario no es óbice para su disposición en el Real Decreto, pues entiende que “la intención del legislador no parece haber sido imponer en esta materia una estricta reserva de ley”. En nuestra opinión, tal justificación es insuficiente e, incluso, carente de fundamento, ya que el silencio en este sentido no habría de suscitar en el legislador una puerta abierta a la regulación, máxime cuando nuestro ordenamiento impone de manera expresa una previa habilitación legal.

Con objeto de profundizar acerca de la cuestionable validez del precepto, así como de su posible carácter *ultra vires* resulta obligado analizar la muy reciente STS de 28 de marzo de 2022 (Rº. 359/2020, Sala de lo Contencioso-Administrativo), en la que precisamente discute la validez del del art. 5.3 del RD, tras haber sido impugnado por la CEOE, que consideró que el precepto había de ser anulado por incumplir el requisito de reserva de ley, alegando que introdujo *ex novo* las partes legitimadas para negociar, sin previa habilitación legal para ello. En opinión de la representación de la patronal, este desarrollo reglamentario no puede sostenerse sobre la disposición final primera del RD-ley 6/2019 ni sobre la disposición final tercera de la LOI²⁹, pues se tratan de habilitaciones “amplias, vagas y, por su indefinición, susceptibles de afectar a materias relevantes en el supuesto de no interpretarse restrictivamente y mantenerse dentro de los límites establecidos por nuestro ordenamiento”.

Los sindicatos –UGT y CCOO–, de otro lado, defendieron que tal incumplimiento no existía en tanto que la norma de desarrollo venía a replicar lo ya establecido en el Estatuto de los Trabajadores sobre los sujetos legitimados para negociar convenios colectivos.

El Abogado del Estado sostuvo que el hecho de que el art. 53 CE establezca la reserva de ley no excluye la posibilidad de que se desarrolle el contenido de la ley por la vía reglamentaria. Además, afirmó que el art. 37 CE legitima a todos los representantes de los trabajadores y no sólo a los contenidos en el ET, poniendo como ejemplo la existencia de los convenios colectivos extraestatutarios. No obstante, lo que no dice es que a pesar de que ello sea posible, la eficacia que se desprende de la negociación paccionada derivada del Estatuto y de aquella efectuada extramuros del mismo no va a tener iguales efectos. Bien es sabido por todos, que los convenios al margen del Estatuto disponen de eficacia limitada y, en nuestro caso, los planes de igualdad están previstos como produc-

²⁸ Dictamen urgente sobre el Real Decreto por el que se regulan los planes de igualdad y su registro y se modifica el Real Decreto 713/2010, de 28 de mayo. Ref. 516/2020. Puede consultarse a través del siguiente enlace: <https://transparencia.consejo-estado.es/view.php?id=1178>

Llama la atención, de hecho, que en el propio Dictamen elaborado a propósito de la promulgación del RD 901/2020, el Consejo de Estado propone modificaciones en todo este precepto a salvedad del apartado tercero relativo a las empresas sin representación.

²⁹ Estas disposiciones establecen que el Gobierno “deberá” –en el caso del RD-ley– y “está autorizado” –en el caso de la LOI– para “dictar cuantas disposiciones sean necesarias para la aplicación y el desarrollo” del/la presente real decreto-ley/Ley.

tos colectivos de eficacia general³⁰, al igual que los convenios colectivos estatutarios. Es por ello, que no podemos compartir tal argumentación.

Según la opinión jurídica del Abogado del Estado, este desarrollo reglamentario era imprescindible para garantizar la eficacia de este instrumento, si bien hemos podido evidenciar a lo largo de este trabajo que la presente previsión se halla lejos de solventar las problemáticas que plantea la carencia de representantes.

Atendidas las diversas posturas, la Sala de lo Contencioso-administrativo resuelve la validez del precepto enjuiciado sobre la base de que, siendo cierto que se exige reserva de ley, ello no obsta para que para que los elementos introducidos por la ley sean perfilados reglamentariamente. En esta materia, por tanto, la LOI sería susceptible de ser desarrollada reglamentariamente en sus elementos esenciales.

Afirma el Tribunal Supremo, conforme a la Ley y a la jurisprudencia, que las reglas de legitimación para negociar planes de igualdad no pueden ser otras que las recogidas por el Estatuto. Así, consideró que el RD lo que hace es únicamente especificar la legitimación que ya se establecía en las normas con rango de Ley. En este sentido, sorprende que el Tribunal se esmeró en justificar el precepto acudiendo a distintos pronunciamientos para argumentar la legitimación de los sindicatos más representativos. Sin embargo, guardó silencio respecto de los simplemente representativos, que también figuran como sujetos habilitados para la negociación. En conclusión, el TS considera que se trata de un precepto es válido y no vulnerador del principio de reserva de ley.

Nuestro juicio no puede ser coincidente con el del Tribunal, pues como expon-dremos a continuación, sí se introducen elementos *ex novo*. No podemos olvidar, que el art. 45.1 LOI determina respecto de los planes “que deberá ser asimismo objeto de negociación *en la forma que se determine en la legislación laboral*”. Remisión a la legislación laboral que nos lleva a atender a los representantes y reglas de legitimación establecidas para los convenios colectivos –a las que de hecho se remite el art. 5.2 RD 901/2020 con carácter subsidiario– como aplicables en la negociación de los planes. El Título III ET, conector de la posible carencia de representantes electos en la empresa, dispone en su art. 88.2 la posibilidad de constituir la parte social de la comisión negociadora en estos casos, con los sindicatos más representativos del sector, ya sean a nivel estatal o autonómico. Esto nos lleva a concluir que, en contra de lo defendido por los sindicatos en el presente pronunciamiento, no estamos ante una reiteración de lo ya recogido por el Estatuto, pues la norma reglamentaria introduce una novedad, y es que los representantes simplemente representativos estarán, asimismo, legitimados para negociar. A esta habilitación, como ya sabemos, se le añade la condición de que sean susceptibles de formar parte de la comisión negociadora del convenio, lo cual resulta en cierto modo paradójico si reparamos en que para que un sindicato simplemente representativo pueda conformar dicha comisión, ha de contar con implantación en la empresa, a través de la representación unitaria; representación de la que, precisamente, carecemos en estos supuestos. Esto

³⁰ Pues de acuerdo a la STS de 8 de mayo de 2017 (Rº. 85/20216, Sala de lo Social) “la negociación a la que se refieren esos preceptos y que se debe celebrar en la forma que se determina en la legislación laboral, no es otra que la colectiva prevista en los artículos 82 y siguientes del Estatuto de los Trabajadores (ET)”.

supone que el Reglamento estaría legitimando a los sindicatos representativos sin exigir el requisito de implantación vía representación unitaria en la empresa, lo que supone una modificación de las reglas del Estatuto.

Es, por ello, que consideramos que nos encontramos ante un precepto *ultra vires* en la medida en que rebasa el alcance que le es atribuible jurídicamente, dado que introduce sin autorización previa una novedad que afecta a materias esenciales de la norma.

Entendemos que el legislador ha efectuado una interpretación forzada en búsqueda de cubrir una necesidad socioeconómica relevante con importantes efectos en la igualdad en la empresa, pero ello no puede comprometer, de ningún modo, principios tan básicos de nuestro ordenamiento, como es el de reserva de ley (arts. 9.3 y 53.1 CE).

V. Comentario final

La regulación articulada a través del art. 5.3 del Real Decreto 901/2020 pone de manifiesto que el legislador advierte y, en cierto modo, se preocupa por esta problemática. La opción adoptada, de preferencia de la composición sindical sobre la laboral, no es novedosa, es más, ha existido desde el momento de creación de la fórmula ad-hoc. Ahora bien, en esta regulación no hallamos un simple favorecimiento de un tipo frente a otro, sino, directamente, una eliminación total de la composición interna. Dicha falta de previsión de la comisión interna, a nuestro juicio, supone una limitación innecesaria, dada la frecuencia con que se producen estas situaciones y la necesidad de disponer de medios que permitan la participación de los trabajadores en la empresa.

Sabemos que para que los órganos ad-hoc puedan ser considerados como representantes legitimados es requisito inexorable que se determine expresamente en un precepto legal, lo cual se sustenta en el art. 37.1 CE, que dirige las reglas de legitimación a la normativa laboral específica. Es en base a ello, que no existe vía alternativa que nos permita encauzar la legitimación de la comisión ad-hoc de corte interno para la negociación de los planes en nombre de la plantilla. En consecuencia, si bien bajo esta configuración se encuadran órganos ad-hoc internos como los recogidos en el Estatuto³¹, no así lo hacen las “potenciales” comisiones internas de los planes de igualdad, pues ni tan siquiera existen. Cabe, por tanto, concluir que las comisiones ad-hoc compuestas por trabajadores no tienen encaje en la negociación de los planes de igualdad, tanto por la propia redacción del art. 5.3 RD 901/2020, como por tratarse el mismo de un precepto *ultra vires*.

³¹ Sentencias como la STS de 18 de marzo de 2014 (Rº. 114/2013, Sala de lo Social) y la STS de 27 de septiembre de 2017 (Rº. 121/2016, Sala de lo Social), afirman la naturaleza legal de los órganos ad-hoc, pero sólo de aquellos legitimados por el propio cuerpo de la norma. A este respecto, el segundo de los pronunciamientos citados dispone que la expresión “representación legal de los trabajadores” ha de interpretarse en el sentido de “que hace referencia a los representantes electos, a los sindicales y a los designados “ad hoc” para un caso concreto”.