

El complicado entramado normativo de planes de igualdad y protocolos en las empresas. Algunas reflexiones sobre protocolos anti-acoso y de gestión de la diversidad

The complicated regulatory framework of gender equality plans and protocols in companies. Some reflections on anti-harassment and diversity management protocols

Patricia Nieto Rojas

ORCID ID: 0000-0003-3734-3392

doi: 10.20318/labos.2023.7934

Resumen: En los últimos cuatro años, se han aprobado numerosas reformas legales (RD Ley 6/2019, Ley 15/2022, Ley 4/2023 y la ratificación por el estado español del CC 190 OIT) que incorporan numerosas y complejas obligaciones a las empresas para gestionar la igualdad y diversidad. Aquellas que den ocupación a cincuenta personas trabajadoras tendrán la obligación de implementar planes de igualdad y, con independencia de su dimensión, todas las empresas tendrán que negociar un protocolo de prevención frente a cualquier tipo de acoso y violencia en trabajo, con un mayor desarrollo para la detección y reparación del acoso sexual, acoso por razón de sexo y violencias sexuales. Finalmente, la ley 4/2023 mandata a la negociación colectiva a incorporar cláusulas que atienden a la diversidad sexual y emplaza a un ulterior desarrollo reglamentario la obligación contenida en el art. 15 y que se materializa en la obligatoria negociación de un conjunto de medidas y recursos para alcanzar la igualdad real y efectiva de las personas LGTBI, que incluya un protocolo de actuación para la atención del acoso o la violencia contra las personas LGTBI. En el presente artículo se analiza la complementariedad entre todos estos planes y protocolos y se valoran sus principales fortalezas y debilidades.

Palabras clave: Igualdad de género; planes de igualdad en las empresas; protocolos; diversidad; LGTBI.

Abstract: In the last four years, numerous legal reforms have been approved (RD Law 6/2019, Law 15/2022, Law 4/2023 and the ratification by the Spanish state of the ILO Convention 190) that incorporate numerous and complex obligations for companies to manage equality and diversity. Companies employing up to fifty workers will have the obligation to implement equality plans and, regardless of their size, all companies will have to negotiate a protocol for the prevention of any type of harassment and violence at work, with a greater deve-

*pnieto@der.uned.es

lopment for the detection and redress of sexual harassment, harassment based on sex and sexual violence. Finally, the law 4/2023 mandates collective bargaining to incorporate clauses that address sexual diversity, and it also requires a further regulatory development of the obligation contained in art. 15, which is materialized in the mandatory negotiation of a set of measures and resources to achieve real and effective equality of LGTBI people, including a protocol of action for the attention of harassment or violence against LGTBI people.

Keywords: Gender equality; equality plans in companies; harassment; procedures; diversity; LGTB.

1. La consecución de la igualdad en la empresa a través de la negociación colectiva

En los últimos cuatro años se han aprobado numerosas reformas en materia de igualdad (en primer lugar, el RD Ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación¹; tras él, la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación²; en tercer lugar, la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual³ y, en cuarto lugar, la más reciente Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI⁴ que consolidan un proceso de transición hacia un modelo flexible de regulación normativa, caracterizado por el retroceso de la fuente heterónoma en favor de la autonomía colectiva en la lógica de que la negociación colectiva es el instrumento idóneo para la gestión consensuada del principio de igualdad en el ámbito de las relaciones laborales.

Por su parte, el vigente Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva⁵ contiene sendos mandatos para seguir avanzando en medidas que contribuyan a eliminar las desigualdades que se producen en el ámbito de las empresas. A juicio de los firmantes del acuerdo, “la negociación colectiva es el ámbito adecuado para avanzar en las medidas legalmente establecidas y adaptarlas a las realidades de las empresas”. Por ello, los convenios colectivos en el ámbito de sus competencias deberán no solo realizar un tratamiento transversal de la igualdad entre mujeres y hombres en todos los contenidos del convenio colectivo sino, especialmente, debieran desarrollar aquellas materias que las distintas normas derivan a la negociación colectiva al tiempo que insta a establecer medidas que favorezcan la contratación y promoción de las mujeres, significadamente en sectores, empresas y ocupaciones donde están infrarrepresentadas.

La pertinencia de esta acción queda fuera de toda duda, máxime cuando el reconocimiento constitucional del principio de igualdad del trato y la prohibición de discrimi-

¹ BOE 8-3-2019.

² BOE 13-7-2022.

³ BOE 7-9-2022.

⁴ BOE 2-3-2023.

⁵ BOE 31-5-2023.

minación por razón de sexo (art. 14 CE), aun habiendo comportado un paso decisivo para el logro de la igualdad entre mujeres y hombres, ha resultado insuficiente, siendo el mercado de trabajo uno de los ejemplos más evidentes de esta desigualdad, tanto en términos de brecha salarial como en lo que hace a las tasas de actividad, temporalidad y parcialidad, consolidando un empleo feminizado intensamente segregado ocupacionalmente. La severidad de la crisis derivada de la COVID-19 ha constatado que en el mercado laboral se siguen reproduciendo desigualdades de género que son estructurales, y son asimismo el reflejo de un modelo de conciliación que se ha diseñado en España ignorando la existencia de dicha división sexual. Para revertir esta situación, el RDL 6/2019, de 1 de marzo, ordenó toda una relación de reformas, cuyo objetivo venía dirigido a reforzar el cumplimiento de estas obligaciones desde la negociación colectiva e impulsar la labor de los interlocutores sociales en la función de avanzar en la igualdad entre hombres y mujeres. En la exposición de motivos, se señalan los “resultados discretos, cuando no insignificantes”, conseguidos por las medidas promocionales de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres⁶ (en lo sucesivo LOIEMH), en la efectividad de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, el “claro retraso en el cumplimiento de los objetivos de igualdad”, la persistencia de “desigualdades intolerables en las condiciones laborales de mujeres y hombres”, “la brecha salarial que no ha sido reducida en los últimos años”, la “fuerte discriminación” de la mitad de la población, el reto de la Revolución Industrial 4.0 y de la digitalización, en la que las brechas de género se manifiestan en la infrarrepresentación de las mujeres en ciencia, tecnología, ingeniería y matemáticas, ámbitos de creación de los puestos laborales mejor remunerados, como las razones de extraordinaria y urgente necesidad que motivan la promulgación de una norma con rango de RD Ley.

En este difícil panorama la aprobación de una nueva norma integral y transversal en materia de empleo y ocupación, que contenga las garantías necesarias para hacer efectivo el principio de igualdad de trato y de oportunidades, con base en los artículos 9.2 y 14 de la Constitución Española, ha recibido el aval del TC en un reciente pronunciamiento –STC 18/2023–⁷. La medida más potente contenida en la LOIEMH es la exigida a todas las empresas de más de cincuenta personas trabajadoras que habrán de negociar un plan de igualdad, entendiendo este como un conjunto ordenado de medidas evaluables, 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 se configuran como herramientas sumamente útiles para corregir la desigualdad entre mujeres y hombres pues, atendiendo a su configuración legal, tendrán que contener una serie de medidas tendentes a corregir las carencias evidenciadas en la fase previa de diagnosis, fijando los

⁶ BOE 23-3-2007.

⁷ CASAS BAAMONDE, M. E. “Legislación excepcional de urgencia e igualdad de género en el empleo y la ocupación. La constitucionalidad 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”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, Vol. 5, 2023.

concretos objetivos a alcanzar, las acciones comprometidas para conseguirlos, los recursos dotados a tal finalidad, los plazos de consecución y las personas responsables de llevar a cabo tal cometido.

Por decisión legal, la negociación colectiva se convierte en el instrumento a partir del cual las empresas tendrán que avanzar en la consecución de acciones que logren la igualdad entre hombres y mujeres. La delegación del poder legislativo a la autonomía colectiva exige analizar las reglas de articulación entre el convenio aplicable en la empresa y el plan de igualdad, toda vez que la letra b) del art. 85.2 ET se limita a expresar que, allá donde rijan un convenio de sector, el plan de igualdad debe atenerse a los términos y condiciones establecidos en el mismo, “a través de las oportunas reglas de complementariedad”. Ahora bien, no pocos convenios de sector han establecido reglas sobre ámbito y contenidos vinculados a la igualdad, pero no se han clarificado las hipotéticas relaciones de conflicto ni cómo, en su caso, estos tienen capacidad modificativa, interpretativa o incluso anulatoria del convenio de sector con el que concurren.

La reforma operada por el RD Ley 6/2019 y el posterior desarrollo reglamentario (RD 901/2020⁸ y RD 902/2020⁹) suponen un esencial punto de inflexión “a la vista de la parca respuesta de la negociación colectiva, llamada a ser un aliado imprescindible e insustituible en este contexto. Así, esa normativa estatal introduce significativas modificaciones, previstas para dar cumplimiento al imperativo de los poderes públicos de adoptar medidas dirigidas a evitar situaciones patentes de desigualdad de las mujeres respecto de los hombres en las condiciones de trabajo, incluidas las acciones positivas, si razonables y proporcionadas en relación con el objetivo de igualdad perseguido en todas las fases de la relación laboral y aun antes, en el propio acceso al mercado de trabajo, y de carácter temporal en tanto subsistan las diferencias”¹⁰.

El propio legislador es consciente de la insuficiencia de la norma heterónoma para traducir a la práctica ese objetivo de eliminación o reducción de las diferencias laborales por razón de género. Por ello, tras la inicial previsión de la obligación de las políticas de empleo de priorizar la mayor participación y permanencia de las mujeres en el mercado de trabajo, verdadera acción positiva de carácter público, ex art. 42 LOIEMH, que después extiende también a la negociación colectiva (art. 43 del mismo texto legal), y esta última norma continúa en sus arts. 45 y ss. delegando en la negociación colectiva la capacidad reguladora principal en la consecución de la igualdad entre mujeres y hombres en cualesquiera condiciones de trabajo, como también expresan los arts. 17.4 y 85.1.2º y 22.3 ET. En este ánimo de reconocer el destacado papel que pueden asumir los agentes

⁸ Real Decreto 901/2020, de 13 de octubre, por el que se regulan los planes de igualdad y su registro y se modifica el Real Decreto 713/2010, de 28 de mayo, sobre registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo (BOE 14-10-2020)

⁹ Real Decreto 902/2020, de 13 de octubre, de igualdad retributiva entre mujeres y hombres (BOE 14-10-2020).

¹⁰ VALDEOLIVAS GARCÍA, Y. El papel reforzado de la negociación colectiva en el incesante y acelerado proceso de la igualdad de género en el trabajo. AAVV. “*Medidas de igualdad por razón de género en la negociación colectiva: XXXIV Jornada de estudio sobre negociación colectiva*”. Madrid: Ministerio de Trabajo y Economía Social, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, 2022, p. 23.

sociales en el desarrollo de acciones de impulso para la consecución de la igualdad en las empresas, el Dictamen elaborado por el CES al anteproyecto de ley de garantía de violencias sexuales¹¹ enfatizaba en la necesidad de reformular el texto para reconocer en él el decisivo papel de organizaciones sindicales y patronales pueden asumir en la prevención de cualquier tipo de violencia sexual en el entorno laboral.

También en la Ley 15/2022, de igualdad de trato, se enfatiza en el esencial papel que tienen los agentes sociales en la lucha contra la discriminación que sufren una multiplicidad de colectivos¹². Para ello, toma como referencia el artículo 14 de la Constitución y, junto a los seis motivos de discriminación recogidos en la normativa comunitaria (sexo, origen racial o étnico, discapacidad, edad, religión o creencias y orientación sexual), incorpora expresamente los de enfermedad o condición de salud, estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos, identidad sexual, expresión de género, lengua y situación socioeconómica, al tiempo que mantiene la cláusula abierta que cierra el mencionado artículo. Con esta decisión, se pretende hacer frente de manera omnicompreensiva a todas las formas de discriminación, atendiendo de manera particular a formas históricas de segregación.

Que el artículo 10 –apartados segundo y tercero– de la referida ley hagan una llamada a que la negociación colectiva pueda establecer medidas de acción positiva para prevenir, eliminar y corregir toda forma de discriminación en el ámbito del empleo y las condiciones de trabajo por las causas previstas en este nuevo marco normativo ha de ser valorado muy positivamente, aunque, ciertamente, la experiencia precedente no nos permita ser especialmente optimistas con esta delegación de poder¹³. Quizá por ello, el art. 33.2 de la referida ley abre la puerta a la aprobación de acciones consistentes en medidas económicas, comerciales, laborales, asistenciales o de otra naturaleza, destinadas a promover condiciones de igualdad de trato y no discriminación en el seno de las empresas o en su entorno social, por la sola iniciativa empresarial, en el marco de su estrategia de responsabilidad social empresarial; acciones sobre las que, en todo caso, se informará a los representantes de los trabajadores de las acciones adoptadas.

Se ha cuestionado si esta configuración legal no habrá sido un intento de esquivar a la negociación colectiva que ha mostrado hasta ahora poca implicación en las cuestiones relativas a la promoción de la igualdad. La necesaria formalización de acuerdos, que

¹¹ CES. Dictamen sobre el anteproyecto de ley orgánica de garantía integral de la libertad sexual. Sesión ordinaria 25 de noviembre de 2020, p. 27 y p. 36.

¹² Y así, el art. 2.1 establece que “nadie podrá ser discriminado por razón de nacimiento, origen racial o étnico, sexo, religión, convicción u opinión, edad, discapacidad, orientación o identidad sexual, expresión de género, enfermedad o condición de salud, estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos, lengua, situación socioeconómica, o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”. Como expresamente señala su exposición de motivos, la ley se caracteriza por ser integral respecto de los motivos de discriminación, tal y como se refleja en su Título Preliminar, que establece los ámbitos objetivo y subjetivo de aplicación.

¹³ NIETO ROJAS, P. “Cláusulas de empleo en la negociación colectiva sectorial: algunas tendencias”. *Revista de información laboral*, vol. 10, 2016, págs. 163-179.

siempre es compleja, se sustituye en favor de la actuación unilateral del empresario¹⁴, lo que puede agilizar la aplicación de estas medidas en la empresa, máxime a la luz de la escasa atención que este tipo de estrategias ha recibido en el tratamiento negocial, al menos en relación con la previsión contenida en el apartado cuarto del art. 17 ET como evidencia la estadística de convenios colectivos firmados en el año 2021, donde solo el 14,2% de los textos paccionados habían hecho uso de la facultad prevista en el apartado cuarto del art. 17 ET.

CONVENIOS COLECTIVOS DE TRABAJO			CCT	
REGISTRADOS HASTA JUNIO DE 2022				
FIRMADOS EN 2021				
CCT-I.3.1 CONVENIOS FIRMADOS Y SUS TRABAJADORES CON INFORMACIÓN SOBRE CLÁUSULAS CUALITATIVAS. TOTAL CONVENIOS 2020.				
TIPOS DE CLÁUSULAS	CONVENIOS		TRABAJADORES	
	Valores absolutos	En porcentaje (1)	Valores absolutos	En porcentaje (1)
Medidas de promoción de la igualdad de trato y oportunidades entre hombres y mujeres	547	39,44	1.780.302	38,45
En materia de contratación	481	34,68	1.509.542	32,61
En materia de formación	403	29,06	1.375.913	29,72
En materia de promoción	438	31,58	1.360.554	29,39
En materia de salarios	440	31,72	1.515.422	32,73
En materia de estabilidad en el empleo	314	22,64	1.154.276	24,93
Medidas de preferencia a favor del sexo menos representado (acciones positivas)	197	14,20	736.973	15,92
En materia de contratación	174	12,55	619.525	13,38
En materia de formación	125	9,01	694.996	15,01
En materia de promoción	139	10,02	608.790	13,15
En materia de adaptación de la jornada laboral a la vida familiar	132	9,52	709.819	15,33
Medidas para prevenir el acoso sexual o el acoso por razón de sexo	674	48,59	2.820.263	60,92
Medidas para la protección de las víctimas de violencia de género	501	36,12	2.128.755	45,98
Medidas de promoción de la igualdad de trato y oportunidades no discriminatorias	532	38,36	1.849.036	39,94

2. Aspectos críticos en el desarrollo negocial de los planes de igualdad. Interlocución y registro

El art. 26 de la Directiva 2006/54, de 5 de julio, relativo a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, determina que “los Estados miembros, de conformidad con la legislación, los convenios colectivos o las prácticas nacionales, alentarán a los empresarios y a los responsables del acceso a la formación a adoptar medidas eficaces para prevenir todas las formas de discriminación por razón de sexo y, en particular, el acoso y el acoso sexual en el lugar de trabajo, así como en el acceso al empleo, en la formación profe-

¹⁴ SÁNCHEZ-GIRÓN MARTÍNEZ, B. “El nuevo tratamiento de las medidas de acción positiva en la Ley 15/2022”, *Femeris*, vol. 8, núm. 2, 2023, p. 69.

sional y en la promoción”. La transposición de esta Directiva al ordenamiento jurídico español se efectuó a través de la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres que no solo se hizo bajo una evidente intención de incorporar la igualdad de género como un principio transversal, sino que incorporó dos singulares herramientas para la consecución de este objetivo: las medidas y los planes de igualdad (artículo 45 LOIEMH, en relación con los artículos 17 y 85 ET). Y así, “(...) sin perjuicio de la libertad de las partes para determinar el contenido de los convenios colectivos”, se impone un deber de negociar medidas dirigidas a promover la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en todos los convenios colectivos.

Cuando se aprobó esta Ley ya sostuvimos¹⁵ que la misma reflejaba “un proceso de transición hacia un modelo flexible de regulación normativa, caracterizado por el retroceso de la fuente heterónoma en favor de la autonomía colectiva como mecanismo regulador de las condiciones de trabajo, en la lógica de que la negociación colectiva es el instrumento idóneo para la gestión consensuada del principio de igualdad en el ámbito de las relaciones laborales”, y proseguíamos señalando que “el éxito de estos instrumentos y de cualquier medida que potencie la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres necesariamente tiene que conectarse con cambios de actitudes profundos, intensos y permanente y, a tal efecto, si las medidas o los planes de igualdad se acuerdan con la representación legal de las personas trabajadoras se consensua un marco de promoción de la igualdad avalado entre los encargados de su ejecución lo que, sin duda, incrementaría su eficacia”.

Desde esta óptica promocional, también el V AENC contiene un capítulo denominado “igualdad”, en el cual las partes firmantes señalan su compromiso de “*desarrollar medidas integrales para favorecer la igualdad laboral y salarial entre hombres y mujeres*”. Por decisión legal, la adopción de medidas para la consecución de la igualdad entre hombres y mujeres es desde el año 2007 contenido mínimo de todo convenio estatutario, sin perjuicio de que en las empresas de más de cincuenta personas trabajadoras en plantilla, esta negociación tenga que dirigirse a la aprobación de planes de igualdad en los términos y condiciones que se hubieran establecido en los indicados convenios para cumplimentar dicho deber a través de las oportunas reglas de complementariedad. Ahora bien, aunque la obligación legal para que las empresas estén mandatadas a negociar y, en su caso, acordar un plan de igualdad se vincula a que estas den ocupación a más de cincuenta personas trabajadoras, también cabe que sea el convenio colectivo aplicable el que cree esta obligación, toda vez que el art. 45.3 LOIEMH hace una llamada a la negociación colectiva extiende la obligación de negociar planes de igualdad bien a todas las empresas incluidas en su ámbito de aplicación, bien a las empresas que tengan un determinado número de personas trabajadoras, pudiendo reducir el umbral de trabajadores que prevé el art. 45.2 LOIEMH e incluso eliminarlo¹⁶.

¹⁵ NIETO ROJAS, P., “Medidas y planes de igualdad en las empresas. Proceso de creación e implantación.”, en Mercader Uguina, J. R. (ed.) *Comentarios laborales de la Ley de Igualdad entre Mujeres y Hombres*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 396.

¹⁶ Como ha recordado el TS, por todas, en STS de 13 de septiembre de 2018, Rec. 213/2017.

La mayor dificultad en la práctica negocial se ha ocasionado ante la ausencia de representación legal en muchas empresas obligadas a contar con un plan de igualdad; carencia que, conforme mandata el art. 5.3 RD 901/2020, tiene que ser suplida con una comisión sindical.

En algunos territorios y federaciones, las organizaciones sindicales están teniendo notables dificultades para atender esta demanda de interlocución y, ante este hecho, algunas empresas han decidido impulsar unilateralmente el plan de igualdad. El problema es cuando pretenden registrar este documento como plan de igualdad “no acordado”¹⁷, algunas empresas suelen obtener una resolución denegatoria de la autoridad laboral, habiendo sido objeto de atención judicial esta controversia. La primera sentencia conocida fue dictada por la STSJ Andalucía (Málaga) de 25 de enero de 2023¹⁸, que resuelve una demanda de impugnación de actos administrativo. El tribunal revoca la resolución de fecha 15 de septiembre de 2021, por la que se acordaba denegar la inscripción del plan de igualdad de la empresa y ordena que se proceda al registro e inscripción del referido plan, de conformidad con el artículo 6 RD 713/2010, de 28 de mayo, sobre registro y depósito de convenios colectivos de trabajo y planes de igualdad. Señala a este respecto el TSJ de Andalucía que “entender lo contrario implicaría aceptar que el cumplimiento de una obligación empresarial (la necesidad de elaboración y aplicación de un plan de igualdad en empresas de cincuenta o más trabajadores) se hace depender de la voluntad de un tercero distinto del sujeto obligado o, lo que es lo mismo, que la mera falta de respuesta de los sindicatos sería suficiente para impedir el cumplimiento de la obligación empresarial, con las consecuencias negativas que de ello puedan derivarse para la empresa.”.

La segunda cuestión que reviste interés es qué ocurre si el trámite administrativo de registro supera el plazo reglamentariamente previsto, es decir, la Administración no contesta en el plazo preceptivo. Pues bien, la STSJ Madrid de 30 de septiembre de 2022¹⁹ resuelve una demanda planteada por una empresa que, en diciembre de 2021, solicitó al Ministerio de Trabajo y Economía Social la expedición del certificado del silencio administrativo estimatorio, obteniendo una negativa a este pretensión. Recurre la empresa este acto administrativo y el TSJ recuerda que “el artículo 24.1.1.º de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, que regula el silencio administrativo en procedimientos iniciados a solicitud del interesado, establece que, sin perjuicio de la resolución que la Administración debe dictar en la forma prevista en el apartado 3 de este artículo, el vencimiento del plazo máximo sin haberse notificado resolución expresa, legitima al interesado o interesados para entenderla estimada por silencio administrativo, excepto en los supuestos en los que una norma con rango de ley o una norma de Derecho de la Unión Europea o de Derecho internacional aplicable en España establezcan lo contrario”, de manera, que, ante la falta de respuesta de la autoridad laboral, opera el silencio positivo.

¹⁷ Apartado 2.1 f) del registro público de convenios y planes, regulado en el RD 713/2010, de 28 de mayo, sobre registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo. (BOE 12-6-2010)

¹⁸ Recurso 180/2023.

¹⁹ Recurso 437/2022.

Más recientemente, la STSJ Madrid de 24 de febrero de 2023²⁰ advierte que, ante la ausencia de respuesta sindical, “la empresa se encuentra inerte para constituir la comisión negociadora de su plan de igualdad, habida cuenta de que carece de representación legal de los trabajadores y que los llamados a sustituirlos a estos efectos, conforme a lo dispuesto en el artículo 5.3 del Real Decreto 901/2020, esto es los sindicatos más representativos y los sindicatos representativos del sector al que pertenece y con legitimación para formar parte de la comisión negociadora del convenio colectivo de aplicación, no han accedido a integrarse en dicha comisión, por lo que no puede exigirse a la empresa que remueva obstáculos que no está en su mano eliminar, no pudiendo hacer nada para la constitución de dicha comisión”, y reconoce el derecho empresarial a registrar el plan, asimilando este texto a un plan adoptado sin acuerdo ante “la inexistencia de comisión negociadora por causa ajena a la voluntad de la empresa y no imputable a la misma que ha tratado reiteradamente de que fuera constituida”.

Evidentemente, esta doctrina judicial tiene una proyección mayor que la de entender registrado el plan, toda vez que el art. 71.1 d) Ley 9/2017²¹ contempla una verdadera prohibición de contratar para las empresas de 50 o más trabajadores que no cumplan con “la obligación de contar con un plan de igualdad conforme a lo dispuesto en el artículo 45 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad de mujeres y hombres” mientras que el art. 8e) RD Ley 1/2023²² señala que, para poder ser beneficiario de las ayudas en materia de contratación, las empresas legal o convencionalmente obligadas a tener un plan de igualdad deberán contar con este. Y este requisito “se entenderá cumplido con la inscripción obligatoria en registro público de conformidad con lo previsto en el artículo 11 del Real Decreto 901/ 2020, de 13 de octubre, por el que se regulan los planes de igualdad y su registro y se modifica el Real Decreto 713/2010, de 28 de mayo, sobre registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo”.

El registro del plan se configura, por lo expuesto, como un trámite constitutivo; no es un mero requisito formal ni se practica a los solos efectos de conocimiento y publicidad del plan, sino que solo a partir de la inscripción en registro, el plan de igualdad goza de virtualidad plena. Es más, en la medida en la que la obligación de registrar se deriva de lo establecido en el art. 46 LOIEMH, su incumplimiento tendría perfecto encaje en el art. 7.13 LISOS, de acuerdo al cual se considera infracción administrativa grave “*no cumplir las obligaciones que, en materia de planes y medidas de igualdad, establecen la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, el Estatuto de los Trabajadores o el convenio colectivo que sea de aplicación*”.

²⁰ Recurso 1360/2022.

²¹ Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (BOE 9-11-2017).

²² Real Decreto-ley 1/2023, de 10 de enero, de medidas urgentes en materia de incentivos a la contratación laboral y mejora de la protección social de las personas artistas (BOE 11-1-2023).

3. El papel de la empresa en la prevención de las violencias sexuales a través de medidas negociadas con la representación legal

La última Macroencuesta de Violencia contra la Mujer 2019²³ estima que un 40,4% de las mujeres habían experimentado, entre otras situaciones de acoso sexual, miradas lascivas persistentes, tocamientos indeseados o amenazas en el trabajo al haber rechazado propuestas sexuales. Señala también este informe que “del total de mujeres de 16 o más años residentes en España, el 6,5% ha sufrido violencia sexual en algún momento de su vida de alguna persona con la que no mantiene ni ha mantenido una relación de pareja”. Más preocupantes son los datos en el ámbito laboral: en la investigación “El alcance del acoso sexual en el trabajo en España”²⁴, elaborada por CCOO, advierte de que el 50,4% de las trabajadoras han sufrido algún tipo de acoso. Según este estudio, los comportamientos más habituales son aquellos considerados de menor intensidad, como por ejemplo la exhibición de materiales pornográficos, o comentarios groseros sobre su cuerpo o sobre el de otras trabajadoras, un 18,3% de las mujeres entrevistadas sufrió situaciones de acosos más intensas como roces o tocamientos por parte de compañeros, jefes o clientes (15,5% de las mujeres acosadas), invasión del espacio físico por parte de compañeros o jefes (61,8% de las mujeres acosadas), presiones para mantener relaciones o salir juntos (9,0% de las mujeres acosadas), chantaje de superiores para obtener mejoras a cambio de relaciones sexuales (11,8% de las mujeres acosadas) o asalto o agresión sexual por parte de alguien del trabajo (2,0% de las mujeres acosadas).

Ante este problema social de innegable magnitud, la aprobación de la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual²⁵ persigue la adopción y puesta en práctica de políticas efectivas, globales y coordinadas que garanticen la sensibilización, prevención, detección y la sanción de las violencias sexuales²⁶, contemplando que la acreditación de esta condición, al igual que ocurre con las víctimas de violencia de género, sea factible a través de una multiplicidad de instancias (v. gr. informe de los servicios sociales, de los servicios especializados en igualdad y contra la violencia de género, de los servicios de acogida destinados a víctimas de violencias sexuales de la Administración Pública competente, o de la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social, en los casos objeto de actuación inspectora; por sentencia recaída en el orden jurisdiccional social; o por cualquier otro título, siempre que ello esté previsto en

²³ El estudio en su integridad puede ser consultado en el siguiente enlace: https://violenciagenero.igualdad.gob.es/violenciaEnCifras/macroencuesta2015/pdf/Macroencuesta_2019_estudio_investigacion.pdf

²⁴ CCOO. El alcance del acoso laboral en España, accesible en: <https://www.ccoo-servicios.es/archivos/alcanceacoso.pdf>

²⁵ BOE 7-9-2022.

²⁶ Entendiendo como tal, conforme establece el art. 3 LO 10/2022, “cualquier acto de naturaleza sexual no consentido o que condicione el libre desarrollo de la vida sexual en cualquier ámbito... incluyendo el...digital. En todo caso se consideran violencias sexuales los delitos previstos en el Título VIII del Libro II. del Código Penal... el acoso con connotación sexual y la trata con fines de explotación sexual. Se prestará especial atención a las violencias sexuales... en el ámbito digital...”.

las disposiciones normativas de carácter sectorial que regulen el acceso a cada uno de los derechos y recursos –art. 37 LO 10/2022–.

Sin poder abordar en su integridad el alcance de los derechos laborales que la legislación reconoce a las víctimas²⁷, tenemos que analizar el alcance de la llamada hecha por el legislador a la negociación colectiva. Concretamente, el art. 12 de la ley, con el título “prevención y sensibilización en el ámbito laboral”, incluye medidas que complementan las recogidas en el art. 48 de la Ley Orgánica 3/2007 de 22 de noviembre, para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres, al tiempo que insta a la representación legal en el seno de la empresa a tener un activo papel en la lucha contra cualquier tipo de violencia y otras conductas contra la libertad sexual y la integridad moral en el trabajo²⁸, incidiendo especialmente en el acoso sexual y el acoso por razón de sexo. Con un evidente ánimo de mejorar la eficacia de estas medidas, se contempla que los procedimientos específicos creados para la prevención de estas situaciones y, en su caso, para dar cauce a las denuncias o reclamaciones que puedan formular quienes hayan sido víctimas de estas conductas se aplicarán a la integridad de la plantilla, pero también podrán beneficiarse las personas que estén en régimen de beca y el voluntariado y también, como no podía ser de otro modo, las personas que presten sus servicios a través de contratos de puesta a disposición.

En segundo lugar, mandata a las empresas a ofrecer formación para la protección integral contra las violencias sexuales a todo el personal a su servicio al tiempo que se emplaza a un ulterior desarrollo reglamentario la creación del distintivo de “Empresas por una sociedad libre de violencia de género”.

También en el vigente AENC se incorpora una expresa mención a “impulsar la prevención de las violencias sexuales y de hacer frente al grave problema de la violencia de género, así como de garantizar los derechos de sus víctimas”, para lo cual considera que debe reforzarse la actuación de la negociación colectiva para: a) promover condiciones de trabajo que garanticen empresas y centros de trabajo como espacios seguros y libres de violencias y acosos sexuales o por razón de sexo, así como la dignidad de las personas trabajadoras, evitando conductas contra la libertad sexual y la integridad en el trabajo; b) arbitrar procedimientos específicos o protocolos de actuación para la prevención y denuncia del acoso sexual y el acoso por razón de sexo, en línea con lo previsto en el artículo 48 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres y el artículo 12 de la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual; c) impulsar en los protocolos de acoso la incorporación de medidas “cautelares” de apoyo a las víctimas, a fin de garantizar su integridad y su continuidad en el empleo durante el desarrollo del procedimiento de denuncia. Cuando esté previsto en el protocolo de acoso o lo solicite la víctima, se asegurará la participación de la represen-

²⁷ Véase GOERLICH PESET, J. M.; ¿Qué ha pasado con los derechos laborales de las víctimas de la violencia sexual? <https://www.elforodelabos.es/2023/03/que-ha-pasado-con-los-derechos-laborales-de-las-victimas-de-violencia-sexual/>

²⁸ ÁLVAREZ CUESTA, H. “La protección laboral y social de las víctimas de violencias sexuales en la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual”, *Temas Laborales*, vol. 166, 2023, pp. 20-22.

tación legal de las personas trabajadoras o una delegación de esta. En todos los casos, se preservarán los principios de confidencialidad, celeridad, garantía de la intimidad e imparcialidad, protegiendo a la víctima y a las personas que participen en el procedimiento derivado de la denuncia, y d) impulsar la elaboración y difusión de códigos de buenas prácticas, la realización de campañas informativas, así como la sensibilización y formación para la protección integral contra las violencias sexuales (artículo 12 de la LO 10/2022, antes citada). En suma, es necesario avanzar en procedimientos de prevención cuya efectividad exigirá, en su contenido, la definición de los comportamientos prohibidos, la declaración de principios, compromiso de la empresa y de los directivos de tolerancia 0, promoción de que las víctimas denuncien, formación de los diversos operadores; procedimiento adecuado de denuncias, garantía de indemnidad de las víctimas que denuncien; así como una regulación del procedimiento sancionador (celeridad, confidencialidad, formación de la persona titular de la instrucción y tipificación de las infracciones gradualista y precisa).²⁹

4. La negociación de protocolos frente a cualquier tipo de acoso como obligación autónoma a la luz del Convenio 190 OIT

Dentro del ordenamiento jurídico español, la primera definición de acoso fue dada por el artículo 2 de la Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, que modificó la Directiva 76/207/CEE del Consejo relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo. Dicha directiva no solo proporcionó una definición de acoso sexual, sino que exige a las empresas y responsables del acceso a la formación a adoptar medidas para su prevención³⁰. Con posterioridad, la Resolución del Parlamento Europeo, de 11 de septiembre de 2018, sobre las medidas para prevenir y combatir el acoso sexual y psicológico en el lugar de trabajo, en los espacios públicos y en la vida política en la Unión³¹ pide a la Comisión que presente una propuesta destinada a combatir el acoso laboral y sexual en el lugar de trabajo, en los espacios públicos y en la vida política, en la que se incluya una definición exhaustiva y actualizada de acoso (sexual o de otro tipo) y de acoso laboral .

Por su parte, en el Convenio de Estambul, ratificado por el estado español³², el acoso es objeto de una tipificación expresa. Ciertamente, la definición que establece el Convenio de Estambul sobre el acoso³³, en su artículo 34, es muy amplia y el artículo 40

²⁹ SAEZ LARA, C. “Violencia sexual, mujer y trabajo”. *Revista Galega de Dereito Social - 2ª etapa: (RGDS)*, vol. 16, 2022, p. 38.

³⁰ Artículos vigentes 2.1.d), 2.2.a) y 26 de la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de julio de 2006 (refundición)

³¹ DOUE 23-12-2019.

³² Instrumento de ratificación del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011 (BOE 6-6-2014).

³³ Artículo 34: “un comportamiento amenazador contra otra persona que lleve a esta temer por su seguridad”.

establece que el acoso, en este caso sexual, “es un comportamiento no deseado, no verbal o físico, de carácter sexual que tenga por objeto o resultado violar la dignidad de una persona...” y concreta aún más diciendo que el acoso crea “un ambiente intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo”. Se trata de una definición claramente alineada con la que ofrece el artículo 2.1.d) de la Directiva 2006/54/CE, así como con la prevista en el artículo 2.d) de la Directiva 2004/113/CE, en las que el acoso sexual se define como: “la situación en que se produce cualquier comportamiento verbal, no verbal o físico no deseado de índole sexual con el propósito o el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo”. Definición que, con ligeras modificaciones, fue acogida por el art. 7 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

Hubo que esperar hasta el año 2009 para que la Inspección de Trabajo dictase el Criterio Técnico número 69³⁴ que no solo establece “la responsabilidad del empresario por conductas omisivas deriva de su posición de garante del pleno disfrute por los trabajadores que se encuentren a su servicio de los derechos básicos que componen la relación laboral” sino que también abre la puerta a la responsabilidad “por omisión o inacción cuando habiendo conocido o debido conocer los hechos no haya tomado las medidas suficientes y adecuadas para evitar la violación de los derechos de los trabajadores”. Ahora bien, sin perjuicio de la necesidad de avanzar en la eficacia de las medidas sancionadoras y, especialmente, en las reparadoras, es imprescindible mejorar la protección de las víctimas a través de un abanico de medidas no sólo centradas en el castigo a los agresores, sino también en la protección³⁵, siendo esencial el papel que pueden jugar los protocolos de prevención frente a cualquier tipo de acoso o violencia en el trabajo.

Cabe destacar también el impulso que ha supuesto la ratificación por el estado español³⁶ del Convenio 190 OIT³⁷, y su correspondiente Recomendación 206 sobre la Violencia y el Acoso³⁸ hasta el punto de haber sido calificado como “un momento histórico en la evolución normativa de la OIT”³⁹ al entender que este Convenio será incorporado a ese grupo de Convenios de la OIT (como pueden ser el Convenio 29 y 105 sobre trabajo forzoso; el Convenio 87 sobre libertad sindical; el Convenio 100 sobre igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor; el Convenio 138 sobre edad mínima de acceso al trabajo,

³⁴ Accesible en: https://www.mites.gob.es/itss/ITSS/ITSS_Descargas/Atencion_ciudadano/Criterios_tecnicos/CT_69_2009.pdf

³⁵ GARCÍA TESTAL, E. Convenio de Estambul y Unión Europea. BRIEF AEDTSS, 2023, <https://www.aedtss.com/convenio-de-estambul-y-union-europea/>

³⁶ Instrumento de adhesión al Convenio sobre la eliminación de la violencia y el acoso en el mundo del trabajo, hecho en Ginebra el 21 de junio de 2019 (BOE 16-6-2022).

³⁷ https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C190

³⁸ https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:R206

³⁹ MORENO SOLANA; A. “El impacto de la normativa internacional y europea en la regulación actual y futura del acoso, en especial, el ciberacoso o acoso digital”, en MERCADER UGUINA, J. R.; DE LA PUEBLA PINILLA, A. “Cambio tecnológico y transformación de las fuentes laborales. Ley y convenio colectivo ante la disrupción digital”. Valencia: Tirant lo Blanch, 2022, p. 277.

o el Convenio 155 sobre seguridad y salud de los trabajadores) que marcan el rumbo de las relaciones laborales de cada tiempo o época.

Entre sus principales fortalezas está la completa definición general donde incluye la violencia y el acoso en el entorno laboral⁴⁰. En ese ánimo de completitud, el Convenio se aplica a las situaciones que se producen durante el trabajo, en relación con el trabajo o como resultado del mismo, incluyendo todos los espacios donde el trabajador puede encontrarse, eso sí, dentro de la esfera laboral: lugares de descansos, de comida, de aseo, vestuarios, en los desplazamientos que se realizan como consecuencia del trabajo, en el alojamiento proporcionado por el empleador, en los trayectos entre el domicilio y el lugar de trabajo, y a través de las comunicaciones relacionadas con el trabajo, incluidas las realizadas a través de las nuevas tecnologías (acoso virtual o ciberacoso).

Por otro lado, también se recoge una definición concreta de violencia y acoso por razón de género, que incluye el acoso sexual sin que sea necesaria la reiteración y de la intencionalidad. El art. 4.2 del Convenio 190 insta a los Miembros a que adopten “un enfoque inclusivo, integrado y que tenga en cuenta las consideraciones de género” con el fin de prevenir y eliminar la violencia y el acoso en el mundo del trabajo. Y así, aunque la violencia y el acoso por razón de género generalmente la sufren las mujeres, puesto que no se indica que se trata de violencia y acoso por razón de género contra la mujer y la definición que se contiene en el Convenio está redactada de forma neutra, la víctima también podrá ser un hombre⁴¹.

Ahora bien, aunque el art. 46 LOIEMH establece la obligación para las empresas de incluir en el diagnóstico de los planes de igualdad las cuestiones relativas a la prevención del acoso sexual y el acoso por razón de sexo y el art. 12 LO 10/2022 insta a la realización de procedimientos para la detección, prevención y reparación de conductas que atenten contra la libertad sexual, la cuestión que tenemos que plantearnos es si la ratificación del Convenio 190 OIT extiende esta obligación negocial a la adopción de protocolos específicos para la prevención contra cualquier tipo de violencia en el trabajo, incluyendo una declaración de tolerancia cero con estas actitudes, pero también la creación de procedimientos para la canalización de denuncias. A nuestro juicio, las empresas deben “promover condiciones de trabajo que eviten la comisión de delitos y otras conductas contra la libertad sexual y la integridad moral en el trabajo, incidiendo especialmente en el acoso sexual y el acoso por razón de sexo, incluidos los cometidos en el ámbito digital” (art. 48 LOIEMH), insistiendo en la necesidad de que los protocolos integren una prevención primaria con una evaluación de riesgos psicosociales para seguidamente incorporar la realización de una serie de actuaciones de concienciación y sensibilización, así como de formación e información frente a las conductas de acoso.

Igualmente es necesario diseñar un procedimiento ágil de resolución si la situación de acoso se ha producido, generalmente mediante dos vías: en primer lugar, el de-

⁴⁰ MOLINA NAVARRETE, C., *El ciberacoso en el trabajo. Cómo identificarlo, prevenirlo y erradicarlo en las empresas*, Madrid: Wolters Kluwer, 2019, p. 418.

⁴¹ MORENO MÁRQUEZ, A. “El convenio 190 de la OIT sobre violencia y acoso en el trabajo y sus implicaciones en el ordenamiento laboral español”, *Temas laborales*, vol. 166, 2023, p. 101.

nominado procedimiento informal, de corta duración, donde interviene un mediador, que es una persona de la empresa con formación para la resolución de problemas de este tipo; y, en segundo lugar, el procedimiento formal, más pautado y con un proceso de instrucción más procedimentalizado. Tanto en uno como en otro caso, se han de incorporar mecanismos ágiles para la apertura de expedientes de investigación sobre la conducta de acoso, en los que prime la transparencia y confidencialidad. Además, es necesario incorporar dentro de su ámbito material cualquier actos o conductas que se produzcan en el ámbito de la organización de la empresa, independientemente del lugar en el que estas conductas se produzcan, siempre que tengan el propósito o, sin tenerlo, produzcan el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando se cree un ambiente intimidatorio, degradante u ofensivo. A este respecto, y teniendo en cuenta las particularidades de la discriminación y su habitual origen en conductas, actos u omisiones, personales y voluntarias, normalmente dolosas⁴², es necesario ampliar el ámbito de los protocolos para que se puedan canalizar en ellos cualquier tipo de conducta discriminatoria que pudiera atentar contra la dignidad de la persona.

Se aboga en este trabajo por la negociación de un protocolo de prevención frente a situaciones acoso (adoptado en un único documento). El mismo debiera contener todos los tipos de acoso, su definición, alcance y conductas que los identifican, y que estableciera una batería de medidas de prevención primaria, que implicaría la realización de una evaluación de riesgos psicosociales y el establecimiento de medidas preventivas y actuaciones de concienciación y sensibilización, formación e información frente a las conductas de acoso; seguidamente, habría de incorporar medidas de prevención secundaria o medidas de protección, que implicaría la identificación y detección de conductas, actuaciones y comportamientos en una empresa que pueda ocasionar o que favorezcan la aparición de situaciones de acoso y, finalmente, medidas de prevención terciaria para paliar, reponer y/o restituir a la víctima. Aquellas compañías que ya cuenten con su protocolo deben revisar su contenido para incluir en él medidas específicas de prevención de conductas de violencia sexual, de conductas contra la integridad moral y las cometidas en el ámbito digital si estas no hubieran sido incorporadas en el protocolo en vigor⁴³.

De la práctica comercial precedente podemos insistir en que tan importante es la existencia de estos protocolos como su implementación pues se ha de evitar en todo momento la revictimización de la persona acosada. De igual modo, la empresa debiera garantizar el derecho a invocar el protocolo con garantías de no conllevar tal acción ningún tipo de represalia o trato desfavorable por incoar una denuncia.

Con el objetivo de reforzar la transparencia de este tipo de actuaciones, el art. 12 RD 901/2020 permite “el depósito voluntario las medidas, acordadas o no, que sean adoptadas conforme a los artículos 45.1 y 48 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de mar-

⁴² GONZÁLEZ DEL REY, I. “Garantías judiciales y administrativas de la igualdad de trato y la no discriminación en el trabajo en la Ley 15/2022”, *Femeris*, Vol. 8, núm. 2, 2023, p. 16

⁴³ RODRÍGUEZ GARCÍA, S. “La garantía integral de la libertad sexual en las relaciones laborales”, *Revista Ministerio de Trabajo y Economía Social*, vol. 155. 2023, p. 155.

zo, para prevenir la discriminación entre mujeres y hombres, así como las medidas específicas para prevenir el acoso sexual y el acoso por razón de sexo en el trabajo”. Y aunque ciertamente, los protocolos anti-acoso se ponen en marcha una vez se ha producido la conducta con el fin de dar cauce a las denuncias y dar un tratamiento correcto al conflicto en el seno de la empresa tomando, en su caso, las medidas protectoras y sancionadoras oportunas y, por tanto, poseen un carácter eminentemente defensivo o reactivo, tienen también una función preventiva en cuanto que la adecuada protección y respaldo empresarial a la víctima funcionan como elemento de disuasión de futuras conductas⁴⁴. Sin embargo, no parece distinguirse demasiado bien en la redacción del art. 12 LO 10/2022 cuál sería, si la hubiera, la diferencia de los procedimientos señalados como obligatorios en el párrafo primero respecto a la prevención, habida cuenta las buenas prácticas y los protocolos de actuación redundarán en la evitación de los comportamientos denostados. Y tampoco se entiende la ausencia de deber de negociación en los protocolos anteriores y sí a la hora de, por ejemplo, difundir buenas prácticas⁴⁵.

5. La adopción de medidas negociadas destinadas a la promoción de la orientación y diversidad sexual

En el ámbito de la Organización de Naciones Unidas, se han adoptado diferentes documentos y recomendaciones que han contribuido a elevar los estándares internacionales de respeto y protección del derecho a la integridad y a la no discriminación de las personas LGTBI⁴⁶. En el ámbito comunitario, una encuesta de la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (FRA) constató que, en realidad, la discriminación en la UE por motivos de orientación sexual, identidad o expresión de género y características sexuales estaba aumentado: el 43% de las personas LGBT declararon haberse sentido discriminadas en 2019, frente al 37 % en 2012, y en el ámbito laboral, las personas LGBTIQ siguen sufriendo discriminación en el proceso de contratación, en el lugar de

⁴⁴ ALTÉS TÁRREGA, J. A.; ARADILLA MARQUÉS, M. J. “Teletrabajo, violencia y acoso y Convenio 190 OIT”, *Temas laborales*, vol. 166, 2023, p. 78.

⁴⁵ Muy críticas, en tesis que compartimos con la redacción legal. ÁLVAREZ CUESTA, H. “La protección laboral y social de las víctimas de violencias sexuales en la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual”, op. cit. p. 17; RODRÍGUEZ GARCÍA, S. “La garantía integral de la libertad sexual en las relaciones laborales”, op. Cit. p. 156

⁴⁶ A este respecto, pueden mencionarse varias resoluciones del Consejo de Derechos Humanos, como la Resolución adoptada el 17 de junio de 2011 (A/HRC/RES/17/19) “Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género”; la Resolución adoptada el 26 de septiembre de 2014 (A/HRC/RES/27/32) “Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género”; o la Resolución adoptada el 30 de junio de 2016 (A/HRC/RES/32/2) “Protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género”. También el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos se ha pronunciado en repetidas ocasiones sobre la cuestión de la discriminación y la violencia que sufre este colectivo, como en su informe A/HRC/29/23, de 4 de mayo de 2015, y ha establecido una serie de recomendaciones para la igualdad de trato y no discriminación de las personas LGTBI que han inspirado a muchos Estados en sus respectivas políticas y legislaciones

trabajo y al final de la carrera profesional, al contrario de lo que establece la legislación de la UE al respecto⁴⁷.

A la luz de estos datos, el art. 14.3 de la recién aprobada Ley 4/2023, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI, insta a las Administraciones Públicas a “impulsar, a través de los agentes sociales, así como mediante la negociación colectiva, la inclusión en los convenios colectivos de cláusulas de promoción de la diversidad en materia de orientación sexual, identidad sexual, expresión de género y características sexuales y de la diversidad familiar y de prevención, eliminación y corrección de toda forma de discriminación de las personas LGTBI, así como de procedimientos para dar cauce a las denuncias”. En este ánimo promocional, el vigente AENC incorpora por primera vez un capítulo destinado a la “Diversidad. LGTBI” en él que las organizaciones empresariales y sindicales advierten de “la necesidad de fomentar la diversidad de las plantillas, aprovechando el potencial humano, social y económico que supone esta diversidad” al tiempo que mandata a los negociadores sociales a que incorporen en los convenios medidas para conseguir:

- a) Promover plantillas heterogéneas; b) crear espacios de trabajo inclusivos y seguros; c) favorecer la integración y la no discriminación al colectivo LGTBI en los centros de trabajo a través de medidas específicas, de conformidad con lo previsto en el artículo 15.1 de la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI y d) asegurar que los protocolos de acoso y violencia en el trabajo contemplen la protección de las personas LGTBI en el ámbito laboral. Con esta decisión, nuevamente se deriva la responsabilidad a los agentes sociales y a la negociación colectiva para que incluyan cláusulas de promoción de la diversidad en materia de orientación sexual, identidad sexual, expresión de género y características sexuales y de la diversidad familiar, así como medidas que avancen en la prevención, eliminación y corrección de toda forma de discriminación de las personas LGTBI al tiempo que se remite a la autonomía colectiva la fijación de procedimientos para dar cauce a las denuncias. Hasta la fecha, son escasos los convenios que realizan propuestas novedosas o incorporan buenas prácticas capaces de servir como ejemplo, más allá de la consabida referencia a la prohibición de discriminar por tales motivos.

Finalmente, se ha de tener en cuenta que el art. 15.1 de la Ley 4/2023, de 28 de febrero para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI, impone una nueva obligación a las empresas de más de cincuenta personas trabajadoras que deberán contar, en el plazo de doce meses a partir de la entrada en vigor de la ley, es decir, antes del 2 de marzo de 2024, con un conjunto

⁴⁷ COM(2020) 698 final. Unión de la Igualdad: Estrategia para la Igualdad de las Personas LGBTIQ 2020-2025.

planificado de medidas y recursos para alcanzar la igualdad real y efectiva de las personas LGTBI, que incluya un protocolo de actuación para la atención del acoso o la violencia contra las personas LGTBI.

El nuevo marco regulatorio, pendiente de desarrollo reglamentario, supone una revisión de nuestro modelo de negociación colectiva, toda vez que dice el texto legal que estas medidas serán “pactadas a través de la negociación colectiva y acordadas con la representación legal de las personas trabajadoras”, lo que lleva plantearse si esta nueva obligación exige a las empresas alcanzar necesariamente un acuerdo con la representación legal, debiendo resolver qué ocurre ante un bloqueo negocial en la adopción de estas medidas. Evidentemente, el mejor escenario es que el conjunto de medidas sea acordado, pues, de no ser así, los mismos suelen formar parte de los códigos éticos de las empresas, y siendo así, éstas suelen auto atribuirse la instrucción y la resolución del presunto acoso⁴⁸ lo que debilita su eficacia, ante un bloqueo negocial, las partes habrían de poder someter la discrepancia a los sistemas autónomos de resolución de conflictos, como expresamente contempla el art. 5.6 RD 901/2020 para los planes de igualdad, pero debiera admitirse reglamentariamente que, ante la ausencia del acuerdo, este conjunto de medidas pueda adoptarse unilateralmente.

En todo caso, el objetivo general de estos protocolos pasaría por definir el marco de actuación en relación con los casos de acoso por razón de orientación sexual, de identidad de género y de expresión de género, promoviendo la paralización cautelar del acto o sus consecuencias, su investigación y la ejecución, si procede, de actuaciones reactivas: formativas, mediadoras, reparadoras, sancionadoras, etc., y garantizando que los hechos no vuelvan a repetirse.

En suma, el deber por parte de las empresas cristaliza en dos grandes obligaciones de gestión integral: de un lado, en su dimensión preventiva (evaluación y formación) y, de otro lado, desde una perspectiva promocional (sensibilización) de la violencia como riesgo profesional⁴⁹ en línea con lo dispuesto con el artículo 9 del Convenio 190 OIT, que ordena a los Estados miembros adoptar leyes que obliguen a las empresas a implantar todas las medidas necesarias para prevenir el acoso y la violencia en los lugares de trabajo, también por razón de orientación sexual.

6. A modo de conclusión

Al margen de la mayor o menor congruencia y acierto en la técnica legislativa utilizada, el hecho de que varias normas de diverso alcance, a saber (Ley 4/2023, LO 10/2022 y Ley 15/2022) contemplen una llamada a la negociación colectiva obliga a a reconsiderar la técnica jurídica para su delimitación y, lo que es más importante, cuáles son los

⁴⁸ MORALES ORTEGA, J. M. “Medidas empresariales de diversidad e inclusión para el colectivo LGTBI: Un análisis jurídico laboral”, *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, vol. extra número 1, 2022, p. 247.

⁴⁹ Crítica con la escasa atención convencional a los riesgos psicosociales, ARBONÉS LAPENA. H. *Violencia en el trabajo: el acoso sexual*. Albacete: Bomarzo, 2019, p. 60.

diversos espacios que cada uno de los productos que surgen de la autonomía colectiva, con eficacia personal general y normativa, están asumiendo para la consecución de la igualdad en la empresa.

La gestión de la diversidad se erige en un nuevo contenido negocial y el objetivo de este artículo se ha centrado en analizar cuál es el alcance de este deber y los primeros problemas aplicativos. A este respecto, es evidente que se establece una genuina relación de complementariedad entre ley y convenio, y que, en el caso que aquí interesa, llega a modular de manera vigorosa la libertad negocial de los sujetos colectivos para intervenir en la obligatoria previsión de ciertos contenidos. Expresión que se compadece fielmente con el alto valor jurídico y la consideración como cuestión de orden público que expresa la igualdad por razón de género, que en el mundo del trabajo se actualiza también mediante la negociación colectiva, capaz de comprometer o promover y asegurar la igualdad de condiciones de trabajo entre mujeres y hombres⁵⁰.

Al tiempo, es necesario conocer el desarrollo reglamentario previsto en la Ley 4/2023 para saber el alcance de las obligaciones empresariales, teniendo en cuenta que, como hemos tratado de argumentar en este trabajo, los cimientos sobre los que se construyen los planes de igualdad regulados en la LOIEMH no atienden y, a mi juicio, no debieran ampliar su ámbito hasta convertirse en planes de gestión de la diversidad lo que no significa –o no debiera significar– que las personas trans queden excluidas de una atención específica que se materializará, en su caso, en la elaboración de un diagnóstico de situación, que está en la base de toda batería de medidas antidiscriminatorias.

Aunque la doctrina había planteado que “lo deseable hubiese sido que en las recientes reformas de la normativa de planes de igualdad se hubiese ampliado su campo de actuación incluyendo o, cuando menos, sugiriendo la posibilidad de incluir a otros colectivos de modo que se respondiese a nuevas –o no tan nuevas– realidades; y que requieren de medidas de neutralización de su discriminación”⁵¹, a nuestro juicio, esta decisión estaría desnaturalizando la esencia de los planes de igualdad, máxime cuando todavía no se ha alcanzado la igualdad real entre mujeres y hombres. Por tanto, creemos que es necesario diferenciar dos obligaciones negociales: una, la tendente a garantizar la existencia de buenos planes de igualdad entre hombres y mujeres en todas las empresas obligadas y ello no debería ser un obstáculo para afrontar esos otros factores discriminatorios; algunos de los cuales, desde un punto de vista cualitativo, presentan iguales o mayores problemas laborales y que requieren obligaciones negociales que tengan en cuenta estas singulares circunstancias.

En suma, el mejor escenario es que estos instrumentos alcancen el consenso con los representantes de las personas trabajadoras a partir de un previo diagnóstico conjunto

⁵⁰ VALDEOLIVAS GARCÍA, Y. “El papel reforzado de la negociación colectiva en el incesante y acelerado proceso de la igualdad de género en el trabajo. AAVV. “*Medidas de igualdad por razón de género en la negociación colectiva: XXXIV Jornada de estudio sobre negociación colectiva*”. Madrid: Ministerio de Trabajo y Economía Social, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, 2022”, cit. p. 25

⁵¹ MORALES ORTEGA, J. M. La presencia del colectivo LGTBI+ en la negociación colectiva. AAVV. “*Realidad social y discriminación: Estudios sobre diversidad e inclusión laboral*”. Murcia: Laborum, 2022, p. 102.

sobre dónde se encuentran los frenos a la plena igualdad al tiempo que se deben establecer medidas concretas de actuación específicas para cada caso en función del diagnóstico realizado, con determinación de su plazo de ejecución y su priorización. Tan importante es esta diagnosis como los medios y recursos necesarios para su implantación, instando al desarrollo de sistemas de evaluación de los resultados logrados y, en el caso de se observen desviaciones entre los objetivos programados y resultados conseguidos, se habrán de adoptar medidas correctoras.

7. Bibliografía citada

- ARBONÉS LAPENA. H. *Violencia en el trabajo: el acoso sexual*. Albacete: Bomarzo, 2019.
- ALTÉS TÁRREGA, J. A.; ARADILLA MARQUÉS, M. J. “Teletrabajo, violencia y acoso y Convenio 190 OIT”, *Temas laborales*, vol. 166, 2023, p. 78.
- ÁLVAREZ CUESTA, H. “La protección laboral y social de las víctimas de violencias sexuales en la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual”, *Temas laborales*, vol. 166, 2023.
- CASAS BAAMONDE, M. E. “Legislación excepcional de urgencia e igualdad de género en el empleo y la ocupación. La constitucionalidad 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”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, Vol. 5, 2023.
- GOERLICH PESET, J. M.; ¿Qué ha pasado con los derechos laborales de las víctimas de la violencia sexual? <https://www.elforodelabos.es/2023/03/que-ha-pasado-con-los-derechos-laborales-de-las-victimas-de-violencia-sexual/>
- GONZÁLEZ DEL REY, I. “Garantías judiciales y administrativas de la igualdad de trato y la no discriminación en el trabajo en la Ley 15/2022”, *Femeris*, Vol. 8, núm. 2, 2023.
- MOLINA NAVARRETE, C., *El ciberacoso en el trabajo. Cómo identificarlo, prevenirlo y erradicarlo en las empresas*, Madrid: Wolters Kluwer, 2019.
- MORALES ORTEGA, J. M. “Medidas empresariales de diversidad e inclusión para el colectivo LGTBI: Un análisis jurídico laboral”, *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, vol. extra número 1, 2022.
- M. La presencia del colectivo LGTBI+ en la negociación colectiva. AAVV. “Realidad social y discriminación: Estudios sobre diversidad e inclusión laboral”. Murcia: Laborum, 2022,
- MORENO MÁRQUEZ, A. “El convenio 190 de la OIT sobre violencia y acoso en el trabajo y sus implicaciones en el ordenamiento laboral español”, *Temas laborales*, vol. 166, 2023,
- MORENO SOLANA; A. “El impacto de la normativa internacional y europea en la regulación actual y futura del acoso, en especial, el ciberacoso o acoso digital”, en

- MERCADER UGUINA, J. R.; DE LA PUEBLA PINILLA, A. “Cambio tecnológico y transformación de las fuentes laborales. Ley y convenio colectivo ante la disrupción digital”. Valencia: Tirant lo Blanch, 2022, p. 277.
- NIETO ROJAS, P. “Cláusulas de empleo en la negociación colectiva sectorial: algunas tendencias”. *Revista de información laboral*, vol. 10, 2016.
- “Medidas y planes de igualdad en las empresas. Proceso de creación e implantación.”, en Mercader Uguina, J. R. (ed.) *Comentarios laborales de la Ley de Igualdad entre Mujeres y Hombres*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.
- RODRÍGUEZ GARCÍA, S. “La garantía integral de la libertad sexual en las relaciones laborales”, *Revista Ministerio de Trabajo y Economía Social*, vol. 155, 2023.
- SAEZ LARA, C. “Violencia sexual, mujer y trabajo”. *Revista Galega de Dereito Social - 2ª etapa: (RGDS)*, vol. 16, 2022,
- SÁNCHEZ-GIRÓN MARTÍNEZ, B. “El nuevo tratamiento de las medidas de acción positiva en la Ley 15/2022”, *Femeris*, vol. 8, núm. 2, 2023.
- VALDEOLIVAS GARCÍA, Y. “El papel reforzado de la negociación colectiva en el incesante y acelerado proceso de la igualdad de género en el trabajo. AAVV. “*Medidas de igualdad por razón de género en la negociación colectiva: XXXIV Jornada de estudio sobre negociación colectiva*”. Madrid: Ministerio de Trabajo y Economía Social, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, 2022