

El Tribunal Supremo confirma la validez del diagnóstico de situación de los planes de igualdad realizados antes de la reforma nacida del RD-ley 6/2019.

Pilar Rivas Vallejo

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Barcelona

Resumen: *Es válido el diagnóstico previo a la negociación del plan de igualdad cuando se realizó con anterioridad a la reforma operada por RD-ley 6/2019, por el que se modifica el art. 46.2 de la LO 3/2007, cuya entrada en vigor no exige retroacción de la fase de diagnóstico ni tampoco la invalida, salvo que tampoco se ajustara a la legalidad vigente en el momento de su realización, conforme al principio tempus regit actum. El Tribunal Supremo confirma la sentencia de la Audiencia Nacional 134/2019, 12 de noviembre.*

Palabras clave: *Planes de igualdad. Diagnóstico. Negociación. Validez del plan.*

Abstract: *The diagnosis prior to the negotiation of the equality plan is valid when made prior to the reform operated by RD-law 6/2019, by which art. 46.2 of the LO 3/2007, whose entry into force does not require feedback from the diagnostic phase nor does it invalidate it (principle tempus regit actum), unless diagnosis does not comply with the legislation in force at the time it was carried out. Supreme Court confirms Judgment 134/2019 from National Audience.*

Keywords: *Gender equality plans. Diagnosis. Collective bargaining. Plan's validity.*

I. Introducción

El diagnóstico previo a la planificación de la igualdad en la empresa, en los términos indicados por el art. 46.2 de la LO 3/2007, de 22 de marzo, *para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres* (en adelante LOI), tras su reforma por el 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*, se convirtió en uno de los elementos a negociar entre empresa y representación legal del personal, junto con el propio plan de igualdad. Estos nuevos parámetros introdujeron una serie de dudas acerca de los planes de igualdad vigentes a la fecha de su entrada en vigor, y, especialmente, de los que se encontraban en elaboración en tal fecha, o en fase de diagnóstico de situación previo, cuando este no hubiera sido objeto de negociación previa (art. 46.2 LOI), que el reglamento de aplicación, aprobado por Real Decreto 901/2020, de 13 de octubre, vino a solventar.

La sentencia objeto de comentario aborda aquella situación transicional para validar el diagnóstico que se ejecutó antes de la entrada en vigor del RD ley 6/2019, bajo el marco legal vigente en la fecha de su elaboración, como declaró la resolución

de la que trae causa, dictada por la sala social de la Audiencia Nacional, número 134/2019, 12 de noviembre, que resolvió las demandas acumuladas números 195/2019 y 244/2019, en procedimiento de conflicto colectivo, pues el nuevo marco legal no invalida los actos válidos anteriores ni el plan de igualdad al que dieron lugar. Dicha sentencia ya fue objeto de comentario en el número 2/2020 de esta misma revista, al que se remite el análisis jurídico de las distintas cuestiones que se suscitaron en la demanda y que planteó la reforma acometida por el RD Ley 6/2019.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Supremo, Sala social.

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 590/2021, de 1 de junio.

Tipo y número recurso o procedimiento: RCO núm. 32/2020.

ECLI:ES:TS:2021:2276.

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Excmo. Sr. D. Sebastián Moralo Gallego.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

1. El diagnóstico de igualdad previo a la construcción del plan de igualdad

El problema que se suscita en la sentencia comentada es el de la validez de un diagnóstico previo al diseño de un plan de igualdad cuando, entre una y otra fase de la planificación en materia de igualdad en las empresas ordenada por la Ley Orgánica 3/2007 (arts. 45 y 46.2), ha mediado una reforma normativa que afecta a la forma del diagnóstico previo. Es decir, si el cambio normativo implica la nulidad de lo actuado hasta ese momento o si, por el contrario, sólo implica la posterior adaptación al nuevo marco legal.

2. Los hechos

La demanda de conflicto colectivo presentada por Central Sindical Independiente y de Funcionarios (CSI-F) y Confederación General del Trabajo (CGT) contra Atento Teleservicios España, SA, Unión Sindical Obrera (USO), Confederación Sindical de Comisiones Obreras (CCOO), Federación de Asociaciones Sindicales (Fasga), Euzko Langilleen Alkartasuna (ELA-STV), Unión General de Trabajadores (UGT), Confederación Sindical Galega (C.I.G.) y Sindicato de Trabajadores de Comunicaciones (STC), en solicitud de la nulidad del plan de igualdad, fue desestimada por la Sala Social de la Audiencia Nacional. En dicho pleito alegaban haberse cerrado las negociaciones por la empresa sin acuerdo, con la consiguiente constitución de nueva mesa negociadora, que no se ajustaba a los parámetros fijados en el art. 46.2 LO 3/2007 tras su reforma por RDL 6/2019, de 1 de marzo, y no haberse negociado el diagnóstico con la representación legal del personal; la imposibilidad de negociar un protocolo de prevención del acoso sexual y por razón de sexo como exige el art. 46.2.i) LOI, sin un diagnóstico actualizado y negociado; y la no aportación de la empresa en su diagnóstico de los datos desglosados por centro de trabajo y provincia. En el recurso, por el contrario, centra las alegaciones de los recurrentes CSIF, CGT y CIG la nulidad del plan como consecuencia de la falta de negociación del diagnóstico previo.

El Plan de Igualdad impugnado por los demandantes comenzó a negociarse en el año 2015, con celebración de reuniones en distintos días de 2015, 2016, 2017, 2018 y 2019; en este último caso, en febrero, marzo y mayo. En la reunión de 20 de marzo de 2019, se afirma por los demandantes que debía cerrarse la negociación, con propuesta final de acuerdo para su firma, si bien, con posterioridad, en el mes de

mayo, la empresa volvió a convocar a las partes a una nueva reunión, presentando en esta una nueva propuesta, valorada negativamente por la representación del personal, que asimismo observó que el diagnóstico previo de la situación no había sido objeto de negociación según lo dispuesto en el art. 46 de la LOI en su redacción posterior RD Ley 6/2019, de 1 de marzo.

La empresa confirmó como definitiva su propuesta, suscrita por tres de los sindicatos demandados (CCOO, UGT y USO), que sumaban el 55,8% de la representatividad de la comisión negociadora (compuesta por representantes de UGT, CGT, CCOO, STC, USO, CSIF, FASGA, ELA, CIG y STAS). El diagnóstico, realizado en el año 2015, con una actualización de 30 de junio de 2018, se concluye, tras su externalización con una empresa especializada, para su presentación en la reunión de 29 de enero 2019. Tras sucesivas reuniones, se adopta finalmente el plan el 4 de junio de 2019. La empresa considera este iter como cierre de la negociación, mientras que los demandantes consideraron que esta fue abandonada. Como hecho de especial relevancia la sentencia comentada subraya que las últimas de las reuniones tuvieron lugar tras la entrada en vigor de la norma litigiosa en marzo de 2019, pero que no es hasta la celebrada en fecha de 21 de mayo de 2019 cuando se insta la negociación de un nuevo diagnóstico por el sindicato CGT, sin indicar en qué entiende insuficiente el ya realizado.

IV. Posición de las partes

Las recurrentes sostienen la nulidad del plan como consecuencia de la que alegan ser una infracción sobrevenida de la normativa aplicable, es decir, por no responder el diagnóstico de situación al nuevo marco legal en cuanto a su negociación, si bien alegando el incumplimiento de preceptos distintos: en cuanto al sindicato CSIF, infracción de la disposición final segunda 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, en relación con el 2.2 del Código Civil y su disposición transitoria 2ª "sobre actos y contratos celebrados bajo disposición anterior", en relación con el principio general del derecho de modernidad de aplicación preferente de la norma más moderna, infracción del art. 28 CE, en relación con el art. 37 CE, y las SSTTS, de 9 de mayo de 2017 -rec. 85/16- y de 13 de noviembre de 2018 -rcud. 832/2018-, así como del art. 86.1 CE; por su parte, CGT, a cuyo recurso se adhiere CIG, alega infracción de los arts. 4 y art 46.2 LOI 3/2007 de 22 de marzo, en su versión del D.L. 6/2019, de 1 de marzo, así como del art 85 ET.

Si en la demanda de origen imputan al plan otros defectos que apoyan su nulidad (insuficiencia del diagnóstico de la situación, por falta de desglose de los datos por centro, falta de negociación del diagnóstico y falta de un protocolo para la prevención del acoso por razón de sexo, mientras que CGT añadía además vulneración del derecho a la libertad sindical en su vertiente de negociación colectiva, así como discriminación indirecta por razón de sexo, por la feminización del sector afectado), no ocurre lo mismo en el recurso, limitado a la alegación de nulidad por falta de negociación del diagnóstico previo. La empresa y los sindicatos firmantes (CCOO, UGT y USO) sostuvieron en el acto del juicio que el plan fue negociado y no impuesto, y que existen razones organizativas justificativas de la demora en las negociaciones, y, en definitiva, que el diagnóstico se ajustaba a la legalidad vigente en el momento de su realización, sin que se alegara por las demandantes la entrada en vigor del Real Decreto Ley de 1 de marzo de 2019 o se hiciese tardíamente (tras el acuerdo), y que el protocolo contra el acoso quedaba deferido a negociación posterior. Sin embargo, estos otros aspectos complementarios no se debaten en la sentencia que resuelve el recurso.

V. Normativa aplicable al caso

Son de aplicación al caso tanto la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo de Igualdad efectiva entre mujeres y hombres (arts. 45 y 46 y Disposición Transitoria 12ª), como el Texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (art. 85.1.2), y el II Convenio colectivo sectorial de contact centers (art. 87), en relación con el RD Ley

6/2019, de 1 de marzo (D. Final 1ª y art. 1). En la fecha de los hechos no era de aplicación el Real Decreto 901/2020, de 13 de octubre, por el que se desarrollan los citados preceptos, más allá de su empleo como criterio hermenéutico.

VI. Doctrina básica

1. Obligación de negociar el diagnóstico previo a un plan de igualdad

La entrada en vigor de la reforma introducida por el RD Ley 6/2019, por la que se modifica el art. 46.2 LOI, exige del diagnóstico previo al plan de igualdad el cumplimiento de los parámetros contenidos en las letras a) a i)) (so pena de nulidad del plan de igualdad, como consecuencia de la vulneración del derecho de libertad sindical -STS núm. 832/2018, de 13 de septiembre-), y de su negociación con la representación legal del personal, que, a partir de marzo del año 2019, se despliega también sobre empresas de menor envergadura, ahora con plantillas de cincuenta o más trabajadores.

En el caso de autos no se duda de que se trate de un proceso negociado, habida cuenta de las reuniones que precedieron a su aprobación, incluyendo, por tanto, en dicho proceso también el diagnóstico, entiende la sentencia, porque, aunque realizado por una empresa consultora externa, fue presentado a la comisión negociadora el 29 de enero de 2019, sin que el plan fuera aprobado hasta el 1 de junio siguiente.

2. Contenido del diagnóstico ante el cambio del marco legal aplicable

Según señala la sentencia objeto de comentario, la nueva dicción del art. 46.2 LOI tras su modificación por el RD ley 6/2019 implica que los contenidos del diagnóstico son prácticamente coincidentes con los que se indicaban como objetivos de los planes de igualdad en su redacción originaria, por lo que, en cuanto respecta a la cuestión litigiosa, no transforma sustancialmente el panorama legal salvo en la necesidad de negociarlo con la representación legal del personal.

En el caso analizado se cuestionan precisamente la falta de negociación del diagnóstico de situación con la representación legal del personal y su posible insuficiencia. No obstante, los demandantes no llegaron a concretar los términos de tal insuficiencia, según se valora en la resolución estudiada, pese a que en la demanda de origen alegaban consistir en la falta de desglose de datos por cada centro de trabajo (tratándose de una empresa de ámbito nacional). Sin perjuicio de lo cual se estima probado por la Audiencia Nacional que en realidad la oposición se ampara en una razón lingüística: no haberse realizado en el respectivo idioma cooficial en cada caso, lo que parece llevar a su consideración como irrelevante, ya que no existe pronunciamiento del tribunal *a quo* al respecto. Tampoco sobre la falta de desglose de los datos, lo que conduce a excluir su reproducción en el recurso, toda vez que se trata de cuestión negociable bajo el RD ley 6/2019 y su concreción en el RD 901/2020, aun cuando fuera alegada la aplicabilidad del primero, y, por ello, su completa elusión en la sentencia del Tribunal Supremo.

Lo cierto es que, como entiende el Tribunal Supremo en la sentencia analizada, el diagnóstico fue elaborado conforme a las exigencias legales vigentes en el momento de su realización, y su contenido cuenta en todo caso con un margen temporal para su adaptación a las nuevas previsiones, como se establece en la disposición transitoria única del RD 901/2020, de 13 de octubre, que, pese a no estar en vigor en la fecha de los hechos, sí es “reveladora de la voluntad del legislador en esta materia”, que no se corresponde con la de invalidar los procesos de negociación y planes culminados o acordados con anterioridad, sino con la de instar a su revisión y actualización para adaptarse a la nueva realidad normativa (en concreto, la norma citada dispone una obligación de adaptación a sus previsiones en el plazo fijado de doce meses desde su entrada en vigor).

En el caso de autos la empresa presentó a la comisión negociadora el 29 de enero de 2019 un diagnóstico de situación actualizado en esa fecha, cuya elaboración encarga a una consultora externa, respecto al que no se discute que cumple con las

exigencias legales vigentes en aquel momento, pues no se concreta, afirma la sentencia del Tribunal Supremo, en qué extremos no resultaba conforme con aquella, y ni siquiera con la normativa posterior, pues incluso, se sostiene, fue negociado el diagnóstico.

Ahora bien, siendo cierto que existió un proceso de negociación, este no se refirió en particular al diagnóstico de situación previo, sino a las propias medidas a incluir en el plan de igualdad, aunque el recurso no parece haber alcanzado éxito en la concreción de tales vicios que determinarían la insuficiencia del diagnóstico más allá de la falta de desglose de los datos por centros de trabajo a la que no parece aludir el recurso y sí lo hizo la demanda, a tenor de la respuesta de la Sala Social del Tribunal Supremo. En todo caso, no se cuestiona más que la necesidad de reconducir las negociaciones al punto de inicial como consecuencia de la nueva obligación legal de negociar también el diagnóstico de situación previo. Aunque no se describe en qué medida tal negociación favorecería a la calidad del plan de igualdad, no es menos cierto que se trata de una expansión del derecho a la negociación colectiva independiente de la suerte de su contenido. En el plano sustantivo, sin embargo, no se efectúa alegación alguna respecto de la obsolescencia sobrevenida de los contenidos pactados como consecuencia de otras reformas legislativas, sobre las que nada se cuestiona, pese a apelar a la supuesta insuficiencia del diagnóstico.

3. Principio tempus regit actum y principio de irretroactividad de las normas

La disposición final primera del RD Ley 6/2019, de 1 de marzo, estableció su entrada en vigor al día siguiente de su publicación en el BOE, que tuvo lugar el 7 de marzo de 2019, mientras que la disposición transitoria 12ª fijó un sistema escalonado de entrada en vigor en función del tamaño de la empresa.

En el presente caso, el diagnóstico se realizó en el año 2015, y se actualizó en enero de 2019, en virtud del informe realizado por la citada auditoría externa, es decir, ya en una fase avanzada de las negociaciones del plan. De suerte que, ya antes de la reforma del precepto en marzo de 2019, se procedió a la revisión y actualización del propio diagnóstico. La nulidad sobrevenida del diagnóstico se desestima por la Audiencia Nacional sobre la base de dos argumentos:

- La propia configuración legal del proceso de negociación de un plan de igualdad, articulado en el art. 46 LOI en tres fases diferenciadas y autónomas, lo que justifica que la fase de diagnóstico fuera válida bajo el marco legal vigente al tiempo de su elaboración, y que el plan en sí debiera ajustarse a la reforma, pues en esta otra fase el RD-ley 6/2019 ya sí había entrado en vigor.
- El principio de irretroactividad de las normas del art. 2.1 del Código civil implica que la reforma del art. 46.2 tampoco sirva para invalidar los diagnósticos de situación confeccionados conforme a la legislación y normativa convencional vigente en el momento de su elaboración, ya que, al tratarse de actos jurídicos, deben examinarse conforme a la legislación vigente en el momento de su elaboración, según el principio general del derecho ("tempus regit actum"), previsto en el Código civil en el primer inciso de la disposición transitoria 2ª.

Por su parte, el Tribunal Supremo se basa en la literalidad de la norma y en su interpretación conforme a la norma de desarrollo, el RD 901/2020, para considerar que en el propósito de nuestros legisladores no se encontraba la aplicación retroactiva de la norma, sino, como expresamente se dispuso en dicha norma reglamentaria, la apertura de un periodo de adaptación para los planes de igualdad afectados por la sobrevenida de este nuevo régimen jurídico.

VII. Parte dispositiva

La resolución analizada rechaza la nulidad del plan de igualdad, en tanto los planes afectados por el cambio normativo no pueden quedar automáticamente invalidados, sino que se someten a la obligación de actualización, revisión y adecuación al nuevo marco legal.

VIII. Pasajes decisivos

El análisis jurídico de la cuestión se contiene en los fundamentos de derecho tercero y cuarto:

“...el propio RDL 6/2019, siendo plenamente consciente de la existencia de procesos de negociación de planes de igualdad que pudieren estar abiertos en la fecha de su entrada en vigor, no solo no incorpora ninguna norma transitoria respecto a los diagnósticos de situación que pudieren haberse negociado conforme a la legislación anterior, sino que, contrariamente, señala que reglamentariamente se desarrollará esta materia en el futuro, sin imponer por lo tanto la ineficacia de los que pudieren haberse elaborado hasta la fecha y cumplieren con los requisitos anteriormente exigibles. No hay en ese RDL ninguna previsión de la que se desprenda su aplicación retroactiva, mientras que, en sentido contrario, se remite a la elaboración de un ulterior reglamento. Este desarrollo reglamentario se ha llevado a cabo mediante el Real Decreto 901/2020, de 13 de octubre, por el que se regulan los planes de igualdad y su registro. Norma que no es de aplicación al caso, puesto que es incluso posterior a la fecha de la propia sentencia recurrida, pero cuyas previsiones pueden valer para interpretar el alcance del RDL 6/2019, en cuanto son reveladoras de la voluntad del legislador en esta materia. Voluntad que no es la de invalidar y dejar sin efecto los procesos de negociación y acuerdo en los planes de igualdad que pudieren haberse culminado con anterioridad a la promulgación de las distintas modificaciones legales que se han venido desencadenando, sino por la revisión y actualización, en su caso, de tales planes de igualdad en la medida en que resulte necesario para su correcta adecuación a la nueva normativa” (FD 3º).

“Este es el camino para revisar y actualizar en el supuesto de autos el plan de igualdad, que no pasa por declarar la nulidad del que había sido negociado y pactado con la RLT, con base a la supuesta ineficacia jurídica de un diagnóstico de situación que se elaboró conforme a la normativa legal existente en su momento, y respecto al que ni tan siquiera se identifican las posibles y concretas deficiencias que pudieren invalidarlo de acuerdo con las previsiones introducidas por el RDL 6/2019, sin perjuicio de su necesaria y oportuna adaptación en los términos que se desprendan de la aplicación de lo dispuesto en aquel RD 91/2020, de 13 de octubre, en la forma y en los plazos que allí se establecen” (F.D.4º).

IX. Comentario

1. El diagnóstico de situación

El art. 7.1 del RD 901/2020 establece que “este diagnóstico permitirá obtener la información precisa para diseñar y establecer las medidas evaluables que deben adoptarse, la prioridad en su aplicación y los criterios necesarios para evaluar su cumplimiento”, fijando unos contenidos o parámetros mínimos a los que deberá responder. De suerte que para admitir su validez, será exigible que cada materia de las indicadas como mínimas cuente con indicadores tanto cuantitativos como cualitativos, y que baste con un indicador de cada tipo para cada materia, pues no se exige la exhaustividad, sino la *necesidad y detalle*, ya que se indica que será la recogida de la información necesaria para medir y evaluar las materias objeto de análisis, y que el análisis de tal información será detallado, y que deba identificarse “información necesaria” con “suficiente” (para poder extraer conclusiones). Porque, como se indica en el art. 7.3 del reglamento, el objetivo del resultado de tomar y recoger datos *va dirigido a estimar la magnitud de las desigualdades, diferencias, desventajas, dificultades y obstáculos, existentes o que puedan existir en la empresa, para conseguir la igualdad efectiva, obteniendo la información precisa para diseñar y*

establecer las medidas evaluables que deben adoptarse, la prioridad en su adopción y los criterios necesarios para evaluar su cumplimiento.

Este diagnóstico deberá ser negociado, lo que incluye que tanto los elementos que lo deben componer, como las personas que lo deben elaborar y la metodología a emplear. La sentencia comentada parece incluir también como elemento objeto del refrendo negociado el propio resultado del diagnóstico, aunque este en realidad es la mera constatación de la situación real de la empresa en términos de igualdad entre mujeres y hombres, aunque puede alcanzar a su disconformidad con su suficiencia, precisamente una de las cuestiones que centran el recurso. Ello implica la impugnabilidad del plan de igualdad tanto por razones formales, como consecuencia de su realización al margen de los parámetros legales indicados en el art. 46.2 LOI en relación con el art. 7 del RD 901/2020, por escasez de información suministrada por la empresa, o por falta de negociación de los términos de su elaboración, incluidos los posibles asesores externos que colaboren en el análisis de la información descrita, pero también por razones sustantivas, por apreciarse su deficiente resultado para llevar a término la adopción de las medidas oportunas para corregir las desigualdades detectadas.

Como se desprende de la STS núm. 126/2017, de 14 de febrero [rcud. 104/2016], la comisión competente para efectuar el diagnóstico es la comisión negociadora, a la que el RD ley atribuyó nuevas funciones en la fase del diagnóstico (pues el art. 46.2 final LOI literalmente se refiere a la “comisión negociadora del plan de igualdad”). Por otra parte, conforme argumenta la sentencia de la Audiencia Nacional 143/2019, de 10 de diciembre, también le corresponde en exclusiva la legitimación para solicitar la información con la que deba elaborarse el diagnóstico, aunque se trate de sindicato implantado en el ámbito de referencia o de los considerados “más representativos”.

No obstante, la complejidad del análisis puede aconsejar prudentemente derivar tal elaboración técnica a personal cualificado para ello, en su caso a una entidad especializada externa, como sucede en el caso de autos, lo que, incluso bajo la nueva legalidad introducida en marzo de 2019, admite la intervención de consultoras externas, sin perjuicio de que su resultado deba ser avalado por la comisión negociadora del plan, e incluso de que su designación sea igualmente objeto de negociación.

2. Tempus regit actum

La disposición transitoria 12ª del RD Ley 6/2019 fijó un sistema escalonado de aplicación de las nuevas obligaciones anudado al tamaño de la empresa, que la D.T. única del RD 901/2020 extiende tanto a los planes como a sus diagnósticos, afirmando que “los planes de igualdad vigentes al momento de la entrada en vigor del presente real decreto deberán adaptarse en el plazo previsto para su revisión y, en todo caso, en un plazo máximo de doce meses contados a partir de la entrada en vigor de este real decreto, previo proceso negociador”. Ello supone validar los planes ya negociados. Sin embargo, no se refiere a los que se encuentran en trámite de aprobación, como sucede en el caso de autos.

Efectivamente, la cuestión central del litigio afecta a cuestiones de derecho transitorio que se pudieran vincular a la sucesión de normas en el contexto de un proceso de larga duración como es la elaboración y aprobación de un plan de igualdad. La norma en cuestión no se refiere en sus disposiciones transitorias a este problema, pero sí lo hace, como menciona la sentencia analizada, su despliegue reglamentario, constituido por el posterior RD 901/2020, de 13 de octubre, que no se encontraba vigente en la fecha de la sentencia de instancia, amparada en el principio jurídico “tempus regit actum”. Ambas sentencias confluyen en el mismo argumento y solución: la negociación fue válida bajo el marco legal que la alumbró, y, por tanto, no cabe su invalidación por una norma aprobada con posterioridad, aun cuando el plan de igualdad no estuviera aprobado en realidad, pero sí su diagnóstico, que es el que se cuestiona. Bien es cierto que cabría sostener como argumento alternativo que el plan de igualdad es un todo compuesto de dos fases en su negociación y, por tanto, su

culminación, entendida como la aprobación del plan, es la que pudiera determinar el régimen jurídico aplicable. En el caso presente, se trataría del nuevo marco legal, que obliga a negociar el diagnóstico. Pero lo cierto es que, como sostiene el Tribunal Supremo, el diagnóstico de situación es en sí mismo un acto jurídico y, como tal, se rige por la norma vigente en el momento de su adopción. En consecuencia, el plan de igualdad podrá someterse a normas sucesivas en su proceso de elaboración, sin que los actos válidamente adoptados conforme a la norma vigente en tal momento devengan sobrevenidamente nulos por dicho cambio normativo. Y esta es la tesis que parece presidir la redacción del art. 7.1 del RD 901/2020, al referirse al diagnóstico como “primera fase de la elaboración de un plan de igualdad”.

Sobre la insuficiencia del diagnóstico, alegada por las recurrentes, cabe recordar que un argumento supuestamente invalidante de un acto jurídico como es el diagnóstico de situación debe sostenerse en algo más consistente que en la simple elaboración previa al cambio normativo. Y es precisamente la ausencia de esta fundamentación la que subraya la sentencia comentada, y es de especial relevancia en el caso de autos porque ni siquiera fue una cuestión controversia durante el proceso de negociación. No es menos cierto que, bajo el marco legal nacido de la reforma del art. 46.2 LOI, la ausencia de alguno de los parámetros listados en dicho precepto determina la nulidad del diagnóstico cuando este no cuente con elementos de referencia relacionados con todos y cada uno de ellos. La nulidad del diagnóstico provoca, además, la del propio plan, que no se habrá ajustado a la realidad que pretende corregir por falta de detección de los distintos focos de desigualdad que debiera atacar a través de las oportunas medidas, adecuadas y proporcionales a los resultados del diagnóstico. Asimismo, el texto refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social (aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto), en su art. 7.13, tras su modificación por el art. 6 del RD ley 6/2019, tipifica como infracción grave el incumplimiento de las obligaciones en materia de planes y medidas de igualdad, concretando el art. 8.17 que la falta de elaboración o de aplicación del plan de igualdad constituye infracción muy grave (si este fuera de obligatoria negociación).

X. Apunte final

En el comentario realizado a la sentencia de la Audiencia Nacional de la que trae causa la que ahora se analiza, se lanzaba un desiderátum acerca del papel del Tribunal Supremo en la aclaración de los puntos oscuros de la reforma que suscitaba el pleito en cuestión. Tales extremos han podido ser clarificados por el despliegue reglamentario de los preceptos invocados (RD 901/2020), centrando el pronunciamiento de dicho tribunal en la sucesión de normas en el tiempo con respecto a los procesos de negociación de planes de igualdad vigentes en la fecha de entrada en vigor de la reforma, a los que, sin embargo, no se refiere el reglamento citado. En consecuencia, la doctrina contenida en la sentencia analizada permitirá validar todos aquellos diagnósticos de situación que hubieran sido culminados antes de marzo de 2019, aun cuando el plan de igualdad no hubiera sido acordado aún, pero margina a aquellos otros que no se hubieran cerrado en tal fecha, pero se encontraran en un avanzado estadio de elaboración. Todo ello sin perjuicio de que la resolución objeto de comentario incida especialmente en la validez del proceso de negociación cuando medie el acuerdo en la planificación, aun cuando este no se hubiera referido en particular a todos y cada uno de los elementos que ahora sí detalla el citado art. 7 del RD 901/2020 en desarrollo de la reforma analizada del art. 46.2 LOI.