

LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL POR DISCRIMINACIÓN DE GÉNERO EN EL ORDEN SOCIAL

Autores: Molina Navarrete, C.

Editorial: La Ley - Wolters Kluwer, 2021, 483 páginas.

La igualdad y la no discriminación constituyen un tema de constante actualidad y, quizá por ello, en permanente evolución. Cuando dicha discriminación trae su causa en el sexo o en el género y tiene lugar en el ámbito laboral, su estudio constituye, además, una necesidad y una suerte de responsabilidad social. El profesor MOLINA NAVARRETE ha abordado dicho estudio con un extraordinario rigor, una cuidada atención al detalle y un loable espíritu crítico, de la mano de un extraordinario aparato normativo, doctrinal y muy especialmente jurisprudencial. Aunque la obra se centra en la doctrina judicial dictada en el último trienio (2018-2020), el número de decisiones judiciales analizadas y comentadas resulta casi inabarcable. El lector podrá encontrar en esta obra todas las sentencias que, por acción u omisión, resultan relevantes en esta materia, junto con las más recientes novedades legislativas, tales como el teletrabajo, el trabajo a distancia y las medidas incorporadas por el RDL 6/2019, entre otras cuestiones. Del análisis y la relación entre todos ellos, MOLINA NAVARRETE abre al lector numerosos y sugerentes caminos en torno a las múltiples cuestiones relacionadas con el tema principal. El resultado alcanzado y la extraordinaria cantidad de información contenida en esta monografía la convierten en un texto absolutamente imprescindible para quienes deseen profundizar en el análisis del tratamiento jurisprudencial de la discriminación por razón de género en el orden social. El extenso tratamiento de la doctrina jurisprudencial por razón de género en el orden social se estructura en 14 apartados, precedidos por un prólogo a cargo de M^a Lourdes Arastey Sahún, ahora Jueza en el Tribunal de Justicia, en el que avanza la que será la línea argumental de toda la obra:

“Las mujeres y los hombres son formalmente iguales en el plano legal, pero éste ha de alcanzar su verdadero objetivo: la igualdad real”. Para alcanzarlo, resulta esencial el papel de jueces y tribunales como intérpretes y responsables de la aplicación de las normas, a través de su análisis con perspectiva de género.

El libro cumple sobradamente el objetivo expuesto por su autor: ofrecer un análisis sistemático de la doctrina judicial y jurisprudencial dictada entre los años 2018 y 2020, como ya se ha indicado, en el sistema multinivel de protección del derecho a la igualdad de sexo-género de las mujeres en el trabajo. Para ello se exponen y comentan las numerosas sentencias en las que la falta de uso de dicho método de análisis ha ocasionado un importante coste a las mujeres en forma de pérdida de derechos laborales y sociales, así como de un indebido -muchas veces inexistente- resarcimiento del daño producido por la discriminación, pese a que sin este reconocimiento no puede hablarse de verdadera efectividad de este derecho fundamental a la igualdad y a la no discriminación. MOLINA NAVARRETE pone de manifiesto que la igualdad de sexos no se alcanza exclusivamente a través de la regulación normativa, sino mediante las garantías para su cumplimiento real. Por eso, el cambio normativo ha de ir acompañado siempre del consiguiente -y no menos importante ni fácil- cambio sociocultural. En esta línea, la Sala 4ª del Tribunal Supremo ha dado un importante ejemplo al juzgar con perspectiva de género, pasando así del principio de “igualdad formal” al más moderno de “igualdad de oportunidades”. Sin embargo, la propia jurisprudencia del TS no está exenta de contradicciones y, si bien reprocha que este método no se integre en la interpretación de las normas (STS 713/2020, de 23 julio), en otras ocasiones decide orillararlo por motivos procesales (STS 330/2020, de 14 de mayo). A través de este libro se expone cómo las prácticas discriminatorias directas, indirectas y reflejas están arraigadas socialmente y presentes en las múltiples ramas de las relaciones laborales, como puede ser el caso de la maternidad, el ejercicio de los

derechos vinculados al sexo (embarazo, parto, lactancia) y al género (protagonismo femenino en el trabajo social de cuidar). La interpretación de las normas con perspectiva de género permite sacar a la luz el trato peyorativo, muchas veces agazapado tras una igualdad formal, que no real.

La relevancia de la actividad interpretativa como mecanismo para hacer realidad los cambios legislativos en materia de igualdad se analiza específicamente en el apartado 2 de la obra, dedicado al análisis de la integración transversal de la dimensión de género en la actividad judicial-institucional. Esta actividad, por relevante que sea, precisa de la implicación de todo el sistema de poderes y de fuentes jurídicas: legislativo, judicial y también el de los interlocutores sociales, a través del diálogo social y de la negociación colectiva. Cuestiones como la interpretación judicial favorable a la conciliación de la vida familiar y laboral (art. 34.8 ET) evidencian la evolución de la perspectiva de género en la interpretación judicial. En palabras del autor, "no es una opción, sino un imperativo positivizado en el sistema multinivel de protección jurídica de la igualdad entre sexos como derecho humano fundamental-valor superior" del ordenamiento jurídico. El principio interpretativo "in dubio pro muliere" se suma así al clásico "in dubio pro operario", como destaca la STSJ Cataluña 1558/2018, 9 de marzo, que modula los efectos disciplinarios a la luz del principio de igualdad de género, aunque no lo tenga en cuenta posteriormente para conceder la correspondiente indemnización resarcitoria a la trabajadora afectada.

Especialmente interesante resulta el apartado 4, dedicado al control judicial frente a las "brechas de género": novedades sobre discriminación directa por razón de sexo. En él se pone de relieve la actualidad de los clásicos motivos de discriminación directa por razón de sexo, que siguen actuando como barreras para la igualdad de oportunidades: la maternidad y el embarazo, además de la obligación de cuidados asociada a ambos, tanto desde el derecho de la UE como desde el derecho interno. En algunas materias,

nuestra jurisprudencia ha llegado a superar el nivel de protección comunitario y el autor da cuenta, como una nueva evidencia judicial, del abundante número de sentencias que se han venido sucediendo en los últimos años sobre la integridad retributiva por razón de diferencia biológica. La jurisprudencia ha tratado de corregir los desajustes en aquellas cláusulas convencionales que mantienen las desigualdades retributivas a través de la indebida y desigual regulación de los complementos salariales. El autor señala, como ejemplo de ello, la elaborada doctrina que contiene la STS 89/2019, 16 de julio.

Las administraciones públicas tampoco son inmunes a los supuestos de discriminación por embarazo y por alumbramiento. Como acertadamente indica el autor, “los casos, en su sustancia, se repiten una y otra vez, se vuelven contumaces y recurrentes, pero no siempre son iguales y esa diferencia fáctica somete a prueba la capacidad del derecho fundamental a la igualdad de sexo para, sin cambiar las leyes, profundizar la garantía de su efectividad, su eficacia práctica o real”. Sobre ello, el TC ha resaltado que la obligación de los tribunales va más allá de la mera neutralidad respecto de la no discriminación para constituir un deber de implicación proactiva en la remoción de obstáculos discriminatorios. Sin embargo, es posible encontrarse con otras decisiones judiciales, como la STS 685/2020, de 5 de junio, que continúan ofreciendo ejemplos de vulneración del derecho a la igualdad de sexos por maternidad también en el ámbito de la función pública.

La maternidad también es causa frecuente de pérdida del empleo. Ni las normas internacionales o comunitarias al respecto, ni la actividad jurisprudencial han podido eliminar -aunque sí frenar- esta situación, que continúa siendo hoy un desafío. En esta materia, el autor destaca y analiza la influencia de la STJUE *Porras Guisado contra Bankia*, de 22 de febrero de 2018 (asunto C-103/16), originada por una cuestión prejudicial planteada por el TSJ Cataluña, respecto de la ausencia de una prohibición preventiva del despido de

las mujeres por razón de maternidad. Aunque la sentencia europea está lejos de alcanzar el grado de integración de la perspectiva de género deseado por la Sala catalana, permitió un cierto avance en la exigencia de criterios objetivos seguidos para la designación de las trabajadoras embarazadas afectadas por un despido colectivo, a la vez que abrió un horizonte de incertidumbre legal e interpretativa extensamente analizado por el autor.

La tutela objetiva y automática de la mujer embarazada ante el despido contrasta con nuevos desafíos, como la desprotección de la mujer que sigue un tratamiento de reproducción asistida, lastrada por la interpretación restrictiva a la que ha conducido la STJUE *Mayr* de 2008, que limitó su protección a la igualdad de sexo y no a la maternidad. El autor critica esta diferencia de protección y propone una mayor flexibilización de la carga probatoria y la nulidad objetiva y automática del despido de las mujeres derivado de un tratamiento de fecundación asistida. Tampoco escapa a un análisis crítico la indebida aplicación del art. 50 ET cuando los tribunales no remueven adecuadamente los obstáculos procesales a la efectividad de la tutela judicial de la trabajadora víctima de una discriminación por razón de género. Al hilo de la reciente STS 330/2020, 14 de mayo, MOLINA NAVARRETE denuncia la perpetuación por la doctrina judicial de una situación de discriminación de género que impide que la trabajadora discriminada pueda extinguir directamente su contrato de trabajo y la sumerge una red de obstáculos procesales que, como sucede en esta sentencia, no siempre llegan a buen puerto.

Si el punto 4 se ocupa de las discriminaciones directas, el 6 da cuenta de las más relevantes novedades jurisprudenciales en materia de discriminación indirecta por razón de sexo y género. Entre ellas, ocupa un lugar principal la discriminación retributiva. La brecha de género oculta, con mucha frecuencia, evidentes situaciones discriminatorias, especialmente en los trabajos denominados "feminizados" y caracterizados por peores

condiciones laborales y salarios más bajos. Este análisis se completa con el estudio de la perspectiva de género que respecto de "las relaciones laborales especiales sexistas", que se realiza en el apartado 5 de la obra, centrado en la actividad de los tribunales como instrumentos de corrección o de perpetuación de la discriminación sexista, especialmente en dos actividades en las que la desigualdad por razón de sexo resulta evidente: la actividad doméstica y el deporte, con especial atención al fútbol profesional.

De nuevo el autor pone el dedo en la llaga al señalar las diferencias de trato que, bajo una aparente situación objetiva (menor tiempo de trabajo, menor disponibilidad como consecuencia de los deberes de cuidado, partidas extrasalariales, entre otras) ocultan y consolidan discriminaciones para las trabajadoras. También en estos casos MOLINA NAVARRETE demuestra y argumenta cómo aquellas decisiones judiciales en las que no está presente la perspectiva de género conducen a una inadecuada y, por lo tanto, deficiente, tutela judicial efectiva de las trabajadoras afectadas. En el caso de la discriminación indirecta, las dificultades procesales no son una cuestión menor. La carga de la prueba resulta aún más difícil de soportar para la trabajadora y, por ello, la interpretación con perspectiva de género se hace aun más necesaria, si cabe, como vía para la remoción de los obstáculos procesales y probatorios que dificultan en mayor medida el alcance de la tutela judicial efectiva por la trabajadora afectada. MOLINA NAVARRETE desmenuza y analiza numerosas sentencias que, bajo la aparente defensa de una igualdad legal, consolidan la desigualdad real en la empresa. Así sucede, con especial intensidad, en el desigual acceso de uno y otro sexo a partidas salariales y extrasalariales cuando aparecen vinculadas al rendimiento efectivo o al tiempo de trabajo desempeñado.

El apartado 7 estudia una forma de discriminación que, si bien no es nueva, sí ha merecido una reciente atención por parte de los tribunales desde su visibilización por el Tribunal de Justicia a través de la sentencia *Coleman*, de 2008 y

otras posteriores: la discriminación por asociación, vinculación, irradiación, refleja o transferida, entre otras denominaciones. Todas estas denominaciones tienen como elemento común el que la conducta discriminatoria se dirija contra una persona o un grupo por su relación con otro u otros sujetos titulares de la característica protegida (discapacidad, raza, edad,...). El autor hace un recorrido por esta figura, que supone una vuelta de tuerca a la discriminación tradicional y pone acertadamente de manifiesto que, a pesar de que la mayoría de las víctimas de la conducta discriminatoria resultan ser mujeres, las sentencias que la han contemplado no se han detenido, salvo escasas excepciones, en la dimensión de género que se esconde tras estos supuestos. Si bien hasta el momento no existe una abundante doctrina judicial sobre esta cuestión, se ha incrementado en los últimos años. Es muy relevante que en el pasado año 2020 tanto el Tribunal Supremo (STS 79/2020, de 29 enero) como el Tribunal Constitucional (STC 71/2020, de 29 junio) se hayan hecho eco de esta figura -enjuiciando con clave de género el acceso a las prestaciones sociales y del disfrute de los permisos por cuidado de familiares, respectivamente-, contribuyendo a su identificación, dándole pública carta de naturaleza y abriendo nuevas vertientes al derecho a la igualdad y a la no discriminación extraordinariamente importantes, tanto sustantivos como procesales, que no escapan al análisis de MOLINA NAVARRETE.

La discriminación múltiple, a la que se dedica el apartado 8, constituye, junto a la discriminación por asociación, uno de los fenómenos discriminatorios más interesantes abordados por el autor en este libro. Tampoco es nuevo, aunque sí es novedosa su denominación y, en consecuencia, su identificación como una conducta en la que se acumulan distintos factores de estigmatización social o laboral. También este supuesto afecta en mayor medida a las mujeres en las que concurren, además, otros factores como su origen racial, étnico, edad, su papel de cuidadoras familiares, o bien enfermedades asociadas exclusivamente a

su condición de mujeres. Su ausencia de regulación normativa ha obligado a los tribunales a ir construyendo las bases para su identificación y su tutela, con más o menos fortuna en un escenario caracterizado por un absoluto casuismo judicial cuya nota común reside en la falta de una tutela resarcitoria adecuada.

Las adaptaciones de jornada "a la carta" (apartado 9) por necesidades de conciliación también han sido analizadas en clave de género por MOLINA NAVARRETE, que lo califica como "un nuevo derecho de autodeterminación razonable" y trata de combatir la idea generalizada de que vincula la conciliación de la vida laboral y familiar como una cuestión típica de las políticas de favor hacia las mujeres. El autor defiende un derecho a la gestión flexible de los tiempos de trabajo bajo un nuevo paradigma: la corresponsabilidad entre padre y madre. Si bien desde hace casi una década el TS integró el principio favorable hacia la conciliación de la vida laboral y familiar como criterio hermenéutico, no se ha extendido a la igualdad por razón de género o sexo. La eliminación de las limitaciones derivadas del acuerdo colectivo para el ejercicio efectivo del derecho de adaptación razonable de jornada, no ha impedido la distribución sexista de roles. Por ello, el autor señala la necesidad de "cocinar jurídicamente" la interpretación de la norma en clave de género y, así, destaca tres lecturas de la abundante y dispar doctrina judicial sobre la materia (entre la que destaca la STSJ Canarias de 1 septiembre 2020, calificada por el autor como "lección judicial magistral" de la perspectiva de género en el canon de control judicial de las decisiones empresariales): a) la relectura en clave de género; b) la modulación de las reglas de distribución de la carga de la prueba; y c) las especificidades del método de ponderación de razones, intereses y derechos en juego. El autor no duda a la hora de analizar nuevos problemas u horizontes derivados del art. 34.8 ET, entre los que destaca el teletrabajo como posible medida de conciliación de la vida laboral y familiar.

El apartado 10 pone su acento en una cuestión esencial para el alcance de la igualdad de género y sexo, como es la cultura preventiva, tan insuficiente en los tiempos actuales. Es imprescindible la incorporación de la dimensión de género en la seguridad y salud en el trabajo, no sólo en el ámbito reproductivo (maternidad, embarazo, lactancia), o en la protección frente a la violencia y acoso sexual y sexista, sino también respecto de aquellas condiciones de seguridad y salud laboral que pueden incidir en problemas de salud típicamente femeninos. La dureza con la que la epidemia de COVID golpeó a la situación laboral de las mujeres (sanitaria, económica y sociolaboral) puso de manifiesto la urgencia de promover políticas legislativas e interpretaciones judiciales con perspectiva de género que corrijan este efecto indeseable. El apartado 12 incide, a su vez, en el análisis de las enfermedades profesionales con perspectiva de género, que corrija su estructura tradicionalmente masculinizada, para concluir que la interesante evolución jurisprudencial seguida en esta materia, aunque destacada y destacable, requiere de una actividad legislativa que integre lagunas y alcance objetivos a los que no puede llegar la interpretación judicial. Las persistentes omisiones de las enfermedades profesionales específicas de las profesiones feminizadas, como pueden ser las camareras de piso, cuidadoras o limpiadoras.

El apartado 13 analiza la acción jurisdiccional para la corrección de las brechas de género en la seguridad social, otro punto tremendamente necesitado de una interpretación con clave de género que corrija las flagrantes desigualdades existentes aún en nuestro sistema. Como bien precisa MOLINA NAVARRETE, la "enorme magnitud" y las "características estructurales de gran alcance" generadas por el desajuste de la protección social por razón de sexo-género requiere de "una específica política integral de corrección (...) del entero sistema de protección social". En esta línea, cabe destacar la importante y trascendental actividad del TJUE como motor de numerosos cambios interpretativos que han conducido a una mayor igualdad en

la interpretación de las normas. A nivel interno, el autor analiza las diferentes experiencias jurisprudenciales de interpretación integradora, estructurándolas en tres funciones: integradora (derechos de protección social), interpretativa (lesiones derivadas del parto y prestación por riesgo en la lactancia) y correctora (fomento de conciliación responsable) de la ley. También las más recientes decisiones judiciales respecto de las brechas de género en las pensiones y de las prestaciones de viudedad a las víctimas de violencia de género por su ex pareja de hecho merecen un análisis crítico y detallado en esta obra.

A lo largo de la obra se destaca permanentemente el derecho a la justicia resarcitoria como una vía esencial, sin la que no puede alcanzarse una verdadera tutela de la igualdad de género y sexo. A ella le reserva el autor un tratamiento monográfico en el apartado 11. El tono del análisis es comprensiblemente crítico, ante la insuficiencia de esta justicia resarcitoria, incluso en aquellas decisiones judiciales en las que se aplica la perspectiva de género. Difícilmente puede entenderse reparado el derecho de la víctima de una discriminación, sea por razón de sexo o género o por otra causa, cuando se omite la oportuna indemnización por los daños y perjuicios sufridos, tanto materiales como morales, que garantiza, entre otros, el art. 183 LRJS. El autor destaca también la habitual confusión entre el daño discriminatorio por razón de sexo con el daño moral y la continua infravaloración del daño discriminatorio por razón de género. La general confusión en la aplicación de la indemnización por daños y perjuicios en el proceso laboral se proyecta con toda su intensidad en este ámbito: las dudas sobre el baremo sancionador aplicable, sobre la intensidad de la actividad probatoria y, especialmente, la ignorancia de la función disuasoria de la indemnización por parte de nuestros tribunales ha venido afectando al reconocimiento de la indemnización y a la reducción de su cuantía en aquellos casos en los que se concede.

Como valoración final del estudio realizado a lo largo de esta excelente monografía, el autor no puede evitar

reconocer su optimismo ante la cada vez mayor -salvo sonadas excepciones- aplicación judicial del método de juzgar con perspectiva de género y, especialmente, de sus resultados, que permiten traducir la igualdad jurídica en una igualdad de hecho. Esta innovación metodológica se encuentra irremediabilmente al servicio de la justicia social y se proyecta en todas las relaciones sociolaborales, preventivas, de seguridad social, u ocupacionales. Con todo, el autor no omite los riesgos del uso indebido de este método, especialmente su posible trivialización y sobrecarga.

La extensión, amplitud y profundidad del estudio crítico realizado a través de esta monografía y las novedosas propuestas para el análisis a partir de cada una de las comentadas, convierten este trabajo en una obra absolutamente imprescindible para cualquier estudioso de la materia que busque un conocimiento profundo, nuevo y sugerente de esta materia clásica pero, a la vez, de permanente actualidad.

YOLANDA MANEIRO VÁZQUEZ

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidade de Santiago de Compostela

yolanda.maneiro@usc.es