

TEMAS

La doctrina jurisprudencial por discriminación de género en el orden social

Cristóbal Molina Navarrete

■ LA LEY



Wolters Kluwer

La doctrina jurisprudencial por discriminación de género en el orden social

Cristóbal Molina Navarrete

© Cristóbal Molina Navarrete, 2020.
© Wolters Kluwer España, S.A.

Wolters Kluwer

C/ Collado Mediano, 9
28231 Las Rozas (Madrid)
Tel: 902 250 500 – Fax: 902 250 502
e-mail: clientes@wolterskluwer.com
<http://www.wolterskluwer.es>

Primera edición: octubre 2020

Depósito Legal: M-27246-2020

ISBN versión impresa: 978-84-18349-62-1

ISBN versión electrónica: 978-84-18349-63-8

Diseño, Preimpresión e Impresión: Wolters Kluwer España, S.A.
Printed in Spain

© **Wolters Kluwer España, S.A.** Todos los derechos reservados. A los efectos del art. 32 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba la Ley de Propiedad Intelectual, Wolters Kluwer España, S.A., se opone expresamente a cualquier utilización del contenido de esta publicación sin su expresa autorización, lo cual incluye especialmente cualquier reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación, transmisión, envío, reutilización, publicación, tratamiento o cualquier otra utilización total o parcial en cualquier modo, medio o formato de esta publicación.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la Ley. Diríjase a **Cedro** (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra. El editor y los autores no aceptarán responsabilidades por las posibles consecuencias ocasionadas a las personas naturales o jurídicas que actúen o dejen de actuar como resultado de alguna información contenida en esta publicación.

Nota de la Editorial: El texto de las resoluciones judiciales contenido en las publicaciones y productos de **Wolters Kluwer España, S.A.**, es suministrado por el Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial (Cendoj), excepto aquellas que puntualmente nos han sido proporcionadas por parte de los gabinetes de comunicación de los órganos judiciales colegiados. El Cendoj es el único organismo legalmente facultado para la recopilación de dichas resoluciones. El tratamiento de los datos de carácter personal contenidos en dichas resoluciones es realizado directamente por el citado organismo, desde julio de 2003, con sus propios criterios en cumplimiento de la normativa vigente sobre el particular, siendo por tanto de su exclusiva responsabilidad cualquier error o incidencia.

regulador) aunque no se cambien sus letras, porque sí cambia, evoluciona, el ordenamiento en el que se insertan aquéllas⁽²³⁾.

2.3. REVALORIZACIÓN DEL «ALMA SOCIAL» DE LAS LEYES LABORALES EN FORMA DE FEMINIZACIÓN DE SUS PRINCIPIOS: ¿FAVOR AEQUALITATIS MULIERE?

Se acepta ya que la integración del canon de género en la función jurisdiccional 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 (art. 4 LOIEMH con relación a los arts. 1.1, 9.2, 10, 14, 93 y 96 CE; arts. 4 bis y 5 LOPJ; art. 31 Ley de Tratados). Se nomine o no de una forma específica, el principio subyacente debe aplicarse. Hay una tendencia a formular los típicos «criterios interpretativos» sociolaborales, como el de favor hacia «el» trabajador (no solo si hay duda interpretativa, conforme a la subespecie «*pro operario*»), o favor hacia «el» beneficiario de las prestaciones de seguridad social, en clave femenina: *favor muliere* (o «*favor operarius muliere*»). De este modo, se pretende dar la mayor visibilidad posible al hecho (contexto de persistentes prevalencias del sexo masculino) de ser las mujeres las que sufren, de forma abrumadoramente mayoritaria, las discriminaciones sexistas en el ámbito laboral y de protección social, y que pudiera diluirse o ensombrecerse con la categoría de «género», que sirve para ambos sexos (aunque nació para desvelar las prevalencias de sexo nocivas para la mujer), e incluso con una formulación genérica (*favor aequalitatis*). Con lo que se abonaría el enfoque de las denominadas «garantías sexuadas» de la igualdad jurídica⁽²⁴⁾.

Ahora bien, conviene tener en cuenta, en todo caso, que el uso judicial de esta nominación feminizada de los principios tuitivos sociolaborales, como garantía de efectividad del derecho fundamental a la igualdad de las mujeres, en su condición de personas trabajadoras más débiles o vulnerables

(23) En cambio, más favorable a la interpretación evolutiva desde el canon de la igualdad de trato —a las personas homosexuales— se muestra LÓPEZ LÓPEZ, A.M. «En torno a la llamada interpretación evolutiva», *Derecho Privado y Constitución*, n.º 27, enero-diciembre 2013, pp. 173-208. Como dice muy bien G. Zagrebelsky: «La "sujeción del Juez a la ley", principio común de la tradición liberal que las Constituciones de hoy inevitablemente sigue siendo entendido en el sentido del servicio pasivo de la voluntad del legislador, y no se intentan interpretaciones más conformes al sentido que hoy tienen el nexo entre la ley y su actuación por medio de la jurisdicción. (...)».

(24) Para la relatividad de la «cuestión nominal» en este ámbito, siempre que se tenga claro que el objetivo es mejorar la igualdad real entre mujeres y hombres, FERRAJOLI, L., *Derecho y garantías*, ob. cit., pp. 86 y ss. Para el ámbito laboral vid. LOUSADA AROCHENA, J.F. «La integración de la perspectiva de género en la aplicación...», ob. cit., p. 45.

de facto, no se queda en el puro nominalismo. Además, tiene efectos o consecuencias muy importantes de reinterpretación de conceptos y normas clásicos en el orden sociolaboral. Sería el caso, por ejemplo, de la sugerente y pionera STSJ Cataluña 1558/2018, 9 de marzo. La doctrina «pro equidad de género» fijada no se limita a asumir la virtualidad interpretativa del que nomina principio *favor muliere*, sino que a través de él realiza una reinterpretación constitucional del «clásico» concepto de transgresión de la buena contractual como causa de despido disciplinario (art. 54. 2 d) ET), en una clave de favor hacia la conciliación de la vida laboral y familiar, incluso hasta justificar o legitimar determinadas inobservancias de sus deberes contractuales.

Brevemente, el relato de hechos es el siguiente. Una mujer, con reducción de jornada por cuidado de hijos, durante una baja laboral, lleva un día a la playa a sus 3 hijos menores. Conocido el hecho por la Mutua colaboradora, recibe de la empresa una carta de despido disciplinario, por transgresión de la buena fe, en la medida en que estaría realizando tareas incompatibles con su situación laboral de baja por enfermedad (conjuntivitis vírica). La trabajadora impugna el despido en vía judicial, siendo el resultado final la declaración de nulidad, por vulneración de su derecho fundamental a la igualdad, si bien —una vez más— no se reconocerá, en este caso, la debida indemnización adicional

El punto de partida teórico de la construcción judicial es doble. De un lado, la ya arraigada doctrina constitucional revisora la vieja concepción personalista (espiritualista) de la buena fe, que la identificaba con un deber de lealtad general al interés empresarial, para depurarla en un sentido constitucional, para propiciar un enfoque contractual más equilibrado en un marco o sistema normativo fundado en el modelo o paradigma del contratante débil (art. 9.2 CE). De otro, una análoga reconfiguración de la vetusta doctrina gradualista en la valoración de la legitimidad de la potestad disciplinaria del empleador, en especial respecto de la sanción de despido, para que la garantía efectiva de los derechos fundamentales-valores superiores prevenga o evite que la discrecionalidad empresarial lleve a convertir el despido como la sanción normalizada para cualquier «transgresión de la buena fe» en defensa del derecho del empresario a velar por la buena marcha de la empresa (rendimiento, productividad) ex arts. 38 CE y 20 ET.

Sobre este doble fundamento jurídico general, aplicará de inmediato la perspectiva de género, no en sí porque la persona despedida tenga la condición de mujer, sino por hecho de que se le despide por una actividad

mayoritariamente realizada por mujeres, como es cuidar de los hijos. En el caso, la proyección concreta de esta mayor responsabilidad en los cuidados está en llevar a los hijos a la playa, siendo julio. El conflicto con el trabajo productivo aquí surge porque estaba en situación de baja laboral por padecer una conjuntivitis infecciosa derivada de un virus, lo que requiere tratamiento, siendo una precaución general (recomendación) la menor exposición posible a la luz solar. Además, a diferencia de la conjuntivitis alérgica o de la irritativa, la infecciosa tiene cierto riesgo de contagio si hay contactos muy directos. Precisamente, todo ello llevará a la empresa a despedir a la trabajadora por transgresión de la buena fe contractual, pues a ella incumbe un deber complementario tanto de autoprotección (de su salud, alejándose de actividades que arriesguen mayor gravedad o prolongación de la enfermedad de la que trae causa la baja laboral) como de protección del interés empresarial a un comportamiento diligente de la persona trabajadora durante su baja, a fin de no dilatar indebidamente la situación, que tiene costes para el empleador. Se trataría de un caso típico del art. 54.2 d) ET.

Sin embargo, la sala de suplicación social asumirá una perspectiva parcialmente diversa, justamente en virtud del criterio hermenéutico que llama principio de favor muliere, que considera positivizado en los arts. 4 y 15 de la LOIEMH. Este mandato legislativo:

«...obliga al intérprete a integrar en la interpretación el parámetro de la igualdad de género de forma que, si de una interpretación se derivan varias opciones, **habrá de optar a la más favorable al principio de igualdad**» (FJ Tercero, punto 3.2).

Queda claro que hace un uso de la perspectiva de género típicamente interpretativo, en caso de duda hermenéutica (objetiva, no subjetiva), para seleccionar la lectura más favorable al principio de igualdad de género, no en función integradora (inclusión de medidas correctoras o equilibradoras para suplir la ausencia de una decisión legislativa favorable a la igualdad de género debida en el caso, para evitar que el contexto fáctico erosione el mandato de igualdad jurídica). De este modo, al clásico principio de favor hacia la persona trabajadora (incluso *in dubio pro operario*) se añadiría la versión femenina de favor (o *in dubio pro muliere*). La doctrina judicial afectará tanto a típicas cuestiones de facto como jurídicas. Al respecto, si bien no cabe duda, en el caso, de la prueba de los hechos —que no se discuten— sí se cuestiona, evidenciando una vía alternativa de calificación jurídica de la conducta de la trabajadora, el patrón de conducta exigible en el caso y que ha de ser objeto de valoración. La sala no solo rechaza, en aplicación de la perspectiva de género, la gravedad de la conducta para ameritar un despido, sino que llega a cuestionar la tipicidad y culpabilidad ex art. 54. 2

d) ET y art. 47.2 Convenio, justamente por la inclusión en su juicio valorativo (calificación) del «contexto normativo-fáctico» de la conciliación de la vida personal y familiar.

En efecto, fuera de este contexto de la trabajadora, estaríamos ante el ejercicio de una conducta inicialmente reprobable desde el plano contractual, pues la trabajadora no muestra la mayor diligencia debida para evitar complicaciones en su recuperación durante la baja. Pero una vez que media aquel contexto, debe modular o condicionar su valoración a efectos disciplinarios, porque en juego está el ejercicio del derecho fundamental a la igualdad de género (SSTC 3/2007, 15 de enero, 24/2011 y la 26/2011, ambas de 14 de marzo). No es lo mismo una realización de trabajos incompatibles con la situación de Incapacidad Temporal (IT) en sí, calificables como una transgresión grave de la buena fe contractual (poner en riesgo la recuperación o el plazo normal previsto a tal fin perjudica al empleador, que puede incurrir en costes adicionales, que estas mismas situaciones cuando media una perspectiva constitucional de derechos fundamentales, en general relativa a la protección de la autodeterminación de la vida privada sin someterla al interés productivo empresarial (STC 192/2003), y de equidad género en particular.

Por supuesto, evidenciando un uso correcto de la metodología de género, el Tribunal no se limita al juicio valorativo o ponderativo del derecho fundamental en abstracto, privilegiando un punto de vista jurídico —constitucional de la mujer trabajadora— sobre otro —constitucional del empleador—, sino que hace una exhaustiva desagregación del referido contexto de facto para su inclusión determinante en el juicio valorativo. Así constatará:

a) La mujer se hallaba en reducción de jornada por cuidado de menores, de manera que acudir un día a la playa ellos durante 3 horas en pleno mes de julio, estando de baja, no puede estimarse como una conducta gravemente transgresora de la buena fe contractual en sí misma (relectura constitucional de la buena fe en perspectiva de género).

b) No hay «*animus nocendi*» respecto de los intereses de la empresa, sino solo ejercicio de una actividad típicamente de cuidar (aquí entretenimiento) en un período de baja.

c) La empresa no ha probado que la trabajadora infringiera las prescripciones médicas específicas sobre su recuperación. Es más, pasó los controles de la Mutua, sin que de ninguna de estos controles médicos se derive que la situación de IT se estaba prolongando artificiosamente.



La integración de la perspectiva de género en los juicios sociales, constituye una novedosa aportación jurídica (ej. STS 4ª, 115/2020, de 6 de febrero). Se multiplican las sentencias rectificadoras de doctrinas jurisprudenciales precedentes en orden a garantizar la equidad de género y dando aires nuevos, pero también creando una mayor incertidumbre. Nuevos conceptos («discriminación por asociación», «discriminación múltiple») emergen (STC 71/2020, 29 de junio).

Esta perspectiva de género resulta decisiva en cuestiones como la «jornada a la carta» (34.8 ET), primando sobre las razones de empresa (ej. STSJ IC/ Las Palmas, 1 de septiembre de 2020). El TS no solo la avala, sino que reprocha no integrarla (ej. STS, 4ª, 713/2020, 23 de julio). Sin embargo, en otros ámbitos, como en el acoso moral laboral por razones de maternidad, viejas razones procesales (ej. STS, 4ª, 330/2020, 14 de mayo), llevan a la Sala 4ª a «orillar» este enfoque. Otras generan la misma perplejidad (ej. STS 730/2020, 30 de julio).

Esta monografía pretende ofrecer un panorama completo, expositivo y crítico, de todas las decisiones judiciales en el orden social, también en el TC y en el TJUE, que inciden en la discriminación por razón de sexo durante el último trienio (2018-2020). Decenas de sentencias (trabajo, prevención de riesgos, enfermedades profesionales, pensiones, etc.) se ordenan para facilitar su conocimiento y extraer enseñanzas prácticas a fin de mejorar el rigor en la aplicación de este novedoso método jurídico. Novedades legales (ej. desarrollos reglamentarios del RDL 6/2019; RDL 28/2020, sobre el trabajo a distancia, etc.), incluso convencionales...

