

Una «cuestión de género» en la justicia social: asignatura aún pendiente, también del Tribunal Supremo

Cristóbal Molina Navarrete

Director

Cuando, a veces, me preguntan cuándo habrá suficientes mujeres en la Corte Suprema y digo «cuando haya nueve», la gente se queda perpleja. Pero había nueve hombres, y nadie ha planteado nunca una pregunta al respecto.

Ruth Bader Ginsburg (jueza de la Corte Suprema de EE. UU.)

1. Más allá y más acá de invocaciones nominales: persistentes deficiencias de los órganos jurisdiccionales sociales sobre la perspectiva de género. Cualquier persona profesional de las relaciones de trabajo asidua a los repertorios de jurisprudencia social, incluso, más sencillo, a las redes sociales, podría sorprenderse –lo que pretendo–, incluso calificarlo de equivocado –trataré de persuadirla de lo contrario–, con la lectura del título elegido para este editorial. ¿Acaso no sabe el director de esta revista, tan atenta a la evolución judicial y jurisprudencial, día a día, que la Sala de lo Social del Tribunal Supremo (TS) ya ha asumido «plenamente» la «perspectiva de género» como un nuevo canon jurídico en el enjuiciamiento de los asuntos que se ventilan en la rama social del derecho, obligatorio, no opcional, en virtud del mandato directo del [artículo 4 de la Ley orgánica para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres](#) (LOIEMH)? Basta –podría afirmarse con razón, si nos quedamos en un análisis de superficie y nominalista– recordar su Sentencia (STS) 580/2020, de 2 de julio (las lesiones derivadas del parto son accidente no laboral), para advenirlo.

Ni es la primera ni la última (por ejemplo, [STS 908/2020, de 14 de octubre](#) –las víctimas de violencia de género están exentas del requisito de convivencia previa para causar pensión de viudedad–) que señala expresamente que se acoge a tal perspectiva de género. Precisamente, la referida sentencia, tras explicitar la obligatoriedad de su inclusión como un canon hermenéutico ex [artículo 4 de la LOIEMH](#), a añadir, modulándolo, a los clásicos del

[artículo 3 del Código Civil](#) (CC), lista los precedentes que habrían asumido el mismo canon¹. El primero lo data una década atrás ([STS de 21 de diciembre de 2009, rec. 201/2009](#)). Consecuentemente, ¿no ha de valorarse positivamente el recorrido expansivo experimentado por la Sala Cuarta del TS? Al menos desde que esta revista dedicara un monográfico de la sección diálogos (núm. 433, abril/2019) a la irrupción, con expresa nominación y justificación, en los niveles inferiores judiciales sociales, de esta innovadora metodología jurídica, no por debida desde antaño menos reseñable.

Desde luego que merece favorable acogida tal proceso evolutivo, no solo hermenéutico, sino auténticamente cultural (jurídico y social), pero no menos cierto es que ni se está revelando suficiente ni siquiera se escribe siempre con los renglones rectos de derecho que un tema tan serio merecería, a mi juicio. Vamos a tratar de ilustrar en estas páginas, como ya advertí –temiéndolo– en la [presentación](#) que acompañé a aquel monográfico sobre el juzgar social con la perspectiva de género constitucional e internacionalmente debida, un doble déficit en aras de una mayor efectividad de la tutela judicial del derecho-principio-valor de la igualdad de trato por razón de sexo. Una crítica por defecto (la ausencia de invocación de la perspectiva de género en un buen número de supuestos en los que podría y debería resultar determinante) y otra crítica por exceso (la banalización del canon de género, utilizado no como razón de decidir, sino solo a mayor abundamiento). Ejemplificaré con la experiencia reciente ambos constatados.

Vamos a acreditar un doble déficit judicial y jurisprudencial en el juicio social con perspectiva de género: por defecto (no la invoca en supuestos donde debería) y por exceso (la invoca en supuestos donde solo actúa a mayor abundamiento, banalizando el canon jurídico)

Sin perjuicio de algún desarrollo más en las páginas que siguen, no es ocioso anticipar, de un lado, que de los cinco precedentes entre 2018-2020 que la citada [STS 580/2020](#) refiere, solo los dos últimos (2020) recurren a la perspectiva de género como razón de decidir

¹ La recopilación jurisprudencial es la siguiente:

- [STS 864/2018, de 26 de septiembre](#) –solo un formalismo enervante en la interpretación de las normas permitiría denegar la prestación de maternidad al otro progenitor porque la trabajadora no comunicue la cesión en el momento de solicitar su prestación social–;
- [STS 778/2019, de 13 de noviembre](#) –el plan de igualdad negociado en la empresa usuaria debe extenderse a las personas trabajadoras puestas a disposición por las empresas de trabajo temporal (ETT)–;
- [STS 815/2019, de 3 de diciembre](#) –los acuerdos colectivos que excluyen el carácter retribuido a situaciones de ausencia superiores a un determinado periodo, sin atender a su finalidad garantista de derechos fundamentales, son nulos por discriminatorios ex [art. 14 Constitución española](#) (CE)–;
- [STS 79/2020, de 29 de enero](#) –negar el derecho a una pensión SOVI en favor de familiares de una hija, por la muerte de su madre, es una discriminación indirecta refleja o por asociación–;
- [STS 115/2020, de 6 de febrero](#) –el periodo de servicio social femenino franquista debe computar, al igual que el servicio militar, para la carencia necesaria en la pensión de jubilación anticipada–.

(clave jurídica determinante de la solución favorable al principio de igualdad de trato por razón de sexo). En cambio, las otras tres solo acuden a la perspectiva de género como argumento añadido, a mayor abundamiento, esto es, sin atribuirle un valor determinante, de manera que sin ella la solución hubiese sido exactamente la misma. En este sentido, la [STS 864/2018, de 26 de septiembre](#), remite a la misma solución de la [STS de 20 de mayo de 2009 \(rec. 3749/2008\)](#), pese a que esta se refiere a una normativa de 2001 y cita, en no-veno lugar, tras «8 razones» previas justificativas, el [artículo 4 de la LOIEMH](#), al que considera nada más que un «refuerzo» del [artículo 14 de la CE](#). Más aún. En algún caso, como expone el voto particular que acompaña a la [STS 815/2019, de 3 de diciembre](#), el recurso al enfoque constitucional no supondrá más tutela para el derecho (un conflicto colectivo con relación a un acuerdo novatorio sobre retribución variable negada para periodos de ausencia de más de 1 día), sino, al contrario, una visión más estrecha.

La propia [STS 580/2020](#) tampoco atribuye a la perspectiva de género un valor de canon hermenéutico determinante en la solución de las dudas interpretativas del caso, sino que, solo al final, una vez alcanzada la solución jurídica que considera más adecuada –absolutamente correcta–, hace un «guiño interpretativo» al canon de género y remacha la solución invocándolo. Lo mismo, incluso todavía más claramente devaluada, reduciéndola más bien a cláusula de estilo o de modismo metódico (homenaje a una suerte de nuevo modismo jurídico-social), cabría decir de la invocación que de la perspectiva de género hace la [STS 778/2019, de 13 de noviembre](#). De inmediato volveré sobre ella, por la importancia que ha adquirido en la regulación de algún aspecto del [Real Decreto 901/2020, de 13 de octubre](#), por el que se regulan las formalidades para la elaboración de los planes de igualdad y su registro, objeto de más detenidos comentarios tanto en el [estudio](#) del profesor José Sánchez como en el [análisis de actualidad](#) realizado por la abogada y consultora experta en la materia María de los Ángeles García, incluidos en este número.

De otro lado, también es oportuno adelantar, para posteriormente alimentar la crítica, de conformidad con la función que es propia del/de la jurista científico/a-social, pero también práctico/a, con razones de técnica jurídica y en aras de una mejor aplicación del canon de género en el juicio sociolaboral, que hallamos un buen número de decisiones judiciales que prescinden totalmente de invocarlo. No es ya que desestimen aplicar el canon para obtener una solución favorable a la igualdad de género como derecho en juego, sino que sencillamente ni lo toman en consideración. Esto es, lo orillan por completo, pese al indudable relieve normativo y fáctico que presenta en el caso. Y ello sucede en todos los niveles de la jurisdicción social, también en la sala de casación social.

Que esa deficiente perspectiva de género en el juzgar social sigue en niveles inferiores lo desvela la [STS 713/2020, de 23 de julio](#). La Sala Cuarta casa y anula una sentencia, devolviendo el conflicto al principio o a un «volver a empezar de la justicia social desde el inicio» (4 años después), porque el órgano judicial «olvidó» ponderar la dimensión constitucional del ejercicio por una mujer (trabajadora de Carrefour) de su derecho a la reducción de jornada por guarda legal ex [artículo 37.6 del Estatuto de los Trabajadores \(ET\)](#), precisamente

10 años después de la determinante Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 3/2007, de 15 de enero (caso análogo). Un «volver a empezar de la justicia social» con la consiguiente dilatación de la respuesta, incluso con incertidumbre sobre la misma, tras un largo proceso, que hallamos en la STS 835/2020, de 2 de octubre (declara la nulidad de actuaciones porque el órgano judicial no resolvió sobre la nulidad del despido objetivo de la trabajadora con –cómo no– reducción de jornada por guarda legal, declarando la improcedencia al no pedir en la demanda la nulidad, primando el valor de la congruencia formal). Esta sentencia cuenta –como veremos– con un fundado voto particular que, prescindiendo por completo también de la perspectiva de género, manifiesta aquí (mujer, conciliación, despido arbitrario), admite solución diversa y menos dilatoria. No será la única que omita la perspectiva de género como canon de validez y eficacia de las leyes procesales, con resultado más lacerante aún (por ejemplo, STS 352/2020, de 19 de mayo).

Para probar que los problemas de las persistentes deficiencias afectan al entero orden social de la jurisdicción destacamos el calvario judicial de trabajadoras que, víctimas de vulneraciones de su derecho a la no discriminación, han debido esperar años a encontrar la diligencia debida en la efectividad de la tutela judicial, con el amparo (extraordinario) constitucional. Así lo evidencia la –ciertamente peculiar–

STC 71/2020, de 29 de junio (amparo a la enfermera que no vio reconocido un permiso de trabajo retribuido para visitar a su hermana, que estaba hospitalizada tras alumbrar). Pero también la STC 129/2020, de 21 de septiembre, la última que el BOE ha publicado de una larguísima serie que se remonta a la STC 79/2020, de 2 de julio (amparo a decenas de mujeres médicas que sufrían la práctica retributiva discriminatoria indirecta de un hospital malagueño consistente en un sistema de cómputo de los periodos de descanso retribuido que penaliza los periodos de reducción de jornada –por enésima vez– debida al trabajo de cuidar).

Y para que no falte ninguna jurisdicción en este sistema multinivel de protección (pero también de déficits de diligencia debida en su ejercicio efectivo) sigue pendiente la gestión de los –contraproducentes– efectos de la polémica Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE) de 12 de diciembre de 2019 (asunto C-450/18, WA c. INSS). Se recordará que declaró discriminatorio por razón de sexo, en contra del varón (reemerge otra faz de la vieja figura del «varón –viudo– discriminado»), el «complemento por maternidad» ex artículo 60 de la Ley general de la Seguridad Social (LGSS). ¿Deben legislación y jurisdicción entender que el TJUE no ve con muy buenos ojos esta perspectiva de género aplicada para corregir la brecha en pensiones?

Toda una conmoción –aunque ya anunciada por la doctrina científica, ante la deficiente técnica legislativa empleada en su establecimiento, sin que sea admisible que el fin justifique cualquier medio– y un factor de zozobra o incertidumbre en el camino que se ha de seguir

Destacamos el calvario judicial de trabajadoras que han debido esperar años a encontrar la diligencia debida en la efectividad de la tutela judicial, con el amparo constitucional

ahora de plena actualidad una vez acordado, por fin, el [Informe de Recomendaciones del Pacto de Toledo](#). Precisamente, la Recomendación 17 (genéricamente intitulada «Mujeres») contiene una llamada –extremadamente vaga– a la corrección de las causas que provocan las brechas de género en pensiones, como las trayectorias profesionales (más) irregulares de las mujeres por su sobrerrepresentación en el trabajo de cuidar, así como de las discriminaciones relativas a las pensiones de las personas trabajadoras a tiempo parcial, «la gran mayoría mujeres». Y para ello recuerda que el TJUE nos viene condenando sistemáticamente a corregir esta disconformidad sistémica con el derecho de la Unión Europea. Típico «cal y arena», pues, del TJUE. Unos meses antes ([STJUE de 8 de mayo de 2019, asunto C-161/18, Villar Láiz c. INSS](#) –y a su estela la [STC 91/2019, de 3 de julio](#)–) había dado una –nueva– alegría a quienes se jubilaban habiendo realizado trabajos a tiempo parcial en la medida en que el sistema de cálculo precedente (por cierto, que es igual para la pensión de incapacidad permanente, que espera su momento de depuración jurisdiccional) penalizaba doblemente la parcialidad (en la base reguladora y en el periodo de carencia).

Una lógica dicotómica de «cal y arena», cuya inclinación a un lado u otro del fiel de la balanza resulta altamente imprevisible, por lo resbaladizo de sus criterios distintivos, respecto del tratamiento de los derechos laborales –y los de pensión asociados– de las personas de empleo a tiempo parcial, persistentemente feminizado, que no cesa de ofrecernos casos complejos en los que unas veces aflora la «dimensión de género», no ya solo la prohibición de discriminación por razón de sexo, y otras no. En el lado de la «cal» (el lado positivo), piénsese, por ejemplo, en la clara proyección para la retribución complementaria de ciertas relaciones de trabajo fijo discontinuo especialmente feminizadas, como las trabajadoras de la Agencia Estatal de Administración Tributaria (AEAT) (por ejemplo, [STS 852/2019, de 10 de diciembre](#)). En el otro lado, el de la pobre «arena» (el lado negativo), de interés la reciente doctrina jurisprudencial sobre cómo ha de fijarse la indemnización por despido de las personas fijas discontinuas ([STS 730/2020, de 30 de julio](#) –reclama un trabajador–). ¿Son tan claros los criterios fijados por el TS para la distinción entre una solución –integradora de la no discriminación por razón de sexo o extramuros de ella–? Se verá –siquiera brevemente– que la cuestión resulta más vidriosa de lo que deriva del –literal– criterio jurisprudencial. El [artículo 11 del Real Decreto 902/2020, de 13 de octubre](#), de igualdad retributiva entre mujeres y hombres, si se interpreta –como se debe– conforme al artículo 157 del [Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea](#) (TFUE), pudiera exigir una diferente lectura.

2. Perspectiva de género de los planes de igualdad y relaciones triangulares de trabajo: ¿«el legislador reglamentario» expande un uso judicial a mayor abundamiento (banalizado)? Al advertir sobre la crítica derivada del riesgo de exceso de invocación del canon de género como método hermenéutico, sin dotarlo de la debida dimensión resolutoria que le es propia, para devaluarlo a argumento a mayor abundamiento (viejos *obiter dicta*), incluso como una pura identificación con el reclamo del [artículo 4 de la LOIEMH](#), sin más, reclamé la atención sobre la [STS 778/2019, de 13 de noviembre](#). Esta sentencia reconoce que los planes de igualdad de la empresa principal deben comprender a las personas puestas a disposición

de ella por la ETT (relaciones triangulares de trabajo). La sentencia de casación confirma la de instancia, cuyo razonamiento se movió extramuros del canon de género, para limitarse a los típicos del [artículo 3 del CC](#), concretamente la literalidad del [artículo 11.1 de la Ley de empresas de trabajo temporal](#), aceptando tal criterio como principal la Sala de lo Social del TS. Tanto que concluye que tal extensión deriva del precepto legal «sin género de dudas». Entonces ¿para qué invocar la perspectiva de género si en su ausencia la decisión sería la misma?

Sea como fuere, lo cierto es que el «legislador reglamentario» (que –aun tardíamente– ha llevado hasta el límite –y quizás algo más allá– su capacidad de desarrollo reglamentario del [RDL 6/2019](#)) no ha perdido la oportunidad de aprovechar esta decisión jurisdiccional a fin de darle la máxima expansión subjetiva posible a los planes de igualdad. Unos instrumentos estos absolutamente banalizados en la experiencia práctica, pero que la legislación ha querido revalorizar para «remover los obstáculos que impiden o dificultan la igualdad efectiva» ([art. 46.2 LOIEMH](#)). Esta dimensión subjetiva compleja se refleja en el [Real Decreto 901/2020, de 13 de octubre](#), al menos en dos momentos. En primer lugar, en el de cuantificar la dimensión ocupacional de las empresas para determinar si están obligadas o no a implementar un plan, incorporando a las personas puestas a disposición, así como valorando las relaciones de trabajo a tiempo parcial como una persona trabajadora más, al margen de la duración de su prestación de servicios efectivos ([art. 3.1](#)), que refleja una concepción muy amplia, incorporando también a las personas trabajadoras puestas a disposición. De ahí que se integren como propias a los efectos de igualdad (relevancia jurídica de la estructura red que se crea en estos casos, aunque sea descentralizada). En segundo lugar, en el [artículo 2.6](#), al prever de forma expresa la posibilidad de aprobar un «plan de igualdad de grupo», estructura empresarial subjetivamente compleja o colectiva que no se define, limitándose a remitir a las reglas del [artículo 87 del ET](#). Este plan deberá tener en cuenta la actividad de cada una de las empresas que lo integran y los convenios, e incluir información de los diagnósticos de situación de cada una de estas. En todo caso, no se presume el interés unitario del grupo a un único plan de igualdad, sino que debe justificarse.

3. Costes de la omisión del enfoque de género en los niveles inferiores de la jurisdicción: una justicia social de género indebidamente dilatada y económicamente subestimada. Ni que decir tiene que, si hay que elegir, mejor el exceso de invocación de la dimensión de género que su ausencia. Un vicio interpretativo más criticable aún si ni tan siquiera aparece en el juicio social reclamado la dimensión constitucional de un ámbito fundamental para la igualdad de trato y de oportunidades por razón de sexo (diferencia biológica) y género (diferencia sociocultural), como la conciliación de la vida laboral y familiar. Cuando el debate legislativo y jurisdiccional (por ejemplo, Sentencia del Tribunal Superior de Justicia –[STSJ– de Canarias/Las Palmas de 1 de septiembre de 2020, rec. 197/2020, comentada en el número de octubre/2020 de esta revista](#)) se sitúa en la extensión y límites del derecho subjetivo a una adaptación razonable de jornada ex [artículo 34.8 del ET](#) (reescrito por el [RDL 6/2019](#)), quedando superada –parecía– la doctrina jurisprudencial y la doctrinal judicial elaborada a su estela que

negaba dimensión constitucional a la novación de turno, si no mediaba reducción de jornada por guarda legal ex [artículo 37.6 del ET](#), descubrimos, con perplejidad, que el pasado pervive en el presente –técnica de *flashback*– y hallamos decisiones de espaldas a la [STC 3/2007, de 15 de enero](#), así como a la [LOIEMH](#).

Descubrimos, con perplejidad, que el pasado pervive en el presente y hallamos decisiones de espaldas a la [STC 3/2007, de 15 de enero](#), así como a la [LOIEMH](#)

Así lo revela la citada [STS 713/2020, de 23 de julio](#), que, justamente, ha de confrontar como sentencia de contraste aquella sentencia constitucional, reafirmando, como es lógico, y, por lo tanto, casa la de suplicación. Sin embargo, como también se anticipó, no solo la casará, sino que la anulará por haber omitido el debido juicio sobre la dimensión constitucional del asunto (pues tratándose de una trabajadora y ejerciendo el derecho conciliatorio sacrificial –implica también reducción de salario– de reducción de jornada ex [art. 37.6 y 7 ET](#), es evidente que está en juego el [art. 14 CE](#) y que debió entrar en juego el [art. 4 LOIEMH](#)). Por lo tanto, le dará una oportunidad adicional para que pondere, por imperativo constitucional, las circunstancias concurrentes en el caso en aras de la compatibilidad de los intereses en juego.

No hallamos aquí ni «diligencia debida» en la protección de la igualdad de trato y de oportunidades, con prohibición de discriminación, directa o indirecta, por el trabajo de cuidar, ni *iura novit curia*, ni congruencia procesal (no se da respuesta a la cuestión planteada de la reducción de jornada), ni celeridad en la justicia social, fallando buena parte de los principios del orden social. ¿Asegura esta retroacción el reconocimiento del derecho? En absoluto. Si se recuerda el precedente constitucional, también se rememorará que aquel asunto no terminó «bien», desde luego no satisfactoriamente para el derecho conciliatorio de la mujer trabajadora. El segundo fallo no reconoció el derecho novatorio y el segundo pronunciamiento constitucional (2009) desistió de ofrecer tutela, porque el hijo ya había superado la edad legal del beneficio. Como no habitúa el TC a reconocer indemnización de daños, la trabajadora tuvo que acudir al Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) para que este le diera algún «consuelo compensatorio» (indemnización), lo que ocurrió (2013).

El TEDH reprobó al TC que se limitara a darle un «amparo ilusorio», pues reconocer violado un derecho humano fundamental, incluso por dos veces, y privarlo de consecuencia práctica, siquiera sea en términos indemnizatorios por daños morales, constituye «una tutela ilusoria». De ahí que le concediera 16.000 euros de indemnización (que debió pagar el Estado, no la empresa). Al margen de que, como veremos, el TC no ha aprendido lección alguna al respecto y sigue sin incorporar a su amparo indemnización alguna (salvo contadas excepciones), ¿la justicia ordinaria sí habrá tomado debida cuenta y, al menos, integrará debidamente la tutela resarcitoria efectiva en la tutela de igualdad de género debida, con la diligencia exigida, como razona la referida [STSJ de Canarias/Las Palmas de 1 de septiembre 2020](#)?

Tampoco hay ninguna razón para confiar en que vaya a ser así, según se desprende de cualquier repaso de la experiencia judicial más reciente atesorada en los repertorios a tal efecto. No es la primera vez en estas páginas ni será la última –de hecho, en próximos números veremos de nuevo el persistir de la cicatería resarcitoria de la jurisdicción social en materia de derechos fundamentales– que criticamos la extremada subestimación del daño discriminatorio por sexo-género. Para ser fieles a nuestro enfoque de ilustrar la aseveración con experiencias recientes, que no responden a casos aislados, sino que conforman una práctica, una categoría extendida, difusa en la experiencia del foro social, traigamos a colación la [STSJ de Madrid 352/2020, de 21 de mayo](#).

Esta sentencia ha gozado de cierta «fama mediática», a fin de dejar constancia, «aviso a navegantes» (empresas y sus consultoras de «recursos humanos»), de lo muy seria que parece ir la jurisdicción con estas cuestiones de las represalias por el ejercicio –otra vez– de derechos de conciliación por las madres. En este caso, una madre teletrabajadora con tres descendientes menores a su cargo y «cabeza» de una unidad monoparental ve cómo la despiden esgrimiendo la reducción de rendimiento por negarse a reducir de 2 días a 1 de teletrabajo, modalidad organizativa en la que llevaba 10 años trabajando, sin tacha alguna. La carta de despido decía:

[...] la calidad de su trabajo no ha cumplido con los estándares de su posición y las expectativas de la compañía. En los últimos años, su rendimiento ha sido insatisfactorio a la vez que irregular, generando incluso una presión innecesaria para el resto de los miembros de su departamento.

La jurisdicción, aplicando la prueba de indicios ex [artículo 96 de la Ley reguladora de la jurisdicción social](#) (LRJS), llega a la conclusión de que la causa esgrimida es irreal (o falsa), respondiendo el despido a una represalia por la insinuación de la trabajadora de que la renuncia a 1 día de teletrabajo la llevaría a una reducción de jornada y esa modalidad de prestación perjudicaría más –por la reducción del salario que implica y que no puede permitirse con tres menores a su cargo–. Por lo tanto, hay nulidad del despido por una doble vulneración de derechos fundamentales. Los artículos [24](#) y [14](#) de la CE.

¿Final feliz, pues? No. De un lado, pese a que es manifiesto que la represalia se asocia a una razón típicamente vinculada al género (sobrerrepresentación de la mujer en el trabajo de cuidar, además de una visión claramente estereotipada de los roles a cargo de la dirección de empresa, en especial de los dos directivos que toman la decisión de represalia, aunque la formalizara otra mujer, la responsable del departamento de «recursos humanos»), esta perspectiva está

De un lado, pese a que es manifiesto que la represalia se asocia a una razón típicamente vinculada al género, esta perspectiva está ausente, al razonar la decisión y en el fallo. De otro, no se hallará pronunciamiento indemnizatorio

ausente, al razonar la decisión y en el fallo. La tutela se vincula únicamente a la violación de la garantía de indemnidad ex [artículo 24 de la CE](#) (SSTS [179/2018, de 21 de febrero](#), y [779/2019, de 14 de noviembre](#); STSJ de Madrid [713/2019, de 28 de junio](#)). De otro, y «de tales polvos (total ausencia de la debida cuestión de género), estos lodos (sin noticias de la indemnización igualmente debida y disuasoria)», no se hallará pronunciamiento alguno indemnizatorio. Pero ¿no es obligatorio o automático apenas se constate la violación de un derecho fundamental ex [artículo 183 de la LRJS](#), más si son dos?

Sí, pero ya sea porque no la haya pedido la demanda –ni el recurso–, por falta de diligencia profesional, ya porque no haya reparado en ella ningún nivel jurisdiccional interviniente (que se acogerá al principio de la justicia rogada), lo cierto es que no hay pronunciamiento a tal fin. Por lo tanto, el daño discriminatorio (creación de obstáculos a la conciliación de la vida laboral y familiar) y los daños morales (el sufrimiento generado por tal situación, la afectación a su honor o prestigio profesional, al imputarle bajo rendimiento, sabiendo su falsedad –la causa falsa, en sí, no genera nulidad, como ha recordado la reciente [STSJ de Cataluña 3550/2020, de 21 de julio](#), con un voto particular nutrido, que reprocha al voto mayoritario resistir al margen de las normas internacionales, analizadas en la [actualidad del número de octubre/2020 de esta revista](#)–) quedan sin resarcir, de modo que quiebra la tutela judicial efectiva ex artículos [24](#) y [14](#) de la CE. ¿Puro caso episódico, infortunio por la conjunción de varias deficiencias que no suelen darse en la experiencia?

Contestemos –me temo que no muy positivamente–, de nuevo, con el ejemplo. Traigamos ahora la [STSJ de Madrid 438/2020, de 16 de junio](#). En ella se declara también la nulidad del despido de una empleada de hogar, no por su embarazo, el caso más tópico en la práctica (por ejemplo, [STSJ de Madrid 767/2018, de 20 de noviembre](#), entre decenas, de esta sala de suplicación social de toda España, sin que haya consenso indemnizatorio –la [STS 77/2020, de 29 de enero](#), unificaba un aspecto muy concreto, la fecha de inicio de los salarios de tramitación, y se quedaba con las «ganas» de unificar más cosas, pero razones procesales la obligaban a la contención–), sino, de nuevo, por la represalia de la empleadora al anunciar la empleada que reclamaría sus derechos en la vía judicial si no se cumplía con las condiciones pactadas (violación de la garantía de indemnidad). En este caso, sí se fija una doble indemnización de improcedencia, pues se sabe que ni el [artículo 11 del Real Decreto 1620/2011](#) prevé la nulidad del despido ni el [artículo 18.2 de la CE](#) (derecho a la inviolabilidad del domicilio) autorizaría a quien juzga a la readmisión obligatoria.

¿Entonces, por qué se trae a colación esta sentencia en una crítica por subestimación del daño discriminatorio de sexo-género cuando no concede una, sino dos indemnizaciones, la del despido improcedente y los salarios de tramitación? ¿No revelaría, al contrario, una sensibilidad especial hacia la indudable dimensión de género, normativa y fáctica, que subyace en este ámbito, en tanto se normaliza algo más con la ratificación tan anunciada del [Convenio 189 de la Organización Internacional del Trabajo](#)? No. Se trae aquí porque la sentencia no resarce en modo alguno el daño discriminatorio de género, pese a ser también aquí muy manifiesto, sino tan solo la «improcedencia» del despido, lo que es cosa bien

distinta, como muestra la [STS 352/2020, de 19 de mayo](#) (criticada en el número de octubre/2020, si bien por otras causas –diluir hasta anular la función disuasoria de la indemnización por violación de derechos fundamentales–). Y, además, no lo hace aplicando la indemnización más elevada del [artículo 56 del ET](#), sino la más reducida del [artículo 11.2 del citado Real Decreto 1620/2011](#):

[...] procede fijar la indemnización que corresponde a la trabajadora a esta fecha en que se declara extinguida la relación laboral, conforme a lo dispuesto en el artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores, siendo la antigüedad de 3 años y 2 meses, a razón de 20 días de salario por año, en aplicación del artículo 11.2 del citado Real Decreto 1620/2011, y el salario diario de 34,22 euros, por lo que asciende a (63 días) 2.155,86 euros [...] (FJ Único).

Cierto, apenas 2.000 euros no parecen ofrecer mucha efectividad de la tutela reparadora del derecho a la igualdad de trato por razón de género (además de por la violación de otro derecho fundamental, la garantía de indemnidad ex [art. 24 CE](#)), pero siempre puede ser peor, de modo que no reciba nada. La [STSJ de Galicia de 16 de septiembre de 2020 \(rec. 1929/2020\)](#) constata que se ha despedido a la empleada de hogar –aquí sí surge la causa más común– durante su estado de embarazo, *pero se trata de una nulidad objetiva y automática, no procede indemnización alguna para tal modalidad de tutela de la maternidad, solo cuando la nulidad deriva de una decisión adoptada expresamente con intención o por causa discriminatoria*. Para ello hay que probar que la unidad empleadora conocía la situación de embarazo, lo que aquí no quedó acreditado.

La STSJ de Galicia de 16 de septiembre de 2020 (rec. 1929/2020) constata que se ha despedido a la empleada de hogar durante su estado de embarazo, pero se trata de una nulidad objetiva y automática, no procede indemnización alguna

4. El valor del tiempo de la acción diligente de la víctima de discriminación de género: ¿las normas procesales sociales no admiten una relectura en clave de igualdad de género para el TS por mandato de su diligencia debida? Por seguir nuestro relato crítico enlazando con el caso anterior, ¿basta con probar en juicio su embarazo y la conexión del despido con él? No, tampoco. Antes hay que invocarlo en el momento formal oportuno (conciliación preprocesal), sin ser suficiente, según la vetusta pero perpetuada jurisprudencia, con hacerlo en la demanda. Así lo afirma la –para mí, por las razones que sintetizaré, muy discutible desde la perspectiva de género, que omite por completo, pese a ser manifiesta– [STS 528/2020, de 25 de junio](#).

La trabajadora prestaba servicios para la empresa mediante sucesivos contratos temporales hasta el cese, estando embarazada. Disconforme, presenta su papeleta de conciliación

sin hacer constar su embarazo, esgrimiendo como causa del cese indebido la persistencia del objeto del contrato. Sin embargo, en trámite de aclaración de demanda esgrimió que la causa real de su cese-despido era su situación de embarazo. El juzgado de lo social desestimó la pretensión de nulidad y declaró la improcedencia por falta de congruencia entre la papeleta de conciliación y la demanda. En cambio, la sala de suplicación madrileña declaró la nulidad (con los efectos de readmisión y salarios de tramitación –sin indemnización adicional, una vez más–). Sin referencia alguna a la cuestión de género inherente al caso, prima el principio de realidad del conocimiento por la empresa de la situación de embarazo –probado–, siendo la causa real de la extinción, para evitar el riesgo de baja hasta el alumbramiento y posteriores bajas por maternidad, etc.

En unificación de doctrina, haciendo una interpretación literal y formalista del [artículo 80.1 c\) de la LRJS](#), aplica de forma inflexible la prohibición expresa de introducción de hechos nuevos en sede judicial no alegados en la papeleta de conciliación. Le reprocha que ni siquiera aparece en la demanda inicial, evidenciando un cambio de estrategia procesal, pero extemporáneo. Por ello, en aplicación del [artículo 215 de la LRJS](#), resuelve sin tomar en consideración la situación de embarazo de la trabajadora en el momento del despido. Una vez más, la «cuestión social de género» brilla por su ausencia. A mi juicio, resulta incomprensible jurídicamente, porque en vez de remover todo obstáculo procesal, la jurisprudencia crea una excepción legalmente no prevista a la protección automática de las situaciones de embarazo prevista –como técnica de garantía reforzada– por la legislación nacional.

En vez de remover todo obstáculo procesal, la jurisprudencia crea una excepción legalmente no prevista a la protección automática de las situaciones de embarazo

Primero, porque, siendo inherente al asunto tal canon de género, el TS está obligado ex [artículo 4 de la LOIEMH](#) a someter la ley procesal aplicable al juicio de efectividad exigido por el principio de diligencia debida en la protección de la igualdad de resultado por razón de sexo y género, aunque su conclusión hubiese sido la misma. Este juicio de valor de género tendrá un sentido u otro, pero lo que no puede el TS, so pena de vulnerar el [artículo 24 de la CE](#), es silenciarlo, como ha hecho. Segundo, existe una prohibición de despedir a las trabajadoras embarazadas, habiendo evidenciado el TJUE ([asunto Porras Guisado](#)) que esta tutela preventiva ex artículo 10 de la [Directiva 92/85/CEE](#) no se refleja en nuestro derecho. Por tanto, hacer de las normas procesales un obstáculo insalvable para el acceso a la justicia de género en ciertos casos agrava el desajuste. Tercero, mientras que a la empresa ni se le causa indefensión –se alega antes del juicio– ni se le priva de la oportunidad para conciliar, si es su voluntad, dentro del proceso –como le recuerda el TJS de Madrid–, la trabajadora sí se ve privada de acción para defenderse de un despido normativamente prohibido. La diferencia de poder generada es inasumible en términos de equidad de género, al convertir la aplicación de la norma procesal en un obstáculo indebido, perpetuando los agravios.

Por las razones esgrimidas, y otras que podrían añadirse, a mi entender, la doctrina más correcta es la de la sala de suplicación madrileña. Ninguno de los precedentes jurisprudenciales ([STS de 23 de junio de 2014, rec. 1766/2013](#) –no se refiere a la falta de congruencia entre papeleta de conciliación y demanda, sino a la ampliación de los hechos en juicio respecto de la demanda, lo que es muy distinto, pues tal novación procesal sí puede generar indefensión a la otra parte–) ni constitucionales (SSTC [199/2001](#) y [127/2006](#)) llevan a una interpretación tan rígida y formalista como la realizada por la [sentencia comentada](#). Al contrario, más bien reflejan una visión mucho más flexible del trámite de conciliación, que no puede convertirse en un muro insuperable para la protección efectiva del derecho a la no discriminación por razón de sexo-género, cuando hay cauces jurídicos suficientes para canalizar su acción eficazmente sin producir indefensión a la empresa. Cierto, si la defensa de la trabajadora hubiese sido más diligente profesionalmente, el problema procesal aquí emergido no se hubiera producido, pero estando en juego la cuestión de género manifiesta existente aquella falta de diligencia no puede ser un obstáculo insalvable para que el TS cumpla con su deber de diligencia debida, que le prohíbe interpretaciones rígidas, formalistas y de resultados tan restrictivos de la protección de la igualdad que la impide. No es función de quien juzga hacer de la norma un obstáculo, sino removerlo (arts. [9.2 CE](#) y [4 LOIEMH](#)).

En suma, en la protección efectiva frente al despido por embarazo (o la no contratación por él), la diligencia debida es innovar las garantías de tutela, no anclarse en interpretaciones rígidas del pasado. Esta perspectiva innovadora es la asumida tanto por el TC como por el TJUE. Así, se desprende, entre otras, de la [STJUE de 20 de junio de 2019, asunto C-404/18, Hakelbracht](#) (extiende la protección frente a la no discriminación de sexo a personas relacionadas con las trabajadoras no contratadas por embarazo, anticipando incluso normas como la Directiva 2019/2137/UE, de 23 de octubre, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del derecho de la Unión –[comentada](#) por la Dra. Patricia Nieto Rojas, en el núm. 441, diciembre/2019, de esta revista–). Conviene recordarlo, porque me temo que la Sala de lo Social del TS lo olvida a veces. El TJUE sostiene una y otra vez que la «aplicación efectiva del principio de igualdad de trato que pretende la Directiva 2006/54 requiere, como destaca su considerando 29, la aplicación de procedimientos judiciales o administrativos adecuados para el cumplimiento de las obligaciones previstas en ella» (apdo. 31). En su virtud, el principio del control judicial efectivo queda privado de su esencial eficacia, de efecto útil, si la protección que confiere la prohibición de discriminación por razón de sexo se descarta «*si no cumplen determinadas exigencias formales [...]*, lo que podría comprometer gravemente la realización del objetivo perseguido por la Directiva 2006/54» (apdo. 34). Sí, el caso es distinto, pero la doctrina análoga: con formalismo procesal no hay efectividad de la tutela por razón de sexo y género y, por lo tanto, está prohibida tal lectura.

Justamente, esta posición más flexible en el entendimiento de las normas procesales (tanto en la apreciación del requisito de la contradicción ex [art. 219 LRJS](#) como en los requisitos de la demanda), por lo tanto, de menor rigorismo procesalista, a fin de garantizar la tutela judicial efectiva de derechos fundamentales sustantivos es la que sostiene la

[STS 835/2020, de 2 de octubre](#). En el caso, se trata de un –enésimo– despido (objetivo) por razón de –o en situación de– maternidad (trabajo de cuidar: reducción de jornada por cuidado de hijo). Si bien en el texto de la demanda sí se evidencia la petición de nulidad, en su suplico solo se pide improcedencia. En virtud del principio de congruencia procesal ([art. 218 Ley de enjuiciamiento civil –LEC–](#)), rígidamente entendido, la sala de suplicación solo declaró la improcedencia, rechazando la nulidad. El TS, aquí sí con la flexibilidad exigible, consideró que la demanda no puede entenderse fragmentada, como un conjunto de partes autónomas, sino como un todo unitario y, de ese todo, se desprende con claridad que la trabajadora pretende la nulidad. Y ello pese a las notables deficiencias de las que adolecía el recurso –como el voto particular recuerda–, coadyuvando la sala a su éxito, primando aquí la obligación jurisdiccional de calificar de oficio el despido ([art. 108 LRJS](#)), al margen de la dada por las partes (pese al principio de justicia rogada ex [art. 216 LEC](#)), siempre que le expliciten bien los hechos y en momento procesal oportuno (SSTS de [23 de diciembre de 2014](#), [rec. 2091/2013](#), y [20 de enero de 2015](#), [rec. 2415/2013](#), entre otras).

Entonces ¿dónde está el problema jurídico? ¿En este caso la sala ameritará consenso y aprobación? No siempre es «arena de género», hay «cal (hermenéutica) de género», ¿no es cierto? Lamentablemente, no. Primero, porque, siendo también aquí manifiesta la perspectiva de género, no hay ni huella de ella en ninguno de los niveles jurisdiccionales, tampoco para el voto particular, pese a firmarlo una magistrada que habitualmente atiende, sea en sus ponencias sea en sus votos particulares (algunos de ellos formulados incluso por no aparecer), esa cuestión de género. Podría pensarse que, no siendo necesario para alcanzar su fallo, invocar la perspectiva de género podría generar la crítica, arriba señalada, de banalización de este canon jurídico, por lo que solo lo utilizaría cuando fuese preciso, determinante de una protección efectiva del [artículo 14 de la CE](#) en relación con su [artículo 10](#). ¿No le debemos criticar una cosa y la contraria, verdad?

No lo valoro así. Y ello porque, segundo, el fallo de la sala no es de protección sobre el fondo, reconociendo la nulidad del despido por discriminación de sexo, sino, una vez más, una decisión de justicia procesal «ordinaria», de modo que anulará la decisión recurrida y le devolverá las actuaciones para que se pronuncie sobre el fondo. Otro ejemplo de justicia social dilatada en el tiempo por un exceso de rigor procesalista, como evidenciará, a mi juicio con mejor razón, el voto minoritario. En él se indica que la sala debió entrar en ese aspecto concreto y estimarlo, pues tiene todos los elementos de juicio para hacerlo, evitando la dilación –indebida– del juicio.

El fallo de la sala no es de protección sobre el fondo, reconociendo la nulidad del despido por discriminación de sexo, sino de justicia procesal «ordinaria», y devolverá las actuaciones. Otro ejemplo de justicia social dilatada en el tiempo por un exceso de rigor procesalista

Atendiendo a las circunstancias concurrentes en el caso, el despido debió calificarse ya por el TS como nulo. Así se desprendería de una doctrina jurisprudencial social consolidada

(por ejemplo, STS de 11 de enero de 2018, rec. 26/2016). Doctrina de aplicación al supuesto enjuiciado, y que determinaría:

[...] la estimación del recurso limitado a la calificación del despido de que fue objeto la trabajadora, que ha de calificarse como nulo, reafirmando que la calificación [...] correspondiente al despido de la persona trabajadora es misión exclusiva del juzgador, con independencia de la petición vertida en la demanda [...] (voto particular).

¿Al menos en el voto particular emerge el principio de diligencia debida en la protección de la igualdad de género, en particular frente a la discriminación por maternidad sufrida? No, ya se anticipó que no. La cuestión se resuelve desde la legalidad ordinaria. Sin embargo, aquí hubiese sido muy oportuno traer a colación la perspectiva de género (inherente al caso), porque hubiese ayudado mucho, a mi entender, en la solución correcta de la situación, otorgando la tutela de forma efectiva en casación, sin tener que esperar a una nueva decisión de suplicación.

Al menos tendrá una «segunda oportunidad» para impetrar justicia social de género, cabría resignarse, llamando a una mayor diligencia profesional en la redacción de las demandas, desde su inicio hasta el suplico. Ya hemos visto que no siempre sucede así, y vamos a insistir en ello, por lo que las situaciones que se crean ante la falta de perspectiva de género jurisprudencial pueden ser mucho más lacerantes desde este prisma. Lo vamos a comprobar de inmediato.

5. Una ausencia de perspectiva de género lacerante: ¿la reprobación de un doble acoso por maternidad, uno por hijo, constatado por una doble autoridad, judicial e inspectora, no merece revisar una vieja jurisprudencia social menos garantista que de aplicarse leyes civiles? En efecto, mucho más siniestro es el horizonte para la trabajadora que, dos veces acosada moral y discriminadamente por maternidad, repitiendo la misma secuencia en cada uno de los alumbramientos y posteriores trabajos de cuidar derivados que tuvo que afrontar, se ve en la calle y sin un euro de indemnización, porque, para la jurisprudencia, «consintió el despido». Más que una paradoja resulta un sarcasmo jurídico e ilustra, a mi juicio, una inversión de la tarea o función que le es propia a la jurisdicción [ex artículo 4 de la LOIEMH](#) en relación con el [artículo 9.2 de la CE](#): hacer remoción de obstáculos –de nuevo procesales– allí donde emerjan, no levantarlos allí donde no se deberían dar. En mi valoración –siempre respetuosa con la función jurisdiccional de tan Alto Tribunal y solo efectuada en cumplimiento de la función de crítica jurídico-social que es propia de la doctrina científica–, por las razones que de inmediato sintetizaré, esa es la discrepancia que, desde una perspectiva de género, amerita la [STS 330/2020, de 14 de mayo](#).

En ella, el principio internacional de diligencia debida ([CEDAW](#)) hace mutis por el foro y la transversalidad reseñada para el [artículo 4 de la LOIEMH](#) vuelve a ceder a una interpretación procesal que, sin embargo, constituye un residuo del pasado. Un pasado en el que las desigualdades entre el poder resolutorio de las personas empleadoras (la mayoría de sexo masculino) y las

facultades análogas de las personas que trabajan asalariadamente para ellas saltan del plano fáctico al normativo, sustantivo y procesal. Paradójicamente, las razones –incluso sinrazones, por arbitrariedad– de la persona empleadora se protegen mejor en el ámbito laboral que resultaría de una ley civil, más garantista en

Paradójicamente, las sinrazones –por arbitrariedad– de la persona empleadora se protegen mejor en el ámbito laboral que resultaría de una ley civil

estos casos para las razones de las personas trabajadoras, deviniendo las normas –sustantivas y procesales– sociales un auténtico «privilegio» para la empleadora. Una situación que, si cabe aceptar desde un enfoque de legalidad ordinaria ([art. 50 ET](#); [art. 26 LRJS](#)), por así decirlo la ley y no ser cuestionada hasta el momento por ningún tribunal, que sí ha ido modulando ese efecto de favor hacia los intereses empresariales, deviene inasumible de plano cuando el «privilegio procesal empleador» tiene como resultado un «grave perjuicio procesal de género».

Vamos a verificarlo, brevemente. Una trabajadora sufre, como se decía, doble acoso moral y discriminatorio por razón de maternidad, uno por hijo. Así lo constatan tanto la Inspección de Trabajo y Seguridad Social como la instancia judicial, que extingue el contrato por ello, tras la demanda por la trabajadora ex [artículo 50 del ET](#) y la suspensión judicial, en tutela cautelar ex artículos [79](#) y [180.4](#) de la LRJS expresamente pedida –no es obligatoria, sino potestativa, pero lo hizo la defensa actora–. Pero, desafortunadamente, en suplicación la sentencia es revocada y anulada por una acumulación indebida de acciones. ¿Otro problema de vuelta a empezar la justicia social de género? No, aquí la sucesión de negligencias profesionales –de la defensa y judicial– conducirá a un resultado fatal.

La trabajadora demandó ex [artículo 50 del ET](#), expresando las razones tanto en la papeleta como en la demanda. Hasta aquí no hay incongruencia. Pero, después de presentar la demanda extintiva y la demanda de justicia cautelar, obtenidas ambas, la empresa, haciendo un uso oportunista de su poder de ejecutividad inmediata de la decisión de despedir, extingue el contrato. Sin que se alcancen las razones por las cuales la trabajadora no impugnó el despido, acumulando la acción en virtud del [artículo 26.3 de la LRJS](#), el hecho es que no lo hizo. Consecuentemente, aplicando la más tradicional doctrina jurisprudencial que excluye efecto resolutorio automático al [artículo 50 del ET](#), exigiendo la declaración judicial –aunque la prestación de servicios pueda estar suspendida, bien de derecho bien de hecho–, mientras que se interpreta el [artículo 54 del ET](#) (la trabajadora fue despedida por no incorporarse al trabajo tras la baja laboral, obedeciendo su ausencia a la decisión judicial que amparaba su no incorporación al trabajo en tal ambiente hostil) como expresivo de un poder extintivo de efectos inmediatamente ejecutivos, sin perjuicio de la demanda judicial, el TS dará por extinguida la relación y, por lo tanto, validará el despido.

El TS dará por extinguida la relación y, por lo tanto, validará el despido. Y con él, el doble acoso moral por razón de maternidad

Y con él, el doble acoso moral por razón de maternidad. ¿Por qué desestima el impacto de la perspectiva de género que sin duda

tiene el asunto en el juicio mismo de efectividad de la ley aplicable y que seguro aplicó ex [artículo 4 de la LOIEMH](#)? No, no lo desestima, ni siquiera lo contempló, pese a que es manifiesto, de libro.

De nuevo, no solo no se usa en favor de la solución más favorable al derecho de igualdad y prohibición de discriminación, sino que ni tan siquiera se plantea la sala la cuestión de la validez de esa norma y de esa jurisprudencia cuando estamos ante un marcadísimo estereotipo de género, además de una violación flagrante y de extrema gravedad del derecho. Dos acosos consecutivos, una denuncia a la autoridad laboral, dos acciones judiciales –extintiva ex [art. 50 ET](#) y de suspensión cautelar de su obligación de prestar servicios ex arts. [79](#) y [180 LRJS](#)–, y se concluye que el despido es «consentido» sobre la presunción –conforme a la ley procesal social, peyorativa respecto del [art. 1.124 CC](#)– de que «consiente» tan descarnado despido: la empresa lo hace oportunistamente –tras las varias demandas– y lo basa en la no incorporación a un ambiente laboral que se constata es psicosocialmente tóxico, por acosador, vejatorio, humillante, etc. Curiosamente, el resultado en este caso es que mientras que la trabajadora demandante debe ser coherente en el momento de conciliación y en el de la demanda, so pena de incongruencia, la empresa puede actuar de un modo en la conciliación, de otro en la impugnación de la demanda extintiva ex [artículo 50 del ET](#) y en cualquier momento antes del juicio. La carga de coherencia impugnatoria es de la trabajadora.

6. Persistentes deficiencias de justicia de género ordinarias en materia de principio de igualdad retributiva: el reclamo a la –dilatada– justicia de amparo constitucional.

Vemos cómo las continuas deficiencias de la justicia social de género en la jurisdicción ordinaria, con mayor o menor frecuencia, con más o menos intensidad, en todos sus niveles, reclaman necesariamente acudir a otros ámbitos jurisdiccionales del actual sistema completo o multinivel de protección, como son los internacionales (comunitario –TJUE– y europeo –TEDH–), pero también, pese a su gran pérdida de confianza, el constitucional. Al margen de las dificultades para obtener el amparo, en la medida en que solo un porcentaje muy exiguo de recursos son admitidos, reduciéndose de forma notable el número de estimados, queda claro que, incluso con éxito en esta instancia, de carácter extraordinario, implicará un notable retraso en la justicia social de género impetrada. Los tiempos de resolución constitucional son muy, demasiado, dilatados, con el perjuicio en sí que ello genera, amén –como se recordará– de ciertas limitaciones de esta justicia constitucional –por ejemplo, ausencia de resarcimiento económico–. Desde esta perspectiva, sorprende que cuestiones de prohibición de discriminación por razones de género también ya consolidadas, como serían las relativas a la igualdad retributiva, sigan necesitando amparo extraordinario.

Las continuas deficiencias de la justicia social de género en la jurisdicción ordinaria reclaman necesariamente acudir a otros ámbitos jurisdiccionales del actual sistema completo o multinivel de protección, como son los internacionales y también el constitucional

De nuevo, razonemos sobre el ejemplo. En uno de los últimos BOE con publicación de sentencias constitucionales hallamos la [STC 129/2020, de 21 de septiembre](#). No contiene novedad sustantiva, porque reitera la doctrina fijada poco más de 2 meses antes ([STC 79/2020, de 2 de julio](#)). Lo llamativo de la misma es que es la séptima decisión constitucional de una larga saga de sentencias que ilustran las persistentes deficiencias de tutela jurisdiccional ordinaria en materia de igualdad retributiva por razón de sexo, en especial en lo que concierne a los complementos de retribución variable y la recurrente penalización por los mismos de ejercicio efectivo de los derechos de conciliación. En todas ellas son idénticos el asunto, el razonamiento jurídico y la limitada solución de justicia laboral de género (el amparo no conlleva la atribución directa de protección, sino que devuelve las actuaciones a la sede jurisdiccional ordinaria –justicia de género dilatada–, sin que haya pronunciamiento indemnizatorio alguno –justicia constitucional de género subestimada–), pese a reconocer el amparo pedido.

En apretada síntesis, la saga constitucional concluye, en contra de las decisiones de los varios niveles judiciales ordinarios intervinientes, que fijar un sistema de descansos retribuidos («salientes de guardia»), sin perjuicio de su complejidad, tiene como efecto penalizar a las médicas de un hospital malagueño por su reducción de jornada vinculada al trabajo de cuidar (por encima de la complejidad técnica

La saga constitucional concluye, en contra de las decisiones de los niveles judiciales ordinarios intervinientes, que fijar un sistema de descansos retribuidos tiene como efecto penalizar a las médicas

el resultado es: computa 4,69 horas en lugar de 7 horas, debiendo trabajar 69,3 horas más anuales –879,71 en lugar de 810,41–) y es doblemente discriminatorio. De un lado, directa por causa de una condición laboral (jornada parcial-reducida respecto de la completa). De otro, indirecta por razón de sexo-género (el trato desigual vendría motivado por utilizar un derecho de titularidad no sexuada, pero cuyo ejercicio sí está sexuada, ante la abrumadora sobrerrepresentación femenina en el trabajo de cuidar). En suma, la entidad –hospital público malagueño gestionado bajo forma privada– aplicaría una reducción doble, pues:

[...] ante una misma situación (guardias de 10 horas), que generan el derecho a un descanso retribuido (7 horas), no puede [...] asignarle otro (de 4,69 horas), so pretexto de que ya tiene reducido tanto el número de horas ordinarias que debe trabajar como el número de guardias que obligatoriamente debe realizar. No existe [...] justificación razonable que legitime el diferente trato recibido [prohibición de desigualdades objetivamente injustificadas].

Prohibición además discriminatoria por asociarse al ejercicio de un derecho relacionado con la maternidad (incluye el trabajo de cuidar). Aunque el método es formalmente neutro, perjudica a un número mayor de mujeres que de hombres (FJ 4.º; [STC 91/2019](#)). La perspectiva de género es manifiesta, al incidir de modo singular y peyorativo en las mujeres ([STC 108/2019, de 30 de septiembre](#)).

Consciente en buena medida el TC de que se ve, de este modo, obligado a admitir ciertos asuntos con «transcendencia constitucional» que seguramente deberían haber encontrado una efectiva tutela en la justicia ordinaria, expresará que con esta intervención extraordinaria no solo «aclara la doctrina existente sobre la discriminación indirecta por razón de sexo», sobre la que tiene un cuerpo doctrinal muy consolidado –que debería ser suficientemente comprendido para su aplicación práctica, efectiva–, sino que también aprovecha la oportunidad para:

[...] insistir en la necesidad de cumplimiento de su jurisprudencia en la materia, abundando para ello en sus parámetros generales y concreción aplicativa, evitando, en lo posible, dudas ulteriores sobre su alcance que puedan dar lugar a inaplicaciones objetivas [...] (STC 146/2019, de 25 de noviembre, FJ 2.º).

No solo nosotros, el TC también es consciente de que lo teóricamente conocido no es sinónimo de efectivamente aplicado por la justicia ordinaria, a la que deja un aviso a navegantes. Justamente, si la justicia ordinaria de suplicación hubiese tenido en cuenta la doctrina coetánea del TS (por ejemplo, STS 43/2017, de 24 de enero –discriminación retributiva respecto de las guardias médicas

No solo nosotros, el TC también es consciente de que lo teóricamente conocido no es sinónimo de efectivamente aplicado por la justicia ordinaria, a la que deja un aviso a navegantes

de una facultativa en virtud de la adaptación de su puesto de trabajo por una situación de riesgo durante el embarazo–), dándole una interpretación expansiva, con enfoque de género, en vez de realizar una interpretación restrictiva y de mera legalidad ordinaria, primando la libertad de fijación de retribuciones de la entidad, la justicia ganaría no solo en efectividad, sino también en celeridad, estando tan urgida de ambas, como predica el artículo 24 de la CE. Lamentablemente no es así, y todos los asuntos tendrán que volver a la sede ordinaria para que se pronuncie otra vez, pero ya teniendo en cuenta la vulneración del derecho fundamental y, otra vez, asistiremos a la incertidumbre de una justicia social que infraestima el daño discriminatorio. El TC sigue dejando fuera de su jurisdicción (pese al varapalo en su día del TEDH) esta cuestión «monetaria», que no le atañe, sino que atribuye en exclusiva a la jurisdicción ordinaria. Vuelva a empezar, pues.

7. No, la igualdad de género no es (solo) una «cuestión jurídico-social de mujeres»: el efecto de irradiación o reflejo de la protección de género a favor de las mujeres en la igualdad retributiva –componente variable– de los hombres-cuidadores. La «generosidad» que cualifica la condición de madre (general) se predica –en gran medida– de los derechos asociados. Nacidos para compensar su histórica –aun persistente– situación de desventaja sociolaboral, se han ido extendiendo a los hombres, a los padres (hoy el «otro progenitor» –con lenguaje inclusivo, pero algo enlatado y desnaturalizado–). Por lo tanto, se ha venido

creando una relación de beneficiosa reciprocidad, de manera que la protección de la que vienen gozando los derechos de conciliación ya ha dejado de estar «sexuada», para proyectarse en ambos «géneros».

Consecuentemente, la perspectiva de género en el enjuiciamiento social, también en la legislación, no puede entenderse como una serie de políticas de favor hacia las mujeres, aunque estas necesiten medidas específicas para corregir las desigualdades de derecho y *de facto*, como se ha dicho, sino como un método o canon jurídico que promueve la igualdad efectiva –de resultado– entre los dos géneros. De ahí, la emergencia y promoción –no sin equívocos– de un nuevo modelo jurídico de conciliación de los tiempos de vida y de trabajo, como es el basado en la corresponsabilidad ([art. 44 LOIEMH](#)) y que tiende a configurarse como un nuevo principio jurídico derivado de la igualdad de género, pero real, efectiva, no meramente formal. Justamente, en su defensa, la Sala Cuarta del TS no ha tenido rubor alguno en abroncar una demanda sindical de conflicto colectivo en la que, también para el sector de grandes almacenes, parecía sugerirse:

[...] la idea de que la conciliación de la vida familiar y profesional es netamente femenina. Por el contrario, el mantenimiento de la insinuación de que los derechos de conciliación son derechos de las mujeres perpetúa los mecanismos de discriminación. De ahí que consideremos que resulta perfectamente ajustado a los fines de lograr la igualdad de oportunidades el que [...] el convenio atribuya el beneficio sin distinción, fomentando así la corresponsabilidad familiar mediante el otorgamiento de medidas de conciliación no sesgadas ([STS 190/2020, de 3 de marzo](#), FJ 2.º, punto 3; visión presente también en la citada [STS 815/2019, de 3 de diciembre](#)).

Justamente, entre las frases más célebres –hoy difundidas en todas las redes sociales y medios de comunicación con motivo de su lamentable fallecimiento– de la, ya legendaria, jueza Ruht Bader Ginsburg está: «Las mujeres habrán alcanzado la verdadera igualdad cuando los hombres compartan con ellas la responsabilidad de criar a la próxima generación».

Tratando de llevar esa máxima a la práctica (hoy muy alejada de ese modelo, sino más bien persistentemente opuesta a él) por parte de nuestra Sala Social del TS (ahora también, con todo mérito, presidida por una mujer), la [STS 793/2020, de 23 de septiembre](#) (confirmando la [Sentencia de la Audiencia Nacional 198/2018, de 18 de diciembre](#)), considerará como práctica retributiva discriminatoria por razón de género la política de remuneración variable establecida en una entidad financiera y en virtud de una normativa interna (Reglamento Valora), previamente acordada (acuerdo sobre el abono de incentivos variables en situación de baja). La razón de la nulidad judicial estriba en que el sistema de retribución variable penaliza al colectivo de trabajadores que disfruten del permiso de paternidad, no

La perspectiva de género en el enjuiciamiento social no puede entenderse como una serie de políticas de favor hacia las mujeres, sino como un método o canon jurídico que promueve la igualdad efectiva –de resultado– entre los dos géneros

así a quienes disfruten de permisos netamente asociados a la maternidad (incluye lactancia natural, riesgo por embarazo, etc.), incluso los permisos de baja por incapacidad temporal. Así lo exigiría el derecho de la Unión Europea (art. 16 [Directiva 2006/54](#)) y sus precedentes fundamentales en esa doble vertiente de igualdad retributiva de sexo y corresponsabilidad ([STS 10/2017, de 10 de enero](#)).

Precisamente, en este precedente se recordaba que, entroncando tanto la maternidad como la paternidad con el concepto comunitario de «permiso parental» (concepto más amplio, pero innominado en nuestra legislación –al menos de momento²–), la prohibición constitucional de discriminación alcanzaría a los permisos de paternidad, pues «las medidas de protección del ejercicio de los deberes parentales se configuran como instrumentos de corresponsabilidad familiar que actúan de mecanismos activos de igualdad de mujeres y hombres [...]».

Entroncando tanto la maternidad como la paternidad con el concepto comunitario de «permiso parental», la prohibición constitucional de discriminación alcanzaría a los permisos de paternidad

Cierto, consciente el TS de la doctrina constitucional que rechaza la plena identidad de ambos permisos por nacimiento ([STC 111/2018](#) –y una larga saga de decisiones en el mismo sentido–), pese a la equiparación legal –progresiva– de su duración ([art. 48 ET](#)), tratará de eludirla. No hay que comparar maternidad y paternidad –dice–, sino valorar si la práctica retributiva de la empresa que da un tratamiento peyorativo, en lo que concierne a la retribución variable, es acorde con la [LOIEMH](#), dado que esta parte de la corresponsabilidad en el trabajo de cuidar y, en consecuencia, toda norma o práctica que fomente la sobrerrepresentación de la mujer en él o, al contrario, desincentive la presencia del hombre en su realización sería contraria al principio de igualdad de género ex [artículo 14 de la CE](#), en su dimensión de prohibición discriminatoria. La posición del TS es clara al respecto. Esta práctica incurre tanto en desigualdad de tratamiento, en relación con los hombres que no ejercen este derecho, como en discriminación de sexo, porque desincentivar el disfrute, total o parcial, del permiso de paternidad significa perpetuar los estereotipos de género que hacen de la mujer la principal responsable del trabajo de cuidar: «[...] lo cual es, una clara discriminación por razón de sexo ya que el derecho a la igualdad entre hombres y mujeres comprende, claramente, la consecución de un reparto equilibrado de las responsabilidades familiares [...]».

Aflora, de este modo, en una nueva versión, la preocupación jurisprudencial por evitar la figura del «varón discriminado», ahora en su condición de «padre-corresponsable».

² Recuérdese que la [Directiva 2019/1158/UE](#) (el plazo final de trasposición se fija para el 2 de agosto de 2022, para los permisos, y el 2 de agosto de 2024, respecto a las prestaciones) distingue entre el «permiso parental» (se mantiene su duración mínima, aunque aumenta 2 meses los no transferibles) y el «permiso de paternidad» (vinculado al nacimiento del hijo, para el que se prevé la pírrica duración mínima de al menos 10 días laborables).

Condición que se presume por la mera finalidad perseguida por el permiso de paternidad, pero sin fijar un factor más concreto o real, como pareciera exigir la [STJUE de 12 de diciembre de 2019, asunto C-450/18](#). ¿Se ajustan plenamente ambos cánones jurídicos, el del TS y el del TJUE? Asimismo, el TS parece abrirse a una nueva dimensión de la discriminación indirecta por razón de sexo, pero ¿estamos en este caso realmente ante una discriminación indirecta o es más bien refleja o por asociación?

Aflora, de este modo, en una nueva versión, la preocupación jurisprudencial por evitar la figura del «varón discriminado», ahora en su condición de «padre-corresponsable»

Por supuesto, no puedo entrar aquí mínimamente en dilucidar tan interesante cuestión, no solo conceptual, también de utilidad práctica, que hubiera requerido del TS mayor atención, sobre todo atendiendo a la más reciente doctrina constitucional y comunitaria (para un supuesto de discriminación indirecta por razón de sexo con efectos de favor hacia los derechos del varón, de gran interés es la [STJUE de 8 de mayo de 2019, asunto C-486/18](#)) en la materia. Tan solo pretendo aquí dejar constancia de esta nueva dimensión de la discriminación, que acaba de recibir una especial confirmación en la [STC 71/2020, de 29 de junio](#) (un análisis de la evolución de este concepto puede verse en el artículo del profesor José Sánchez Pérez). Tampoco es desconocida para el TS, más bien al contrario (por ejemplo, la citada [STS de 29 de enero de 2020](#) –prestación de familiares en el SOVI–).

A mi juicio, en la [STS 793/2020, de 23 de septiembre](#), subyace una discriminación refleja por razón de sexo (además de directa en razón con las cargas familiares), pues realmente el peso argumental se centra en la protección que merece derivada de la relación entre ambos cónyuges en el trabajo de cuidar. De este modo, obstaculizar que uno de los cónyuges-progenitores ejerza de forma responsable sus cargas familiares irradiaría o reflejaría, de inmediato, un perjuicio para el otro, normalmente para la mujer, que es la que tiene más presencia en el trabajo de cuidar. De ahí que esta conclusión de discriminación se alcance sin necesidad de acudir a datos estadísticos o un criterio de notoria afección objetiva o concreta. Consecuentemente, la crítica que merece la sentencia no residiría ni en el sentido de su fallo –correcto– ni en la calificación, sino en la falta de precisión sobre el concepto de discriminación por razón de sexo que asume. Dejados en este laconismo y vaporosidad los criterios hace flaco favor a la comprensión de las cuestiones de género (por ejemplo, ¿puede prescindir de una prueba mínima de la relación directa, no indirecta o refleja, entre la diferencia de trato y el perjuicio o cabe que sea presumida de la notable brecha de género en el trabajo de cuidar, pese al rechazo de la [STJUE de 12 de diciembre de 2019](#)?).

Se echa en falta en el razonamiento del TS la transparencia del razonamiento de la [STC 71/2020](#). Esta, con toda claridad, muestra las «dificultades de encuadramiento conceptual» de la compleja realidad en la

Se echa en falta en el razonamiento del TS la transparencia del razonamiento de la STC 71/2020

dicotomía discriminaciones directas e indirectas por razón de sexo. De ahí la utilidad del concepto –comunitario y europeo– de discriminación por irradiación, refleja o por asociación, a fin de profundizar en una mayor protección efectiva del derecho–principio a la igualdad de trato por razón de sexo. En el caso enjuiciado, la entidad pública empleadora –Servicio Vasco de Salud– no concedió permiso laboral retribuido de 2 días a una enfermera, solicitado para atender a su hermana hospitalizada por parto. Para la empleadora, tal situación estaba excluida del acuerdo regulador de las condiciones de trabajo, pues el parto no es una enfermedad grave, aunque el acuerdo contempla tanto la enfermedad grave como la hospitalización.

Partiendo de la [STC 91/2019, de 3 de julio](#) (FJ 4.º), concluye que la interpretación del artículo 47.1 c) del acuerdo implica una consideración de la mujer hospitalizada por parto diferente de la que se otorgaría al hombre hospitalizado. De ahí que sea «un caso evidente de discriminación indirecta» refleja, habida cuenta de que ha sido:

[...] una interpretación o aplicación de la norma la que ha producido los efectos desfavorables, sin que los poderes públicos hayan podido probar que la norma que dispensa una diferencia de trato responde a una medida de política social, justificada por razones objetivas y ajenas a toda discriminación por razón de sexo.

Siendo discriminación indirecta no se requiere un término de comparación (como sí se requiere cuando se trata de prohibición de trato desigual sin contar con una justificación objetiva y razonable). A la luz de las peculiaridades del caso, el TC recuerda que tanto el TJUE como el TEDH han admitido la discriminación refleja (por ejemplo, [STJUE de 17 de julio de 2008, asunto C-303/06, Coleman](#), y Sentencia del TEDH –STEDH– de 22 de marzo de 2016, asunto *Guberina c. Croacia*, § 79).

En suma, vemos cómo el TC parece abrirse más que la propia jurisdicción ordinaria a la innovación o, al menos, a la profundización de los conceptos clásicos en materia de protección de la igualdad efectiva por razón de sexo –piénsese, por ejemplo, en el nuevo concepto de la discriminación múltiple ([STC 3/2018, de 22 de enero](#))–, aunque, como es sabido, viene mostrando una posición algo recelosa

El TC parece abrirse más que la propia jurisdicción ordinaria a la innovación o, al menos, a la profundización de los conceptos clásicos en materia de protección de la igualdad efectiva por razón de sexo

respecto de la perspectiva de género propiamente como método jurídico para renovar algunas de las construcciones más sólidas de su doctrina. Aunque esta falta de transparencia conceptual puede ser una «deficiencia menor», si nos centramos tan solo en el resultado (fallo estimatorio), dado que ha reconocido la protección favorable a la equidad de género, no menos cierto es que, en otros casos más difíciles, las soluciones pueden volverse más difusas, incluso ser diferentes, opuestas. Máxime, si los criterios jurídicos de referencia

son más evanescentes, incluso pantanosos, como sucede en el complejo y problemático mundo de las relaciones de trabajo a tiempo parcial, tanto horizontales como verticales, y en las que, desde hace décadas, se acumulan los mayores yacimientos de discriminación indirecta de sexo.

8. Una dimensión de la igualdad retributiva por razón de sexo orillada: ¿la indemnización por despido improcedente de las personas trabajadoras fijas discontinuas? El problema vuelve a tener actualidad en relación con la –también referida– [STS 730/2020, de 30 de julio](#). En ella se ha rechazado dar una *vis expansiva* a la doctrina comunitaria ([Auto del TJUE –ATJUE– de 15 de octubre de 2019, asuntos acumulados C-439/18 y C-472/18](#)) que exige fijar las retribuciones de carácter complementario de las personas fijas discontinuas (trabajo parcial vertical) atendiendo a la duración del vínculo. La «antigüedad en el servicio» se identifica con los periodos de actividad, no el total de vinculación, a diferencia del complemento de antigüedad, que, al revés, se vincularía al tiempo de duración del vínculo, no a la prestación efectiva de servicios (por ejemplo, [STS 852/2019, de 10 de diciembre](#)).

En una primera –y superficial– aproximación, podría pensarse que nada tienen que ver uno y otro asunto, pues en este tema ni habría una cuestión retributiva, sino indemnizatoria, por lo tanto, extrasalarial, ni una perspectiva de género, porque quien reclama es un varón. Ahora bien, conviene tener presente que, de un lado, en aquellos sectores de relaciones indefinidas o fijas discontinuas donde concurra una especial feminización, como sucede en la AEAT, emerge, por mandato del [artículo 4 de la LOIEMH](#), la dimensión de género. De otro, allí donde concurra esta faceta, deberá tenerse en cuenta el concepto amplio de retribución que establece el artículo 157 del [TFUE](#), a efectos de igualdad de trato por razón de sexo y que incluye la indemnización, «una forma de retribución diferida [...], con el fin de facilitar su adaptación a las nuevas circunstancias resultantes de la pérdida de empleo» ([STJUE de 8 de mayo de 2019, asunto C-486/18](#), apdo. 72). Concepto amplio que reflejan tanto el [artículo 28 del ET](#) como sus normas de desarrollo ([RD 902/2020, de 13 de octubre](#)). El [artículo 11 del Real Decreto 902/2020](#) proyecta una visión igualmente expansiva de la igualdad retributiva de las personas trabajadoras a tiempo parcial.

Así, expresamente prevé que el principio de proporcionalidad retributiva solo se aplicará con una doble condición –se entiende que valorada restrictivamente–: que lo exija la finalidad o naturaleza de la retribución y, además, que así se establezca por una disposición legal, reglamentaria o por convenio colectivo. Naturalmente, debe tenerse como regla implícita la conformidad total de esas reglas al propio principio de igualdad, dada la sujeción de la autonomía colectiva. En todo caso, el propio reglamento cuida de explicitar la dimensión de género que ha de atenderse de forma inexorable, pues toda reducción proporcional «deberá garantizar asimismo que no tenga repercusión negativa alguna en el disfrute de los derechos relacionados con la maternidad y el cuidado de menores o personas dependientes». Precisamente por ello, la [disposición adicional decimonovena del ET](#) exige que, en caso de reducción de jornada por guarda legal ex [artículo 37](#) –también para el ejercicio a tiempo

parcial de los permisos por nacimiento ex [art. 48 ET](#)–, la indemnización ha de fijarse atendiendo a los salarios correspondientes a un servicio a tiempo completo (de forma análoga al [art. 270.6 LGSS](#) para las prestaciones por desempleo en estas situaciones).

En esta reforma subyace la doctrina de la citada [STJUE de 8 de mayo de 2019 \(C-486/18\)](#), en la que se constata también una discriminación indirecta por razón de sexo. ¿Podría aplicarse este acervo jurídico comunitario y nacional, renovado a la estela de aquel, para la indemnización por despido improcedente para las personas trabajadoras a tiempo parcial, e incluso fijas discontinuas (parcialidad vertical), en los casos en que se acredite la sobrerrepresentación de la mujer en tales relaciones laborales?

No, para el TS. De inicio, omite todo razonamiento respecto a la cuestión de género y prefiere quedarse sea en la literalidad del [artículo 56.1 del ET](#) (este precepto contempla un sistema de cálculo que integra el criterio del prorrateo), sea en la valoración que el [ATJUE de 15 de octubre de 2019](#) hace de la *pro rata temporis* (el TJUE prohíbe la doble repercusión, no la proporcionalidad en sí –también la [STJUE de 13 de diciembre de 2018, asunto C-385/17](#), para el derecho a vacaciones–), sea, finalmente, por la inexistencia de una situación subjetivamente comparable. A su juicio, no habría real diferencia de trato entre ambas modalidades (fijas continuas y fijas discontinuas), y, en todo caso, estaría justificada. No existiría diferencia real porque en ambos casos percibirían la misma indemnización por despido si se prestan «servicios durante un lapso temporal igual a la suma de los periodos de ocupación del fijo discontinuo y [...] percib[en] el mismo salario regulador del despido. En ambos casos se computan los servicios efectivamente prestados [...]». Además, y para el caso de que se entendiera existente esa diferencia de trato, se valora justificada porque:

[...] el trabajador [como puede verse, el lenguaje inclusivo no va con la Sala Social del TS] que presta servicios a tiempo completo carece de las oportunidades de pluriempleo que tiene el trabajador fijo discontinuo, lo que justifica el régimen indemnizatorio de este último».

Este criterio deviene irrealista si se atiende a la perspectiva de género. Si la mayor parte de las personas que trabajan a tiempo parcial no eligen esa modalidad de forma voluntaria, sino por no hallar otra vía de empleo, y si tal situación se vincula estrechamente al cuidado familiar, en el caso de las mujeres, la mayoría, ¿es razonable atribuirles mayores oportunidades para lograr un empleo complementario (expectativas de pluriempleo)? Tengo muchas dudas.

Si la mayor parte de las personas que trabajan a tiempo parcial no eligen esa modalidad de forma voluntaria, sino por no hallar otra vía de empleo, y si tal situación se vincula estrechamente al cuidado familiar, en el caso de las mujeres, la mayoría, ¿es razonable atribuirles mayores oportunidades para lograr un empleo complementario (expectativas de pluriempleo)? Tengo muchas dudas

9. *Eppur si muove: la vis expansiva de la perspectiva de género en el juicio social es irrefrenable, aunque requiere mayor capacitación y rigor jurídicos.* Aunque no siempre se use de la forma correcta, la perspectiva de género en el momento de la decisión jurisdiccional está siendo, y lo será todavía más, una de las mayores novedades culturales, no solo metodológicas, del derecho de nuestro tiempo. No hay orden jurisdiccional que se resista. Por ejemplo, predica la igualdad de retribuciones en las relaciones societarias por razón de sexo la [Sentencia del Juzgado de lo Mercantil número 3 de Barcelona 332/2020, de 20 de octubre](#). Dejo aquí de lado la cuestión de si en los planes de igualdad debe darse transparencia a las retribuciones de las personas que integran los consejos de administración societaria. Así lo piden las representaciones sindicales y lo rechazan las empresas (excluidos del ET por el [art. 1.3 c](#)), la retribución en estos casos goza de gran libertad de fijación ex [art. 217.2 Ley de sociedades de capital](#)). No creo que la nueva regulación –remito al [comentario de actualidad de doña María de los Ángeles García](#) que incorpora el número– pueda alterar esta situación, pese a su *vis expansiva* (arts. [7.2](#) y [4 RD 902/2020](#)).

Lo destacable en la sentencia es la reprobación que hace el órgano jurisdiccional de lo mercantil ante uno de los argumentos de la demanda por nulidad de determinados acuerdos societarios retributivos de la administradora de la sociedad y a la que se le imputa: «su falta de idoneidad para administrar la mercantil, consecuencia de su edad y de su condición de ama de casa».

Adviértase que es el mismo reproche que el TS portugués hizo para justificar reducir la indemnización civil de daños de una mujer y que la [STEDH de 25 de julio de 2017, asunto Carvalho Pinto de Sousa Morais c. Portugal](#), reprobó (discriminación múltiple por sexo y edad: reducción indebida de la cuantía indemnizatoria por daños en intervención ginecológica, al tratarse de una mujer de 50 años, con vulneración de los arts. 14 y 8 [Convenio Europeo de Derechos Humanos](#)). Pues bien, en el marco de la relación societaria referida, la juzgadora de lo mercantil advirtió claramente que se estaba expresando un prejuicio típico de los estereotipos sexistas, por lo que procede:

[...] integrar obligatoriamente la perspectiva de género en la interpretación del derecho a ser retribuida en las mismas condiciones que un hombre o que una mujer que no ejerza un rol tradicional, sin discriminación de edad ni de género, conforme lo previsto en el art. 4 de la Ley orgánica 3/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres [...]. [Así lo demanda el] principio de diligencia debida que exige del Estado, a través de todos sus poderes (incluido el judicial), [...] respetar, proteger y garantizar el cumplimiento efectivo de este derecho humano para lograr la igualdad *de facto*, que no [solo] *de iure* [...] (FJ 5.^o).

La sentencia no puede ser más precisa en el significado de la perspectiva de género, pero también revela un uso oportunista de la misma, porque la decisión del fondo del asunto ya la había tomado atendiendo a argumentos de legalidad ordinaria. Realmente la llamada al canon de género actúa a mayor abundamiento. El orden jurisdiccional social no es

tampoco ajeno a un doble vicio hermenéutico, o a su exceso de invocación, reduciendo el canon de género a un típico argumento a mayor abundamiento, o a su defecto de integración, ignorando la perspectiva de género que, sin embargo, resulta obligatoria, no opcional. En ambos casos, aunque con impacto distinto, se impone la hermenéutica tradicional sobre la hermenéutica de género, determinante no solo para resolver dudas interpretativas, sino para integrar lagunas y corregir antinomias. Así lo hemos ilustrado en las páginas precedentes. Y las referencias podrían seguir. Piénsese en la reciente [STS 784/2020, de 17 de septiembre](#), que confirma la procedencia de un despido por absentismo de una trabajadora, conforme a la regulación precedente a la derogada. Esta sentencia asume plenamente la validación constitucional de aquella regulación y no plantea juicio de convencionalidad alguno ex [artículo 96 de la CE](#), como sí hizo la [STSJ de Cataluña 240/2020, de 16 de enero](#). En consecuencia, el despido por absentismo procedente sigue ganando causas después de su «muerte» (derogación) y mantiene su vigor, aún como derecho transitorio, al margen de toda cuestión de género, pese a que tanto los votos particulares de la [STC 118/2019, de 16 de octubre](#), como la propia legislación, acogiendo tal canon jurídico de invalidez, evidencian la dimensión o perspectiva de género de esta figura. Una vez más, el TS ni tan siquiera repara en esa dimensión, cuando parecía manifiesta, al tratarse de una trabajadora y ser muy evidente la prueba estadística de la mayor prevalencia en ellas de este tipo de situaciones.

Con ello solo pretendemos seguir animando un debate de crítica constructiva, por el compromiso científico-cultural con la igualdad efectiva.

En última instancia, como también afirmara la jueza Ruth Bader Ginsburg:

Los disensos le hablan a un tiempo futuro. No se trata solamente de decir «mis colegas están equivocados y lo haría de esta manera». Los mayores disensos se convierten en opiniones de la corte y gradualmente, con el tiempo, su visión se transforma en la visión dominante.

Cómo citar: Molina Navarrete, Cristóbal. (2020). Una «cuestión de género» en la justicia social: asignatura aún pendiente, también del Tribunal Supremo. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 453, 5-30.