

La perspectiva de género en la disciplina laboral y de protección social. Fundamentos y límites

Gender perspective in the labor and social protection discipline. Foundations and limits

Ana de la Puebla
Universidad Autónoma de Madrid
ORCID ID 0000-0003-4850-928X
ana.delapuebla@uam.es

Cita recomendada:

de la Puebla, A. (2023). La perspectiva de género en la disciplina laboral y de protección social. Fundamentos y límites. *Economía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 25, pp. 362-374
DOI: <https://doi.org/10.20318/economia.2023.8007>

Recibido / received: 17/04/2023
Aceptado / accepted: 28/07/2023

Resumen

La perspectiva de género, tal y como está concebida en los instrumentos internacionales y en las normas nacionales, tiene una proyección general e interdisciplinar. Sin duda, la necesidad de esta perspectiva como criterio de resolución judicial es particularmente significativa en el ámbito social, por razones vinculadas con la propia configuración de las normas sociales y el contexto sociológico y temporal en que estas se elaboran. Al respecto, los tribunales del orden social de la jurisdicción vienen aplicando el criterio hermenéutico de la perspectiva de género en numerosas resoluciones judiciales, especialmente las relacionadas con la protección social, para corregir interpretaciones de las normas que ahonden en la discriminación por razón de género. Recientes pronunciamientos, sin embargo, traen a un primer plano la posibilidad de fijar límites a la aplicación del canon de la perspectiva de género, advirtiendo sobre la necesaria distinción entre la función creadora e interpretativa que corresponde a los órganos judiciales.

Palabras clave

Perspectiva de género, derecho social, prestaciones de la Seguridad Social, familias monoparentales, discriminación.



Abstract

The gender perspective, as conceived in international instruments and national norms, has a general and interdisciplinary projection. Undoubtedly, the need for this perspective as a criterion of judicial resolution is particularly significant in the social sphere, for reasons linked to the very configuration of social norms and the sociological and temporal context in which they are elaborated. In this regard, the courts of the social jurisdiction have been applying the hermeneutic criterion of the gender perspective in numerous judicial decisions, especially those related to social protection, to correct interpretations of norms that deepen gender-based discrimination. Recent pronouncements, however, bring to the forefront the possibility of setting limits to the application of the gender perspective canon, warning about the necessary distinction between the creative and interpretative function that corresponds to the judicial bodies.

Keywords

Gender perspective, social law, social security benefits, single-parents families, discrimination.

SUMARIO. 1. La incorporación de la perspectiva de género como canon hermenéutico. Su anclaje constitucional en la igualdad material y en la prohibición de discriminación por razón de sexo. 2. La necesidad de la perspectiva de género en la disciplina laboral y de protección social. 3. La función integradora del canon hermenéutico de la perspectiva de género en la doctrina de la Sala IV del Tribunal Supremo. 4. Límites a la perspectiva de género: función integradora y función creadora del poder judicial.

Nota preliminar

El pasado 18 de noviembre de 2022, en el marco del Seminario «La formación del jurista de mediados del Siglo XXI», organizado y dirigido por el Prof. José María Sauca en la Facultad de Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid, tuve ocasión de participar en una mesa redonda sobre «Perspectiva de género». La ocasión permitió exponer y debatir cómo la perspectiva de género alcanza y se aplica en las diversas disciplinas jurídicas.

Recojo aquí, en las páginas que siguen, una exposición, próxima a lo que fue mi intervención en aquella jornada, de cómo la perspectiva de género ha ido calando en el ámbito de la disciplina laboral y de protección social. A ello he añadido el análisis de una reciente sentencia del Tribunal Supremo que brinda una excelente oportunidad para reflexionar sobre los límites que, en su caso, condicionan la aplicación de la perspectiva de género como criterio de hermenéutica judicial.

1. La incorporación de la perspectiva de género como canon hermenéutico. Su anclaje constitucional en la igualdad material y en la prohibición de discriminación por razón de sexo

La perspectiva de género constituye un criterio conforme al cual cualquier decisión debe adoptarse teniendo en cuenta su impacto sobre las mujeres. Su finalidad es evitar que un diseño legal, una aplicación práctica o una interpretación neutros, en el sentido de que no diferencian su ámbito subjetivo de aplicación en función del género o sexo de sus destinatarios, pueda generar un efecto perjudicial sobre las mujeres, consolidando desigualdades de género. Desde este punto de vista, la perspectiva de género constituye un complemento o un paso más en relación con las políticas

antidiscriminatorias por razón de sexo. La perspectiva de género implica tomar en consideración el impacto de una norma sobre las mujeres para evitar que su posición en la sociedad, en relación con el disfrute de sus derechos o el ejercicio de sus oportunidades, se mantenga en condiciones de desigualdad respecto de los hombres. A diferencia de la apreciación de que una norma o una decisión son discriminatorias, que determina su expulsión del ordenamiento mediante la declaración de su nulidad; la perspectiva de género no implica la inaplicación de la norma o la declaración de su nulidad sino su interpretación y aplicación en términos que permitan evitar la discriminación que su aplicación, al margen de tal perspectiva, produciría.

Esta perspectiva, como canon que debe presidir las decisiones legislativas y ejecutivas y la interpretación judicial, no es en absoluto novedosa, aunque sí debe señalarse que en los últimos años ha adquirido una presencia significativa especialmente en los pronunciamientos judiciales.

La perspectiva de género aparece por primera vez en el discurso de las Naciones Unidas de 1975 y se incorpora de forma expresa en la Conferencia de Beijing, celebrada en China en 1995, donde esta perspectiva se configura como una herramienta inclusiva de los intereses de las mujeres en la idea de desarrollo y para contrarrestar las políticas «neutrales» que venían a consolidar las desigualdades de género existentes (Poyatos i Matas, 2019). A partir de esa declaración, la perspectiva de género se incorpora a textos normativos internacionales y europeos¹ y llega, finalmente, a las normas estatales y autonómicas.

Significativa es, en este sentido, la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOI). Su art. 4 advierte que «La igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres es un principio informador del ordenamiento jurídico y, como tal, se integrará y observará en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas». Y su art. 15 exige la transversalidad del principio de igualdad de trato señalando que

El principio de igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres informará, con carácter transversal, la actuación de todos los Poderes Públicos. Las Administraciones públicas lo integrarán, de forma activa, en la adopción y ejecución de sus disposiciones normativas, en la definición y presupuestación de políticas públicas en todos los ámbitos y en el desarrollo del conjunto de todas sus actividades.

Con estas declaraciones, que enlazan directamente con la obligación de igualdad material recogida en el art. 9.2 CE y con la prohibición de discriminación del art. 14 CE, queda patente que la igualdad de trato debe actuar como un mandato vinculante para todos los poderes públicos, de modo que, tanto en la elaboración de normas, como en el diseño de políticas o en la interpretación y aplicación de las normas, debe atenderse a este principio hermenéutico.

La más reciente Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, reitera esta exigencia en su art. 4, al señalar que

¹ Un análisis de las normas internacionales y europeas que acogen la perspectiva de género como mandato a los poderes del estado para elaborar y aplicar las normas, puede consultarse en Poyatos (2019). Significativa es, en este sentido, la Directiva 2006/54/CE, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trabajo entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, cuyo art. 29, bajo el título de «Transversalidad de la perspectiva de género», señala que «Los Estados miembros tendrán en cuenta de manera activa el objetivo de la igualdad entre hombres y mujeres al elaborar y aplicar disposiciones legales, reglamentarias y administrativas, así como políticas y actividades, en los ámbitos contemplados en la presente Directiva».

El derecho a la igualdad de trato y la no discriminación es un principio informador del ordenamiento jurídico y, como tal, se integrará y observará con carácter transversal en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas» y que «En las políticas contra la discriminación se tendrá en cuenta la perspectiva de género y se prestará especial atención a su impacto en las mujeres y las niñas como obstáculo al acceso a derechos como la educación, el empleo, la salud, el acceso a la justicia y el derecho a una vida libre de violencias, entre otros.

2. La necesidad de la perspectiva de género en la disciplina laboral y de protección social

La perspectiva de género, tal y como está concebida en los instrumentos internacionales y en las normas nacionales, tiene una proyección general e interdisciplinar. Pero, sin duda, la necesidad de la perspectiva de género como criterio de resolución judicial es particularmente significativa en el ámbito social, por razones vinculadas con la propia configuración de las normas sociales y el contexto sociológico y temporal en que estas se elaboran. Las normas laborales y de protección social que configuran el marco normativo vigente, procedentes en sus rasgos esenciales de las que se aprobaron en los albores de nuestra democracia, se generaron y diseñaron en un contexto en el que la persona trabajadora se identificaba, en su mayoría, con trabajadores hombres. Son estos los que desarrollaban mayoritariamente actividades productivas, en un contexto en el que la participación de la mujer en el mercado de trabajo no era especialmente significativa.

Las normas laborales y de protección social se elaboraron partiendo de un mercado laboral fuertemente masculinizado. Sirva de ejemplo una norma que recientemente ha sido objeto de aplicación e interpretación desde una perspectiva de género, recogida en el art. 208.1.b) RD Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS), que, al identificar los requisitos para acceder a la jubilación anticipada, permitía computar como tiempo cotizado el periodo de prestación del servicio militar obligatorio o de la prestación social sustitutoria pero omitía cualquier referencia al servicio social femenino obligatorio. La STS de 6 de febrero de 2020 (R^o 3801/2017) declaró que el principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres determina que no pueda interpretarse el art. 208.1.b) LGSS de forma rígidamente literal, y que, por tanto, el periodo de prestación del «Servicio Social de la mujer» haya de tomarse en consideración, a efectos del acceso a la jubilación anticipada, en la misma forma en la que se tiene en cuenta, a dichos efectos, el servicio militar obligatorio o la prestación social sustitutoria. Poco después, el texto del precepto fue modificado para incorporar una expresa referencia al servicio social femenino obligatorio (Ley 21/2021, de 28 de diciembre, de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones).

No extraña por ello que, desde hace ya años, la perspectiva de género aparezca en la doctrina judicial social como criterio de interpretación de las normas. Primero tímidamente y desde hace unos años como una referencia frecuente. En la actualidad, la perspectiva de género aparece en muchas ocasiones como un criterio complementario de otros cánones clásicos de interpretación, como refuerzo de una conclusión o interpretación que se apoya en la literalidad de la norma interpretada o en el recurso a otros criterios hermenéuticos. Pero es también posible advertir cómo, cada vez con mayor frecuencia, la perspectiva de género resulta ser el criterio principal y decisivo para resolver los conflictos interpretativos en sede judicial.

En este sentido, la Sala IV del Tribunal Supremo ha reiterado en numerosas ocasiones la obligación de jueces y tribunales de incorporar la perspectiva de género en lo que constituye su actuación como Poder del Estado, esto es, en la interpretación y aplicación de las normas², señalando que el mandato del art. 4 LOI significa, por un lado, que la igualdad entre mujeres y hombres constituye valor supremo del ordenamiento jurídico; y, por otro, que, consecuentemente, la aplicación de tal principio debe considerarse criterio hermenéutico imprescindible para la interpretación de las normas jurídicas.

3. La función integradora del canon hermenéutico de la perspectiva de género en la doctrina de la Sala IV del Tribunal Supremo

Como se acaba de indicar, son numerosos los pronunciamientos judiciales del orden social en los que se acoge el canon hermenéutico de la perspectiva de género³ (Moll, 2021; Molina 2020). Algunos de ellos referidos al marco de la relación laboral entre empresa y persona trabajadora.

Así, la STS de 7 de diciembre de 2010 (R^o 77/2010) debía valorar si la empresa está obligada a contratar a una nueva persona trabajadora cuando la relevista insta una excedencia por cuidado de hijos. Debe recordarse que el contrato de relevo, regulado en el art. 12.6 ET, está previsto para aquellos supuestos en que una persona trabajadora decide acceder a la jubilación parcial con antelación a cumplir su edad ordinaria de jubilación. En estos casos, con una finalidad de creación y reparto del empleo, la normativa laboral y de Seguridad Social obliga al trabajador que opta por la jubilación parcial a reducir su jornada de trabajo y, simultáneamente, impone a su empresa la obligación de contratar a un trabajador a tiempo parcial (relevista) que, como mínimo, ha de cubrir la jornada dejada vacante por el trabajador que se jubila parcialmente. Además, en caso de que el relevista cese en su puesto de trabajo o suspenda su contrato de trabajo, la empresa está obligada a contratar a un nuevo relevista. La normativa aplicable exige, pues, que cuando se produzca la suspensión del contrato del trabajador relevista, la empresa le sustituya con una nueva contratación, garantizando así que, en cualquier situación, la jornada que dejó vacante el trabajador jubilado parcialmente, estará cubierta por otro trabajador. En aplicación de esta normativa, se ha venido entendiendo que cuando el relevista pasa a situación de excedencia voluntaria, la empresa debe contratar a un nuevo trabajador para que sustituya al relevista durante su excedencia. Sin embargo, en la sentencia señalada, el Tribunal Supremo advierte que no debe equipararse la excedencia por cuidado de hijo con la voluntaria y, por tanto, concluye la empresa, en caso de excedencia por cuidado de hijo, no está obligada a efectuar una nueva contratación. Una interpretación que, sin duda, favorece el ejercicio de un derecho de conciliación, mayoritariamente utilizado por las mujeres trabajadoras, al exonerar a la empresa de la obligación de contratar un trabajador sustituto. Los diversos argumentos que sustentan esta solución se refuerzan con

el relativo a la perspectiva de género que, a tenor del mandato del art. 4 LOI, cabe adoptar a la hora de efectuar la interpretación normativa en relación con situaciones en que están en juego instituciones jurídicas encaminadas a la consecución de la igualdad efectiva de hombres y mujeres, como es el caso de las figuras de conciliación de la vida laboral y familiar.

² SSTS de 26 de septiembre de 2018 (R^o 1352/2017), 13 de noviembre de 2019 (R^o 75/2018) y 23 de junio de 2022 (R^o 646/2021).

³ Para un análisis de los distintos pronunciamientos de los tribunales del orden social que aplican la perspectiva de género, véase Molina (2020) y Moll (2021, pp. 88-93)

También la STS de 13 de noviembre de 2019 (R^o 75/2018) apela a la perspectiva de género para reconocer el derecho de los trabajadores puestos a disposición por una Empresa de Trabajo Temporal a que se les apliquen las medidas contenidas en el plan de igualdad de la empresa usuaria. Este mismo criterio se utiliza, en la STS de 3 de diciembre de 2023 (R^o 141/2018), para declarar que, a efectos de la retribución variable, no deben excluirse determinadas ausencias cuando estas, en función de la causa que las motivan, afectan mayoritariamente a las mujeres trabajadoras, como es el caso del permiso por lactancia o los permisos por accidente, enfermedad grave, hospitalización y asistencia durante el reposo domiciliario a familiares.

Pero debe destacarse que la incidencia del criterio hermenéutico que se analiza se ha plasmado con mayor intensidad en el ámbito de la protección social, esto es, al interpretar los requisitos y condiciones que permiten el acceso a las prestaciones de la Seguridad Social.

Quizás el primer pronunciamiento en el que, con claridad y de forma expresa, se apela a la perspectiva de género para resolver el conflicto planteado, es la STS de 21 de diciembre de 2009 (R^o 201/2009) (Lousada, 2016, pp. 50-53). En esta sentencia se cuestionaba si, a efectos de lucrar una pensión en el marco del SOVI⁴, debía aplicarse la bonificación por parto prevista en la DA 44 LGSS. Este último precepto disponía que

A efectos de las pensiones contributivas de jubilación y de incapacidad permanente de cualquier régimen de la Seguridad Social, se computarán, a favor de la trabajadora solicitante de la pensión, un total de 112 días completos de cotización por cada parto de un solo hijo y de 14 días más por cada hijo a partir del segundo, éste incluido, si el parto fuera múltiple, salvo si, por ser trabajadora o funcionaria en el momento del parto, se hubiera cotizado durante la totalidad de las dieciséis semanas o, si el parto fuese múltiple, durante el tiempo que corresponda.

El SOVI es un sistema de protección residual al que no resultan aplicables las reglas generales del sistema de Seguridad Social. Esta última circunstancia explica las dudas que planteaba el citado precepto respecto a si a las personas integradas en el SOVI se les aplica o no la bonificación señalada. En anteriores pronunciamientos se había descartado la aplicación al SOVI de normas pensadas para el sistema de Seguridad Social. Pero, en este caso, apelando precisamente a la perspectiva de género como criterio transversal y al mandato que deriva del art. 4 LOI, el Tribunal Supremo advierte que la norma analizada (DA 44 LGSS)

exige un canon de interpretación amplio que permita la consecuencia de su objetivo (la efectiva igualdad) y sirva para combatir el efecto negativo del embarazo y la maternidad, por más que se trate de una norma de Seguridad Social, pues su justificación hace precisa una interpretación que, más allá del plano legal, se efectúe desde el plano constitucional.

Y dicha interpretación no puede sino llevar a considerar que

Lo que la ley pretende es incrementar la vida cotizada cuando no ha habido esa protección. Precisamente por ser el parto una eventualidad exclusivamente femenina,

⁴ El extinto SOVI (Seguro obligatorio de vejez e invalidez) estuvo en vigor desde 1939 hasta 1967 para cubrir situaciones de jubilación e incapacidad permanente. Actualmente, es un régimen residual de la Seguridad Social que se aplica a aquellos trabajadores que cotizaron antes de 1967 y, reuniendo los requisitos exigidos por la legislación del extinguido régimen, no tengan sin embargo derecho a pensión en el actual Sistema de la Seguridad Social.

el juicio sobre el valor de la norma encaminada a paliar la discriminatoria se hace relevante, puesto que la falta de cotización en ese periodo obedece exclusivamente a aquella circunstancia.

Poco después de este pronunciamiento, el legislador modificó el precepto cuestionado para eliminar la referencia a «cualquier régimen de la Seguridad Social» que había motivado el debate en torno a la aplicación de la bonificación en la cotización a las pensionistas del SOVI⁵.

La perspectiva de género resultará igualmente determinante en la solución aportada por la STS de 29 de enero de 2020 (R^o 3097/2017)⁶, también en relación con la protección del SOVI. En este caso, se trataba de determinar si se puede causar derecho a la prestación en favor de familiares cuando la persona causante es pensionista del SOVI, un sistema que tan solo contempla las pensiones de vejez e invalidez. El Tribunal reconoce abiertamente que los preceptos legales implicados son neutros y no encierran un trato desfavorable para las mujeres. Pero advierte que el colectivo que integra el SOVI es abrumadoramente femenino⁷ de manera que

la interpretación estricta y literal del precepto aquí aplicable puede generar un impacto de género, una discriminación indirecta, al desplegar efectos desproporcionados sobre el colectivo femenino. El principio de igualdad de trato exige eliminar, no sólo la discriminación abierta, sino también toda forma de discriminación encubierta que, por la aplicación de otros criterios, lleve, de hecho, al mismo resultado.

La conclusión es la extensión a los y las pensionistas del SOVI del derecho a causar prestaciones en favor de familiares.

No menor importancia tienen las SSTS de 20 de mayo de 2009 (R^o 3749/2008) y de 26 de septiembre de 2018 (R^o 1352/2017). El interés de estos pronunciamientos reside en que en estos casos la perspectiva de género sirve, no para ampliar en favor de las mujeres un determinado derecho, sino para asegurar que la aplicación de una norma no perjudica los objetivos de corresponsabilidad, desde el presupuesto de que solo la corresponsabilidad permitirá superar la tradicional asignación a las mujeres de las tareas de cuidado. En estos casos, se trataba de una norma que, a efectos de que el otro progenitor distinto de la madre biológica pudiese disfrutar de la prestación por paternidad, exigía que «la madre, al iniciarse el periodo de descanso por maternidad, haya optado por que aquél disfrute de una parte determinada e ininterrumpida del periodo de descanso posterior al parto». Advierte el Tribunal Supremo que una interpretación literal de esta norma perjudicaría al otro progenitor, dificultando u obstaculizando el ejercicio de su derecho. Aunque no se diga expresamente, subyace en estos pronunciamientos la finalidad de aplicar una norma evitando una interpretación formal y rigurosa cuyo único efecto sería dificultar las posibilidades de que el otro progenitor disfrute de su derecho de suspensión del contrato por paternidad. La interpretación conforme a la perspectiva de género, en la medida en que favorece que el otro progenitor distinto de la madre biológica disfrute de los descansos para el cuidado del hijo, permite que la aplicación de la norma no ahonde en la distribución sexista de las responsabilidades familiares.

Por su parte, la ya citada STS de 6 de febrero de 2020 (R^o 3801/2017) abordó la interpretación el art. 208.1.b) LGSS que, como ya se comentó, en la versión vigente

⁵ Actualmente, es el art. 235 LGSS el que acoge este beneficio.

⁶ Un comentario a este pronunciamiento del Tribunal Supremo, puedes consultarse en Rivas (2020).

⁷ A fecha de 1 de febrero de 2020, según la información suministrada por el portal virtual de la administración de la Seguridad Social, 25.859 de los pensionistas de vejez SOVI eran hombres y un total de 231.464 titulares eran mujeres.

en aquel momento solo contemplada el cómputo como cotizado, para acceder a la jubilación anticipada, de los periodos de servicio militar obligatorio y prestación social sustitutoria. En este caso, la apelación a la perspectiva de género se hace para atender a la función que al principio de igualdad de trato y de oportunidades reconoce la LOI, afirmando que «la función integradora supone la ausencia de una norma aplicable al caso real, bien por inexistencia de regulación, bien por no considerar en la misma el valor de igualdad de sexos que debió haberse considerado». De forma tal que únicamente mediante la aplicación de la perspectiva de género en la interpretación y aplicación del art. 208.1 b) LGSS, que determina la inclusión del servicio social femenino a efectos del cómputo ficticio de cotizaciones para acceder a la jubilación anticipada, se alcanza la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, ya que la aplicación literal del mismo conduciría a una violación de dicho principio pues supondría un trato discriminatorio de las mujeres respecto a los hombres.

Pueden mencionarse también algunos pronunciamientos en los que la perspectiva de género ha servido para incluir en la noción de «enfermedad profesional» padecimientos o dolencias que no estaban tipificados como tales por la norma⁸. Recuérdese que el concepto de enfermedad profesional, que permite una protección cualificada en el sistema de protección social, se reserva en exclusiva para aquellas contraídas a consecuencia de un trabajo en las actividades especificadas y tipificadas normativamente.

En este sentido, la STS de 20 de septiembre de 2022 (R^o 3353/2019) califica como enfermedad profesional las dolencias, en el caso concreto la «rotura de manguito izquierdo rotador», padecidas por una limpiadora, a pesar de que las mismas no estaba incluida en el cuadro de enfermedades profesionales vigente (RD 1299/2006, de 10 de noviembre, por el que se aprueba el cuadro de enfermedades profesionales en el sistema de la Seguridad Social y se establecen criterios para su notificación y registro). Lo interesante de esta sentencia es que, a los argumentos que ya se habían manejado en anteriores pronunciamientos para llegar a la misma conclusión⁹, se añade ahora la aplicación de la perspectiva de género, con un razonamiento que refuerza las conclusiones ya señaladas y supone un avance significativo en cuanto facilita a las trabajadoras que padecen dolencias como las citadas la declaración de enfermedad profesional. El Tribunal Supremo recuerda que la profesión de limpiadora es una profesión feminizada y no aparece contemplada en el RD 1299/2006 como profesión susceptible de generar una determinada enfermedad profesional, a pesar de las fuertes exigencias físicas que conlleva, especialmente movimientos repetitivos. A ello se añade que en el cuadro de enfermedades profesionales del apartado 2, letra D del RD 1299/2006, aparecen profesiones masculinizadas –como pintores, escayolistas, montadores de estructuras, curtidores, mecánicos, chapistas, caldereros, albañiles, etc.–, otras en que la presencia de trabajadores de ambos sexos es equilibrada –como carniceros, pescaderos–, pero no aparecen mencionadas profesiones muy feminizadas como las ligadas al sector sanitario y sociosanitario, limpieza y tareas administrativas.

⁸ Un análisis monográfico de esta cuestión puede consultarse en Lousada (2021).

⁹ Las anteriores SSTs de 5 de noviembre de 2014 (R^o 1515/2013); de 18 de mayo de 2015 (R^o 1643/2014), de 13 de noviembre de 2019 (R^o 3482/2017); de 6 y 7 de julio de 2022 (R^o 3579/2019, 2531/2021; 3850/2019 y 3442/2019) ya habían extendido el concepto de enfermedad profesional a profesiones típicamente feminizadas en supuestos no expresamente contemplados en la norma reglamentaria que tipifica las enfermedades profesionales, aunque en dichos pronunciamientos no se había apelado a la perspectiva de género.

Sin embargo, las tareas realizadas por las limpiadoras conllevan esencialmente esfuerzo físico, requiriendo en numerosas ocasiones mantener los codos en posición elevada –como en la limpieza de techos, paredes, etc.– o que tensen los tendones –como las tareas de fregado, desempolvado, barrido, pulido, manualmente con útiles tradicionales o con elementos electromecánicos o de fácil manejo–, esfuerzos y movimientos que, en definitiva, encajan con la descripción realizada por la norma reglamentaria. Todo ello conduce a la conclusión de que la no inclusión de esta profesión en el cuadro de enfermedades profesionales supone una discriminación indirecta. Conclusión de la que deriva la declaración de existencia de enfermedad profesional en los supuestos mencionados.

Pueden citarse, en fin, otros pronunciamientos de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en los que la interpretación con perspectiva de género ha permitido considerar, por ejemplo, que la incapacidad permanente absoluta reconocida a una trabajadora, como consecuencia de las complicaciones y lesiones sufridas en el parto, no debe considerarse derivada de enfermedad común sino de accidente no laboral, lo que supone una mayor y mejor protección (STS de 2 de julio de 2020, R^o 201/2018). O para reconocer el derecho a la pensión de viudedad de parejas de hecho a la mujer que, por razón de violencia de género, no estaba ya unida ni convivía con el causante en el momento de su fallecimiento (STS de 14 de octubre de 2020, R^o 2753/2018) o, en fin, para concluir que, a efectos del subsidio por desempleo de mayores de 55 años, los periodos de cotización asimilados por parto han de tomarse en cuenta para comprobar si se cumplen los requisitos de carencia tanto a efectos de la pensión de jubilación como del propio subsidio (STS 23 de junio de 2022, R^o 646/2021).

4. Límites a la perspectiva de género: función integradora y función creadora del poder judicial

La perspectiva de género tiene, no obstante, sus límites¹⁰. Y una muy reciente sentencia de la Sala IV del Tribunal Supremo ha venido a ponerlo de manifiesto. El asunto remite a la duración de la prestación por nacimiento y cuidado de hijos que, en la normativa actualmente vigente, se extiende a dieciséis semanas para cada progenitor. El problema surge porque, en el caso de familias monoparentales, no está prevista normativamente ninguna excepción o regla particular de modo que, existiendo un único progenitor, se le reconoce únicamente a este el derecho a la prestación durante las dieciséis semanas que le corresponden. Es este un tema que había suscitado respuestas contradictorias en la doctrina de suplicación¹¹ y sobre el que el Tribunal Supremo no había tenido ocasión de pronunciarse. Y en el que, desde luego, la perspectiva de género podía encontrar un terreno propicio para su juego.

La Sentencia de 2 de marzo de 2023 (R^o 3972/2020) aborda esta cuestión y resuelve descartando que deba reconocerse a la persona titular de la familia monoparental el derecho a disfrutar de dos periodos de descanso por nacimiento de hijo y, por tanto, de la correspondiente prestación de la Seguridad Social durante los

¹⁰ En diversos pronunciamientos del Tribunal Supremo se ha rechazado la aplicación de la perspectiva de género para interpretar una norma o anular una decisión empresarial, bien porque no se apreciaba un efecto discriminatorio (STS de 12 de marzo de 2020, R^o 209/2018), bien porque concurrían razones objetivas que justificaban una determinada decisión (STS de 25 de mayo de 2015, R^o 307/2013, y STS de 13 de julio de 2020 (R^o 155/2018).

¹¹ La STSJ Canarias/Las Palmas, de 24 de enero de 2023 (R^o 1910/2021) denegó el reconocimiento del derecho, en favor de la madre en una familia monoparental, a disfrutar del periodo de prestación por nacimiento y cuidado que correspondería, en su caso, al otro progenitor. En sentido contrario, la STSJ Cataluña, de 29 de noviembre de 2022 (R^o 1552/2022) había reconocido tal derecho, apelando al interés del menor y a la discriminación indirecta que una solución contraria generaría sobre las mujeres, teniendo en cuenta la composición femenina abrumadoramente mayoritaria de las familias monoparentales.

citados periodos. Los argumentos sustantivos de la sentencia son, sin duda, incontestables. Además de recordar que tal derecho no está reconocido expresamente por la norma, se apunta que acoger la pretensión y reconocer el derecho a la prestación en los términos solicitados,

supondría crear una prestación contributiva nueva en favor de los progenitores de familias monoparentales que, además, quedaría estrictamente limitada a la duplicación de la duración de la misma, sin modificar los condicionantes específicos en materia de período de cotización previa o del régimen jurídico de su propia concesión o subsistencia, alterando la configuración diseñada por el legislador. En segundo lugar, necesariamente, deberíamos modificar el régimen jurídico de la suspensión contractual por causa de nacimiento y cuidado de hijo que tan prolijamente establece el apartado 4 del art. 48 ET, lo que, sin duda de clase alguna, afectaría al otro sujeto de la relación contractual que se vería obligado a soportar una duración mayor de la suspensión contractual prevista expresamente en la ley, lo que le afectaría en sus previsiones de sustitución o de reorganización de la empresa y que, a salvo de una intervención normativa ulterior, no le eximiría del cumplimiento de las obligaciones de cotización en materia de Seguridad Social.

La sentencia aborda también el asunto desde la perspectiva de la protección del interés del menor y de la perspectiva de género¹². Sin embargo, en lo que ahora interesa, señala el Tribunal que, en este caso, la interpretación con perspectiva de género no resulta determinante para la resolución. Recuerda la sentencia que

No es necesario ahondar en las situaciones y supuestos en los que la Sala ha aplicado ese canon de interpretación que no cabe aplicar cuando el legislador, como es el caso, es consciente de la situación que regula y de las consecuencias de la misma y establece una normativa que tiende a corresponsabilizar al varón en la educación y crianza de los hijos, como la fórmula elegida para corregir y evitar una discriminación ancestral de la mujer en este terreno que resultaba urgente remediar. No estamos en un supuesto en que quepa aplicar aquella visión porque no hay discriminación, sino ante un eventual déficit de protección concreto querido y consentido por el legislador.

Esta última afirmación se refuerza recordando que, en fecha recientísima, el Senado ha desestimado por abrumadora mayoría una enmienda, la n.º 93, al Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, consistente en la modificación del art. 48.4 ET para incorporar una expresa previsión de que «en el supuesto de familias monoparentales, la persona trabajadora podrá acumular el tiempo de permiso que correspondería a la otra persona trabajadora si la hubiera» (Diario Oficial del Senado de 8 de febrero de 2023).

La sentencia va acompañada de un Voto Particular en el que se defiende una solución distinta a la adoptada por la mayoría de la Sala. El argumento principal remite a la tutela del interés del menor. Pero también se apunta a la perspectiva de género para señalar que

la sala ya ha realizado en precedentes ocasiones esa interpretación integradora de las normas laborales y de seguridad social aplicables para proyectarlas sobre supuestos no expresamente contemplados en dichas normas. Y la Sala ha llevado a cabo esa

¹² La perspectiva de la igualdad y no discriminación de la mujer, así como la protección de la infancia, son los principales argumentos utilizados por la doctrina judicial de suplicación antes citada para reconocer a las familias monoparentales del derecho a disfrutar de los dos periodos de la prestación por nacimiento de y cuidado de hijos que se reconocen a las familias con dos progenitores.

interpretación integradora en base, precisamente, al interés superior del menor y a la perspectiva de género.

No le falta razón al Voto particular porque, en efecto, acudiendo a la interpretación con perspectiva de género, se ha extendido la protección del sistema de Seguridad Social, y la percepción de las correspondientes prestaciones, a supuestos no expresamente contemplados por la normativa de Seguridad Social. Un ejemplo significativo es, sin duda, la ya citada STS por la que se incorporaba al art. 208.1b) LGSS a las mujeres que hubieran cumplido el servicio social obligatorio. Pero también la STS de 23 de junio de 2022, R^o 646/2021, ofrece también un claro ejemplo de cómo se ha aceptado la solución contraria. La sentencia, recuérdese, debía decidir si los beneficios de cotización asimilados por parto, que la LGSS reconoce exclusivamente a efectos de las prestaciones contributivas de jubilación e incapacidad permanente, deben aplicarse también a efectos de otros subsidios o prestaciones. La sentencia reconoce expresamente que

el tenor literal del precepto y la persistencia de la redacción que circunscribe la eficacia del beneficio a dos concretas pensiones contributivas son argumentos sólidos que juegan en contra de ampliar el ámbito de aplicación a otras prestaciones distintas de las expresamente reconocidas por la norma. Pero la perspectiva de género, junto con otros argumentos, resultará crucial para superar tales obstáculos y declarar la extensión del beneficio.

En definitiva, en estos casos, y en otros muchos de los antes analizados, la interpretación con perspectiva de género determinó la ampliación del ámbito previsto en la norma para incluir en la misma, situaciones no expresamente contempladas.

Por eso resulta especialmente significativa esta sentencia que, en gran medida, rompe con una constante en la doctrina del Tribunal Supremo para abordar de frente el problema de los límites del criterio hermenéutico de la perspectiva de género. Y es que, en efecto, resulte más o menos compartible la solución alcanzada por este último pronunciamiento del Tribunal Supremo¹³, lo que resulta innegable es que trae a un primer plano la posibilidad de fijar límites a la aplicación del canon de la perspectiva de género. Una cuestión que ya había sobrevolado en anteriores sentencias en las que, subrepticamente, se abordaba hasta qué punto la labor judicial puede complementar o incluso sustituir la función del legislador¹⁴.

La STS de 2 de marzo de 2023 aborda sin ambages el problema de la posible colisión entre las funciones legislativa y judicial. Se recuerda que la función de jueces y tribunales

[...] es la aplicación e interpretación de la norma, pero no la creación del derecho. La intervención en el ordenamiento jurídico que exige una pretensión como la que se sostiene en el presente procedimiento sólo le corresponde al legislador, sin que la misma pueda ser suplida a través de resoluciones judiciales que vayan más allá de sus propias funciones jurisdiccionales, entre las que no se encuentran, desde luego, la modificación del régimen prestacional de la Seguridad Social, ni la modificación de la organización de la suspensión del contrato de trabajo por causas previstas en la ley, a través de la aplicación de criterios interpretativos concretos previstos legalmente que no se circunscriben a la aplicación de la norma en supuestos fácticos que,

¹³ Vid la interesante crítica a este pronunciamiento de Monereo (2023).

¹⁴ La STS de 23 de junio de 2022 (R^o 646/2021) se cuidaba de señalar que con la aplicación de este canon hermenéutico no se trata de alterar las fronteras de la protección social delineada por el legislador. Mucho menos de arribar a soluciones voluntaristas, sino únicamente de constatar de que las pautas interpretativas derivadas de la Constitución y de la LOI permiten interpretar en un determinado sentido la norma cuestionada.

razonablemente, no parecen claramente delimitados en el ámbito de afectación de la norma interpretada.

Creo que aquí está el verdadero nudo gordiano del asunto. La gran cuestión es diferenciar entre aquellos supuestos en los que se trata de interpretar una norma (cuando esta existe) y aquellos en los que se trata de sustituir, crear o completar una norma (cuando esta falta) (Laporta, 2007, p. 171). Una distinción –que ya se planteaba abiertamente en el Voto Particular a la STS de 12 de febrero de 2021 (R^o 2839/2019), cuando se señalaba que la función de los tribunales opera no solo ante la ausencia de una norma aplicable sino también cuando «la norma no considera la igualdad de sexos que debió haber considerado» (Moll, 2021, p. 94)– en absoluto sencilla y que no resuelve siempre el problema puesto que, como se puede apreciar en los casos hasta ahora analizados, en muchos de los supuestos donde se apela a la perspectiva de género para resolver el conflicto suscitado, la norma no ofrece una solución específica ni excluye expresamente determinados efectos de su aplicación. La cuestión es si existe una norma implícita que permita al órgano judicial, sin incurrir en la creación de una norma nueva, obtener una norma general en la que apoyar su decisión. La noción de derecho implícito supone que al lado o por detrás de las reglas que las fuentes identifican como pertenecientes al ordenamiento hay otras que reglas en estado latente que se pueden obtener a partir de aquellas y ser aplicadas a un caso para el que las reglas visibles o explícitas no parezcan dar solución (Laporta, 2007, pp. 212-213).

En el caso particular de los asuntos que en la jurisdicción social se abordan desde la perspectiva de género, el derecho implícito se encontraría en los principios o valores vinculados a la igualdad material y a la prohibición de discriminación recogidos en la Constitución y en normas europeas e internacionales. Pero esos principios o valores, que aún no explícitos, pueden servir para interpretar la norma –y avalan la aplicación extensiva que el Tribunal Supremo ha realizado en ocasiones– no son suficientes para diseñar mandatos normativos que el legislador no ha contemplado.

A ello se añade que no le corresponde al juez ordinario realizar esa función integradora de la norma explícita a partir de los principios extraídos del texto constitucional, máxime cuando el contexto permite apreciar que el mandato o prescripción que incorpora la norma no responde a una omisión involuntaria por el legislador.

La sujeción de los tribunales al imperio de la ley y al orden constitucional exige que, cuando los tribunales aprecien la posible contradicción u oposición de una norma a los derechos y principios recogidos en el texto constitucional, deben cuestionarlas ante el Tribunal Constitucional a través de la cuestión de inconstitucionalidad (art. 163 CE y art. 35.1 LOTC). Como ha señalado el Tribunal Constitucional, «la posibilidad de interpretar las normas tiene también sus límites y no puede llegar a entender que la norma dice lo contrario o algo sustancialmente distinto de lo que dice» (STC 34/1981, 22/1985 y 222/92). Como se ha señalado (Moll, 2021, pp. 95-96), «la posibilidad de dictar sentencias interpretativas de las normas, dotándoles de un significado sustancialmente distinto al que derivaría de su literalidad para así, y solo así, mantener su vigencia conforme al texto constitucional es competencia exclusiva del Tribunal Constitucional».

Este ha sido, precisamente, el camino que ahora, tras la sentencia de Tribunal Supremo que se comenta, han acogido los tribunales cuando entienden necesario interpretar que las familias monoparentales tienen derecho a disfrutar de la prestación

por nacimiento y cuidado de hijos que la normativa reconoce al otro progenitor distinto de la madre biológica. Pocos días después de hacerse pública la STS de 2 de marzo de 2023, el TSJ del País Vasco¹⁵, ante una nueva reclamación de reconocimiento del derecho a la prestación por nacimiento y cuidado de hijo por parte de una mujer titular de una familia monoparental, ha planteado cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional¹⁶ alegando, entre otras razones, la discriminación indirecta que la negativa a reconocer la citada prestación genera sobre las mujeres, que son las que mayoritariamente ocupan la titularidad de las familias monoparentales.

En caso de admitirse esta cuestión, será el Tribunal Constitucional quien deba valorar si cabe una interpretación de la norma conforme a la Constitución que colme el vacío o la omisión normativa o si, por el contrario, procede expulsar la norma del ordenamiento, remitiendo al legislador la elaboración de una norma acorde con los principios y valores constitucionales. Estaremos atentos.

Bibliografía

- Laporta, F. J. (2007). *El imperio de la ley. Una visión actual*. Trotta.
- Lousada Arochena, J. F. (2016). La integración de la perspectiva de género en la aplicación e interpretación de las normas por la jurisdicción social. *Revista de Derecho Social*, 76, 39-58.
- Lousada Arochena, J. F. (2021). *Las enfermedades profesionales en perspectiva de género*. Bomarzo.
- Molina Navarrete, C. (2020). Una cuestión de género en la justicia social: asignatura aún pendiente, también del Tribunal Supremo. *Trabajo y Seguridad Social, Centro de estudios financieros*, 453, 5-30. <https://doi.org/10.51302/rtss.2020.900>
- Moll Noguera, R. (2021). La perspectiva de género y el Derecho del Trabajo: ¿una hermenéutica en construcción o algo más? *Labos. Revista de Derecho de Trabajo y Protección Social*, 2, 2, 83-98. <https://doi.org/10.20318/labos.2021.6218>
- Monereo Pérez, J. L. (2023). Familia monoparental y permiso de paternidad: ¿es posible la acumulación y disfrute de los dos permisos en un solo progenitor por vía de interpretación jurídica finalista? *Revista de jurisprudencia laboral*. https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-L-2023-00000002393.
- Poyatos i Matas, G. (2019). Juzgar con perspectiva de género: una metodología vinculante de justicia equitativa. *IQual. Revista de Género e Igualdad*, 2, 1-21. <https://doi.org/10.6018/iQual.341501>
- Rivas Vallejo, P. (2020). Las beneficiarias de pensiones SOVI pueden causar prestaciones en favor de familiares. *Revista de jurisprudencia laboral*. https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-L-2020-00000000851.

¹⁵ El mismo que había dictado la sentencia reconociendo la acumulación del derecho a la suspensión del contrato por nacimiento y cuidado de hijos a las familias monoparentales luego casada por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 2 de marzo de 2023.

¹⁶ Auto de 23 de mayo de 2023.