

10 ANYS DE LLEI ORGÀNICA 3/2007 PER A LA IGUALTAT EFECTIVA DE DONES I HOMES: UNA VISIÓ DES DE LA JURISPRUDÈNCIA.

M. Macarena Martínez Miranda.
Magistrada especialista, Sala Social del TSJ de Catalunya.
Aula Iuslaboralista-UAB, X cicle de conferències, curs 2016-2017,
Barcelona, 31 de març de 2017.

10 ANYS DE LLEI ORGÀNICA 3/2007 PER A LA IGUALTAT EFECTIVA DE DONES I HOMES: UNA VISIÓ DES DE LA JURISPRUDÈNCIA.

SUMARIO

- I. LA L.O. 3/2007 (al margen de datos sobre su efectividad).
- II. INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL (jurisprudencia interna; sin ánimo exhaustivo).
- III. ¿NECESIDAD DE REFORMA Y/O ACTUALIZACIÓN? PROPUESTAS DE LEGE FERENDA.

Autora: M. Macarena Martínez Miranda
Magistrada especialista del orden social

LEY ORGÁNICA 3/2007

Hito normativo
“igualdad efectiva”
“mujeres y hombres”

Dimensión transversal

Principio informador del ordenamiento jurídico
Artículo 4 LOIEMH

Dimensión de género
Artículo 9.2 CE

Autora: M. Macarena Martínez Miranda
Magistrada especialista del orden social

LEY ORGÁNICA 3/2007

- ➔ Concepción superadora del art. 14 CE.
- ➔ Transposición de Directivas 2002/73/CE y 2004/113/CE.
- ➔ Referencias al “género” (artículos 19 y 44 LOIEMH).

Autora: M. Macarena Martínez Miranda
Magistrada especialista del orden social

INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL

- Antecedentes.
- Primeros pronunciamientos.
- Su consolidación.
- Recientes pronunciamientos.
- Algunas conclusiones.

Autora: M. Macarena Martínez Miranda
Magistrada especialista del orden social

JURISPRUDENCIA: ANTECEDENTES.

SSTC 182/2005 (4 de julio), 214/2006 (3 de julio), 17/2007 (12 de febrero) y 233/2007, de 5 de noviembre: La discriminación por razón de sexo comprende, no sólo aquellos tratamientos peyorativos que encuentren su fundamento en la mera y simple constatación del sexo de la persona perjudicada, sino también los que se funden en la concurrencia de condiciones que tengan con el sexo de la persona una relación de conexión directa e inequívoca.

SSTC 175/2005 (4 de julio), 214/2006 (3 de julio) y 342/2006 (11 de diciembre).- El embarazo es un “elemento o factor diferencial que, en tanto que hecho biológico incontrovertible, incide de forma exclusiva sobre las mujeres”

Autora: M. Macarena Martínez Miranda
Magistrada especialista del orden social

JURISPRUDENCIA: ANTECEDENTES.

SSTC 182/2005 (4 de julio), 74/2008 (23 de junio), 92/2008 (21 de julio): La protección de la condición biológica y de la salud de la mujer trabajadora ha de ser compatible con la conservación de sus derechos profesionales, de suerte que la minusvaloración o el perjuicio causado por el embarazo o la sucesiva maternidad constituyen un supuesto de discriminación directa por razón de sexo.

SSTC 182/2005 (4 de julio) y 233/2007, de 5 de noviembre: El artículo 14 CE no consagra la promoción de la maternidad o de la natalidad, pero sí excluye toda distinción, trato peyorativo y limitación de derechos o legítimas expectativas de la mujer en la relación laboral fundado en dichas circunstancias, por lo que puede causar una vulneración del art. 14 CE "la restricción de los derechos asociados con la maternidad o la asignación de consecuencias laborales negativas al hecho de su legítimo ejercicio, visto que el reconocimiento de esos derechos y sus garantías aparejadas están legalmente contemplados para compensar las dificultades y desventajas que agravan de modo principal la posición laboral de la mujer trabajadora".

Autora: M. Macarena Martínez Miranda
Magistrada especialista del orden social

JURISPRUDENCIA: ANTECEDENTES.

MATERIA CONCILIATORIA.

STC 3/2007, de 15 de enero: Amparo a trabajadora solicitante de reducción de jornada, relacionando el art. 39 con el art. 14, ambos de la CE, este último en su vertiente de discriminación indirecta (por considerar que las mujeres son las usualmente implicadas en el cuidado de hijos/as).

*Parte de la doctrina plantea que la discriminación es directa.

(El JS volvió a denegar la reducción, por lo que el ATC 1/2009, de 12 de enero, declara que la STC 3/2007 fue mal ejecutada, no siendo suficiente una "consideración meramente aparente o formal de los intereses en juego").

¿Consideración de los derechos conciliatorios como derechos fundamentales?

Autora: M. Macarena Martínez Miranda
Magistrada especialista del orden social

JURISPRUDENCIA: ANTECEDENTES.



- Hacia una visión unilateral de la discriminación por razón de sexo (frente a la anterior bilateralidad).
- Hacia una configuración de la perspectiva de género (alusión al sexo y condiciones directamente conectadas a éste).
- Protección del embarazo y la maternidad (hecho biológico).
- La conexión de los derechos de conciliación con el principio de igualdad.

Autora: M. Macarena Martínez Miranda
Magistrada especialista del orden social

JURISPRUDENCIA: PRIMEROS PRONUNCIAMIENTOS.

DESPIDO:

SSTC 74/2008, de 23 de junio, y 92/2008, de 21 de julio:
Nulidad del despido de la trabajadora embarazada. No necesario el conocimiento empresarial del embarazo.

“La prohibición de discriminación por razón de sexo tiene su razón de ser en la voluntad de terminar con la histórica situación de inferioridad, en la vida social y jurídica, de la mujer (por todas, STC 17/2003, de 30 de enero , FJ 3)”.

Autora: M. Macarena Martínez Miranda
Magistrada especialista del orden social

JURISPRUDENCIA: PRIMEROS PRONUNCIAMIENTOS.

MATERIA CONCILIATORIA: Procedimiento para instar el cambio de turno.

SSTS 13 y 18 de junio de 2008 (recursos 897 y 1625/2007).

Supuestos en que no se postulaba reducción alguna en la jornada de los demandantes: Utilización del proceso ordinario, no la modalidad prevista entonces en el art. 138 bis de la Ley de Procedimiento Laboral.

Acceso al recurso de la sentencia.

"... la tramitación dada por el Juez de lo Social a la demanda, por la vía procesal del procedimiento ordinario, era adecuada, pues como argumenta en el fundamento jurídico tercero de su sentencia, lo pedido en la demanda era la declaración del derecho a disfrutar de un horario por parte del trabajador en un supuesto no comprendido en el mismo y cuya decisión requiere una interpretación extensiva del alcance del artículo 37-6 del Estatuto de los Trabajadores en un supuesto de no reducción de jornada, que es el contemplado en este artículo".

Autora: M. Macarena Martínez Miranda
Magistrada especialista del orden social

JURISPRUDENCIA: PRIMEROS PRONUNCIAMIENTOS.

SEGURIDAD SOCIAL:

SOVI: (seguro "feminizado").

STS 21 de diciembre de 2009, RCU 201/2009: Cómputo como cotizados (a efectos de completar el período mínimo de carencia en el SOVI), en concepto de asimilados por parto, de los 112 días de bonificación establecidos disposición adicional 44.a de la LGSS, introducido por disposición adicional 18.a.23 de la LOIEMH.

"(...) una norma como la analizada - D.A. 44ª LGSS- exige un canon de interpretación amplio que permita la consecución 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".

Autora: M. Macarena Martínez Miranda
Magistrada especialista del orden social

JURISPRUDENCIA: PRIMEROS PRONUNCIAMIENTOS.



- Tutela objetiva de la mujer embarazada.
- Perspectiva de protección de la maternidad en las prestaciones de la Seguridad Social, huyendo de interpretaciones restrictivas.

JURISPRUDENCIA: LA CONSOLIDACIÓN DE SU APLICACIÓN.

- BLOQUE 1.- DERECHO LABORAL.
- BLOQUE 2.- DERECHO DE LA SEGURIDAD SOCIAL.
- BLOQUE 3.- DERECHO PROCESAL.

Autora: M. Macarena Martínez Miranda
Magistrada especialista del orden social

JURISPRUDENCIA: LA CONSOLIDACIÓN DE SU APLICACIÓN.

BLOQUE 1.- DERECHO LABORAL.

1. Discriminación por razón de sexo.
2. Despido.
3. Extinción del contrato de embarazada durante el período de prueba.
4. Desistimiento del contrato de empleado/a de hogar.
5. Materia conciliatoria.

Autora: M. Macarena Martínez Miranda
Magistrada especialista del orden social

JURISPRUDENCIA: LA CONSOLIDACIÓN DE SU APLICACIÓN.

1. DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO.

- Interpretación de la cláusula de buena fe contractual.(art. 5 LOIEMH)

STS 19 de abril de 2011 (rec. 16/2009).

Se considera discriminatoria la exigencia de falda con dos centímetros bajo la rótula, medias, delantal con peto y cofia a las enfermeras de atención al público en un hospital.

* Doctrina superadora de anterior pronunciamiento -STS de 23 de enero de 2001 - recurso 1851/2000-, aunque la STS 19-4-2011 declara que no hay identidad de supuestos.

(La STS 23-1-2001 fue recurrida en amparo, aunque el TC no resolvió por desaparición de objeto procesal -STC 84/2006, de 27 de marzo-).

Autora: M. Macarena Martínez Miranda
Magistrada especialista del orden social

JURISPRUDENCIA: LA CONSOLIDACIÓN DE SU APLICACIÓN.

STS 19 de abril de 2011 (rec. 16/2009). Aspectos ponderados:

- Uniformidad femenina exigida: Componente tradicional o antiguo vinculado a valores próximos a una posición no equilibrada de la mujer en relación con la de los hombres.
- Ausencia de posibilidad para las mujeres de vestir pijama sanitario (permitido a los varones).
- Se pretende proyectar al exterior una determinada imagen de diferencias entre hombres y mujeres que no se corresponde con una visión actual que el usuario pudiera percibir de los servicios sanitarios.
- Ausencia de proporcionalidad y necesidad.

JURISPRUDENCIA: LA CONSOLIDACIÓN DE SU APLICACIÓN.

-La discriminación indirecta:

Concepto: *"la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pone a personas de un sexo en desventaja particular con respecto a personas del otro, salvo que dicha disposición, criterio o práctica puedan justificarse objetivamente en atención a una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean necesarios y adecuados" (artículo 6.2 LOIEMH).*

STS 13 de marzo de 2013 (recurso 10/2012): *"elaboración con la que se pretende designar el grupo de personas a las que se dirige realmente la norma, aunque se haya evitado designarlo abiertamente. Cuando en el grupo confluyen determinadas características y con ello directamente pasan a formar parte de los que son susceptibles de discriminación y como tales figuran en el catálogo normativo, el efecto perseguido por el precepto bajo sospecha y las características del grupo arrojan el resultado discriminatorio aunque solapado por la falta de mención expresa".*

***Cuestionable exigencia de una suerte de "intencionalidad normativa".**

Autora: M. Macarena Martínez Miranda
Magistrada especialista del orden social

JURISPRUDENCIA: LA CONSOLIDACIÓN DE SU APLICACIÓN.

-En materia retributiva: **STS 14 de mayo de 2014 (recurso 2328/2013).**

Discriminación salarial indirecta por razón de sexo. Abono de plus en cuantía inferior sin justificación a personal mayoritariamente femenino del departamento de pisos respecto de personal de departamento de bares y cocina.

-Ponderación del acuerdo, en proceso de modificación sustancial de condiciones de trabajo, para considerar no concurrente la discriminación indirecta: **STS 25 de mayo de 2015 (recurso 307/2013).**

(A pesar de afectar a plantilla mayoritariamente conformada por mujeres).

Autora: M. Macarena Martínez Miranda
Magistrada especialista del orden social

JURISPRUDENCIA: LA CONSOLIDACIÓN DE SU APLICACIÓN.

2. DESPIDO.

Calificación del despido: Si concurre causa de nulidad objetiva y automática: o nulo o procedente (no cabe improcedencia).

SSTS 17-10-2008 (recurso 1957/2007), 16-1-2009 (recurso 1758/2008), 17-3-2009 (recurso 2251/2008), 6-7-2012 (recurso 2719/2011), 25-1-13 (recurso 1144/2012), 31-10-2013 (recurso 3279/2012), 20-1-2015 (recurso 2415/2013), 31-3-2015 (recurso 1515/2014), 11-5-2016 (recurso 3245/2014), y 7-7-2016 (recurso 450/2015).

Aplicable al despido disciplinario y al objetivo.

Autora: M. Macarena Martínez Miranda
Magistrada especialista del orden social

JURISPRUDENCIA: LA CONSOLIDACIÓN DE SU APLICACIÓN.

3. EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE EMBARAZADA EN PERÍODO DE PRUEBA.

- **STS 18 de abril de 2011 (recurso 2893/2010)**: Inaplicable la prohibición de despido, sin perjuicio de que, si se acredita la existencia de discriminación por embarazo, el despido será a nulo.

- **STC 173/2013, de 10 de octubre**: desestima el recurso de amparo interpuesto contra la misma, por ausencia de indicios de discriminación.

- Ausencia de indicios racionales de discriminación por motivo de embarazo, al no resultar acreditado que la empresa tuviera conocimiento del estado de gestión.

- El mismo día se extinguió el contrato de otro trabajador varón contratado en la misma fecha que la recurrente, por idéntico motivo (no superar el período de prueba, al no alcanzar los objetivos de ventas previstos en el contrato).

(se afirma que el supuesto se diferencia del resuelto en la **STC 17/2007**, en que sí se aportaron tales indicios).

Autora: M. Macarena Martínez Miranda
Magistrada especialista del orden social

JURISPRUDENCIA: LA CONSOLIDACIÓN DE SU APLICACIÓN.

VOTO PARTICULAR (STC 173/2013):

- Protección constitucional directa y generalizada para lesiones de derechos fundamentales (tanto intencionales como objetivas).

- No puede hacerse depender la referida tutela de un acto de intermediación legislativa.

- Especial desequilibrio y singular desprotección de la trabajadora en periodo de prueba; situación en la que el riesgo de discriminación acrece.

Autora: M. Macarena Martínez Miranda
Magistrada especialista del orden social

JURISPRUDENCIA: LA CONSOLIDACIÓN DE SU APLICACIÓN.

4. DESISTIMIENTO DEL CONTRATO DE EMPLEADA DE HOGAR Y SITUACIÓN DE EMBARAZO/MATERNIDAD: ¿Nulidad objetiva?

-No opera la nulidad objetiva: **STSJ Catalunya 31-1-2011 (recurso 5635/2010) y 7-10-2014 (recurso 2838/2014)**, y **SSTSJ Extremadura 22-2-2012 (recurso 634/2011) y 15-9-2016 (recurso 338/2016)**, y **STSJ Madrid 14-2-2014 (recurso 1834/2013)**.

Nulidad si se incumplen las formalidades propias del desistimiento: **SSTSJC 8-4-2013 -recurso 7553/2012-**, y **15-1-2013 -recurso 6810/2012-**.

-Sí opera la nulidad objetiva: **SSTSJ Madrid 24-11-2008 (recurso 4192/2008) y 26-9-2016 (recurso 352/2016)**.

Autora: M. Macarena Martínez Miranda
Magistrada especialista del orden social

JURISPRUDENCIA: LA CONSOLIDACIÓN DE SU APLICACIÓN.

5. MATERIA CONCILIATORIA. (¿Configuración como derechos fundamentales?).

STC 24/2011, de 14 de marzo: Deniega el amparo.

Se reflexiona sobre su conexión con la obligación de protección de la familia (art. 39 CE) y la dimensión constitucional de la materia conciliatoria, si bien en el supuesto objeto de recurso no existía concreta regulación positiva que diera cobijo a la petición articulada por la reclamante (adscripción permanente a un turno), al amparo del art. 34.8 LET; a diferencia del supuesto resuelto en la STC 3/2007 (en que se instó la reducción de jornada).

Interpretación en términos de legalidad ordinaria.

Autora: M. Macarena Martínez Miranda
Magistrada especialista del orden social

JURISPRUDENCIA: LA CONSOLIDACIÓN DE SU APLICACIÓN.

STC 26/2011, de 14 de marzo: Dimensión constitucional de las medidas normativas tendentes a facilitar la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, tanto desde la perspectiva del derecho a la no discriminación por razón de las circunstancias personales (art. 14 CE), como desde la del mandato de protección a la familia y a la infancia (art. 39 CE). (Adscripción a diferente turno de trabajo).

Obligación de ponderar:

- las concretas circunstancias personales y familiares que concurrían en el trabajador demandante, así como la organización del régimen de trabajo de la empresa en que prestaba servicios;

- hasta qué punto dicha pretensión resultaba necesaria para lograr la efectiva participación de aquél en el cuidado de sus hijos de corta edad a través de un reparto equilibrado de las responsabilidades familiares, y las dificultades organizativas que el reconocimiento del horario solicitado pudiera ocasionar al centro de trabajo en el que presta servicio.

**Discriminación basada en circunstancia familiar
¿Configuración de los derechos conciliatorios como derechos fundamentales?**

Autora: M. Macarena Martínez Miranda
Magistrada especialista del orden social

JURISPRUDENCIA: LA CONSOLIDACIÓN DE SU APLICACIÓN.

TITULARIDAD DEL PERMISO DE LACTANCIA POR AMBOS PROGENITORES:

Tras la **STJUE 30-9-2010 (recurso 104/2009)**, y reforma operada por Real Decreto 3/2012 en el artículo 37.4 ET (*"Quien ejerza este derecho, por su voluntad, podrá sustituirlo por una reducción de su jornada en media hora con la misma finalidad o acumularlo en jornadas completas en los términos previstos en la negociación colectiva o en el acuerdo a que llegue con el empresario respetando, en su caso, lo establecido en aquella. Este permiso constituye un derecho individual de los trabajadores, hombres o mujeres, pero sólo podrá ser ejercido por uno de los progenitores en caso de que ambos trabajen..."*).

STSJ Andalucía (sede Málaga) de 30-1-2014 (recurso 1647/2013):

La decisión de la empresa de exigir a los trabajadores varones para reconocerles el permiso de lactancia que previamente justifiquen que la madre del menor trabaja, supone una discriminación por razón de sexo (la empresa no imponía tal requisito a las trabajadoras que solicitaban tal permiso).

JURISPRUDENCIA: LA CONSOLIDACIÓN DE SU APLICACIÓN.

BLOQUE 2.- SEGURIDAD SOCIAL.

1. SOVI.
2. Cómputo de carencias en trabajo a tiempo parcial.
3. Riesgo durante el embarazo.
4. Riesgo durante la lactancia natural.
5. Situaciones asimiladas al alta.
6. Cómputo de cotizaciones ficticias (d.a.44ª LGSS).

Autora: M. Macarena Martínez Miranda
Magistrada especialista del orden social

JURISPRUDENCIA: LA CONSOLIDACIÓN DE SU APLICACIÓN.

REFLEXIONES PREVIAS:

La respuesta del ordenamiento jurídico, y de la Jurisprudencia, a la evolutiva concepción de la familia, así como de la maternidad, viene siendo tardía.

Partiendo de un enfoque tradicional, en que la protección de la maternidad estaba ligada a la de la mujer en su estado biológico (con algunos pronunciamientos judiciales no exentos de paternalismo), el cambio sociológico denota la necesidad de superación de aquél.

 necesaria "bilateralización" de la tutela.

Autora: M. Macarena Martínez Miranda
Magistrada especialista del orden social

JURISPRUDENCIA: LA CONSOLIDACIÓN DE SU APLICACIÓN.

1. SOVI.

Consolidación de su anterior doctrina de aplicación de cotizaciones ficticias por parto de hijo/as. Normativa aplicable a partos anteriores a 1 de enero de 1967.

SSTS 12 y 14 de diciembre de 2011 (recurso 589/2011 y 1640/2011).

SSTS 23-1-2012 (recurso 1722/2011), 20-7-2012 (recurso 4361/2011), 15-10-2012 (recurso 375/2012), 24-10-2012 (recurso 4461/11), 12-12-12 (recurso 4507/2011), 29-1-2013 (recurso 822/2012), 27-2-2013 (recurso 1055/2012), 18-03-2013 (rec. 100/2012), entre otras.

Autora: M. Macarena Martínez Miranda
Magistrada especialista del orden social

JURISPRUDENCIA: LA CONSOLIDACIÓN DE SU APLICACIÓN.

STS 12 de diciembre de 2011 (recurso 589/2011).

Los partos acaecidos con posterioridad a 1 de enero de 1967 (fecha en que se extingue la posibilidad de realizar cotizaciones al SOVI), no causan los efectos previstos en la disposición adicional 44.a de la LGSS.

Se ha mitigado en parte el alcance de la interpretación efectuada por la STS de 21 de diciembre de 2009 (recurso 201/2009).

Consideración de orden legal (fecha de extinción del SOVI) frente a la dimensión constitucional de la discriminación por razón de sexo.

Autora: M. Macarena Martínez Miranda
Magistrada especialista del orden social

JURISPRUDENCIA: LA CONSOLIDACIÓN DE SU APLICACIÓN.

2. REPERCUSION EN PRESTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL DEL TRABAJO A TIEMPO PARCIAL.

STC 61/2013 (14 de marzo).

Inconstitucionalidad de las reglas de cálculo de carencias de distinta forma en trabajos a tiempo parcial y completo (a consecuencia de la STJUE Caso Elbal Moreno).

Vulneración del principio de igualdad.
Discriminación indirecta por razón de sexo.

Autora: M. Macarena Martínez Miranda
Magistrada especialista del orden social

JURISPRUDENCIA: LA CONSOLIDACIÓN DE SU APLICACIÓN.

STC 156/2014: Cuestión de inconstitucionalidad suscitada por la Sala Cuarta del TS, en relación con el apartado b) de la regla 3ª del nº 1 de la disposición adicional 7ª de la LGSS (cálculo de la base reguladora de las prestaciones por jubilación e incapacidad en trabajadores/as a tiempo parcial), T. R. aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, por posible vulneración de los arts. 9.3 y 14 CE .

La cuestión atinente a la discriminación indirecta por razón de sexo no supera el juicio de relevancia, ya que el demandante es varón. (Extremo en que recuerda a la STC 26/2011, si bien respecto a distinto óbice procesal).

“Si el trabajo a tiempo parcial es, como constatan las estadísticas y como señala el Auto de planteamiento de esta cuestión de inconstitucionalidad, una realidad que afecta mayoritariamente a las mujeres, una norma como la cuestionada podría, en su caso, tener un mayor impacto negativo en las mujeres, en cuanto son éstas las que acceden más al empleo a tiempo parcial, pero no en los hombres. En consecuencia, entrar a valorar en la presente cuestión de inconstitucionalidad si la norma cuestionada es discriminatoria por razón de sexo supondría un control abstracto de la misma y una desconexión con el litigio a quo”.

Ausencia de perspectiva de género

Autora: M. Macarena Martínez Miranda
Magistrada especialista del orden social

JURISPRUDENCIA: LA CONSOLIDACIÓN DE SU APLICACIÓN.

VOTO PARTICULAR:

“El argumento de la falta de relevancia de la alegación de discriminación indirecta que se formula por el tribunal a quo ha permitido a la Sala, con aparente facilidad, no entrar en el fondo de esta delicada cuestión. La ausencia de un pronunciamiento sobre el particular determina que no resulte procedente que me extienda sobre las razones por las que considero, compartiendo la apreciación del órgano judicial que formula la cuestión, que la norma también incurre en una discriminación sexual indirecta en perjuicio de las mujeres. La jurisprudencia constitucional que resulta de las citadas SSTC 253/2004 y 61/2013 es suficientemente expresiva. También lo es la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea reflejada, entre otras y por lo respecta al sistema español de prestaciones de la Seguridad Social para el trabajo a tiempo parcial, en la Sentencia de 22 de diciembre de 2012 (C-385-2011)”.

Autora: M. Macarena Martínez Miranda
Magistrada especialista del orden social

JURISPRUDENCIA: LA CONSOLIDACIÓN DE SU APLICACIÓN.

3. PRESTACIÓN POR RIESGO DURANTE EL EMBARAZO.

(introducido por Ley 39/1999, de 5 de noviembre).

- Sobre la ausencia de responsabilidad subsidiaria del INSS: **SSTS 10-12-2014 (rec. 3152/2013) y 19-5-2014 (rec. 522/13).**

A pesar de que la L.O. 3/2007 lo configura como contingencia profesional, su naturaleza “preventiva” y no “lesiva” exime de responsabilidad subsidiaria al INSS.

-Sobre necesaria concreción específica de los riesgos: **STS 21-3-2013 (rec.1563/2013).**

Autora: M. Macarena Martínez Miranda
Magistrada especialista del orden social

JURISPRUDENCIA: LA CONSOLIDACIÓN DE SU APLICACIÓN.

4. PRESTACIÓN POR RIESGO DURANTE LA LACTANCIA NATURAL

(introducido por L.O.3/2007, de 22 de marzo).

-Concurrencia del riesgo para la lactancia: **STS 22-11-2012 (rec. 1298/2011)**.

- Obligación de riesgos como requisito para su reconocimiento:

- **STS 24-4-2012 (rec. 818/2011)**: incumplimiento empresarial sobre evaluación de riesgos no perjudica a la trabajadora.

- **STS 1-10-2012 (rec. 2373/2011)**: Necesidad de evaluación de riesgos específica.

* Referencia a la cuestión prejudicial planteada ante el TJUE por el TSJ de Galicia, en fecha 17 de julio de 2015 (asunto 531/2015), en relación a la situación de riesgo para la lactancia, y su ajuste a la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación.

Autora: M. Macarena Martínez Miranda
Magistrada especialista del orden social

JURISPRUDENCIA: LA CONSOLIDACIÓN DE SU APLICACIÓN.

5. SITUACIONES ASIMILADAS AL ALTA.

STS 22-1-2016 (rec. 1931/2014): Prestación por maternidad: acceso retroactivo a la situación asimilada al alta en supuesto de despido ulteriormente declarado nulo o improcedente (reitera doctrina de **STS 3-6-2014, rec. 2259/2013**).

Maternidad durante el período de tiempo que transcurre entre el despido y la sentencia que declara el despido improcedente o nulo y durante el cual la trabajadora ha sido dado de baja en la Seguridad Social = situación asimilada al alta, opera el principio de automaticidad, sin perjuicio de la responsabilidad que pueda alcanzar al empresario si incumple sus obligaciones de afiliación, alta y/o cotización.

Obligada cotización empresarial por el período correspondiente a salarios de tramitación, sin perjuicio de la obligación de dar de baja al trabajador en cuanto se produce su cese en la prestación de servicios. Durante la tramitación del proceso de despido, la trabajadora puede adquirir con efectos retroactivos la situación de asimilación al alta, en caso de improcedencia o nulidad sobrevenidas del despido acordado.

Autora: M. Macarena Martínez Miranda
Magistrada especialista del orden social

**JURISPRUDENCIA:
LA CONSOLIDACIÓN DE SU APLICACIÓN.**

6. CÓMPUTO DE COTIZACIONES FICTICIAS.

Aplicabilidad de la cotización ficticia de 112 días por nacimiento de cada hijo/a (disposición adicional 44ª de la LGSS).

STS 14-6-2016 (rec. 1732/2015): El criterio es el de la fecha en que se cause la prestación y no la del régimen en que se cause (SSTS 21-12-2009 -rec. 201/2009 y 426/2009-, y 2-3-2010 -rec. 945/2009-).

STSJC 3-3-2015 (rec. 6619/2014): Aplicabilidad a prestación por desempleo. (La STS 22-11-2016 (rec. 1692/2015) desestima el recurso contra esta sentencia por falta de contradicción).

Autora: M. Macarena Martínez Miranda
Magistrada especialista del orden social

**JURISPRUDENCIA:
LA CONSOLIDACIÓN DE SU APLICACIÓN.**

BLOQUE 3.- DERECHO PROCESAL.

1.- ARTÍCULO 96.2 LRJS.

2.- EJERCICIO DE LOS DERECHOS DE CONCILIACIÓN.

Autora: M. Macarena Martínez Miranda
Magistrada especialista del orden social

JURISPRUDENCIA: LA CONSOLIDACIÓN DE SU APLICACIÓN.

1.- ARTÍCULO 96.1 LRJS.

Inversión de la carga probatoria ante la existencia de indicios de discriminación: Prueba sobre los hechos indiciarios (SSTC 114/1989, 266/1993, 144/1999, 29/2000, 74/1998, 87/1998, 144/1999, 29/2000, y 136/2001).

No basta alegar la discriminación o lesión de derecho fundamental, sino que hay que crear en el juzgador/a la "creencia racional sobre su probabilidad" (SSTC 21/1992, 266/1993, 90/1997, 87/1998, 140/1999, 136/2001, 207/2001, 30/2002, 66/2002, 17/2003, y 75/2010).

Ausencia en la jurisprudencia interna de consideraciones en materia de carga probatoria tales como las contenidas en la STJUE Kelly.

Autora: M. Macarena Martínez Miranda
Magistrada especialista del orden social

JURISPRUDENCIA: LA CONSOLIDACIÓN DE SU APLICACIÓN.

2. EJERCICIO DE LOS DERECHOS DE CONCILIACIÓN. Procedimiento para instar el cambio de turno.

-STS de 24-4-2012 (rec. 3090/11), reitera anterior doctrina.

- STS 25-3-2013 (rec. 957/2012): Rectificación de doctrina: Si se reclama el cambio de turno, el procedimiento es el especial del artículo 138bis y no el ordinario. (Pondera que la demanda es posterior a entrada en vigor de L. O. 3/2007).

(reiterada en SSTs 28-6-2013 -recurso 4213/2011-, 16-9-2013 -recurso 2326/2012-, 3-12-2013 -recurso 775/2013-).

Voto particular: No nos encontramos ante un supuesto que haya de dilucidarse por la vía de la modalidad especial (art. 138 bis LPL), sino que el procedimiento adecuado es el ordinario, pues lo pedido en la demanda es la declaración del derecho a disfrutar de un horario por parte del trabajador en un supuesto no comprendido en el ET ni art. 37-5 y 6, ni art. 34- 8); con las consecuencias en materia de recurribilidad.

Autora: M. Macarena Martínez Miranda
Magistrada especialista del orden social

JURISPRUDENCIA: LA CONSOLIDACIÓN DE SU APLICACIÓN.



- Consolidación de la doctrina sobre calificación del despido cuando concurra vulneración de derechos fundamentales.
- Configuración del concepto de discriminación indirecta.
- Inaplicabilidad de la nulidad objetiva del despido de mujer embarazada en periodo de prueba.
- Aplicabilidad de la cláusula de buena fe contractual.
- Hacia una generalización de la tutela anti-discriminatoria en materia de Seguridad Social.
- Consolidación de la aplicación de mecanismos procesales de tutela de derechos fundamentales.

JURISPRUDENCIA: PRONUNCIAMIENTOS RECIENTES.

1. STC 162/2016, de 3 de octubre.
2. STC 2/2017, de 16 de enero.
3. STS 10-1-2017 (recurso 283/2015).
4. STS 15-9-2016 (recurso 260/2015).
5. STS 20-7-16 (recurso 568/15).

Autora: M. Macarena Martínez Miranda
Magistrada especialista del orden social

JURISPRUDENCIA: PRONUNCIAMIENTOS RECIENTES.

1. STC 162/2016, de 3 de octubre: Discriminación por razón de sexo por perjuicio económico ocasionado a consecuencia de omisión de toma de posesión de determinado destino por encontrarse la trabajadora de licencia por riesgo durante el embarazo.

- El cobro del complemento retributivo no pudo efectuarse por “conexión directa e inequívoca” con la situación de embarazo de riesgo en que se encontraba la demandante de amparo.

- Omisión de pronunciamiento sobre la determinación de su destino en el periodo en el que la actora disfrutó de las licencias y permisos por maternidad, por no haber sido objeto de debate en el proceso judicial del que trae causa el recurso de amparo.

Autora: M. Macarena Martínez Miranda
Magistrada especialista del orden social

JURISPRUDENCIA: PRONUNCIAMIENTOS RECIENTES.

***El denominado “test de but for”** (o de la sustitución)
(cambiar el sexo para dirimir si las consecuencias jurídicas habrían sido las mismas).

* SSTJUE 8-11-1990 -caso Dekker-, y 3-2-2000, caso Mahlburg.

* Carácter innecesario en supuestos del artículo 8 de la LOIEMH.

Otras resoluciones en que se hace referencia al “test de but for”:

- SSTS 20-11-2015 (recurso 104/2015).- la aplicación del test excluye discriminación.
Voto particular considera que podría haber discriminación en el acceso al empleo (al ser profesión feminidad -limpieza-) pero no en el despido.

- STS 18-7-11 (rec 133/2010).- Sí concurre discriminación.
- STS 23-4-2009 (rec 44/2007).- Sí concurre discriminación.

- SSTSJ Galicia 7-3-2016 (recurso 4986/2015) y Comunidad Valenciana 24-3-2015 (recurso 2225/2014): no concurre discriminación.

Autora: M. Macarena Martínez Miranda
Magistrada especialista del orden social

JURISPRUDENCIA: PRONUNCIAMIENTOS RECIENTES.

2. STC 2/2017, de 16 de enero: Discriminación por razón de sexo al impedir a la trabajadora que pudiera ejercitar un derecho de preferencia que le reconocía el convenio colectivo de aplicación para que le fueran concedidas otras condiciones de horario de trabajo que, de acuerdo con sus intereses, reputaba mejores que las que tenía, y a las que habría podido optar si se hubiera encontrado en situación de activo laboral (y no así, cual aconteció, en situación de baja laboral por embarazo de riesgo) en la fecha en que surgió la necesidad empresarial de establecer una nueva jornada de trabajo semanal ampliada para restar servicio en un nuevo puesto de trabajo.-

Se salva el óbice procesal de defecto de agotamiento de la vía judicial previa (en relación al incidente de nulidad de actuaciones). Disconformidad en el voto particular.

Doctrina aplicada en la [STSJ Catalunya de 2 de marzo de 2017 \(recurso 7216/2016\)](#): Ausencia de ofrecimiento empresarial para acomodo de la jornada que la actora venía disfrutando (del 85%) a la total reconocida por sentencia de conflicto colectivo (del 100%), por encontrarse en situación de reducción de jornada para el cuidado de hijo menor. Reconocimiento de diferencias retributivas.

Autora: M. Macarena Martínez Miranda
Magistrada especialista del orden social

JURISPRUDENCIA: PRONUNCIAMIENTOS RECIENTES.

3. STS 10-1-2017 (recurso 283/2015): Se declara contraria a derecho la práctica empresarial consistente en computar como ausencias la baja maternal, así como la baja por riesgo en el embarazo, a los efectos de días productivos para tener derecho a las retribuciones de los variados incentivos, así como el derecho de los afectados a las diferencias retributivas que de ello se deriven. Tal consecuencia implica una discriminación directa y es contraria al derecho al mantenimiento y preservación de sus condiciones de trabajo y penaliza el ejercicio del derecho a la protección por maternidad, limitando la plenitud del mismo.

Superadora del test de but for.

En términos similares: [STS 27-5-2015 \(recurso 103/2014\)](#).

Autora: M. Macarena Martínez Miranda
Magistrada especialista del orden social

JURISPRUDENCIA:
PRONUNCIAMIENTOS RECIENTES.

4. STS 15-9-16 (recurso 260/2015): Derecho de los trabajadores/as a que la concreción horaria de la reducción de jornada no se realice sólo dentro de la jornada ordinaria “diaria”. (recurso 260/2015). Artículo 37.5 ET: remisión a negociación colectiva.

Reiterada doctrina -STS 18-5-2016 (recurso 198/2015)-.

Autora: M. Macarena Martínez Miranda
Magistrada especialista del orden social

JURISPRUDENCIA:
PRONUNCIAMIENTOS RECIENTES.

5.Cómputo de cotizaciones en periodos de excedencia voluntaria cuidado hijos: STS 20-7-16 (rec 568/15).

La nueva redacción del art. 180.1 de la LGSS , dada por la L.O.I. 3/2007 de 22 de marzo, es aplicable a las prestaciones causadas a partir de la entrada en vigor de la Ley, sin atenerse a la fecha del inicio de la situación de excedencia.

Autora: M. Macarena Martínez Miranda
Magistrada especialista del orden social

JURISPRUDENCIA: ALGUNAS CONCLUSIONES.

- Avances:

- Vocación de unilateralidad, frente a la anterior bilateralidad, en tutela antidiscriminatoria. ¿Recomendable superación del test de but for?
- De la igualdad formal a la igualdad material.
- Incorporación -incipiente- de la perspectiva de género, con los derechos de conciliación como ejes de ésta.
- Bilateralización en materia de Seguridad Social (del enfoque tradicional a los nuevos modelos de familia).

Autora: M. Macarena Martínez Miranda
Magistrada especialista del orden social

JURISPRUDENCIA: ALGUNAS CONCLUSIONES.

- Aspectos a desarrollar:

- Configuración de los derechos de conciliación con perspectiva constitucional (derechos fundamentales).
- Referencias al articulado de la L. O. 3/2007.
- La utilización del lenguaje igualitario (no sexista) en la Jurisprudencia. (art. 14.11 LOIEMH).
- Discriminación múltiple (Exposic. Motivos LOIEMH “doble” discriminación).
- Discriminación por asociación.
- Los planes de igualdad (STS de 11 de marzo de 2014 -recurso 77/2013-).

Autora: M. Macarena Martínez Miranda
Magistrada especialista del orden social

¿NECESIDAD DE REFORMA Y/O ACTUALIZACIÓN? PROPUESTAS DE LEGE FERENDA.

1) **Ley integral** de igualdad.

2) Configuración como factor odioso del **género**, superando la referencia a la discriminación por razón de sexo.

- Salvaguarda de la identidad de género (no comprendida en la igualdad por razón de sexo).
- Visibilización del género como factor diferenciado del sexo.
- Necesaria reforma del artículo 14 de la CE para incorporarlo como factor discriminatorio.

Autora: M. Macarena Martínez Miranda
Magistrada especialista del orden social

¿NECESIDAD DE REFORMA Y/O ACTUALIZACIÓN? PROPUESTAS DE LEGE FERENDA.

* CONFIGURACIÓN COMO FACTOR ODIOSO DEL GÉNERO.

- INCORPORADO A NUESTRA NORMATIVA INTERNA:

***STC 59/2008 (14 de mayo)**: (cuestión de inconstitucionalidad contra la L. O. 1/2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género).

“el término «género» que titula la Ley y que se utiliza en su articulado pretende comunicar, no se trata una discriminación por razón de sexo. No es el sexo en sí de los sujetos activo y pasivo lo que el legislador toma en consideración con efectos agravatorios, sino -una vez más importa resaltarlo- el carácter especialmente lesivo de ciertos hechos a partir del ámbito relacional en el que se producen y del significado objetivo que adquieren como manifestación de una grave y arraigada desigualdad”.

Autora: M. Macarena Martínez Miranda
Magistrada especialista del orden social

¿NECESIDAD DE REFORMA Y/O ACTUALIZACIÓN? PROPUESTAS DE LEGE FERENDA.

* CONFIGURACIÓN COMO FACTOR ODIOSO DEL GÉNERO.

- Y EN NORMATIVA INTERNACIONAL QUE NOS VINCULA:

- Alusión ya incluida en el Código Penal, que contempla como circunstancia agravante, y nuevo factor odioso de discriminación como móvil del delito, cometer éste por razones de género (art. 22.4 CP).

Convenio de Estambul (Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, en vigor en España desde 1 de agosto de 2014) define el **género** como *“papeles, comportamientos actividades y atribuciones socialmente construidos que una sociedad concreta considera propios de mujeres o hombres”* (art. 3.c).

Autora: M. Macarena Martínez Miranda
Magistrada especialista del orden social

¿NECESIDAD DE REFORMA Y/O ACTUALIZACIÓN? PROPUESTAS DE LEGE FERENDA.

3) Desarrollo de la **discriminación múltiple**.

- Exposición de Motivos LOIEMH: “doble discriminación”.
- Artículos 20.c) y 14.6 de la LOIEMH.
- Conclusiones generales en el asunto Parris (TJUE).

4) Desarrollo de la **discriminación por asociación**.(STJUE 17-7-2008 -caso Coleman, C-303/2006-, ¿STS 23-4-2009 -recurso 44/2007-?).

Autora: M. Macarena Martínez Miranda
Magistrada especialista del orden social

¿NECESIDAD DE REFORMA Y/O ACTUALIZACIÓN? PROPUESTAS DE LEGE FERENDA.

5) Necesaria adaptación al marco europeo:

Proyecto de conclusiones del Consejo de la Unión Europea “Mejorar las capacidades de mujeres y hombres en el mercado de trabajo de la UE”, publicado en Bruselas, el 20 de febrero de 2017, pendiente actualmente de aprobación por el Comité y remisión al Consejo de Empleo, Política Social, Sanidad y Consumidores, ha pedido a los Estados, entre otros extremos, que:

- Cuando apliquen la Estrategia Europa 2020, traten de forma prioritaria la eliminación de los obstáculos que impiden la participación de mujeres y hombres en el mercado laboral, prestando especial atención a la importancia de las capacidades, con vistas a lograr el objetivo principal de aumentar hasta el 75 % la tasa de empleo de mujeres y hombres en edades comprendidas entre los 20 y los 64 años.
- Intensifiquen los esfuerzos para integrar la **perspectiva de género** en sus políticas nacionales relacionadas con las capacidades y el mercado laboral.

Autora: M. Macarena Martínez Miranda
Magistrada especialista del orden social

¿NECESIDAD DE REFORMA Y/O ACTUALIZACIÓN? PROPUESTAS DE LEGE FERENDA.

- **El Pacto Europeo por la igualdad de género (2011-2020)**: Insta a emprender acciones para reducir las desigualdades de género y combatir la segregación por sexos en el mercado de trabajo. Entre esas medidas figura la de «eliminar los estereotipos de género y fomentar la igualdad entre mujeres y hombres en todos los niveles de la educación y la formación, así como en la vida laboral, con el fin de reducir la segregación por sexos en el mercado laboral.

- La **Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible de las Naciones Unidas**, que se propone «lograr la igualdad de **género** y empoderar a todas las mujeres y las niñas» poniendo fin así a todas las formas de discriminación. Entre los objetivos pertinentes figuran el logro del pleno empleo productivo y un trabajo digno para mujeres y hombres; y la igualdad de salario por un trabajo de igual valor.

Autora: M. Macarena Martínez Miranda
Magistrada especialista del orden social

