

La interpretación del sistema de Seguridad Social con perspectiva de género en la doctrina de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo¹

Interpretation of the Social Security system with a gender perspective in the doctrine of the Fourth Chamber of the Supreme Court

FAUSTINO CAVAS MARTÍNEZ

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Murcia

 <https://orcid.org/0000-0002-2111-0693>

Cita sugerida: CAVAS MARTÍNEZ, F. "La interpretación del sistema de Seguridad Social con perspectiva de género en la doctrina de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo". *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*. 29 (2021): 27-54.

Resumen	Abstract
Por expreso mandato legal, los juzgados y tribunales deben integrar el principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en la interpretación y aplicación de las normas. El presente estudio analiza la aplicación de la perspectiva de género como canon de enjuiciamiento en la doctrina de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo referida a cuestiones de Seguridad Social, ámbito en el que dicho enfoque está deparando resultados muy relevantes, aunque todavía insuficientes, que corrigen el impacto de los estereotipos de género que tradicionalmente han mantenido apartadas a las mujeres, en mayor o menor medida, del mercado de trabajo y, por ende, subprotegidas por el sistema público de Seguridad Social.	By express legal mandate, courts and tribunals must integrate the principle of equal treatment and equal opportunities between women and men in the interpretation and application of the rules. This study analyses the application of the gender perspective as a canon of prosecution in the doctrine of the Fourth Chamber of the Supreme Court regarding Social Security issues, an area in which said approach is yielding very relevant results, although still insufficient, which correct the impact of gender stereotypes that have traditionally kept women away, to a greater or lesser extent, from the labour market and, therefore, under-protected by the public Social Security system.
Palabras clave	Keywords
Jurisprudencia; igualdad; perspectiva de género; sistema de Seguridad Social	Jurisprudence; equality; gender perspective; social security system

1. JUZGAR CON PERSPECTIVA DE GÉNERO

El art. 15 de Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (en adelante, LOIEMH) dispone que “el principio de igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres informará, con carácter transversal, la actuación de los Poderes Públicos”. Como corolario de esta norma, la LOIEMH enuncia en su art. 14 unos “criterios generales de actuación de los Poderes Públicos”, que se ponen al servicio del objetivo proclamado en el art. 1 de hacer efectivo el derecho de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en todos los órdenes de la vida, y ello en cuanto que mecanismo para alcanzar una sociedad más democrática, más justa y más solidaria.

¹ Este trabajo se enmarca en los resultados del Proyecto PID2019-104630RB-I00, sobre “El futuro del sistema español de protección social (VI): Soluciones jurídicas a los actuales retos demográficos”, financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación, e incluido en la Convocatoria 2019 de Proyectos de I+D+ i - RTI Tipo B.

Resulta evidente, por tanto, que el principio de integración de la dimensión de género en la actividad jurídica vincula a todos los Poderes del Estado -Legislativo, Ejecutivo y Judicial- y lo hace respecto a la totalidad de sus actuaciones².

El compromiso de integración de la perspectiva de género en el proceso de elaboración normativa se recoge específicamente en la Ley 30/2003, de 30 de octubre, sobre medidas para incorporar la valoración del impacto de género en las disposiciones normativas que elabore el Gobierno. A este respecto, la Ley 30/2003 modifica dos preceptos de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, concretamente los arts. 22.2 y 24.1.b), para establecer que todos los proyectos de ley impulsados por el Gobierno y los reglamentos que el mismo apruebe deberán acompañar un informe sobre el impacto de género de las medidas contenidas en dichos instrumentos normativos. Con todo, y por lo que interesa al objeto de este trabajo, no parece que el Gobierno haya calibrado adecuadamente el impacto de género de reformas aparecidas con posterioridad a la Ley 30/2003, en materia de protección social. Así, doctrinalmente se ha puesto de relieve que las modificaciones implementadas por la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre reforma de pensiones y sobre integración en el régimen general del régimen especial de quienes trabajan al servicio del hogar familiar, no han tenido en cuenta el efecto perverso que genera en el colectivo de mujeres un sistema de cálculo de la base reguladora que alarga hacia el pasado el parámetro de referencia para su determinación y que establece mecanismos de relleno de lagunas que penalizan las bases más lejanas en el tiempo, como tampoco acierta la reforma en lo que guarda relación con el afloramiento del trabajo sumergido prestado para el negocio familiar, que generalmente suele llevarse a cabo por mujeres³.

Por lo que al ámbito de este estudio se refiere, interesa detenerse en la vinculación del Poder Judicial con el objetivo transversal de igualdad de género. A este respecto, además de lo dispuesto en el art. 15, que consagra la igualdad de género como principio informador de la actuación de todos los poderes públicos (el judicial incluido), el art. 4 de la LOIEMH afirma de forma específica 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*”. En cuanto a los destinatarios de este mandato, en un sentido amplio podría estimarse que están comprendidos todos los agentes que llevan a cabo actos de concreción o aplicación del Derecho, lo que llevaría a considerar incluidos tanto a los poderes públicos en el ejercicio de las actividades administrativa y jurisdiccional, como a los particulares que realizan a diario singulares actos de cumplimiento de las normas. Pero, en sentido estricto y técnico-jurídico, la interpretación y aplicación de las normas es tarea que corresponde al Poder Judicial⁴, integrado por jueces y magistrados “independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente a la Constitución y al imperio de la ley”, según establece el art. 1.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ) con fundamento en el art. 117 CE, y que en su art. 2, con fundamento en ese mismo precepto constitucional, atribuye el ejercicio de la potestad jurisdiccional, “juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado (...) exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados en las leyes y en los tratados internacionales”, los cuales “no ejercerán más funciones

² LOUSADA AROCHENA, J.F., “La integración de la perspectiva de género en la aplicación e interpretación de las normas por la jurisdicción social”, *Revista de Derecho Social*, núm. 76, 2016, p. 42.

³ BALLESTER PASTOR, M^a. A.: “Reformas en materia de Seguridad Social e impacto de género: un estudio crítico”, *Temas Laborales*, núm. 112/2011, p. 51.

⁴ Se asume aquí el lúcido planteamiento del profesor A. NIETO GARCÍA en su *Introducción al Derecho* (Valencia, Tirant lo Blanch, 2020), que desde los postulados del realismo jurídico distingue dos planos en la actividad jurídica, el Derecho normado y el Derecho practicado, y dentro de este, tres niveles o realidades: el Derecho practicado por los jueces mediante sus decisiones de concreción y aplicación de las normas generales y abstractas a hechos concretos, el Derecho practicado por la Administración mediante actos y decisiones de ejecución de las normas y, en tercer lugar, el Derecho practicado por los particulares mediante actos de cumplimiento (o desobediencia) de las normas.

que las señaladas en el párrafo anterior, y las demás que expresamente les sean atribuidas por ley en garantía de cualquier derecho”.

Como quiera que la consagración a nivel institucional de la igualdad entre los sexos, como derecho fundamental y como principio normativo, no impide en la práctica que sigan existiendo obstáculos y diferencias peyorativas contra las mujeres, el Poder Judicial se ha convertido en una pieza clave del sistema de garantías para combatir esas discriminaciones, integrando para ello la metodología jurídica de juzgar con perspectiva de género⁵. El enjuiciamiento con perspectiva de género y su aplicación en general, y en la rama social del Derecho en particular, no se reduce a una mera opción o recomendación para la buena práctica de la función jurisdiccional, sino que es “un mandato legal imperativo que emana tanto de instrumentos internacionales suscritos por nuestro país como de la legislación nacional, erigiéndose en un parámetro resolutorio vinculante para el Poder Judicial en función de su sumisión al imperio de la ley (art. 117 CE)”⁶.

El enjuiciamiento con perspectiva de género no deja de ser una particularización del criterio hermenéutico consagrado en el art. 3 del Código Civil, que insta a realizar una interpretación evolutiva de las normas, acorde con la realidad social del tiempo en que las mismas han de ser aplicadas. Ello justifica una interpretación que tenga en cuenta los valores de la sociedad en la que y para la que se va a efectuar la interpretación y posterior aplicación de las normas. Tales valores pueden hacerse equivalentes a los que, como superiores del ordenamiento jurídico, reconoce el texto constitucional en su art. 1, entre los que se encuentran la libertad y la igualdad, lo que permite la conexión de esta última con el resto de preceptos constitucionales que se refieren a ella, e imponerse como valores de resultado, en cuyo contexto la remoción de obstáculos que mandata la Constitución a todos los poderes públicos para conseguir la libertad real y la igualdad material cobra su pleno significado⁷. Como señala el CGPJ, interpretar con perspectiva de género exige “razonar con una lógica distinta de las épocas pasadas y que resulte útil para remover los obstáculos que dificultan la igualdad efectiva”⁸.

Por lo demás, el principio de transversalidad exige la integración de la dimensión de género en la aplicación de todas las normas, estén o no dirigidas a garantizar la mayor efectividad de la igualdad de trato y de oportunidades, y tanto si se trata de normas procesales (incluyendo las probatorias) como sustantivas⁹.

La perspectiva de género constituye una metodología de análisis jurídico que debe desplegarse en todos aquellos casos en los que se involucren relaciones de poder asimétricas o patrones estereotípicos de género, demandando la integración del principio de igualdad en la interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico en la búsqueda de soluciones justas y equitativas ante situaciones de desigualdad¹⁰. Serán la naturaleza del asunto y las circunstancias concurrentes en el caso las que determinarán si el enfoque de género constituye una herramienta interpretativa adecuada, aunque no sea la única a considerar para resolver el conflicto (pudiendo concurrir con los criterios hermenéuticos tradicionales). Allí donde la norma a aplicar, o la conducta a enjuiciar, carezcan de impacto adverso de género -lo que habrá de determinarse en un preliminar

⁵ RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, S.: “La perspectiva de género en la aplicación e interpretación de las normas por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo”, *Trabajo y Derecho*, n° 76, 2021, ref. LA LEY 3607/2021, p. 1/20.

⁶ JIMÉNEZ HIDALGO, A.: “Juzgar con perspectiva de género en la jurisdicción de lo Social. ¿Es necesaria una reforma legislativa?”, *Revista de la Comisión de lo Social de Jueces y Jueces para la Democracia*, núm. 197, 2019, p. 33.

⁷ MARÍN LÓPEZ, P.: “El papel de la jurisdicción frente a la violencia contra las mujeres: obligaciones de jueces y juezas”, en VV.AA., *Violencia de género. Perspectiva multidisciplinar y práctica forense*, RIVAS VALLEJO, P. y SERRANO FALCÓN, C. (dirs.), 2ª ed., Cizur Menor (Navarra), Thomson-Reuters, 2014, p. 272.

⁸ CGPJ, *Guía práctica de la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*, 2016, p. 288.

⁹ STSJ Canarias/Las Palmas, Social, de 7 de marzo de 2017, rec. 1027/2016.

¹⁰ POYATOS MATAS, G.: “Juzgar con perspectiva de género: una metodología vinculante de justicia equitativa”, *iQual. Revista de Género e Igualdad*, núm. 2, 2019, pp. 7 y 8.

análisis- dicho enfoque metodológico no será una herramienta útil para la decisión del asunto. Debe evitarse, en este sentido, una “sobreexplotación” del enfoque de género que pudiera redundar en descrédito de esta pauta hermenéutica.

Por otro lado, debe evitarse incurrir en el exceso de utilizar la dimensión de género como pretexto para justificar decisiones abiertamente *contra legem* o reñidas con las garantías jurídicas y procesales del conjunto de la ciudadanía, pues ello supondría infringir el principio de separación de poderes y la sumisión del Poder Judicial a la soberanía popular, que reside y se expresa en el Parlamento. No entra en la potestad de los miembros de la carrera judicial sustituir el criterio del Legislador por otro de factura propia que consideren más adecuado, sino resolver conflictos jurídicos aplicando la solución prevista en las normas (*ius dicere*) o, en caso de lagunas legales, arbitrando una solución *ad hoc* mediante el recurso a los principios generales del Derecho o a la analogía. La ley, aunque no impone necesariamente al juez el contenido de la sentencia (no puede hacerlo, porque al ser anterior al conflicto ignora las circunstancias específicas de este, que puede tener varias soluciones igualmente plausibles como consecuencia de la desigual valoración que pueden hacer los jueces de los factores concurrentes dentro de su prudente arbitrio), sí le impone un límite, una barrera que no puede saltar. Salvo el resultado de los controles de convencionalidad (control de sumisión del Derecho interno al orden internacional que puede ejercer cualquier órgano judicial) y de constitucionalidad (planteando la cuestión prevista en el art. 5.2 LOPJ), no son válidas las interpretaciones *contra legem*¹¹. Los tribunales ordinarios no pueden excederse de una razonable interpretación analógica, creando normas autónomas que respondan a los criterios que estimen de mayor justicia, pues ello supondría un desarrollo normativo sin potestad para ello.

Mediante el citado art. 4 de la LOIEMH se ha positivado la interpretación a favor de la igualdad de los sexos, que la doctrina ha caracterizado como principio *favor ad sexum aequalitatem*, y otras veces principio *pro muliere*, al ser las mujeres, como víctimas usuales de la discriminación sexista, quienes más la invocan (aunque nada impide que el *favor ad sexum aequalitatem* sea alegado por los hombres discriminados por no asumir sus roles de género)¹². En ámbitos más específicos de la tutela antidiscriminatoria, este principio se concreta en las interpretaciones a favor de la protección integral de las víctimas de violencia de género (que encuentra un apoyo normativo adicional en el art. 2.k) de la LOMPIVG)¹³ y a favor del ejercicio corresponsable de los derechos de conciliación (que encuentra un apoyo normativo adicional en el art. 44 de la propia LOIEMH)¹⁴.

En cuanto al alcance de este principio, significa que el órgano judicial debe aplicar la norma en aquella de sus variantes interpretativas que mejor se ajuste al principio de igualdad efectiva de mujeres y hombres. La interpretación de la ley de conformidad con los valores constitucionales impone, desde esta perspectiva, interpretar el ordenamiento conociendo y comprendiendo las raíces culturales en las que se hunde la discriminación estructural de las mujeres y asumiendo como inexcusable la participación de la judicatura como motor de cambio de viejos desvalores para la

¹¹ Como afirma la STS, 4ª, de 18 de julio de 2011 (rcud. 3970/2010), “el art. 4 de la Ley Orgánica 3/2007 no permite alterar el sentido de la regulación legal. Lo que establece este artículo es 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». De esta forma, se reitera la regla ya contenida en el art. 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Pero este precepto no autoriza a que por vía interpretativa se modifique el alcance de las disposiciones, transformando su sentido en aras a objetivos o programas de promoción de la igualdad que no han sido objeto de recepción legislativa”.

¹² LOUSADA AROCHENA, F.: *El enjuiciamiento de género*, Madrid, Dykinson, 2020, p. 116.

¹³ El art. 2.k) de la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, contempla, entre los fines que se quieren alcanzar con las medidas legales, el de “Garantizar el principio de transversalidad de las medidas, de manera que en su aplicación se tengan en cuenta las necesidades y demandas específicas de todas las mujeres víctimas de violencia de género”.

¹⁴ En el art. 44.1 de la LOIEMH se establece que los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral se reconocerán a los trabajadores y las trabajadoras en forma que fomenten la asunción equilibrada de las responsabilidades familiares, evitando que se produzca toda discriminación basada en su ejercicio.

plena efectividad de los derechos fundamentales de aquéllas, poniéndose al servicio de la totalidad de derechos fundamentales y libertades públicas del conjunto de la ciudadanía¹⁵.

Así lo ha entendido el Tribunal Constitucional, cuando en su Sentencia 3/2007, de 15 de febrero, señala que “los órganos judiciales no pueden ignorar la dimensión constitucional de la cuestión ante ellos suscitada y limitarse a valorar, para excluir la violación del art. 14 CE, si la diferencia de trato tiene en abstracto una justificación objetiva y razonable, sino que han de efectuar su análisis atendiendo a las circunstancias concurrentes...”, de modo que el reproche que desde la perspectiva constitucional merece formularse contra la sentencia recurrida en amparo “no es tanto ni sólo que haya renunciado a interpretar la normativa aplicable de la manera más favorable a la efectividad del derecho fundamental, sino que ni siquiera haya tenido en cuenta que este derecho estaba en juego y podía quedar afectado”.

En cualquier caso, la perspectiva de género no tiene como efecto desbancar a los clásicos criterios de interpretación positivados en nuestro Derecho (art. 3 Código Civil), sino que les imprime un sentido unitario e integrador, para realizar de forma efectiva (art. 4 LOIEMH respecto de los arts. 9.2, 10 y 14, y 35 CE), no solo programático-formal, el principio/mandato de igualdad de sexos/género¹⁶.

Una vez detectado el impacto de género desproporcionado de determinada norma, práctica o medida, debe desplegarse la hermenéutica de género y realizar una interpretación flexible y acorde con el principio pro-persona que debe regir la interpretación de los derechos humanos en cumplimiento de los estándares internacionales en materia de derecho antidiscriminatorio de género.

Pero la integración de la dimensión de género en la actividad jurisdiccional no se limita a la actividad de interpretación y aplicación de las normas sustantivas, sino que debe proyectarse al resto de fases judiciales, es decir, debe ser aplicada tanto en la tramitación del procedimiento como en la valoración de las conductas de las personas implicadas y de las pruebas propuestas, admitidas y practicadas a los efectos de fijación de los hechos a enjuiciar¹⁷. Así debe procederse de forma destacada en litigios (penales y no penales) donde esté presente el maltrato de la mujer, desterrando los estereotipos y prejuicios de género más frecuentes que subyacen en los casos de violencia machista, y que generan la expectativa de un determinado comportamiento, que se traslada y hace recaer sobre las víctimas, exigiéndoles que actúen de una determinada manera frente al delito, acumulando pruebas irrefutables del mismo y denunciándolo inmediatamente, desconociendo con ello no solo las especiales dificultades de prueba de dicho tipo de delitos por el entorno privado y familiar en que se producen, sino las imprevisibles reacciones que conlleva el pánico y la destrucción de la confianza de las mujeres víctimas de maltrato habitual¹⁸. El mundo judicial puede -y debe- contribuir a que la igualdad entre mujeres y hombres “alcance cotas aceptables de efectividad, y en tal actuación coadyuvante resulta absolutamente imprescindible la flexibilización en la interpretación de las exigencias procesales, en la valoración de la prueba y en la aplicación de la norma”¹⁹.

¹⁵ Así lo ha recordado el Tribunal Supremo, en un caso que examinaba un supuesto de discriminación por razón de sexo, en Sentencia de 21 de diciembre de 1989, de su Sala 1ª, haciéndose eco de la doctrina jurisprudencial que “ha dispuesto la no aplicación de normas o criterios tradicionales que signifiquen vulneración de principios y valores consagrados en la Constitución y opuestos a la realidad social y jurídica del tiempo presente (artículo 3.1º del Código Civil)”.

¹⁶ MOLINA NAVARRETE, C.: *La doctrina jurisprudencial por discriminación de género en el orden social*, Madrid, Wolters Kluwer, 2020, p. 57.

¹⁷ POYATOS MATAS, G.: “Juzgar con perspectiva de género: una metodología vinculante de justicia equitativa”, *cit.*, p. 17; LOUSADA AROCHENA, J.F.: *El enjuiciamiento de género*, *cit.*, pp. 119 y 120.

¹⁸ JIMÉNEZ HIDALGO, A.: “Juzgar con perspectiva de género en la jurisdicción social”, *cit.*, pp. 42 y 43.

¹⁹ MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P.: “Pensión de viudedad y «violencia machista»: el enfoque de género desde la interpretación”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, núm. 410 (mayo 2017), p. 154.

2. PRONUNCIAMIENTOS DE LA SALA CUARTA DEL TRIBUNAL SUPREMO QUE HAN APLICADO LA PERSPECTIVA DE GÉNERO EN EL ENJUICIAMIENTO DE CONTENCIOSOS SOBRE SEGURIDAD SOCIAL

Aunque es sabido que en nuestros días impera una especial preocupación por la protección de la mujer en los diferentes ámbitos de su vida profesional y personal, y que en las dos últimas décadas el ordenamiento jurídico, en el marco de una inquietud internacional creciente, ha introducido una serie de medidas legislativas tendentes a contrarrestar las dificultades y desigualdades que sufren las mujeres como consecuencia de tradicionales estereotipos de género que las ha alejado, total o parcialmente, del mercado de trabajo, esos roles, si bien de manera progresiva se vienen abandonando, aún representan un lastre para el acceso del colectivo femenino a ciertas prestaciones de Seguridad Social en términos de igualdad con los hombres²⁰.

Sin discusión posible es la protección de Seguridad Social el campo en el que la Sala Cuarta del TS ha desplegado la metodología de equidad de género con resultados más eficientes en términos de contribución a la implantación de la igualdad real entre los sexos y a la eliminación de discriminaciones que sufren las mujeres en el mercado de trabajo y, por derivación, en materia de protección social. El propósito de las siguientes páginas es analizar las sentencias del Alto Tribunal que en los últimos tiempos han aplicado *expressis verbis* la perspectiva de género o han invocado el art. 4 de la LOIEMH, como *ratio decidendi* para resolver litigios en el ámbito del Derecho de la Seguridad Social, arrancando en la STS, 4ª, de 21 de diciembre de 2009 (rcud. 201/2009), que probablemente sea el primer exponente de aplicación de este canon hermenéutico en la doctrina del Tribunal Supremo²¹.

2.1. Cómputo de los días asimilados por parto para el devengo de prestaciones SOVI

La mencionada y muy conocida STS, 4ª, de 21 diciembre 2009 (rcud. 201/2009), dictada en Sala General, de la que fue ponente la magistrada Arastey Sahún, aborda el problema del cómputo de los ciento doce días de cotización asimilada por parto en el extinto régimen del Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez (SOVI). ¿Deben ser tenidos en cuenta tales días para completar el período mínimo carencial de 1.800 días que se exige en dicho régimen para tener derecho a pensión?

Como se sabe, desde que entró en vigor la Disposición Adicional 44ª de la anterior LGSS/1994 (introducida por el epígrafe veintitrés de la Disposición Adicional 18ª de la LOIEMH) y solo 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 ciento doce días completos de cotización por cada parto de un solo hijo y de catorce días más por cada hijo a partir del segundo, este 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 corresponda²². Por tanto, lo que la norma pretende es incrementar la vida cotizada cuando esa cotización no se haya producido con ocasión del disfrute del descanso por maternidad.

La duda se suscita porque en reiteradas ocasiones la jurisprudencia ha insistido en el carácter residual de las prestaciones otorgadas por el SOVI, el cual no puede ser considerado como uno más entre los regímenes de la Seguridad Social (entre muchas, SSTS de 16 marzo 1992 -rcud. 2273/91-,

²⁰ MOLINA GUTIÉRREZ, S.Mª.: “Trascendencia de la perspectiva de género en el ámbito de la Seguridad Social, en especial en la pensión de viudedad”, en *La incidencia de género en la jurisdicción social. Especial referencia a la jurisprudencia comunitaria en materia de igualdad y su aplicación por los tribunales españoles. Perspectiva de la Unión Europea*, CGPJ, Cuadernos Digitales de Formación, vol. 17, 2020, p. 2.

²¹ RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, S., “La perspectiva de género en la aplicación e interpretación...”, *cit.*, p. 8/20.

²² En la actualidad, el contenido de esta medida se contiene en el art. 235 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

28 mayo 1993 -rcud. 2201/92-), ni las pensiones que el mismo concede prestaciones del sistema de Seguridad Social que deban regirse por sus normas (SSTS de 25 julio 1995 -rcud. 2899/94-, 2 octubre 1995 -rcud. 1137/95-, 7 diciembre 1995 -rcud. 1291/95-, 15 noviembre 1996 -rcud. 662/96-, 16 mayo 2006 -rcud. 3995/04-, 3 noviembre 2008 -rcud. 3948/07).

Sin embargo, a la hora de interpretar la nueva previsión normativa contenida en la DA 44ª de la LGSS, la Sala Cuarta no puede obviar que la misma ha sido introducida por la LO 3/2007, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, cuya finalidad, sostiene su art. 1, es “hacer efectivo el derecho de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres... sea cual fuere su circunstancia o condición, en cualesquiera de los ámbitos de la vida y, singularmente, en las esferas política, civil, laboral, económica, social y cultural para en el desarrollo de los arts. 9.2 y 14 CE, alcanzar una sociedad más democrática, más justa y más solidaria”. Argumenta la Sala con acierto que “el legislador nacional dio un decisivo paso adelante en el avance hacia la igualdad real, a la vista de la incapacidad demostrada por las fórmulas tendentes a instaurar exclusivamente la igualdad formal, de suerte que el objetivo de la ley es solventar eficazmente las desigualdades surgidas de una relegación histórica de las mujeres en la sociedad, incluso cuando esa marginación se halla cubierta por una norma. Se supera así el principio de igualdad formal, mayoritariamente alcanzado ya pero claramente insuficiente, y que comporta la prohibición de la discriminación, para acoger el más moderno de igualdad de oportunidades que incluye nuevas instituciones antidiscriminatorias, medidas de acción positiva y el control de la discriminación indirecta, en clara congruencia con los principios y disposiciones de la legislación comunitaria sobre discriminación” (FJ 3.1). También se hace mención explícita al art. 4 de la LOIEMH, el cual señala 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”. Se afirma que estos dos preceptos “así como todos los de contenido general del Título I, impregnan cualquiera de las cláusulas del articulado de la Ley, el cual no puede ser interpretado sino a la luz de aquéllos”. La LOIEMH tiene naturaleza transversal, lo que impide la catalogación de las normas a las que afecta en el sentido limitado que se derivaría de una interpretación que reserve el beneficio a quienes causen derecho a pensiones en el sistema de Seguridad Social. Especial relevancia tiene la siguiente consideración de la sentencia: “El principio de transversalidad, que se recoge en dicho art. 4 -consagrado también en la normativa europea (gender mainstreaming, definido en el art. 29 de la Directiva 2006/54 /CE), se plasma aquí de modo expreso y con vocación de generalidad, como ya hizo, por vez primera en nuestro Ordenamiento Jurídico, la L.O. 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género -con afectación en varias ramas del Derecho-, superando los tímidos intentos de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promoverla conciliación familiar y laboral de las personas trabajadoras, y de la Ley 30/2003, de 13 de octubre, sobremedidas para incorporar la valoración del impacto de género en las disposiciones normativas que elabore el Gobierno. En tal sentido, la Exposición de Motivos de la LOIEMH señala: «la consideración de la dimensión transversal de la igualdad, seña de identidad del moderno derecho antidiscriminatorio, (es) principio fundamental del presente texto». En suma, todos los ámbitos de actuación están afectados por los principios de la LOIEMH y sin duda lo está la normativa laboral y de Seguridad Social, pues no es baladí el hecho de que cuantitativamente el grueso de las normas de la LOIEMH pertenecen a dichos campos. Por consiguiente, una norma como la analizada -D.A. 44ª 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” (FJ 2.2).

La Disp. Ad. 44ª de la LGSS/1994, introducida por la Disp. Ad. 18ª.23 LOIEMH, se refiere a “cualquier régimen de Seguridad Social”, lo que no puede ser interpretado en una literalidad estricta y con el tecnicismo propio de la normativa de seguridad social que preserva esta denominación para el sistema de protección nacido a partir de 1967. “Y ello porque la finalidad del

precepto no es mejorar la vida laboral de las trabajadoras que hayan cotizado a la seguridad social, sino beneficiar a todas las mujeres cuando hayan de obtener beneficios prestacionales o sociales derivados de su actividad laboral, pues (*es*) esa actividad laboral la que se ha visto afectada por la circunstancia derivada de su sexo. Las trabajadoras ya acreditan de modo efectivo la cotización por 112 días (16 semanas), mientras disfrutan del descanso de maternidad -y así lo contempla el precepto, al excluir de su aplicación a quienes hubieren cotizado por las 16 semanas-. 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, 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” (FJ 3.3). Y añade la sentencia: “Los cánones interpretativos que venimos indicando hacen que el beneficio otorgado por la D.A. 44ª LGSS sea aplicable a todas las mujeres que no hubieran trabajado por haber tenido hijos, sin que implique sólo una mera proyección de futuro. La Ley sirve al objetivo de paliar los efectos de la situación de discriminación ya producida y la que puede surgir, es en este sentido una medida de acción positiva querida por el legislador que no puede obviar el dato de que el colectivo afectado (pensionistas de SOVI) está integrado fundamentalmente por mujeres y que, a mayor abundamiento, si no acreditan ulteriores trabajos y cotizaciones bajo la vigencia del sistema de Seguridad Social es, también mayoritariamente, porque abandonaron el mercado laboral a consecuencia de su matrimonio y ulterior maternidad. Negar el beneficio a los pensionistas SOVI supone una negación que afectará fundamentalmente a mujeres que, además, abandonaron sus carreras laborales y de seguro en razón de la circunstancia biológica de la femineidad”.

Con sensatos y convincentes fundamentos, se estima que la finalidad de este beneficio no se contrae a quienes hubieran cotizado al sistema de Seguridad Social surgido en 1967 (de hecho, la norma estableciente del beneficio no excluye al régimen SOVI), sino a todas aquellas mujeres trabajadoras con derecho a obtener beneficios sociales derivados de su actividad laboral, que se hayan visto afectadas por una circunstancia como la maternidad exclusivamente asociada a su sexo. Y es que la exclusión de las bonificaciones a las trabajadoras que gracias a esta medida podrían lucrar la pensión de vejez por el régimen social SOVI haría de peor condición a este colectivo, marginándolas de las medidas que pretenden paliar antiguas situaciones de trato desfavorable por razón de maternidad, en función de una circunstancia meramente cronológica.

Por último, y sin prejuzgar la solución que habría de obtener la controversia caso de que los nacimientos se hubieran producido con posterioridad a 1 de enero de 1967, la Sala establece que “el beneficio otorgado en la Disp. Ad. 44ª se aplica a todas las prestaciones que se causen a partir de la entrada en vigor de la Ley de Igualdad - ex Disp. Transitoria 7ª. 3 -, con independencia de la fecha de la legislación por la que se rijan. En consecuencia, el criterio para acudir a la suma de los 112 días ficticios es el de la fecha en que se cause la prestación y no la de la vigencia del régimen en que se cause”. Es decir, el beneficio otorgado por la Disposición adicional decimoctava. 23 de la LOIEMH se aplica a todas las prestaciones que se causen a partir de la entrada en vigor de esta Ley.

Esta doctrina se vio pronto secundada por las SSTs de 21 de diciembre de 2009 (rcud. 426/2009) (dictada en Sala General); 19 de enero de 2010 (rcud. 2035/2009); 2 de marzo de 2010 (rcud. 945/2009); 13 de mayo de 2010 (rcud. 4486/2009) y 7 de diciembre de 2010 (rcud. 1046/2010).

Con todo, el alcance de la misma se vio severamente constreñido solo dos años más tarde mediante una interpretación, realizada no ya en clave constitucional sino de pura legalidad ordinaria, que reserva la aplicación del beneficio únicamente a los partos ocurridos con anterioridad al 1 de enero de 1967 (fecha de supresión del SOVI), excluyendo los natalicios ocurridos después de esa fecha a efectos de completar el período de carencia necesario para causar derecho a una pensión SOVI. Así se proclama en la *STS, 4ª, de 12 de diciembre de 2011 (rcud. 589/2011)*, de la que fue ponente el magistrado Gullón Rodríguez. Partiendo del carácter residual del SOVI, la Sala concluye ahora (el problema no se le planteó en 2009) que no es posible completar el periodo de carencia a

ese sistema de previsión con posterioridad al 1 de enero de 1967, tal y como se desprende -en la particular interpretación que hace esta sentencia- de la Disposición Transitoria 2ª.1 de la Ley 24/1972, de 21 de junio y de la Disposición Transitoria 7ª de la anterior LGSS/1994, que se refieren a que “Quienes en 1 de enero de 1967, cualquiera que fuere su edad en dicha fecha, tuviesen cubierto el período de cotización exigido por el extinguido Seguro de Vejez e Invalidez o, en su defecto hubiesen figurado afiliados al extinguido Régimen de Retiro Obrero Obligatorio, conservarán el derecho a causar las prestaciones del primero de dichos Seguros, con arreglo a las condiciones exigidas por la legislación del mismo, y siempre que los interesados no tengan derecho a ninguna pensión a cargo de los regímenes que integran el sistema de la Seguridad Social”. En consecuencia, si los vástagos nacieron después del 1 de enero de 1967, no será posible imputar esas cotizaciones ficticias a un sistema de previsión ya periclitado e inexistente en el momento en que se produjo el hecho, a diferencia con lo que ocurría en las situaciones contempladas por la doctrina anterior de la Sala, en que los nacimientos y la situación de la mujer que no pudo trabajar a causa de los mismos ocurrieron durante el momento en que esa circunstancia, el parto, impidió completar la carencia en el SOVI, pero en modo alguno cuando el parto o los partos ocurrieron después, cuando no podía completarse el período de cotización al SOVI. Por el contrario, esas cotizaciones ficticias - 112 días completos por cada alumbramiento de un solo hijo- sí podrían ser efectivas -salvo que se hubiese cotizado durante la totalidad del período de 16 semanas de descanso por maternidad- en el Régimen General de la Seguridad Social, vigente desde la repetida fecha de 1 de enero de 1967, precisamente porque los partos tuvieron lugar en años posteriores a ese momento. Lo que no es posible es acumular esas cotizaciones ficticias a las realizadas mientras estuvo vigente el SOVI.

Se trata de una interpretación formalista de las normas -por cierto, mantenida en sentencias posteriores²³-, alejada del mandato contenido en el art. 4 de la LOIEMH, que supone un retroceso en la orientación doctrinal inaugurada por la STS de 21 de diciembre de 2009; una interpretación que coadyuva al ensanchamiento de la brecha de género en pensiones que padecen las mujeres, que consagra una clamorosa discriminación entre las pensionistas SOVI en función de la fecha de la maternidad y que, además, resulta innecesaria porque la interpretación alternativa, de corte omnicomprensivo, no infringe el orden público (no conculca de forma clara y concluyente ningún precepto legal).

2.2. Generación del derecho a prestaciones por muerte y supervivencia por pensionistas SOVI

La Sala Cuarta del TS también ha aplicado diligentemente la perspectiva de género para resolver la cuestión relativa a si las personas beneficiarias de pensiones de vejez o invalidez del SOVI pueden causar cuando fallecen prestaciones en favor de familiares.

El derecho a causar prestaciones por muerte y supervivencia se reconoce en la legislación vigente a los beneficiarios de pensiones contributivas de jubilación e incapacidad permanente. Ante el silencio legal acerca de si tal condición ampara también a los beneficiarios de otras pensiones contributivas ajenas al sistema de la Seguridad Social nacido el 1 de enero de 1967, y tras el rechazo de tal reconocimiento en la jurisprudencia anterior de la Sala Social, la STS, 4ª, Pleno, 79/2020, de 29 de enero (rcud. 3097/2017), de la que es ponente la magistrada Arastey Sahún (quien también fuera ponente de la STS de 21 diciembre 2009 *supra* comentada), interpreta las normas en clave de género para considerar sujetos causantes de las prestaciones por muerte y supervivencia (en el caso, pensión en favor de familiares) a las personas beneficiarias (mayoritariamente mujeres) de

²³ SSTs, 4ª, de 14 de diciembre de 2011 (rcud. 1640/2011); 23 enero 2012 (rcud. 1722/2011); 28 de marzo de 2012 (rcud. 4090/2011); 20 de julio de 2012 (rcud. 4361/2011); 15 de octubre de 2012 (rcud. 375/2012); 24 de octubre de 2012 (rcud. 4461/2021); 12 de diciembre de 2012 (rcud. 4507/2011); 29 de enero de 2013 (rcud. 822/2012); 22 de febrero de 2013 (rcud. 794/2012); 27 de febrero de 2013 (rcud. 1055/2012); 18 de marzo de 2013 (rcud. 100/2012) y 7 de julio de 2017 (rcud. 4240/2015).

pensiones del extinto SOVI, partiendo de que dicho régimen tenía también un carácter contributivo, y por la discriminación de doble orden, indirecta y refleja, que su denegación produciría²⁴.

En el caso enjuiciado, la sentencia del juzgado desestimó la demanda interpuesta por la hija de la fallecida beneficiaria de una pensión de vejez SOVI, y, recurrida en suplicación, la STSJ de Canarias (Las Palmas) de 2 de mayo de 2017 la revocó, reconociendo el derecho de la demandante a percibir prestaciones en favor de familiares al amparo del principio transversal de integración de la dimensión de género en la impartición de justicia previsto en el art. 4 de la LOIEMH, por estimar que “el perfil típico de persona con derecho a pensión SOVI es mayoritariamente el de mujeres que trabajaron previamente al año 1967 y posteriormente abandonaron sus empleos tras contraer matrimonio, siendo éste el destino social para el que eran educadas las mujeres de la España franquista”, de forma que “el SOVI es una de las pocas soluciones para obtener una pensión de jubilación por parte de estas mujeres que no cotizaron posteriormente al régimen de la Seguridad social”, dentro de un marco estricto de incompatibilidades que flexibilizó la Ley 9/2005, de 6 de junio, para compatibilizar las pensiones del SOVI con las pensiones de viudedad del Sistema de la Seguridad Social. El TSJ de Canarias, tras una prolija argumentación en clave de equidad de género, concluye que “la exclusión de la pensión de jubilación SOVI a efectos de poder acceder e la exclusión de la pensión de jubilación SOVI a efectos de poder acceder a las prestaciones a favor de familiares, supone una desventaja respecto de las mujeres en relación con las personas del otro sexo, que no padecieron las limitaciones legales ni debieron asumir los roles sociales establecidos en el siglo pasado y durante el periodo de vigencia del SOVI. Por ello tal exclusión, a los efectos de lo previsto en el artículo 226 de la LGSS, debe calificarse de discriminación indirecta, de conformidad con el artículo 2 de la Directiva 2006/54 /CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de julio de 2006, relativa a la igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, y el art. 4 y 6. 2º de la LO 3/2007 de 22 de marzo de igualdad efectiva de mujeres y hombres”. La Sala de suplicación considera que el impacto de género de la exclusión de las pensiones SOVI para el acceso a las prestaciones a favor de familiares no queda desvirtuado por el hecho de que la prestación que se lucre pueda recaer por igual en hombres y mujeres, pues los beneficiarios (ellos y ellas), ya no se verían afectados por el Sistema SOVI, al estar incluidas las prestaciones a favor de familiares dentro del actual sistema de la seguridad social; a criterio de la Sala de Las Palmas “sigue existiendo una discriminación en relación a las personas perceptoras de pensión jubilación SOVI (mayoritariamente mujeres), pues sus familiares, (en el presente caso hija), se verían privados del acceso a las prestaciones, por la vía de discriminación por asociación o por vinculación, es decir una discriminación transferida o refleja padecida por personas vinculadas a la persona perteneciente al colectivo vulnerable” (FJ 3.E). Por todo ello concluye que “debe realizarse una interpretación conforme al derecho de la Unión Europea, contextual e integradora de la dimensión de género y a tenor del injustificado impacto negativo (desventaja) existente entre las personas perceptoras de la pensión de jubilación SOVI (mayoritariamente mujeres) debe igualarse con las pensiones de jubilación contributivas derivadas del actual Sistema de la Seguridad Social, a los efectos de tener por cumplido el requisito establecido en el art. 226.2º de la LGSS”.

Antes de proceder al análisis jurídico con perspectiva de género que llevará a la Sala a rectificar su anterior doctrina, el TS procede a diferenciar claramente el litigio ahora estudiado del

²⁴ Un comentario de esta sentencia y su doctrina en RIVAS VALLEJO, P., “Las beneficiarias de pensiones SOVI pueden causar prestaciones en favor de familiares”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 2/2020, pp. 1-8. Asimismo, ROJO TORRECILLA, E., “Caso SOVI. La importancia de juzgar con perspectiva de género, y aplicación de la discriminación por asociación. Notas a la importante sentencia del TS de 29 de enero de 2020”, en el blog del autor *El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales*, martes, 18 de febrero de 2020, disponible en: www.eduardorojotorrecilla.es/2020/02/caso-sovi-la-importancia-de-juzgar-con.html [última consulta: 11 de junio de 2021]; VILLAR CAÑADA, I.Mª., “La necesaria interpretación del sistema de seguridad desde un enfoque de género. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo (sala de lo social) nº 79/2020, de 29 de enero”, *Laborum. Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 26, 2021, pp. 133-140.

que en su día fue resuelto por Auto del TC núm. 306/2008, sobre el que se basa la sentencia de contraste aportada por la Entidad Gestora. Para el Tribunal, el citado Auto se limita a recordar “la jurisprudencia constitucional sobre las facultades del legislador para establecer diferencias ante supuestos dispares en relación a la aplicación temporal de las modificaciones normativas en materia de incapacidad permanente, cuya cuantía se veía afectada allí en atención a la norma a aplicar según la fecha del reconocimiento de la situación”, sin abordar ni la cuestión de la eventual desigualdad que pudiera derivar del sistema de pensiones SOVI ni la diferencia de trato por razón de género. Sin embargo, en el caso ahora enjuiciado el debate es más amplio y complejo, al dilucidarse si la exclusión de los pensionistas SOVI como causantes de la prestación solicitada puede dar lugar a diferencias de trato entre mujeres y hombres y, por tanto, conculcar el principio de igualdad.

En dos ocasiones precedentes (SSTS de 10 de diciembre de 1992 [rcud. 832/1992] y 19 noviembre 1993 [rcud. 1463/1993]), el Tribunal Supremo había dado una respuesta contraria a la que brindará en esta ocasión, por considerar que no podía reconocer efectos retroactivos a la Ley 24/1972, de 21 de junio, de Financiación y de Perfeccionamiento de la acción protectora del Régimen General de la Seguridad Social, que fue la que creó e implantó la prestación en favor de familiares, sin incluir precepto de derecho intertemporal en tal sentido. En suma, lo que se deduce de dichas sentencias es que, si el SOVI no contemplaba la prestación en favor de familiares, no cabía completar dicho régimen con prestaciones creadas *a posteriori*, sin expresa inclusión de éstas en aquél.

No está en cuestión la validez de la valoración y calificación diferencial del SOVI respecto de las prestaciones del sistema de la Seguridad Social, la cual continúa plenamente vigente (STS, 4ª, de 21 de diciembre de 2009 [rcud. 2001/2009]), de modo que las normas reguladoras de este último no son aplicables a las pensiones SOVI (STS, 4ª, de 16 de junio de 2006 [rcud. 3995/2004]). Pero la Sala Cuarta sostiene que este carácter residual y externo al sistema de Seguridad Social no puede ser interpretado en el sentido de que ese extinto régimen protector quede al margen de los principios que constituyen un pilar estructural de nuestro sistema de derechos fundamentales. El TS argumenta que han transcurrido veintisiete años desde que se ahormó la doctrina que ahora va a revisar, y en este periodo han cambiado muchas cosas, incluida la forma de enfocar la interpretación y aplicación de las normas. Sin ir más lejos, se indica que a los criterios hermenéuticos tradicionales se ha sumado la denominada “perspectiva de género” que está al servicio de la efectividad del principio de igualdad entre mujeres y hombres. Es por ello que el Alto Tribunal se reconoce en la necesidad de revisar los criterios seguidos en aquellas dos sentencias “puesto que los mismos han sido superados por la evolución normativa experimentada, tanto en nuestro ordenamiento jurídico, como en el Derecho Europeo e internacional al que el español está estrictamente conectado y vinculado” (FJ 3.1).

Recuerda la STS 79/2020 que la evolución experimentada por el ordenamiento jurídico es fruto de la incorporación del concepto de “*gender mainstreaming*” elaborado en IV Conferencia Mundial de Mujeres de Naciones Unidas (Beijing, 1995) y que, en el Derecho español, tiene su primera plasmación en la Ley 30/2003, de 13 de octubre, sobre medidas para incorporar la valoración del impacto de género en las disposiciones normativas que elabore el Gobierno. Tras inspirar la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género, halla su plasmación con alcance general en la Ley Orgánica para la Igualdad de Mujeres y Hombres de 2007, en la que se positiviza la configuración del principio de igualdad efectiva, superando el de igualdad formal, a todas luces insuficiente.

Ninguna duda planea sobre 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 normas. De ahí que el TS se vea en la tesitura de interpretar el requisito del art. 217.1.c) LGSS y examinar si la aplicación de su literalidad - “pensiones contributivas de jubilación e incapacidad permanente”- con exclusión de pensiones de vejez e invalidez, que, como las del SOVI, eran también contributivas, puede tener un impacto negativo superior sobre las mujeres.

Y la conclusión va a ser que mantener la doctrina tradicional en esta materia sería contraria a la discriminación indirecta por razón de sexo. No es posible dudar del mayor número de mujeres entre quienes integran el colectivo de pensionistas del SOVI, pues estadísticamente es incontestable la abrumadora feminización de las pensiones de vejez del SOVI. Por ello, la interpretación estricta y literal del art. 217.1.c) LGSS 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 solo la discriminación abierta, sino también toda forma de discriminación encubierta que, por la aplicación de otros criterios, lleve, de hecho, al mismo resultado. Y tal eliminación resulta aquí factible mediante la utilización de criterios interpretativos finalistas que, partiendo de la indudable concurrencia de la existencia de una pensión de características análogas (vejez/jubilación) y ganada por la contribución al sistema, abarque también a aquélla obtenida en un régimen precedente al actual.

Acto seguido, la Sala entra a examinar si ese impacto desfavorable puede hallar justificación en un objetivo legítimo; pero concluye que ningún elemento de los que puedan estar en juego en la controversia litigiosa apunta a una justificación razonable y nada se alega al respecto, de modo que no puede efectuar ningún juicio de ponderación sobre ello.

Por otro lado, conforme a la jurisprudencia del TJUE (asuntos Coleman y CHEZ Razpredelenie Bulgaria AD), la aplicación del principio de igualdad de trato y la interdicción de la discriminación no queda limitada únicamente a las personas en las que concurre la condición personal amparada, sino que la protección que del mismo se desprende debe ser aplicable también a quien sufra un trato desfavorable por el mismo motivo pese a no ser la persona sobre la que concurría la situación de discriminación (discriminación por asociación). Razona el Pleno que “Nos encontramos aquí ante un supuesto de discriminación refleja o transferida porque, a la conclusión anterior de que determinada interpretación de la norma pudiera derivar en una discriminación indirecta por excluir a un sistema de pensiones que, en la práctica, se caracteriza porque sus beneficiarias son mujeres, ha de añadirse que las consecuencias negativas son sufridas sobre quien resulta la beneficiaria por su conexión directa, aun cuando no sea la persona que sufre la discriminación inicial, sino una discriminación por asociación” (FJ 3.8). Y es que el impacto negativo de género se irradia a las beneficiarias de las posibles causantes, que también son mayoritariamente mujeres (FJ 3.9). El amparo de estas beneficiarias que irradia tal interpretación de la norma también tiene, por consiguiente, perspectiva de género, porque comparte el mismo impacto de género, ya que la mayoría de las cuidadoras que convivan con sus progenitores pensionistas del SOVI a su cargo y cuidado serán igualmente mujeres, tratándose por consiguiente de “un doble impacto de género, directo y diferido”²⁵.

En definitiva, y recapitulando la doctrina de esta importantísima sentencia, el TS estima, partiendo de la abrumadora feminización tanto de las pensiones SOVI como de las prestaciones en favor de familiares, que la aplicación literal de la norma puede tener un impacto negativo desproporcionado sobre el colectivo de las mujeres (discriminación indirecta) y, además, la interdicción de la discriminación no queda limitada únicamente a las personas en las que concurre la condición personal amparada, sino que la protección debe ser aplicable también a quien sufra un trato desfavorable por el mismo motivo pese a no ser la persona sobre la que recae directamente el trato de desfavor (discriminación por asociación o refleja). Se produce así un doble efecto discriminatorio indirecto de género (originario -causantes- y por asociación -beneficiarias-) que refuerza la necesidad de una interpretación jurídica de las normas en liza que no se limite a desentrañar, con arreglo a parámetros hermenéuticos clásicos, su genuino sentido, sino que, yendo

²⁵ RIVAS VALLEJO, P.: “Las beneficiarias de pensiones SOVI pueden causar prestaciones en favor de familiares”, *cit.*, p. 8.

más allá, integre el silencio legal -una laguna jurídica- desde la perspectiva de la igualdad de género²⁶.

2.3. Jubilación anticipada, período mínimo de carencia y Servicio Social Obligatorio de la Mujer

Otro ejemplo de aplicación de la perspectiva de género en la interpretación y aplicación de las normas en materia de Seguridad Social se encuentra en la *STS, 4ª, 115/2020, de 6 de febrero (rcud. 3801/2017)*, de la que es ponente la magistrada Segoviano Astaburuaga. La cuestión sobre la que se pronuncia esta sentencia es la relativa a si, a efectos de completar el periodo mínimo legalmente exigido para acceder a la jubilación anticipada, ha de tenerse en cuenta el tiempo de prestación del Servicio Social Obligatorio de la Mujer, aplicando lo establecido en el artículo 208.1 b), último párrafo de la LGSS, respecto al servicio militar obligatorio o prestación social sustitutoria de los hombres.

La sentencia refiere que el Decreto de 7 de octubre de 1937 creó el servicio social obligatorio de la mujer, aprobándose su Reglamento por Decreto de 28 de noviembre de 1937. Posteriormente, su régimen fue modificado por los Decretos de 31 mayo 1940 y 9 febrero 1944, sin que tales alteraciones afectaran sustancialmente a los principios en los que se inspiraba dicho Servicio Social. Asimismo, hay que considerar las órdenes ministeriales de 21 de noviembre de 1944 y de 26 de noviembre de 1946. El Servicio Obligatorio de la mujer fue suprimido por el RD 1914/1978, de 19 de mayo.

La Sala Cuarta sostiene que, a tenor de lo dispuesto en los arts. 4 y 15 de la LOIEMH, la interpretación de las normas ha de hacerse a favor del principio de igualdad de trato y de oportunidades, en tanto que principio informador del ordenamiento jurídico. Ha de aplicarse a tal efecto la ponderación que supone examinar cuál de las soluciones posibles hace más efectivo el principio de igualdad. En este precepto se reconoce explícitamente la función integradora del principio de igualdad de trato y de oportunidades; integración que ha producirse de acuerdo con lo previsto en el art. 1.4 del Código Civil: “Los principios generales del derecho se aplicarán en defecto de ley o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico”. Dicha 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 considerado²⁷. En nuestro ordenamiento es claro no hay norma alguna que considere como periodo cotizado, a efectos de alcanzar el periodo mínimo de cotización exigido para acceder a la jubilación parcial, el periodo de prestación del “Servicio Social de la Mujer”.

A partir del análisis de las normas aplicables, el TS concluye que el principio de integración de la dimensión de género vincula a todos los poderes del Estado - legislativo, ejecutivo y judicial-, y en concreto, que existe “la obligación de Jueces y Tribunales, como poder del Estado, de incorporar la perspectiva de género en el ejercicio de la potestad jurisdiccional atribuida por el artículo 117. 3 de la Constitución”. Teniendo en cuenta que, a tenor del art. 4 de la LOIEMH, el principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres es un principio informador del ordenamiento jurídico y ha de ser observado en la interpretación de las leyes, no cabe la interpretación del mismo de forma rígidamente literal, por las siguientes razones:

- Dicha interpretación literal conduciría a violar el principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en materia de Seguridad Social, proclamado en la normativa tanto europea como interna.

- El art. 208.1 LGSS reconoce, a los solos efectos de acreditar el periodo mínimo de cotización exigido para acceder a la jubilación anticipada, el periodo de prestación del servicio

²⁶ MOLINA NAVARRETE, C.: *La doctrina jurisprudencial por razón de género...*, cit., p. 434.

²⁷ LOUSADA AROCHENA, J.F.: “La integración de la perspectiva de género...”, cit., p. 50.

militar obligatorio o de la prestación social sustitutoria, con el límite máximo de un año. El servicio militar únicamente lo realizaban los hombres, luego se está reconociendo un periodo no cotizado, a efectos de acceder a la jubilación anticipada, únicamente a los varones.

- No cabe argüir que a las mujeres no se les podía reconocer dicho derecho ya que no realizaban el servicio militar, pues, siendo ello cierto, ocurre que a las mujeres se les exigía la realización del “Servicio Social de la Mujer” y, sin embargo, no se reconocía dicho periodo a efectos de acceder a la jubilación anticipada. En ambos casos, por tanto, la prestación del servicio era obligatoria, pero el legislador decidió computar únicamente el Servicio Militar obligatorio de los hombres para completar el periodo de cotización exigido en el art. 208.1.b) LGSS.

- La finalidad de ambas prestaciones era similar.

- En ninguna de las dos prestaciones existía obligación de cotizar a la Seguridad Social.

-Únicamente mediante la aplicación de la perspectiva de género en la interpretación y aplicación del precepto - art. 208.1 b), último párrafo, de la LGSS- 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.

-Dicha interpretación conduce a entender que el periodo de prestación del “Servicio Social de la mujer” ha 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.

En definitiva, la Sala Cuarta reconoce que en nuestro ordenamiento no hay norma alguna que considere cotizado el periodo de prestación del Servicio Social de la Mujer, a efectos de alcanzar el periodo mínimo de cotización exigido para acceder a la jubilación anticipada. Pero sostiene que la aprobación de la LOIEMH persigue la igualdad efectiva de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, y que el principio de igualdad de trato es un principio informador del ordenamiento jurídico que debe integrarse y observarse en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas. No se trata, por tanto, de favorecer a la mujer, sino de impartir justicia libre de estereotipos de género para poder conseguir la igualdad real y efectiva²⁸.

2.4. Calificación de las lesiones sufridas durante el parto

Otra sentencia que analiza la protección social desde la perspectiva de género es la STS, 4ª, 580/2020, de 2 de julio (rcud. 201/2018), cuyo ponente es el magistrado García-Perrote Escartín²⁹, que estima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto contra la STSJ de Castilla y León de 6 de noviembre de 2017. Reviste especial interés por ser la primera sentencia del TS en la que se conceptúan las lesiones producidas por una mujer trabajadora a consecuencia del parto como accidente no laboral. El resultado es que la trabajadora tendrá derecho a percibir una pensión más alta, al computarse como base reguladora de la pensión de incapacidad permanente absoluta reconocida por el INSS el resultado de dividir por veintiocho la suma de las veinticuatro mensualidades de cotización libremente elegidas por la beneficiaria dentro de los siete años

²⁸ GARCÍA ROMERO, B., “Cómputo del tiempo de prestación del Servicio Social de la mujer a efectos de completar la carencia necesaria para acceder a la jubilación anticipada, en aplicación del principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en materia de Seguridad Social”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, BOE, núm. 2/2020, p. 10.

²⁹ Un comentario de esta sentencia en ROJO TORRECILLA, E., “Juzgar con perspectiva de género. Consideración de accidente no laboral de las lesiones sufridas como consecuencia del parto. Notas a la importante sentencia del TS de 2 de julio de 2020”, en el blog del autor: *El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales*, 13 de julio de 2020, disponible en: www.eduardorjotorrecilla.es/2020/07/juzgar-con-perspectiva-de-genero.html (última consulta: 22 de junio de 2021).

inmediatamente anteriores al hecho causante, superior a la que resultaría de aplicar las reglas sobre determinación de la base reguladora en caso de enfermedad común.

Según los hechos probados de la sentencia de instancia, dictada por el Juzgado de lo Social núm. 3 de León el 28 de abril de 2017 y que desestimó la pretensión formulada, la trabajadora fue declarada afecta a una incapacidad permanente absoluta para todo trabajo, derivada de enfermedad común por Resolución del INSS de 1 de febrero de dicho año, como consecuencia de lesiones producidas con ocasión del parto. La discrepancia de la parte actora con la citada resolución se encontraba en cuál debía ser la base reguladora para el cálculo de la pensión, en cuanto que su tesis era que nos encontrábamos en presencia de un accidente laboral y no de una enfermedad común.

El recurso de suplicación se interpuso al amparo del art. 193 c) de la LRJS, con alegación de infracción de normativa y jurisprudencia aplicable. En concreto, se cuestionaba la correcta aplicación de la regulación del accidente no laboral, art. 158 de la LGSS, en relación con el art. 156 de la misma norma. Recordemos que el art. 158 dispone que: “1. Se considerará accidente no laboral el que, conforme a lo establecido en el artículo 156, no tenga el carácter de accidente de trabajo. 2. Se considerará que constituyen enfermedad común las alteraciones de la salud que no tengan la condición de accidentes de trabajo ni de enfermedades profesionales, conforme a lo dispuesto, respectivamente, en los apartados 2.e), f) y g) del artículo 156 y en el artículo 157”. Por su parte, el art. 156 de la LGSS regula el accidente de trabajo, conceptuándolo en el apartado 1 como “toda lesión corporal que el trabajador sufra con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecute por cuenta ajena”, concretando cuando tendrán tal consideración en los apartados 2, 3 y 5, y estableciendo excepciones en el apartado 4.

El Tribunal Superior de Justicia castellano-leonés estimó el recurso interpuesto por el INSS por considerar enfermedad común y no accidente no laboral la contingencia, al no apreciar la acción súbita externa que es propia del accidente. En cambio, la sentencia del TSJ de Cataluña, aportada como contraste en el recurso de casación para la unificación de doctrina, sostendrá que cuando el parto deja de ser natural para ser distócico, ocasionando en la madre unas lesiones que no son las propias que se generan tras un uso normal del instrumental que se emplea habitualmente para conseguir la expulsión natural del niño, “el proceso que sufre la madre, ni puede calificarse de maternidad, ni de enfermedad, es un auténtico accidente (...), pues no es normal sufrir este tipo de lesiones ni secuelas”.

El fundamento jurídico cuarto de la STS de 2 de julio de 2020 realiza un excelente análisis doctrinal del concepto de accidente no laboral, poniéndolo en relación con el mandato contenido en el art. 4 de la LOIEMH. La Sala recuerda en primer lugar cuál es el concepto de accidente no laboral, por una parte, y de enfermedad común por otra. Sigue estudiando el caso y manifiesta que ambas sentencias, recurrida y de contraste, coinciden en que durante el paro concurrió “un elemento súbito y violento que aconsejó recurrir a determinadas maniobras que acabaron produciendo las lesiones que se han relatado”. Ahora bien, la coincidencia se convierte en discrepancia cuando se examina si esas complicaciones pueden calificarse de “acción externa”, manifestándose de forma negativa la sentencia recurrida y de manera afirmativa la aportada de contraste.

El Tribunal Supremo va a estimar el recurso de casación interpuesto por la defensa de la trabajadora, alineándose certeramente con la tesis de la sentencia del TSJ catalán. Para ello esgrime los siguientes argumentos:

1º. Las serias lesiones producidas en el caso no responden a un deterioro físico progresivo (que es el concepto de enfermedad común), sino que son, más bien, resultado de una acción súbita y violenta (concepto de accidente no laboral), y ello sin necesidad de que concurra además negligencia o responsabilidad alguna.

2º. El embarazo y el parto no son, en sí mismos, ninguna enfermedad ni se pueden asimilar a otras intervenciones hospitalarias, recordándose ya la lejana reforma de la LGSS en 1994 que creó

la protección específica por maternidad y la desligó a todos los efectos de la de Incapacidad Temporal.

3º. El embarazo y el parto son elementos diferenciales que por, razones obvias, inciden de forma exclusiva sobre las mujeres. En consecuencia, se trata de un ámbito en que las normas han de interpretarse con perspectiva de género, pues solo las mujeres pueden encontrarse en una situación que no tiene parangón con ningún otro tipo de circunstancia en la que se acuda a la atención sanitaria.

Inmediatamente a continuación, el TS subraya que la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres debe ser guía en la aplicación de la normativa, y también inspirar la actuación de todos los poderes públicos, trayendo a colación los arts. 4 y 15 de la LOIEMH. Su concreción en sede jurisprudencial se ha manifestado en diversas sentencias, recordándose que, a partir de la STS/4ª/Pleno, de 21 de diciembre de 2009 (rcud 201/2009), la Sala Cuarta ha procedido a aplicar este criterio de interpretación de la perspectiva de género, expresamente, en las siguientes sentencias: STS 864/2018, 26 de septiembre de 2018 (rcud. 1352/2017), STS 778/2019, 13 de noviembre de 2019 (rec. 75/2018), STS 815/2019, 3 de diciembre de 2019 (rec. 141/2018, Pleno), STS 79/2020, 29 de enero de 2020 (rcud. 3097/2017, Pleno) y STS 115/2020, 6 de febrero de 2020 (rcud. 3801/2017).

Con enfoque certero argumenta la Sala Cuarta que lo sucedido en el parto de la recurrente difícilmente encaja en el concepto de enfermedad, ajustándose con mayor naturalidad al concepto de accidente. Si se quiere decir así, es más forzado considerarlo enfermedad común que accidente no laboral. Pero, por si la expresión de acción «externa» pudiera generar alguna duda, como lo ocurrido a la recurrente en el parto solo le pudo suceder por su condición de mujer, la perspectiva de género proclamada por el art. 4 de la LOIEMH refuerza la interpretación de que el hecho debe considerarse accidente no laboral y no enfermedad común. De ahí que la utilización de parámetros neutros, como los que propone la Entidad Gestora, conduzca a un resultado contrario con el principio de igualdad efectiva que nuestro ordenamiento consagra.

2.5. Derecho a la pensión de viudedad de parejas de hecho de la mujer que, por razón de violencia de género, no estaba ya unida ni convivía con el causante en el momento de su fallecimiento, cumpliendo los restantes requisitos legalmente exigidos

La integración de la perspectiva de género por la Sala Cuarta del Tribunal Supremo en el enjuiciamiento de cuestiones referidas al Derecho de la Seguridad ha recibido un tratamiento potente y muy certero en la STS, 4ª, 908/2020, de 14 de octubre (rcud. 2753/2018), de la que sido ponente el magistrado García-Perrote Escartín. En esta resolución se valora el caso de una mujer que solicita en 2012 la pensión de viudedad por fallecimiento de quien había sido su pareja de hecho, siéndole denegada por el INSS por incumplirse el requisito de existencia de pareja de hecho y el de convivencia *more uxorio* en el momento del fallecimiento. Quedó acreditado en sede judicial que el motivo de la ruptura de la convivencia fue la situación de violencia de género que la solicitante sufría a manos de su pareja.

La sentencia de suplicación reconoce el derecho a la pensión de viudedad de la demandante porque entiende que debe aplicarse por analogía a las parejas de hecho la previsión contenida en el artículo 174.2 de la LGSS/1994 (actual art. 220.1 TRLGSS) sobre las mujeres víctimas de violencia de género en el momento de la separación judicial o el divorcio. La sentencia de suplicación se remite y reproduce la anterior sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 27 de octubre de 2015 (rec. 4238/2015), que interpreta las previsiones de la legislación de Seguridad Social de conformidad con la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección Integral contra la violencia de género (LOPIVG), para concluir que la pensión de viudedad que se reconoce a las mujeres casadas o divorciadas que hayan sido víctimas de malos tratos debe reconocerse igualmente a las parejas de hecho, en un supuesto en que la convivencia se hizo imposible por causa de la violencia de género.

La cuestión a elucidar es si la demandante que, por razón de violencia de género, no estaba ya unida ni convivía con el causante en el momento de su fallecimiento, tiene derecho o no a la pensión de viudedad de parejas de hecho. No se discute que aquella cumplía con los restantes requisitos legalmente exigidos para tener derecho a la pensión.

Recuerda el TS que el art. 174.3 de la LGSS/94 (actual art. 221 TRLGSS) establece que para acceder a la pensión de viudedad en las parejas de hecho se requiere una convivencia estable y notoria con carácter inmediato al fallecimiento del causante y con una duración ininterrumpida no inferior a 5 años. Exigencia que responde a la necesidad de que quede demostrada la realidad y existencia de la unión de hecho, realidad que acredita la convivencia común.

La interpretación con perspectiva de género conduce al Tribunal Supremo a argumentar, “de forma valiente y acertada”³⁰, que, si bien la exigencia de convivencia estable responde a la necesidad de que quede demostrada la realidad y existencia de la unión de hecho, “esta lógica necesidad de que exista, con carácter general, una convivencia entre los componentes de la unión de hecho, no es razonable que se exija en los casos de violencia de género sufrida por la mujer integrante de esa unión de hecho” (FJ 3.3). Con aplastante sentido común razona la Sala casacional que “en estos supuestos en que el otro integrante de la pareja de hecho ejerce la violencia de género contra la mujer con la que convive, la protección de esta mujer lo que precisamente exige es, entre otras muchas cosas, que cese la convivencia con vistas a impedir que siga sufriendo una situación de violencia”. En estas circunstancias, “la convivencia no solo es imposible e indeseable, sino que ha de evitarse a toda costa, por lo que, si se exige y se impone como requisito, no se alcanzaría la finalidad primordial y principal de proteger a la víctima de la violencia de género”; convivencia que, además, “se rompe, no exactamente por la libre voluntad de la mujer que forma parte de la unión de hecho, sino porque la violencia ejercida sobre esta última hace imposible la convivencia” (FJ 3.3).

No puede pasar desapercibido que la LOPIVG protege a las mujeres de la violencia proveniente no solo de sus cónyuges, sino también “de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia”. Así las cosas, “no es razonable entender que la voluntad de la ley sea la exigir la convivencia en el momento del fallecimiento del causante para acceder a la pensión incluso en el supuesto de que la convivencia haya tenido que cesar con anterioridad por la existencia de violencia de género”.

También razona, nuevamente con acierto, la Sala Cuarta que los déficits de protección en materia de violencia de género se han ido subsanando por el legislador de modo paulatino, a medida que tales déficits se han detectado y manifestado, prueba de lo cual es el tratamiento de la violencia de género en la regulación de la pensión de viudedad en los supuestos de separación y divorcio que se hizo por el apartado décimo de la disposición final tercera de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2010, que exoneró del requisito de ser acreedoras de pensión compensatoria a las mujeres que eran víctimas de violencia de género en el momento de la separación o el divorcio (en el caso ahora examinado, pese a la existencia de un descendiente en común, la mujer también había renunciado a la pensión compensatoria).

Con base en estas previsiones, se considera que la aplicación analógica de los referidos preceptos al supuesto de la pensión de viudedad de parejas de hecho (art. 174.3 LGSS/1994, art. 221 TRLGSS) es una medida “plausible y persuasiva” (FJ 3.5). “En primer lugar, porque la concurrencia de violencia de género debe eximir del cumplimiento de determinados requisitos que, no solo carecen de sentido cuando existe aquella violencia (en nuestro caso, la exigencia de la convivencia en el momento del fallecimiento a pesar de que la convivencia haya debido y tenido que cesar por la violencia ejercida contra la mujer), sino que exigir esa convivencia en tales circunstancias de violencia es radicalmente incompatible con la protección de la mujer víctima de

³⁰ RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, S.: “La perspectiva de género en la aplicación e interpretación de las normas...”, *cit.*, p. 10/20.

malos tratos (...). Y, en segundo lugar y, sobre todo, porque si las mujeres separadas y divorciadas víctimas de violencia de género pueden acceder a la pensión de viudedad, lo mismo debe poder suceder con las mujeres que forman uniones de hecho y que son igualmente víctimas de violencia de género.”

No se escapa a la consideración de la Sala Cuarta que la regulación legal en materia de pensiones de viudedad de las uniones matrimoniales y de las uniones no matrimoniales “no tiene por qué ser necesariamente la misma”, como, por otra parte, ha refrendado el Tribunal Constitucional; ahora bien, “una cosa es lo anterior y otra, bien distinta, que, una vez que se ha reconocido la pensión de viudedad para las parejas de hecho, se imponga a estas últimas uniones, también cuando haya habido violencia de género, el cumplimiento de un requisito (el de mantener la convivencia incluso en tales circunstancias) que no se exige en los casos de separación o divorcio”. Y añade: “Hay que descartar una interpretación que provoca tan inaceptables consecuencias y optar por entender que, en caso de que la convivencia haya tenido que cesar por la existencia de violencia de género y si se cumplen el resto de los requisitos, esa ausencia de convivencia no puede ser un obstáculo infranqueable para que la mujer víctima de esa violencia pueda acceder a la pensión de viudedad de parejas de hecho” (FJ 5.5).

Por último, el TS recuerda que la LOIEMH (arts. 4 y 15) dispone que el principio de igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres informará, con carácter transversal, la actuación de todos los poderes públicos; lo que ha supuesto que la doctrina del TS haya procedido a aplicar el criterio de interpretación de la perspectiva de género. Esta perspectiva conduce a interpretar el art. 174.3 LGSS/1994 en el sentido de que, si cumple todos los demás requisitos, la mujer que, por razón de violencia de género, no estaba ya unida ni convivía con el causante en el momento de su fallecimiento, tiene derecho a la pensión de viudedad de parejas de hecho (FJ 3.6), ya que la protección de esta mujer lo que precisamente exige es, entre otras muchas cosas, que cese la convivencia con su maltratador.

La STS 908/2020 constituye un loable exponente de cobertura de lagunas axiológicas donde la Sala Cuarta del TS ha invocado la LOIEMH y la LO contra la Violencia de Género para evitar determinados efectos perversos de normas jurídicas que no han contemplado de manera adecuada las situaciones de violencia de género. Aunque lo deseable sería, en aras de la seguridad jurídica, una modificación del régimen jurídico de la pensión de viudedad de las parejas de hecho que integre este criterio jurisprudencial en el TRLGSS, en el plano administrativo es un hecho ya asumido -y así lo viene aplicando el INSS- que las viudas de parejas de hecho víctimas de violencia de género tienen derecho al cobro de la pensión de viudedad de la Seguridad Social, aunque en el momento del fallecimiento ya hubiera cesado la convivencia por la existencia de malos tratos.

2.6. Protección del riesgo durante la lactancia natural y distribución de la carga de la prueba en clave de género

La lactancia natural es una realidad biológica que reclama tutela desde la óptima de la salud laboral de la mujer trabajadora y desde el principio de igualdad y no discriminación en el ámbito de las relaciones laborales, de modo que no suponga un obstáculo para las mujeres en el desarrollo de sus carreras profesionales, y todo ello sin perder de vista el interés del menor. Varios son los factores que pueden dificultar la compatibilidad de la actividad laboral con la crianza natural del hijo: el horario de trabajo y su distribución en el tiempo puede alterar las tomas regulares e incluso impedir las; el lugar de trabajo puede dificultar la extracción de la leche materna y su conservación para su posterior ingesta por el bebé; asimismo, el proceso de trabajo puede implicar contaminación de la leche materna por exposición de la madre a agentes nocivos y tóxicos que posteriormente serán ingeridos por el/la lactante³¹.

³¹ ROMERAL HERNÁNDEZ, J., “El riesgo durante la lactancia natural: prevención y protección social”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 217, 2019, p. 30.

Conforme a lo estipulado en art. 45.1.e) del ET, el contrato de trabajo se puede suspender por riesgo durante la lactancia natural de un menor de nueve meses en los términos previstos en el artículo 26 LPRL, esto es, cuando la evaluación de los riesgos a que se refiere el artículo 16 de esa norma revele que las condiciones de trabajo de la trabajadora durante la lactancia pueden influir negativamente en la salud de la mujer o del niño/a, a la vista de la naturaleza, el grado y la exposición a agentes, procedimientos o condiciones de trabajo, y siempre que no sea posible evitar la exposición a ese riesgo mediante la adaptación de las condiciones de trabajo ni mediante el traslado de la trabajadora a un puesto compatible con su situación, o no pueda razonablemente exigirse dicho cambio.

Se trata de una situación protegida cuya complejidad se pone de relieve porque la misma no responde solo a una decisión sobre la existencia del riesgo, sino que depende también de actuaciones empresariales en orden a la adecuación del puesto de trabajo o al traslado a un puesto de trabajo compatible con la situación de la trabajadora en período de lactancia; medidas que de no adoptarse, siendo posibles y procedentes, plantearían el problema de la eventual responsabilidad de la empresa por esta omisión, pues el derecho de la trabajadora a no sufrir la situación de riesgo no debería verse perjudicado por la resistencia empresarial a la adaptación o la movilidad, de la misma forma que la entidad gestora o colaboradora tampoco tendría que soportar -al margen de la procedencia, en su caso, del anticipo de la prestación- el coste de una prestación que no se habría causado si la empresa hubiera cumplido sus obligaciones preventivas. Por tanto, para que proceda el reconocimiento de la prestación han de cumplirse los tres requisitos normativamente previstos de manera sucesiva, esto es: 1) la identificación de riesgos específicos para la trabajadora en situación de riesgo durante la lactancia; 2) la imposibilidad de adaptación de las condiciones del puesto específico; y 3) la imposibilidad de cambio de la trabajadora a un puesto diferente (incluso fuera de su grupo profesional, según admite el art. 26.2 LPRL) que no tenga esos riesgos o presente niveles de riesgo tolerables y controlados³².

Estamos ante una prestación con evidente impacto de género, pues se trata de una situación de necesidad protegible exclusiva de las madres trabajadoras. Ello determina la necesidad extremar las cautelas interpretativas en cumplimiento del principio de diligencia debida vinculante para los poderes públicos (incluido el judicial), evitando incurrir en discriminación directa a través de una interpretación restrictiva que dificulte el acceso de las mujeres a la justicia (Recomendación nº 33 del Comité de la CEDAW)³³.

Lo cierto es, sin embargo, que la perspectiva de género no fue considerada en una primera serie de decisiones de la Sala Cuarta del TS, que hicieron recaer sobre la trabajadora la carga de la prueba sobre la existencia del riesgo, incluso en supuestos en los que la empresa no había realizado una diligente evaluación de riesgos en el puesto de trabajo desempeñado por la trabajadora que tuviera en cuenta el riesgo para la madre y el niño o la niña durante la lactancia. En dichas sentencias se analizaba la particularidad que pudiera representar la evaluación de riesgos en relación a la lactancia natural, señalando que tal evaluación debía de ser específica y debía alcanzar la determinación de la naturaleza, grado, y duración de la exposición, para concluir que no se acreditaba el riesgo en un supuesto en que en los informes aportados no contenían elementos concretos que pudieran conducir al conocimiento de los riesgos en cuestión³⁴.

Por tanto, ante la inexistencia de una específica evaluación de los riesgos desde la perspectiva de la incidencia de las condiciones del trabajo en la lactancia natural, el TS concluía que era la solicitante la que debía desvirtuar las causas de denegación de la prestación. Sin embargo, esta

³² STS de 17 marzo 2011, rcud. 1864/2010.

³³ STSJ Canarias (Las Palmas de Gran Canaria), de 17 de diciembre de 2019 (rcud. 860/2019).

³⁴ SSTs de 17 marzo 2011 (3) -rcud. 1864/2010, rcud. 1865/2010 y rcud. 2448/2010-, 18 marzo 2011 (4) -rcud. 1290/2010, rcud. 1863/2010, rcud. 1966/2010 y rcud. 2257/2010-, 3 mayo 2011 -rcud. 2707/2010-, 22 noviembre 2011 -rcud. 306/2011- y 25 enero 2012 -rcud. 4541/2010-, todas ellas respecto a situaciones análogas, cuya doctrina reprodujo posteriormente la STS de 23 enero 2012 -rcud. 1706/2011-.

doctrina sobre la incidencia de la inexistencia de una evaluación de riesgos específica, que tenga en cuenta la repercusión de las condiciones de trabajo sobre la lactancia natural, respecto a la distribución de la carga probatoria, fue revisada tras conocerse la STJUE de 19 octubre 2017, C-531/15, asunto Otero Ramos. En ella, el Tribunal de Luxemburgo sostiene que procede la inversión de la carga de la prueba cuando la evaluación de riesgos no se hubiese llevado a cabo con arreglo a lo dispuesto en el 4.1 de la Directiva 92/85. Dicho precepto impone al empresario el deber de determinar, directamente o por medio de los servicios de prevención, “la naturaleza, el grado y duración de la exposición en las empresa o establecimientos de que se trate, de las trabajadoras a que se refiere el artículo 2 (en periodo de lactancia, para el caso)”. Ello exige un examen específico de la situación de la trabajadora que tenga en cuenta su situación individual para determinar si su salud o la de su hijo están expuestas a un riesgo. De ahí que, cuando los riesgos que presenta un puesto de trabajo de una trabajadora en periodo de lactancia no han sido evaluados con arreglo a lo dispuesto en el citado art. 4 de la Directiva, se priva a la afectada y a su hijo de la protección que debería otorgársele. Por tanto, no se puede tratar del mismo modo a una trabajadora en periodo de lactancia que a cualquier otro trabajador. Esa falta en la evaluación del riesgo supone, para el Tribunal de la Unión, un trato menos favorable a una mujer, vinculado a la lactancia, y constituye una *discriminación directa por razón de sexo*, en el sentido del art. 2.2.c) de la Directiva 2006/54/CE, 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.

Según la STS, 4ª, del Pleno, de 26 junio de 2018 (rcud. 1398/2016), de esta jurisprudencia comunitaria se desprende que, en aquellos supuestos en que la evaluación de riesgos no perfile de modo específico la incidencia de los riesgos del puesto de trabajo durante el periodo de lactancia, resultaría contrario al derecho a la igualdad y no discriminación de la trabajadora que se negara a esta la posibilidad de acreditar que los riesgos sí constatados con carácter general pueden tener una incidencia específica durante el periodo de lactancia. Bastará para ello a la trabajadora con acreditar que la evaluación de riesgos no se acomodaba a aquellas premisas esenciales. En el asunto conocido por esta sentencia, la solicitud de prestación por riesgo durante la lactancia natural procede de una ATS-DUE que presta servicios en la Unidad de Asistencia Domiciliaria Rural de un Servicio autonómico de urgencias médicas, durante 120 días al año, en turnos de 17 y 24 horas, realizando tareas de asistencia sanitaria en domicilio y, excepcionalmente, en vía pública en las situaciones de urgencia y emergencia que así lo requieran. La evaluación de riesgos recoge todos aquellos que concurren en el puesto de la actora; pero no hace particular mención ni precisión sobre la afectación de las condiciones del puesto sobre la eventual situación de lactancia de la trabajadora. En tales circunstancias, y teniendo presente la doctrina Otero Ramos, el TS considera que no cabe sostener que la pretensión de la actora esté huérfana de prueba sobre la existencia de riesgos específicos; por el contrario, basta la lectura de la propia evaluación de riesgos para deducir la concurrencia de circunstancias que, aceptada su incidencia sobre cualquier trabajador, tienen particular repercusión en el caso de la mujer en periodo de lactancia y, frente a tal apreciación que cabe hacer sin necesidad de especiales conocimientos técnicos -así, por ejemplo, respecto del riesgo de contagio por contacto con fluidos humanos diversos-, habrá de ser la parte que niega la existencia de la situación de riesgo durante la lactancia la que haya de desarrollar la actividad probatoria en contrario. Precisamente, la STJUE dictada en el Asunto Otero Ramos añade que esta misma distribución del gravamen probatorio habrá que aplicarla en relación con la existencia o inexistencia de puesto adaptable, y que las mismas reglas de prueba se aplican en el marco del art. 5 de la Directiva 92/85. Por tanto, en la medida en que una trabajadora en periodo de lactancia solicita una dispensa del trabajo durante todo el periodo necesario para la protección de su seguridad o de su salud, y presenta elementos de prueba que permitan indicar que las medidas de protección previstas en los apartados 1 y 2 del art. 5 de la Directiva 92/85 -es decir, la adaptación de las condiciones de trabajo de la trabajadora afectada o el cambio de puesto- no eran factibles, incumbe al empresario acreditar que estas medidas eran técnica u objetivamente posibles y podían exigirse razonablemente. Argumenta, por último, la Sala Cuarta que esta aproximación a la distribución de la carga de la

prueba “resulta acorde con la imprescindible vinculación entre las obligaciones de protección de la seguridad y salud de la trabajadora y el respeto al principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres; y no sólo en el plano del Derecho de la Unión, puesto que resulta también más ajustada al cumplimiento de lo dispuesto en los arts. 4 y 15 LOIMH, en tanto permite la consecución de la efectividad del principio de igualdad de oportunidades que informa el ordenamiento jurídico español”. Por ello, concluye la STS de 26 junio 2018 (cit.) que “frente a la justificación de la denegación de la prestación por parte de la Entidad Gestora basada exclusivamente en no considerar el trabajo de la actora una actividad de riesgo, la constatación del listado de riesgos comunes de dicha actividad basta, en un caso como el presente, para sostener que ninguna duda cabe del efecto que algunos de ellos tiene sobre la lactancia materna -recuérdese que se identificaba como riesgo “la exposición a agentes químicos y biológicos”-, sin que la falta de precisa evaluación de tal eventualidad pueda situar a la trabajadora en una posición de exclusión del acceso a la protección”³⁵.

3. ASUNTOS SOBRE SEGURIDAD SOCIAL EN LOS QUE LA SALA CUARTA HA PRESCINDIDO DEL ENFOQUE DE GÉNERO, CON DISPAR DESENLAZAMIENTO PARA LOS/LAS JUSTICIABLES

Aunque se han producido notables avances en la integración de la perspectiva de género en el proceso de enjuiciamiento que realiza la Sala Cuarta para la decisión de asuntos sometidos a su escrutinio, también se constata que hay materias con notorio impacto de género en las que la Sala, seguramente por considerarlo innecesario, ha prescindido de dicho enfoque. Es cierto que en varios de esos asuntos la pretensión ha sido finalmente estimada, aunque sea a partir de fundamentos legales ajenos a la lógica del derecho antidiscriminatorio de género y recurriendo a criterios hermenéuticos tradicionales. Pero también hay casos en los que la decisión de prescindir del análisis con perspectiva de género en la concreción de los hechos y en la interpretación de las normas, quizás por considerarlo una mera opción hermenéutica del órgano judicial, tiene implicaciones graves que se traducen en pérdida de derechos laborales y sociales de las mujeres³⁶.

Entre los supuestos en los que la Sala Cuarta ha abrazado una solución enervante de discriminación indirecta para las mujeres, sin invocar explícitamente la perspectiva de género como canon de enjuiciamiento (que habría sido conveniente aplicar, aunque solo fuera como criterio hermenéutico de refuerzo), pueden citarse los siguientes (todos ellos referenciados al ámbito de la protección social):

-La caracterización como enfermedad profesional de dolencias ocurridas en profesiones tradicionalmente femeninas, llamativa y bochornosamente silenciadas en el catálogo de enfermedades profesionales³⁷. Así ha ocurrido en relación con el síndrome de túnel carpiano padecido por una profesional de la limpieza³⁸ y, más recientemente, por una camarera de pisos³⁹; con el síndrome subacromial derecho sufrido por una profesional de peluquería⁴⁰; o con la epicondilitis padecida por una gerocultora⁴¹. La discusión se centraba en determinar si estas dolencias constituían enfermedad profesional a pesar de no estar incluidas las profesiones de las trabajadoras que las sufren (peluquera, limpiadora... y tantas otras) en el listado reglamentario. El

³⁵ Confirmando esta doctrina, SSTs, 4ª, de 11 de julio de 2018 (rcud. 396/2017); tres de 24 de enero de 2019 (rcud. 2037/2019, rcud. 3529/2017 y rcud. 4164/2017); 6 de febrero de 2019 (rcud. 4016/2017); 26 de marzo de 2019 (rcud. 2170/2018); 4 de diciembre de 2019 (rcud. 2343/2017) y 27 de enero de 2021 (rcud. 3263/2018).

³⁶ RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, S.: “La perspectiva de género en la aplicación e interpretación de las normas...”, *cit.*, p. 12/20.

³⁷ El cuadro de enfermedades profesionales se contiene actualmente en el RD 1299/2006, de 10 de noviembre, cuadro que se clasifica en seis Grupos, organizados por agentes, subagentes, actividades, códigos y enfermedades profesionales, con la relación de las principales actividades capaces de producir las.

³⁸ STS de 5 de noviembre de 2014 (rcud. 1515/2013).

³⁹ STS de 11 de febrero de 2020 (rcud. 3395/2017).

⁴⁰ STS de 18 de mayo de 2015 (rcud. 1643/2014).

⁴¹ STS de 13 de noviembre de 2019 (rcud. 3482/2017).

TS resuelve la cuestión apelando al carácter meramente enunciativo, no *numerus clausus*, de las actividades y profesiones mencionadas en el anexo del RD 1299/2006, y a la constatación de que concurre en las profesiones ejercidas por las demandantes la exposición al agente físico (posturas forzadas, movimientos repetitivos...) del que dimana la correspondiente enfermedad profesional. Esta conclusión y el argumento que la soporta son acertados, pero la fundamentación jurídica habría sido más completa si la Sala hubiera efectuado una reflexión en clave de género (presente, por cierto, en la doctrina judicial)⁴², que hubiera tomado en consideración un hecho tan significativo como que las profesiones que el reglamento incorpora, a título ejemplificativo ciertamente, son desempeñadas mayoritariamente por hombres y que su denominación figura solo en masculino, lo que demuestra la infravaloración del propio legislador hacia profesiones que son desempeñadas de forma mayoritaria o casi exclusiva por mujeres, pese a estar expuestas a un mismo grupo de riesgo y sufrir las mismas dolencias. En este sentido, resulta patente que el actual listado de enfermedades profesionales no cumple con el principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, situación que debería corregirse a la mayor brevedad por el legislador, el cual no debería escudarse en la labor interpretativa desarrollada por el TS para suplir esta carencia (bien que hasta la fecha haya desaprovechado la oportunidad de hacer una lectura del tema en clave de género)⁴³.

-La flexibilización de los requisitos legalmente exigidos para tener acceso a las prestaciones por muerte y supervivencia (de las que son beneficiarias mayoritariamente las mujeres) en determinadas situaciones y circunstancias. Así, la Sala Cuarta ha interpretado, desmarcándose de la interpretación literal y rigorista mantenida desde su sentencia de 14 febrero 2012, que, en el supuesto de pensiones en favor de excónyuges, la exigencia legal de estar percibiendo una pensión compensatoria con cargo al sujeto causante en la fecha del fallecimiento debe someterse a una interpretación teleológica o finalista, acudiendo a la verdadera naturaleza de la pensión fijada a cargo del sujeto causante, al margen de la denominación que le hayan otorgado las partes (de alimentos, contribución a las cargas del matrimonio...); lo relevante es el requisito de dependencia económica respecto del fallecido en el momento de producirse el óbito⁴⁴. Asimismo, se ha reconocido el derecho a obtener pensión de viudedad de la mujer separada o divorciada, que renunció a la pensión compensatoria por ser víctima de maltrato, aunque el fallecimiento del ex cónyuge hubiera ocurrido antes del 1 de enero de 2010, fecha en que entró en vigor la reforma operada en el párr. 1º del art. 174.2 de la LGSS/1994 por la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2010, que eliminó el requisito de la pensión compensatoria en las situaciones de ruptura matrimonial mediando violencia machista⁴⁵. La interpretación *pro muliere* comprensiva de las especiales dificultades que atraviesan las mujeres víctimas de violencia machista (cuya actuación debe valorarse en ese contexto de violencia y de sometimiento) y favorecedora de su derecho a la igualdad, ha llevado a la Sala Cuarta a mantener que la acreditación de la condición de víctima de violencia de género al tiempo de la separación puede realizarse por medios prueba distintos de los expresamente señalados en la Ley, aunque sea por remisión a

⁴² Reseñables son las SSTSJ Galicia de 11 de marzo de 2016, rec. 385/2015, y 14 de octubre de 2016, rec. 1513/2016, las cuales consideran que la tendinitis de hombro padecida por una trabajadora empleada en los sectores textil y congelados de pescado, respectivamente, debe presumirse tan enfermedad profesional, aunque no aparezca incluida en el listado reglamentario, como la que pueden padecer los pintores, escayolistas o montadores de estructuras (profesiones masculinizadas), que sí se enuncian en el cuadro de enfermedades profesionales, pues lo contrario supondría una discriminación indirecta para las mujeres.

⁴³ ARENAS GÓMEZ, M.: "Enfermedad profesional y cuestión de género. ¿Cumple el Real Decreto 1299/2006 con el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres? Al hilo de la doctrina del Tribunal Supremo sobre enfermedades profesionales causadas por mujeres", *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, núms. 449-450, agosto-septiembre 2020, p. 123.

⁴⁴ STS, dictadas por el Pleno, de 29 de enero de 2014 (rcud. 743/2013) y 30 de enero de 2014 (rcud. 991/2012), seguidas, entre otras muchas, por SSTs de 17 febrero 2014 (rcud. 1822/2013); 3 de febrero de 2015 (rcud. 3187/2103); 23 febrero 2016 (rcud. 231172014); 11 marzo 2020 (rcud. 3567/2017); 14 de octubre de 2020 (rcud. 3186/2018) y 14 abril 2021 (rcud. 4997/2018).

⁴⁵ SSTs de 21 de octubre de 2010 (rcud. 1245/2010), 26 enero 2011 (rcud. 4587/2009); 30 mayo 2011 (rcud. 2598/2010) y 13 de julio de 2011 (rcud. 3040/2010).

actuaciones judiciales obrantes en autos que permiten concluir la situación de maltrato tras ponderar todas las circunstancias que los hechos probados albergan⁴⁶. La misma orientación humanista y flexibilizadora se constata en la aceptación jurisprudencial de cualquier medio de prueba válido en Derecho para acreditar el requisito de convivencia estable y notoria que la legislación de Seguridad Social exige a las parejas de hecho para acceder a la pensión de viudedad, y no únicamente a través del certificado de empadronamiento que prevé la norma⁴⁷. O que lo relevante para que el excónyuge supérstite tenga derecho a la pensión de viudedad es tener reconocida la pensión compensatoria, no siendo necesario que la esté percibiendo efectivamente en el momento del fallecimiento del causante, sin que su falta de reclamación extinga la pensión ni suponga renuncia a la misma⁴⁸. Asimismo, son mujeres las que mayoritariamente se beneficiarán con el criterio jurisprudencial de que los días cuota por gratificaciones extraordinarias sí computan a efectos de completar el período carencial mínimo de quinientos días necesario para tener derecho a pensión de viudedad⁴⁹. En todos estos casos, aunque el requisito legal cuyo alcance se interpreta es exigible tanto a mujeres como a hombres, es indiscutible que de haberse mantenido una interpretación estricta, apegada a la literalidad de las normas y con aplicación de criterios clásicos, las que habrían resultado perjudicadas en mayor porcentaje son las mujeres, y no solo por ser las que en mayor volumen solicitan y perciben pensión de viudedad, sino porque hay elementos integrantes del supuesto delimitado por la norma, como el percibo de una pensión compensatoria tras la ruptura matrimonial o la violencia de género, que afectan de forma mayoritaria (la pensión compensatoria) o exclusiva (el concepto legal de violencia de género) a las mujeres.

-La situación de violencia de género también ha sido considerada para flexibilizar los requisitos de acceso a determinadas ayudas del sistema de protección por desempleo, concretamente al Programa de Renta Activa de Inserción. A este respecto, la Sala Cuarta del TS ha establecido que, para acreditar la condición de víctima de violencia de género y acceder a la renta de inserción prevista para este colectivo, es suficiente la resolución judicial que adopta medidas cautelares de alejamiento, a pesar de no haber obtenido orden de protección integral⁵⁰. La Sala considera que no son aplicables los sistemas de acreditación previstos en el art. 23 de la LO 1/2004 (orden de protección a favor de la víctima y, excepcionalmente, informe del Ministerio Fiscal que recoja la existencia de indicios), por hacer referencia dicho precepto a unos derechos laborales y de Seguridad Social entre los que no se incluye la RAI, debiendo estarse a la regulación específica de este programa de inserción laboral, que exige la acreditación de la condición de víctima de violencia de género o doméstica por la Administración competente [art. 2.2.c) del RD 1369/2006], sin que tal acreditación deba hacerse necesariamente mediante “la orden de protección” prevista en la LO 1/2004 de 28 de diciembre.

-El canon interpretativo de equidad de género tampoco logró imponerse en la STS, 4ª, de 7 de diciembre de 2010 (rcud. 77/2010) de la que fue ponente el magistrado Gilolmo López. Replicando la doctrina contenida en una previa STS de 4 de octubre de 2010, el TS sostendrá que la falta de sustitución del trabajador relevista que accede a la situación de excedencia por cuidado de hijo determina que la empresa deba reintegrar la pensión de jubilación percibida por el jubilado parcial durante el tiempo de ausencia del relevista y durante el que no se cotizó por él. En este caso, el contrato de relevo del relevista sustituto tendrá un carácter de interinidad, derivado de que su duración dependerá del reingreso del primer relevista sustituido, que no desvirtúa el objeto y finalidad del contrato de relevo. Si se trae a la cita esta sentencia es porque la misma incluye un voto particular formulado por la magistrada Arastey Sahún, quien considera que la situación de excedencia del relevista, cuando tiene por causa el cuidado de un hijo, no supone una merma en el

⁴⁶ STS de 20 enero 2016 (rcud. 3106/2014).

⁴⁷ Entre muchas, SSTS de 25 mayo 2010 (rcud. 2969/2009) y 26 septiembre 2011 (rcud. 3702/2010).

⁴⁸ SSTS de 18 de septiembre de 2013 (rcud. 2985/2012) y 1 de abril de 2014 (rcud. 64/2013).

⁴⁹ STS de 22 de septiembre de 2020 (rcud. 2429/2018).

⁵⁰ STS de 2 octubre 2013 (rcud. 3123/2012).

volumen de empleo -dado que se mantiene el derecho a la reserva del puesto por el excedente- y, por ello, no cabe entender que se esté contraviniendo la finalidad de la norma sobre jubilación parcial. A lo anterior añade un argumento relativo a la perspectiva de género (ausente en la reflexión de la sentencia mayoritaria), aduciendo que, dado que la excedencia por cuidado de hijos es abrumadoramente utilizada por las trabajadoras, el establecimiento de la obligación para las empresas de sustituir a los relevistas que se acojan a una excedencia de este tipo podría actuar disuasoriamente a la hora de contratar a trabajadoras relevistas a favor de la contratación de trabajadores masculinos. Y, en todo caso, cualquiera que sea sexo del relevista que se sitúe en situación de excedencia por cuidado de hijo, con la interpretación por la que se decanta mayoritariamente la Sala Cuarta se estaría dificultando la asunción de la corresponsabilidad familiar.

-Teniendo como referencia el tratamiento dado a los días asimilados por parto en el extinto SOVI, resulta decepcionante el enfoque tradicional con el que la STS, 4ª, 6341/2011, de 18 de julio (rcud. 3970/2010), de la que fue ponente el magistrado Desdentado Bonete, vuelve a encarar la solución de otro problema que afecta a ese extinto régimen, concretamente, si tras la redacción dada a la Disposición Transitoria 7ª de la LGSS/1994 por la Ley 9/2005 de 6 de junio, cabe interpretar que la extensión del principio de compatibilidad que se establece en beneficio de las pensiones de viudedad es predicable de las pensiones de viudedad del SOVI cuando concurren con una pensión de vejez del propio SOVI.

La disposición transitoria 7ª de la LGSS/1994 establecía originariamente lo siguiente: “quienes en 1 de enero de 1967, cualquiera que fuese su edad en dicha fecha, tuviesen cubierto el período de cotización exigido por el extinguido Seguro de Vejez e Invalidez o que, en su defecto, hubiesen figurado afiliados al extinguido Régimen de Retiro Obrero Obligatorio, conservarán el derecho a causar las prestaciones del primero de dichos seguros, con arreglo a las condiciones exigidas por la legislación del mismo, y siempre que los interesados no tengan derecho a ninguna pensión a cargo de los regímenes que integran el Sistema de la Seguridad Social”, añadiendo que “entre tales pensiones se entenderán incluidas las correspondientes a las entidades sustitutorias”. La disposición citada fue modificada por la Ley 9/2005, que añadió una excepción a la condición negativa, al excluir de la misma a las pensiones de viudedad: “con excepción de las pensiones de viudedad de las que puedan ser beneficiarios”, dice la norma, estableciendo, por tanto, que quien haya obtenido una pensión de viudedad de los actuales regímenes del Sistema de la Seguridad Social podrá causar derecho a una pensión del SOVI (p. ej, vejez) y compatibilizar la misma con la pensión de viudedad, aunque con la limitación que introduce el párrafo segundo de la disposición transitoria 7ª -también incorporado por la Ley 9/2005-, para prever que “cuando concurren la pensión de viudedad y la del Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez, su suma no podrá ser superior al doble del importe de la pensión mínima de viudedad para beneficiarios con 65 o más años que esté establecido en cada momento”. Por su parte, el art. 1 de la Orden de 10 de agosto de 1957 dispone que “las pensiones de vejez, invalidez y viudedad del Seguro de Vejez e Invalidez, son incompatibles entre sí”.

La Sala Cuarta recurre al canon de interpretación literal de las normas para decir que la regla de incompatibilidad del art. 1 de la Orden de 10 de agosto de 1957 no ha sido derogada de forma expresa, ni es posible, “sin violentar las palabras de la ley”, deducir una derogación tácita de la nueva redacción de la disposición transitoria 7ª de la LGSS que realiza la Ley 9/2005, pues la norma sigue remitiéndose a “*las condiciones exigidas por la legislación del mismo*” -del SOVI- para causar derecho a las prestaciones de ese Seguro. No innova, por tanto, el régimen jurídico del SOVI en ninguno de sus extremos, incluido el régimen interno de incompatibilidad que contempla la Orden de 1957. Lo que hace simplemente es modificar la regulación del acceso a esas prestaciones en el régimen de ultraactividad limitada que contiene la disposición transitoria 7ª de la LGSS, reduciendo el ámbito de la condición negativa, que impide la entrada en las prestaciones del SOVI de quienes tengan derecho a una pensión de los regímenes del actual Sistema de Seguridad Social.

La Sala Cuarta argumenta que esta misma conclusión -no es posible reconocer una pensión de viudedad con cargo al SOVI a quien es receptor de otra pensión con cargo al mismo régimen de seguro- se extrae si atendemos al espíritu y finalidad de las normas reguladoras del SOVI, pues del preámbulo de la Ley 9/2005 se infiere que con ella no se ha pretendido reformar todo el régimen de incompatibilidades de las pensiones del SOVI, sino únicamente abordar la compatibilidad de estas pensiones con las pensiones de viudedad del Sistema de la Seguridad Social y de Clases Pasivas.

Por último, aclara la Sala 4ª del TS que no hay aquí un problema de igualdad en razón del sexo, porque la regla del art. 1 de la Orden de 10 de agosto de 1957 no establece distinciones de este carácter que puedan perjudicar de forma especial a las mujeres. Y añade: “Tampoco cabe entender que la regulación examinada -tanto la de la Orden de 10 de agosto de 1957, como la de la disposición transitoria 7ª de la LGSS- introduzca, bajo una apariencia formal de neutralidad, una desventaja particular para las personas del sexo femenino. La reserva que podría formularse frente a la Ley 9/2005 es de otro signo y consistiría en no haber extendido al régimen de incompatibilidad que rige para las distintas pensiones SOVI la regulación que esa Ley introduce para estas pensiones y la pensión de viudedad del Sistema, es decir, en no haber ido más lejos en el marco de una pretendida acción positiva. Pero esto sería ya una valoración política; no una tacha de inconstitucionalidad y el art. 4 de la Ley Orgánica 3/2007 no permite alterar el sentido de la regulación legal. Lo que establece este artículo es 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». De esta forma, se reitera la regla ya contenida en el art. 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Pero este precepto no autoriza a que por vía interpretativa se modifique el alcance de las disposiciones, transformando su sentido en aras a objetivos o programas de promoción de la igualdad que no han sido objeto de recepción legislativa.”

La sentencia fue objeto de un voto particular formulado por el magistrado Salinas Molina, al que se adhirió la magistrada Virolés Piñol, que, dando prioridad a la finalidad perseguida por el legislador de 2005, propugna la admisión de la compatibilidad entre las pensiones del SOVI cuando una de esas pensiones sea la de viudedad. Y razona para ello que, “a la vista de la finalidad de la reforma normativa, -tendente a que se pueda complementar la pensión de vejez generada a consecuencia de los propios ingresos del beneficiario con la pensión de viudedad derivada del fallecimiento de su cónyuge, en su caso, y con especial referencia a la situación de la mujer (“importante bolsa de pobreza formada por personas mayores, principalmente mujeres”)-, cabe entender que, en cuanto afecta concreta y exclusivamente a las pensiones de viudedad, la Ley 9/2005 ha derogado la norma de rango inferior contenida en el art. 1 de la Orden Ministerial 10 -agosto-1957 en cuanto establecía la incompatibilidad entre sí de las prestaciones del SOVI con derecho a opción sobre la más favorable (“Las pensiones de vejez, invalidez y viudedad del Seguro de Vejez e Invalidez, son incompatibles entre sí. - En los casos en que asista a una persona derecho o más de una de tales pensiones o de que estando o de que estando en el disfrute de una de ellas nazca el derecho a otra, podrá optar por la que considere más beneficiosa ...”) y posibilita que se mantengan las prestaciones del SOVI con “las pensiones de viudedad de las que puedan ser beneficiarios”; sin que se excluya ningún tipo de pensión de viudedad sea del régimen que sea, pues resultaría incongruente excluir la compatibilidad para una pensión de viudedad del Régimen General concurrente con una pensión de vejez SOVI, como se plantea por la parte recurrente en el presente caso, y no excluirla cuando se tratare de una pensión de viudedad del propio SOVI, sin tener en cuenta la finalidad de la norma y atendiendo exclusivamente al origen de las cotizaciones del causante generadoras de la posible pensión de viudedad”. Los magistrados disidentes sostienen que esta interpretación finalista es, además de más acorde con el principio de igualdad, análoga a la efectuada por la misma Sala en relación con el régimen SOVI, en el tema de la aplicación de la cotización asimilada por días de parto. Ciertamente, parece poco razonable reconocer la compatibilidad de la pensión de viudedad causada en el sistema de Seguridad Social con las pensiones SOVI y no hacerlo respecto a las pensiones de viudedad de este régimen; una

interpretación con la que se hace de peor condición a las personas viudas (mayoritariamente mujeres) cuyo cónyuge no ha cotizado o no lo ha hecho en la medida suficiente en el sistema de Seguridad Social.

4. REFLEXIÓN FINAL

El principio de transversalidad consagrado en el art. 15 de la LOIEMH exige la integración de la dimensión de género en la aplicación de todas las normas, y no solo de aquellas que estén específicamente encaminadas a instaurar la igualdad efectiva entre mujeres y hombres (derecho antidiscriminatorio). La interpretación y aplicación de las normas con perspectiva de género se realizará de oficio, sin que sea necesaria petición de parte (*“iura novit curia”*), aunque resulta muy recomendable que los pretendientes la invoquen en sus demandas cuando esté en juego la igualdad de trato y de oportunidades entre los sexos y la supresión de discriminaciones de género.

En el terreno de la interpretación, la integración de la dimensión de género supondrá acoger aquella solución de entre las varias posibles que más contribuya a hacer realidad el principio de igualdad. Pero en el art. 4 de la LOIEMH también se reconoce explícitamente la función integradora del principio de igualdad de trato y de oportunidades en tanto que principio informador del ordenamiento jurídico, lo cual supone la ausencia de una norma aplicable al caso real, bien por inexistencia de regulación (laguna normativa), bien por no considerar en la misma el valor de la igualdad de sexos que debió haberse considerado (laguna axiológica), siendo más difícil en este segundo caso la integración del valor igualdad al existir una regulación positiva⁵¹. Difícil, pero no imposible, porque una sentencia que aplique la perspectiva de género puede integrar la norma con valores constitucionales que la misma no haya considerado (quizás por el momento histórico en que se aprobó); lo que no puede hacer el aplicador del Derecho es extraer de la norma una consecuencia claramente contraria a lo que aquella quiso establecer, creando una regla “judicial” para el caso concreto que suplante a la regulación normativa y sea incompatible con esta.

Centrándonos en la producción de la Sala Cuarta del TS, puede concluirse que la perspectiva de género está siendo incorporada de forma progresiva como canon de enjuiciamiento, aunque la misma no siempre aparezca como el factor determinante para la solución del litigio. En no pocos casos, actúa como criterio hermenéutico de refuerzo o apoyo a otros argumentos que conforman el verdadero núcleo de la *ratio decidendi*. Pero sea en uno u otro sentido, lo cierto es que no suele recurrirse a esta metodología hermenéutica como simple hábito o cláusula de estilo, si bien en algunas sentencias se echa en falta un mayor desarrollo de esta perspectiva de análisis jurídico. Junto a estas decisiones que aplican expresamente la perspectiva de género, bien aludiendo a la misma o al art. 4 de la LOIEMH donde se aloja, no escasean los pronunciamientos que han juzgado con técnicas propias de la perspectiva de género, pero tácitamente, aplicando directamente preceptos del derecho antidiscriminatorio.

Sin embargo, siguen detectándose supuestos en los que, pese al notorio impacto de género del litigio, está ausente en la reflexión del Alto Tribunal una valoración sobre la dimensión constitucional del problema en clave antidiscriminatoria, por más que la pretensión haya sido finalmente acogida. Buena muestra de ello son las sentencias en las que el TS ha fallado en favor de la caracterización como contingencia profesional de dolencias musculoesqueléticas sufridas en el desempeño de profesiones feminizadas (peluqueras, camareras de pisos, gerocultoras, limpiadoras), resoluciones todas ellas que dejan un poso de relativa insatisfacción porque, pese a haberse estimado la existencia de contingencia profesional, se omite una lectura del RD 1299/2006 en clave de género, ya que la doctrina del TS se limita a examinar los requerimientos ergonómicos de las

⁵¹ SEGOVIANO ASTABURUAGA, M^a.L.: “Juzgar con perspectiva de género: perspectiva del TJUE, TC y TS”, *La incidencia de género en la jurisdicción social. Especial referencia a la jurisprudencia comunitaria en materia de igualdad y su aplicación por los tribunales españoles. Perspectiva de la Unión Europea*, CGPJ, Cuadernos Digitales de Formación, vol. 17, 2020, p. 10.

diferentes profesiones analizadas, pero sin entrar a valorar por qué las profesiones mayoritariamente desempeñadas por mujeres son excluidas sistemáticamente del listado de enfermedades profesionales.

Con todo, parece evidente el compromiso del TS en orientar su actuación hacia una labor interpretadora e integradora de las normas con perspectiva de género, y la misma pauta viene constatándose en los órganos judiciales de instancia y suplicación. Son pasos en la dirección correcta, con la esperanza puesta en que algún día podamos sostener que la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres es ya una realidad incuestionable y consolidada.

5. BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ARENAS GÓMEZ, M.: “Enfermedad profesional y cuestión de género. ¿Cumple el Real Decreto 1299/2006 con el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres? Al hilo de la doctrina del Tribunal Supremo sobre enfermedades profesionales causadas por mujeres”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, núms. 449-450, agosto-septiembre 2020.
- BALLESTER PASTOR, M^a.A.: “Reformas en materia de Seguridad Social e impacto de género: un estudio crítico”, *Temas Laborales*, núm. 112/2011.
- CGPJ: *Guía práctica de la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*, 2016.
- GARCÍA ROMERO, B.: “Cómputo del tiempo de prestación del Servicio Social de la mujer a efectos de completar la carencia necesaria para acceder a la jubilación anticipada, en aplicación del principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en materia de Seguridad Social”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, BOE, núm. 2/2020.
- LOUSADA AROCHENA, J.F.: “La integración de la perspectiva de género en la aplicación e interpretación de las normas por la jurisdicción social”, *Revista de Derecho Social*, núm. 76, 2016.
- LOUSADA AROCHENA, J.F.: *El enjuiciamiento de género*, Madrid, Dykinson, 2020.
- MARÍN LÓPEZ, P.: “El papel de la jurisdicción frente a la violencia contra las mujeres: obligaciones de jueces y juezas”, en VV.AA., *Violencia de género. Perspectiva multidisciplinar y práctica forense*, RIVAS VALLEJO, P. y SERRANO FALCÓN, C. (dirs.), 2^a ed., Cizur Menor (Navarra), Thomson-Reuters, 2014.
- MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P.: “Pensión de viudedad y «violencia machista»: el enfoque de género desde la interpretación”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, núm. 410 (mayo 2017).
- MOLINA GUTIÉRREZ, S.M^a.: “Trascendencia de la perspectiva de género en el ámbito de la Seguridad Social, en especial en la pensión de viudedad”, en *La incidencia de género en la jurisdicción social. Especial referencia a la jurisprudencia comunitaria en materia de igualdad y su aplicación por los tribunales españoles. Perspectiva de la Unión Europea*, CGPJ, *Cuadernos Digitales de Formación*, vol. 17, 2020.
- MOLINA NAVARRETE, C.: *La doctrina jurisprudencial por discriminación de género en el orden social*, Madrid, Wolters Kluwer, 2020.
- NIETO GARCÍA, A.: *Introducción al Derecho*, Valencia, tirant lo blanch, 2020.
- POYATOS MATAS, G.: “Juzgar con perspectiva de género: una metodología vinculante de justicia equitativa”, *iQual. Revista de Género e Igualdad*, núm. 2, 2019.
- RIVAS VALLEJO, P.: “Las beneficiarias de pensiones SOVI pueden causar prestaciones en favor de familiares”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 2/2020.
- RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, S.: “La perspectiva de género en la aplicación e interpretación de las normas por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo”, *Trabajo y Derecho*, nº 76, 2021, ref. LA LEY 3607/2021.

- ROJO TORRECILLA, E.: “Caso SOVI. La importancia de juzgar con perspectiva de género, y aplicación de la discriminación por asociación. Notas a la importante sentencia del TS de 29 de enero de 2020”, en el blog del autor *El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales*, martes, 18 de febrero de 2020, disponible en: www.eduardorojotorrecilla.es/2020/02/caso-sovi-la-importancia-de-juzgar-con.html
- ROJO TORRECILLA, E.: “Juzgar con perspectiva de género. Consideración de accidente no laboral de las lesiones sufridas como consecuencia del parto. Notas a la importante sentencia del TS de 2 de julio de 2020”, en el blog del autor: *El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales*, 13 de julio de 2020, disponible en: www.eduardorojotorrecilla.es/2020/07/juzgar-con-perspectiva-de-genero.html.
- ROMERAL HERNÁNDEZ, J.: “El riesgo durante la lactancia natural: prevención y protección social”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 217, 2019.
- SEGOVIANO ASTABURUAGA, M^a.L.: “Juzgar con perspectiva de género: perspectiva del TJUE, TC y TS”, *La incidencia de género en la jurisdicción social. Especial referencia a la jurisprudencia comunitaria en materia de igualdad y su aplicación por los tribunales españoles. Perspectiva de la Unión Europea*, CGPJ, Cuadernos Digitales de Formación, vol. 17, 2020.
- VILLAR CAÑADA, I.M^a.: “La necesaria interpretación del sistema de seguridad desde un enfoque de género. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo (sala de lo social) nº 79/2020, de 29 de enero”, *Laborum. Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 26, 2021.