

Igualdad de resultados entre sexos, una frontera difusa de la Seguridad Social: la deuda de diligencia debida a cargo de las entidades gestoras

Cristóbal Molina Navarrete

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de Jaén*

Los Estados parte adoptarán todas las medidas apropiadas [principio de diligencia debida –Recomendaciones generales del Comité CEDAW–] para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo a fin de asegurar a la mujer, en condiciones de igualdad con los hombres, los mismos derechos, en particular: [...] e) El derecho a la seguridad social, en particular en casos de jubilación, desempleo, enfermedad [...] u otra incapacidad para trabajar [...].

Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (art. 11)

1. Iniciamos el año 2022 –de nuevo esperanzador, aunque más redondo parecía 2020 y todos sabemos qué tragedia nos deparó– marcado por un muy intenso y extenso programa de reformas legales en materia laboral y de seguridad social (no solo de su rama de pensiones), esta última formalizada solo en su primera fase, tras el acuerdo del verano pasado, con la reciente aprobación de la ley que pretende tanto garantizar la sostenibilidad de las pensiones públicas como su suficiencia prestacional. Sin perjuicio del cumplido análisis que daremos de todas ellas en el próximo número de esta nueva época de la *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF (RTSS. CEF)* que, como resalté en el editorial, hemos inaugurado con el que ahora tiene la persona lectora entre sus manos, nos ha parecido adecuado dedicar un monográfico de nuestra sección de diálogos con la jurisprudencia y la doctrina judicial a exponer el estado del arte interpretativo sobre algunos aspectos de una cuestión que, transversal en ambas reformas, la laboral y de seguridad social, habría quedado algo diluida, sobre todo en la segunda. Nos referimos a la igualdad efectiva (sustancial, real, de resultado) entre ambos sexos (mujer y hombre –no entramos ahora aquí en la importante cuestión de las personas trans, también pendiente de reforma legal–) en materia de seguridad social, no solo en su prioritaria rama de pensiones.

Cierto, la que se supone toma en serio de la igualdad de resultados por razón de sexo (estatuto biológico) y género (construcciones socioculturales sobre el sexo) en el ámbito de las pensiones tendrá su propia «ley», la del «complemento para la reducción de la brecha de género», una vez finalice la tramitación parlamentaria del [Real Decreto-Ley 3/2021, de 2 de febrero](#). Una «ley» que, tramitada por el procedimiento de urgencia, se está dilatando extremadamente en el tiempo, por las sucesivas prórrogas del trámite de enmiendas, en una forma absolutamente «anormal» ([la primera fue el 8 de marzo de 2021, la última el 15 de diciembre de 2021](#)). Esta nueva regulación tiene la misión de corregir, en lo posible, el inaudito desaguisado que creó el anterior «complemento de maternidad» o de aportación demográfica ([art. 60 Ley general de la Seguridad Social](#) –LGSS–).

Previsto para compensar parcialmente la «deuda histórica» de la Seguridad Social con «las madres» por su extrema sobrerrepresentación en el «trabajo de cuidar», con la pérdida de carrera de seguro que ha conllevado, ha terminado incrementando la brecha de género en pensiones, porque el Tribunal de Justicia de la Unión Europea –TJUE– decidió, desde una visión de la igualdad formal férrea y ayudado por tan errado diseño legislativo precedente, que también los padres deben cobrarlo. Precisamente, las resistencias de la autoridad administrativa, tanto del Instituto Nacional de la Seguridad Social, para el régimen general de la Seguridad Social y el régimen especial de trabajadores/as por cuenta propia o autónomos/as, como de Hacienda, para el sistema de clases pasivas, a dar cumplimiento a esta doctrina jurisprudencial comunitaria, guste o no, resulte un dislate o no (que haya que pagar un complemento de pensión a todos los varones, de cuantía superior al de las mujeres por las mayores bases reguladoras, por la contribución a la demografía, mientras las mujeres siguen sufriendo un alto déficit de protección social, me parece digno de ser incluido en el libro de los mayores fracasos jurídicos mundiales), sigue dando un intensísimo (y absolutamente gratuito) trabajo judicial. Y ello tanto en el orden social como en el orden contencioso-administrativo¹.

Justamente, en este último, la Sala Tercera del TS acaba de fijar como doctrina jurisprudencial lo obvio, pese a que «duela», y mucho, sea al erario sea a la inteligencia humana –no por ser funcionarios, sino porque se suma al dispendio absurdo de que sean los varones los que salgan mejor pagados, respecto a las madres, por tener hijos/as–: [también los funcionarios del régimen de clases pasivas deberán cobrar el «complemento de maternidad»](#). En el orden social no falta tampoco una intensa actividad, en la medida en que una parte de la jurisdicción, en vez de tratar de poner coto a este desaguisado, lo alimenta, reconociendo un efecto de retroactividad desmedido. De este modo, no solo

¹ Dicho sea de paso, también [la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo \(TS\) media, a través de su ámbito competencial, las pensiones compensatorias de los desequilibrios económicos entre ambos cónyuges](#), en esta «deuda social de género».

quebra el diseño legal, sino incluso, una vez más, un razonable sentido de la prudencia y el buen sentido jurisdiccional.

Por ello, a esta cuestión dedicamos el [primer análisis jurisdiccional](#), donde se hace un balance de 200 sentencias en relación con esta cuestión, a cargo del catedrático, especialista en esta materia, Juan Antonio Maldonado Molina.

2. Por supuesto, no es el único ámbito de reformas legislativas *in fieri* que afectan a la Seguridad Social donde «las deudas de sexo-género» emergen «a flor de piel». Sin hacer aquí mención sobre el impacto que, en la reducción de la pobreza severa, con una mayor incidencia en las mujeres (además de en las personas más jóvenes, así como en las de origen extranjero –incluso comunitario–), deberían tener las nuevas (enésimas) modificaciones incluidas en el ingreso mínimo vital, una vez formalizada en ley su norma coyuntural de origen, otras muchas «deudas de diligencia debida» con la igualdad real o de resultados en materia de seguridad social por razón de sexo y género aparecen en el horizonte más próximo reformador. Entre otros ámbitos, piénsese:

- En la rama de protección por desempleo y la más que probable condena por parte del TJUE a España, una vez que la Abogacía General ya se ha pronunciado en tal sentido, como se conoce, por la discriminación contra todo un colectivo, el de las empleadas de hogar.
- O en la rama de prestaciones por el trabajo de cuidar propiamente, respecto de la cual la –activista– ministra de Derechos Sociales y Agenda 2030 ya ha comprometido no solo una renta universal para el cuidado de (personas) menores, sino incluso una [ampliación del permiso por nacimiento a 6 meses](#). Así lo propone para la ley proyectada sobre diversidad familiar, que también equiparará la protección de las familias monoparentales a las numerosas.

Por cierto, un ámbito prestacional, para el que el TS sigue sin encontrar el punto adecuado desde la perspectiva de género, pese a avances señeros en este ámbito. Un ejemplo de estas «deudas pendientes de diligencia debida» a la hora de garantizar una igualdad real por razón de sexo, al margen de prejuicios sociales y de los estereotipos de género, lo hallamos en la [Sentencia del TS 798/2021, de 20 de julio](#), que sigue exigiendo de forma rígida a la mujer-madre que debe cuidar a una persona descendiente menor con enfermedad grave que el marido, en este caso exmarido, porque están divorciados, no lleve a cabo trabajo retribuido alguno. La sala de casación, revocando la de suplicación, reprueba a la trabajadora que no haya probado que su ex, que nunca se encargó de este cuidado, estuviese imposibilitado realmente para atender a su hija. Se aplican, así, de una

forma inflexible, tanto como ajena a la realidad social, los artículos [190 de la LGSS](#) y [2.1 del Real Decreto 1148/2011, de 29 de julio](#).

Todas estas –y otras– justas reivindicaciones, deudas de equidad de género en el ámbito de la seguridad social y proyectos de reforma próxima son visibles. Hay otras que no lo son tanto.

3. Me refiero a lo que llamo «la diferencia invisible que duele», esto es, a la escasa atención que se presta a las deficiencias de protección social de las mujeres frente a su diferente modo de enfermar, sea por contingencias profesionales sea por contingencias comunes. Cierto, en el primer ámbito, el éxito relativo del movimiento «Kellys» logró no solo darle visibilidad al olvido legislativo e institucional de enfermedades profesionales muy prevalentes en ciertas profesiones extremadamente feminizadas y sobre las que los textos legales y reglamentarios guardan silencio, sino también un acuerdo dirigido a resolverlo (2018). Pero, una vez más, [ese acuerdo quedó relegado, como recuerdan hoy las camareras de piso](#), exigiendo su cumplimiento estricto, reformando las leyes para que les facilite tal reconocimiento y no tengan que verse inmersas en complicados juicios para obtener su justo derecho.

Es verdad, como recuerdan desde el sector jurídico especializado, que todas esas enfermedades (por ejemplo, el síndrome del túnel carpiano, la bursitis o la epicondilitis, «codo de tenista») ya se reconocen como profesionales, para otros colectivos, pero, dado que se trata de una lista abierta en este caso, son aplicables a las camareras de piso. Desde 2020, el TS lo ha dejado afirmado ya en varios casos, pues «no excluye al resto de profesiones que no figuren en esta recopilación». Pero las camareras de piso piden algo más de realismo. La falta de texto legal expreso que las nombre hace que las mutuas no tengan especial interés en ese reconocimiento, por lo que, incumpliendo su deber de diligencia debida (que, según afirma el Comité CEDAW –Recomendaciones generales–, exige del Estado garantías de corrección si son entes privados los que incumplen), dejan la cuestión al reconocimiento jurisdiccional. Por lo tanto, se las obliga a una dimensión añadida de su «lucha por el derecho social a una reparación justa de las enfermedades de origen profesional» (parafraseando a Ihering), lo que resulta muy fatigoso y costoso para la mayoría, ya «quemadas» en su actividad y en su movimiento colectivo.

El contraste con la realidad científica y social es manifiesto. Según los estudios más solventes, 6 de cada 10 camareras de piso sufren dolencias por su trabajo, y casi la mitad de sus centros de trabajo carecen de evaluaciones específicas a tal fin. Por lo tanto, la evidencia científico-médica y sociolaboral cae en saco roto, por el desinterés de las entidades gestoras y mutuas en avanzar en corregir esa brecha de género, menos visible, pero que «duele» mucho más (porque afecta a la salud, no solo a la retribución y a la reparación prestacional).

El mundo de las contingencias comunes no es más halagüeño, quizás, incluso hasta aún más olvidado. Lo recordaban recientemente los movimientos en defensa de las mujeres víctimas del cáncer de mama (también de útero). Pese a la solidaridad visible o simbólica de la sociedad (lazos, manifestaciones, días internacionales), las mujeres, en la mayoría de los casos, quedan «solas frente al día después del cáncer». El sistema hace un gran esfuerzo para la cura, sea preventivamente sea en las terapias, pero ¿qué pasa cuando lo superan –cada vez más, por fortuna y por la medicina– sociolaboralmente?

Que, de nuevo, **6 de cada 10 –nos dice la ciencia– no regresarán a su trabajo**. El retorno al trabajo se vuelve tan dificultoso por la intensidad y pauta espaciada de los tratamientos, así como por la afectación de la calidad de vida, la ausencia prolongada del trabajo. Influidos factores personales de la trabajadora, unos por ella misma, otros ligados al cáncer y su evolución, y factores laborales ligados al tipo de trabajo, riesgos, condiciones y exigencias y otros factores del mercado de trabajo. La dificultad de regreso se agrava con la análoga dificultad para hallar protección en el sistema de Seguridad Social, ante la rigidez de la regulación de las incapacidades laborales. Más del 60 % de las mujeres con la enfermedad tiene menos de 65 años y, por tanto, podrían tener opción a nuevos empleos, pero la realidad es bien distinta. Según un estudio publicado por la Asociación Española Contra el Cáncer en 2018, el cáncer de mama es la segunda causa de baja laboral de más de 12 meses por detrás de las patologías lumbares y la segunda causa de inicio de expediente de incapacidad permanente a los 12 meses. En este sentido, muchas mujeres acaban en situación de pobreza.

Pero, lamentablemente, no es el único déficit de protección sociolaboral para enfermedades típicamente femeninas, o que sin ser exclusivas de ellas sí presenta una muy relevante mayor prevalencia. Sería el caso de las –a veces estereotipadas– migrañas crónicas y/o del síndrome de fibromialgia. Pese a las crecientes evidencias que en el plano científico se acumulan en torno a sus causas y terapias, también a las razones por las cuales tiene una mayor prevalencia en las mujeres –aunque aparezcan también en los hombres, en mucha menor proporción–, tanto las entidades gestoras, que siguen resistiéndose en extremo a la diligencia debida que tienen en este ámbito, según el ya citado **Convenio CEDAW** (Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer), cuanto la autoridad judicial, que adolece aquí de la más mínima perspectiva de género en este ámbito, viven de espaldas a esta situación. El resultado es, una vez más, la creación desde el sistema mismo de importantes bolsas de pobreza pensional feminizadas, conjugando las brechas del mercado del trabajo con las deficiencias del sistema.

De ahí que nos haya parecido adecuado igualmente **dar cuenta de cuál es este estado del arte interpretativo en enfermedades comunes con claro sesgo de género**, como son las migrañas crónicas y/o síndrome de fibromialgia. Veremos cómo la deuda de la

Seguridad Social con esta brecha de sexo que duele sigue pendiente de pago. En suma, no son todas las cuestiones que cabría encuadrar en un monográfico de doctrina judicial y jurisprudencial desde esta perspectiva, pero las elegidas tienen pleno título para estarlo. En números próximos iremos incluyendo otros «fragmentos de derecho vivo de la Seguridad Social» en los que verificar la evolución –o no– desde las «deudas de sexo-género» a, eventuales, «baladas de lucha por el derecho justo de la Seguridad Social con una perspectiva de género». El deber de diligencia debida para ello compromete a toda la sociedad, no solo a todas las instituciones.

Cómo citar: Molina Navarrete, Cristóbal. (2022). Igualdad de resultados entre sexos, una frontera difusa de la Seguridad Social: la deuda de diligencia debida a cargo de las entidades gestoras. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 466, 203-208.