

La diferencia (invisible) que duele: sobrerrepresentación femenina en las fibromialgias y migrañas, subestimación judicial de su incapacitación laboral

A propósito de las Sentencias de los Tribunales Superiores
de Justicia de Galicia 3751/2021, de 8 de octubre, y de
Castilla-La Mancha 1512/2021, de 8 de octubre

Cristóbal Molina Navarrete

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

Extracto

Determinadas enfermedades de origen común, como migrañas o fibromialgias, afectan de forma prevalente a las mujeres. Sin embargo, ni la entidad gestora de las pensiones por incapacidad permanente ni los tribunales otorgan el suficiente reconocimiento prestacional a este tipo de situaciones, muy dolorosas y altamente incapacitantes en la realidad. El resultado es una importante brecha de sexo en esta rama de protección social, una nueva diferencia peyorativa para las mujeres especialmente grave, porque al dolor psicofísico se suma el de la incompreensión y desprotección social. En este comentario se hace una profunda revisión de la doctrina judicial española más reciente en esta materia.

Palabras clave: incapacidad permanente; migraña; fibromialgia; brecha de género.

Cómo citar: Molina Navarrete, Cristóbal. (2022). La diferencia (invisible) que duele: sobrerrepresentación femenina en las fibromialgias y migrañas, subestimación judicial de su incapacitación laboral. A propósito de las Sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia de Galicia 3751/2021, de 8 de octubre, y de Castilla-La Mancha 1512/2021, de 8 de octubre. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 466, 233-249.

The (invisible) difference that hurts: over-representation of women in fibromyalgia and migraines, judicial underestimation of their incapacity for work

Regarding the Rulings of the High Courts of Galicia 3751/2021, of 8 October, and Castilla-La Mancha 1512/2021, of 8 October

Cristóbal Molina Navarrete

Abstract

Certain diseases that have a non-occupational cause, such as migraines or fibromyalgia, affect women in a prevalent way. However, neither the entity that manages pensions for permanent disability nor the courts grant sufficient recognition of benefits to this type of situation, which is very painful and highly disabling in reality. The result is a significant gender gap in this branch of social protection, a new pejorative difference for women that is especially serious, because the psychophysical pain is compounded by the lack of understanding and lack of social protection. This comment makes a profound review of the most recent Spanish judicial doctrine on this significant legal-social question.

Keywords: permanent disability; migraines; fibromyalgia; gender gap.

Citation: Molina Navarrete, Cristóbal. (2022). The (invisible) difference that hurts: over-representation of women in fibromyalgia and migraines, judicial underestimation of their incapacity for work. Regarding the Rulings of the High Courts of Galicia 3751/2021, of 8 October, and Castilla-La Mancha 1512/2021, of 8 October. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 466, 233-249.

En ti se ha descubierto la desnudez del padre, en ti han
humillado a la que estaba impura por su menstruación.

Libro de Ezequiel, 22:10. Antiguo Testamento

1. Marco normativo: persistente indiferencia de la legislación a las enfermedades feminizadas, de origen profesional o común

En los estertores del año pasado, un titular llamó mi atención: «[Media España está sangrando cada mes: ni médicos ni científicos saben aún por qué](#)». Una persona avezada habría entendido de inmediato que se refería a la menstruación femenina, pero yo no fui tan avisado. El fondo del artículo ya no me resultaba tan ajeno: el desinterés de la ciencia por el fenómeno menstrual, fuente de prejuicios desde tiempos bíblicos hasta nuestros días, no es más que la punta del iceberg de un problema mayor, cual es la persistencia del predominio del patrón androcéntrico en las cuestiones relativas a la salud, también respecto de los modos de enfermar. Las diferencias de sexo-género también en este ámbito siguen invisibilizadas y envueltas en prejuicios socioculturales.

Esa persistente indiferencia científico-médica por la perspectiva de sexo-género en las cuestiones de salud (y enfermedades) tiene su proyección en el ámbito jurídico, pese a lo proclamado, para la política de salud en el [artículo 27 de la Ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo](#), para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOIEMH), y para la política de salud laboral en el [anexo del Real Decreto 901/2020, de 13 de octubre](#), regulador de los planes de igualdad. Esa continuada invisibilidad de las «diferencias de sexo-género que duelen» se produce en el ámbito preventivo de riesgos profesionales y en el campo de la protección económica, sea por contingencias profesionales sea por contingencias comunes. Centrados en este último ámbito, encontraremos una profunda paradoja: si en la protección por incapacidad temporal (IT) por contingencia o etiología común constatamos una manifiesta sobrerrepresentación de las mujeres, en virtud de patologías altamente relacionadas con dolores crónicos y altamente perturbadores para la calidad de vida personal y profesional, prevalentes, aunque no exclusivos de ellas, en el ámbito de protección por incapacidad permanente (IP) comprobaremos una profunda subestimación de este tipo de dolencias (síndromes y patologías).

Esta paradoja –que puede devenir contradicción normativa si se tiene en cuenta la ineffectividad que revela del principio de equidad de sexo-género en materia de salud– tiene causas normativas. Ni el [artículo 194 de la Ley general de la Seguridad Social](#) (LGSS) ni

–lógicamente– el nonato desarrollo reglamentario al que sigue remitiendo prestan la más mínima atención a esta perspectiva de sexo-género. Pero los motivos de estas deficiencias van más allá de las insuficiencias normativas, para arraigarse en deficiencias de tipo institucional y cultural, en la medida en que, de forma usual, ni los equipos de valoración de incapacidades (EVI) ni las entidades gestoras, en especial el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), asumen la necesidad de atender a esa diferencia de sexo-género. No es una opción de gestión, ni una cuestión típica de la mayor o menor «sensibilidad» hacia esta exigencia de equidad de género más allá de la pensión de jubilación, también en las de IP, sino de un deber de diligencia debida que pesa sobre su funcionamiento, al igual que para la jurisdicción, una vez que tiene que dilucidar los, cada vez más numerosos, pleitos relacionados con este tipo de patologías feminizadas, tanto como invisibilizadas, y sus efectos en términos de incapacitaciones para el trabajo (totales o absolutas).

Así se deriva de las [Recomendaciones internacionales del Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer](#) (Comité CEDAW), máximo órgano de garantías de cumplimiento efectivo de los compromisos asumidos por España en el marco de la [Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer](#) (1979). Un deber de diligencia debida que la LOIEMH establece tanto para la autoridad administrativa (arts. 6 y 7), no solo la jurisdiccional ([art. 4](#); Sentencia del Tribunal Superior de Justicia –[STSJ de Canarias/Las Palmas de 27 de julio de 2021, rec. 867/2021](#)). En todo caso, esta tendrá la obligación de corregir la gestión administrativa que viva a sus espaldas. Si bien su aplicación no siempre es fácil, ni tan siquiera advertida por el órgano aplicativo, aun al máximo nivel (por ejemplo, Sentencia del Tribunal Supremo –[STS- 798/2021, de 20 de julio](#), que revocó la STSJ de Madrid 820/2018, de 24 de septiembre –a mi juicio mucho más acertada desde un enfoque de equidad de género en materia de protección prestacional para la compensación a las madres de su sobrerrepresentación en el trabajo de cuidar, más aún en el caso de menores con enfermedad grave–), incluso cuando se trata de salas convencidas (por ejemplo, [STSJ de Canarias/Las Palmas de 22 de octubre de 2021, rec. 431/2021](#), con un razonado voto en contra, que niega el complemento de penosidad del colectivo de evaluación de la discapacidad, la mayoría mujeres).

Desde luego, no hay ni rastro de este deber de diligencia debida en cuestiones de protección social con perspectiva de género cuando el INSS se dedica a recurrir de forma sistemática cualquier decisión jurisdiccional de instancia que reconozca una IP, sea total o –aún más– si es absoluta en virtud de un diagnóstico principal, por supuesto nunca exclusivo, vinculado a algunos de estos síndromes y patologías, como migrañas y/o fibromialgia. En ambos casos –a menudo aparecen como concurrentes– estaríamos ante síndromes asociados a dolores crónicos y perturbadores del equilibrio biopsicosocial de las personas, con gran prevalencia en mujeres, para la vida personal y laboral, en un caso neuronales (migrañas) y en otro musculoesqueléticos, si bien son generalizados, aunando dolencias físicas a las psíquicas que suelen ir acompañando (fatiga crónica, problemas de sueño, síndromes ansioso-depresivos, consumos elevados de analgésicos y otros hipnosedantes, que contribuyen a su cronificación).

El profundo sesgo de género es una evidencia científica. En el caso de las migrañas, con una prevalencia de entre el 12,4 % y el 19,6 % en la población, principal causa de las consultas neurológicas, quinta enfermedad más incapacitante, presenta el triple de frecuencia para ellas¹. La causa principal que relaciona la migraña con la mujer, haciendo de ella una cuestión sociosanitaria de género, son las fluctuaciones en las hormonas sexuales. Antes de la pubertad, ambos sexos padecen esta patología por igual, a partir de la menarquia, la frecuencia de dolores de cabeza de origen migrañoso se triplica en las jóvenes. En suma, la evidencia científica sobre la migraña como patología dolorosa, crónica e incapacitante nos dice (merece la pena retenerlo, se verá adverbado en la mayoría de los relatos de hechos de centenares de sentencias existentes sobre ella)²:

- Prevalece en mujeres entre 20 a 40 años (época de mayor fertilidad).
- El 60 % de las mujeres con migrañas sin aura presenta crisis menstrual.
- Hasta un 80 % de las mujeres experimentan una mejoría durante el embarazo, durante los 2 últimos trimestres, que desaparece tras el parto.
- Durante la perimenopausia (previo a la menopausia) vuelve a empeorar el cuadro para ceder durante el climaterio, pudiendo llegar a desaparecer a partir de los 2 años del inicio de la menopausia en 1 de cada 3 mujeres.
- Al pasar los 45 años se complica con otros problemas de salud (obesidad, hipertensión, ansiedad, depresión..., son frecuentes compañeras de viaje).
- Como la fibromialgia, la migraña conlleva trastornos psíquicos: depresión –3 veces más frecuente–, ansiedad –5 veces–. De ahí la relevancia de la psicoterapia, pero domina la automedicación, cronificando la migraña. El abuso de analgésicos se halla en el 90 % de los casos, contribuyendo a la prevalencia de consumo de hipnosedantes entre las mujeres en España [[Encuesta de consumos de sustancias en el medio laboral \(2013-2014\)](#)].

El estado de la evidencia científica en torno a la [prevalencia de sexo respecto de la fibromialgia o el síndrome de fibromialgia \(SFM\)](#) es análogo. Trastorno complejo (se relaciona con diversas patologías y síndromes), crónico y con unos efectos de incapacidad muy elevados, porque causa dolor y rigidez en los músculos, tendones y ligamentos junto con fatiga crónica, la prevalencia en las mujeres, con mayor riesgo de desarrollar fibromialgia, también se relaciona con alteraciones hormonales. Aun debutando en la juventud, la fibromialgia se desarrolla por completo cuando se acerca la menopausia. Las pacientes con SFM (a menudo con síndrome premenstrual) tienden a desarrollarlo con mayor intensidad en situaciones vitales estresantes (lo que al sexo añadimos el género).

¹ Vid. [Navarro Pérez et al. \(2020\)](#).

² Vid. [Glezerman \(2017\)](#).

Sin embargo, sigue ensombrecido el conocimiento de las causas (etiologías) y sus terapias (tratamientos a seguir para mejorar la vida personal y laboral). Tanto la migraña como la fibromialgia presentan síntomas similares a otras dolencias, identificándose más los síntomas, en especial un intenso dolor. De ahí, no solo su problematicidad a la hora de valorarlas como fuente de incapacidad laboral, sino también la frustración que suele acumularse, en las personas que las padecen y en las personas profesionales que deben defender sus pretensiones. Por supuesto, y sin confundir los diversos conceptos de discapacidad e incapacidad laboral ([STSJ de Castilla y León de 28 de mayo de 2021, rec. 732/2021](#)), ni la migraña ni la fibromialgia figuran en la lista de enfermedades del [Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre](#). Ambas pueden –desde las normas generales– valorarse sea como causa de incapacidad laboral (disminución de la capacidad laboral) sea como causa de discapacidad (disminución de las capacidades para la vida diaria).

En suma, puedan calificarse o no propiamente como discriminaciones indirectas por razón de género, no parece dudoso que asistimos a una doble brecha de género en esta rama de pensiones, las de IP, más aguda incluso que en las de jubilación: por la infrarrepresentación de estas situaciones en las pensiones por IP a raíz de este estado de subestimación de pretensiones, de un lado, y la reducida protección económica en los casos en que se reconoce, por las bajas bases reguladoras que frecuentemente concurren, a su vez resultado de la brecha retributiva. Lo verificaremos en la siguiente revisión de la doctrina judicial más reciente en esta materia.

Precisamente, por «lo raro» o poco frecuente del reconocimiento judicial (en la vía administrativa es rarísima *avis* –insiste en la valoración del dolor como algo subjetivo, imposible de acreditar objetivamente, aunque reúna el máximo de los 18 puntos-dolor–) de estos padecimientos típicamente femeninos, aun recurrentes en la práctica, suele tener eco mediático cuando sucede (también por el comprensible interés del despacho jurídico en darse a conocer en términos de *marketing* profesional). Atención mediática mayor a más elevado es el grado de la IP reconocida. Si escasos pero en aumento son los casos de [reconocimiento de la IP total](#), son apenas un puñado los de [concesión de una IP absoluta](#), tanto en la instancia social (Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 5 de Sevilla de 2 de marzo de 2021, autos 1/2021), como [en la suplicación social](#). Casi siempre en casos de demanda de mujeres. En ocasiones, las personas beneficiarias de la IP absoluta (con fibromialgia y/o con migrañas) son hombres, [en instancia](#) y [en suplicación](#) (por migraña crónica refractaria a tratamiento farmacológico, solo analgésico –[STSJ de Asturias 1537/2021, de 6 de julio](#)–; o [fibromialgia](#)).

2. Los casos: la evidencia científica confirmada en los relatos de hechos probados

En el caso de la [STSJ de Castilla-La Mancha 1512/2021, de 8 de octubre](#), la trabajadora es agente comercial, de 53 años. La base reguladora (BR) es de 1.016 euros. Su cuadro

clínico residual: padecimiento, desde hace años, de dolencias, dentro de una situación «multipatógena», por fibromialgia, con 18 de 18 puntos de dolor difuso y en múltiples inserciones musculares, fatigabilidad, astenia, deterioro cognitivo, sueño no reparador y migrañas sin aura, con frecuencia de 2 días a la semana. Se hallaba en seguimiento por «equivalente migrañosos prolongados» en forma de episodios de hormigueos en la cara y en ambos miembros superiores, que aumenta con el estrés (temblor psicofisiológico exacerbado).

En el asunto de la [STSJ de Galicia 3751/2021, de 8 de octubre](#), se trata de una mujer auxiliar de ayuda a domicilio, de 32 años. La BR es de 938,21 euros. Su cuadro clínico residual, según el EVI –en los informes periciales presentados por la trabajadora las dolencias serían más acusadas e incapacitantes en algún grado–: SFM, migrañas y obesidad, con limitaciones orgánicas y funcionales, pero sin ser suficientes para la incapacidad laboral permanente, solo temporal en periodos álgidos de dolor. Presenta también algunos síntomas de síndrome ansioso-depresivo.

Estos datos confirman aspectos clave de la evidencia científica esbozada, aunque la práctica forense social la orille. De un lado, la prevalencia de mujeres jóvenes (la mayor intensidad se da entre los 38-45 años), aunque el umbral mínimo se rebaje un poco (la auxiliar de ayuda a domicilio tenía 32 años) y el máximo se eleve (aunque la fibromialgia prevalece en las mujeres entre 40-60 años). De otro, se confirma una trayectoria de bajas duraderas por IT, con dolores crónicos y de importante intensidad y frecuencia, perdiendo mucha calidad de vida. Finalmente, confirma que la migraña y la fibromialgia, relacionadas con el estrés y factores musculoesqueléticos, suelen darse conjuntamente. En el mismo sentido: SSTSJ de la [Comunidad Valenciana 1874/2020, de 26 de mayo](#) (dependiente –el INSS la considera exenta de estrés–); o [Castilla y León/Valladolid de 25 de marzo de 2021 \(rec. 1334/2020\)](#) (embaladora de pizarra de 53 años) y de [17 de junio de 2021 \(rec. 262/2021\)](#) (mujer de 54 años que trabaja con personas con discapacidad).

Sin embargo, en los dos asuntos seleccionados para un estudio en profundidad del estado del arte interpretativo y calificador de las patologías feminizadas relativas a la migraña crónica (a veces una causa de despido por ineptitud sobrevenida) y a la fibromialgia, no está presente otro elemento que sí suele estar en el análisis científico-clínico: el carácter refractario a la mayor parte de los tratamientos (atenuantes al inicio, abriendo la tolerancia, pero terminando fallidos), psíquicos y farmacológicos, de ahí el alto consumo de analgésicos, que en ocasiones los informes periciales consideran «exagerados» (fuente de un daño psicofísico-social colateral). Pese a esta constatación científico-médica, la práctica administrativa se resiste, exigiendo agotarlos, incluso los alternativos y, por tanto, más inciertos e incluso de difícil acceso; también la judicial (por ejemplo, SSTSJ de la [Comunidad Valenciana 3644/2020, de 20 de octubre](#) –ordenanza municipal–; o [Cataluña 3444/2020, de 15 de julio](#) –trabajadora del cuerpo de gestión procesal–).

3. Doctrina judicial: ni por sí, ni conjuntamente, migraña y fibromialgia son, aquí, causas de IP absoluta, si acaso total

Para la [sentencia de la sala gallega de nuestro diálogo](#), la migraña y fibromialgia que sufre la joven auxiliar de ayuda a domicilio, confirmando la dictada en instancia, no sería constitutiva de incapacidad laboral permanente en ningún grado ex [artículo 194 de la LGSS](#). Por supuesto, eso sí, sin perjuicio de recordarnos que, en el futuro, si la evolución del estado patógeno de la trabajadora y su dolor crónico se hace más intenso, cabría la revisión. Ahora, tendrá que conformarse con la IT en los «periodos álgidos». La sala no tiene a bien modificar el relato de hecho conforme a otros informes periciales presentados por la defensa de la trabajadora, en los que se informaría de una:

[...] clínica compatible con un síndrome ansioso depresivo asociado a un cuadro de dolor crónico generalizado de larga evolución (desde el 2017) con 18 puntos (+/18) de dolor (puntos-gatillo), con múltiples tratamientos y mejoría solo parcial, incluso con la toma de opiáceos. Con historial de torticolis congénito que se ha agravado debido a los movimientos continuados que ha de realizar en su trabajo. La paciente no estaría, pues, capacitada para el desarrollo de su actividad laboral como cuidadora de personas mayores.

Para la sala, debe prevalecer la valoración de la instancia del dictamen del EVI sobre la prueba pericial de parte.

Algo más benévola es la [sala castellanomanchega de nuestra glosa](#), porque negará que concurren las razones que permitirían calificar las dolencias de la agente comercial como IP absoluta, que es la petición principal, pero sí deben ser calificadas como IP total. En efecto, tanto consideradas ambas aisladamente, como si la migraña y la fibromialgia se valoran «de forma conjunta, y sin perjuicio de una posterior agravación», pese a que la trabajadora ya acredita una afectación máxima del SMF (18 puntos-gatillo), no tendrían el efecto incapacitante pretendido. El dolor crónico general, localizado esencialmente en zonas musculares, tendinosas, articulares, estaría en un estadio moderado, no severo. Por tanto, no acredita imposibilidad para el desarrollo adecuado de cualquier ocupación, sino solo para la profesión actual. Los denominados puntos-gatillo (puntos dolorosos), que en el cuerpo humano totalizan 18, serían solo un método de diagnóstico de la fibromialgia, pero no determinarían, *per se*, el grado de incapacitación de cada persona que la padece, aun en su máxima intensidad. En suma, la incapacidad laboral depende de la disfunción laboral, no de la gravedad de la dolencia.

Concretamente, atendiendo a la «[Guía de valoración profesional](#)» del INSS, tanto las dolencias como las secuelas padecidas sí inciden de forma directa en el desarrollo de las principales funciones que configuran y definen su ocupación de agente comercial. Las funciones implican unos requerimientos físicos (visión; agudeza y campo visuales), así como «una carga

mental de grado 3», junto con una carga biomecánica traducida en la necesidad de bipeDESTACIÓN dinámica, así como en la concurrencia de permanentes sobrecargas cervicales y de los miembros superiores e inferiores, que quedan altamente «mediatizadas y limitadas por las dolencias físicas y psíquicas padecidas». Por lo tanto, se le reconoce el derecho a una pensión de IP total equivalente al 55 % de su BR (BR: 1.016 €), esto es, la pírrica cantidad de 558,8 euros. Pese a estar en una edad cercana, no hay pronunciamiento alguno en torno a la eventual mejora prevista para la modalidad de «IP total cualificada socialmente» en el [artículo 196.2, párrafo segundo, de la LGSS](#) (incremento del 20 % «cuando por su edad, falta de preparación general o especializada y circunstancias sociales y laborales del lugar de residencia, se presume la dificultad de obtener empleo en actividad distinta de la habitual anterior»).

4. Trascendencia jurídico-social: subestimación, infravaloración y continua falta de perspectiva de género en la calificación de migrañas y/o SFM

4.1. ¿Rectificación regresiva o normalizadora?: pasos atrás en la doctrina judicial e imposibilidad (fáctica) de unificación de doctrina

Aun con fallos parcialmente diferentes, uno algo más benévolo que otro, ambos son el fiel reflejo de una orientación muy rígida en la aplicación de la normativa reguladora de esta cuestión calificadoradora ex [artículo 194 de la LGSS](#). Y es que en ambos pronunciamientos se refleja, en el segundo incluso de forma explícita, un cierto cambio de orientación por parte de la doctrina judicial en este ámbito. En los albores de este siglo, todavía había un significativo número de decisiones judiciales que, con un doble fundamento, jurídico (precedentes) y científico (criterio diagnóstico del American College of Rheumatology, de la década de los años noventa del siglo pasado: un mínimo de 11 puntos de dolor permite reconocer una IP total, en ciertos casos), asumía el criterio objetivado de los puntos-gatillo.

Sería el caso, por ejemplo, de la [STSJ de Madrid de 27 de febrero de 2006 \(rec. 118/2006\)](#) (cita otros precedentes de la propia sala). Asimismo, podemos encontrar, en aquel tiempo, otra línea de doctrina judicial que relativizaba incluso este criterio diagnóstico, de modo que reconocía una IP para las fibromialgias inespecíficas, esto es, las diagnosticadas no solo al margen de su gravedad (severidad), sino incluso de una repercusión funcional intensa sobre la capacidad laboral. En estos casos prevalece la constatación de un cierto (ni siquiera máximo) umbral de puntos-dolor, sumado a otras circunstancias, como el historial de dolor (por ejemplo, [SSTSJ de Madrid de 6 de marzo de 2006, rec. 5594/2005](#) –cita otros precedentes–, y [Cantabria de 17 de abril de 2007, rec. 268/2007](#) –que hace lo propio–).

Ahora bien, progresivamente, estas corrientes interpretativas desaparecieron. Tras una revisión, no impuesta en unificación de doctrina por su imposibilidad declarada (por ejemplo, Autos del TS de [3 de noviembre de 2021, rec. 994/2021](#), y de [27 de octubre de 2021, rec. 3891/2020](#) –ambos para situaciones relativas a SFM de trabajadoras de distintas profesiones–), sino por la convergencia de las doctrinas de suplicación, el estado del arte interpretativo viró a favor de aplicar de forma estricta el [artículo 194 de la LGSS](#) y su doctrina jurisprudencial más general o común, según la cual prima en la calificación el impacto en las capacidades laborales y no la severidad de la enfermedad origen de aquellas. La cita sería larguísima, por lo que bastará una muestra ilustrativa de las últimas, como la [STSJ de Madrid 295/2020, de 27 de mayo](#) (rechaza la IP absoluta pedida por una teleoperadora con migraña crónica del tipo SUNCT, pero reconoce una IP total: 476 € –55 % de 867 €–), o la [STSJ de Castilla y León/Valladolid 455/2021, de 29 de septiembre](#) (confirma la IP total –989 €: 55 % de una BR de 1.799 €–, para una enfermera de 50 años –lumbalgia, migraña, trastorno adaptativo y depresión–)³.

Cierto, puede pensarse, conforme a la mayoría de la doctrina científica, que se trata de una corrección debida, en virtud del recto entendimiento clásico del [artículo 194 de la LGSS](#). Ni la determinación de incapacidades laborales se presta a criterios automáticos de calificación, ni el loable intento de objetivación matemática del dolor podría ser un criterio determinante. Tampoco el puro historial (larga duración) del sufrimiento ni su carácter eventualmente definitivo (por ser refractario a tratamientos).

Ahora bien, no menos cierto resulta, a mi entender, que tal lectura restrictiva y normalizadora omite por completo la relevancia del criterio hermenéutico de sexo que prevalece en este ámbito de cuestiones calificadoras de las incapacidades laborales, que no debe agotarse en el ámbito de las contingencias profesionales. La obligada relectura del [artículo 194 de la LGSS](#) y su normativa reglamentaria a la luz del canon de sexo-género exige modular este enfoque refractario a criterios más generales y objetivados, so pena de crear más de una brecha de género en esta rama de pensiones, vinculando la diligencia debida en materia de equidad de sexo a las entidades gestoras y a la autoridad judicial. No solo en el ámbito empresarial, como suele asumirse⁴, debe jugar estas exigencias para evitar actuaciones que pueden terminar creando discriminaciones indirectas por razón de sexo. La evidencia científica y la prueba estadística así lo requieren, pese a una total invisibilidad o ignorancia, no ya solo infravaloración, en la experiencia forense.

³ Por ejemplo, SSTSJ de Castilla y León/Valladolid de [27 de septiembre de 2021 \(rec. 1005/2021\)](#) (confirma la IP total para una costurera de 43 años, en régimen de trabajadora autónoma) y de [17 de junio de 2021 \(rec. 262/2021\)](#) (confirma la IP absoluta –unos 715 €– a una trabajadora de 54 años y cuidadora de personas con discapacidad), etc.

⁴ Vid. [Montoya Medina \(2020\)](#).

4.2. Pese al aumento de casos, y el lento avance del reconocimiento de la IP total, la subestimación sigue siendo la posición dominante

En otro caso parece claro que la tendencia de política jurisdiccional del derecho de Seguridad Social en la rama de pensiones por IP más general será la desestimatoria (por ejemplo, citadas SSTSJ de la [Comunidad Valenciana 3644/2020, de 20 de octubre](#) –rechaza la IP total para ordenanza municipal con SFM asociado a migraña crónica–, y [Cataluña 3444/2020, de 15 de julio](#) –para trabajadora del cuerpo de gestión procesal, síndromes depresivos con migrañas de larga evolución y respuesta negativa a múltiples tratamientos–, o [La Rioja 71/2020, de 18 de junio](#) –vendedora de ropa en régimen de autónomos/as; la migraña converge con procesos depresivos, dolores articulares y proceso oncológico–, entre otras muchas). Por lo tanto, en la mejor de las hipótesis, la expectativa de justicia social en este ámbito se agotará, en la práctica totalidad de los casos, en que las mujeres obtengan una IP total. El crecimiento exponencial de las demandas por este tipo de dolencias para su reconocimiento de una pensión de IP no va seguido, pues, de un incremento de las estimaciones, pese al gran eco mediático que tienen los –escasos– supuestos de éxito máximo –reconocimiento de una IP absoluta–, sino que, a lo más, muestra un lento avance de las IP calificadas genéricas (ni siquiera las calificadas).

Este sería el caso de la [sentencia castellanomanchega analizada](#), o el de otras muchas dictadas –con creciente profusión– en los 3 últimos años. En la jurisdicción del TSJ de Madrid destacamos la ya citada [Sentencia 295/2020, de 27 de mayo](#), y en la del de Castilla-La Mancha de interés también su [Sentencia 252/2020, de 20 de febrero](#) (reconoce, tras revocar el rechazo en la instancia, una IP total a una peluquera autónoma, adverando la importancia de los padecimientos psíquicos –orillados por la instancia, como en tantas ocasiones en múltiples fallos, igualmente de suplicación–, hasta el punto de considerar que solo será apta para trabajos sin estrés –difícil le pone, entonces, encontrar otro trabajo–). A veces, más de las que se debieran, la trabajadora se encontrará con la gran frustración de ver cómo, tras un largo proceso judicial (recuérdese que estos asuntos no gozan de prioridad alguna, y a veces se demoran años), vuelve a la casilla de salida: la suplicación revoca la decisión de instancia que le reconoció el máximo grado de IP.

Entre otras, destaca la [STSJ de Madrid 708/2020, de 1 de octubre](#). En este caso, una trabajadora de ayuda a domicilio con 54 años, a la que se le había reconocido la IP total (515 €), con un cuadro clínico complejo y doloroso (problemas de movilidad y articulares, típicos de la profesión de ayuda a domicilio, mayor a una determinada edad; migraña crónica, SFM, trastorno adaptativo; discapacidad del 39 %) y tratamientos agresivos (tratamiento botulínico), vio truncado su derecho, tras recurrir –como siempre– el INSS. La sala exhibe una lectura en extremo rígida de la doctrina jurisprudencial. De un lado, al contrario que la instancia, no considera agotada la eficacia de los tratamientos, de modo que siempre queda la IT para los periodos más álgidos de dolor. De otro, en cuanto al estado de ánimo deprimido, valora que igualmente es susceptible «[...] de tratamiento farmacológico y psicoterapéutico». Por

tanto, no puede calificarse la situación en grado alguno de IP (FJ 2.º). Como vemos, la sala tiene una visión de «cuasi heroínas humanas» de quienes padecen estas dolencias, siempre resistentes y esperanzadas en tratamientos (¿tendrá algo que ver que la mayoría son –resignadas– mujeres?).

Un estudio detenido de la experiencia judicial, realizado, pero que no podemos exponer con detalle, evidencia que este enfoque de exigencia expresa o implícita de un «plus de resiliencia», además de «lucha por el derecho de justicia equitativa», está muy presente en decenas de decisiones de esta guisa. Por supuesto, la experiencia forense es extensa y hallamos casos de toda clase.

En efecto, no faltan supuestos en los que la migraña o la fibromialgia actúan como patógenos que permiten pasar de IP total a IP absoluta. Por ejemplo, por citar un caso reciente, de interés la [STSJ de Castilla y León/Valladolid de 8 de marzo de 2021 \(rec. 1815/2020\)](#). En el caso –paradójicamente– es hombre, de profesión visitador médico, con graves problemas visuales, agravados con migraña crónica, pasó al 100 % de la BR (2.851,41 €). ¿Tendrá algo que ver esta condición de varón? Sea como fuere, lo cierto es que la mayoría de las decisiones tienen un signo de rechazo, con un resultado más negativo para las mujeres por su prevalencia. Sería el caso de la [STSJ de Cantabria 730/2021, de 5 de noviembre](#) (ni la migraña ni la fibromialgia imposibilitarían a la trabajadora, reparadora de vehículos a motor, en régimen de autónoma, realizar su profesión⁵). O la [STSJ de Castilla y León/Valladolid de 21 de enero de 2021 \(rec. 1170/2020\)](#) (cuadro de asma e hipoacusia de teleoperadora con migrañas, para la que la posibilidad de seguir conversaciones y el adecuado control del dolor mediante inyecciones de toxina botulínica y bajas por IT en periodos álgidos serían suficientes).

4.3. De la subestimación a la infravaloración protectora: ¿se crean «bolsas de pobreza pensional femenina» en la rama de IP?

Quienes tengan la amabilidad de leer estas páginas y prestar atención a ciertos datos deslizados en el texto pueden preguntarse: ¿por qué el dato de la BR? Quienes conocen la

⁵ En la misma línea de rechazo de todo grado de IP, aun con un formidable despliegue teórico sobre las diversas posibilidades de reconocimiento, y una síntesis de los diversos supuestos (2018-2021) en los que ha venido reconociendo, o denegando, situaciones de incapacitación según los niveles de fibromialgia y sus patologías asociadas, de gran interés doctrinal las SSTSJ de Cantabria [660/2021, de 15 de octubre](#) (FJ Único), y [312/2021, de 30 de abril](#). La [STSJ de Cantabria 748/2021, de 11 de noviembre](#), niega todo grado de IP en el caso de una comercial de seguros, puesto de inspectora (con una alta BR), porque el trastorno alimentario está estable y la migraña crónica no sería suficientemente incapacitante. Conforma su doctrina a modo de derecho de precedentes, si bien orientativos, no vinculantes, lógicamente, sirviéndoles de pauta que intenta llevar mayor certeza en un terreno que, como reconoce expresamente, es dominio de la «ley del caso concreto». *Vid.* [STSJ de Cantabria 532/2021, de 13 de julio](#) (aunque en este caso sí reconoció la IP total a una trabajadora de ayuda a domicilio).

Seguridad Social lo saben. La reducida cuantía para la pensión de IP total en general tendrá un efecto multiplicador del déficit de protección económica por el impacto de la brecha retributiva de género: las bases reguladoras serán, normalmente –no siempre⁶–, más bajas que las de los hombres (brecha de género en pensiones por IP absoluta derivada de la brecha retributiva).

En consecuencia, incluso en los –escasos– supuestos de éxito judicial (IP total), el resultado alimenta una bolsa de pobreza femenina pensional por IP total. No por casualidad la pensión media por IP común para personas de 60 años es de 508 euros/mes (unos 7.120 €/año). Por lo tanto, del problema de la subestimación de las patologías de mayor incidencia femenina como incapacitantes (sesgo de sexo) pasamos a la infravaloración protectora, esto es, el déficit de protección económica que lleva a alimentar las brechas de género (redundan o no en auténtica discriminación indirecta por razón de género). También la edad prevalente de los casos que llegan a los tribunales perjudicará esta protección: la máxima intensidad del dolor llega antes de los 55 años, por lo que, dada la interpretación restrictiva reglamentaria del [artículo 196.2 de la LGSS](#), ni siquiera comparece, con la mínima frecuencia que debiera, la modalidad de IP total cualificada. Por ello, incluso si se tratara de IP absoluta –rara vez, se insiste–, tampoco se corregiría esta insuficiencia, a raíz del efecto de la brecha retributiva en el mercado laboral. Aunque, lógicamente, percibir el 100 % de la BR significaría una mejora protectora significativa⁷.

Los ejemplos son múltiples. La [STSJ de Madrid 295/2020, de 27 de mayo](#), reconoció el 55 % de 867,26 euros/mes. La [STSJ de Asturias 2050/2019, de 18 de octubre](#), expresión de una política jurisdiccional, minoritaria, pero creciente, revisora de decisiones de instancia tan restrictivas que niegan todo grado de IP, reconocerá a una administrativa (migraña crónica, trastorno adaptativo depresivo, dolor diario, tratamiento botulínico fallido, aun intentado pese al temor que generaba) una pensión de 857,45 euros/mes. No en primera instancia, que solo reconoció la IP total, sino tras el recurso, que declaró una IP absoluta. El INSS, siguiendo la propuesta del EVI, no reconoció grado alguno de IP. Para la sala, el carácter diario de la migraña y el trastorno psíquico constituyen una IP absoluta (FJ 4.º).

⁶ Por ejemplo, en el caso de la [STSJ de Cataluña 849/2021, de 10 de febrero](#), la BR de la trabajadora era de 2.500 euros, por lo que la IP absoluta se situaba claramente muy por encima de la media, por supuesto también del salario mínimo interprofesional.

⁷ Por ejemplo, [STSJ de Castilla y León/Burgos 45/2021, de 18 de febrero](#) (auxiliar de enfermería geriátrica, de 58 años), revoca la sentencia de instancia que no reconoció ningún grado y declara la IP total (BR: 785,58 €/mes). La [STSJ de Castilla y León/Valladolid de 9 de noviembre de 2017 \(rec. 1120/2017\)](#) reconoce una IP absoluta a la trabajadora con «síndrome de sensibilidad química múltiple» (exposición limitada a productos químicos o ambientales en los que existan ciertas partículas o sustancias); síndrome de fatiga crónica de grado III; fibromialgia grado II; síndrome de sensibilidad central; y trastorno ansioso-depresivo y adaptativo secundario a patología somática. O el caso de la [IP absoluta reconocida a la gerente de 30 años que padecía fibromialgia, junto a otros padecimientos psíquicos](#).

En línea análoga, la [STSJ de Asturias 1416/2019, de 26 de junio](#), para una trabajadora autónoma (ganadera), revocó la sentencia de instancia, que negó todo grado de IP –aún había margen para los tratamientos, pese a lo fallido de los intentados durante un largo tiempo, como reprobó la sala–, para reconocer el –cada vez más típico– grado de IP total⁸. ¿Cuánto de protección real asegura este «éxito judicial»? La «friolera» pensión del 55 % de una BR de 758 euros/mes, es decir, inferior a una pensión no contributiva. ¿El problema es solo para las trabajadoras autónomas, que cotizan por bases mínimas en su mayoría, como se sabe⁹? No. Ya hemos visto que es general, también para las trabajadoras por cuenta ajena y en trabajos feminizados. Sería el caso de la [STSJ de Madrid 708/2020, de 1 de octubre](#), para trabajadoras de ayuda a domicilio, o el de la [STSJ de Castilla y León/Burgos 45/2021, de 18 de febrero](#), para una auxiliar de enfermería geriátrica, de 58 años –en este caso sí jugó la IP cualificada–. También reveladora la [STSJ de Cantabria 648/2021, de 8 de octubre](#), que reconocerá la IP total a una esteticista, con una BR de 600 euros/mes¹⁰.

Cierto, no cabe olvidar que en el ámbito de la IP total jugará el régimen de favor hacia las compatibilidades –de la pensión con otro empleo–. Pero no menos cierto es que seguirán las dificultades: los obstáculos para hallar un nuevo empleo, más a partir de los 50 años, de un lado; la menor retribución probable, por la brecha retributiva, de otro. Estos factores reales deberían tenerse en cuenta por la ley (con una inclusión expresa de mejora de la norma hoy prevista para IP total cualificada) o, en tanto aquella llega, por la doctrina judicial y jurisprudencial, obligada a reinterpretar las normas conforme al canon de género (igualdad de resultados entre sexos-géneros), también en la rama de pensiones por IP y respecto de dolencias muy dolorosas e incapacitantes como resultan, en la realidad, las migrañas crónicas y/o las fibromialgias.

⁸ La sentencia confirma la evidencia científica: «los múltiples fármacos lejos de mejorar la situación parecen contribuir a la perpetuación» (FJ 4.º).

⁹ En este mismo ámbito, de interés la [STSJ de Castilla-La Mancha 1003/2019, de 27 de junio](#): reconoció una IP total a una trabajadora, masajista y esteticista, también autónoma, con fibromialgia y migraña crónica, por una BR de 735 euros/mes (FJ 2.º). Refiere a la «[Guía de valoración profesional](#)» del INSS, 3.ª edición, 2014, código CNO-11:5812, Especialistas en tratamientos de estética, bienestar y afines (incluidos masajistas no terapéuticos), pp. 642 y 643; con importante requerimiento de bipedestación estática (3/4), y carga biomecánica a nivel de columna cervical y dorsolumbar (3/4), y en menor medida pies y tobillos (2/4). La [STSJ de Cantabria 617/2021, de 29 de septiembre](#), reconoció una IP total a una auxiliar administrativa del 55 % de una BR de 818,93 euros.

¹⁰ O la [STSJ de Cantabria 411/2021, de 3 de junio](#), que confirma la IP total para una trabajadora, vigilante de comedor escolar, que sufre migraña crónica, en un cuadro clínico de pérdida de agudeza visual. En este caso, la BR es de tan solo 742,26 euros/mes. Evidentemente, aquí tendrá que desempeñar su función protectora la técnica de solidaridad correspondiente a los complementos por mínimos, lo que explica también la alta sobrerepresentación de las mujeres (efecto asistencial feminizado de la protección «contributiva»).

4.4. Una tercera deficiencia protectora: los desajustes entre la calificación de seguridad social (IP) y laboral (ineptitud sobrevenida)

Pero el déficit de protección, en la práctica, es mayor. Hay una tercera deficiencia protectora derivada del desajuste entre la calificación de seguridad social (incapacidad laboral) y laboral (ineptitud). La visión restrictiva en la calificación de ciertas dolencias con prevalencia femenina como causantes de algún grado de IP contrasta con una cierta visión amplia de la causa extintiva relativa a la ineptitud sobrevenida ([art. 52 Estatuto de los Trabajadores –ET–](#)).

En consecuencia, la inexistencia de mayores conexiones (como podría venir de un mayor desarrollo del [art. 25 Ley de prevención de riesgos laborales](#) y, por tanto, de las políticas de adaptación de los puestos de trabajo a las situaciones de las personas), o de situaciones intermedias de protección, hace especialmente gravosa la situación¹¹. Ciertamente, en la medida en que en este ámbito están en juego derechos fundamentales (arts. 14 y 15 Constitución española, en relación con un sistema multinivel de protección muy potente, tanto en el seno del derecho de la Unión Europea como en el de la Constitución social de Europa, la [Carta Social](#)), la doctrina judicial y jurisprudencial podría desplegar una determinante función correctora aplicando una doble perspectiva de género y salud en los entornos laborales. Un buen ejemplo de ello es, aunque en aspectos diferentes, la [STSJ de Cataluña 4380/2021, de 14 de septiembre](#) (como [se comentó en el número de noviembre](#), declara la nulidad del despido de teleoperadora de baja por IT –en este caso espondilosis, por tanto, un tipo de dolencia muy diferente a las aquí tratadas: se trata de la patología derivada del desgaste cervical y lumbar por la edad–, al tratarse de una política de empresa que estigmatiza las bajas por enfermedad).

Sin embargo, lamentablemente, no encontramos tampoco una reacción judicial acorde con estas exigencias. Ilustrativa resulta la [STSJ de La Rioja 111/2020, de 3 de septiembre](#). En este asunto, la trabajadora (auxiliar de enfermería) fue contratada para prestar servicios como cuidadora y en el turno de noche (de 23:00 a 8:00 h). En horario diurno (turnos de mañana y/o tarde), el personal técnico lo hace en el puesto de «auxiliar especializado» y ostentan la categoría de auxiliares educativos.

La trabajadora (temporal y parcial) sufre migraña crónica refractaria al tratamiento con toxina botulínica. Mediante informe médico se recomienda evitar el turno de noche. Presentada a la empresa la solicitud de un cambio de turno, pasando al diurno, por causa médica,

¹¹ Las SSTS de [2 y 10 de julio de 2012](#) (recs. 3256/2011 y 2900/2011, respectivamente) recuerdan, además, que la profesión habitual:

[...] no se define en función del concreto puesto de trabajo que se desempeñaba, ni en atención a la delimitación formal del grupo profesional, sino en atención al ámbito de funciones a las que se refiere el tipo de trabajo que se realiza o puede realizarse dentro de la movilidad funcional.

se remite a vigilancia de la salud. A resultas del informe, que fue de apta con limitaciones, el servicio de prevención emitió otro donde aprecia ineptitud permanente para el conjunto de las tareas. De modo que fue despedida por ineptitud sobrevenida ex [artículo 52 del ET](#). Presentada la demanda, se declaró procedente por la instancia.

La sala de suplicación la revocará y declarará el despido improcedente, al entender que la empresa tenía un margen razonable de adaptación flexible de la organización a las circunstancias de salud de la trabajadora, a fin de facilitar «su recolocación en el turno de día, para cuyas tareas se encuentra perfectamente cualificada, y siendo que las dolencias que padece hacen de todo punto necesaria la evitación del trabajo nocturno» (FJ 5.º). En consecuencia, la sala asume la posición de la trabajadora, basada en el «principio de estabilidad en el empleo», primando el derecho a conservarlo. Pero, como es evidente, si declara la improcedencia y no la nulidad, el despido se consumará y solo quedará la tutela monetaria. Sin entrar ahora en profundidades, parece muy discutible esta doctrina y creemos que es un nuevo «ejemplo» de ausencia de la debida perspectiva de género a la hora de enjuiciar este tipo de situaciones, de gran prevalencia en la mujer.

4.5. ¿Y el «varón migrañoso» y/o con fibromialgia es visible judicialmente?: un reconocimiento más infrecuente, pero de mayor cuantía económica

Como ya se indicó, la prevalencia de la mujer en estas dolencias no descarta que haya casos de padecimientos por los hombres, que, naturalmente, también merecerán la protección del derecho de la Seguridad Social. Lógicamente, su visibilidad en estrados será notablemente menor, porque más reducida es su prevalencia. No obstante, aunque menos frecuentes que respecto de las mujeres, conociendo también amplias negativas¹², no pueden tenerse como raros los reconocimientos judiciales para ellos de una IP (incluso absoluta) asociada a migrañas y/o fibromialgia.

Por referirnos a casos recientes, la [STSJ de Asturias 1537/2021, de 6 de julio](#), confirma la IP absoluta, por contingencia común, a un trabajador de mantenimiento eléctrico y 44 años, del 100 % de su BR (2.013,36 €/mensuales) por una situación patológica con fuertes migrañas crónicas. En una línea análoga, su [Sentencia 1977/2021, de 13 de octubre](#), también reconocerá la IP a un conductor autónomo aquejado por fibromialgia, pero en este caso no en el grado absoluto, sino de total:

¹² Por ejemplo, rechaza el reconocimiento de esta patología como causa de incapacidad laboral la reciente [STSJ de la Comunidad Valenciana 646/2021, de 25 de febrero](#), en un caso de un trabajador con diversas patologías articulares (lumbalgias, cervicalgias), incluyendo una de migraña crónica y tratamiento con infiltraciones periódicas.

A la vista de tal exploración, y aun asumiendo que la medicación pautada para las dolencias padecidas por el actor es elevada, y que la misma no consigue paliar sus efectos, no podemos considerar que la situación que este presenta le impida el desempeño de toda profesión u oficio (FJ 5.º).

Por su parte, la [STSJ de Cantabria 263/2021, de 16 de abril](#), reconoce una IP absoluta del 100 % de su BR (1.917,79 €) a un trabajador (también conductor de camiones) con cefaleas a diario, con importantes dolores de cabeza y mareos, sin respuesta a los múltiples cambios de tratamiento. También está diagnosticado de migraña con aura y padece lapsus de memoria. El actor sufre una sintomatología ansioso-depresiva, como irritabilidad, crisis de pánico, astenia, tristeza, aislamiento, falta de intereses, apatía y abandono de actividades habituales. Tuvo un episodio de riesgo autolítico. La patología psiquiátrica presenta una mala respuesta al tratamiento.

En fin, aunque con notable menor prevalencia, tampoco los hombres quedaríamos extramuros del riesgo de padecer migrañas y/o fibromialgia. Eso sí, si tuviésemos que ir a los tribunales, y lográramos algún tipo de éxito judicial, siquiera fuese el de una IP total, la protección económica sería notablemente mayor que para las mujeres en los mismos o análogos casos. Dado que su prevalencia en estas situaciones es muy elevada, parece igualmente claro que el resultado es una profunda fractura de protección, alimentando no solo brechas de género en pensiones por IP, sino también inquietantes «bolsas de pobreza femenina pensional», que la vigencia efectiva del nuevo complemento de reducción de la brecha de género ([art. 60 LGSS](#)), también aplicable a las pensiones por IP, no está en condiciones de cerrar. En consecuencia, se necesitarán «nuevas baladas», nuevos fragmentos, de derecho (justo) de la Seguridad Social con perspectiva de género, sea de derecho legal (hoy sometido a profundas reformas, pero sin asumir la transversalidad de esta perspectiva), sea vivo (derecho jurisprudencial).

