



Marzo 2022

## **SER Y ESTAR COMO MUJER EN EL MERCADO DE TRABAJO: CLAVES DE ACTUALIDAD («POSTPANDEMIA») Y REALIDAD (SISTÉMICA) JURÍDICO-SOCIALES**

**Cristóbal Molina Navarrete**

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Jaén.  
Director académico de la [Revista de Trabajo y Seguridad Social](#). CEF*

«La actualidad [...] no es algo que se "tiene" o algo que se "hace" sino algo que se "es" [en que se "está"]. La actualidad no es algo extrínseco [...] sino algo intrínseco a lo real [...]. No es un hacerse presente por sí mismo, sino un estar presente desde sí mismo por el mero hecho de ser real.»

X. Zubiri (*Espacio, Tiempo, Materia*)

**1.** Nadie duda de que la conmemoración y/o celebración del Día Internacional de la Mujer (8M) otorga a las mujeres una particular «actualidad». Con tan señalada efeméride mundial se «hacen visibles» sus problemas, sus persistentes dificultades de todo tipo para normalizar, para «hacer real» la igualdad de resultados (una vez que la igualdad de trato y de oportunidades está reconocida mediante la representación al máximo nivel normativo de la igualdad de sexo-género) entre ellas y los hombres (nosotros). Pero también, sus avances, los nuevos logros en la consecución efectiva de tal objetivo de igualdad, enfatizándose los nuevos retos, oportunidades y capacidades para progresar más y más deprisa en ese objetivo. A veces, como en esta ocasión, también sirve para insistir en la «realidad» de ciertos retrocesos (ej. la brecha retributiva parece haberse hecho una auténtica «zanja retributiva de género» con la pandemia, según otro [estudio sindical](#)) por el efecto de la aún presente crisis pandémica (sanitaria, económica y sociolaboral).

Pero, a menudo, se tiene la percepción de que promueve una «actualidad falaz». «Desde el alba del pensar occidental europeo hasta hoy ser quiere decir lo mismo que [...] estar presente», escribía Heidegger (*Tiempo y ser*). Sin embargo, la sucesión de Días Internacionales de la Mujer da presencia a los modos predominantes de estar (desigual) de las mujeres en la vida social (claves por el trabajo de cuidar o reproductivo) y económica (devaluada por su peor situación promedio respecto de la de los hombres en el trabajo productivo), haciendo irreal su ser (igual). Aflora aquí la **sugerente distinción del insigne filósofo español Zubiri**, entre «actualidad como sucesión de actuares concretos» (cosas que tienen actualidad y/o que se hacen actuales) y «actualidad como realidad presente normalizada» (cosas que están presentes de forma continuada desde su misma esencia o valor –lo que vale en sí mismo–).

La dialéctica «actualidad-realidad» me parece interesante para comprender mejor lo que, en términos más fácilmente inteligibles, los jurídicos, representa ese profundo y continuo abismo abierto entre el «deber ser normativo» en materia de igualdad de género (su reconocimiento como derecho humano fundamental) y el ser real (falaces garantías, al sucederse constantemente concretas decisiones que dan actualidad-visibilidad a esta cuestión social, pero no actualizan la realidad de una igualdad de resultado normalizada). Los Días Internacionales dedicados a la mujer (en general todos ellos) sirven bien para dar «actualidad» como sucesión de actuares, decisiones (leyes, medidas, etc.), prácticas y experiencias (incluso «baladas» de justicia social de género), así como para «buenos propósitos» en el futuro inmediato, pero año tras año hay que reeditarlas en la conmemoración correspondiente porque no termina de proyectarse tanta «actualidad» de la cuestión de género en una «realidad formalizada», en una normalidad institucional y social. Para dar mayor concreción a esta «razón comprensiva» (teórica), evitando la abstracción, ofrezcamos algunos ejemplos (razón práctica).

**2.** Empecemos por ilustrar estos desfases entre «actualidades» de la lucha a favor de la igualdad de sexo (dimensión biológica) y género (diferencia que se construye social y culturalmente sobre aquella) y «realidades» que las neutralizan (la brecha permanece) con la «diferencia invisible de sexo-género que duele», la relativa a la seguridad y salud, en la vida en general, y en los entornos de trabajo en particular. De forma innovadora, el **punto 4 del Anexo del Real Decreto 901/2020, de 13 de octubre**, sobre los planes de igualdad, explicitaba (actualizaba) la obligación de incluir en los diagnósticos una evaluación de las condiciones de trabajo con un enfoque de género. ¿Cuál es la realidad? Los planes de igualdad –aunque aumenta el ámbito de empresas obligadas– siguen siendo minoría (**apenas 20 % de las obligadas a fecha de hoy** –entrada en vigor de la obligación para las de más de 50 personas trabajadoras–) y los registrados orillan, en su mayoría, la dimensión de salud laboral.

En este enfoque de contrastes es llamativo que, siendo 2022 el año en que rige el **cambio de calificación por la Organización Mundial de la Salud del síndrome del burnout**, pasando de «problema relacionado con la dificultad en el control de la vida» (CIE-10, Z73.0) a

«problema de salud relacionado con el empleo» (CIE-11, QD85), crezcan las evidencias del alto coste psicosocial en profesiones feminizadas, como enfermería, de la pandemia: **el 85 % padece estrés laboral, el 40 % burnout**. Y en aquellas donde hay una presencia más equilibrada de hombres y mujeres, dentro del sector sanitario, como la medicina, se ha sabido que la condición de mujer provocaría, antes de la pandemia, **mayor prevalencia de los suicidios**. Dato relevante, porque, con carácter general, el suicidio como riesgo psicosocial ([Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sala Tercera, de 18 de enero de 2022 –Case of Lyubov Vasilyeva v. Russia , demanda 62080/09](#)) suele ser-estar prevalente en los hombres.

Todo llevaría a extremar la diligencia debida en la gestión preventiva de estos factores de riesgo profesional con enfoque de género, de conformidad con el renovado sistema normativo-institucional en tal sentido. Y así lo pareció entender y alentar la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia –[STSJ– de Madrid 222/2021, de 23 de marzo](#), que incluía de forma expresa en la política preventiva de riesgos profesionales del Sistema de salud madrileño no solo la fijación de cargas de trabajo, para prevenir la sobrecarga y el agotamiento, sino una *ratio* razonable de plantilla para afrontarlas. Pero ese «gozo parece ir al pozo» con la [Sentencia del Tribunal Supremo 50/2022, de 19 de enero](#), que aun consciente del incumplimiento de típicas obligaciones preventivas, considera que no incluye ni las cargas de trabajo ni una *ratio* de plantilla.

No mucho más halagüeña, pese a los avances, es la situación real en los dos ámbitos tradicionalmente incluidos en los planes de igualdad y de prevención de riesgos: la protección de la condición biológica de maternidad, de un lado, y la violencia y el acoso por razón de sexo y género, de otro. No volveré aquí sobre la cuestión de la maternidad, «cuna de todas las brechas de género», pese al aumento notable de las decisiones, medidas y recursos a favor de una mayor conciliación corresponsable. [La mirada del pasado 3 de marzo se dedicó a ello](#). Tampoco lo haré con la violencia de género en el trabajo. En su faceta de actualidad de avances en la lucha judicial por el derecho a un entorno laboral libre de violencia sexual, con medidas preventivas y reparadoras-disuasorias, [la magistrada especialista Glòria Poyatos nos ofreció la mirada innovadora de la STSJ de Canarias/Las Palmas de 10 de febrero de 2022](#) (relectura de la prescripción, para facilitar la tutela). La visión de una realidad que hace vivir esa lucha usualmente en estrados más como «viacrucis» (victimización secundaria) la ofrecí también [el 3 de marzo](#). Aunque las [noticias](#) en tal sentido no han cesado de crecer con posterioridad. Las expectativas abiertas de mejora por la decisión constitucional anunciada en este ámbito, así como por la –demorada– ratificación del [Convenio 190 OIT](#) son muchas.

**3.** El escenario de tensión y contrastes entre una sucesión de actualidades que nos anuncia que se avanza y una realidad que desvela que el ser-estar iguales en resultados que los hombres en el mercado de trabajo (y en la protección social) se resiste, incluso en ciertos aspectos retrocede, sigue la misma tónica respecto a la brecha de género más

visibilizada (aunque también existan minorías negacionistas): **la brecha retributiva**. Tan relevante es institucional y socialmente que incluso se ha independizado y tiene su Día Internacional (22F). La lógica satisfacción por comprobar que las continuadas subidas del salario mínimo interprofesional (SMI) en España ([el RD 152/2022, de 22 de febrero, lo sitúa en la simbólica cantidad de 1.000 €/mes](#), en 14 pagas –contrato a tiempo completo–), pese a las críticas (acientíficas) empresariales y del Banco de España, beneficia más a jóvenes y a mujeres, incidiendo en la reducción de la brecha retributiva, **la realidad dice que sigue estando por encima del 25 %** (en cuestión de cifras no hay total convergencia), según el Instituto Nacional de Estadística.

Si ponemos una lupa sectorial a los análisis de actualidad de la brecha retributiva general, veremos que, lógicamente, a mayor feminización de los sectores de actividad mayor es la brecha retributiva. Así sucedería, por ejemplo, con actividades como las sanitarias y de comercio, que concentran a más de dos millones de mujeres asalariadas (26,86 % y 25,81 %, respectivamente). Si al factor actividad (segregación horizontal) añadimos otros como la modalidad contractual (ej. temporalidad y parcialidad) y la jornada de trabajo, la brecha retributiva se multiplica, [según recientes estudios sindicales sobre datos de la Encuesta Anual de Estructura Salarial](#): 8,68 % con jornada a tiempo completo, 12,31 % a tiempo parcial. Un problema de brecha retributiva más visible y agravado en sectores donde se viene normalizando el uso y abuso del «trabajo externalizado abrumadoramente femenino» (ej. sectores de limpieza, ayuda a domicilio, centros residenciales, etc.), donde la calidad salarial y el derecho a una retribución igual a trabajo de igual valor [ex artículo 28 del Estatuto de los Trabajadores](#) (ET) brillan por su ausencia. De ahí que sean sectores en los que, tras la visibilidad social de las célebres «Kellys de hotel» (camareras de piso), ha cundido la movilización reivindicativa.

Muy interesante para el reconocimiento de la influencia del sustrato de realidad socioeconómica y cultural en la reinterpretación jurídica es [la Sentencia del TSJ del País Vasco 406/2022, de 1 de marzo](#). En ella se declara nulo el despido colectivo de trabajadoras de varias clínicas en el País Vasco, no solo por razones de legalidad ordinaria y de vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva y a la libertad sindical, sino también por su impacto peyorativo desproporcionado en las mujeres, dado que es un sector muy feminizado. Así:

«**Si los despedidos [si las personas despedidas –habría que decir–] han pretendido reivindicar los derechos que restringen la diferencia entre el varón y la mujer y el despido incide mayoritariamente en el colectivo femenino nuestra conclusión vuelve a ser la declaración de nulidad del despido por esta nueva vía**» (FJ Noveno).

¿Más actuales «baladas de justicia social» en clave de género en la lucha por la corregir la brecha retributiva? Seguramente. Ahora bien, ¿dónde queda esa «bandera jurídica» de igualdad retributiva, con independencia de trabajar en la principal o en la subcontratada

si se trata de un trabajo de igual valor, en el actual [artículo 41.6 del ET](#), tras la reforma de 2021 y [que al movimiento «Kelly» descorazona?](#) ¿Para qué ha servido su lucha? Si, como está probado, la mayoría de las personas trabajadoras beneficiadas con el SMI son mujeres ¿por qué el Tribunal Supremo ignora esa perspectiva de enjuiciamiento a la hora de valorar si resulta o no compensable su aumento con los complementos de antigüedad? El resultado real de **la actual Sentencia del Tribunal Supremo 74/2022, de 26 de enero**, al establecer que sí son compensables, alimenta el riesgo de que la actualidad del aumento se vacíe de realidad práctica, sea puro papel mojado, delegando su corrección en los convenios. Además, lejos de cumplir con su deber de diligencia debida en materia de valoración de hechos y derecho con perspectiva de género (que a modo de mayor abundamiento suele reconocer en otros casos –como se señaló en la [entrada del día 3 de marzo](#)), **levanta un obstáculo para avanzar** en esa igualdad salarial, en detrimento de lo que manda el [artículo 9.2 de la Constitución Española](#) en relación con el [artículo 4 de la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres](#).

Más aún. ¿Dónde ha quedado la función correctora de las brechas retributivas con el renovado entramado normativo, institucional e instrumental de transparencia en materia salarial por el que tanto se apostó el año pasado ([RD 902/2020, de 13 de octubre](#))? La **Eurocámara** lo tiene muy claro. Celebra –como nosotros la nueva normativa a tal fin anticipada en nuestro país– la **propuesta de Directiva formulada por la Comisión sobre medidas vinculantes de transparencia retributiva**, pero subraya –con acierto– que: «**Por sí sola, la transparencia no será suficiente para corregir [...] desigualdades** de género profundamente arraigadas».

Incita a hacer más y mejor. En estos escenarios en los que los avances progresan tan lentamente, así como equívocamente, a veces incluso dan muestra de regresividad, es difícil no tener, a veces, la impresión de que [la reducción de las brechas viene más de la propia devaluación del salario promedio masculino \(cada vez también más precarizado\) que de un aumento real del salario promedio femenino](#). Ni que decir tiene que la única reducción asumible, hasta eliminar la nociva (social, económica y éticamente) diferencia de género, debe ser la que se produzca al alza, por el progreso de ambos sexos-géneros.

**4.** Paradójicamente, o sencillamente de forma contradictoria, en ocasiones, una mala técnica jurídica no solo arruina ese progreso hacia la igualdad de resultados, sino que la agrava. Hoy la actualidad, en cuanto actuar formalizado, en clave de la igualdad de protección la marca el reconocimiento ([Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea –STJUE– de 24 de febrero de 2022, asunto C-389/20](#)) del derecho a la prestación por desempleo de las empleadas de hogar. No me detendré en esta buena noticia. **Una especial y sugerente mirada nos la ofreció la profesora Miñarro Yanini.**

No parece que sea el único avance en igualdad de trato por razón de sexo que, en el ámbito de la Seguridad Social, se vaya a producir en un futuro inmediato, a través de un nuevo revés judicial comunitario corrector de las restricciones en tal sentido de nuestra legislación en materia. Así parece que sucederá si, como ha acaecido en el caso del derecho a la protección por desempleo de las empleadas de hogar, el Alto Tribunal europeo termina confirmando las [Conclusiones de la Abogacía General \(asunto 625/2020\)](#), según las cuales es una discriminación indirecta por razón de sexo no reconocer la compatibilidad entre diversas pensiones de incapacidad permanente en el mismo régimen de Seguridad Social, y sí hacerlo en caso de que traigan causa de regímenes distintos. En la [mirada jurídico-social crítica de ayer a las reformas en este ámbito a cargo de la profesora María Villar Cañada](#), se explicaba perfectamente.

Ahora bien, como aquella recordaba oportunamente, de nuevo la Eurocámara, respecto a las brechas de género en pensiones, derivadas a su vez de las brechas laborales, pero también de deficiencias de regulación institucional, advirtió que estamos ante otro «mal endémico» que, además, se resistiría incluso más (lo que ya es decir) que las brechas laborales a ser corregidas. De nuevo, por encima de la actualidad, la realidad se muestra más tozuda. Evidentemente, el reconocimiento del derecho a la prestación de la rama de desempleo exigirá la consiguiente cotización, pero lo cierto es que el colectivo de estas personas, uno de los eslabones más débiles de la cadena social y productiva, es **uno de los pocos que viene perdiendo cotizantes, estando en uno de los índices más bajos desde 2012**. Ni que decir tiene que las bases en estos casos van a las mínimas en su mayoría. Con carácter general, **la brecha de género en pensiones se mantiene por encima del 30% en España** (media europea). Si nos situamos **solo en la pensión de jubilación**, los hombres cobran de media, en 2021, **un 33 % más que las mujeres (1.371,82 € mensuales por 918,08 € –por debajo del SMI actual, pues, pese al aumento del 3 % en el caso de las mínimas en 2022–, respectivamente)**.

¿Corregirá de forma significativa y en un tiempo razonable esta brecha el nuevo complemento de pensiones rediseñado a tal fin por el nuevo [artículo 60 de la Ley General de la Seguridad Social –LGSS–](#)? No lo sé, aunque no lo creo. Ciertamente, este complemento **incrementa el número de mujeres beneficiarias casi un 60 % (algo más de 153.000 a 1 de febrero de 2022)** respecto del viejo –y aciago– «complemento de contribución demográfica», sucedáneo de aquellos viejos «premios de natalidad». Solo lo disfrutaban el 6 % de los hombres (unos 95.000). El coste tiende a neutralizarse, porque la cuantía es menor (cuantía fija de 28 €/mes –tras la revalorización– por hijo/a hasta un máximo de 4, asignados por 14 mensualidades –el importe medio mensual es de 62 €–). La diferencia es notable. Por varias razones, todas ellas institucionales. Primero, el precedente, tras la –poco afortunada desde un enfoque de igualdad de género– [STJUE de 12 de diciembre de 2019 \(asunto C-450/18\)](#), quedó abierto en «plena igualdad» a los hombres, agravando la diferencia real (*de facto*).

Es evidente este aserto. Si en el viejo –y pésimo técnicamente– diseño del artículo 60 de la LGSS la cuantía equivale a un porcentaje de la pensión (5 %, 10 % y 15 %, según el

número de hijos/as), por un hecho causante idéntico los hombres cobrarán, de media, un 33 % más. Segundo, porque si no fuese ya suficiente con este dislate, el Tribunal Supremo ha querido poner otro «ladrillo». Según este Tribunal ([Sentencia 163/2022, de 17 de febrero](#)), el «complemento de maternidad» se debe percibir con máxima retroactividad: no desde la sentencia comunitaria (ej. [STSJ del País Vasco 382/2021, de 2 de marzo: art. 32.6 Ley 40/2015](#)), tampoco 3 meses antes de la solicitud ([art. 53.1 LGSS](#)), sino desde que se accedió a la pensión que da lugar a ella y concurran los demás requisitos.

Difícil igualar este esperpento jurídico-social (con más gasto público se produce un notable agravamiento del problema –brecha– que se quería resolver, beneficiando más a quien más protección tiene ya por el sistema), a mi juicio una suerte de discriminación indirecta por razón de sexo. La justicia poética ha querido que, en los dos casos hasta ahora resueltos en tal sentido por el Tribunal Supremo, la retroactividad tan solo se concrete en los 3 meses anteriores a la solicitud del complemento, porque quien recurrió fue el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), confirmando las sentencias de instancia (que fijaron la retroactividad en 3 meses [ex art. 53 LGSS](#)). Pero no puede el INSS «tomarse la justicia institucional por su mano» y negarse a reconocerlo de forma contumaz. La [Sentencia del Tribunal Constitucional 152/2021, 13 de septiembre](#), amparó a un hombre que vio denegado judicialmente su complemento, pese a la jurisprudencia comunitaria. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea volverá a pronunciarse porque [la sala social gallega ha presentado una cuestión ante aquel](#) para que dilucide si tan recalcitrante negativa del INSS es solo un incumplimiento de su deber de diligencia debida en la gestión o una discriminación. Por cierto, el INSS ha sustituido el [Criterio Técnico 1/2020, de 31 de enero](#) por el [35/2021, de 2 de diciembre](#), por el que, respecto a la persona perceptora, revisa el complemento otorgado cuando se benefician ambos progenitores, y, respecto a los efectos, atiende al [artículo 53 de la LGSS](#) –retroacción de 3 meses desde la solicitud–, pero siempre que se soliciten después de la fecha de publicación de la sentencia del TJUE. El culebrón jurídico-social y el fiasco en términos de reducción de la brecha de género que representa seguirán.

Con un horizonte de análisis más amplio, las nuevas reformas anunciadas en el pilar 1 (pensión pública), como alargamiento del periodo de referencia para el cómputo de la pensión jubilar no es buena noticia para reducir la brecha de género en pensiones, si no se introducen los debidos factores correctores. Asimismo, el Consejo Económico y Social, en su [Dictamen 12/2021](#), relativo al anteproyecto de reforma del sistema de previsión social profesional (pilar 2: planes de empleo) reprocha que se ignore esta perspectiva de género en este nivel complementario. Ciertamente, en el pilar 0 estatal, el ingreso mínimo vital (IMV), sí se contempla este enfoque de género para la pobreza (ej. complementos para unidades monoparentales –mayoría por mujeres–). Pero [el IMV, 2 años después, apenas llega a una tercera parte de las unidades estimadas](#), por lo que su eficacia real para corregir la pobreza severa brilla por su ausencia.

En suma, la igualdad real sociolaboral, cada vez más actual, avanza. Pero, como siempre, lo haría «empujando entre **tensiones** (contrastes y antinomias)» inacabadas, seguramente, inacabables (ahora el propio movimiento feminista se divide y hasta ve con recelo el ascenso de otro, en parte convergente, en parte divergente, **la revuelta transgénero contra la identidad dual de género**). En todo caso, el 8M es un tiempo para celebrar (¿o mejor solo conmemorar?), aunque habría que hacer que todos los días del año fuesen 8M, para que la aumentada actualidad de presencia de la igualdad entre mujeres y hombres coincida con la realidad de su estar iguales en los resultados, para la vida social en general, y para el trabajo y la protección social en particular.