

La práctica de cuidar, cargada sobre las mujeres, juzgada con perspectiva de género: nuevos progresos en la doctrina de suplicación

Comentario a las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Canarias de 12 de marzo de 2019 (recs. 19/2019 y 1596/2018)

Glòria Poyatos i Matas

Magistrada especialista de la Sala Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias

La ética del cuidado no es una ética femenina sino feminista y el feminismo guiado por la ética del cuidado podría considerarse el movimiento de liberalización más radical de la historia de la humanidad.

Carol Gilligan

1. Marco normativo: componente de género del derecho a la conciliación

El derecho de conciliación del tiempo dedicado a familia y trabajo tiene un marcado componente de género. Así se recoge expresamente en las diversas leyes que se han sucedido en la materia (por ejemplo, [Ley 39/1999](#), para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, y [Ley orgánica 3/2007](#), para la igualdad efectiva de mujeres y hombres –LOIMH–): «el derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral fomenta una mayor corresponsabilidad entre mujeres y hombres en la asunción de obligaciones familiares, criterios inspiradores de toda la norma que encuentran aquí su concreción más significativa». De ahí que en sus cuerpos legislativos (arts. 14 y 44.1 LOIMH) se establezca la obligación de los poderes públicos de garantizar este derecho evitando toda discriminación basada en su ejercicio. Una inherente dimensión de género que también está

Cómo citar: Poyatos i Matas, G. (2019). La práctica de cuidar, cargada sobre las mujeres, juzgada con perspectiva de género: nuevos progresos en la doctrina de suplicación. Comentario a las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Canarias de 12 de marzo de 2019 (recs. 19/2019 y 1596/2018). *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 433, 213-219.

en el derecho de la Unión Europea ([Directiva 2010/18/UE del Consejo](#), de 8 de marzo de 2010, por la que se aplica el Acuerdo marco revisado sobre el permiso parental, celebrado por BusinessEurope, la UEAPME, el CEEP y la CES, que mantiene los mismos objetivos que su predecesora), así como en el derecho antidiscriminatorio internacional. Sería el caso de la muy importante Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW), [ratificada en 1984 por España](#) (art. 11.1 y 2), así como del [Convenio 156 de la Organización Internacional del Trabajo](#) (OIT) (trabajadores con responsabilidades familiares) de 1981, ratificado por España en 1985 (arts. 3, 4 y 9).

Este último pone énfasis en la necesidad de que, «con miras a crear la igualdad efectiva de oportunidades y de trato entre trabajadores y trabajadoras», los Estados favorezcan, «en la medida de lo posible», la adopción de condiciones de empleo, trabajo y seguridad social que permitan conciliar pacíficamente, «sin conflicto» (art. 3), sus «responsabilidades familiares y profesionales», atendiendo a sus razones (art. 4). Una conexión entre el imperativo propio de la discriminación y el de la igualdad efectiva de oportunidades entre mujeres y hombres que se halla igualmente en la denominada «Constitución Social Europea», la [Carta Social Europea](#), ya desde su versión de 1961 (arts. 8.3 y 16).

Los Altos Tribunales del Estado han asumido igualmente, como es bien conocido, esta dimensión de género de la cuestión relativa a la conciliación de la vida laboral y familiar (Sentencias del Tribunal Constitucional –SSTC– [3/2007, de 15 de enero](#), y [26/2011, de 14 de marzo](#)). Al respecto, debe tenerse en cuenta que el Tribunal Constitucional ha recordado, en tiempo reciente, que el denominado «control de convencionalidad internacional» corresponde realizarlo a los jueces y juezas de la jurisdicción ordinaria ([STC 140/2018, de 20 de diciembre](#)). Por lo tanto debe proyectarse en la interpretación de los tratados internacionales de aplicación, así como en el análisis de la compatibilidad entre una norma interna y una disposición internacional. El resultado de todo ello es la necesidad de interpretar la norma estatal de la manera más favorable a la efectividad de los derechos fundamentales en juego (arts. 14 y 39 Constitución española –CE–). Ha de descartarse, a tal fin, la aplicación mecánica o formalista para seleccionar aquella que permita la remoción de los obstáculos impeditivos de la igualdad real o sustancial a la hora de resolver el conflicto jurídico ([art. 9.2 CE](#)).

Precisamente, en esta dirección de progreso, recientemente la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias (Las Palmas) se ha pronunciado en materia del derecho a reducción y concreción horaria por cuidados familiares integrando la perspectiva de género (también promovida por la nueva redacción del [art. 34.8 Estatuto de los Trabajadores –ET–](#), tras el [RDL 6/2019](#)) en dos sentencias de 12 de marzo de 2019. Ambas estiman los recursos planteados por las trabajadoras y reconocen una indemnización paralela por daño moral ascendente a 3.125 euros. En los dos casos, el argumento de las madres trabajadoras para solicitar concreción horaria deriva del horario de los centros infantiles en los que habían matriculado a sus bebés. En las páginas que siguen se lleva a cabo un breve, pero ilustrativo, comentario de ambas, a fin de resaltar la evolución en sentido igualitario de esta doctrina.

2. Los relatos fácticos: hechos relevantes

En el **primer asunto** (nueva concreción horaria años después de solicitar reducción de jornada por guarda legal), una auxiliar administrativa de Clínica Oftalmológica de Gran Canaria solicitó nueva concreción horaria tras la disfrutada desde hacía 2 años. Le fue denegada.

La trabajadora, desde el 18 de agosto de 2014 con horario rotativo, obtuvo reducción de su jornada por guarda legal, en los diferentes turnos (2016). El 20 de febrero de 2018 solicitó una nueva concreción horaria, manteniendo su jornada solo en turno matinal. Su hijo asiste a la escuela infantil con servicio público de 6:00 a 17:00. La actividad de la Clínica Oftalmológica de Gran Canaria, en la que presta servicios la actora, se realiza de lunes a viernes de 8:00 a 20:00 horas de forma ininterrumpida. La empresa denegó tal propuesta. Presentada demanda, la instancia la desestimó. La trabajadora interpuso el correspondiente recurso de suplicación.

En lo que concierne al segundo asunto (**rec. 1596/2018**), relativo a la petición de reducción y concreción de jornada por cuidado de un menor, la trabajadora, dependiente de un grupo de empresas textil de una conocida multinacional española, vio como esta negaba su propuesta. La propuesta era reducir la jornada por cuidado de su hijo, con una concreción solo en horario matinal, cuando venía trabajando anteriormente de lunes a sábado de mañana y de tarde.

La operaria, con la categoría profesional de dependiente, cuenta con una antigüedad de 10 de agosto de 2004. Prestaba servicios de lunes a sábado en horario de mañana y tarde. El padre del menor en el ejercicio de su actividad laboral requiere disponibilidad geográfica en las islas Canarias, horarios de 24 horas en días laborales, festivos y nocturnidad. La actora solicitó plaza para su hijo en centro infantil para el curso 2018/2019 con horario de 9:30 a 15:30 horas.

En el centro de trabajo de la actora el mayor número de ventas se produce por las tardes y los sábados. Hay 12 trabajadoras/es, 8 indefinidas/os y 4 temporales. Y hay 4 trabajadoras con concreción horaria reconocida, pero sin reducción horaria conforme al plan de igualdad de la empresa. La empresa denegó la petición de concreción horaria en fecha 15 de mayo de 2018, y se invita a negociar.

Presentada demanda, el Juzgado de lo Social la estimó parcialmente, reconociendo el derecho a la reducción y concreción horaria solicitada, pero sin indemnización alguna adicional por daño moral, como había solicitado la trabajadora, sustancialmente porque la empresa no se opuso a la reducción de jornada, tan solo a la concreción horaria, que le fue denegada «en estricta aplicación del artículo 37.6 del ET, dentro de su jornada ordinaria, mismo turno de trabajo, criterio que es seguido por diversas Salas de lo Social» (FJ 5.º). Frente a la sentencia, la actora planteó recurso de suplicación igualmente.

3. La doctrina judicial: claves del razonamiento jurídico desde un enfoque de género

Como se ha anticipado, en ambos casos la sala de suplicación estimó los recursos. En el primer caso, la sala puso énfasis en si se había producido o no una modificación relevante de las circunstancias familiares justificativas de la nueva concreción solicitada (art. 37.6 y 7 ET). Para la sala de suplicación, en el relato fáctico quedó probado que el menor acude a un centro infantil de la localidad de residencia de la actora, en el que pueden atenderlo solo de 6:00 a 17:00 horas. Por el juzgador de la instancia se llega a la conclusión de que tal hecho no puede calificarse de modificación de circunstancias familiares justificativa del cambio horario solicitado. El criterio de la sala es divergente y se recuerda que estamos ante un derecho laboral de dimensión constitucional que debe interpretarse y aplicarse con perspectiva de género, de acuerdo a los criterios constitucionales que deben prevalecer en virtud de los derechos en juego (arts. 14 y 39 CE).

A tal fin, recuerda su precedente de la [Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias/Las Palmas de 15 de diciembre de 2017 \(rec. 1249/2017\)](#). La aplicación de la normativa referida y la doctrina judicial en el caso lleva a la sala a la conclusión de que la actora sí había probado suficientemente la existencia de nuevas circunstancias familiares modificativas de su situación familiar existente en 2016, al haberse probado que:

- El hijo de la actora y causante del derecho está siendo atendido diariamente en un centro infantil público durante la franja horaria matinal.
- La escuela infantil a la que acude el menor se halla en la localidad de residencia de la demandante (municipio de Ingenio con una población que ronda los 31.000 habitantes).
- La pareja de la actora, y único familiar referido en el relato fáctico, que por tanto puede asumir el cuidado del menor por las tardes, tiene una imposibilidad laboral para ello.

Entenderlo de otro modo supone hacer una interpretación restrictiva de un derecho de dimensión constitucional en el que debe primar una hermenéutica con perspectiva de género a tenor del [artículo 4 de la LOIMH](#), proyectado en la interpretación y aplicación del derecho contenido en el [artículo 37.5 y 6 del ET](#), en relación con los artículos 1, 9.2, 14 y 39 de la CE. Además, y tratándose de un derecho humano, debe regirse por el principio pro persona, que exige una interpretación garantizadora y favorable en su protección, en aquellos casos en los que se involucren relaciones asimétricas entre mujeres y hombres, como sucede en el ejercicio del derecho a conciliar familia y trabajo, al tener la práctica de cuidar un impacto de género desproporcionado. El deber internacional de diligencia debida exige del Estado, a través de todos sus poderes (incluido el judicial), respetar, proteger y garantizar el cumplimiento efectivo del derecho para lograr la igualdad de facto (arts. 2 f) y 5 a) [CEDAW](#), en relación con las Recomendaciones núms. 28 y 33 Comité CEDAW y arts. 10.2 y 96 CE).

Partiendo de la justificación de la nueva concreción horaria solicitada, la resolución comentada analiza los derechos en conflicto: de un lado, el derecho de conciliación laboral y familiar de la actora y, de otro, las causas organizativas que se alegan por la empleadora. Específicamente que en el departamento de la actora solo trabajan 5 personas, teniendo asignadas 2 de ellas tareas especializadas para las que no está formada la demandante, que, además, es la única que no habla idiomas, lo que dificulta organizativamente a la empresa reconocerle la nueva concreción horaria.

La sala destaca que las referidas limitaciones funcionales de la actora (idiomas, contabilidad y caja) no aparecen en la misiva de la empresa, en cuyo texto se especifican dos razones para denegar a la actora el horario matinal que solicita: de un lado, que no reúne los requisitos legales y, de otro lado, que afectaría a otras personas que ya vienen disfrutando también de reducción horaria. No obstante, incluso dando por válida la inclusión de estas nuevas alegaciones, se concluye que la falta de formación especializada de la actora no puede ser utilizada como una causa justificativa, pues la formación en tales especialidades tampoco le ha sido ofrecida a la actora. Ello supone un incumplimiento del talante abierto y negociador que deben tener las partes en una materia de alta trascendencia jurídica, que deriva no solo de la protección constitucional del derecho, sino también del mandato del propio [artículo 139 de la Ley reguladora de la jurisdicción social](#) (LRJS).

La estimación del derecho se acompaña con la condena a una indemnización adicional por daño moral, si bien modulada a la baja. La trabajadora reclamaba la cantidad de 6.251 euros (daño moral), de conformidad con los artículos [8.12](#) y [40 c\)](#) de la Ley sobre infracciones y sanciones en el orden social (LISOS) (parámetro que la [STC 246/2006, de 24 de julio](#), asumió como válido, siguiéndose por la jurisprudencia social). La sala, no obstante, modula la indemnización reclamada, que cuantifica en la cantidad de 3.125 euros (máximo previsto en el tramo medio del [art. 40.1 b\) LISOS](#)), al amparo del [artículo 7.5 de la LISOS](#) (infracciones graves) que expresamente se refiere a las infracciones derivadas del [artículo 37 del ET](#).

Precisamente, en el segundo asunto analizado, habiéndose reconocido en la sentencia el derecho a la reducción y concreción horaria, el recurso recayó exclusivamente en el análisis jurídico del derecho a la indemnización paralela reclamada. La empresa impugnante cuestionó el derecho a indemnización automática al no haberse seguido el procedimiento especial de vulneración de derechos fundamentales. La sala desestima este alegato procesal, a la luz de lo previsto en el citado [artículo 139 de la LRJS](#) –«En la demanda del derecho a la medida de conciliación podrá acumularse la acción de daños y perjuicios causados al trabajador [...]»–, así como en el [artículo 183 de la LRJS](#), por su impacto considerable en el derecho a la no discriminación ex [artículo 14 de la CE](#).

A mayor abundamiento, el derecho a una indemnización resarcitoria se engarza al ejercicio del propio derecho de reducción de jornada ([art. 37.6 y 7 ET](#)), lo que exige que su interpretación y aplicación se realice con perspectiva de género. Recuerda que estamos ante un derecho humano vinculado al derecho social a conciliar y que debe ser analizado

en cada caso con la máxima cautela judicial, de acuerdo con la «debida diligencia» en materia de reparación integral (CEDAW, arts. 1, 2, 3, 11.1 y 2 c), en relación con la [Recomendación general núm. 33 Comité CEDAW de 3 de agosto de 2015](#), el [Convenio 156 OIT](#) y la [Directiva 2010/18 del Consejo, de 8 de marzo de 2010](#), relativa al Acuerdo marco sobre el permiso parental, y el art. 16 [Carta Social Europea](#)).

Por tanto, la negativa empresarial injustificada a la concreción horaria de la actora es un incumplimiento legal ([art. 37.7 ET](#)) compatible con la generación de un daño, pues de otro modo la actora no habría planteado una acción judicial reclamando poder desempeñar su jornada en un horario compatible con el centro de educación infantil en el que ha matriculado a su hijo. La limitación empresarial al disfrute del derecho a la conciliación laboral y familiar, bien en cuanto a la reducción o bien en su concreción horaria, cuando no existen razones justificadas puede generar daños, de conformidad con el [artículo 1.101 del Código Civil](#), en relación con el [artículo 37.7 del ET](#) y los artículos 14 y 39 de la CE (dimensión constitucional). De acuerdo con lo expuesto, la sala entra a analizar la cuantificación de la indemnización, vertebrada en la demanda mediante el daño material y el daño moral.

- a) Daño material. Se reclama la cantidad de 227,8 euros, calculada sobre la disminución retributiva aplicada por la empresa a tenor de la reducción de jornada solicitada por la actora. El daño material o patrimonial es el que produce un menoscabo valorable en dinero sobre los intereses patrimoniales de la persona perjudicada que viene conectado al lucro cesante (ganancia que deja de obtenerse) y al daño emergente (pérdida patrimonial efectiva). La sala desestimó esta partida indemnizatoria al entender que el descuento salarial aplicado se correspondía con la disminución de jornada que, por tanto, no realizaba la actora, por lo que no puede calificarse de daño emergente ni tampoco lucro cesante.
- b) Daño moral. Bajo este concepto se reclaman 3.125 euros, calculados de conformidad con los artículos [7.5](#) y [40 b\)](#) de la LISOS.

Con base en la misma fundamentación jurídica expuesta con relación a la sentencia anterior, la sala llega también a idéntica conclusión. En este caso, la demandada es una empresa de grandes dimensiones que dispone de un plan de igualdad interno, que evidencia un mayor conocimiento de las dificultades laborales de sus trabajadoras en materia de conciliación laboral y familiar. La negativa empresarial a la concreción horaria propuesta por la actora de acuerdo con el horario del centro infantil en el que había matriculado a su bebé (de 9:30 a 15:30 h) fue injustificada e irrazonable, tal y como se recoge en la sentencia de instancia, obligando a la madre trabajadora a judicializar su derecho a conciliar, sin poder compatibilizar de forma adecuada y óptima trabajo y familia. Por todo ello, la sala canaria estimó la indemnización por daño moral solicitada en la cantidad de 3.125 euros, que se halla en el tramo económico establecido en el artículo 7.5, en relación con el artículo 40 b) de la LISOS ([STC 247/2006, de 24 de julio](#)).

4. Trascendencia de la doctrina judicial más allá del caso: el papel de la jurisdicción como removedora de obstáculos a la igualdad

Las discriminaciones de hoy en día han mutado para adaptarse a las nuevas democracias de este lado del mundo, travistiéndose de igualdad jurídica. Ya no se discrimina a las mujeres por ser mujeres, como sucedía en el siglo pasado, sino que se excluyen, restringen o limitan legal o jurisprudencialmente aquellos valores asociados a lo femenino. El paradigma de esos valores son los cuidados, que son el pilar de las brechas de género que imperean en nuestro mercado de trabajo. Cuidar es tan duro como invisible social y legalmente, y se sostiene mayoritariamente sobre las espaldas de las mujeres de todo el mundo, que también encabezan las estadísticas de la pobreza.

Las sentencias analizadas son una muestra práctica de las dificultades laborales que siguen teniendo, a pesar de las leyes existentes, las personas trabajadoras que cuidan, en su mayoría mujeres. Esta y otras inequidades ya no tienen justificación tras 40 años de Constitución. Por ello, la sociedad clama cambios transformativos que aceleren el camino hacia un mundo realmente igualitario y corresponsable. Tales cambios exigen colocar los cuidados en el centro de las políticas sociales, porque estamos ante intereses humanos universales. Hacer real la igualdad no permite neutralidad, hay que adoptar un enfoque de derechos humanos, integrando la perspectiva de género como criterio de referencia en todos los casos que involucren relaciones asimétricas y patrones estereotípicos de género, como es la práctica de los cuidados familiares.

La protección de la trabajadora no se limita a la de su condición biológica durante el embarazo y después de este, ni a las relaciones entre la madre y el hijo/a durante el periodo que sigue al parto, sino también en el ámbito del desarrollo y vicisitudes de la relación laboral, quedando condicionadas las potestades organizativas y disciplinarias de la empresa, que debe evitar medidas discriminatorias directas o indirectas. Hay que buscar soluciones justas ante situaciones desiguales de género. Los jueces y juezas podemos y debemos ser dinamizadores de cambios sociales para avanzar en la igualdad a través de nuestras actuaciones y resoluciones judiciales. Hay dos formas de impartir justicia: hacerlo formal y mecánicamente y hacerlo con equidad y perspectiva de género. La primera perpetúa las sistémicas asimetrías sociales entre sexos; la segunda, en cambio, camina hacia una sociedad igualitaria. Una justicia sin perspectiva de género no es justicia, es otra cosa.