

Juzgando el derecho a conciliar familia y trabajo con doble perspectiva: infancia y género

Comentario a la [Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias de 1 de septiembre de 2020 \(rec. 197/2020\)](#)

Glòria Poyatos i Matas

Magistrada especialista de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias (Las Palmas)

La deferencia de las mujeres está arraigada no solo en su subordinación social sino también en la esencia de su preocupación moral. La sensibilidad a las necesidades de los demás y la asunción de responsabilidad por el cuidado llevan a las mujeres a atender voces distintas a las suyas e incluir en su juicio otros puntos de vista.

Carol Gilligan

1. Marco normativo: adaptación de jornada y cosa juzgada material

El actual redactado del derecho de las personas trabajadoras a la adaptación horaria, contenido en el [artículo 34.8 del Estatuto de los Trabajadores \(ET\)](#), tras la [reforma introducida por el Real Decreto-Ley 6/2019, de 1 de marzo](#), pretende asegurar el ejercicio de un derecho laboral con impacto constitucional, que en su anterior redacción parecía quedar condicionado a la negociación colectiva. Los cambios legales sustancialmente se concretizan en:

- La introducción de un procedimiento legal obligatorio de negociación entre la persona trabajadora y la empresa (máximo de 30 días), en ausencia de acuerdo colectivo.
- Exigencia legal de comunicación escrita de la empresa manifestando la aceptación de la petición, una propuesta alternativa o la negativa, y, en este caso, se le exige la indicación de las razones objetivas.

Cómo citar: Poyatos i Matas, Glòria. (2020). Juzgando el derecho a conciliar familia y trabajo con doble perspectiva: infancia y género. Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias de 1 de septiembre de 2020 (rec. 197/2020). *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 451, 222-231.

- Reconocimiento del derecho a solicitar el regreso a sus condiciones anteriores, cuando el cambio de circunstancias familiares así lo justifique.

En el caso resuelto por la [sentencia comentada](#), el juzgado de lo social desestimó la demanda, en materia de adaptación de la jornada ([art. 34.8 ET](#))¹, e impuso a la actora una multa por temeridad de 180 euros, apreciando cosa juzgada material negativa, en relación con el procedimiento judicial previo. La trabajadora demandante formalizó recurso de suplicación.

La sala entiende que no concurre la cosa juzgada porque entre el primer proceso y el segundo se produjo un cambio relevante de las circunstancias familiares y personales de la trabajadora, por las siguientes razones:

- El hijo causante de sus peticiones contaba con 2 años de edad a la fecha de la primera petición (8 de noviembre de 2018) y tenía más de 3 años en la segunda (19 de junio de 2019). Los cambios físicos, emocionales y cognitivos, así como los requerimientos, de un niño de 2 años no son los mismos que a los 3 años. 1 año (12 meses) es mucho tiempo en un contexto de vida tan corto. Los niños y las niñas experimentan cambios intelectuales y sociales sustanciales para su desarrollo holístico. En este periodo de la infancia se aprende a utilizar los sentidos y a explorar el mundo que les rodea, percibiendo nuevas dimensiones como el cariño, lo que les ayudará a forjar valores y construir su pensamiento. A partir de los 3 años se incrementan sus acciones e interacciones sociales y suele disminuir el tiempo en el que permanecen durmiendo. Por ello precisan atenciones especiales cualificadas y adecuadas a sus nuevas necesidades y requerimientos. Ello se traduce también, por contrapartida, en una mejor forma física de las personas cuidadoras de un niño o niña que, a la edad de 3 años, ha aumentado de peso y cuya movilidad es mayor, en correspondencia con su curiosidad por el mundo. El tribunal destaca la obligación de integrar la perspectiva de infancia en el análisis y solución judicial cuando existe un impacto infantil directo o indirecto, como es el caso.
- Entre ambas solicitudes transcurre casi 1 año y se producen cambios personales de la actora, como es su proceso de baja médica por incapacidad temporal (IT) iniciado el 9 de julio de 2018 y en el que se hallaba. Debe destacarse que la causa de la baja descansa en dolencias psicológicas. Además, se hace expresa referencia a la baja médica en la petición de adaptación horaria (19 de junio de 2019).
- También en esta petición (19 de junio de 2019), a diferencia de la anterior, la actora refiere la edad avanzada de sus padres para ocuparse de los cuidados requeridos por un niño de 3 años.

¹ Tras la [reforma introducida por el Real Decreto-Ley 6/2019, de 1 de marzo](#), de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación.

- La sala recuerda que debe integrarse la perspectiva de género en la interpretación y aplicación del derecho, por su impacto de género desproporcionado. Según la [sentencia](#), debe hacerse una interpretación adecuada y finalista de los derechos de conciliación familiar y laboral para no impedir o limitar el acceso de las mujeres a la tutela judicial efectiva, lo que exige interpretaciones flexibles y no rigoristas de la normativa procesal y sustantiva.

En la fundamentación jurídica de la [sentencia comentada](#), la sala recuerda el marco jurídico vertical aplicable al derecho que se reclama.

Internacional:

- Artículos 2 c), 5 b) y 11.1 de la [Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer \(CEDAW\)](#)² y [Recomendación general número 33 del Comité CEDAW](#): «principio de diligencia debida» de los poderes públicos del Estado.
- Artículo 3.1 y 2 de la [Convención sobre los derechos del niño](#)³.
- Artículo 12 de la [Observación general número 16 \(2013\), sobre las obligaciones del Estado en relación con el impacto del sector empresarial en los derechos del niño](#), y artículos 3.1 y 13 de la [Observación general número 14 \(2013\), sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial](#).
- Artículos 3 y 4 del [Convenio de la OIT número 156, sobre los trabajadores con responsabilidades familiares \(1981\)](#).

Regional:

- Artículo 8.3 de la [Carta Social Europea](#) de 1961⁴, sobre el derecho de las trabajadoras a protección, con el compromiso de los países partes a «garantizar a las madres que críen a sus hijos el tiempo libre suficiente para hacerlo». Y el artículo 16 donde se insiste en el derecho de la familia a una protección social, jurídica y económica.
- Artículo 12 del [Convenio europeo sobre el ejercicio de los derechos de los niños](#), de 25 de enero de 1996.

² Ratificada por España en 1980 (BOE núm. 69, de 21 de marzo de 1984).

³ Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, ratificada por España en 1990 (BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 1990).

⁴ Ratificada por España en 1980 (BOE núm. 153, de 26 de junio de 1980).

Unión Europea:

- Artículo 24.2 de la [Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea](#) (2000), sobre el «interés superior del menor».
- [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. Esta última directiva ha sido derogada por la [Directiva \(UE\) 2019/1158, de 20 de junio de 2019](#), relativa a la conciliación de la vida familiar y profesional, que, aunque no sea aplicable al caso que nos ocupa, promueve criterios de flexibilidad para facilitar la conciliación de la vida familiar de las personas trabajadoras, recordando el impacto de género de los cuidados en su considerando 11⁵.

Derecho interno:

- Artículos [9.2](#) y [39.1](#) de la Constitución española (CE), sobre la obligación de los poderes públicos de remover los obstáculos que impidan o dificulten la igualdad efectiva y sobre la protección social, económica y jurídica de la familia. También, los artículos [10.2](#) y [96](#) de la CE, respecto al control de convencionalidad.
- [Artículo 2 de la Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero](#), de protección jurídica del menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de enjuiciamiento civil.
- Artículos [4](#), [8](#) y [15](#) de la Ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOIEMH), sobre la obligación de juzgar con perspectiva de género. Y artículos [14](#) y [44.1](#), sobre la conciliación familiar.
- [Ley 39/1999, de 5 de noviembre](#), para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras.
- [Artículo 34.8 del ET, tras la reforma introducida por el Real Decreto-Ley 6/2019, de 1 de marzo](#), de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación.

⁵ «[...] El desequilibrio en el diseño de las políticas sobre conciliación de la vida familiar y la vida profesional entre hombres y mujeres incrementa los estereotipos y las diferencias de género en materia laboral y familiar. Las políticas de igualdad de trato deben orientarse a hacer frente al problema de los estereotipos en las profesiones y funciones tanto masculinos como femeninos, y se anima a los interlocutores sociales a que cumplan su papel de informar tanto a trabajadores como a empleadores, y sensibilicen sobre la necesidad de combatir la discriminación. Asimismo, ha quedado demostrado que las fórmulas para conciliar la vida familiar y la vida profesional, como los permisos o las fórmulas de trabajo flexible, tienen un impacto positivo en la reducción de la carga relativa de trabajo familiar no remunerado que recae sobre las mujeres [...]».

2. Relato fáctico: hechos relevantes

Como se ha dicho, el juzgado de lo social desestimó la demanda, en materia de adaptación de la jornada (art. 34.8 ET)⁶, e impuso a la actora una multa por temeridad de 180 euros, apreciando cosa juzgada material negativa, en relación con el procedimiento judicial previo, en materia de reducción de jornada y concreción horaria (art. 37.6 ET), con idénticas partes, que fue desestimado por el mismo juzgado por Sentencia de 1 de abril de 2019.

- La actora formalizó recurso de suplicación denunciando diversas infracciones jurídicas. Se combate, en primer lugar, la cosa juzgada porque el precepto legal en el que se amparan ambas acciones es diferente, reducción de jornada en una y adaptación horaria en la otra, a tenor de las circunstancias familiares de la trabajadora. En segundo lugar, en cuanto al fondo, entiende que le asiste la razón al no haberse probado las causas organizativas alegadas por la empresa. Por último, se solicita indemnización paralela por daño moral (4.000 €), combatiéndose, también, la multa por temeridad impuesta.
- La actora, con antigüedad de 1 de noviembre de 2005, venía prestando servicios a jornada ordinaria con la categoría de 2.ª gobernanta, en horario de 8:00 a 16:00, de lunes a domingo, librando jueves y viernes.
- Tiene un hijo nacido el 22 de febrero de 2016 y una hija nacida el 23 de enero de 1999 con una discapacidad del 33 % que conviven con ella y su pareja, que es conductor y presta servicios a jornada completa sin horario fijo.
- La operaria disfrutó de un periodo de excedencia por cuidado de hijo del 1 de julio de 2016 al 30 de junio de 2018.
- En fecha 17 de mayo de 2018 comunica a la empresa su intención de reincorporarse al puesto de trabajo con efectos de 1 de julio de 2018, solicitando una reducción de jornada (35 horas) que concretiza en un horario de lunes a viernes desde las 8:00 a las 15:00 por cuidado de su hijo. La empresa aceptó la reducción de jornada, pero no la concreción horaria, alegando causas organizativas y productivas del departamento de pisos. La actora interpuso demanda (autos 585/2018) que conoció el Juzgado de lo Social número 2 de Arrecife con sede en Puerto del Rosario que finalizó con conciliación, aprobada por Decreto de 3 de julio de 2018, en los siguientes términos:

⁶ Tras la [reforma introducida por el Real Decreto-Ley 6/2019, de 1 de marzo](#), de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación.

La empresa habiendo aceptado la reducción de jornada solicitada por la actora a 35 horas semanales ofrece a la misma aceptar la concreción horaria planteada en la demanda, esto es, de lunes a viernes de 8:00 a 15:00 horas, librando los sábados y domingos, siempre y cuando la trabajadora pase a asumir la categoría profesional de camarera de pisos (actualmente 2.ª gobernanta), con el consiguiente ajuste salarial conforme al convenio. El presente acuerdo comenzará a regir el 4/7/18 y se mantendrá hasta que su hijo cumpla 12 años o la trabajadora renuncie a la reducción de jornada solicitada, volviendo a realizar su jornada completa de 8:00 a 16:00 horas librando jueves y viernes y recuperando su categoría profesional.

- El 5 de septiembre de 2018, la operaria comunica a la empresa su voluntad de reincorporarse a su jornada ordinaria y horarios anteriores, recuperando su categoría profesional de 2.ª gobernanta.
- El día 8 de noviembre de 2018, presenta nueva solicitud de reducción de jornada y concreción horaria con amparo en el [artículo 37.5 y 7 del ET](#), en los mismos términos que en su solicitud de 17 de mayo de 2018. La empresa aceptó la reducción de jornada, pero no la concreción horaria respecto a la libranza de los fines de semana. Tras plantear demanda fue resuelta en Sentencia (firme) de 1 de abril de 2019 (autos 118/2018) del Juzgado de lo Social número 4 de Arrecife con sede en Puerto del Rosario, desestimándose la demanda.
- El 19 de junio de 2019, la demandante solicita adaptación horaria, con amparo en el [artículo 34.8 del ET](#), consistente en mantener su horario librando sábados y domingos, por las siguientes razones:

[...] en dichos días no existe guardería donde dejar a mi hijo, mi marido por su profesión de conductor tiene que trabajar también sábados y domingos y ser mayores mis padres para cuidar de mi hijo. Hasta ahora he podido soslayar dichos inconvenientes al estar de baja médica, pero como la mencionada baja depende estrictamente de mi médico de cabecera y en previsión de que en un futuro me reincorpore a mi puesto de trabajo es por lo que solicito la mencionada adaptación [...].

- Tras un proceso de negociación, la empresa dio respuesta negativa a la petición por razones productivas y organizativas, sustancialmente porque los fines de semana la 2.ª gobernanta debe suplir a la gobernanta, que descansa sábados y domingos. No obstante, se ofrece a la actora aceptar su propuesta si reduce su categoría profesional a camarera de pisos, con la correspondiente rebaja salarial.
- En el departamento de limpieza trabajan: 1 director de alojamiento, 1 gobernanta, 1 2.ª gobernanta (actora), 3 subgobernantas y unas 40 camareras de pisos.

- La función principal de la gobernanta consiste en organizar diariamente el trabajo de las subgobernantas, camareras de pisos y *valets* en el departamento de limpieza. Esta organización lleva 3 o 4 horas diarias. También asume tareas administrativas que consisten en tratar con proveedores y con la jefatura de otros departamentos de la empresa. Estas funciones administrativas solo pueden realizarse de lunes a viernes. La gobernanta libra los sábados y domingos.
- La función básica de la 2.^a gobernanta consiste en sustituir a la gobernanta cuando esta no está, asumiendo las funciones básicas y esenciales de esta.
- La demandante inició proceso de IT derivada de enfermedad común, situación en la que continuaba en la fecha de la celebración del segundo juicio (16 de diciembre de 2019). Durante el periodo de IT ha sido sustituida por 2 subgobernantas.

3. Claves del razonamiento jurídico: análisis con perspectivas de género e infancia

El impacto de género del caso lleva al tribunal canario, como poder del Estado, a integrar la perspectiva de género en la interpretación y aplicación del derecho, a tenor del mandato contenido en el [artículo 4 de la LOIEMH](#), proyectado sobre el [artículo 34.8 del ET](#). Ha de añadirse que, tratándose de un derecho humano, debe regirse en su interpretación y aplicación por los principios de universalidad, integralidad y el principio pro persona, que exige una interpretación garantizadora y favorable en la protección del derecho, 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, ejercitado mayoritariamente por las trabajadoras.

Concurre, además, otro impacto que es también evaluado por el tribunal. Se trata del impacto que la decisión judicial tendrá sobre el niño de 3 años de edad, causante del derecho debatido. Por ello, se destaca que el interés superior del niño es un derecho, un principio y una norma de procedimiento basados en una evaluación de todos los elementos del interés de uno o varios menores en una situación concreta. El objetivo de este concepto es garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la convención y el desarrollo holístico de la niña o el niño.

Con base en lo anterior, en la [sentencia objeto de comentario](#) se aplica el principio internacional del «interés superior del niño» como criterio jurídico hermenéutico derivado del artículo 3.1 de la [Convención internacional sobre los derechos del niño](#), desarrollado por la [Observación número 14](#) (2013), en relación con la restante normativa internacional, regional e interna aplicable.

Esta hermenéutica interpretativa impone a la comunidad internacional el mandato de asegurar la aplicación de los derechos de la niñez en su integridad e insta a los Gobiernos a evaluar sus sistemas jurídicos y de bienestar social, teniendo en cuenta los principios fundamentales de la convención. Es obligación del Estado adoptar las medidas necesarias para dar efectividad a todos los derechos reconocidos en la [convención](#) (art. 4), entre los que se incluye el cuidado necesario para asegurar el bienestar del niño o niña. Un bienestar que, en este caso, conecta con el derecho del niño causante a recibir el cariño, atenciones y cuidados necesarios para su crianza y desarrollo humano, tal como se establece en el artículo 18 de la citada [convención](#).

3.1. Ponderación de los tres derechos en conflicto

Finalmente, la [sentencia](#), partiendo de la viabilidad del derecho solicitado, pondera los tres derechos en juego: de un lado, el interés del niño como consideración primordial cuando los Estados están sopesando prioridades que se contraponen⁷ y el de la madre trabajadora, y, de otro, el derecho de la empleadora. La [resolución comentada](#) entiende suficientemente probadas las razones familiares que asisten a la actora en su petición a diferencia de las razones esgrimidas por la empresa. Resumidamente, estas son las razones:

- Las funciones administrativas de la categoría profesional de gobernanta se llevan a término de lunes a viernes.
- Por tanto, las tareas de sustitución de la gobernanta durante el fin de semana quedan limitadas a la organización y planificación diaria del trabajo del departamento de limpieza y pisos.
- Con base en lo anterior, no parece necesaria una formación especialmente cualificada para suplir sus funciones durante los fines de semana, lo que permite que la subgobernanta pueda suplir tal actividad los sábados y domingos, permitiendo así el descanso de la actora en fin de semana.
- Además, tal y como se recoge en el [V Acuerdo laboral estatal de hostelería](#) (área funcional 4.^a), entre las funciones de la subgobernanta se incluye la sustitución de la gobernanta.
- Por último, se señala que, mientras la actora ha estado en situación de IT, ha venido siendo sustituida por las subgobernantas.

⁷ [Observación general número 16 \(2013\)](#), sobre las obligaciones del Estado en relación con el impacto del sector empresarial en los derechos del niño.

3.2. Indemnización reparadora del daño moral y revocación de la sanción por temeridad impuesta a la trabajadora

Una vez reconocido el derecho reclamado en la demanda, la sala analiza la procedencia de la indemnización reparadora por daños y perjuicios derivados de la negativa empresarial. Se reclamaban en la demanda 4.000 euros en concepto de lucro emergente, derivado de las prestaciones inferiores percibidas durante el periodo de IT y también en concepto de daño psicológico y moral.

La sentencia desestima la reclamación de indemnización vinculada al proceso de IT porque no se probó su conexión con la actuación de la empresa. En cambio, se reconoce indemnización por daño moral. Se aplica la doctrina de la sala y, tomando como parámetro de cálculo el [artículo 7.5](#) en relación con el [40.1 b\)](#) de la Ley sobre infracciones y sanciones en el orden social, se condena a la empresa a abonar a la trabajadora la cantidad de 3.125 euros en dicho concepto.

Igualmente, al estimarse el derecho, se estima la pretensión de la recurrente de revocación de la multa económica impuesta por temeridad en la instancia⁸ de 180 euros.

4. Conclusiones

La [sentencia comentada](#) sigue el camino ya iniciado por el mismo tribunal en sentencias anteriores, integrando la perspectiva de género en la interpretación y aplicación del derecho a conciliar familia y trabajo, por su impacto desproporcionado de género. En este caso se ejercía el derecho a la adaptación de la jornada, con amparo en el [artículo 34.8 del ET](#) tras la nueva [redacción flexibilizada dada por el Real Decreto-Ley 6/2019](#). En dicho proceso se interpreta de forma flexible el instituto de la cosa juzgada material, para permitir el acceso de la madre trabajadora a la tutela judicial, al probarse la existencia de cambios personales y familiares en la vida de la actora durante el año transcurrido entre la primera y la segunda acción.

Pero en este caso la sala canaria da un paso más e integra, por primera vez, en esta materia, la perspectiva de infancia, al ser el causante del derecho un niño de 3 años. Se interpreta «el interés superior del menor», como consideración primordial, en todas las medidas

⁸ El magistrado de la instancia impuso a la parte actora la referida sanción por:

[...] su actuación temeraria de plantear una cuestión sucesivamente en el tiempo cada vez que se modifica la legislación que la regule, no solo supone inobservancia de los deberes mínimos de diligencia en el conocimiento y aplicación de las normas procesales y sustantivas, sino que sume al órgano judicial y especialmente a la parte litigante en una especie de «historia interminable».

que tengan impacto directo o indirecto sobre niños o niñas, como era el caso. A partir de aquí lo más relevante se aprecia en la ponderación de los derechos en conflicto para llegar a la convicción judicial. Para ello se supera el tradicional dualismo (parte trabajadora/parte empresa), para añadir un nuevo derecho a ponderar, junto a los anteriores, el del niño de 3 años que demanda ser cuidado y cuyo interés siempre debe ser primordial, cuando se sopesan prioridades que se contraponen.

Las relaciones de trabajo y el contexto sociolaboral han discurrido históricamente de espaldas a las demandas de cuidados de los hijos y las hijas de las personas trabajadoras. Los menores no suelen tener voz política y carecen de acceso a la información pertinente. Los procesos de adopción de decisiones de los Estados pueden no tener adecuadamente en cuenta el impacto en niñas y niños de las leyes y las políticas relacionadas con las empresas, mientras que, por el contrario, el sector empresarial, a menudo, ejerce una poderosa influencia sobre las decisiones sin hacer referencia a los derechos de la infancia⁹. Por todo ello, las obligaciones y responsabilidades internacionales derivadas de la [Convención sobre los derechos del niño](#) se extienden más allá de los Estados, siendo aplicables a las empresas¹⁰. En el caso de los permisos laborales para cuidarlos, quien juzga debe evaluar, junto a los derechos de las partes del litigio, también el interés superior del niño o la niña, pues no hacerlo puede vulnerar los derechos humanos del niño/a o adolescente, en su derecho a la integridad psicológica, moral y espiritual.

Se solidifica así la tendencia protectora del interés de la infancia y adolescencia que ya había aplicado esta misma sala en prestaciones por riesgo durante la lactancia natural¹¹ y hace efectivo el cumplimiento del mandato internacional de atender al interés superior del menor.

La perspectiva de la infancia ha sido en las leyes laborales una gran olvidada, a pesar del impacto directo que tienen muchas decisiones judiciales sobre este sector de la población (niños/as y adolescentes). Por ello debe integrarse a través de la impartición de justicia. Ello no es una opción de quien juzga, sino un mandato legal imperativo y vinculante.

⁹ [Observación general número 16 \(2013\)](#). Introducción.

¹⁰ [Observación general número 16 \(2013\)](#). Alcance y aplicación.

¹¹ [Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias/Las Palmas 1339/2019, de 17 de diciembre, comentada](#) en el número 443 (febrero 2020) de esta revista.