

**CUIDADOS Y TRABAJO RETRIBUIDO: ¿MISIÓN IMPOSIBLE?
COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE
CANARIAS DE 5 DE ABRIL DE 2024 (RECURSOS 814/2023) Y SU VOTO
PARTICULAR.**

GLÒRIA POYATOS I MATAS

NET21 NÚMERO 18, junio 2024

“La justicia se coloca junto a la razón, la mente y el yo -los atributos del “hombre racional”- y el cuidado, junto a las emociones, el cuerpo y las relaciones -las cualidades que, como las mujeres, se idealizan a la vez que se menosprecian en el patriarcado”.
(Carol Gilligan)

1. Criterio mayoritario de la Sala. Derecho de conciliación de la vida laboral y familiar, “legalidad ordinaria” e incompatibilidad de la indemnización por daño moral con la situación de baja médica

1.1-Acción ejercitada. Conciliación de la vida familiar y laboral (art. 34.8 ET) con vulneración de derechos fundamentales y petición de indemnización por daño moral de 4.000 euros (art. 14 y 24 CE).

En el *petitum* de la demanda se solicita: *“que se concrete su jornada laboral, en turno fijo de mañana de 08:30 a 15:30 horas, de lunes a viernes, con libranza de dos días a la semana, pasando de una jornada laboral de 40 h/s (actualidad) a 35 h/s (reducción) y, a su vez, se condene a la demandada a abonar a la actora la cantidad de 4.000 euros en concepto de indemnización”*

1.2-Sentencia de instancia. Estimación parcial de la demanda. Se declara el derecho de la actora prestar servicio de lunes a viernes de 8:30 a 15:30 horas y se condena a la empresa a abonarle una indemnización por daño moral de 3.750 euros.

1.3-Resumen del relato fáctico

- La actora presta servicios para la demandada desde el 3/12/2020, con la categoría profesional de auxiliar técnico educativo.
- Es progenitora de una bebé de 13 meses de edad, escolarizada, siendo el horario del centro al que acude de 8:30 a 15 horas de lunes a viernes.
- La actora solicitó de la empresa en fecha 12/7/22 reducción de jornada con concreción horaria por cuidado de su hija, en horario de 8:30 a 15:00 horas (35 horas).

- La empresa en fecha 18/7/22 notifica a la demandante la denegación del derecho solicitado por las siguientes razones:

“(…), su jornada es en turnos de mañana y tarde asignados de forma rotativa con el resto del personal de su categoría, en días comprendidos de lunes a domingo, sin que tenga asignado un turno fijo de mañana y, por tanto, no siendo esta su jornada ordinaria, no puede accederse a dicha distribución de jornada en turno exclusivo de mañana. Por idénticas razones, no puede acogerse la concreción horaria que indica en su escrito de 8:30 a 3:30 concreción horaria que deberá acogerse, en todo caso, a la de turnos establecidos (…)”

- En la empresa demandada se prestan servicios en régimen de turnos. La asistencia a los menores se realiza por equipos de una persona educadora y seis auxiliares técnicos educativos que rotan en la realización de las actividades.

1.4- Recurso de suplicación.

Recurre en suplicación la empresa con un motivo de revisión fáctica y tres de infracción jurídica.

1.5- Sentencia de la Sala canaria

Se estiman los dos motivos de revisión fáctica para hacer constar que la actora trabajaba a turnos rotatorios de lunes a domingo y que disfrutó de vacaciones entre el 11 de julio y el 6 de septiembre de 2022 y que desde el 5 de septiembre de 2022 inició proceso de baja médico por Incapacidad temporal (IT).

Por lo que respecta a la infracción jurídica denunciada, se estima parcialmente el segundo motivo, y aun declarándose que la empresa **“no ha acreditado circunstancia o elemento alguno que justifique la negativa empresarial a acceder a la solicitud”** (FJ5º) por lo que se confirma a este respecto la sentencia de instancia, no obstante, según la Sala:

“La estimación del motivo, como dijimos, ha de ser parcial, reconduciendo el derecho de conciliación a los términos de la solicitud inicial, (propuestas) de forma que el reconocimiento de aquel se ha de circunscribir al horario de 08:30 a 15:30 horas, de lunes a domingo, con las libranzas legales”.

De este modo, se amplía la concreción horaria de lunes a domingo. Para ello, se basa la Sala en que la petición inicial efectuada por la actora ante la empresa, lo era al amparo del art. 37.6 ET en jornada de lunes a domingo y, en cambio, en el escrito de demanda se ampara en el art. 34.8 ET y se acota de lunes a viernes. Se aprecia falta de *“diligencia inherente al concepto de buena fe”*.

Por lo que respecta al último motivo del recurso, en el que se cuestiona la condena a una indemnización por daño moral ascendente a 3.750 euros, la Sala estima totalmente este motivo y revoca la indemnización, en base a dos fundamentos jurídicos.

El primero, es: **“no apreciamos indicio alguno de discriminación por razón de sexo directa o indirecta (...) La respuesta dada por la empresa a la petición de la trabajadora era adecuada a parámetros legales pues, en principio, cabría entender que no respondía a la norma invocada (...). Es decir, las razones organizativas existían, si bien, no con la intensidad necesaria como para imponerse al ejercicio del derecho de conciliación petitionado. No existe indicio de discriminación, por lo que se impone una probanza específica para dar cobertura a la pretensión resarcitoria acumulada. (FJ6º)”**

Y el segundo, es: **“consta que la trabajadora (...), disfrutó de las vacaciones pendientes y, estando prevista la efectiva reincorporación el 6 de septiembre de 2022, ese mismo día inició un proceso de incapacidad temporal derivado de contingencia común, en el que se encontraba a la fecha de celebración del juicio oral.**

La ausencia de incorporación justificada a la actividad laboral repercute en el daño moral cuya reparación se interesa al enlazarse con el tardío reconocimiento del derecho interesado. Evidentemente existirán situaciones patológicas y sintomatológicas incompatibles con la atención de la prole, y nada habría que objetar al respecto; pero existirán otras que permitan tal cuidado, lo que ha de ser objeto de la necesaria probanza, y cuya carga se sitúa en el lado de la persona trabajadora que afirma su existencia. Nada se acredita y no podemos presumir su concurrencia.”

2. Voto particular disidente. Discriminación indirecta por razón de género. Enjuiciamiento con perspectivas de género e infancia. Indemnización por daño moral inescindible del incumplimiento empresarial y la vulneración de derechos fundamentales (arts. 14 CE) No requiere prueba ni se neutraliza por la baja médica

El voto particular se alza sobre dos partes diferenciadas.

2.1-La Primera parte refiere a la *“estimación parcial”* de la demanda.

Desde mi punto de vista carece de relevancia que la actora amparase su petición inicial en el 37.6 ET , en coherencia con la reducción de jornada solicitada, y en la demanda se refiera al art. 34.8 ET, pues no concurre indefensión de la empresa. Repárese en que desde el inicio (18/7/22) la empresa se negó a la concreción horaria semanal solicitada en base a que debía proyectarse en los turnos rotatorios (no fijo) de la operaria y en el acto del juicio no se hizo ninguna propuesta referida a los descansos semanales. Además, no hay petición subsidiaria que coincida con la concreción reconocida en la sentencia, lo que genera indefensión a la parte actora, por incongruencia *extra petitum*.

2.2- Y, la segunda parte versa sobre eliminación de la Indemnización por daño moral por haber estado la trabajadora en situación de Incapacidad Temporal (IT).

La opinión mayoritaria de la Sala, orilla la pretensión de la actora en *“la legalidad ordinaria”*, e invoca la STS de 25/5/2023 -Rec.1602/2020-, que, curiosamente, descansa en la STC 153/2021.

Además, y aun cuando la demandada denegó el derecho a conciliar sin justificación legal (al menos parcialmente), no obstante, al haber estado la trabajadora en situación de baja médica en periodo coincidente con la negativa empresarial, ello no le impidió cuidar a su hija, por lo que no sufrió daño moral alguno, según la sentencia.

Estas son resumidamente las 6 razones jurídicas de oposición reflejadas en el voto.

1ª)- Procedimiento tramitado en materia de conciliación de la vida laboral y familiar con vulneración de derechos fundamentales (art. 14 CE).

La demanda planteada lo es en ejercicio del derecho a conciliar trabajo y familia, cuyo impacto constitucional deriva de su impacto de género desproporcionado, o lo que es lo mismo, de la prueba estadística, siendo innecesario una expresa referencia de ello en el escrito de demanda.

Se pueden citar, por todas, las SSTC 3/2007, 233/2007, 26/2011, 12/2008, 108/2019, 78/2020, que refieren al impacto constitucional (art. 14 CE y 39 CE) que tiene este derecho y también que su denegación, “*por razones de estricta legalidad*” puede traducirse en discriminación indirecta por razón de sexo (STC 3/2007)”. En esta línea la STJUE 20/6/2013 (Riezniece- C 7/12), STJUE 22/10/2009 (Meerts C-116/98), entre otras.

Y también se ha insistido, en que no es exigible la intencionalidad de discriminar, porque la violación de derechos fundamentales no exige intencionalidad, basta con un peligro concreto para el derecho fundamental, tal y como se recuerda en la STC 56/2019:

“Respecto de la intencionalidad, hay que tener en cuenta que, con carácter general, la protección constitucional de los derechos fundamentales no puede quedar supeditada a «la indagación de factores psicológicos y subjetivos de arduo control», pudiendo bastar «la presencia de un nexo de causalidad adecuado entre el comportamiento antijurídico y el resultado lesivo prohibido por la norma»(...)En cuanto al menoscabo, no es preciso «que la lesión de la integridad moral se haya consumado, sino que a efectos de que el derecho invocado se estime lesionado basta con que exista un riesgo relevante de que la lesión pueda llegar a producirse”.

Pero a mayor abundancia, en este caso, además, se tramitó la acción bajo el procedimiento especial de tutela de derechos fundamentales.

2ª)-Indicios de discriminación indirecta derivados automáticamente de la prueba estadística

La actora aportó indicio razonable de discriminación indirecta por razón de sexo (art. 14 CE) que descansa en la prueba estadística. Lo anterior pone en marcha de forma automática la inversión de la carga de la prueba, tal y como ha venido insistiendo la Jurisprudencia europea y Constitucional. SSTJUE 22/11/12 (C-385/11- Elbal Moreno) y de 8/5/19 (C 161/18-Villar Laiz).

En la misma línea el Auto del TJUE de 15 de octubre de 2019 (C-439/18 y 472/18). También, las SSTC 128/1987, 253/2004, 61/2014, 91/2019, 153/2021. E incluso la STS (Sala general)

de 29 de enero de 2020 (Rec. 3097/2017), STS 14/5/14 (RJ 2014/2808), 18/7/11 (RJ 2011/6560).

No cabe, en la figura de la discriminación indirecta, una “justificación a medias”. O se justifica la causa objetiva de la denegación u opera automáticamente la discriminación. Repárese que esta es una diferencia entre discriminación directa (igualdad formal) y la discriminación indirecta (igualdad sustancial o de resultado).

3ª)- Al no haber justificado la empresa los motivos de su negativa, la prueba indiciaria despliega toda su operatividad para declarar la lesión del derecho fundamental comprometido (art. 14 CE).

Recuérdese la STC 17/2003:

“recaerá sobre la parte demandada la carga de probar que su actuación tuvo causas reales absolutamente extrañas a la pretendida vulneración, así como que tenían entidad suficiente para justificar la decisión adoptada. En otro caso, la ausencia de prueba empresarial trasciende el ámbito puramente procesal y determina, en última instancia, que los indicios aportados por el demandante desplieguen toda su operatividad para declarar la lesión del derecho fundamental del trabajador. (...)”

y la STC 153/2021 que insiste: *“incurrir en discriminación indirecta por razón de sexo el tratamiento que implique una restricción o la asignación de consecuencias laborales negativas al ejercicio por las mujeres trabajadoras de estos derechos de conciliación de la vida laboral y familiar, siempre que no pueda probarse que responden a razones o factores objetivos, ajenos a toda discriminación por razón de sexo, susceptibles de legitimar la medida en cuestión (...)”*

Obviamente, en esta última sentencia (STC 153/2021) la empresa probó la justificación y razonabilidad de su decisión y por ello no incurrió en discriminación alguna.

4ª)- La indemnización por daño moral va anudada a la vulneración del derecho fundamental (art. 14 CE), esto es, al incumplimiento injustificado de la empresa.

Despojar a la trabajadora del derecho a ser indemnizada por el daño moral vinculado a la injusta denegación de su legítimo derecho a conciliar, por el hecho de haber estado en situación de incapacidad temporal (IT) lleva aparejadas las siguientes consecuencias:

4.1-la IT deriva de afecciones físicas y/o psicológicas que impiden la prestación de servicios y ello exige que la persona enferma deba autocuidarse, de modo que difícilmente podrá, durante ese tiempo, cuidar a otras personas.

4.2-Se genera indefensión a la actora, pues es en suplicación cuando, por primera vez, se hace referencia al proceso de baja como eximente del abono de la indemnización. Y se le exige la carga de la prueba de los impedimentos para cuidar a su bebé, estando de baja médica, lo que contraviene frontalmente la propia presunción de “incapacidad”, aparejada a la baja.

4.3- Negar derecho a una indemnización reparadora del daño moral a la trabajadora que se ha visto injustificadamente privada de su derecho a conciliar, supone devaluarlo y convertirlo en un mero formalismo desconectado de las dificultades familiares que ello ocasiona a las trabajadoras. Supone, en fin, despojar de la indemnización su finalidad no solo reparadora sino también disuasoria y preventiva (art. 10 LOIEMH, art. 18 Directiva 2006/54; art. 5.2 CEDAW) (STS 19/12/17- Rec. 624/2016). También contraviene la Recomendación nº 33 del Comité CEDAW sobre el acceso a la justicia de las mujeres (párrafo 14 e)). Y promueve el coste cero para las empresas que deniegan injustificadamente el derecho, dificultando el trabajo de los cuidados, sostenido mayoritariamente por las trabajadoras.

4.4-El derecho de reparación, cuando estamos ante decisiones con impacto nocivo desproporcionado por razón de género (art. 14 CE), no es una opción para los poderes del Estado sino una obligación integrada en el *principio internacional de diligencia debida* vinculante para quienes juzgamos (art. 2 c) d) e) y f) y el art. 5 a) de la CEDAW). A mayor abundamiento, la Recomendación nº28 del Comité CEDAW (Apartado III- A.17 y “Obligaciones generales incluidas en el artículo 2” y Apartado III-B.32). STC 140/2018 (control de convencionalidad judicial).La Observación General nº 16 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, incluye entre las obligaciones jurídicas específicas para los Estados:

“Hacer accesibles y asequibles los remedios apropiados, como la indemnización, la reparación, la restitución, la rehabilitación, garantías de enmienda, declaraciones, excusas públicas, programas educativos y de prevención”.

Internamente, el citado art. 10 de la LOIEMH, establece entre las consecuencias jurídicas de las conductas discriminatorias: “(...) un sistema de reparaciones o indemnizaciones que sean reales, efectivas y proporcionadas al perjuicio sufrido, así como, en su caso, a través de un sistema eficaz y disuasorio de sanciones que prevenga la realización de conductas discriminatorias”.

5º)-Ausencia de ponderación del “interés superior de la menor” de 13 meses afectada, como consideración primordial.

En mi opinión, también se ha omitido ponderar y valor las necesidades actualizadas específicas de la hija de la actora, descartándose cualquier referencia a su “interés superior” (art. 3 de la Convención de Derechos del niño) , y el mandato de la Observación nº14 (2013) del Comité de Derechos del Niño en el que se establece que el “*interés superior del menor*” se consolida como un derecho sustantivo, un principio jurídico y una norma de procedimiento en la toma de decisiones con impacto sobre niños y niñas.

6º)-Ausencia de enjuiciamiento con perspectiva de género teniendo en cuenta la situación desventajada de las madres trabajadoras (art. 4 y 15 de la LOIEMH).

Se omite, además, la obligación de integrar la lógica del cuidado en el análisis jurídico, tal y como se recoge en la Recomendación nº33 de la CEDAW (Apartado II – A 19 c)) sobre el acceso de las mujeres a la justicia.

Conclusiones

Los cuidados de hijos hijas u otros familiares no son un concepto neutro y deben interpretarse en el seno de una sociedad y una cultura traspasada por estereotipos sexistas que han venido normativizando los roles asociados a la masculinidad y la feminidad y que, a su vez, han tenido una influencia innegable en la el sistema dual del pensamiento liberal clásico y, a la postre, en la confección de los ordenamientos jurídicos de los países democráticos y en su interpretación judicial, bajo un patrón de lo humano masculino.

Las dificultades de las madres trabajadoras para conciliar cuidados y vida profesional, sin penalización retributiva, esto es, por la vía prevista en el art. 34.8 del ET, las arrastra irremediamente a solicitar drásticas reducciones de jornada con pérdida retributiva y de cotización, sin no pocas dificultades en la concreción horaria, que acaba incidiendo en la amplia brecha salarial/pensiones.

Integrar la perspectiva de género en el enjuiciamiento significa juzgar teniendo en cuenta la realidad social descrita estadísticamente, significa tener en cuenta la situación desventajada de las mujeres trabajadoras y la pérdida de oportunidades laborales que soportan por no dejar de cuidar familiares. Significa, además, remover obstáculos que dificultan a las personas trabajadoras, mayoritariamente, cuidar sin dejar de trabajar (art. 9. 2º), mediante interpretaciones que no sean mecánicas ni restrictivas de este derecho, que es un puntal de las discriminaciones indirectas, que sufren las mujeres, en tiempos democráticos.

Y en esta tarea de dar efectividad al derecho a conciliar familia y trabajo es sustancial, la condena a las empresas incumplidoras de una indemnización por daño moral, en aquellos casos en los que lo solicite la parte.

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 de conformidad con el art. 4, 14 y 44 de la LOIEMH 3/2007, dado su impacto desproporcionado de género.

Debe recordarse aquí que este derecho tiene una dimensión constitucional evidente (art. 14 y 39 CE), lo que lo convierte en un derecho humano de índole laboral reforzado que debe ser analizado, con la máxima cautela judicial de acuerdo con la “*debida diligencia*” en materia de reparación integral.

El mundo es diverso y tiene un color diferente dependiendo del sexo bajo el que se observe. Una justicia no puede ser auténtica si prescinde de la mirada de la otra mitad de la población.

NET21