



UNIVERSIDAD
DE MURCIA

<http://revistas.um.es/analesderecho>

ANALES
de
DERECHO

**EL "CONTROL DE CORRESPONSABILIDAD
JUDICIAL", UN NUEVO REVÉS PARA LAS
TRABAJADORAS QUE SE ATREVEN A CUIDAR**

Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias de 24 de abril de 2024 (Recursos 1561/2023) y su Voto Particular.

GLÒRIA POYATOS MATAS

Magistrada especialista del TSJ de
Canarias (Sala social)

SERVICIO DE
PUBLICACIONES
UMU



El "control de corresponsabilidad judicial", un nuevo revés para las trabajadoras que se atreven a cuidar

Resumen: Sentencia que enjuicia demanda de conciliación familiar (art. 34. 8º ET) en la que la trabajadora demandante solicita reducción de jornada y la adscripción a turno fijo de lunes a viernes para el cuidado de su hija de 2 años. La sentencia de instancia había estimado el derecho a la concreción solicitada y, también, parcialmente, una indemnización paralela por daño moral de 3.125 euros. La Sala canaria, estima el recurso de la empresa y revoca la sentencia, desestimando la demanda, de un lado, en aplicación del "control de corresponsabilidad judicial", al librar el progenitor varón los fines de semana y, de otro, por el impacto que tendría en el descanso semanal rotatorio del resto de compañeras. Se emite voto particular disidente al criterio mayoritario con amparo en el art. 260.2 de la LOPJ.

Palabras clave: juzgar con perspectiva de género; perspectiva de infancia; igualdad; adaptación horaria.

The "judicial co-responsibility control", a new setback for workers who dare to care

Abstract: Judgment that prosecutes a claim for family conciliation (art. 34. 8º ET) in which the plaintiff worker requests a reduction in working hours and assignment to a fixed shift from Monday to Friday to care for her 2-year-old daughter. The lower court ruling had upheld the right to the requested settlement and, also, partially, a parallel compensation for moral damage of 3.125 euros. The Canary Islands Chamber upholds the company's appeal and revokes the ruling, dismissing the claim, on the one hand, in application of the "judicial co-responsibility control", as the male parent is exempt from weekly fines and, on the other, due to the impact that she would have in the rotating weekly rest of the rest of her colleagues. A dissenting vote is issued to the majority opinion under art. 260.2 of the LOPJ.

Keywords: judging with a gender perspective; childhood perspective; equality; time adaptation.

“Todo sobre las mujeres está en perpetua crisis”

Carol Gilligan

I. CRITERIO MAYORITARIO DE LA SALA. DERECHO DE CONCILIACIÓN DE LA VIDA LABORAL Y FAMILIAR, “CONTROL DE CORRESPONSABILIDAD JUDICIAL” COMO CAUSA DE DESESTIMACIÓN DE LA DEMANDA

-Acción ejercitada. Conciliación de la vida familiar y laboral (art. 34.8 ET), con petición de indemnización por daño moral de 6.251 euros.

-Sentencia de instancia. Estimación parcial de la demanda. Se declara el derecho de la actora prestar servicio de lunes a viernes en turno fijo de mañana y se condena a la empresa a abonarle una indemnización, por daño moral, de 3.125 euros.

-Resumen del relato fáctico

Condiciones laborales:

La actora presta servicios para la demandada desde el 3/11/2016, con la categoría profesional de limpiadora. Estaba adscrita a turnos rotativos de mañana y tarde de lunes a viernes, de 8 a 12 y de 14 a 18 horas.

Derecho de adaptación de jornada:

-Es progenitora de una bebé de 2 años

-La actora solicitó por escrito, en fecha 6/3/23, adaptación horaria a turno fijo matinal para el cuidado de su hija, que le fue denegada el 21/3/23.

-La demandante solicitó nuevamente turno fijo matinal de lunes a viernes en fecha 29/3/23.

Negociación:



La empresa abrió negociación que finalizó el 8/5/23 e hizo propuesta de trabajar en turno de mañana librando tres semanas dos días entre semana y la cuarta semana el domingo y otro día entre semana.

La actora el 30/04/23 realizó una contrapropuesta aceptando aquella, pero proponiendo que la cuarta semana de libranza fuera de un fin de semana completo, sábado y domingo.

La empresa contestó el día 04/05/23 manifestando que no podía ofrecerle librar más fines de semana que sus compañeras. El 05/05/23 la empresa realiza la última propuesta: turno fijo de mañana y descanso semanal rotatorio con 1 fin de semana completo cada 6 semanas.

Plantilla

6 trabajadoras, 1 de ellas (encargada) en turno fijo de mañana y el resto a turnos rotativos de mañana y tarde con 1 fin de semana de descanso completo cada 6 semanas.

Ninguna de las trabajadoras tiene concreción horaria.

El servicio requiere:

3 trabajadoras en turno de mañana y dos de tarde de lunes a viernes.

2 de mañana y 1 de tarde en fines de semana.

-Recurso de suplicación.

Recorre en suplicación la empresa solicitando, de un lado, revisión fáctica y de otro lado, denuncia la infracción del art. 34.8 del ET.

1.1-Sentencia de la Sala canaria

Estima parcialmente la revisión fáctica y se añade al relato fáctico que: *“el padre de la menor presta servicios en turno rotativo de lunes a viernes”*.

En base a esta adición, estima el motivo de infracción jurídica, revocándose la sentencia recurrida, sustancialmente, *“en aplicación del principio de corresponsabilidad”*.

En palabras de la sentencia:

“esta Sala considera que puede y debe utilizarse el criterio de corresponsabilidad como principio orientador y teleológico de la normativa en materia de conciliación de la vida laboral y familiar, a fin de que en el momento de solicitar una medida de conciliación de

*la vida personal y familiar se valore si la persona trabajadora que la interesa, **acredita o no que la pareja asume también una responsabilidad sino estrictamente proporcional, al menos significativa.** (...).*

Se trata de una eventual aplicación de tal principio al caso de autos que respetando el ámbito de la estricta autodeterminación de la persona en sus asuntos privados y familiares, en este caso la mujer trabajadora, que decide asumir en exclusiva la responsabilidad de las cargas familiares por propia voluntad, considere igualmente si el otro progenitor participa en el reparto de las cargas familiares para de esta forma evitar que la integridad del perjuicio derivado de la adaptación del tiempo de trabajo no recaiga en exclusiva sobre su empresa empleadora.

*A lo que se debe añadir como motivo que igualmente justifica su aplicación desde la perspectiva de una efectiva igualdad de hombres y mujeres en el ámbito laboral, **evitar que la mujer se considere en el mercado de trabajo, como la única que de manera exclusiva y sistemática asume las cargas asociadas al cuidado familiar, fuera de los casos en que la normativa prevé derechos expresos irrenunciables para los varones (...).***

El segundo puntal jurídico de la sentencia, descansa en la estimación como justificada de la razón organizativa alegada por la empresa para denegar la adaptación.

En palabras de la Sala:

“El principal motivo organizativo expuesto por la empresa, y reiterado en su recurso es que con el descanso de fin de semana propuesta por la actora sus compañeras no podrían descansar un fin de semana completo. La empresa presta servicios en residencias geriátricas y necesita tres trabajadoras en turno de mañana y dos de tarde de lunes a viernes, y dos de mañana y una de tarde los fines de semana.

*Y para ello cuenta con una plantilla de seis trabajadoras de las cuales una es la encargada turno fijo de mañana, y las cinco restantes tienen un turno rotativo de mañana y tarde, con un fin de semana de descanso completo cada seis, siendo la libranza las restantes semanas dos días entre semana. De lo anterior se desprende que **el motivo empresarial resulta de trascendencia pues supondría alterar el descanso semanal del***

resto de sus compañeras que actualmente se reparte de manera equitativa cada seis semanas”.

II. VOTO PARTICULAR DISIDENTE. QUIENES JUZGAMOS NO PODEMOS OBLIGAR A CUIDAR A QUIENES NO LO HAN SOLICITADO Y MUCHO MENOS, DENEGAR EL EJERCICIO DEL DERECHO INDIVIDUAL A CONCILIAR FAMILIA Y TRABAJO, EN BASE A UN “CONTROL PREVIO DE CORRESPONSABILIDAD JUDICIAL”, INEXISTENTE EN LA LEY

El voto se construye sobre dos partes diferenciadas en coincidencia con las dos razones jurídicas esgrimidas.

1-Respecto al “control de corresponsabilidad judicial” como causa de desestimación de la demanda.

Como se ha expuesto, la sentencia entiende que corresponde a la trabajadora solicitante del derecho de conciliación, acreditar previamente que:

“la pareja asume también una responsabilidad sino estrictamente proporcional, al menos significativa”.

Llegados aquí, la pregunta que debemos hacernos es la siguiente:

¿Podemos los jueces y juezas decidir quién concilia en una pareja, recayendo esa decisión en el hombre que no la ha solicitado? Mi punto de vista es negativo, a tenor de estas cuatro razones:

1ª Razón. La literalidad del art. 34.8 del ET, reconoce el derecho a la adaptación de jornada como un derecho de “*las personas trabajadoras*” (hombres y mujeres). Por tanto, estamos ante un derecho individual, no condicionado a la coparticipación de “progenitores” u otros miembros de “la familia” (abuelas/os, tías/os, primas/os, sobrinos/as...).

El requisito ficticio de la “*corresponsabilidad del progenitor varón*”, que no se incluye en la ley, añade, por vía interpretativa, un impedimento material en el acceso a la tutela judicial efectiva de la trabajadora, que tiene un impacto desproporcionado de género, al

ser ellas quienes, estadísticamente, cuidan más, consecuentemente interponen más acciones de este tipo¹.

Además, en mi opinión, esta interpretación contraviene la Recomendación nº33 de la CEDAW sobre el acceso de las mujeres a la justicia (Párrafo 15 g)- Carga de la prueba).

Y, con esta nitidez, se ha rechazado en el ATC 1/2009:

*“En relación con la distribución de la carga probatoria es de señalar que valorar las circunstancias concurrentes desde la perspectiva de la trabajadora **no implica que ésta tenga que aportar prueba alguna referida a eventuales circunstancias específicas dentro de su esfera íntima, personal o familiar, que puedan justificar una forma determinada de proceder a la reducción de su jornada. Tal perspectiva de análisis es, por lo pronto, ajena a la regulación legal de la institución y, desde luego, a lo resuelto en nuestra Sentencia [STC 3/2007]”***

2ª Razón. Siendo una finalidad implícita en las distintas reformas legales (Ley 39/1999, LOIEMH 3/2007, RD-Ley 6/2019; RD-Ley 5/2023), promover la corresponsabilidad entre hombres y mujeres para acabar con la posición desaventajada de las trabajadoras derivada de su doble presencia, no es menos cierto que, ello no puede acometerse negando a las operarias medidas de flexibilidad laboral si no prueban que el progenitor varón es *“significativamente corresponsable”*. Ello perjudicaría directamente a todas aquellas mujeres, cuyas parejas (varones) se nieguen a cuidar, y, además, estos criterios restrictivos pueden empujar a las trabajadoras al abandono del mercado de trabajo, generando mayor desigualdad.

Y es que las estadísticas son tozudas y evidencian una conectividad directa entre las dificultades laborales de las trabajadoras para cuidar a sus familiares y su salida parcial o total, temporal o permanente del mercado de trabajo².

¹ Recuérdese que, según los datos aportados por el CGPJ en el estudio denominado “Valoración de las medidas de conciliación de la vida familiar y personal y la vida laboral según regulación de la LO 3/2007” (2016), el 84% de las acciones judiciales en esta materia se plantean por las trabajadoras frente a sus compañeros varones.

² En el Voto particular se recopilan diversas estadísticas actualizadas desagregadas por razón de sexo, en relación con la tasa de empleabilidad y brecha de género parental; interrupciones de la carrera laboral para cuidar; excedencias por cuidado de hijos/as; contrataciones parciales para cuidar; brecha salarial y brecha de pensiones.

3ª Razón. La corresponsabilidad de los progenitores varones debe promoverse desde la disuasión/atracción y no desde la obligación/sanción, pues tal y como se recoge en la Directiva 2019/1158: “*El marco jurídico vigente proporciona pocos incentivos a los hombres para que asuman la misma cantidad de responsabilidades en el cuidado de familiares (...)*”.

En esta línea se mueven otras jurisdicciones, como la civil que, en caso de separación y divorcio no imponen la custodia compartida a los progenitores varones, cuando no lo solicitan, y ello a pesar de su obligación legal de cuidado (art. 92 C. civil y art. 39.3 CE). Obligarlos, podría poner en peligro el desarrollo holístico de niños y niñas.

Y tampoco, en la jurisdicción social, hemos exigido para la concesión de otros permisos con impacto familiar, por ejemplo, por accidente o enfermedad grave de familiares (art. 37.3 b) ET), la probanza de corresponsabilidad del progenitor varón, cuando se trata de hijos/as. Ni tampoco exigimos en las demandas relativas a horas extraordinarias planteadas por varones que se pruebe, primero, que son corresponsables, antes de resolver sobre el fondo.

4ª Razón. La utilización del “*criterio de la corresponsabilidad*” para desestimar la demanda de la trabajadora, evidencia, a mi entender, una ausencia de integración de las perspectivas de género e infancia en el enjuiciamiento del caso. Ello es así porque se omite cumplir el mandato internacional de diligencia debida que obliga a quienes juzgamos, a la remoción de los obstáculos (procesales y materiales) impeditivos de la consecución de la igualdad sustancial, en armonía con el mandato contenido en el art. 9.2 en relación con el art. 1.1 y 14 de la CE, debiendo incluso apartar la norma interna con rango de ley y dar prevalencia aplicativa al Tratado internacional en cumplimiento del “control de convencionalidad” (SSTC 140/2018 y 156/2021), para no comprometer la responsabilidad del Estado.

1.2-Respecto a la “*causa organizativa*” alegada por la empresa como justificación para denegar el derecho

La abstracta alegación empresarial debería haber cedido frente al impacto constitucional que tiene el derecho a la conciliación. Ello es así, porque si hay un total de 6 trabajadoras que descansan rotativamente fines de semana, específicamente, 1 vez cada seis semanas, es evidente que la incidencia que va a tener en la plantilla, el descanso de la actora en fin

de semana es que disminuirá en 1/6 parte la cadencia rotatoria. Es, por tanto, un perjuicio organizativo mínimo que no puede prevalecer frente a los derechos constitucionales de la actora (STC 254/1988; STC 3/2007).

Ello contradice, en mi opinión, la doctrina de esta misma Sala pues como dijimos en nuestra sentencia de 21 de febrero de 2022, Rec. 1780/2021: *"no puede la empresa escudarse en los turnos de los compañeros, porque dispone de mecanismos para hacer frente a ello y, de no ser así, los derechos de conciliación de los trabajadores en las empresas estarían, en la mayoría de los casos, sobre todo en empresas pequeñas, vacíos de contenido"*.

1.3-Omisión de la perspectiva de género en el enjuiciamiento.

El derecho al cuidado debe proteger tanto a las personas cuidadoras, mayoritariamente mujeres, como a aquellas que requieren esos cuidados.

La socialización de las mujeres impone a estas, el rol de los cuidados y las enfrenta a un mercado laboral hostil, que las discrimina por seguir cuidando y no ser "productivas" en términos mercantiles, y les dificulta extraordinariamente la flexibilidad laboral que necesitan para poder compaginar ambos trabajos, dentro y fuera del hogar.

Las dificultades de las madres trabajadoras para conciliar el cuidado de sus hijos e hijas con la vida profesional, sin penalización retributiva, esto es, por la vía prevista en el art. 34 .8 del ET, las arrastra irremediabilmente a solicitar drásticas reducciones de jornada con pérdida retributiva y de cotización, sin no pocas dificultades en la concreción horaria, y en el peor de los casos, a abandonar el mercado de trabajo durante la crianza

1.4-Incumplimiento de la obligación judicial de ponderar el "interés superior de la menor de 2 años" afectada, como consideración primordial.

Se deniega la adaptación horaria solicitada, porque el padre tiene una jornada que le permite cuidar los fines de semana. Pero se obvia que el padre, al igual que la actora, trabaja a turnos rotativos, por lo que se coloca a la hija causante del derecho, en una complicada situación, especialmente cuando ambos progenitores coincidan en el turno de trabajo de lunes a viernes.

Por tanto, se ha omitido ponderar las necesidades actualizadas específicas de la hija de la actora, de dos años, descartándose cualquier referencia a su "interés superior" (art. 3 de

la Convención de Derechos del niño) incumpliendo el mandato desarrollado en 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, lo que exige de los poderes de los Estados firmantes en la toma de decisiones con impacto sobre niños y niñas que:

*“siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados. La evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales. Además, la justificación de las decisiones debe dejar patente que se ha tenido en cuenta explícitamente ese derecho. En este sentido, los Estados parte **deberán explicar cómo se ha respetado este derecho en la decisión, es decir, qué se ha considerado que atendía al interés superior del niño, en qué criterios se ha basado la decisión y cómo se han ponderado los intereses del niño frente a otras consideraciones, ya se trate de cuestiones normativas generales o de casos concretos (Apartado I.A.6 c de la Observación nº14)**”.*

III. CONCLUSIONES

El Formalismo mágico es pensar que la mera invocación del principio de igualdad y no discriminación por razón de género, esto es, su simple mención en la argumentación judicial garantiza su aplicación. La existencia del art. 9.2º de la CE nos evidencia que hace falta mucho más que la mera enunciación, para la efectividad real del derecho.

España inició su andadura a favor de la conciliación familiar y laboral hace 24 años, con la Ley 39/1999 de 5 de noviembre que transpuso dos importantes directivas sobre la maternidad y el permiso parental. Se afirmaba desde el frontispicio de esta vieja ley que “*la incorporación de la mujer al trabajo ha motivado uno de los cambios sociales más profundos de este siglo*” y se recordaba que los poderes públicos (incluido el poder judicial), tienen el deber de promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva debiendo remover los obstáculos que la impidan o dificulten.

Muchas fueron las reformas internas operadas con posterioridad. Poco a poco se fueron ampliando y mejorando legislativamente los permisos y licencias laborales vinculadas al trabajo de cuidar, con mayor beneficio para las trabajadoras, al ser ellas quienes encabezan todas las estadísticas en materia de cuidados familiares, en nuestro país y en el resto de los países del mundo³. Se puede destacar la reforma promovida por el RD-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 y la implementada por el RD-ley 5/2023 de 28 de junio que transpone la importante Directiva 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores que derogaba la Directiva 2010/18/UE del Consejo.

Pero los avances legislativos siguen siendo insuficientes y la realidad laboral de las mujeres camina desacompañada con estas potentes reformas, que no acaban de aterrizar en la realidad vital de las trabajadoras, penalizadas por no dejar de cuidar.

Las estadísticas son tozudas y nos recuerdan la posición desaventajada de las operarias que se empeñan en seguir cuidando a familiares. Ellas son más perjudicadas por la brecha de género salarial y de pensiones y, además, a mayor número de hijos son más perjudicadas desde la perspectiva de la tasa de empleabilidad, según evidencia la llamada brecha de género parental⁴.

Caminamos hacia la igualdad de resultado a paso de tortuga, y las resistencias jurisprudenciales no ayudan, más bien al contrario⁵. Lejos de remover obstáculos se

³ “Tiempo para el cuidado. El trabajo de cuidados y la crisis global de desigualdad” OXFAM, enero 2020. Disponible en: <https://www.oxfam.org/es/informes/tiempo-para-el-cuidado> [Consultada el 17 de mayo de 2024].

⁴ Según el estudio “Mujeres y hombres en España 2022” (INE), la tasa de empleo en España en 2021 de los hombres de 25 a 49 años sin hijos menores de 12 años fue de 83,6%, y con hijos en ese grupo de edad fue más alta (89,7%), con un hijo el valor de la tasa ascendió al 90,0%, con dos 90,1%, el valor más alto, y con 3 hijos o más fue del 84,2%. En el caso de las mujeres, a medida que se incrementa el número de hijos menores de 12 años, disminuye la tasa de empleo. Para las mujeres de 25 a 49 años sin hijos de esa edad la tasa en 2021 fue de 74,7% y de 69,7% en el caso de tener hijos menores de 12 años (70,9% las que tienen un hijo, 70,0% en el caso de dos hijos y de 53,4% el de las mujeres con tres o más hijos). Disponible en: https://www.ine.es/ss/Satellite?L=es_ES&c=INEPublicacion_C&cid=1259924822888&p=1254735110672&pagename=ProductosYServicios/PYSLayOut¶m1=PYSDetalleGratis¶m4=Ocultar [Consultada el 17 de mayo de 2024].

⁵ La STS de 25 de mayo de 2023 (Rec. 1602/2020), es un ejemplo paradigmático de los retrocesos jurisprudenciales en materia de conciliación laboral y familiar.

dificulta el derecho a la conciliación, lo que impacta nocivamente, en mayor medida, en la población trabajadora femenina.

La creación jurisprudencial del “*control de corresponsabilidad judicial*” para denegar el legítimo derecho a conciliar trabajo y familia, ejercido por las trabajadoras, se alza como una novedosa restricción de un derecho de configuración personal, que no familiar, además, incide sobre los progenitores varones que ni son parte en el proceso, ni han solicitado conciliar, y, se alza como un nuevo revés para las mujeres que, ante las enormes dificultades para adaptar sus jornadas de trabajo, optarán, finalmente, por cambiar de puesto de trabajo, aumentando su precarización, o, en el peor de los casos, por el abandono del mercado laboral.

Difícilmente podremos disminuir y, mucho menos, revertir el mapa estadístico de género si, por la vía interpretativa, limitamos el acceso a la justicia de las personas trabajadoras, mayoritariamente mujeres, que ejercen su legítimo derecho a conciliar.

Promover la corresponsabilidad entre hombres y mujeres es otra cosa.

JURISPRUDENCIA CITADA

Tribunal Superior de Justicia de Canarias (Las Palmas), Sentencia nº 678/2024 de 24 de abril de 2024 (Rec. 1561/2023)

