

Crónica Jurisprudencial

NUEVA SENTENCIA CON ENFOQUE DE GÉNERO EN EL EJERCICIO DEL DERECHO A CUIDAR Y TRABAJAR. A PROPÓSITO DE LA SENTENCIA DE LA SALA SOCIAL DEL TSJ DE CANARIAS DE 27 AGOSTO 2019 (rec. 533/2019)

Glòria Poyatos i Matas. *Magistrada especialista del orden social, Tribunal Superior de Justicia de Canarias- España*
gpmatas@gmail.com

1. LA SENTENCIA RECURRIDA

El juzgado de lo Social “*estimó parcialmente*” la demanda de trabajadora frente a decisión empresarial que denegó petición de concreción horaria anudada a la reducción de jornada solicitada por razones familiares (hija de 5 meses), “por no ajustarse al horario a turnos que venía desarrollando”. En el fallo se reconoce a la actora la reducción de jornada solicitada, pero se le aplica, en cuando a la concreción horaria, una de las propuestas empresariales que fue rechazada por la demandante. Se trataba de un procedimiento en materia de derechos de conciliación de la vida personal y familiar con vulneración de derechos fundamentales (art. 14 CE) e indemnización por daños y perjuicios.

2. OBJETO DEL RECURSO

La operaria formalizó recurso de suplicación que fue estimado por la Sala en base a la infracción de normas sustantivas y de jurisprudencia.

Resumidamente, se alegó que habiendo probado las razones que justificaban la concreción horaria solicitada y no habiéndose probado razones organizativas en contra, debió hacerse una interpretación del derecho de conciliación familiar y laboral no restrictiva. La recurrente también se mostró quejosa con lo contenido en la sentencia en cuanto a la asignación de una concreción horaria que no fue solicitada de parte y la colocaba en peor situación a la que tenía antes de accionar judicialmente. En conexión con lo anterior, también se reivindicaba una indemnización por daños y perjuicios derivados de la vulneración de derechos fundamentales (art. 14 CE).

La empresa se opuso poniendo de relieve que no se probó la especial necesidad familiar del horario matinal, existiendo razones organizativas para su denegación. También se hizo referencia a la oferta empresarial de reconocer el turno matinal que pide si la reducción de jornada llega al 50%.

3. HECHOS RELEVANTES PARA LA RESOLUCIÓN DEL RECURSO

-La trabajadora prestaba servicios para la empresa demandada con la categoría de dependiente en el centro comercial “El Muelle” de Las Palmas y antigüedad de 2016. Su jornada era ordinaria y en régimen de trabajo a turnos rotativos (mañana, tarde y partido).

-En fecha **11 de octubre de 2018** solicitó concreción horaria por tener a cargo menor (hija de 5 meses). La empresa contestó negativamente al no solicitar reducción de jornada.

-En fecha **25 de octubre de 2018** la actora remite nueva solicitud de reducción de jornada a 35 horas semanales y concreción horaria de lunes a viernes de 9:00 a 16:00 horas.

-El **22 de noviembre de 2018** la empresa respondió reconociendo el derecho a la reducción de jornada, pero denegando la concreción horaria que pedía porque *"supone una modificación de su horario a turnos. De acceder además a su pretensión, ello supondría una modificación el resto de sus compañeros de sus condiciones de trabajo, en cuanto a jornada y turnos"*.

En el mismo escrito se proponen dos opciones alternativas. La primera respetando la reducción de jornada propuesta se propone horario a turnos alternos (mañana y tarde) y la segunda, con reducción de jornada del 50% se reconoce horario en turno de mañanas permanente.

-El **26 de diciembre de 2018**, la empresa reitera la negativa y cambia la primera propuesta proyectándola en turno mañana, tarde y partido.

-El **centro de trabajo** tiene mayor afluencia de clientela por las tardes. La actora es la única dependienta especializada en venta de relojes y gafas. En caso de vacaciones u otros turnos, el responsable de la tienda asume sus funciones.

-La **pareja de la actora y padre de la hija** en común, presta servicios como conserje nocturno de 22:00 a 6:00 de domingos a jueves.

-En el relato fáctico de la sentencia recurrida se hace constar que con anterioridad al juicio y también durante la celebración del juicio, tras la práctica de la prueba y planteada por el juzgador la posibilidad a las partes de llegar a un acuerdo (art. 85.8 ET), **la empresa hizo varias propuestas de reducción de jornada y concreción horaria** a la demandante, que fueron rechazadas por la trabajadora.

4. IMPACTO DE GÉNERO DEL DERECHO A CONCRECIÓN HORARIA POR RAZONES FAMILIARES

El concepto de conciliación laboral y familiar se refiere básicamente a la compatibilidad de los tiempos dedicados a la familia y al trabajo. Es decir, el mantenimiento del equilibrio en las diferentes dimensiones de la vida con el fin de mejorar el bienestar, la salud y la capacidad de trabajo personal. Dentro de las medidas de legalidad ordinaria dirigidas a la conciliación de la vida laboral y familiar, introducidas a partir de la 39/1999, de 5 de noviembre para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadora y la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de hombres y mujeres, coexisten la modalidad prevista en el art. 37.6º del ET (con reducción de jornada y retribución) y el derecho a la adaptación y distribución de la jornada de trabajo para conciliar el trabajo con la vida familiar y personal del artículo 34.8º del ET.

-En el artículo 37.6 y 7 del ET aplicable al caso que nos ocupa dispone:

"6. Quien por razones de guarda legal tenga a su cuidado directo algún menor de doce años o una persona con discapacidad que no desempeñe una actividad retribuida tendrá derecho a una reducción de la jornada de trabajo diaria, con la disminución

proporcional del salario entre, al menos, un octavo y un máximo de la mitad de la duración de aquella. (...)

7. La concreción horaria y la determinación del periodo de disfrute del permiso de lactancia y de la reducción de jornada, previstos en los apartados 4 y 6, corresponderán al trabajador, dentro de su jornada ordinaria. (...)"

-Pero el derecho de conciliación del tiempo dedicado a familia y trabajo tiene un **marcado componente de género**, tal y como se recoge expresamente en la **Exposición de Motivos de la Ley 39/1999**:

"La Constitución Española recoge en su artículo 14 el derecho a la igualdad ante la ley y el principio de no discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo, religión u opinión o cualquier otra condición. En el artículo 39.1, el texto constitucional establece el deber de los poderes públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia y, en el artículo 9.2, atribuye a los poderes públicos el deber de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas; y remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud facilitando la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social (...)"

-La **Ley 3/2007 de 22 de marzo para la Igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOIEMH)** establece en el art. 14 que los poderes públicos deben garantizar:

"(...) 8. El establecimiento de medidas que aseguren la conciliación del trabajo y de la vida personal y familiar de las mujeres y los hombres, así como el fomento de la corresponsabilidad en las labores domésticas y en la atención a la familia. (...)"

Y el artículo 44.1: **"1. Los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral se reconocerán a los trabajadores y las trabajadoras en forma que fomenten la asunción equilibrada de las responsabilidades familiares, evitando toda discriminación basada en su ejercicio."**

- La **Directiva 96/34/CE del Consejo de 3 de junio de 1996** relativa al Acuerdo marco sobre el permiso parental celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES recoge en sus consideraciones generales: **"(...)una verdadera política de igualdad de oportunidades presupone una estrategia global e integrada que permita organizar mejor los horarios de trabajo, una mayor flexibilidad, así como una vuelta más fácil a la vida profesional, y toma nota del importante papel de los interlocutores sociales en este ámbito y en la oferta a hombres y mujeres de una posibilidad de conciliar responsabilidades profesionales y obligaciones familiares (...)"**

-La **Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación de la mujer (CEDAW)** en su artículo 11.1 y 2 c) dispone: **"1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, los mismos derechos, en particular: (...) 2. A fin de impedir la discriminación contra la mujer por razones de matrimonio o maternidad y asegurar la efectividad de su derecho a trabajar (...)"**

-En la misma línea, el **Convenio de la OIT nº156** "sobre los trabajadores con responsabilidades familiares" de 1981 y ratificado por España el 11 de septiembre de 1985 (arts. 3 y 4 en relación con el art. 9).

- Y el art. 8.3 de la **Carta Social Europea**, hecha en Turín el 18 de octubre de 1961 y ratificada por España en Instrumento de 25 de abril de 1980, establece el derecho de las trabajadoras a protección, con el compromiso de los estados contratantes a: "A garantizar a las madres que críen a sus hijos el tiempo libre suficiente para hacerlo". Y el art. 16 insiste en el derecho de la familia a una protección social, jurídica y económica.

- El **Tribunal Constitucional (TC)** también tenido la ocasión de pronunciarse sobre la dimensión constitucional del ejercicio de los permisos previstos en el art. 37.6º y 34.8º del ET en la **Sentencias 3/2007 de 15 de enero de 2007** en cuya fundamentación jurídica se recoge : "(...) **los órganos judiciales no pueden ignorar la dimensión constitucional de la cuestión ante ellos suscitada y limitarse a valorar, para excluir la violación del art. 14 CE, si la diferencia de trato tiene en abstracto una justificación objetiva y razonable, sino que han de efectuar su análisis atendiendo a las circunstancias concurrentes y, sobre todo, a la trascendencia constitucional de este derecho de acuerdo con los intereses y valores familiares a que el mismo responde. (...)**" Se reitera el criterio en la sentencia del TC nº 26/2011 de 14 de marzo de 2011, en cuya fundamentación se insiste en la interpretación de la norma de manera más favorable a la efectividad de los derechos fundamentales en juego (arts. 14 y 39 CE) y no de forma mecánica o formalista. Y así se recoge en la fundamentación jurídica: "(...) **Debemos comenzar recordando que la prohibición de discriminación por razón de sexo (art. 14 CE) tiene su razón de ser en la voluntad de terminar con la histórica situación de inferioridad, en la vida social y jurídica, de la población femenina, singularmente en el ámbito del empleo y de las condiciones laborales, situación que se traduce en dificultades específicas de la mujer para el acceso al trabajo y su promoción dentro del mismo (...)**"

Además, debe destacarse la reciente **STC 140/2018 (pleno), de 20 de diciembre de 2018** que establece que corresponde a los jueces y juezas, en cada caso concreto, realizar el correspondiente "control de convencionalidad", que en el sistema español se traduce en la selección de derecho aplicable al supuesto controvertido, y ello debe proyectarse en la interpretación de lo dispuesto en los Tratados internacionales de aplicación, así como en el análisis de la compatibilidad entre una norma interna y una disposición internacional (FJ7º).

5. PROYECCIÓN DE LA NORMATIVA INTERNACIONAL AL CASO ENJUICIADO. ENJUICIAMIENTO CON PERSPECTIVA DE GÉNERO

La sentencia recurrida desestimó la demanda porque:

"pese a que el padre de la menor puede asumir sus responsabilidades en orden al cuidado de la misma, durante las mañanas (dada su jornada laboral nocturna) así como los viernes y sábados (días en los que disfruta de su descanso semanal), la actora pretende crear la ficción de que su hija estaría desamparada si no se le concediese la concreción horaria que pretende (turno de mañana en horario de 9:00 a 16:00 horas de lunes a viernes), es decir, con ese planteamiento lo que denota es que la responsabilidad en el cuidado de la hija, es responsabilidad única y exclusivamente de la madre, sin que el padre asuma rol alguno al respecto, lo que resulta inaceptable (...) En consecuencia, por pura coherencia, de ser cierto el planteamiento de la actora, lo propio, atendiendo el interés superior del menor, que debe primar sobre cualquier otro, sería que se dedicase al

cuidado de su hija por la mañana y el padre hiciese lo mismo (, asumiendo como sería deseable, la responsabilidad compartida), por la tarde, puesto que su jornada laboral se inicia a las 22:00 horas. Y en esta línea ha de entenderse que las diferentes propuestas alternativas ofrecidas por la empresa se ajustan a tal fin, en el sentido que se respeta el derecho de la actora a finalizar su jornada a las 20:30 horas (...)”

También se añade en la fundamentación jurídica, que el derecho recogido en el art. 34.8 del ET, queda supeditado a la negociación colectiva o a un eventual acuerdo con el empresario (FJ2º). Por ello, el magistrado de la instancia ponderando las circunstancias concurrentes llega a la conclusión de desestimar la concreción horaria solicitada por la actora, acogiendo una de las propuestas de concreción horaria ofertada por la empresa.

La limitación de un derecho ligado a la efectiva conciliación de la vida familiar y laboral, que garantiza el derecho al empleo de las trabajadoras con responsabilidades familiares y el respeto al principio de igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en el ámbito laboral, puede discriminar por razón de sexo. **Una interpretación restrictiva del ejercicio de este derecho, sin valorarse adecuadamente en clave constitucional, supone una discriminación indirecta de las mujeres trabajadoras, por ser ellas las que mayoritariamente lo ejercitan.**

La justicia con perspectiva de género es la transversalización (real) del principio de igualdad (*gender mainstreaming*), tal y como preceptúa el art. 4 de la Ley 3/2007, en relación con la previsión contenida en el artículo 9, 1 y 14 de la CE, debiendo recordar el juego del artículo 10 y 96 de la CE en la interpretación de los derechos fundamentales, de conformidad con los Tratados y Acuerdos internacionales ratificados por España ya referidos.

La protección de la mujer no se limita a la de su condición biológica durante el embarazo y después de éste, ni a las relaciones entre la madre y el hijo durante el período que sigue al embarazo y al parto, sino que también, en el ámbito estricto del desarrollo y vicisitudes de la relación laboral, condiciona las potestades organizativas y disciplinarias del empresario evitando las consecuencias físicas y psíquicas que medidas discriminatorias podrían tener en la salud de la trabajadora y afianzando, al mismo tiempo, todos los derechos laborales que le corresponden en su condición de trabajadora al quedar prohibido cualquier perjuicio derivado de aquel estado, (STC 17/2003 de 30 de enero de 2003).

La aplicación de la normativa referida al caso enjuiciado, llevaron a la Sala canaria a la conclusión de que la actora sí había probado suficientemente la existencia de circunstancias familiares justificativas de la concreción horaria matinal solicitada, por los siguientes motivos:

1-La trabajadora **tiene a cargo una hija de 5 meses** de edad.

2- **La pareja y padre de la menor** causante del derecho a la concreción horaria presta servicios en turno de trabajo fijo nocturno.

3- La empresa dispone de 7 dependientas (incluida la actora) en el centro de trabajo. Las dependientas especialistas son sustituidas por el responsable de la tienda cuando están ausentes. **No consta en hechos probados las diferencias formativas, de titulación o en su caso, retributivas, existentes entre una dependienta y una**

“dependienta especialista”. La categoría reconocida a la actora, es la de dependienta (HP1º).

4- Entre las propuestas de concreción horaria ofrecidas por la empresa a la actora desde el primer momento, siempre se ha incluido la de respetar el horario en turno matinal (de 10:00 a 14:00 horas) de lunes a domingo, con los días libres que correspondan, **condicionándola a que la reducción sea del 50%**. En su escrito de impugnación la demandada razona que este ofrecimiento puede hacerse porque: *“posibilita la contratación de personal a tiempo parcial que cubra las horas que son objeto de reducción, produciéndose una correspondiente reducción del salario de la trabajadora que facilita esa contratación complementaria”*.

De otro lado, por parte de la empresa no se probaron las razones *“organizativas y productivas”* que le llevan a negar a la actora la concreción horaria matinal. Ello es así porque disponía de una plantilla de 7 dependientas en el centro de trabajo y no se probó la imposibilidad de los 6 restantes o el responsable de la tienda de cubrir a la actora. Respecto a la especialización de la demandante (venta de relojes y gafas), tampoco se acreditó que tal *“especialización”* no pudiera extenderse a otras dependientas mediante la debida formación, sin que además la actora tenga reconocida una titulación específica, condición especial o retribución por tal especialización. Entenderlo de otro modo supondría convertir a la actora en un ser imprescindible que nunca podría faltar al trabajo por ser imposible su sustitución.

Finalmente, según la Sala, el argumento más claro a favor del derecho de la actora, en la ponderación de las razones organizativas esgrimidas es que si la empresa puede aceptar la concreción matinal a condición de una reducción de jornada del 50%, también debe poder hacerlo con una reducción del 87%, o del 70%, del 60% o del 55% porque la posibilidad de contratar a otra persona para que sustituya a la trabajadora no se acota al 50% sino que puede ser extensiva a cualquier porcentaje de la jornada ordinaria (art. 12 ET).

Por tanto se reconoce el derecho de la trabajadora a la concreción horaria solicitada, recordando la Sala que el derecho a la igualdad y no discriminación, como derecho humano que es, conlleva el cumplimiento del principio de *diligencia debida* que exige del Estado, a través de todos sus poderes (incluido el judicial), respetar, proteger y garantizar el cumplimiento efectivo de este derecho para lograr la igualdad de resultado (art. 2 f) y 5. A) de la CEDAW, en relación con las Recomendaciones 28 y 33 del Comité Cedaw y arts. 10.2º y 96 de la CE). Por todo ello, y dado que la igualdad y no discriminación por razón de género es un derecho humano, debe regirse en su 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, cuyo impacto de género incuestionable estadísticamente.

6. INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS (DAÑO MORAL)

Se reclamaba también, una indemnización paralela de 6.251 euros por el daño moral producido, vinculándolo a la vulneración de derechos fundamentales (arts. 14 y

39 CE) derivado de la negativa empresarial impugnada, en relación con los arts. 8.12 y 40 c) LISOS.

El daño moral producido es incuestionable, según la Sala, que se remite a lo contenido en sus STSJ Canarias (Las Palmas) de 12 de marzo de 2019 (Rec. 1596/2018 y 19/2019), pues la negativa empresarial tiene incidencia negativa en la vida familiar de la trabajadora que se ve obligada a judicializar el ejercicio de su legítimo derecho a conciliar familia y trabajo. No obstante, se aplica el mismo parámetro objetivo de cálculo indemnizatorio utilizado en las mencionadas sentencias, a tenor del art. 7. 5 de la LISOS (infracciones graves) que expresamente refiere a las infracciones derivadas de los arts. 34 a 38 del ET, por lo que se modula la indemnización a tenor del art. 40.1 b) de la LISOS, en la cantidad de 3.125 euros (grado medio), porque se está ante una empresa de grandes dimensiones.

Se estima parcialmente el recurso de suplicación reconociéndose el derecho de concreción horaria propuesta por la actora (de lunes a viernes de 9:00 a 16:00 horas) y se modula la indemnización reclamada en concepto de daño moral.

7. CONCLUSIONES

El supuesto analizado es otra evidencia de **las dificultades y cortapisas laborales a las que deben enfrentarse las mujeres trabajadoras a diario, para conciliar trabajo y familia, en un mercado laboral que ha despreciado históricamente el tiempo invertido en los cuidados familiares no profesionales**. Dificultades que se incrementan con interpretaciones mecánicas que no ponderan adecuadamente los derechos en conflicto con perspectiva constitucional. La protección de la mujer no se limita a la de su condición biológica durante el embarazo y después de este sino también en el ámbito del desarrollo y vicisitudes de la relación laboral.

En esta Sentencia se analiza y juzga con perspectiva de género, el derecho de la trabajadora a concretar su horario de trabajo para cuidar a su hija de 5 meses, en turno de mañana, bajo el prisma del canon reforzado de los derechos fundamentales en juego (art. 14 y 39 CE), que debe prevalecer en la solución de cualquier duda interpretativa de legalidad ordinaria, pues una interpretación restrictiva sin valorarse adecuadamente en clave de derechos humanos, puede convertirse en una discriminación indirecta de las madres trabajadoras, por incumplimiento de la obligación internacional de "*diligencia debida*" vinculante para todos los poderes del Estado.