



Febrero 2024

Atreverse a cuidar sin dejar de trabajar y sin intromisión en la intimidad familiar. ¿Misión imposible?

Comentario a la [Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias/Las Palmas 52/2024, de 18 de enero](#)

Glòria Poyatos i Matas

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

«La diferencia 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 lleva a las mujeres a atender voces distintas a las suyas e incluir en su juicio otros puntos de vista.»

Carol Gilligan

1. Marco normativo: conciliación familiar y laboral vía adaptación horaria (art. 34.8 ET)

En el caso resuelto por la [sentencia comentada](#), el juzgado de lo social estimó la demanda de adaptación de la jornada ([art. 34.8 Estatuto de los Trabajadores –ET– tras la reforma introducida por el RDL 6/2019](#)) y condenó a la empresa demandada (MERCADONA, SA) a respetar la

adscripción de la actora, exclusivamente, en turno de mañana (de 9:30 a 15:00 horas), así como a abonarle una indemnización por daño moral ascendente a 5.000 euros.

En la fundamentación jurídica se recuerda que el derecho de adaptación horaria es un verdadero derecho individual de la persona trabajadora, ya desvinculado de la negociación colectiva, como sucedía en anteriores versiones legales, habiéndose previsto incluso un expreso proceso negociador entre empresa y persona trabajadora, exigiéndose la propuesta de alternativas que justifiquen que la negociación es real y no un mero brindis al sol.

Se pone de relieve por la sala la necesidad del enjuiciamiento del caso con una doble perspectiva de derechos humanos, al tratarse de una obligación internacional y no una opción de quien juzga, derivada del principio internacional vertical de diligencia debida, vinculante para todos los poderes del Estado español tras la ratificación de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 1979 (CEDAW), [ratificada por España](#) y la [Convención internacional de Derechos del Niño](#).

- [Enjuiciamiento con perspectiva de género](#)

La sala recuerda que el derecho a la conciliación familiar y laboral tiene faz femenina y que 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 [artículo 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, que acaba incidiendo en la amplia brecha salarial y de pensiones y, en el peor de los casos, las empuja al abandono del puesto de trabajo, bien temporalmente (excedencias), bien definitivamente.

Por ello, se pone de relieve la necesidad de integrar la perspectiva de género en el enjuiciamiento del caso, lo que significa juzgar teniendo en cuenta la realidad social existente y prestar atención a la situación desaventajada de las mujeres trabajadoras y la pérdida de oportunidades laborales que soportan por no dejar de cuidar.

También significa promover una justicia transformativa a través de la aplicación e interpretación del derecho para lograr la igualdad de resultado entre mujeres y hombres.

- [Enjuiciamiento con perspectiva de infancia](#)

Y se integra la perspectiva de infancia al ser causantes del derecho ejercitado una niña de 4 años y un niño de 6 años, hijos de la trabajadora actora. Por ello se recuerda la obligación de ponderar en el caso, como criterio hermenéutico derivado del artículo 3.1

de la [Convención internacional de Derechos del Niño](#), «el interés superior del menor» como consideración primordial. Esta hermenéutica interpretativa impone a la comunidad internacional el mandato de asegurar la aplicación de los derechos del niño/a en su integridad e insta a los gobiernos a evaluar sus sistemas jurídicos y de bienestar social, teniendo en cuenta los principios fundamentales contenidos en la [Convención sobre los Derechos del Niño](#).

2. Relato fáctico: hechos relevantes

Estos son los hechos de relevancia del inalterado relato fáctico de la sentencia de instancia.

- La actora, con antigüedad de 22 de junio de 2009, presta sus servicios en centralización de telecompras, en turnos rotatorios, una semana de 9:30 a 15:00 y otra de 16:30 a 22:00 horas.
- Resumidamente, sus funciones incluyen la preparación de compras *on line*, que suele hacerse mayoritariamente en horario de mañana y se preparan en turno de tarde, y también asumía tareas de cajera, pescadera, colocadora de carros... según las necesidades de la tienda.
- La actora solicitó en fecha 22 de enero de 2023 adaptación horaria por motivo del cuidado de sus hijos menores de edad, específicamente pidió adscripción permanente en turno de mañana (de 9:30 a 15:00 horas) y los sábados a necesidad del centro, sin necesidad de entrar en rotación.
- La demandada, tras solicitarle documentación y ser aportada en fecha 27 de febrero de 2023, le deniega la petición porque: «altera la distribución habitual y ordinaria de la jornada de la empresa».
- La demandante es progenitora de una niña de 4 años y un niño de 6 años de edad en el momento de su solicitud de adaptación horaria.
- La empresa contrató a un detective para seguir a la actora y a su marido los días 22, 23, 24 y 25 de mayo de 2023, para averiguar «cuáles eran las obligaciones familiares y profesionales de ambos».
- El esposo de la actora es autónomo y explota un gimnasio desde el 1 de diciembre de 2022, sito en otra localidad distinta a la del domicilio de la actora, con un horario de 8:00 a 21:00 horas. No tiene personal empleado.
- En ocasiones la actora cuenta con el apoyo de sus padres (abuelos de los menores), de avanzada edad.

3. Claves del razonamiento jurídico

3.1. Ponderación de los tres derechos en conflicto

La integración de la **perspectiva de género** lleva a la sala a considerar razonable la petición de adscripción al turno de mañana de la actora por motivo de la demanda de cuidados de sus hijos durante las tardes, dado el horario de escolarización matinal. A lo anterior se añade el aterrizaje de la **perspectiva de infancia**, recordándose que «el interés superior de los menores» debe ser una consideración primordial. Y, por último, se ponderan **los intereses de la demandada**, concluyéndose que no se probaron razones objetivas que impidieran el reconocimiento de la concreción horaria solicitada.

Se supera, así, el tradicional dualismo (parte trabajadora/parte empresa), para añadir un nuevo derecho a ponderar, junto a los anteriores: el de los niños que demandan cuidados y cuyo interés siempre debe ser primordial, cuando se sopesan prioridades que se contraponen.

3.2. Indemnización reparadora del daño moral

En relación con la indemnización, el tribunal constata la concurrencia de discriminación indirecta por razón de género ([art. 14 Constitución española –CE–](#)) y concluye que negar el derecho a indemnización reparadora del daño moral a la trabajadora que se ha visto injustificadamente privada de su derecho a cuidar a sus hijos de corta edad, supone devaluar este importante derecho ([art. 34.8 ET](#)) y convertirlo en un mero formalismo desconectado de las dificultades familiares que ello ocasiona a la actora y el consecuente daño moral anudado al mismo acto discriminatorio.

Y se recuerda la finalidad disuasoria y preventiva de la indemnización ([art. 10 LO 3/2007](#) y [art. 18 Directiva 2006/54](#)).

A efectos de ponderar la adecuación de la cuantía de 5.000 euros, tiene en cuenta la especial situación de necesidad de atender la demanda de cuidados de sus dos hijos pequeños (de 4 y 6 años), sin disponer de otros apoyos familiares, y el transcurso del tiempo entre la petición de la trabajadora y la sentencia que le reconoce el derecho (5 meses), sin que la empresa haya dado cumplimiento provisional a la petición para exonerarse de la reparación indemnizatoria reclamada ([art. 139.1 a\) Ley reguladora de la jurisdicción social](#)).

3.3. La prueba de detective y el seguimiento del esposo e hijos menores de la actora. ¿Vulneración del derecho fundamental a la intimidad familiar?

Tal y como resultó probado, se hizo un seguimiento personalizado fuera del centro de trabajo y en horario no laboral del esposo e hijos menores de la actora, así como de otros familiares (abuelos) durante tiempo de ocio familiar a través de detectives contratados por la demandada para explorar «las obligaciones familiares y profesionales de la actora y su esposo».

La sala no entró a analizar la citada prueba, que califica de «cuestionable», pues ni en la instancia ni en suplicación fue impugnada por la parte actora, pero la gravedad del hecho bien merece unas reflexiones que comparto en este artículo a título personal.

Para empezar, es evidente que la citada prueba de la que se hizo eco la sentencia recurrida, tanto en el relato fáctico como en la fundamentación jurídica, fue desproporcionada, injustificada e invasiva y vulnera, derechos fundamentales de la actora (art. 18 CE –derecho a la intimidad personal y familiar–). Ello es así a tenor de la más reciente jurisprudencia contenida en la [Sentencia del Tribunal Supremo 380/2023, de 25 de mayo](#), en cuya fundamentación jurídica se preserva del seguimiento de detective la actividad desarrollada en los domicilios o lugares reservados (art. 48.1 a) [Ley 5/2014](#)), al tratarse de un ámbito reservado en el que se ejerce la vida íntima, familiar y personal con una expectativa legítima de privacidad. Ello puede ser trasladable a las actividades y tiempo de ocio de personas con las que la empresa no tiene relación laboral alguna.

Descendiendo al caso, puede concluirse que contratar el seguimiento de la familia de la actora, no solo compromete los principios de razonabilidad, necesidad idoneidad y proporcionalidad, sino que se adentra de lleno en la intimidad familiar de la actora, evidenciando, además, una total falta de legitimidad de la empresa en el encargo efectuado por lo que respecta a familiares de la actora. El seguimiento contratado descrito tiene, además, un efecto estigmatizante al invadir la vida familiar de la operaria y por ello la empresa pudo incurrir en la infracción del [artículo 8.12 de la Ley sobre infracciones y sanciones en el orden social](#).

4. Conclusiones. Transcendencia de la doctrina establecida, más allá del caso

La [sentencia](#) sigue el camino ya iniciado por el mismo tribunal en sentencias anteriores, integrando la perspectiva de género e infancia en la interpretación y aplicación del derecho a conciliar familia y trabajo. Además, se reconoce el derecho de la operaria a percibir una

indemnización reparadora del daño moral indisolublemente vinculada a la discriminación indirecta por razón de género sufrida (art. 14 CE), destacándose el carácter disuasorio y preventivo («garantía de no repetición») que tiene la indemnización por daño moral vinculada a la vulneración de los derechos fundamentales comprometidos (art. 14 y 39 CE).

Especialmente criticable fue la actuación de la empresa de contratar los servicios profesionales de una agencia de detectives para seguir a familiares de la actora, incluidos sus hijos de corta edad, y cuyo informe resultante fue aportado como prueba en el acto del juicio.

Permitir a las empresas la fiscalización arbitraria de la vida privada y familiar de las personas trabajadoras, mayoritariamente mujeres, que se atrevan a ejercitar su derecho a conciliar supone traspasar abruptamente los infranqueables límites de los derechos constitucionales y se alza como una nueva faz de las violencias sexistas, en este caso, desde un contexto laboral.

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.

El derecho al cuidado debe proteger tanto a las personas cuidadoras, mayoritariamente mujeres, como a aquellas que requieren esos cuidados. Es necesario dimensionar su importancia en toda su magnitud y no demeritar su valía, pues todas las personas dependemos de los cuidados de otras en alguna etapa de nuestra vida y, en ocasiones, durante toda nuestra existencia.

La obligación de brindar cuidados se impone tradicionalmente a las mujeres bajo la creencia de que son idóneas para realizarlos, lo que implica que deben poner su tiempo y sus recursos físicos y emocionales al servicio de otros familiares, lo cual limita sus posibilidades de desarrollo personal y las atrapa en un nudo de pobreza que las precariza, pues incluso cuando logran salir de su hogar se enfrentan a un mercado laboral hostil que las discrimina por seguir cuidando y no ser «productivas» en términos capitalistas, porque el trabajo de cuidar carece de reconocimiento social, económico o curricular.

La justicia puede ser transformativa en esta andadura hacia la igualdad de resultado, como dinamizadora de cambios sociales a través de las actuaciones y resoluciones judiciales.

Sin perspectiva de derechos humanos, la justicia no es justicia, es otra cosa...