

SUPUESTOS PRÁCTICOS

1. Juan y María han sido padres de **dos niñas gemelas** el **1 de abril de 2019**, como va a ser una etapa dura y quieren dedicar a sus hijas el máximo tiempo posible, han acudido a la Asesoría laboral donde tú trabajas para preguntar todas las dudas que tienen acerca de sus **derechos de conciliación**, que son las siguientes:

- a.** ¿Cuánto **tiempo de suspensión** le corresponde a cada uno de los progenitores **por nacimiento de sus hijas**? ¿Cómo se puede distribuir?
Respuesta. **Art.48.4 ET** (Ir a pág. 11 del texto)
- b.** Si María hubiese **cogido 3 semanas antes del parto de su permiso por nacimiento**, ¿Cuánto tiempo de suspensión le queda? **Art.48.4 ET**
- c.** ¿Puede María cederle a Juan parte de su **permiso por nacimiento**? **Art.48.4, pfo.7 y DT 13^a-pto.1,b** (Ir pág. 12 y 13 del texto)
- d.** También desean saber una vez finalizado **el permiso por nacimiento**, si pueden disfrutar los dos del permiso por lactancia. Su intención es solicitar la **lactancia de forma acumulada**. ¿Podrán hacerlo? ¿Cuál es la **duración** del permiso por lactancia? ¿A quién le corresponde disfrutarlo? ¿Hasta cuándo podrán disfrutarlo? **Art.37.4 ET** (Ir a pág. 5 y 6 del texto)
- e.** ¿Podría Juan una vez finalizado el permiso de lactancia solicitar **una reducción de jornada**? ¿A quién le corresponde la **concreción horaria** y la determinación del período de disfrute? ¿En qué términos puede solicitarla? ¿Podrían solicitarla los dos al mismo tiempo? **Art. 37- ptos. 6 y 7 ET.**
- f.** Si María no trabajase, ¿Podría Juan disfrutar de la suspensión por nacimiento y del permiso por lactancia? **Art.48.4 y 37.4 ET.** (Ir a pág.8 del texto)
- g.** Se plantean también la posibilidad de cuando terminen los anteriores permisos, solicitar una **excedencia por cuidado de hijos**. ¿Pueden solicitarla los dos al mismo tiempo? ¿Por cuánto tiempo pueden solicitarla? ¿Se les va a reservar su puesto de trabajo? ¿Se duplica el tiempo máximo por tratarse de hijas gemelas? **Art.46,3 ET.** (Ir a pág. 9 y 10 del texto)

- h. Supón que María solicita y se le concede **una excedencia de dos años** por cuidado de sus hijas y que solicita la **reincorporación a tiempo y la empresa le contesta la imposibilidad de reincorporarla** al servicio en dicha fecha, ya que no existe vacante en su puesto de trabajo ni en otro de su grupo profesional. ¿Qué le aconsejas a María? ¿Piensas que está despedida? **Art.46,3 ET** (pág.9 y 10, referencia a pie de pág.nº4, ver las sentencias: **STS de 23 septiembre 2013. RJ 2013\7658**)

RESPUESTAS:

a) ¿Cuánto **tiempo de suspensión** le corresponde a cada uno de los progenitores **por nacimiento de sus hijas**? ¿Cómo se puede distribuir?

En principio y según la nueva redacción del art. 48,4 ET, le corresponden **17 semanas a cada uno** (16 +1 semana más a cada uno por tener dos hijas gemelas), pero hay que hacer las siguientes matizaciones:

En lo que respecta **a María**, su régimen será el siguiente:

El **disfrute** de las mismas deberá realizarse **del siguiente modo**:

- **Las primeras 6 semanas posteriores al parto deberán disfrutarse ininterrumpidas y a jornada completa**
- Las **11 semanas restantes** podrán distribuirse a voluntad del progenitor, **en períodos semanales de forma acumulada o interrumpida, a jornada completa o a tiempo parcial**, y ejercitarse desde **la finalización de la suspensión obligatoria posterior al parto hasta que el hijo o la hija cumpla 12 meses**.
- **El disfrute** de cada **período semanal** o, en su caso, de la acumulación de dichos períodos, **deberá comunicarse a la empresa con una antelación mínima de 15 días**.

Pero hay que tener en cuenta **la DT 13ª del ET**, que señala que en el caso del otro progenitor (Juan)

- **- A partir de 1 de abril 2019:**

La suspensión del contrato por nacimiento tendrá una duración de **8 + 1 semanas**, de las cuales las **2 primeras, deberá disfrutarlas de forma ininterrumpida inmediatamente tras el parto**. La madre biológica **podrá ceder** al otro progenitor **hasta 4 semanas** de su periodo de suspensión de disfrute no obligatorio.

Y cuando los **dos progenitores** que ejerzan este derecho **trabajen para la misma empresa**, la dirección empresarial **podrá limitar su ejercicio** simultáneo por **razones fundadas y objetivas**, debidamente motivadas y por escrito.

b) Si María hubiese cogido 3 semanas antes del parto, ¿Cuánto tiempo de suspensión le queda? Art.48.4 ET

17 semanas – 3 = **14 semanas, de las cuales 6 deben disfrutarse inmediatamente después del parto.**

c) ¿Puede María cederle a Juan parte de su permiso por nacimiento? Art.48.4, pfo.7 y DT 13^a-pto.1,b) (Ir pág. 12 y 13 del texto)

Si, como ya se dije en la cuestión a) la madre biológica **podrá ceder** al otro progenitor **hasta 4 semanas** de su periodo de suspensión de disfrute no obligatorio.

d) También desean saber una vez finalizado el permiso por nacimiento, si pueden disfrutar los dos del permiso por lactancia. Su intención es solicitar la lactancia de forma acumulada. ¿Podrán hacerlo? ¿Cuál es la duración del permiso por lactancia? ¿A quién le corresponde disfrutarlo? ¿Hasta cuándo podrán disfrutarlo? Art.37.4 ET (Ir a pág. 5 y 6 del texto)

Respuesta. **Art.37.4 ET**

*4. "En los supuestos de nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento, de acuerdo con el artículo 45.1.d), las personas trabajadoras **tendrán derecho a una hora de ausencia del trabajo, que podrán dividir en dos fracciones, para el cuidado del lactante hasta que este cumpla nueve meses. La duración del permiso se incrementará proporcionalmente en los casos de nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento múltiples**".*

Cada **hija tiene derecho a su hora de lactancia**, pudiendo disfrutar de dicho permiso **tanto la madre biológica como el otro progenitor**, en este caso Juan. Lo podrán dividir en dos fracciones.

*“Quien ejerza este derecho, por su voluntad, **podrá sustituirlo por una reducción de su jornada en media hora con la misma finalidad o acumularlo en jornadas completas** en los términos previstos en la negociación colectiva o en el acuerdo a que llegue con la empresa respetando, en su caso, lo establecido en aquella”*

*La reducción de jornada contemplada en este apartado **constituye un derecho individual de las personas** trabajadoras sin que pueda transferirse su ejercicio al otro progenitor, adoptante, guardador o acogedor. No obstante, si dos personas trabajadoras de la misma empresa ejercen este derecho por el mismo sujeto causante, la dirección empresarial podrá limitar su ejercicio simultáneo por razones justificadas de funcionamiento de la empresa, que deberá comunicar por escrito.*

*Cuando ambos progenitores, adoptantes, guardadores o acogedores **ejercen este derecho con la misma duración y régimen**, el periodo de disfrute **podrá extenderse hasta que el lactante cumpla doce meses, con reducción proporcional del salario a partir** del cumplimiento de los nueve meses.*

Podrán disfrutarlo de forma acumulada si así está previsto en **convenio colectivo y con los límites establecidos en el mismo**, salvo que negocien con el empresario algo más favorable.

e) ¿Podría Juan una vez finalizado el permiso de lactancia solicitar una reducción de jornada? ¿A quién le corresponde la concreción horaria y la determinación del período de disfrute? ¿En qué términos puede solicitarla? ¿Podrían solicitarla los dos al mismo tiempo? Art. 37- ptos. 6 y 7 ET.

¿Podría Juan solicitar en vez de una reducción de jornada, una adaptación de la misma, para así no ver afectado su salario? **Art.34,8 ET**

Si, pues el **Art.37,6 ET**: *“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**”.*

PONENTE: Eva Álvarez González. Profesora de Derecho del Trabajo de la USC

La concreción horaria y la determinación del período de disfrute del permiso de lactancia y de la reducción de jornada, previstos en los apartados 4 y 5 de este artículo, **corresponderán a la persona trabajadora, dentro de su jornada ordinaria.**

No obstante, **los convenios colectivos podrán establecer criterios para la concreción horaria de la reducción de jornada** a que se refiere el apartado 5, en atención a los **derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral del trabajador y las necesidades productivas y organizativas de las empresas.**

Pueden disfrutarla **los dos al mismo tiempo**, puesto que constituye un **derecho individual de los trabajadores**, hombres y mujeres. No obstante si **dos o más trabajadores** de la misma empresa generasen este derecho **por el mismo sujeto causante**, el empresario podrá limitar su ejercicio simultáneo por **razones justificadas de funcionamiento** de la empresa. En éste caso **los sujetos causantes** son diferentes al tratarse de niñas gemelas.

f) Si María no trabajase, ¿Podría Juan disfrutar de la suspensión por nacimiento y del permiso por lactancia? **Art.48.4 y 37.4 ET.** (Ir a pág.8 del texto)

Si, puesto que tras la nueva regulación **son derechos individuales e independientes** para cada progenitor, adoptante o acogedor.

g) Se plantean también la posibilidad de cuando terminen los anteriores permisos, solicitar una **excedencia por cuidado de hijos**. ¿Pueden solicitarla los dos al mismo tiempo? ¿Por cuánto tiempo pueden solicitarla? ¿Se les va a reservar su puesto de trabajo? ¿Se duplica el tiempo máximo por tratarse de hijas gemelas? **Art.46,3 ET.** (Ir a pág. 9 y 10 del texto)

En el art.46,3 ET se recoge el derecho a la **Excedencia para el cuidado de un hijo**, a la que tendrán derecho los trabajadores **por un período no superior a 3 años**, tanto cuando lo sea por **naturaleza**, como por **adopción**, o en los supuestos de **acogimiento**, tanto permanente como preadoptivo.

Pueden solicitarla los dos al mismo tiempo, pero Cuando dos o más trabajadores de una misma empresa, generasen este derecho por el mismo sujeto causante, el **empresario podrá limitar** su ejercicio simultáneo por razones justificadas de funcionamiento de la empresa. En éste caso **los sujetos causantes son diferentes** al tratarse de niñas gemelas.

PONENTE: Eva Álvarez González. Profesora de Derecho del Trabajo de la USC

Cuando un **nuevo sujeto causante** diera derecho a un nuevo período de excedencia, el inicio de la misma **dará fin** al que en su caso se viniera disfrutando.

Dicho período de excedencia **computa a efectos de antigüedad**, y el trabajador tendrá derecho a la asistencia a **cursos de formación profesional**, debiendo ser convocado por el empresario. **Durante el primer año tendrá derecho a la reserva de su puesto de trabajo**, transcurrido dicho plazo, la reserva quedará referida a **un puesto de trabajo del mismo grupo profesional o categoría equivalente**.

No se duplica el tiempo, es el mismo en el supuesto de partos **múltiples**, ya que se acaba cuando los niños cumplen **3 años**.

h) Supón que María solicita y se le concede **una excedencia de dos años** por cuidado de sus hijas y que solicita la **reincorporación a tiempo y la empresa le contesta la imposibilidad de reincorporarla** al servicio en dicha fecha, ya que no existe vacante en su puesto de trabajo ni en otro de su grupo profesional. ¿Qué le aconsejas a María? ¿Piensas que está despedida? **Art.46,3 ET** (pág.9 y 10, referencia a pie de pág.nº4, ver las sentencias: **STS de 23 septiembre 2013. RJ 2013\7658**)

María **siempre tendrá derecho a la reserva de puesto de trabajo**, hasta el **primer año de su disfrute tiene derecho al mismo puesto** de trabajo y durante los dos restantes a uno **del mismo grupo profesional** o categoría equivalente. (Art.46 ET).

El criterio de la **jurisprudencia** ha venido diferenciando entre **despido y negativa al reingreso en la excedencia**, entendiéndose que **el trabajador podrá ejercitar LA ACCIÓN DE REINGRESO cuando la empresa no contesta a su petición del reingreso o la rechaza pretextando falta de vacantes o circunstancias análogas que no suponen el desconocimiento del vínculo existente** y, por el contrario, **podrá ejercitar LA ACCIÓN DE DESPIDO cuando la empresa de a su solicitud una negativa rotunda e inequívoca que implica el rechazo de la existencia de la relación entre las partes**.

Se trata de **dos vías alternativas y no optativas**, por tanto, para que la pretensión del trabajador sea estimada la acción que éste elija debe ser necesariamente la que corresponda a la respuesta que dé la empresa el trabajador a su petición de reingreso.

De la respuesta que da la empresa a la trabajadora podemos deducir que **no se puede apreciar una voluntad clara y resuelta del empresario de dar por**

finalizado el contrato de trabajo y, consecuentemente, al no haber acudido la demandante al procedimiento adecuado, su demanda de despido debe ser desestimada. En todo caso, debería haber acudido al procedimiento ordinario ejerciendo la acción de negativa al reingreso.

Para el ejercicio de **la acción no opera el corto plazo de caducidad de veinte días [arts. 59.3] y 103.1, sino el tranquilizadoramente más largo de prescripción al año añadida de [art. 59. 1ET)**

Y este es el criterio mantenido por la **STS de 23 septiembre 2013. RJ 2013\7658**, *“para que exista un despido debe darse con elemental presupuesto la voluntad extintiva unilateralmente decidida por el empresario cualquiera que sea la forma en que la misma se manifieste, incluso la tácita, y tal voluntad extintiva no se aprecia en la negativa empresarial al reingreso por no existir vacante de su categoría o grupo profesional, en la que no se niega la reincorporación en sí misma, sino su posibilidad actual...”*

El **incumplimiento del deber de reincorporación supondría** - que:

«1) se presume que **la reincorporación tardía** del trabajador excedente da lugar a **una indemnización de daños y perjuicios**;

2) La cuantía de la indemnización se cifra en principio **en los salarios dejados de percibir a causa de la conducta de incumplimiento...**;

3) **Corresponde al trabajador la acreditación de daños y perjuicios superiores** que considere se han producido; y

4) **Corresponde al empresario la acreditación de los hechos impositivos de las indemnizaciones reclamadas**». Y en todo caso ha de tenerse en cuenta que **la fecha inicial del cómputo de los salarios indemnizatorios**, si se ha formulado tempestivamente la petición de reingreso, **ha de situarse en la data de finalización del período de excedencia.**

2. Juan es cajero y reponedor de una cadena de supermercados, donde hay 10 trabajadores la mayoría mujeres que tienen hijos menores de 12 años, en una plantilla de 15. Su jornada se distribuye **de lunes a sábado**, trabajando 40 horas semanales. El trabajador **ha sido padre** hace poco, por lo que su horario de trabajo comienza a serle difícilmente conciliable con su vida familiar y solicita a su empleadora **una reducción de 5 horas**, de tal manera que deje de prestar servicios **el sábado por la mañana**, continuando con su horario laboral **de lunes a viernes**. La empresa sin embargo se ha negado, alegando varias razones.

PONENTE: Eva Álvarez González. Profesora de Derecho del Trabajo de la USC

A la vez, pretende hacer uso del permiso **por lactancia**, pero la empresa también se lo niega, alegando que no ha probado que su mujer sea trabajadora.

CUESTIONES:

a) ¿Tiene derecho Juan a la reducción de jornada planteada en esos términos? ¿Qué razones puede alegar la empresa para negarle dicha reducción de jornada?

b) ¿Tiene razón la empresa al negarle el permiso por lactancia?

Art. 37,6 ET (Reducción de jornada, pág. 8 del texto)

Art. 37, 4 ET (lactancia, pág. 5 y 6 del texto)

a) ¿Tiene derecho Juan a la reducción de jornada planteada en esos términos? ¿Qué razones puede alegar la empresa para negarle dicha reducción de jornada?

La doctrina de nuestros tribunales es pacífica cuando determina que **un trabajador que ejerce su derecho a la reducción de jornada puede modificar su horario pero no la jornada ordinaria**, que sería un límite inalterable por este derecho. Así lo ha afirmado el Juzgado de lo Social número 6 de Madrid en su sentencia de 30 de enero de 2009, Autos 1394/2008 «(...) *la jornada ordinaria de trabajo en la empresa demandada se distribuye de lunes a sábado, siendo esta también la jornada ordinaria de trabajo de la demandante. Por tal circunstancia, la reducción de jornada y la concreción horaria de la misma deberá efectuarse tomando como referencia la jornada ordinaria de trabajo, es decir, de lunes a sábado y no de lunes a viernes, como pretende la demandante, a lo cual hay que añadir que la prueba documental aportada por la empresa demandada a las actuaciones, permite afirmar que el sábado es precisamente el día en el que en la empresa demandada se produce un mayor número de ventas, pese a que la empresa intenta fomentar las ventas entre semana*».

Asimismo, hay que resaltar que la doctrina judicial se ha manifestado sobre la determinación de **la concreción horaria y la ponderación de los intereses personales y empresariales, no siendo la concreción horaria un derecho de ejercicio unilateral del trabajador** (ya que tiene una dimensión colectiva y puede afectar a otros trabajadores de la empresa, como es el caso). Del mismo modo, los Tribunales también se han pronunciado sobre la necesidad de que la concreción horaria se determine **dentro de la jornada ordinaria** pactada del trabajador.

En resumen, aunque inicialmente la concreción horaria dentro de la reducción de jornada conforme al art. 37 corresponde al trabajador, hay que tener en cuenta cuál es su jornada ordinaria, y admitir modificaciones

en tal jornada ordinaria, pero siempre y cuando el trabajador que lo solicita presente y acredite alguna justificación sobre la necesidad de conciliación de la vida laboral y familiar, y su ejercicio no suponga la transgresión de la buena fe.

*En esta línea, los pronunciamientos judiciales han **admitido la negativa empresarial a la concreción si la empresa alega causas suficientes para su oposición**, y esta negativa en ningún caso supondría una discriminación. En este sentido cabe mencionar la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid («TSJ») de 5 de julio de 2017 (AS 2017, 1672), que ha establecido que «hay que tener en cuenta las necesidades de la empresa como las de los otros trabajadores, lo que obliga siempre a la ponderación. Evidentemente, **los viernes, sábados y domingo es cuando se produce mayor afluencia de público en establecimientos** como en el que presta servicios la recurrente, siendo imprescindible contar con un mayor número de trabajadores que realicen servicios esos días, y el acceder a la petición de la demandante puede suponer que haya exceso de personal en los días interesados por la misma o que la empresa tenga que efectuar modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo que afecten a otros trabajadores, con perjuicios para el personal que preste servicios en los días propuestos. Del relato fáctico no se desprende que haya sufrido discriminación alguna.*

b) ¿Tiene razón la empresa al negarle el permiso por lactancia?

Art.37,4 ET (Remisión supuesto 1)

3. Mercedes, trabajadora por cuenta ajena de la empresa "Productos químicos Luz y Carlos, S.L" venía disfrutando desde el año **2011 de una reducción de jornada para el cuidado de su padre**, de edad avanzada, que padecía una minusvalía que no le permitía valerse por sí mismo. De lunes a jueves tenía contratada a una persona para atenderle y, **de viernes a domingo se desplazaba** al lugar donde residía su progenitor que distaba **a 110 kilómetros de la localidad** donde se encontraba la empresa en la que Mercedes trabajaba y tenía fijado su domicilio.

La trabajadora, **desde el año 2011 tenía acordado con la empresa la aplicación de la reducción de su jornada a todas las horas de trabajo correspondientes a la jornada del viernes**, no realizando ese día actividad laboral alguna y haciendo de lunes a jueves el horario normal como el resto de los trabajadores. **Esta situación se mantuvo pacíficamente hasta el día 1-3-2018**, fecha del fallecimiento de su padre.

El **día 9-3-2018**, Mercedes presentó un escrito a la empresa solicitando **nuevamente una reducción de jornada en las mismas condiciones** que la

PONENTE: Eva Álvarez González. Profesora de Derecho del Trabajo de la USC

anterior, esta vez **para el cuidado de su madre que se encontraba enferma de alzheimer con efectos a partir del día 1-4-2018.**

En fecha **11-3-2018** la empresa notifico a la trabajadora que hasta el día **1-4-2018** debía realizar jornada completa. Tras cumplir lo ordenado por la empresa, en fecha 1-4-2018 la trabajadora comenzó de nuevo la reducción de jornada en las mismas condiciones que lo había solicitado.

En fecha **1-7-2018**, Mercedes recibió un burofax de la empresa en la que se le notificaba que tras examinar la Dirección su situación **había observado que estaba acumulando indebidamente su reducción de jornada**, ya que, del artículo 37 del Estatuto de los Trabajadores en relación con el 49 del Convenio Colectivo aplicable **debe realizarse sobre la jornada diaria**, razón por la que debía modificar sus horarios de trabajo y adaptarlos de lunes a viernes de forma proporcional.

No conforme con tal decisión, tras los trámites oportunos, Mercedes **interpuso ante el Juzgado de lo Social la correspondiente demanda solicitando que se le reconozca el derecho a la reducción de jornada por cuidado de familiar** en los términos solicitados a la empresa en escrito de 9-3-2018 y que, tras su concesión por la misma, había venido disfrutando desde día 1 de abril hasta el 1 de julio últimos.

CUESTIÓN: ¿Puede concretarse la reducción de jornada en un solo día a la semana sin infringir la normativa citada?.

STSJ de Madrid, de 9 marzo 2016 (AS 2016\805): REDUCCION DE JORNADA: exención laboral de la jornada del viernes, a fin de poder desplazarse a otra ciudad para el cuidado de familiar discapacitado: procedencia: situación precedentemente disfrutada durante varios años, sin inconveniente empresarial alguno. GARANTIA DE INDEMNIDAD: vulneración: denegación de reducción de jornada (por cuidado de familiar) en las condiciones precedentemente disfrutadas: medida empresarial adoptada tras reclamación laboral planteada por el actor, en cuanto presidente del comité de empresa.

STC 15-1-2007 [RTC 2007, 3]: *El Tribunal Constitucional ha dicho que "cuando la solicitud de reducción de jornada se realice fuera de los parámetros de la "jornada ordinaria realizada", el Órgano Judicial no debe limitarse a denegar el derecho petitionado por razones de estricta legalidad, derivadas de la interpretación que se realice de la expresión "jornada ordinaria", sino que tienen que efectuar un **análisis ponderado de las circunstancias concurrentes** (necesidades familiares y dificultades empresariales que la elección de la*

*trabajadora pudiera ocasionar en el funcionamiento regular de la empresa) y, sobre todo, **debe atender a la trascendencia que la concreta petición de reducción de jornada.** En otro caso, una resolución que prescinda de esta ponderación y se limite a denegar el derecho solicitado por no atemperarse a los límites de la jornada ordinaria, constituye una discriminación indirecta por razón de sexo, en cuanto supone un obstáculo injustificado para la permanencia en el empleo de la trabajadora y para la compatibilidad de su vida profesional con su vida familiar*