

LEX LABORUM

BOLETÍN JURÍDICO SOCIAL DE LA ASOCIACIÓN JUDICIAL FRANCISCO DE VITORIA.

Nº2 | noviembre 2022



SUMARIO:

LOS LÍMITES A LA LIBERTAD RELIGIOSA, UNA ENCRUCIJADA CON MÚLTIPLES ARISTAS PARA LOS TRIBUNALES

Raquel Vicente Andrés.

Magistrada Especialista. Sala de lo Social Excmo. Tribunal Superior de la Comunidad Valenciana.

LOS PERMISOS DE PATERNIDAD Y MATERNIDAD EN LAS FAMILIAS MONOPARENTALES: UNA CUESTIÓN PENDIENTE

Jesús Carlos Galán.

Magistrado Especialista. Sala de lo Social Excmo. Tribunal Superior de Castilla y León. Sede Burgos

ADHESIÓN VOLUNTARIA EN EL DESPIDO COLECTIVO Y RETRIBUCIÓN VARIABLE

Alfredo Aspra Rodríguez.

Abogado laboralista. Labormatters Abogados

AJFV
ASOCIACIÓN
JUDICIAL
FRANCISCO DE
VITORIA

LEX LABORUM

Boletín Jurídico Social de la Asociación Judicial Francisco de Vitoria.
ajfv@ajfv.es

COMITÉ EDITORIAL:

Susana María Molina Gutiérrez.
Óscar López Bermejo.
María del Pilar Giménez Pérez.
Martín José Mingorance Gacía.

Edita: Asociación Judicial Francisco de Vitoria.
C/ Alberto Bosch nº 5, Bajo A, Madrid.

Diseño: Raspabook
Diseño: Fotografía escogida por Óscar.

ISSN: 2605-275X

EXENCIÓN DE RESPONSABILIDAD:

Exención de responsabilidad: “Las opiniones, comentarios y hechos consignados en cada artículo efectuados por los autores son de su exclusiva responsabilidad y no han de ser necesariamente compartidos por los miembros del Comité Editorial y, por tanto, no se asume responsabilidad de los mismos por parte de estos y de la Asociación Judicial Francisco de Vitoria. Asimismo, el Comité Editorial y la Asociación Judicial Francisco de Vitoriano se hacen responsables, en ningún caso, de la credibilidad y autenticidad de los trabajos”.

03 LOS LÍMITES A LA LIBERTAD RELIGIOSA, UNA ENCRUCIJADA CON MÚLTIPLES ARISTAS PARA LOS TRIBUNALES

Raquel Vicente Andrés.
Magistrada Especialista. Sala de lo Social Excmo.
Tribunal Superior de la Comunidad Valenciana.

08 LOS PERMISOS DE PATERNIDAD Y MATERNIDAD EN LAS FAMILIAS MONOPARENTALES: UNA CUESTIÓN PENDIENTE

Jesús Carlos Galán.
Magistrado Especialista. Sala de lo Social Excmo.
Tribunal Superior de Castilla y León. Sede Burgos.

14 ADHESIÓN VOLUNTARIA EN EL DESPIDO COLECTIVO Y RETRIBUCIÓN VARIABLE

Alfredo Aspra Rodríguez
Abogado laboralista Labormatters Abogados

LOS LÍMITES A LA LIBERTAD RELIGIOSA, UNA ENCRUCIJADA CON MÚLTIPLES ARISTAS PARA LOS TRIBUNALES

Raquel Vicente Andrés.
Magistrada Especialista.

Sala de lo Social Excmo. Tribunal Superior de la Comunidad Valenciana.

Como es sabido la libertad religiosa es un bien jurídico de alcance universal, cuya protección constituye uno de los ejes principales de la política europea, proscribiendo cualquier tipo de discriminación, por motivos de religión o convicciones, y garantizando que las personas que hubieren sido objeto de tal discriminación, basada en la religión, dispongan de los medios de protección adecuados a tal fin.

Es claro, por tanto, que la libertad religiosa, como derecho con alcance universal, íntimamente vinculado al principio de igualdad, en su vertiente de no discriminación por motivos religiosos, debe ser objeto de protección y garantía, pero ello no quiere decir que sea un derecho absolutamente ilimitado.

Es en esa ardua labor de delimitación de los contornos de la libertad religiosa, donde se plantea la encrucijada de los Tribunales. Determinar hasta dónde debe llegar el ejercicio de esta libertad, cuando entran en el tablero de juego otros bienes jurídicos a ponderar, como la libertad de empresa, es una cuestión de difícil resolución.

Paradigma de ello, es la diferente interpretación, por parte de los órganos

judiciales europeos, a la hora de calibrar la balanza de pesos confrontados.

Conviene por tanto abordar esta disparidad de enfoques jurisprudenciales entre el TEDH y el TJUE.

El TEDH mantiene una posición interpretativa, que podría calificarse de amplia, a la hora de fijar la extensión del derecho a la libertad religiosa, en su vertiente de uso de símbolos con tales connotaciones, puesto que, en la ponderación de bienes en conflicto, se decanta por otorgar cierta prevalencia a esta, sobre el interés empresarial de mantenimiento de una concreta imagen de empresa basada en la neutralidad.

El asunto Eweida y otros contra el Reino Unido¹, que se pasa a analizar, tiene su origen en cuatro demandas (núms. [48420/10](#), [59842/10](#), [51671/10](#) y [36516/10](#)) dirigidas contra el Reino Unido e Irlanda del Norte, presentadas ante el TEDH, por cuatro ciudadanos/as británicos/as, las señoras Nadia Eweida, ShirLey Chaplin, Lillian Ladele y señor Gary McFarlane, los días 10 de agosto de 2010, 29 de septiembre de 2010, 3 de septiembre de 2010 y 24 de junio de 2010 respectivamente

En la primera demanda, asunto Eweida, [el](#)

¹ <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-139370>

[TEDH establece los criterios que han de seguirse, a la hora de valorar la colisión existente entre el derecho a libertad religiosa en el ámbito de la relación laboral y el derecho a la neutralidad religiosa, como manifestación del principio de libertad de empresa.](#)

[Los datos fácticos eran los siguientes:](#)

la señora Eweida llevaba una cruz en el trabajo oculta bajo su ropa, hasta que decidió empezar a llevarla a la vista, como un signo de su compromiso con su fe. Cuando llegó al trabajo, su jefe le pidió que se quitara la cruz y la cadena o que la ocultara. La señora Eweida inicialmente se opuso, pero finalmente accedió a cumplir con la orden, después de discutir el asunto con un superior. Con posterioridad acudió nuevamente al trabajo, pero ahora con la cruz a la vista, accediendo renuementemente a cumplir con la norma del uniforme, al ser advertida que, de no hacerlo, sería enviada a casa sin sueldo. No obstante, a pesar de ello, la misma se negó a quitarse o esconder la cruz, ante lo cual la empresa acordó suspender su prestación de servicios, hasta que se diera cumplimiento al mandato de uso de uniforme, sin exhibición de signos religiosos. Ante la persistencia de la actora, la empresa, incluso, ofreció a aquella, la posibilidad de realizar un trabajo administrativo, que no requería contacto con el público, ni uniforme, pero ella rechazó esta propuesta, apostando por defender hasta sus últimas consecuencias, sus convicciones.

El TEDH tras examinar el justo equilibrio entre el deseo de Eweida de manifestar sus creencias religiosas, frente al del empleador, de proyectar cierta imagen

corporativa, concluye que como, sin duda, otros empleados estaban autorizados desde el pasado a utilizar aditamentos religiosos como turbantes y hijabs, sin impacto negativo alguno sobre la imagen de la compañía, las autoridades nacionales no protegieron de manera suficiente el derecho de la demandante a manifestar su religión, vulnerando la obligación positiva, de conformidad con el artículo 9.

la tercera demanda, el TEDH, va a concluir por cinco votos contra dos, que no hubo violación de la libertad religiosa. El litigio se centraba en la negativa de la trabajadora, la Sra Ladela, registradora municipal de nacimientos, defunciones y matrimonios, a inscribir una pareja de hecho de homosexuales, en su creencia de que la unión entre parejas del mismo sexo es contraria a la Ley de Dios, ante lo cual fue despedida, sin que ello supusiera una vulneración del CEDH.

En la demanda de Chaplin, su superior le solicita que se quitara su collar. La demandante insistió en que la cruz era un símbolo religioso y solicitó autorización para usarlo. Esta le fue denegada, debido a que la cadena y la cruz, podían provocar lesiones, si un paciente anciano

tiraba de ella. La señora Chaplin propuso entonces llevar la cruz en una cadena asegurada con sujeciones magnéticas, que inmediatamente se soltaría si era agarrado por un paciente. Sin embargo, la autoridad sanitaria lo rechazó debido a que la cruz, aun así, supondría un riesgo para la salud y la seguridad, desde el momento en que podría oscilar libremente. El TEDH confirma el criterio del hospital en relación con la protección de la salud y la seguridad clínica.

En la tercera demanda, el TEDH, va a concluir por cinco votos contra dos, que no hubo violación de la libertad religiosa. El litigio se centraba en la negativa de la trabajadora, la Sra Ladela, registradora municipal de nacimientos, defunciones y matrimonios, a inscribir una pareja de hecho de homosexuales, en su creencia de que la unión entre parejas del mismo sexo es contraria a la Ley de Dios, ante lo cual fue despedida, sin que ello supusiera una vulneración del CEDH.

El cuarto demandante, el señor McFarlane, es cristiano practicante y era de los miembros más antiguos de una gran iglesia multicultural en Bristol. Declara una profunda y verdadera creencia en que la Biblia afirma que la actividad homosexual es un pecado y que no debe hacer nada que apoye directamente dicha actividad. El demandante confirmó que tenía dificultades para conciliar el trabajo sobre prácticas sexuales con las parejas del mismo sexo y su deber de seguir las enseñanzas de la Biblia. Es por ello que, el señor B, despidió al señor McFarlane, por falta grave, al concluir que el demandante había afirmado que cumpliría con la política de empresa y

proporcionaría asesoramiento sexual a parejas del mismo sexo, sin tener ninguna intención de hacerlo. Por tanto, no se podía confiar en que cumpliera su trabajo de conformidad con la política de igualdad de oportunidades.

El Tribunal no considera que el rechazo por parte de los tribunales internos de las reclamaciones del señor McFarlane, suponga una violación del artículo 9, aisladamente o en relación con el artículo 14 del CEDH.

Una vez examinada la posición del TEDH sobre el equilibrio que ha de otorgarse a la libertad religiosa y a la libertad de empresa, conviene analizar los puntos de cohesión y los divergentes, con la jurisprudencia del TJUE.

El TJUE, tanto en la sentencia de 15 de julio de 2021 (C804/18 y C341/19), como en la recién dictada de 13 de octubre de 2022 (C344-20), si bien converge con el TEDH, en el hecho de que no habrá discriminación directa, cuando la medida de prohibición del símbolo religioso sea adoptada de modo general e indiferenciado por la empresa, mantiene no obstante, una posición más restrictiva, en cuanto al alcance de la libertad religiosa, otorgando una cierta preponderancia a los márgenes de neutralidad empresarial, sujeta ello sí, a ciertos presupuestos o cautelas, a fin de evitar cualquier situación de discriminación indirecta.

En definitiva, viene a legitimar la limitación a la libertad religiosa, en su vertiente de manifestación de convicciones religiosas o filosóficas, ya sea mediante exhibición

de símbolos, manera de vestir o cualquier otra forma, con base en el principio de libertad de empresa, en su dimensión de neutralidad política, filosófica y religiosa, siempre que, exista una verdadera necesidad empresarial que justifique tal limitación; en segundo lugar, esas directrices de neutralidad, sean adoptadas de forma congruente y sistemática, y, en tercer lugar, esa prohibición se limite a lo estrictamente necesario, es decir, atienda a la amplitud y la gravedad real de las consecuencias desfavorables que el empresario pretenda evitar mediante tal prohibición.

Ahora bien, esta visión restrictiva de los contornos del principio de libertad religiosa, por parte del TJUE, en favor del principio de libertad de empresa, genera ciertas cuestiones interpretativas, en el sentido de preguntarnos si una aplicación estricta o descontextualizada de la misma, puede conllevar un efecto distorsionador o contrario al principio rector de la política comunitaria de protección, de aquellos grupos de personas con una religión o convicciones determinadas y sujetos a necesidades específicas (punto 26 Directiva 2000/78).

La presente reflexión, se plantea en el marco del análisis de la reciente sentencia del TJUE de 13 de octubre de 2022, desde el momento en que dicha resolución, recae en un litigio que afecta de lleno a uno de estos colectivos, puesto que se trata de una mujer que profesa la religión musulmana y que solicita llevar el pañuelo islámico, en un ámbito laboral de formación ofimática.

Descartado, en este concreto sector, el riesgo a terceros, como causa limitativa de la libertad religiosa, la cuestión a debatir, se centra en determinar si el interés corporativo de la empresa, basado en la garantía de la neutralidad empresarial, es o no causa justificativa excluyente de una situación de discriminación en el ámbito de la libertad religiosa, teniendo en cuenta que solo puede constatarse una situación de discriminación «basada en» la religión o las convicciones, en el sentido de la Directiva 2000/78, cuando el trato menos favorable o la desventaja particular de que se trate, se sufran en función de la religión o de las convicciones.

Es decir, hasta qué punto el empresario en el marco del ejercicio de la libertad de empresa y bajo el halo de la neutralidad política, pueda establecer una norma interna, que prohíba a los trabajadores manifestar, a través de la forma de vestir o de cualquier otra forma, sus convicciones religiosas, filosóficas o políticas, del tipo que sean, en relación con los trabajadores que pretenden ejercer su libertad de religión y de conciencia, mediante el uso visible de un signo o de una prenda de vestir con connotaciones religiosas, sin que ello comporte una situación de discriminación, contraria a la Directiva Europea 2000/78.

Descartado, en este concreto sector, el riesgo a terceros, como causa limitativa de la libertad religiosa, la cuestión a debatir, se centra en determinar si el interés corporativo de la

empresa, basado en la garantía de la neutralidad empresarial, es o no causa justificativa excluyente de una situación de discriminación en el ámbito de la libertad religiosa,

Pues bien, para resolver esta encrucijada, el TJUE elabora las siguientes directrices: la libertad de empresa no podrá, so pena de incurrir en una discriminación contraria a la Directiva 2000/78, establecer una norma interna que prohíba llevar signos vistosos y de gran tamaño de convicciones religiosas o filosóficas, si ello se halla indisociablemente ligado a una o varias religiones o convicciones determinadas. No obstante, y aquí llega lo llamativo, no será contrario a la Directiva europea, la prohibición de cualquier signo visible de convicciones políticas, filosóficas o religiosas en el lugar de trabajo, como en el caso enjuiciado era utilizar el pañuelo, cuando concurren ciertas cautelas, basadas, por un lado, en que exista una necesidad real y por otro, en que tal norma sea generalizada e indiferenciada.

Pongo el punto de atención sobre esta consideración, porque a mi modo de ver la resolución del conflicto que lleva a cabo el TJUE, dando como claro ganador al empresario, comporta claros riesgos, que van más allá del propio debate, sobre hasta dónde debe llegar el derecho a la libertad religiosa. No en vano, esta consideración amplia sobre el poder de actuación empresarial dificultará, sin duda alguna, el acceso al empleo, de un sector que, se

verá claramente estigmatizado por el libre ejercicio de su libertad religiosa, ello sin perjuicio, de las posibles connotaciones de género, que además tal interpretación pudiera suscitar.

Es por ello, que, a mi modo de ver, aun cuando ese régimen de neutralidad, que a priori licita el establecimiento de límites en el ejercicio de la libertad religiosa, esté sujeto a ciertas cautelas, entiendo que no contribuye a evitar el mal mayor que pretenden combatir, de efectiva discriminación sobre un grupo de personas, como las mujeres musulmanas, en ocasiones ya previamente estigmatizado. Por todo ello y a modo de conclusión, cabría preguntarse si la prevalencia de la neutralidad de la política empresarial (con sujeción a cautelas) sobre la libertad religiosa, no generaría un efecto rebote, alejándose del fin al que pretende servir, de tolerancia respeto y diversidad. El debate sin duda está servido.

LOS PERMISOS DE PATERNIDAD Y MATERNIDAD EN LAS FAMILIAS MONOPARENTALES: UNA CUESTION PENDIENTE

Jesús Carlos Galán.
Magistrado Especialista.

Sala de lo Social Excmo. Tribunal Superior de Castilla y León. Sede Burgos.

La prestación por nacimiento y cuidado del menor se encuentra regulada en el artículo 48.4 del ET, que establece: “ El nacimiento, que comprende el parto y el cuidado de menor de doce meses, suspenderá el contrato de trabajo de la madre biológica durante 16 semanas, de las cuales serán obligatorias las seis semanas ininterrumpidas inmediatamente posteriores al parto, que habrán de disfrutarse a jornada completa, para asegurar la protección de la salud de la madre.

El nacimiento suspenderá el contrato de trabajo del progenitor distinto de la madre biológica durante 16 semanas, de las cuales serán obligatorias las seis semanas ininterrumpidas inmediatamente posteriores al parto, que habrán de disfrutarse a jornada completa, para el cumplimiento de los deberes de cuidado previstos en el artículo 68 del Código Civil. (...)

La suspensión del contrato de cada uno de los progenitores por el cuidado de menor, una vez transcurridas las primeras seis semanas inmediatamente posteriores al parto, podrá distribuirse a voluntad de aquellos, en períodos semanales a disfrutar de forma acumulada o interrumpida y ejercitarse desde la finalización de la suspensión obligatoria posterior al parto

hasta que el hijo o la hija cumpla doce meses. No obstante, la madre biológica podrá anticipar su ejercicio hasta cuatro semanas antes de la fecha previsible del parto. 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 quince días. Este derecho es individual de la persona trabajadora sin que pueda transferirse su ejercicio al otro progenitor”.

Este texto, que procede de la modificación realizada a través del Real Decreto 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, equipara la duración de los permisos por nacimiento de hijo o hija de ambos progenitores, lo que se califica en el Preámbulo como “un paso importante en la consecución de la igualdad real y efectiva entre hombres y mujeres, en la promoción de la conciliación de la vida personal y familiar, y en el principio de corresponsabilidad entre ambos progenitores, elementos ambos esenciales para el cumplimiento del principio de igualdad de trato y de oportunidades entre hombres y mujeres en todos los ámbitos”.

Estamos, sin duda, en presencia de un encomiable avance, pero no pleno, pues

el legislador no se decidió a atravesar una barrera que aún persiste. Se trata de la concepción biparental de la familia, integrada por la madre biológica y el otro progenitor, reconociéndose a cada uno de ellos la suspensión del contrato de trabajo durante 16 semanas, de forma tal que, teniendo en cuenta que para ambos existen 6 semanas ininterrumpidas de disfrute obligatorio inmediatamente después del parto, el menor puede llegar a estar atendido con la particular protección que este permiso supone durante 26 semanas (6 comunes a ambos progenitores tras el parto y 10 para cada uno de ellos si no se disfrutaran simultáneamente en el periodo que resta hasta que el menor cumpla 12 meses). De distinto modo, si solo existe una progenitora (es fácil deducir que, por lo general, será la madre biológica), los especiales cuidados que recibe el recién nacido duran exclusivamente las 16 semanas inherentes a la suspensión contractual de la madre, dejando de prestarse los 10 adicionales del otro progenitor.

Se plantea, pues, si este diferente resultado en el tiempo de la protección es o no admisible en términos constitucionales teniendo en cuenta que, como señala la STS de 16.11.2016, rcud. 3146/2014, el periodo de dieciséis semanas del descanso por maternidad y su correlativa prestación de Seguridad Social no solo se dirige a atender a la recuperación, seguridad y salud de la madre, sino también al cuidado del hijo y a “la protección de las especiales relaciones entre la madre y su hijo durante el periodo posterior al nacimiento del menor, en palabras de la STJUE de 18 de marzo de 2014, C-167/12 evitando que la

acumulación de cargas que deriva del ejercicio simultáneo de una actividad profesional perturbe dichas relaciones”. La aplicación del permiso de maternidad esta, por tanto, directamente vinculada a dos intereses en juego: el de la madre y el del menor, cuya protección es también el objetivo del permiso que se otorga al progenitor distinto de la madre biológica, destinado, según el precepto transcrito, al “cumplimiento de los deberes de cuidado previstos en el art. 68 del Código Civil”. En definitiva, ¿el diferente nivel de protección dado a los recién nacidos según su familia sea monoparental o biparental es compatible con el art. 14 CE y la normativa internacional sobre protección de la infancia?, ¿este efecto jurídico, resultante de una aplicación sin matices de la legislación ordinaria, impide la equiparación en derechos en esta materia?

No estamos ante una situación anecdótica o socialmente intrascendente. Según datos extraídos de internet, la Encuesta Continua de Hogares del Instituto Nacional de Estadística (2018) establece que en España hay 1.878.500 hogares monoparentales, entre los que un 83% está formado por una mujer con hijos, lo que supone 1.538.200 hogares monomarentales. El número total de hogares, monoparentales o biparentales, ascendió en 2020 a 18.754.800, por lo que los primeros suponen, aproximadamente, un 10% del total. Considerando una familia monoparental con un hijo, el problema afectaría, en definitiva, a más de tres millones y medio de personas.

Obviamente, tratándose de una circunstancia social de tal calado, la judicialización de la situación que se acaba de exponer resultaba inevitable. Diversos juzgados de lo social y tribunales superiores de justicia ya se han pronunciado sobre sus implicaciones constitucionales y legales dando lugar a soluciones diversas, por lo que la intervención del Tribunal Supremo en unificación de doctrina es solo cuestión de tiempo.

Numerosos órganos judiciales (entre otros, TSJs de Extremadura en sentencias de 16.3.2022, rec. 6097/2021 y 8.3.2022, rec. 5795/2021, Castilla y León, Burgos, en sentencias de 18.5.2022, rec. 223/2022, y 21.7.2022, rec. 541/2022, Galicia en sentencia de 8.3.2022, rec. 5795/2021, Aragón en sentencia de 27.12.2021, rec. 846/2021, País Vasco en sentencia de 6.10.2020, rec. 941/2020, Cantabria en sentencia de 8.4.2022, rec. 234/2022) han destacado el papel de los tratados y acuerdos internacionales en esta materia por aplicación del art. 10.2 de la CE, al configurarse como “valiosos criterios hermenéuticos del sentido y alcance de los derechos y libertades que la Constitución reconoce”, de suerte que habrán de tomarse en consideración “para corroborar el sentido y alcance del específico derecho fundamental que... ha reconocido nuestra Constitución” (entre otras, SSTC 292/2000, de 30 de noviembre, y 53/2002, de 27 de febrero). Destacan, en particular, el art. 3.1 de la Convención de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, que dispone que “en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las

autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño” y el art. 24.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, según la cual “en todos los actos relativos a los menores llevados a cabo por autoridades públicas o instituciones privadas, el interés superior del menor constituirá una consideración primordial”.

Se resalta también el interés superior del menor al amparo de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, cuyo art. 2.1 establece que “todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir”, señalando el apartado 4 del mismo artículo que “en caso de concurrir cualquier otro interés legítimo junto al interés superior del menor deberán priorizarse las medidas que, respondiendo a este interés, respeten también los otros intereses legítimos presentes”, pero “en caso de que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir”.

De igual modo, el Tribunal Supremo ha establecido (entre otras, sentencia de

16.11.2016, rec. 3146/2014) que “constituye un canon interpretativo de relevancia cuando debemos aplicar normas que lo han querido tener presente” en cuyo ámbito deben tenerse en cuenta los principios que proporciona el art. 39 CE y que han de presidir la interpretación de las leyes vigentes (art. 53.3 CE): procurar la protección social de la familia, la protección integral de los hijos y velar por los derechos de los niños.

“No existe una “condición” de progenitor único, antes bien se trata de una situación (debida a múltiples factores posibles, como decisión personal, separación o divorcio, fallecimiento) que no es permanente, sino que puede variar en el tiempo, de modo que quien es progenitor único en el momento del nacimiento del hijo puede dejar de serlo más adelante, e incluso ese hijo podría llegar a tener otro progenitor posterior en caso de adopción, que daría lugar a la prestación controvertida. Esas diferentes situaciones, que no condiciones, no dan lugar a discriminación alguna”

El segundo argumento de relevancia está relacionado con el principio de igualdad, señalando la sentencia del País Vasco que

“estos hogares monoparentales no tienen justificación de recibir un trato en su entorno dispar, pues el estado civil de la persona se introduce como un elemento fundamentalmente determinante de una situación de facto, como son solteros, viudas, o en ruptura matrimonial frente a los que presentan una situación de matrimonio o unión” y que “puede existir una justificación del trato dispar a las formas de unidad de las parejas, pero de ella no puede inferirse un trato desigual a las familias que integran el hecho de la maternidad, acogimiento, adopción o guarda, pues la opción por el hogar monoparental no delimita un vínculo diferente de filiación determinante del cuidado y atención del menor, y sus propios derechos”.

Otro aspecto destacado es, finalmente, la perspectiva de género como principio informador del ordenamiento jurídico. Tal criterio interpretativo es empleado por el TSJ de Extremadura que alude a un dato ya antes apuntado: “la fuerte feminización de las familias monoparentales (según datos estadísticos oficiales, el porcentaje de familias monoparentales con mujer cabeza de familia ronda el 85%), con el evidente riesgo de que una desventaja particular sufrida por una familia monoparental derive en una discriminación sexista indirecta (en los términos en los cuales la define el artículo 6.2 de la Ley Orgánica de Igualdad) ... Resulta oportuno destacar, en esta línea de argumentación, que la integración de la perspectiva de género en el enjuiciamiento exige considerar, de conformidad con el artículo 4 de la LO de Igualdad, tanto a la igualdad de trato (prohibición de discriminación

directa e indirecta) como a la igualdad de oportunidades (superación de las situaciones de desigualdad real). Y en este momento, es de destacar el acierto del juzgador de instancia cuando trae a colación la afirmación (contenida en el considerando 11 de la Directiva 2019/58) de que “el desequilibrio en el diseño de las políticas sobre conciliación de la vida familiar y la vida profesional entre hombres y mujeres incrementa los estereotipos y las diferencias de género en materia laboral y familiar”.

En sentido contrario, los TSJs de Madrid (entre otras, sentencias de 22.2.2022, rec. 2907/2021, y 9.2.2022, rec. 914/2021), con excepción de sus secciones 1ª y 2ª (sentencias de 6.4.2022, rec. 254/2022, y 13.10.2021, rec. 620/2021, respectivamente), y Comunidad Valenciana (sentencia de 19.10.2021, rec. 1563/2021) razonan que: a) la Ley excluye el traspaso del permiso del otro progenitor tanto para las familias biparentales como monoparentales, a la vista de la derogación, mediante el Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de la norma que permitía transferir el periodo de descanso de la madre biológica al otro progenitor que venía regulado en el artículo 48.4 del Estatuto de los Trabajadores. “De lo contrario -se dice- habría que hacer una diferencia entre la monoparentalidad sobrevenida por fallecimiento de la madre biológica, en la que expresamente se ha derogado la posibilidad de acumulación, de la monoparentalidad de otra índole, incluida la preexistente, lo que no parece que guarde ninguna lógica”; b) no existe discriminación por razón de la condición de familia monoparental o por razón de género, pues la Ley no distingue y lo que

hace es darles el mismo tratamiento; c) la diferenciación de trato en materia de protección social por razón del estado civil no es contraria al artículo 14 de la Constitución y la norma da el mismo trato al progenitor con independencia de su estado civil; d) “No existe una “condición” de progenitor único, antes bien se trata de una situación (debida a múltiples factores posibles, como decisión personal, separación o divorcio, fallecimiento) que no es permanente, sino que puede variar en el tiempo, de modo que quien es progenitor único en el momento del nacimiento del hijo puede dejar de serlo más adelante, e incluso ese hijo podría llegar a tener otro progenitor posterior en caso de adopción, que daría lugar a la prestación controvertida. Esas diferentes situaciones, que no condiciones, no dan lugar a discriminación alguna” (sentencia de Madrid de 30.6.2022, 212/2022); e) estamos ante una prestación contributiva que como tal requiere la concurrencia de requisitos en cada progenitor y también la cuantía de la prestación dependerá de la cotización realizada a la Seguridad Social, de forma que, como indica la sentencia de la Comunidad Valenciana, “la concesión de este -permiso- supone que el progenitor distinto de la madre necesariamente se halle afiliado a la Seguridad Social, en alta o en situación asimilada y cubra un periodo mínimo de cotización, de ahí que la inexistencia de un progenitor que cumpla estos requisitos legales no puede ser suplida como una ficción por la propia madre integrante de la familia monoparental”; f) las obligaciones del Estado en materia de Seguridad Social depende de decisiones de política legislativa y su plasmación en leyes.

Por último, las diferencias entre las resoluciones dictadas a la hora de afrontar el tema que nos ocupa se extienden a la extensión del tiempo de ampliación del permiso. Hay sentencias que aplican una suma automática de los periodos acumulados, de forma que, si cada uno de los progenitores en una familia biparental tendría 16 semanas, al que formase parte de la monoparental le corresponderían 32 (entre estas, muchas no tratan específicamente esta materia, probablemente por no haber sido planteada por las partes en sus escritos de suplicación). Otras atribuyen a la progenitora que se ocupa del cuidado del menor el derecho a un disfrute del permiso equivalente al que hubiese correspondido de existir el otro progenitor, lo que supone añadir 10 semanas a las 16 ya reconocidas, habida cuenta que las otras seis habrían sido de disfrute simultáneo y conjunto inmediatamente después del parto en el caso de una familia biparental, y que, por tanto, la atribución completa de otras 16 semanas a sumar a las 16 ya reconocidas, conllevaría un tratamiento privilegiado para la familia monoparental en cuanto al tiempo de atención al menor, que sería de 32 y no de las 26 semanas que hubieran correspondido, como máximo, a una familia con dos progenitores en régimen de alternancia absoluta entre ellos.

Como puede verse, estamos ante una cuestión aún abierta y con diversas vertientes en su planteamiento y resolución. Será el Tribunal Supremo o, quizá antes, el legislador, quien tenga que darle un fin. En este contexto, existe en trámite en el Congreso de los Diputados una propuesta de ley de modificación del

ET y del EBEP que contempla la ampliación del permiso a las familias monoparentales a 26 semanas.

El nacimiento, que comprende el parto y el cuidado de menor de doce meses, suspenderá el contrato de trabajo de la madre biológica durante 16 semanas, de las cuales serán obligatorias las seis semanas ininterrumpidas inmediatamente posteriores al parto, que habrán de disfrutarse a jornada completa, para asegurar la protección de la salud de la madre.

Adhesión voluntaria en el despido colectivo y retribución variable::

¿causa propia o ajena a la voluntad de la persona trabajadora?

Alfredo Aspra Rodríguez
Abogado laboralista
Labormatters Abogados

1.- Antecedentes de interés y contexto doctrinal.

Resulta ciertamente unánime por la jurisprudencia y doctrina judicial en consonancia con lo establecido en el artículo 26.3 del Estatuto de los Trabajadores, que la retribución variable o *bonus* es un complemento salarial anudado a la situación y resultados de la empresa que, salvo que esté regulado vía negociación colectiva, se determinará en función de lo previsto en el contrato de trabajo y, en su defecto, conforme a los criterios fijados por la Compañía siempre y cuando no sean abusivos o, dicho de otro modo, sean lícitos. Asimismo, salvo que se disponga lo contrario, dicha retribución no tendrá carácter consolidable.

Tal y como prescribe el artículo 3, apartado 1, letra c) del Estatuto de los Trabajadores, los derechos y obligaciones concernientes a la relación laboral se regulan por la voluntad de las partes, manifestada en el contrato de trabajo, siendo su objeto lícito y sin que en ningún caso puedan establecerse en perjuicio del trabajador condiciones menos favorables

o contrarias a las disposiciones legales y convenios colectivos.

Ergo, en la medida que un sistema de retribución variable mejore las condiciones retributivas previstas por la normativa convencional y reglamentaria aplicable, la instauración del mismo no deja de ser una manifestación de la libertad empresarial reconocida en el artículo 38 de la Constitución Española.

Resulta por tanto habitual que las cuantías en este tipo de complementos salariales vinculados a la situación y resultados de la empresa no sean fijas sino que dependan del grado de cumplimiento de los criterios que se hayan fijado en la correspondiente política interna, normativa o regulación que corresponda (STS, Sala IV, 5 abril 2022 (Rec. 151/2021).

Ahora bien, para que los criterios, requisitos o condiciones establecidos en las normativas o políticas que regulen los sistemas de remuneración variable sean válidos y exigibles, deberán de ajustarse a unas determinadas reglas. De lo contrario, tales cláusulas devendrían nulas por contravenir, en esencia, dos preceptos de plena aplicación a estas materias.

A VUELTAS CON EL CRITERIO DE DEVENGO EN LA RETRIBUCIÓN VARIABLE:

Por un lado, por vulnerar el artículo 1256 del Código Civil al entenderse que no procede que el cumplimiento del contrato se deje al arbitrio de uno de los contratantes (la parte empresarial), y, por otro, al infringirse el artículo 4, apartado 2, letra f) del Estatuto de los Trabajadores que reconoce y garantiza el derecho de la persona trabajadora a la percepción de la remuneración pactada o legalmente establecida en relación con el artículo 29.1 de dicho texto normativo, que a su vez confirma que el salario devengado por la persona trabajadora deberá ser abonado en el lugar y fecha convenido al resultar un derecho absoluto y básico del trabajador, y, como tal, de carácter incondicionado, no pudiendo quedar sujeto a ninguna circunstancia impeditiva de su cobro, una vez haya sido devengado.

La persona trabajadora no está de alta en la fecha de devengo, pero por causa ajena a su voluntad y, por tanto, esta circunstancia no podrá ser un obstáculo para el cobro de la retribución variable

En este sentido y a tenor de lo dispuesto por la jurisprudencia y doctrina judicial más reciente:

1º.- No procede el requisito consistente en que para poder causar derecho a percibir la retribución variable o *bonus* sea necesario mantenerse en alta en Seguridad Social en la fecha del abono o pago del mismo. Por todas, STS, Sala IV, de 2 de diciembre

de 2015 (Rec. 326/2014), y, la más reciente, STS, Sala IV, de 5 abril 2022 (Rec. 151/21).

2º.- Por el contrario, si resultan plenamente válidas y ajustadas a derecho aquellas cláusulas que exigen a las personas trabajadoras continuar en la empresa hasta el final del periodo temporal de devengo del *bonus* (generalmente coincidente con el final del año natural o ejercicio fiscal) porque, entre otras razones, su importe se calcula sobre la base de los objetivos alcanzados a dicha fecha (fin del devengo). Por todas, STS, Sala IV, de 22 de octubre de 2020 (Rec. 285/2018), donde se declara lícita la práctica empresarial consistente en la fijación de permanencia en la empresa como criterio de devengo en un sistema de retribución variable que mejora las disposiciones legales y convencionales.

La citada regla general encuentra, no obstante, su excepción en aquellas situaciones donde la persona trabajadora no se mantiene en alta en la empresa a fecha de devengo por causas ajenas a su voluntad. Por ejemplo, supuestos de fallecimiento, jubilación, incapacidad permanente y/o **determinados (sólo algunos) supuestos de despido como, más adelante, se desarrollará.**

En estos casos la persona trabajadora no está de alta en la fecha de devengo, **pero por causa ajena a su voluntad** y, por tanto, esta circunstancia no podrá ser un obstáculo para el cobro de la retribución variable, ya que, de lo contrario se estaría dejando al arbitrio de la empresa el pago o no de dicha cuantía. Por todas, STS, Sala IV, de 27 de marzo de 2019 (Rec. 1196/2017).

3º.- Igualmente, la ausencia en la fijación y comunicación de objetivos por la parte obligada a ello (empresarial) implicaría el derecho de la persona trabajadora a la retribución variable comprometida. Ello en la medida que, en aquél supuesto, se estaría ante un pacto de incentivos sujeto a la exclusiva voluntad de uno de los contratantes, lo cual nuevamente se encontraría proscrito por el artículo 1.256 CC. *A contrario sensu*, independientemente de su grado de concreción, en caso de establecerse los mismos, lo cual puede producirse de múltiples formas, se estaría cumpliendo con tal obligación (STS, Sala IV, de 15 de diciembre de 2011, Rec. 1203/2011).

Asimismo, aún en el caso de fijación de objetivos, los mismos podrían ser de objeto de revisión judicial si se hubieran determinado de modo irrazonable, inidóneo, arbitrario, desproporcionado, con vulneración de derechos fundamentales o mediante el establecimiento de unas condiciones que no dependiesen del esfuerzo de los trabajadores (STS, Sala IV, de 25 de marzo de 2014, Rec. 140/2013).

4º.- De igual manera, la fijación y comunicación de los objetivos debe efectuarse en tiempo adecuado. Así, en determinados supuestos, la comunicación ciertamente tardía de los mismos se ha equiparado a su no comunicación. Por todas, STS, Sala IV, de 19 de marzo de 2019 (Rec. 20/2018).

5º.- No obstante todo lo anterior, debe nuevamente recordarse que, con carácter general, la determinación del sistema de retribución variable es libre por

parte del empleador –al tratarse de una condición de trabajo por encima de lo establecido legal o convencionalmente–, sin perjuicio de que el mismo pueda ser objeto del pertinente control judicial. Al respecto, se viene admitiendo de manera pacífica el carácter válido de los objetivos cualitativos donde se aplica un determinado grado de discrecionalidad en orden al devengo de la retribución variable al tener naturaleza ciertamente subjetiva o intangible (STS, Sala IV, de 26 de junio de 2018, Rec. 152/2017).

Llegados a este punto, **parece claro que la fijación de la condición de permanencia como criterio de devengo es perfectamente lícita salvo en aquellos supuestos donde sea la parte empresarial quien impida de manera unilateral alcanzar tal circunstancia;** todo ello por contravenir lo dispuesto en el artículo 1256 del Código Civil. Dicho de otro modo, quien frustra las legítimas expectativas de percibir una determinada retribución variable deberá acarrear con las consecuencias de tal decisión.

En definitiva, existirán diferentes supuestos en los que hará de analizarse si una persona trabajadora tiene derecho o no a percibir la retribución variable, cuando se ha establecido un pacto de permanencia en la empresa a una determinada fecha. A grandes rasgos, tales situaciones, pueden clasificarse en tres situaciones:

1ª.- Que la persona trabajadora haya devengado el *bonus*, al haber cumplido los objetivos, en la fecha pactada, pero no se halle de alta en la empresa en la fecha del pago: **tiene derecho al bonus**.

2ª.- Que la persona trabajador no se halle de alta en la empresa en la fecha del devengo por razones ajenas a su voluntad: **tiene derecho al bonus en la parte proporcional.**

3ª.- Que el trabajador no se halle de alta en la empresa en la fecha del devengo por su propia voluntad: **no tiene derecho al bonus.**

Por consiguiente y centrándonos en esta última posibilidad, objeto del presente artículo, ¿la adhesión libre, voluntaria e incondicionada a un procedimiento de despido colectivo **realmente implica dejar al arbitrio de una parte el cumplimiento del contrato?** O por el contrario, y a los efectos de una correcta e íntegra interpretación del artículo 1256 del Código Civil, en relación con el criterio de devengo en la retribución variable, ¿se estaría ante una situación similar a la de **instrumentación de una baja voluntaria o dimisión?**

Pues bien, salvo que en la formación de tales decisiones operen vicios del consentimiento (error, violencia e intimidación y dolo), una recta interpretación del citado precepto parece conducir a una conclusión similar: no se está dejando al arbitrio de una parte (empresa) la validez y cumplimiento del contrato, puesto que la persona trabajadora es soberana de abandonar la empresa o de adherirse de manera libre y voluntaria a un procedimiento de despido colectivo con similar resultado que la baja voluntaria, esto es, desvincularse de la organización por su libre voluntad, sin que el incumplimiento del requisito

consistente en permanecer de alta a la fecha de devengo del *bonus* pueda ser imputable a la voluntad unilateral de la empresa.

2.- ¿Toda adhesión a un despido colectivo es automáticamente involuntaria?

Según se ha subrayado en líneas precedentes, la clave de bóveda y elemento nuclear para determinar el derecho a la retribución variable de personas trabajadoras que cesan en el vínculo contractual con sus empleadores antes de la fecha de devengo ha de situarse, de forma ineludible, en el poliédrico concepto de la **voluntariedad.**

Si lo catalogamos como poliédrico es a la vista de las múltiples manifestaciones que puede alcanzar dependiendo del contexto.

Siendo así que, en el marco de procesos de reestructuraciones colectivas, acaso ha primado en ocasiones un acercamiento y noción excesivamente simplificadora de esta clase de proyectos de extinción colectiva.

De modo habitual, se erige como pronunciamiento referencial para señalar el carácter involuntario de todo cese surgido en el entorno de un despido colectivo la STS, Sala IV, de 17 de abril de 2007 (Rec. 5490/2005).

Pues bien, en una línea en ocasiones continuista, ulteriores pronunciamientos de Tribunales Territoriales se asientan

sobre premisas análogas: dado que la reestructuración es decidida por el empresario, y con base en una causa económica, técnica, organizativa y/o productiva, la adhesión no modifica que la causalidad del cese sea objetiva (y, por ende, no voluntaria).

Dicho razonamiento, que pudiera albergar un razonable sentido teleológico en el ámbito de las prestaciones públicas (derecho al desempleo, acceso a la jubilación anticipada por causa no imputable al trabajador, etc.) resulta potencialmente problemático y ciertamente controvertido en el ámbito de la retribución variable, como abordaremos siguientemente.

No es extraño que en la esfera del Derecho del Trabajo se establezcan sospechas sobre la genuina y real voluntariedad de determinadas situaciones, acaso con una mayor propensión a que esta acción voluntaria pueda entenderse viciada o desnaturalizada (tal es el caso de una persona trabajadora al incluir una cláusula dudosa cuando suscribe un contrato; o, en el extremo contrario, para firmar un finiquito con carácter liberatorio).

se está estableciendo una sorprendente presunción *iure et de iure* de que toda adhesión voluntaria en un despido colectivo es de forma automática involuntaria

Sin embargo, en tales supuestos, pese a las mayores reservas y reticencias iniciales

respecto a su verdadera voluntariedad, parece indudable que corresponde al trabajador interesado practicar prueba y acreditar al Tribunal que, en su particular situación, se produjeron una serie de actos empresariales que desembocaron en una suerte de “voluntariedad viciada”.

Por el contrario, **no deja de resultar poderosamente llamativo** que, en el caso de las adscripciones voluntarias a procesos de despido colectivo y/o reestructuración laboral, se haya impuesto una predominante línea judicial que establece una presunción generalizada de involuntariedad.

Esto es, y llegando ciertamente a lo hiperbólico, el anterior postulado judicial conlleva la imposibilidad teórica de que un solo trabajador pueda optar de forma genuinamente voluntaria por adherirse a un procedimiento de despido colectivo, exclusivamente porque la causalidad del mismo se asienta en motivos objetivos -y no ha mediado, en puridad, una negociación individual con el trabajador interesado finalmente adscrito-.

De modo notorio, **se está estableciendo una sorprendente presunción *iure et de iure* de que toda adhesión voluntaria en un despido colectivo es de forma automática involuntaria**, sin sopesarse siquiera la posibilidad -a meros efectos probatorios- de que alguna de las mismas (en algunos casos y sectores, incluso la práctica totalidad) fuese precisamente ambicionada y requerida por el propio trabajador, sin que mediase elemento alguno que permitiese convenir que su juicio o voluntad se encontrase viciado.

Pudiera, en efecto, resultar difícilmente comprensible esta posición maximalista o genérica en otros foros donde el consentimiento o la voluntad se dirimen con mayor habitualidad -el espectro civilista-, máxime teniendo en cuenta que, de facto, la anterior tesis judicial implica hacer un juicio colectivo de la voluntariedad, cuando este tipo de ponderaciones parecen destinadas y adecuadas, más bien, a la esfera individual.

En todo caso, es de rigor recalcar que se han producido pronunciamientos de los Tribunales que, en contextos de reestructuraciones colectivas, **han optado por realizar un análisis individualizado del elemento volitivo, y ello les ha conducido a declarar la voluntariedad del cese** (por ejemplo, por la imposibilidad de que fuese afectado en el despido colectivo, dados los criterios de exclusión o, en otros supuestos, aceptación de una voluntariedad incondicionada o universal).

Entre muchas otras, cabe citar la STSJ de Cataluña, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 19 de octubre de 2022 (Rec. 1267/2020), donde tras realizar un análisis individualizado del caso concreto de trabajador, se concluye por el Tribunal que **“las bajas producidas lo han sido con la naturaleza expuesta y sin riesgo a la voluntariedad”**.

3.- Reflexión final.

Bajo el anterior tenor, podría resultar consecuente que el enjuiciamiento de controversias donde se dirima el derecho a la retribución variable de personas trabajadoras que se han adscrito voluntariamente a un procedimiento colectivo -y no han finalizado, por mor de dicha adhesión, la fecha de devengo del *bonus*- tomen en consideración y ponderen elementos como: **(i)** la sustancial o no mejora indemnizatoria sobre el módulo legal de referencia; **(ii)** la posibilidad de una verdadera afectación del empleado de manera forzosa; **(iii)** que la reestructuración colectiva haya sido acordada con la mayoría de la representación social y; **(iv)** que en los términos del proceso se haya referido e informado pertinentemente, como un plus al consentimiento expreso, que la adhesión al despido colectivo supondría unas concretas condiciones (habitualmente el denominado plan de acompañamiento social) entre las que no se encuentra la retribución variable.

Insistir en la congénita unilateralidad de los procesos de reestructuración colectiva -también a efectos de incentivación y derecho al abono-, con referencia al art. 1256 del Código Civil, supone soslayar dinámicas de negociación colectiva que vienen primando desde hace años y que general y sistemáticamente vienen provocando un sustancial aumento de las reordenaciones que culminan con un acuerdo con la parte social.

No es de obviar, de igual manera, que muchos de estos procesos se fundan sobre la base de una voluntariedad universal -y, de hecho, reciben a menudo más solicitudes de adhesión que salidas a cubrir en la reestructuración, lo cual conduce, paradójicamente, a que empleados no afectados reclamen en la jurisdicción social por su no inclusión en el despido colectivo, dadas las muy ventajosas y atractivas condiciones que se ofertaban en éste-

En vista de lo anterior, establecer para el supuesto de adhesiones voluntarias en el marco de los citados procesos colectivos una presunción general de involuntariedad, además de resultar inatacable judicialmente (no parece haber prueba en contrario), reviste un carácter colectivo que casa mal con dicha figura jurídica, que más bien debiera abordarse en cada supuesto concreto.

Dicha calificación cuasiautomática, conduce a que personas que han decidido abandonar la relación contractual con su empleador motu proprio -haciendo abstracción de las causas objetivas desfavorable que motiven el despido colectivo-, se beneficien de un tratamiento jurisdiccional similar en su retribución variable a aquellos que han sido despedidos improcedentemente, aun cuando los adscritos voluntariamente no impugnen ni cuestionen, como es lógico, el propio acto de su desvinculación con las muy (esperables) favorables condiciones de salida.