Número 238

Noviembre 2022

JURISDICCIÓN SOCIAL

Revista de la Comisión de lo Social de Juezas y Jueces para la Democracia

Juezas y Jueces
para la Democracia

Editorial

Artículos

Legislación

Negociación colectiva

Jurisprudencia

Organización Internacional del Trabajo

Administración del Trabajo y Seguridad Social

El rincón de la contracultura

Carta social europea

ÍNDICE

CONSEJO DE REDACCIÓN
Belén Tomas Herruzo
José Luis Asenjo Pinilla
Ana Castán Hernández
Carlos Hugo Preciado Domènech
Jaime Segalés Fidalgo
Domingo Andrés Sánchez Puerta
Amaya Olivas Díaz

COORDINACIÓN
Janire Recio Sánchez
Fátima Mateos Hernández

CONSEJO ASESOR EXTERNO
Antonio Baylos Grau
José Luis Monereo Pérez
Cristóbal Molina Navarrete
Margarita Miñarro Yaninni
Francisco Alemán Páez
Olga Fotino poulou Basurko
Juan Gómez Arbós
Ana Varela
Raúl Maillo

DISEÑO Y MAQUETACIÓN
Teresa Compairé

IMÁGENES
freepik.es
Wikipedia

ISSN
ISSN 2695-9321
MADRID
JURISDICCIÓN SOCIAL

EDITADO POR
Juezas y Jueces
para la Democracia

EDITORIAL

ARTÍCULOS
La exhibición de símbolos religiosos por el trabajador: estado de la cuestión en la doctrina europea y constitucional.
Javier NÚÑEZ VARGAS

El reconocimiento del complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género a favor de los hombres. Regulación legal, requisitos, compatibilidad y fecha de efectos económicos.
Pedro TUSET DEL PINO

LEGISLACIÓN
Estatal
Europea
Autonómica

NEGOCIACIÓN COLECTIVA
Estatal
Autonómica

JURISPRUDENCIA
Tribunal Constitucional
Tribunal Supremo
Tribunales Superiores de Justicia
Juzgados de lo social
Tribunal de Justicia de la Unión Europea
Tribunal Europeo de Derechos Humanos

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO

ADMINISTRACIÓN DEL TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL

EL RINCÓN DE LA CONTRACULTURA

CARTA SOCIAL EUROPEA

Portada Obra de: José Enrique Medina Castillo

EDITORIAL

Una de las publicaciones más importantes con las que el BOE abría noviembre ha sido la del Instrumento de ratificación del Protocolo Adicional a la Carta Social Europea hecho en Estrasburgo el 9 de noviembre de 1995, en el que se establece un sistema de reclamaciones colectivas. Antes de finalizar el mes hemos tenido noticia de la presentación, por parte del sindicato CCOO, de una reclamación colectiva para denunciar que España no cumple con la Carta Social Europea respecto a la protección que debe darse a las personas trabajadoras frente al despido improcedente. Ya el pasado marzo, el sindicato UGT había presentado una reclamación colectiva contra el vigente sistema español de despido por incumplimiento del art. 24 de la Carta Social Europea y el Convenio 158 OIT, que dio lugar al procedimiento en el que Gobierno y asociaciones empresariales europeas acaban de presentar observaciones.

La reforma laboral operada en el primer trimestre del año apostó por el empleo estable. Toca ahora abordar el despido y superar la figura del despido injustificado libre y escasamente pagado para conseguir una adecuada protección de la persona trabajadora ajustada a los parámetros normativos europeos e internacionales.

En este número cabe destacar la colaboración de Javier Núñez Varas, Juez del Juzgado de 1ª Instancia nº 6 de Granollers, que aborda la cuestión de la exhibición de símbolos religiosos por el trabajador, examinando la jurisprudencia europea y constitucional en la materia y el distinto enfoque que Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea hacen del derecho de libertad religiosa de la persona trabajadora. Inexcusable su lectura.

“La reforma laboral operada en el primer trimestre del año apostó por el empleo estable. Toca ahora abordar el despido y superar la figura del despido injustificado libre y escasamente pagado para conseguir una adecuada protección de la persona trabajadora ajustada a los parámetros normativos europeos e internacionales”

El segundo artículo que publicamos es de nuestro compañero Pedro Tuset del Pino, sobre el complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género a favor de los hombres, donde tras recordar la evolución legislativa y jurisprudencial, en él se plantea cuestiones como la compatibilidad de la prestación para ambos progenitores o el requisito del nacimiento del hijo para el reconocimiento del complemento.

En cuanto a jurisprudencia nacional, han sido noticia la Sentencia

del Tribunal Constitucional 125/2022, que declara la vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas de un trabajador que había visto demorado el señalamiento de la vista de su procedimiento ordinario más de tres años en los Juzgados de lo Social de Sevilla; así como la Sentencia del Tribunal Supremo sobre la calificación como improcedente del despido por causas objetivas con fundamento en las circunstancias excepcionales derivadas de la Covid 19. Ambas podéis consultarlas en la sección correspondiente.

De las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia destacamos dos de Madrid, la primera sobre determinación de contingencia en accidente acaecido en domicilio en un supuesto de teletrabajo, y la segunda sobre extinciones computables para determinar la existencia de un despido colectivo.

Y una última, de instancia, que incorporamos por la litigiosidad que actualmente se está produciendo en relación a la duración de la prestación de desempleo reconocida tras despido objetivo que se ha visto precedido por periodos de ERTE por fuerza mayor derivados de la Covid 19.

El deseado Rincón de la contraCultura nos deja este mes suculentas recomendaciones para aprovechar el puente. En cine, Argentina 1985, interesante relato documentado del proceso a las Juntas inspirado en la experiencia del Fiscal Julio C. Strassera. En música, *Tapestry* de Carole King; *Crisis what crisis* de Supertramp, y el imprescindible para citas navideñas: Burt Bacharach con *Here I am. Isley meets Bacharach*.

***CORRECCIÓN ARTÍCULO DE BERNARDO GARCÍA**. Damos traslado de que en el artículo *"El trabajo en la economía de plataforma digital"* del abogado Bernardo García publicado en el anterior número de la revista de Jurisdicción Social hay una errata, donde se dice Real Decreto-ley 9/2012, debe decir Real Decreto-ley 9/2021; y donde dice Ley 21/2021, de 28 de septiembre, debe decir Ley 12/2021.

LA EXHIBICIÓN DE SÍMBOLOS RELIGIOSOS POR EL TRABAJADOR: ESTADO DE LA CUESTIÓN EN LA DOCTRINA EUROPEA Y CONSTITUCIONAL

Javier NÚÑEZ VARGAS
Juez del Juzgado de Primera Instancia nº6 de Granollers

SUMARIO

I. Introducción. **II.** Doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la vestimenta de simbología religiosa por el trabajador: a) Concepto de libertad religiosa en la doctrina del TEDH. b) Extensión y límites de las manifestaciones religiosas en la relación de trabajo: exhibición de símbolos. c) El pluralismo religioso como valor intrínseco a la democracia. **III.** Doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea referente a la exhibición de símbolos religiosos por el trabajador: a) Contenido y límites de la libertad religiosa en el TJUE. b) Doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión respecto a la exhibición de símbolos religiosos por el trabajador. **IV.** Referencia a la doctrina constitucional española. **V.** Conclusión.

I. INTRODUCCIÓN

Amén de la estricta comunicación, muchas son las virtudes y utilidades que pueden atribuirse a una lengua, incluso las más insospechadas que no se cuentan entre sus usos frecuentes y ordinarios, como la función política, de persuasión, y hasta de conquista, pues aquélla siempre acompañó al Imperio en la aguda concepción que expresara Antonio de Nebrija en el prólogo de su Gramática Castellana. Al igual que en todas las disciplinas sociales, particularmente en el Derecho, constituye el instrumento capital con el que operar, midiendo la excelencia de su técnica y aun la solidez de su coherencia. Consciente de ello, el jurista siente la necesidad de ser pulcro en cada argumentación, disertación o razonamiento que construya, empleando la palabra en su cabal significado.

Asumiendo esta circunstancia, el presente comentario tiene por finalidad exponer el tratamiento jurisprudencial del derecho a la libertad religiosa del trabajador en la exhibición se signos de esta naturaleza durante la prestación de servicios objeto de la relación iuslaboral, atendiendo principalmente a la doctrina sentada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y en los más recientes pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. El éxito relativo de este empeño requiere comenzar precisando algunos conceptos que, por más que puedan resultar conexos y vinculados en ciertas esferas de su articulación, no son equivalentes, en tanto se proyectan sobre instituciones dispares de nuestro sistema político y jurídico.

No seríamos leales a la más elemental lógica constitucional si confundiéramos confesionalidad del Estado con la obligación del ciudadano de profesar un determinado credo, o la laicidad del primero con la imposibilidad del segundo para vindicar los postulados de una religión y guiarse según éstos mismos. Cuando el orden político del Estado es calificado como confesional supone la existencia de una iglesia del propio Estado o la necesidad de que conduzca sus instituciones según una religión establecida, con independencia de las convicciones o creencias que decidan seguir sus ciudadanos. En su lugar, si el poder constituyente lo adjetiva como laico comportará la ausencia de una religión oficial, sin que ello precise la neutralidad espiritual del ciudadano, que no está compelido por la secularidad estatal de ningún modo en su condición de sujeto particular[1]. Por ello, aun cuando,

1 La falta de sumisión del sujeto privado al principio de neutralidad del Estado se expone con nitidez en la STEDH de 5 de diciembre de 2017, caso Hamidović c. Bosnia y Herzogovina, apartado 40. En el supuesto enjuiciado por el Tribunal, el demandante, musulmán, había sido condenado penalmente por desobedecer al órgano judicial ante el que intervino como testigo, negándose a desprenderse de la prenda que le cubría la cabeza por motivos religiosos, dictaminándose que esta decisión del juez nacional excedió de lo necesario en una sociedad democrática, por lo que se aprecia violación de la libertad religiosa reconocida en el art.9 del CEDH. Esta doctrina vuelve a reiterarse en la STEDH 18 de septiembre de 2018, caso Lachiri c. Bélgica, en la que se reconoce el derecho de una musulmana

de un lado, la confesionalidad y laicidad, y, de otro, libertad religiosa presentan evidentes sinergias, cada término se predica de un ámbito distinto del orden constitucional; la primera respecto de la organización del Estado y la segunda sobre los derechos inviolables y consustanciales a la dignidad de cada individuo.

En tanto que la confesionalidad atañe al sistema constitucional, no resulta difícil concluir la falta de uniformidad existente en los distintos ordenamientos nacionales europeos, ya que aquélla es producto de una larga evolución histórica en la que convergen factores de carácter social, económico, cultural y, fundamentalmente, político. Como derivado de los ideales revolucionarios, ha sido tradicional en algunos Estados como Francia la neutralidad rigurosa de aquéllos en su relación con las confesiones religiosas, siendo precedente remoto de este principio el art.10 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, el cual indicaba que "*nadie debe ser incomodado por sus opiniones, inclusive religiosas, siempre y cuando su manifestación no perturbe el orden público establecido por la Ley*". Con la salvedad de ciertos períodos, este secularismo fue seguido por el legislador francés en los siglos posteriores[2], cuyo exponente actual lo constituye el art.1 de la Constitución de 1958, el cual declara que "*Francia es una República indivisible, laica, democrática y social, que garantiza la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley, sin distinción de origen, raza, religión y creencias. Su organización es descentralizada*". Más recientemente, esta laicidad, que supone la neutralidad de todos los servicios públicos, ha conducido al Consejo de Estado francés a justificar la limitación del derecho a la libertad religiosa de todos los empleados públicos, particularmente en la exhibición de símbolos religiosos, lo que comportaría la conculcación del carácter secular del Estado galo[3]. Siguiendo un parámetro similar, los ordenamientos de Turquía, Ucrania y algunos cantones suizos prohíben que sus empleados públicos porten prendas u objetos que sean indicativos de un credo[4].

---

a vestir el velo islámico en una vista ante un tribunal.

2 Un análisis más detallado de la cuestión puede encontrarse en la STEDH de 4 de diciembre de 2008, caso Dogru c. France, así como otras posteriores que la reproducen.

3 Decisión del Conseil d'État de 3 de mayo de 2000 (decisión Ms Marteaux, nº217017).

4 La Decisión del Tribunal Supremo Federal de Suiza 123 I 296, de 12 de noviembre de 1997, dictaminó que la restricción impuesta a una profesora para vestir velo era acorde a la laicidad del Estado, especialmente cuando se trata de la educación primaria por el contacto con niños pequeños. Esta interpretación fue admitida por la STEDH de 15 de febrero de 2001, caso Dahlab c. Suiza, sobre la que volveremos.

Recientemente, Suiza ha modificado su norma fundamental, mediante iniciativa popular ratificada por referéndum de 7 de marzo de 2021, prohibiendo el uso de velo integral en cualquier espacio público como ya hubieran hecho algunos cantones previamente, arguyendo razones, no sólo de seguridad pública, sino de laicidad. Sobre este particular, consultar FAGGIANI, VALENTINA. *La Constitución suiza «velada»: la prohibición del burka en el contexto de las tendencias regresivas de la democracia en Europa.* Anuario de Derecho Eclesiástico, vol. XXXVIII (2022). Págs.537-585.

Esta laicidad contrasta con las previsiones establecidas por los constituyentes de otros Estados, como es el caso de Irlanda, cuya Constitución fue promulgada "*en nombre de la Santísima Trinidad, de quien procede toda autoridad y a quien, como destino último, deben referirse todas las acciones de los hombres y de los Estados*", según puede leerse en su preámbulo[5]; al igual que la Constitución griega, en cuyo art.3 se reconoce que "*la religión dominante en Grecia es la de la iglesia Ortodoxa Oriental de Cristo*". Siguiendo el patrón británico, la confesionalidad también es propia de los Estados nórdicos, como Dinamarca, cuya norma constituyente proclama a la Iglesia evangélica luterana como la Iglesia nacional danesa, y Suecia, que, sin embargo, ha abandonado la Iglesia de Estado en los últimos compases del siglo XX[6], haciendo propia la separación entre ambas instituciones.

La complejidad de las relaciones entre Iglesia y Estado determina, no sólo la concurrencia de una gran diversidad constitucional en su articulación, sino que todavía en la actualidad dicha cuestión se encuentra sometida a profundas dudas interpretativas, no habiendo finalizado su confección definitiva. En Alemania, setenta años después de la promulgación de su norma constituyente se continúa polemizando acerca de estos extremos, y el Tribunal Constitucional, mediante resolución de 27 de enero de 2015 ha enjuiciado la prohibición de uso del velo islámico por las profesoras de las escuelas contratadas en el Land de Renania del Norte-Westfalia, sentenciando que no puede justificarse una imposibilidad general de vestir prendas religiosas con amparo en el derecho de los padres a elegir libremente la enseñanza de sus hijos, ni tampoco en la afectación eventual de la paz escolar[7]. En dicha resolución, el Tribunal Constitucional concluye que la Ley Fundamental de Bonn optó por un modelo de neutralidad estatal abierta, que determina la separación entre la Iglesia y el Estado, pero con la necesidad de cooperación entre este último y las distintas confesiones, en contraposición al sistema laicista francés, siguiendo una línea idéntica al régimen constitucional español al que nos referiremos al término de este estudio.

---

5 Sigue diciendo el art.6 de la norma fundamental irlandesa que "*todos los poderes del gobierno, legislativo, ejecutivo y judicial, bajo la autoridad de Dios, derivan del pueblo*", y añade el art.44.1 que "*el Estado reconoce que se debe rendir tributo mediante el culto público a Dios Todopoderoso. El Estado reverenciará Su Nombre, y respetará y honrará la religión*".

6 Aunque la Iglesia luterana siempre había gozado del estatus de nacional en el ordenamiento sueco, finalmente se ha superado dicho sistema sobre la base de la propuesta elaborada por el Gobierno el 5 de octubre de 1995, aceptada por el Parlamento y la Iglesia de Suecia, lo que ha dado lugar a la separación entre Estado e Iglesia. Sobre esta innovación puede consultarse SANTOS DÍEZ, JOSÉ LUÍS. *Nueva relación de Iglesia y Estado en Suecia*. Anuario de Derecho eclesiástico. Nº 12, 1996, págs. 559-588.

7 Un tratamiento completo de esta trascendente resolución del Tribunal Constitucional alemán puede leerse en ELÓSEGUI ITXASO, MARÍA. *La ponderación y la neutralidad abierta contra la discriminación religiosa y racial en la decisión del Tribunal Constitucional alemán de 2015 sobre el uso del velo por profesoras*. UNED. Revista de Derecho Político. N.º 104, enero-abril 2019, págs. 295-347.

Cualquiera que fuere el ordenamiento nacional y la confesionalidad o laicidad del Estado que aquel instituya, todos ellos reconocen sin matices en sus textos fundacionales el derecho a la libertad religiosa de los individuos con la misma categoría de fundamental. Aun siendo esta libertad común y transversal a todos los sistemas constitucionales, dada la heterogeneidad descrita en la organización de las relaciones Iglesia-Estado en el panorama europeo, la doctrina elaborada tanto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos como por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha admitido un notable margen de actuación de los Estados nacionales, no sólo en la configuración de aquellas relaciones, sino en su afectación a la libertad religiosa en cada supuesto concreto, sin menoscabar el contenido esencial de la misma que se protege tanto en el art.9 del CEDH como en el art.10 de la CDFUE. Los límites de esta libertad suelen proyectarse sobre las manifestaciones externas, como es el caso de la exhibición de símbolos religiosos durante la prestación de servicios en el seno de la relación de trabajo, que pasamos a examinar.

II. DOCTRINA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS EN LA VESTIMENTA DE SIMBOLOGÍA RELIGIOSA POR EL TRABAJADOR

En contra de lo que pudiera concluirse sin una reflexión previa sosegada, desde tiempo atrás ha existido una creciente diversidad religiosa en el contexto europeo hasta constituir una realidad más que tangible en la actualidad, resultando imperioso admitir y tutelar este pluralismo. Con la reforma protestante del siglo XVI quebró definitivamente la unidad católica de obediencia romana predominante hasta el momento, dando curso al surgimiento de nuevas doctrinas espirituales que desembocaron en las llamadas guerras de religión de aquel tiempo, lo que finalizó con la aceptación del principio *cuius regio, eius religio*, por el que se admitía la posibilidad de que cada monarca o príncipe fijara la religión que habrían de seguir sus propios súbditos y el consiguiente establecimiento de las iglesias nacionales[8].

Con estos antecedentes y ante la necesidad de salvaguardar la convivencia entre las distintas confesiones, no debe ser una tarea ardua comprender que la libertad de pensamiento y, en lo que aquí nos interesa, la de religión, desempeña un pilar nuclear en la conformación de un Estado liberal y democrático, ya que es consustancial a su propia existencia al constituir una libertad primigenia en el surgimiento de nuestro actual orden constitucional. El pluralismo indisociable de

8 Esta solución a los conflictos bélicos de aquel siglo se adoptó por medio del acuerdo alcanzado en la Paz de Augsburgo de 1555, firmada entre el emperador Carlos V y los príncipes electores seguidores de la reforma protestante.

una sociedad democrática, que se ha ganado a lo largo de los siglos pagando un alto precio, depende de él, según recordaba la STEDH de 25 de mayo de 1993, caso Kokkinakis c. Grecia, ap.31.

a) Concepto de libertad religiosa en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Siguiendo la redacción esencial del art.18 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el art.9.1 del CEDH parte del reconocimiento de la libertad religiosa en su alcance más amplio. En concordancia con esta extensión del derecho, la libertad religiosa es principalmente una cuestión de conciencia y pensamiento individual, incluyendo la facultad de tener cualquier creencia religiosa y a cambiar de religión o creencia, con carácter absoluto e incondicional. Paralelamente a esta dimensión interna, la libertad de religión comprende la de manifestar su creencia, solo y en privado, pero también para practicar en comunidad con otros y en público. Además, esta manifestación de una creencia religiosa puede adoptar la forma de culto, la enseñanza, la práctica y la observancia, siendo testimonio o producto del ejercicio de dichas libertades las palabras o los hechos que estén vinculados con una convicción religiosa[9].

Más allá de estos aspectos positivos de la libertad religiosa, ésta entraña, en su vertiente negativa, el derecho de no profesar una determinada religión, por cuanto aquella libertad es una identidad principal de los creyentes y su concepción de la vida, pero también es un bien preciado para ateos, agnósticos, escépticos e indiferentes. Esta facultad de la persona para verse libre de injerencias externas derivadas de doctrinas morales o religiosas impone a los Estados contratantes un deber de neutralidad y de imparcialidad que garantice el ejercicio de las distintas religiones, cultos y creencias (o la negativa a observarlas), contribuyendo al mantenimiento del orden público, la paz religiosa y la tolerancia en una sociedad democrática, especialmente entre grupos opuestos en los términos del art.9.2 del CEDH (STEDH de 18 de marzo de 2011, caso Lautsi y otros c. Italia, ap.60 y ss.[10]).

---

9 Esta doble faceta de la libertad religiosa es una constante, no únicamente en toda la doctrina del TEDH, sino también en la del TJUE y del resto de tribunales constitucionales nacionales. Sobre estos dos elementos irreductibles *in extenso*, véase la STEDH Kokkinakis, citada, y la STEDH de 29 de junio de 2004, caso Leyla Sahin c. Turquía, sobre la que luego volveremos.

10 Esta resolución dictada por la Gran Sala trae causa de la decisión tomada por la STEDH de 3 de noviembre de 2009, emitida por una sección, en la que se declaraba violado el art.9 del Convenio, en su vertiente del derecho de los padres a elegir la educación de sus hijos, por la presencia de crucifijos en centros de enseñanza. Sin embargo, esta última resolución fue revocada por la Gran Sala mediante sentencia de 18 de marzo de 2011 en la que se declara no haber existido violación alguna del Convenio por cuanto, pese a la presencia de crucifijos en la escuela, se garantizó suficientemente el derecho a no ser instruido en la religión católica, correspondiendo al Estado italiano la decisión de permitir o no la existencia de crucifijos en las aulas como una tradición histórica que no excede de su margen de apreciación.

El ámbito de protección de la libertad religiosa únicamente se extiende respecto a los actos o declaraciones que directamente expresen una creencia de tal índole, ya que, por el contrario, todos aquellos que simplemente estén inspirados, motivados o influenciados por la religión no constituirán una manifestación de su ejercicio, quedando fuera de la aplicación del art.9 del Convenio. Para poder ser subsumido en la libertad reconocida en este precepto, el acto de que se trate habrá de estar lo suficientemente relacionado con la doctrina religiosa a la cual responda que permita trazar el preceptivo nexo de causalidad. Si bien para gozar del amparo efectivo de la libertad religiosa tampoco puede exigirse al individuo la necesidad de acreditar con sumo rigor que actuó en el caso concreto en obediencia a los dictados de su fe[11].

Tomando en consideración estos criterios, por su evidente significación religiosa, la exhibición o vestimenta de símbolos religiosos por parte del trabajador durante la prestación de servicios supone una manifestación externa del ejercicio de esta libertad. Por lo tanto, esta acción queda amparada dentro del campo de aplicación del art.9 del CEDH con todas sus implicaciones, en las condiciones que pasamos a exponer.

b) Extensión y límites de las manifestaciones religiosas en la relación de trabajo: exhibición de símbolos

Como cualquier derecho individual, la libertad de religión no es absoluta, pudiendo constreñirla a los límites que fueran precisos para la consecución de los fines enumerados en el art.9.2 del Convenio, que pueden sintetizarse en la fórmula general de la defensa del orden público. En todo caso, esta limitación debe cumplir un primer presupuesto ineludible, cual será que la misma se encuentre prevista y descrita en una ley interna del estado contratante. La norma nacional habrá de contener los elementos suficientes y precisos que permitan conocer al sujeto que pretenda ampararse en la libertad religiosa en qué supuestos y con qué alcance puede restringirse su ejercicio, siendo clara, precisa y previsible. Aunque el Convenio alude al término ley, el mismo debe ser comprendido en un sentido material, más que formal, en el que podrá incluirse cualquier norma escrita que satisfaga las exigencias antedichas, como pueden ser reglamentos u otras de rango inferior, o

11 Un ejemplo de actos que quedan al margen de la aplicación de la libertad religiosa puede verse en la Decisión de inadmisión del TEDH de 2 de octubre de 2001, caso Pichon y Sajous c. Francia, en el cual un farmacéutico esgrimió sus creencias religiosas para justificar la negativa a proporcionar píldoras anticonceptivas que habían sido prescritas por un médico, excluyéndose por el Tribunal la protección del art.9 del Convenio. Por el contrario, se ha admitido como manifestación de la libertad religiosa la negativa a realizar el servicio militar obligatorio por un testigo de Jehová objetor de conciencia en la STEDH de 7 de julio de 2011, caso Bayatyan c. Armenia, dictada por la Gran Sala. La doctrina sentada en esta última resolución ha sido recientemente reiterada por la STEDH de 13 de julio de 2021, caso Aslanian c. La República de Moldavia y Rusia, entre otras.

doctrina jurisprudencial emanada de las autoridades competentes (STEDH de 12 de junio de 2014, caso Fernández Martínez c. España[12]).

Constatada la gran variedad de modelos de organización de las relaciones entre los Estados nacionales y las confesiones religiosas en los diferentes órdenes constitucionales, el Tribunal ha sido sensible a esta realidad reconociendo a aquéllos un amplio margen para fijar los criterios que rijan esta materia. Resulta inviable aplicar a todos los Estados contratantes un mismo régimen uniforme que abarque las distintas concepciones de la religión en la sociedad, y el significado de las manifestaciones públicas de las creencias religiosas para con el propio Estado, que habrán de ser consideradas siempre en su tiempo y caso concreto. Las normas dictadas por cada legislador nacional sobre este ámbito, en la necesidad de conciliar la protección de los distintos derechos y libertades concurrentes, han de ser concebidas en el contexto de los ordenamientos internos de los respectivos Estados, que muy a menudo son el resultado final de una larga tradición histórica y política (Decisión del TEDH de 15 de febrero de 2001, caso Dahlab c. Suiza[13]). Más aún, el conjunto de normas que ordenan las relaciones entre los Estados y las confesiones religiosas no puede ser nunca entendido como un producto acabado, sino que están sometidas permanentemente a la pulsión entre las necesidades de una sociedad en constante cambio guiadas por un criterio de justicia idealizado que estará sujeto a distintas interpretaciones en cada momento histórico, como en definitiva ocurre con todo el Derecho.

En el ejercicio de este margen de apreciación, con la finalidad última de preservar el orden público, viene admitiéndose la posibilidad de que cada Estado acuerde la imposición de limitaciones a la libertad religiosa, ya que, en una sociedad democrática en la que coexisten diversas religiones puede resultar preciso adoptar restricciones a la libertad de culto y manifestaciones de las creencias religiosas de los ciudadanos particulares para asegurar todos los intereses concurrentes, en consonancia con el art.9.2 del Convenio y la doctrina que lo interpreta. Atendiendo a esta realidad, el Estado puede encontrarse ante la necesidad de

12 En esta sentencia dictada por la Gran Sala se conoce del recurso interpuesto contra la STC 128/2007, que no otorgó amparo a un profesor de religión, antiguo sacerdote, cuyo contrato para continuar impartiendo docencia no fue renovado por el Ministerio de Educación siguiendo las instrucciones del Obispo competente, el cual revocó la declaración de idoneidad católica al publicarse información en medios de comunicación sobre el estado civil de casado de aquél, así como su condición de miembro de la plataforma contra el celibato de los sacerdotes. El TEDH viene a confirmar la doctrina sentada por la STC 38/2007, a la cual se remite la resolución impugnada, por cuanto entiende que la Iglesia Católica no actuó de forma arbitraria al defender su propia doctrina religiosa dentro de los márgenes del art.9, no existiendo violación del Convenio por el Estado español.

13 En el supuesto dirimido una profesora convertida a la religión musulmana vestía velo en las clases que impartía pese a estar prohibido por la norma que regía en el cantón suizo correspondiente, entendiendo el TEDH que prevalece la laicidad establecida por el Estado, procediendo a la inadmisión de la demanda.

afirmar su neutralidad e imparcialidad frente a la variedad creciente de cultos que se extiende por su población, sin interceder en favor de una u otra, o promocionar la doctrina de cierta confesión en detrimento de las opuestas[14].

Estos razonamientos han sido aplicados reiteradamente por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en justificación de la normativa nacional que adopta un modelo de laicidad o neutralidad en las instituciones públicas. En el marco concreto de las relaciones laborales, la cláusula de orden público ha permitido convalidar los límites fijados por el empleador al ejercicio de la libertad religiosa mediante la exhibición por el trabajador de símbolos religiosos durante la prestación de servicios, ya se tratara de objetos (como es el caso de las cruces cristianas) o prendas (hiyab o turbantes, en la mayoría de los supuestos). En todo caso, en el examen de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo se hace ostensible un régimen jurídico diferente en las relaciones de empleo público[15] y en las de empleo privado.

Comenzando por el empleo público, en aquellos supuestos en que el Estado contratante hubiere establecido un principio de laicidad o neutralidad estricta que obligue a todos sus organismos e instituciones, el empleado habrá de respetar rigurosamente este mandato y preservar la imparcialidad en la prestación del servicio público, sin comprometer la posición de la Administración en ningún caso, dando la apariencia de que el Estado hace prevalecer a una confesión en perjuicio de las restantes. Siguiendo estos parámetros exegéticos, más allá del caso Dahlab c. Suiza ya citado, puede señalarse la Decisión del TEDH de 24 de enero de 2006, caso Kurtulmuş c. Turquía, en la que, reiterando la anterior doctrina, se declara la inadmisión de la demanda denunciando la violación del art.9 del Convenio, además de otros derechos, por parte del profesor de universidad al cual se le prohibió vestir turbante. Con anterioridad, el Tribunal había dictado la Decisión de 8 de febrero de 2001, caso Pitkevich c. Rusia, en la que se resolvió inadmitir la demanda que denunciaba violación de la libertad religiosa, en lo que nos interesa. Fue este un asunto singular en el que la juez Galina Pitkevich, miembro de una Iglesia evangelista, fue cesada en su categoría por acreditarse que, además de otras conductas contrarias a la imparcialidad requerida en su función jurisdiccional, manifestó sus creencias religiosas en las vistas públicas que dirigió, reprobando determinados comportamientos morales de los justicia-

14 En este sentido, STEDH de 10 de noviembre de 2005, caso Leyla Sahin c. Turquía, dictada por la Gran Sala, en la que se declara no haber incurrido en violación del art.9 del CEDH por el Estado demandado al prohibir a una estudiante universitaria vestir el velo islámico. El mismo criterio se mantiene en la SSTEDH de 4 de diciembre de 2008, casos Kervanci c. Francia, y Dogru c. Francia, en los cuales se declara la ausencia de violación del Convenio por prohibir a unos estudiantes vestir velo en sus centros escalares.

15 A estos efectos debe considerarse empleo público en un sentido amplio, comprendiendo tanto las relaciones de servicios sometidas al Derecho laboral como las correspondientes a los funcionarios públicos y personal estatutario en virtud de normas administrativas o estatutarias.

bles e, incluso, rezando durante las audiencias. Entendió en esta ocasión el Tribunal que el cese de dicha juez no fue una medida desproporcionada ni excedió de los márgenes legítimos del Estado, siendo acorde a las necesidades de una sociedad democrática, máxime cuando el art.14 de la Constitución rusa declara la separación del Estado y las confesiones religiosas.

Más recientemente, el Tribunal ha vuelto a reiterar los criterios doctrinales expuestos hasta este punto en la Sentencia de 26 de noviembre de 2015, caso Ebrahimian c. Francia, en la que se enjuicia la demanda presentada por un trabajador de los servicios sanitarios públicos en la cual denuncia la violación del art.9 del Convenio al no renovarle su contrato laboral por la negativa de aquél a desprenderse del velo islámico durante la atención al público. La sentencia parte del principio de laicidad que preside la relación del Estado francés con las confesiones religiosas, así como las normas positivas que lo declaran y desarrollan, fundamentalmente el art.1 de la Constitución y la Decisión del Conseil d'État de 3 de mayo de 2000. El marco jurídico descrito cumple cada uno de los presupuestos requeridos para imponer límites a la libertad religiosa en los términos del art.9.2 del Convenio, tal como han sido analizados en los párrafos precedentes: a saber, finalidad de mantener el orden público representado por la laicidad erigida por la ley nacional, así como la claridad, precisión y certeza de la norma escrita en la definición de la restricción a la libertad.

Cuando la relación laboral en la que se enmarca la prestación de servicios por el trabajador es de carácter privado, los límites al ejercicio de la libertad religiosa mediante la exhibición de símbolos de esta índole por el empleado habrán de atenerse a otros requisitos distintos a los enunciados más arriba, ya que en estos casos la afectación del orden público es difícilmente apreciable. Tampoco podría observarse este elemento en las relaciones de trabajo que, aun siendo de naturaleza pública, se desarrollen para un Estado que no afirma en sus leyes la laicidad o neutralidad estricta del mismo, sino, por el contrario, la neutralidad abierta o cooperativa con las confesiones religiosas, o hasta la confesionalidad.

En estos casos, con carácter general, se había venido entendiendo que las restricciones a la libertad religiosa impuestas por el empresario en el seno de la relación laboral no podrían constituir atentado alguno de este derecho por cuanto el trabajador quedaba sometido por la aceptación voluntaria del contrato a las exigencias de la prestación laboral, teniendo la oportunidad de dimitir y buscar otro empleo adecuado a sus preferencias religiosas (Decisión de la Comisión de 3 de diciembre de 1996, caso Konttinen c. Finlandia[16]). Aunque la solución dada por el

16 En el supuesto litigioso, el trabajador de la empresa pública de ferrocarriles se había unido a la Iglesia Adventista del Séptimo Día, debiendo descansar por exigencia de este credo el Sabbath, es decir, desde el viernes a la puesta del sol y durante todo el sábado, lo que comportó que el emple-

Tribunal ante sanciones laborales impuestas al trabajador por el ejercicio de otros derechos del Convenio, como la libertad de expresión o el derecho a no afiliarse a un sindicato, fue distinta de la anterior.

La cuestión fue clarificada definitivamente por la trascendental STEDH de 15 de enero de 2013, caso Eweida y otros c. Reino Unido, en la cual se conoció de la demanda interpuesta por varios trabajadores que denunciaban haber sufrido el menoscabo de su derecho a la libertad religiosa al ser sancionados laboralmente por portar diversos símbolos religiosos en su vestimenta (aunque otros trabajadores esgrimieron hechos distintos – por ejemplo creencias religiosas consistentes en negar el matrimonio homosexual – dado el objeto de este estudio nos ceñiremos a los demandantes que adujeron exhibir una cruz cristiana alrededor de su cuello). La Sra. Eweida era practicante del cristianismo copto y trabajaba por cuenta de la mercantil British Airways, la cual exigía a todos sus empleados en contacto con el público que llevaran uniforme, que hasta 2004 incluía una blusa de cuello alto, y, a partir de este momento, consistió en una blusa de cuello abierto para las mujeres para ser usado con una corbata que podría apretarse o atarse ligeramente en el cuello. La empleadora elaboró una guía de vestimenta en la cual se requería la aprobación expresa del empresario para poder exhibir símbolos religiosos que fueran visibles, con la finalidad de mantener el cumplimiento de lo pautado para el uso del uniforme. A partir de 2006, la Sra. Eweida decidió incluir en su vestimenta una cruz visible como muestra de su fe, por lo que fue requerida por su superior para que se la quitara o bien la ocultara bajo la corbata; al negarse, la trabajadora fue suspendida de empleo y sueldo, aunque meses más tarde, la empresa autorizó determinados símbolos religiosos como la cruz o la estrella de David. Sin embargo, la Sra. Eweida reclamó indemnización por los perjuicios sufridos, que no se le concedió en las instancias nacionales.

Por su parte, la segunda demandante, Sra. Chaplin, también era cristiana practicante y llevaba una cruz alrededor del cuello durante la prestación de servicios como empleada en la unidad geriátrica de un hospital estatal, en el cual resultaba de aplicación la guía del departamento de salud en la que se especificaba que si cualquier empleado quería vestir algún símbolo religioso, ya fuera ropa o joyas,

---

ado cesara en su trabajo antes de finalizar su horario laboral correspondiente el viernes; ante los repetidos incumplimientos, aquél fue sancionado y finalmente despedido. Entendió la Comisión que no resulta posible invocar el derecho a la libertad religiosa cuando el demandante tiene la posibilidad de cambiar de trabajo. Nótese que, aun tratándose de una relación de empleo público stricto sensu, no está afectado en modo alguno el orden público referido en el art.9.2 del Convenio, propio de otros servicios públicos en los que puede comprometerse la neutralidad del Estado fijada por la ley nacional. En este caso, la discusión se centra simplemente en la posible justificación del incumplimiento de los deberes laborales del empleado por observar una práctica religiosa, observándose la solución desde una perspectiva casi contractualista. Las similitudes con el supuesto enjuiciado en la STC 19/1985 son notables.

habría de ser autorizado por el superior jerárquico que no denegaría su aprobación de manera injustificada. La solicitud cursada por la Sra. Chaplin fue rechazada por motivos de salud, sin tener en cuenta que la solución propuesta por la misma y que consistía en llevar una cruz con sujeción magnética que se soltaría en caso de que algún anciano tirara de ella. Téngase presente que, en este caso, aun cuando la trabajadora estaba empleada por cuenta de un hospital público, no existía norma nacional alguna que obligara a los servidores a observar un principio de laicidad o neutralidad, siendo los únicos límites a la exhibición de objetos religiosos referentes a la salud de los pacientes y el buen funcionamiento del servicio público.

Ante estas demandas, el Tribunal descarta la aplicación de la tesis mantenida por la Comisión en supuestos anteriores, a la que ya nos hemos referido, y, en su lugar, entiende que, dada la importancia en una sociedad democrática de la libertad de religión, cuando una persona alega una restricción respecto de aquélla en el lugar de trabajo, en lugar de declarar que la posibilidad de cambiar de trabajo evitaría cualquier injerencia en el derecho, la mejor aproximación sería sopesar la posibilidad de considerar si la restricción era proporcionada o no en atención a los fines que perseguía y ponderando los derechos y libertades concurrentes (*check balance*). Por lo tanto, a diferencia del empleo público en el que por una ley nacional el trabajador quede compelido por el deber de laicidad o neutralidad estricta, en el resto de relaciones de servicio habrá de atenderse con prioridad a la conjugación entre las libertades o intereses concurrentes; de un lado, la libertad religiosa del empleado, y, de otro, los fines legítimos que persiga el empresario, exigiendo proporcionalidad a las medidas adoptadas por el segundo en afectación del derecho del primero[17].

Trasladando esta doctrina a las demandas interpuestas por las trabajadoras, el Tribunal concluye que, aunque en el caso de la Sra. Eweida la finalidad perseguida por el código de vestimenta de British Airways es legítimo, a saber, comunicar una determinada imagen por la empresa y promover el reconocimiento de su marca y su personal, no se alcanzó un justo equilibrio por los tribunales nacionales al conciliar estas exigencias laborales con la libertad religiosa de la empleada, ya que la cruz utilizada por ésta era discreta y no perjudicaba la imagen empresarial; además, se habían autorizado otras prendas como turbantes o hiyabs, y finalmente la misma empleadora terminó autorizando las cruces, lo que indica que estos objetos nunca representaron un perjuicio real para el negocio del empresario[18]. Por el contrario, en el caso de la Sra. Chaplin, el Tribunal entendió que no había existido restricción desproporcionada de la libertad de religión de la trabajadora, ya que la razón de que el hospital empleador denegara la autorización para vestir una cruz con una cadena radicaba en la preservación de la salud de los pacientes

17 Caso Eweida y otros c. Reino Unido, ya citado, ap.83.

18 Ewida, aps. 93 y 94.

de la unidad de geriatría, que podían causar lesiones al tirar de dicha cadena durante las labores propias de la empleada, con lo que no existió violación del art.9 del Convenio[19].

Del examen de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos puede concluirse que, en las relaciones de empleo público, siempre y cuando una ley nacional prescriba una limitación a la libertad religiosa imponiendo un principio de laicidad o neutralidad estricta no cooperativa con las confesiones religiosas, el trabajador habrá de abstenerse de manifestar su credo mediante la exhibición de simbología de aquella naturaleza. Sin embargo, cuando se trate de una relación de servicios de carácter privado, o bien que, aun siendo pública, el legislador nacional no haya impuesto un deber de secularidad para los servidores públicos, habrán de ponderarse los distintos derechos e intereses en liza, exigiendo que cualquier restricción de la libertad religiosa del trabajador atienda a una finalidad legítima del empleador y sea proporcionada en su consecución.

c) El pluralismo religioso como valor intrínseco a la democracia

Como ya se ha expuesto, los Estados contratantes gozan de un considerable margen de apreciación en orden a garantizar la observancia del orden público en sus respectivos territorios, decidiendo el modo en que habrán de articularse las relaciones entre el mismo Estado y las diferentes confesiones. Igualmente, en las sociedades democráticas actuales de Europa, en la que conviven distintas doctrinas religiosas, puede resultar preciso que el Estado actúe guiado desde una posición de imparcialidad que preserve la tranquilidad pública, la cohabitación entre las confesiones existentes y la tolerancia de los grupos que pueden tenerse como opuestos, para lo que puede ser necesario adoptar limitaciones a la libre manifestación de creencias religiosas, ya que ningún derecho es absoluto.

La realidad descrita, que se extiende en mayor o menor medida por toda la geografía europea, aun cuando puede justificar la observancia de limitaciones a la libertad religiosa, hace preciso conceder la estima debida a la diversidad de pensamiento y credo como un valor en sí mismo que debe ser salvaguardado como consustancial a la democracia liberal. Si la falta de uniformidad europea en la organización de las relaciones Iglesia-Estado en su concepción laica o bien de neutralidad abierta o flexible no permite declarar una preponderancia plena de la libertad religiosa del trabajador en cualquier tipo de empleo cuando éste es público, tampoco puede admitirse que el secularismo extremo imponga una restricción uniforme y desmedida a las manifestaciones religiosas cualquiera que fuera la relación de servicios.

19 Eweida, aps. 98 a 101.

Ha sido una constante advertencia del Tribunal a los Estados contratantes que, en su función de garante del orden público y la tolerancia entre las confesiones religiosas, no resulta acorde a los valores del Convenio promover la paz social mediante la supresión o eliminación del pluralismo, aunque deba garantizarse la mutua relación pacífica entre los distintos colectivos[20].

III. DOCTRINA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA REFERENTE A LA EXHIBICIÓN DE SÍMBOLOS RELIGIOSOS POR EL TRABAJADOR

Muy recientemente este el Tribunal comunitario ha dictado varias sentencias que reproducen algunos pronunciamientos anteriores, conformando un cuerpo de doctrina que puede calificarse ya de sólido y reiterado. Como se desarrollará seguidamente, a diferencia del Tribunal de Estrasburgo, el Tribunal de Justicia de la Unión ha dirimido los supuestos de limitaciones a la libertad religiosa desde la perspectiva del principio de igualdad y el derecho a la prohibición de discriminación, sin acudir como regla general a la ponderación de derechos y libertades concurrentes, con las matizaciones debidas.

a) Contenido y límites de la libertad religiosa en el TJUE

En la práctica unanimidad de las Sentencias dictadas hasta la fecha por el Tribunal se indica que, en concordancia con lo preceptuado en el art.52.3 de la CDFUE, el derecho a la libertad religiosa que se reconoce en el art.10 de la misma se corresponde con el art.9 del CEDH, y, en consecuencia, goza de idéntico sentido y alcance que aquél[21]. Esta remisión al CEDH y, por ende, a la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que se ha expuesto hasta aquí, cobra una mayor relevancia que en otros ámbitos del ordenamiento comunitario y de la propia CDFUE, ya que las resoluciones dictadas por el antiguo Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas no habían desarrollado el contenido y eficacia de la libertad religiosa, más allá de una sucinta alusión en alguna ocasión aislada, como fue la Sentencia de 27 de octubre de 1976, caso Prais c. Consejo, en la cual se deses-

20 Este razonamiento subyace en todas las resoluciones del TEDH que se han analizado en los apartados precedentes. Muy especialmente, el Tribunal advirtió de forma categórica la imposibilidad de los Estados contratantes de suprimir el pluralismo en búsqueda del orden público en Ebrahimian c. Francia, ya citado, ap.55, con remisión a la Sentencia también citada Leyla c. Turquía, ap.107.

21 La correspondencia entre la libertad religiosa reconocida en el art.10 de la CDFUE y el art.9 del CEDH se aclara nuevamente en las Explicaciones sobre la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (DO 2007, C 303), en la cual se precisa que habrán de observarse los mismos límites del art.9.2 del Convenio.

timó la demanda interpuesta por una aspirante a un puesto de funcionaria en esta institución comunitaria que había de realizar una prueba escrita en una festividad judía, religión que profesaba[22].

Al igual que en el ámbito de aplicación del Convenio, la religión debe ser entendida en su acepción amplia, comprensiva tanto del *forum internum* referente al hecho de tener convicciones como del *forum externum* que se proyecta sobre la manifestación pública de la fe religiosa. No obstante, como cualquier otro derecho fundamental la libertad religiosa puede ser sometida a restricciones en su ejercicio, no pudiendo considerarse un derecho absoluto. Estas limitaciones habrán de sujetarse a los presupuestos enunciados en el art.9.2 del CEDH (principalmente, que estén prevenidos en una norma nacional, escrita, clara e inequívoca), y siempre dirigidas a satisfacer una finalidad que sea legítima (representada por la garantía del orden público apreciado por el Estado contratante). Así mismo, los límites a la libertad religiosa deberán circunscribirse al ámbito y fines específicos del art.52.1 de la CDFUE, que exige su previsión por la ley y respeto a su contenido esencial, sean proporcionales, necesarios, y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la protección de los derechos y libertades de los demás[23].

b) Doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión respecto a la exhibición de símbolos religiosos por el trabajador

Teniendo presente lo sentado hasta aquí, debe concluirse con el Tribunal que la vestimenta de prendas u objetos de significación religiosa por el trabajador durante la prestación de servicios constituye una manifestación indubitada del ejercicio de la libertad religiosa, y queda amparado por la misma[24]. Como ya se ha adelantado, condicionado por el sentido de las cuestiones prejudiciales que le han sido

---

22 Aunque el TJCE desestimó la demanda invocando el principio de igualdad, reconoció la libertad religiosa como valor general del ordenamiento comunitario. MANGAS MARTÍN, ARACELI (Dir.). *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo.* 1ª ed. Fundación BBVA. 2008. Pág.260.

23 STJUE de 17 de diciembre de 2020, asunto C-336/19, aps.57 y 58. En este caso discutía si una norma nacional que impone en el marco del sacrificio religioso un procedimiento de aturdimiento reversible, que no provoque la muerte del animal, podría ser contraria a la normativa comunitaria interpretada a la luz de la libertad religiosa del art.10 de la CDFUE. Entiende el Tribunal que la ley nacional establece limitaciones que persiguen una finalidad legítima concebida como la consecución de un objetivo de la Unión, cual es el bienestar animal enunciado en el art.13 del TFUE, y son proporcionadas a este fin, respectando el contenido esencial del derecho. Anteriormente se había alcanzado la misma conclusión en la STJUE de 29 de mayo de 2018, asunto Cw426/16, aunque sin referencia expresa al art.52.1 de la CDFUE.

24 STJUE de 15 de julio de 2021, asuntos acumulados C-804/18 y C-341/19, ap.46. Sobre esta resolución volveremos seguidamente.

planteadas por los órganos jurisdiccionales nacionales, el Tribunal ha examinado casi exclusivamente las restricciones a la exhibición de símbolos religiosos por el trabajador desde el prisma del principio de igualdad y el derecho a la no discriminación, aplicando para ello las disposiciones de Derecho derivado representadas por la Directiva 2000/78 relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, aunque interpretada a la luz del art.10 de la CDFUE, y ello pese a que en muchas ocasiones el órgano remitente ni tan siquiera aludía a este precepto.

En estos términos fue planteada la cuestión prejudicial que dio lugar a la primera de las sentencias que analizamos, a saber, la STJUE de 14 de marzo de 2017, asunto C-157/15. En este supuesto, el objeto del litigio nacional era referente a una trabajadora de una empresa privada belga, la Sra. Samira Achbita, de religión musulmana que vestía velo islámico durante la prestación laboral pese a la regla implantada por el empleador por la cual los empleados no podían llevar signos visibles de sus convicciones políticas, filosóficas o religiosas en el lugar de trabajo, por lo que finalmente aquélla fue despedida. La pregunta dirigida al Tribunal por el juez nacional suscitaba la posibilidad de que, a los efectos del art.2.2.a) de la Directiva 2000/78, la prohibición empresarial de llevar velo pueda ser considerada como no discriminación directa cuando se aplica de forma general a todos los trabajadores. La cuestión es resuelta marcando la doctrina que habrá de seguirse en los futuros supuestos que se planteen, debiendo diferenciar con claridad si existen elementos fácticos determinantes de una discriminación directa, o bien de una indirecta, en la concepción del art.2 de la propia Directiva comunitaria.

DISCRIMINACIÓN DIRECTA POR MOTIVOS RELIGIOSOS

En aquellos casos en los que la prohibición de exhibición de simbología religiosa por el trabajador en el lugar de trabajo compela a todos y cada uno de los empleados, no podrá afirmarse que la misma constituya una discriminación directa en los términos del art.2.2.a) de la Directiva, con lo que la práctica empresarial, desde la perspectiva estricta del principio de igualdad y no discriminación, será ajustada a la normativa comunitaria[25], independientemente de si la relación jurídica de prestación de servicios es pública o privada y si concurren razones que pudieran justificar el mantenimiento del orden público o cualquier otro fin legítimo que pudiera aducir al empresario. La limitación del derecho a la libertad religiosa será admisible en tanto la misma sea de aplicación generalizada e indiferenciada, sin que introduzca una distinción en el trato en función de motivos religiosos, según se ha enfatizado en posteriores resoluciones como la STJUE de 15 de julio de 2021, asuntos acumulados C-804/18 y C-341/19, aps.52 y 54. En este caso el

25 STJUE, asunto C-157/15, aps.30 y 32.

Tribunal conoció de dos cuestiones prejudiciales formuladas en el marco de dos litigios nacionales diferenciados: en el primero, la empresa alemana WABE explotaba numerosas guarderías, declaró guiarse por el principio de aconfesionalidad y diversidad religiosa, imponiendo a los trabajadores el deber de neutralidad, y, concretamente, la prohibición de portar en el puesto de trabajo, ante los padres, los niños u otras personas, signos visibles de sus convicciones políticas, filosóficas o religiosas, lo cual fue incumplido por una trabajadora que vestía velo islámico, siendo sancionada laboralmente; en el segundo supuesto, la empresa alemana MH había prohibido a una de sus trabajadoras, que desempeñaba funciones de dependienta y cajera, que portara velo islámico, lo que fue recurrido por ésta última ante los órganos jurisdiccionales nacionales.

Ahora bien, cuando, contrariamente a las exigencias de aplicación generalizada e indiferenciada, la limitación de la libertad religiosa incide únicamente en determinadas manifestaciones de fe, sin que afecte a otras, constituye una discriminación directa en función de motivos religiosos ya que da lugar a una diferencia de trato rechazada por la Directiva 2000/78. En este sentido, si la práctica o norma empresarial tan sólo prohíbe a los trabajadores portar símbolos religiosos que sean vistosos o de gran tamaño, únicamente perjudicará a los creyentes de aquellas religiones que tengan que vestir esta clase de objetos por exigencias de su credo, como puede ser un velo, turbante, brazalete o kipá; sin embargo, no sufrirán dicha prohibición los fieles que profesen una religión distinta, como es el caso del cristianismo, en el que es posible vestir una cruz alrededor del cuello quedando ésta oculta bajo la ropa. En estos casos, debe concluirse con el Tribunal que la distinción entre prácticas religiosas obedece a una discriminación directa por motivos religiosos[26].

DISCRIMINACIÓN INDIRECTA POR MOTIVOS RELIGIOSOS

Paralelamente a lo argumentado hasta este punto, la restricción de la libertad religiosa del trabajador puede traer causa de un criterio empresarial que no tenga por finalidad introducir diferencias de trato y tenga carácter neutro, pero, no obstante, comporte una desventaja particular para determinados empleados en función de sus creencias religiosas, suponiendo una discriminación indirecta en los términos del art.2.2.b) de la Directiva. Esta doctrina ya fue expuesta en la STJUE asunto C-157/15[27], arriba citada, y se desarrolló en la posterior Sentencia resolutoria de las cuestiones planteadas en los asuntos acumulados C-804/18 y C-341/19[28], en las cuales se recuerda con insistencia que la desventaja particular causada a unas religiones determinadas respecto a la posición de otras debe ser comprobado por

26 STJUE, asuntos acumulados C-804/18 y C-341/19, aps.77 y 78.

27 STJUE asunto C-157/15, aps.34 y ss.

28 STJUE asuntos acumulados C-804/18 y C-341/19, aps.59 y ss.

el juez nacional como cuestión fáctica a dilucidar. Más recientemente, estos conceptos han vuelto a ser reiterados en la STJUE de 13 de octubre de 2022, asunto C-344/20, en la cual se conoció de la cuestión prejudicial formulada en el seno de un litigio nacional en el que la demandante, de religión musulmana, no fue seleccionada para realizar prácticas profesionales en una empresa privada belga al no respetar la prohibición de vestir cualquier tipo de signo religioso.

Como es sabido, a diferencia de la discriminación directa, la de tipo indirecto puede ser admitida sobre la base de una justificación objetiva, siempre y cuando la práctica o criterio empresarial se dirija a la consecución de una finalidad legítima y las medidas adoptadas para ello sean necesarias y adecuadas a la meta pretendida. Aplicando el tenor del art.2.2.b).i) de la Directiva 2000/78 a las restricciones de la libertad religiosa del asalariado en la exhibición de símbolos o prendas de significación religiosa en el lugar de trabajo, el Tribunal ha detallado en las resoluciones reseñadas hasta aquí los presupuestos que habrán de observarse por el empresario para que sus prácticas sean acordes a la normativa comunitaria. En todo caso, como advirtió la STJUE asuntos acumulados C-804/18 y C-341/19, ap.61, el concepto mismo de finalidad legítima como posible justificación de la desventaja particular debe ser interpretado de forma estricta, nunca amplia o flexible, por cuanto, por mucho que pueda gozar de una causa razonable y amparable en Derecho, la práctica empresarial de que se trate en estos casos no deja de suponer diferencias de trato, aunque derivadas de criterios neutros[29].

El primero de los requisitos exigidos por la norma comunitaria para apreciar una justificación objetiva de la discriminación indirecta lo representa la finalidad legítima que habrá de perseguirse por las medidas adoptadas por el empresario, y que, en el supuesto particular de la prohibición de exhibición de símbolos religiosos en el lugar de trabajo, puede asimilarse a la voluntad del empleador de seguir un régimen de neutralidad política, filosófica o religiosa en las relaciones con los clientes tanto del sector público como del sector privado, toda vez que "*el deseo de un empresario de ofrecer una imagen neutra ante sus clientes está vinculado a la libertad de empresa, reconocida en el art.16 CDFUE, y tiene, en principio, un carácter legítimo, en particular cuando el empresario sólo incluye en la persecución de esa finalidad a los trabajadores que, en principio, van a estar en contacto con sus clientes*" (STJUE asunto C-157/15, ap.38). Sin embargo, esta interpretación ha sido matizada con posterioridad, de suerte que se exige un mayor rigor del empresario en argumentar esta voluntad específica, ya que por sí misma no es suficiente, lo que entronca con el segundo de los requisitos.

Para que la justificación sea objetiva la restricción a la libertad de los trabajadores

29 La resolución citada se remite a su vez a la STJUE de 16 de julio de 2015, asunto C-83/14, ap.112, referente a discriminación por motivos étnicos o raciales en aplicación de la Directiva 2000/43.

de portar símbolos religiosos ha de ser necesaria, lo que corresponde acreditar al empleador. Tal supuesto podría contemplarse para garantizar en un centro de enseñanza el derecho de los padres a elegir la educación religiosa, filosófica o pedagógica de sus hijos, que resulta amparado por el art.14 de la CDFUE. Fuera de este caso concreto, al empresario le incumbe probar que las medidas adoptadas son precisas para evitar perjuicios en la explotación de su negocio que, sin la observancia de la neutralidad religiosa que pretende instaurar, no podría esquivar, principalmente en su relación con clientes[30].

Finalmente, en lo que concierne al último de los tres requisitos, es decir que la medida empresarial sea adecuada a su finalidad, el Tribunal ha entendido que ello exige que la restricción a la libertad religiosa del empleado sea aplicada de forma congruente y sistemática; solo en este caso podrá colegirse que la limitación del derecho del trabajador responde efectivamente al empeño de su empresario de atender fielmente a la neutralidad religiosa con la que quiere explotar su industria[31].

MARGEN DE APRECIACIÓN DE LOS ESTADOS MIEMBROS Y PONDERACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES

Aun cuando el Tribunal comunitario ha analizado las restricciones a la exhibición de símbolos religiosos por los trabajadores desde la óptica rígida del principio de igualdad y prohibición de discriminación, también ha introducido ciertos elementos de flexibilidad consciente de la diversidad de los ordenamientos constitucionales y de los distintos derechos en liza, de una forma similar en algunos aspectos a la doctrina emanada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, lo que, en la práctica, se traduce en un fortalecimiento de los derechos de libertad religiosa de los trabajadores que puede apoyarse en la ley nacional del Estado miembro.

Aunque este parámetro interpretativo no se ha desarrollado con el detalle que merecería por su trascendencia y utilidad, el Tribunal ha establecido que, incluso aplicando el preceptuado de la Directiva 2000/78, la misma permite tener en cuenta los diferentes derechos y libertades que pudieran estar afectados[32], insinuando la oportunidad de proceder a una ponderación de derechos o check balance que midiera la proporcionalidad de las restricciones de la libertad religiosa del trabajador, con independencia de si estas limitaciones al derecho fundamental se aplican de manera generalizada y en pie de igualdad sin discriminación. Concretamente,

30 STJUE asuntos acumulados C-804/18 y C-341/19, aps.64, 65, 67 y 69.

31 STJUE asunto C-157/15, ap.40, y la jurisprudencia que cita. En el mismo sentido, STJUE asuntos acumulados C-804/18 y C-341/19, ap.68.

32 STJUE asuntos acumulados C-804/18 y C-341/19, aps.81 y 82.

habrían de "tenerse en cuenta"[33] los derechos de libertad religiosa del art.10 de la CDFUE de un lado, y, de otro, los de libertad de empresa del art.16 y libertad de elección de educación del art.14. No obstante, esta posibilidad tiene su fundamento en la necesidad de que las medidas empresariales sean adecuadas a los efectos del art.2.2.b.i), por lo que parece reducirse al ámbito de la justificación objetiva de la discriminación indirecta ya analizada, sin que, en consecuencia, pudiera proceder a una auténtica ponderación de derechos de la CDFUE desconectada de las limitaciones de la Directiva 2000/78 y la no discriminación.

Mayor relevancia tiene el segundo elemento de flexibilidad introducido por el Tribunal en su doctrina, ya que ha admitido que una norma nacional interna pueda calificarse como disposición más favorable a los efectos del art.8.1 de la Directiva comunitaria cuando aquélla concede a la libertad religiosa una mayor protección de la que gozaría ésta si se aplicara llanamente la norma europea. Tal es el caso del derecho a la libertad religiosa reconocido por el art.4.1 de la Ley Fundamental de Bonn interpretado según la doctrina constitucional alemana, que exigiría acreditar que, en el momento de adoptar la restricción de la misma el empresario, no sólo basta con acreditar que es adecuada o necesaria, sino un perjuicio real y efectivo para el desenvolvimiento del negocio empresarial del empleador[34]. No obstante, este margen de apreciación que se le reconoce a los Estados miembros tampoco es equiparable al afirmado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ya que vuelve a incardinarse en la justificación objetiva de la discriminación indirecta a los solos efectos del art.2.2.b.i) de la Directiva.

IV. REFERENCIA A LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL ESPAÑOLA

Lamentablemente el Tribunal Constitucional no ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre el tratamiento constitucional que habría de regir las restricciones a la libertad religiosa del trabajador en la exhibición o vestimenta de símbolos religiosos durante la prestación laboral en el lugar de trabajo. No obstante, esta circunstancia no es óbice para exponer con brevedad los elementos esenciales de la doctrina sentada hasta la fecha respecto al contenido y extensión del derecho fundamental a la libertad religiosa, tratando de adaptarla al objeto de este estudio.

33 Esta terminología empleada por el TJUE no resulta la más adecuada para discernir los extremos que nos ocupan, ya que no denota una técnica precisa más allá de sugerir que el juez nacional deberá tener presente que pueden existir otros derechos concurrentes al resolver sobre la justificación de las medidas empresariales restrictivas de la libertad de religión del trabajador, aunque sin aclarar en qué forma.

34 STJUE asuntos acumulados C-804/18 y C-341/19, aps.85 y ss.

El espíritu del constituyente fue idéntico al de los tratados internacionales sobre derechos humanos cuando, en el art.16.1 CE, reconoció el derecho a la libertad religiosa de los individuos y comunidades en que se integran, sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley, aproximándose a la esencia de los arts.18 de la DUDH y al 9 del CEDH. Por su parte, las relaciones Iglesia-Estado quedan enmarcadas en el principio de aconfesionalidad que declara al art.16.3 CE, estableciendo al mismo tempo un mandato a los poderes públicos para colaborar con las confesiones religiosas.

Ha sido pacífica la doctrina constitucional al entender que la libertad religiosa, en su dimensión objetiva, comporta una doble exigencia, a que se refiere el art. 16.3 CE: primero, la de neutralidad de los poderes públicos, ínsita en la aconfesionalidad del Estado; segundo, el mantenimiento de relaciones de cooperación de los poderes públicos con las diversas confesiones (STC 34/2011, de 28 de marzo, FJ 3º). De este modo, se ha introducido una idea de aconfesionalidad o laicidad positiva que veda cualquier tipo de confusión entre funciones religiosas y estatales.

En adición a lo anterior, concebida como derecho subjetivo, la libertad religiosa tiene una doble dimensión, interna y externa. Así, este derecho garantiza la existencia de un claustro íntimo de creencias y un espacio de autodeterminación intelectual ante el fenómeno religioso, vinculado a la propia personalidad y dignidad individual; y asimismo, junto a esta dimensión interna, esta libertad incluye también una dimensión externa de *agere licere* que faculta a los ciudadanos para actuar con arreglo a sus propias convicciones y mantenerlas frente a terceros, que se traduce en la posibilidad de ejercicio, inmune a toda coacción de los poderes públicos o particulares (STC 177/1996, de 11 de noviembre, FJ 9º), en sintonía con lo previsto en el art. 2.1 de la Ley Orgánica 7/1980, de libertad religiosa. Se complementa, en su dimensión negativa, por la prescripción del art. 16.2 CE de que "*nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias*".

En cuanto a las limitaciones a que puede sujetarse el ejercicio de este derecho, el derecho que asiste al creyente de creer y conducirse personalmente conforme a sus convicciones no está sometido a más límites que los que le imponen el respeto a los derechos fundamentales ajenos y otros bienes jurídicos protegidos constitucionalmente (SSTC 141/2000, de 29 de mayo, FJ 4º; 154/2002, de 18 de julio, FJ 7º), siendo de aplicación los límites propios de la teoría general de los derechos fundamentales. Específicamente, los arts.16.1 CE y 3 de la LOLR señalan como único límite de este derecho la salvaguarda del orden público, como indicara el art.9.2 del CEDH. En cualquier caso, entendido como pieza fundamental de todo orden de convivencia democrática el derecho de libertad religiosa, comporta que sólo tendrá como límite excepcional el orden público, el cual no podrá ser aplicado por los poderes públicos como "*una cláusula abierta que pueda servir de asiento a meras sospechas sobre posibles comportamientos de futuro y sus hipotéticas consecuencias*" (STC 46/2001, de 15 de febrero, FJ 11º).

Partiendo de esta doctrina, no resulta aventurado vaticinar que, en el caso en que llegara a plantearse ante el Tribunal Constitucional un conflicto derivado de restricciones a la libertad religiosa del trabajador por exhibición de símbolos religiosos en el lugar de trabajo, éste concluiría una solución similar a la ya adoptada por el Tribunal Constitucional alemán en su Sentencia de 27 de enero de 2015, en la que, como se ha explicado, declaró que el carácter confesional del Estado no justifica una prohibición general de vestimenta de objetos o prendas religiosas, salvo que se acredite un perjuicio real y efectivo al orden público. Esta decisión es fácilmente trasladable al ordenamiento constitucional español, ya que el mismo está guiado por un principio de neutralidad o aconfesionalidad abierta, es decir, cooperativa entre Estado y las confesiones, prevaleciendo el derecho fundamental a la libertad religiosa salvo que, excepcionalmente, deba ser restringido por razones de orden público.

V. CONCLUSIÓN

La doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha sido permeable a las profundas diferencias existentes en los distintos órdenes constitucionales europeos en la configuración de las relaciones Iglesia-Estado, admitiendo que, cuando una ley nacional establezca el principio de laicidad en la actuación de los poderes públicos, sus servidores o empleados habrán de quedar constreñidos por el mismo y abstenerse de exhibir símbolos religiosos en el desempeño de sus funciones. Más allá de estos supuestos, ha declarado que, en las relaciones de empleo privado, o incluso público cuando no existe un deber de neutralidad estricta, habrá de garantizar la libertad religiosa del trabajador, escrutando cada restricción que se imponga a la misma por el empresario mediante la ponderación de los derechos e intereses concurrentes (*check balance*), por lo que se exige una justificación rigurosa para limitar el ejercicio de una libertad troncal en cualquier sociedad democrática.

No se ha seguido un enfoque similar por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el cual ha basculado el centro sobre el que pivota el examen desde el derecho subjetivo de libertad religiosa hacia el principio de igualdad y prohibición de discriminación, de tal manera que puede llegar a sostenerse que, cualquiera que sea la intensidad de la prohibición empresarial de exhibir o portar símbolos religiosos por el trabajador, si la misma se aplica de forma indiferenciada es ajustada al Derecho de la Unión. Si bien es cierto que el Tribunal comunitario ha admitido diversas vías por las que aplicar disposiciones nacionales más favorables a la libertad religiosa, o una discreta ponderación de los derechos concurrentes, no puede obviarse que tan sólo se aplican al ámbito sensiblemente restringido de la justificación objetiva de la discriminación indirecta, en los términos de la Directiva 2000/78.

En sus reiterados pronunciamientos, el Alto Tribunal comunitario parece haber reducido una cuestión de índole constitucional y derechos fundamentales de primer

orden a un debate de Derecho derivado, ya que, por más que haga mención en sus resoluciones al art.10 de la CDFUE y la doctrina del Tribunal de Estrasburgo, no deja de dirimir la tutela de la libertad religiosa desde las coordenadas limitadas y rígidas del derecho de igualdad de la Directiva, sin adentrarse con la profundidad debida en la conciliación de los distintos derechos fundamentales que pueden estar en conflicto. En estas lindes se manifiestan con claridad las carencias que presenta el valor de igualdad en determinados ámbitos concretos, ya que no es posible afrontar cualquier debate o disputa jurídica mediante su aplicación. A estos particulares efectos, el derecho a la no discriminación no debe ser considerado como un principio desconectado de la libertad religiosa, ya que tan sólo tiene virtualidad en su conexión con aquélla, aunque su existencia sea autónoma[35]. Por el contrario, más allá de la igualdad, para dar respuesta cumplida a la admisibilidad de las restricciones laborales de la libertad religiosa del trabajador, este último derecho habría de concebirse como un valor esencial en sí mismo, siendo instrumento primordial del pluralismo que caracteriza cualquier sistema social y político que aspire a tenerse por democrático y liberal.

No conviene trasladar de forma automática el significado de los conceptos de laicidad o secularidad a las libertades individuales de los ciudadanos. Esta precaución es ínsita a los sistemas del *common law,* en los que, pese a declarar la separación estricta y nítida entre el Estado y las confesiones religiosas, reconocen con la misma contundencia el derecho de los trabajadores, incluso públicos, a portar objetos o prendas religiosas en el lugar de trabajo, salvo en aquellos supuestos excepcionales en que sea precisa una restricción a esta libertad al amparo de un "acomodo razonable", por acreditarse un perjuicio directo e importante al empresario, que se vería sometido a privaciones de no adoptar las limitaciones precisas[36].

Lejos quedaron aquellos tiempos pretéritos en los que se atribuía a las Comunidades Europeas un déficit notable en la protección eficaz de los derechos fundamentales, lo que provocó la contestación severa de los órganos de los Estados miembros en el marco de lo que fue calificado por la inmensa mayor parte de la doctrina como "la rebelión de los Tribunales Constitucionales nacionales", tal vez de forma excesiva y pretenciosa. Sin embargo, en la tutela de los derechos de libertad religiosa del trabajador, la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos todavía se ha revelado más efectiva y útil que la emanada del Tribunal comunitario, tal vez porque éste último se ve condicionado por el sentido y contenido concreto de las cuestiones prejudiciales que se le plantean por los jueces nacionales. Debería reflexionarse con detenimiento acerca de si la cuestión prejudicial co-

35 Esta doctrina se reitera en múltiples resoluciones como la STEDH de 6 de abril de 2000, caso Thlimmenos c. Grecia. Igualmente, STEDH caso Eweida y otros c. Reino Unido, ya citado.

36 Un análisis útil de la cuestión de Derecho comparado en referencia a EEUU y Canadá puede verse en la STEDH caso Eweida y otros c. Reino Unido, aps.48 y 49.

munitaria constituye un instrumento procesal lo suficientemente idónea como para salvaguardar la plenitud de los derechos fundamentales reconocidos, no sólo en el resto de tratados internacionales, sino en la propia CDFUE. Aun cuando a partir del Tratado de Lisboa se confirió rango de Derecho primario a esta Carta, todavía hoy puede seguir percibiéndose la solvencia y el rigor del Tribunal de Estrasburgo que le proporcionan más de setenta años de experiencia en la defensa a ultranza de los derechos humanos en el panorama europeo.

La igualdad siempre ha sido una de las mayores conquistas sociales de los ordenamientos constitucionales avanzados. Desde la antigua Grecia, cuando los grandes personajes del siglo V a.C. como Solón, Clístines, Efialtes o Pericles, hicieron posible la equiparación de los derechos de participación política de los ciudadanos libres de la *polis* en la realización de la *isonomía*, la igualdad ha continuado siendo una aspiración de las sociedades democráticas. Pero este empeño no convendría que nos condujera a extender una laicidad estricta o un secularismo intransigente e igualitario a todos los ciudadanos particulares, pues supondrían cercenar el pluralismo que nos es tan preciado. Esta dicotomía sería más propia de un revolucionario francés que combate con ahínco los últimos rescoldos de la antigua monarquía, que de un fabianista que con diligencia y eficacia defiende los derechos del trabajador en una democracia liberal.

Cuando los hommes des lettres franceses que auspiciaron la Revolución de 1789 condujeron la instauración del nuevo orden, se debieron percatar de que, la igualdad que ya era una experiencia en América, tan sólo representaba una ideación en Francia, de tal manera que en adelante hubieron de actuar conscientes de que el gobierno del pueblo no iba a fundarse en criterios ya contrastados por su aplicación previa efectiva, como ocurriera en la Independencia norteamericana, sino en principios teóricos abstraídos de los recuerdos de la Antigüedad[37]; de la igualdad griega y romana carente del sentido de la libertad moderna[38]. La posible confusión actual entre laicidad inflexible del Estado y libertad religiosa se antoja heredera de los precedentes revolucionarios que inspiraron a las gentes de dos siglos atrás.

37 ARENDT, HANNAH. *Sobre la revolución*. Revista de Occidente. 1967. Págs.129 y 130.

38 Sobre esta cuestión, véase CONSTANT, BENJAMIN. *Escritos políticos*. Centro de Estudios Constitucionales. 1989. Concretamente la conferencia titulada *De la libertad de los antiguos comparada con la de los modernos*. Págs.257 a 285.

BIBLIOGRAFÍA

ELÓSEGUI ITXASO, MARÍA. *La ponderación y la neutralidad abierta contra la discriminación religiosa y racial en la decisión del Tribunal Constitucional alemán de 2015 sobre el uso del velo por profesoras.* UNED. Revista de Derecho Político. N.º 104, enero-abril 2019. Págs. 295-347.

FAGGIANI, VALENTINA. *La Constitución suiza «velada»: la prohibición del burka en el contexto de las tendencias regresivas de la democracia en Europa.* Anuario de Derecho Eclesiástico, vol. XXXVIII (2022). Págs.537-585.

GUTIÉRREZ DEL MORAL, MARÍA JESÚS. *El velo islámico ¿una causa de discriminación? Especial referencia a su uso en la escuela, en la documentación de identificación y en el ámbito judicial.* Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado, vol. XXXVI (2020). Págs. 63-92.

LÓPEZ AHUMADA, J. EDUARDO. *La libertad religiosa en las relaciones laborales conforme a la reciente jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.* Anuario de Derecho eclesiástico del Estado, vol. XXX (2014). Págs. 499-559.

MANGAS MARTÍN, ARACELI (Dir.). *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo.* 1ª ed. Fundación BBVA. Bilbao. 2008.

PAREJO, MARÍA JOSÉ. *La controversia sobre la exposición de los símbolos religiosos en el orden público europeo: Hacia soluciones de carácter inclusivo.* Persona y Derecho. Nº 63 / 2010/2. Págs. 45-86.

SANTOS DÍEZ, JOSÉ LUÍS. *Nueva relación de Iglesia y Estado en Suecia (cese del sistema confesional).* Anuario de Derecho eclesiástico. Nº 12, 1996. Págs. 559-588.

ÍNDICE CRONOLÓGICO DE RESOLUCIONES

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

- STEDH de 25 de mayo de 1993, caso Kokkinakis c. Grecia.
- Decisión de la Comisión de 3 de diciembre de 1996, caso Konttinen c. Finlandia.
- Decisión de 8 de febrero de 2001, caso Pitkevich c. Rusia.
- Decisión del TEDH de 15 de febrero de 2001, caso Dahlab c. Suiza.
- STEDH de 10 de noviembre de 2005, caso Leyla Sahin c. Turquía.
- SSTEDH de 4 de diciembre de 2008, casos Kervanci c. Francia, y Dogru c. Francia.
- STEDH de 4 de diciembre de 2008, caso Dogru c. France.
- Decisión del TEDH de 24 de enero de 2006, caso Kurtulmuş c. Turquía.
- STEDH de 18 de marzo de 2011, caso Lautsi y otros c. Italia.
- STEDH de 7 de julio de 2011, caso Bayatyan c. Armenia.
- STEDH de 15 de enero de 2013, caso Eweida y otros c. Reino Unido.
- STEDH de 12 de junio de 2014, caso Fernández Martínez c. España.
- Sentencia de 26 de noviembre de 2015, caso Ebrahimian c. Francia.
- STEDH de 5 de diciembre de 2017, caso Hamidović c. Bosnia y Herzogovina.
- STEDH 18 de septiembre de 2018, caso Lachiri c. Bélgica.
- STEDH de 13 de julio de 2021, caso Aslanian c. La República de Moldavia y Rusia.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea

- STJCE de 27 de octubre de 1976, caso Prais c. Consejo.
- STJUE de 16 de julio de 2015, asunto C-83/14.
- STJUE de 14 de marzo de 2017, asunto C-157/15.
- STJUE de 29 de mayo de 2018, asunto C-426/16.
- STJUE de 17 de diciembre de 2020, asunto C-336/19.
- STJUE de 15 de julio de 2021, asuntos acumulados C-804/18 y C-341/19.
- STJUE de 13 de octubre de 2022, asunto C-344/20.

Tribunal Constitucional

- STC 177/1996, de 11 de noviembre.
- STC 141/2000, de 29 de mayo.
- STC 46/2001, de 15 de febrero.
- STC 154/2002, de 18 de julio.
- STC 34/2011, de 28 de marzo.

El reconocimiento del complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género a favor de los hombres.

Regulación legal, requisitos, compatibilidad y fecha de efectos económicos

Pedro TUSET DEL PINO
Magistrado en el Juzgado Social nº 11 de Barcelona

SUMARIO

I. La regulación del complemento anterior a la doctrina establecida por la Sentencia del TJUE de 12 de diciembre de 2019
II. La Sentencia de 12 de diciembre de 2019 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Primera)
III. La vigente regulación legal del complemento en aplicación del Real Decreto-ley 3/2021, de 2 de febrero
IV. Compatibilidad de la prestación y supuestos de reconocimiento de la prestación a ambos progenitores
V. ¿El aborto del hijo da derecho a que nazca el complemento de maternidad?
VI. Efectos económicos del complemento en favor del padre
VII. Cuestión prejudicial formulada ante el TJUE por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia

I. La regulación del complemento anterior a la doctrina establecida por la Sentencia del TJUE de 12 de diciembre de 2019

Puede afirmarse que existe un antes y un después en relación al complemento de maternidad establecido por la Ley General de la Seguridad Social, concretamente la línea divisoria viene marcada por una fecha, la del día 19 de diciembre de 2019, en que, como detallaré más adelante, el Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea (TJUE) resolvió acerca de la posible discriminación que implicaba el que la normativa española no reconociera la prestación de dicho complemento más que a las madres, excluyendo a los padres.

Así es, el texto vigente hasta el 3 de febrero de 2021 era el siguiente:

> *"Artículo 60. Complemento por maternidad en las pensiones contributivas del sistema de la Seguridad Social.*
>
> *1. Se reconocerá un complemento de pensión, por su aportación demográfica a la Seguridad Social, a las mujeres que hayan tenido hijos biológicos o adoptados y sean beneficiarias en cualquier régimen del sistema de la Seguridad Social de pensiones contributivas de jubilación, viudedad o incapacidad permanente.*
>
> *Dicho complemento, que tendrá a todos los efectos naturaleza jurídica de pensión pública contributiva, consistirá en un importe equivalente al resultado de aplicar a la cuantía inicial de las referidas pensiones un porcentaje determinado, que estará en función del número de hijos según la siguiente escala:*
>
> *a) En el caso de 2 hijos: 5 por ciento.*
>
> *b) En el caso de 3 hijos: 10 por ciento.*
>
> *c) En el caso de 4 o más hijos: 15 por ciento.*
>
> *A efectos de determinar el derecho al complemento así como su cuantía únicamente se computarán los hijos nacidos o adoptados con anterioridad al hecho causante de la pensión correspondiente.*
>
> *2. En el supuesto de que la cuantía de la pensión reconocida inicialmente supere el límite establecido en el artículo 57 sin aplicar el complemento, la suma de la pensión y del complemento no podrá superar dicho límite incrementado en un 50 por ciento del complemento asignado.*
>
> *Asimismo, si la cuantía de la pensión reconocida alcanza el límite esta-*

blecido en el artículo 57 aplicando solo parcialmente el complemento, la interesada tendrá derecho además a percibir el 50 por ciento de la parte del complemento que exceda del límite máximo vigente en cada momento.

En los casos en que legal o reglamentariamente esté permitida por otras causas la superación del límite máximo, el complemento se calculará en los términos indicados en este apartado, estimando como cuantía inicial de la pensión el importe del límite máximo vigente en cada momento.

Si la pensión a complementar se causa por totalización de períodos de seguro a prorrata temporis, en aplicación de normativa internacional, el complemento se calculará sobre la pensión teórica causada y al resultado obtenido se le aplicará la prorrata que corresponda.

***3.** En aquellos supuestos en que la pensión inicialmente causada no alcance la cuantía mínima de pensiones que anualmente establezca la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado, se reconocerá dicha cuantía, teniendo en cuenta las previsiones establecidas en el artículo 59. A este importe se sumará el complemento por hijo, que será el resultado de aplicar el porcentaje que corresponda a la pensión inicialmente calculada.*

***4.** El complemento de pensión no será de aplicación en los casos de acceso anticipado a la jubilación por voluntad de la interesada ni en los de jubilación parcial, a los que se refieren, respectivamente, los artículos 208 y 215.*

No obstante lo anterior, se asignará el complemento de pensión que proceda cuando desde la jubilación parcial se acceda a la jubilación plena, una vez cumplida la edad que en cada caso corresponda.

***5.** En el caso de concurrencia de pensiones del sistema de la Seguridad Social, se reconocerá el complemento por hijo solamente a una de las pensiones de la beneficiaria, de acuerdo con el siguiente orden de preferencia:*

1.º A la pensión que resulte más favorable.

2.º Si concurre una pensión de jubilación con una pensión de viudedad, el complemento se aplicará a la de jubilación.

En el supuesto de que la suma de las pensiones reconocidas supere el límite establecido en el artículo 57 sin aplicar el complemento, la suma de las pensiones y del complemento no podrá superar dicho límite incrementado en un 50 por ciento del complemento asignado.

Asimismo, si la cuantía de las pensiones reconocidas alcanza el límite establecido en el artículo 57 aplicando solo parcialmente el complemento, la interesada tendrá derecho además a percibir el 50 por ciento de la parte

del complemento que exceda del límite máximo vigente en cada momento.

En los casos en que legal o reglamentariamente esté permitida por otras causas la superación del límite máximo, el complemento se calculará en los términos indicados en este apartado, estimando como cuantía inicial de la suma de las pensiones concurrentes el importe del límite máximo vigente en cada momento.

6. El derecho al complemento estará sujeto al régimen jurídico de la pensión en lo referente a nacimiento, duración, suspensión, extinción y, en su caso, actualización."

Como se comprueba, el único beneficiario legal de la prestación era la madre de hijos biológicos o adoptados que fuera beneficiaria en cualquier régimen del sistema de la Seguridad Social de pensiones contributivas de jubilación, viudedad o incapacidad permanente, sin incluir al padre en idénticas condiciones, lo que a todas luces suponía una discriminación negativa de la que iba a tratar el TJUE.

II. La Sentencia de 12 de diciembre de 2019 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Primera)

Efectivamente, en tales circunstancias, el Juzgado de lo Social núm. 3 de Girona decidió suspender el procedimiento del que conocía con relación a la denegación por el INSS de la petición formulada por el padre de dos hijas, en base a que el complemento de pensión controvertido se concedía exclusivamente a las mujeres beneficiarias de una pensión contributiva de la Seguridad Social española, madres de al menos dos hijos, por su aportación demográfica a la Seguridad Social.

El juzgado de instancia decidió plantear al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión prejudicial:

«¿Vulnera el principio de igualdad de trato que impide toda discriminación por razón de sexo, reconocido por el art. 157 [TFUE] y en la Directiva [76/207] y en la Directiva [2002/73] que modifica a aquella, refundida por [la] Directiva [2006/54], una Ley nacional (en concreto el art. 60.1 de la [LGSS]) que reconoce la titularidad del derecho a un complemento de pensión, por su aportación demográfica a la Seguridad Social, a las mujeres que hayan tenido hijos biológicos o adoptados y sean beneficiarias en cualquier régimen del sistema de la Seguridad Social de pensiones contributivas de jubilación, viudedad o incapacidad permanente y no se concede, por el contrario, dicha titularidad a los hombres en idéntica situación?».

Centrado el debate, la Sentencia de la Sala Primer del TJUE de 12 de diciembre de 2019, en el asunto C-450/18 - WA/Instituto Nacional de la Seguridad Social, declaró que la Directiva relativa a la igualdad de trato entre hombres y mujeres en

materia de seguridad social se opone a la norma española, puesto que los hombres que se encuentren en una situación idéntica a la de las mujeres que perciben el complemento de pensión controvertido no tienen derecho a él.

El Tribunal de Justicia observa que la norma española concede un trato menos favorable a los hombres que hayan tenido al menos dos hijos biológicos o adoptados. Este trato menos favorable constituye una discriminación directa por razón de sexo, prohibida por la Directiva. En efecto, el Tribunal de Justicia señala que, dado que la aportación de los hombres a la demografía es tan necesaria como la de las mujeres, la aportación demográfica a la Seguridad Social no puede justificar por sí sola que los hombres y las mujeres no se encuentren en una situación comparable en cuanto a la concesión del complemento de pensión controvertido. Las autoridades españolas sostienen que el complemento fue concebido también como una medida destinada a reducir la brecha de género existente entre las pensiones de los hombres y las de las mujeres las carreras profesionales de las cuales se hayan visto interrumpidas o acortadas por haber tenido al menos dos hijos. Según estas autoridades, estas diferencias se desprenden de numerosos datos estadísticos.

En lo que concierne a este objetivo, el Tribunal de Justicia pone de manifiesto que la norma española tiene por objeto, al menos parcialmente, la protección de las mujeres en su condición de progenitor. Ahora bien, por un lado, se trata de una calidad predicable tanto de hombres como de mujeres y, por otro lado, las situaciones de un padre y una madre pueden ser comparables en cuanto se refiere al cuidado de los hijos.

En estas circunstancias, la existencia de datos estadísticos que muestren diferencias estructurales entre los importes de las pensiones de las mujeres y los de las pensiones de los hombres no es suficiente para llegar a la conclusión que las mujeres y los hombres no se encuentran en una situación comparable en su condición de progenitores en relación con el complemento controvertido. Según el Tribunal de Justicia, teniendo en cuenta las características del complemento controvertido, éste no está incluido en los supuestos en los cuales cabe una excepción a la prohibición de toda discriminación directa por razón de sexo previstos por la Directiva. En primer lugar, en lo concerniente a la excepción relativa a la protección de la mujer por motivos de maternidad, la norma española no contiene ningún elemento que establezca un vínculo entre la concesión del complemento y el goce de un permiso de maternidad o las desventajas que sufre una mujer en su carrera a causa de la interrupción de su actividad durante el periodo que sigue al parto.

En segundo lugar, por lo que respecta a la excepción que permite a los Estados miembros excluir del ámbito de aplicación de la Directiva las ventajas concedidas en materia de seguro de vejez a las personas que han educado hijos y la adquisición del derecho a las prestaciones después de periodos de interrupción de ocupación debidos a la educación de los hijos, el Tribunal de Justicia pone de manifiesto que la norma española no supedita la concesión del complemento controvertido a la educación de los hijos o a la existencia de periodos de interrupción

de ocupación debidos a la educación de los hijos, sino únicamente a haber tenido al menos dos hijos biológicos o adoptados y al hecho de percibir una pensión contributiva, en particular de incapacidad permanente.

Finalmente, el complemento controvertido tampoco está incluido en el ámbito de aplicación del artículo 157 TFUE, apartado 4, el cual, a fin de garantizar en la práctica la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida laboral, permite a los Estados miembros mantener o adoptar medidas que ofrezcan ventajas concretas destinadas a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de actividades profesionales o a evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales.

En efecto, el complemento controvertido se limita a conceder a las mujeres un plus en el momento del reconocimiento del derecho a una pensión, sin aportar ninguna solución a los problemas a los cuales puedan tener que hacer frente durante su carrera profesional ni compensar las desventajas a las cuales puedan verse expuestas.

En consecuencia, para el TJUE, habida cuenta de las consideraciones anteriores, procede a responder a la cuestión prejudicial planteada, en el sentido de que la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social debe interpretarse que se opone a una norma nacional, como la controvertida en el litigio principal, que establece el derecho a un complemento de pensión para las mujeres que hayan tenido al menos dos hijos biológicos o adoptados y sean beneficiarias de pensiones contributivas de incapacidad permanente en cualquier régimen del sistema de Seguridad Social nacional, mientras que los hombres que se encuentren en una situación idéntica no tienen derecho a tal complemento de pensión.

III. La vigente regulación legal del complemento en aplicación del Real Decreto-ley 3/2021, de 2 de febrero

Por lo tanto, está claro que existía una discriminación por razón de sexo en la denegación del complemento de maternidad al padre por el hecho de no ser mujer, lo que obligó a modificar el art. 60 LGSS mediante el art. 1 del Real Decreto-ley 3/2021, de 2 de febrero, por el que se adoptan medidas para la reducción de la brecha de género y otras materias en los ámbitos de la Seguridad Social y económico, y que encuentra justificación, según reza la misma norma, en el hecho de que:

> *"La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 12 de diciembre de 2019 (asunto WA), estableció que el artículo 60 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, sobre el complemento por maternidad en las pensiones contributivas del sistema era contrario a la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y*

mujeres en materia de seguridad social. Y lo hizo por entender que resulta discriminatorio que se reconozca un derecho a un complemento de pensión por aportación demográfica para las mujeres (con al menos dos hijos), «… mientras que los hombres que se encuentran en una situación idéntica no tienen derecho a tal complemento…».

De esta forma, la sentencia ha puesto de manifiesto la defectuosa configuración legal del citado complemento en tanto compensación por aportación demográfica. Y la necesidad de proceder a su redefinición ofrece la oportunidad de convertirlo en un instrumento eficaz en la reducción de la brecha de género en las pensiones.

No es exagerado afirmar que la brecha de género constituye la principal insuficiencia en la acción protectora de la Seguridad Social en el ámbito de las pensiones como reflejo de una discriminación histórica y estructural de las mujeres en el mercado de trabajo por la asunción del rol de cuidadoras de los hijos e hijas. En este sentido, se constata que la maternidad afecta decisivamente a la trayectoria laboral de la mujer en su etapa en activo y es esta una, si no la más importante, causa de esa brecha: cuanto mayor es el número de hijos, menor es el número de años cotizados, menor es la proporción de contratos a tiempo completo o equivalente, y menores, en última instancia, la pensión reconocida. sin excepción por el resto de países de la Unión Europea. De ahí que no deba sorprender que el propio Tribunal Constitucional haya reconocido la legitimidad de un objetivo que pase por «… compensar a aquellas madres que, por su dedicación al cuidado de los hijos, y pese a su intención de tener una carrera laboral lo más larga posible, no hayan podido cotizar durante tantos años como el resto de trabajadores» (ATC 114/2018). Y el mismo Tribunal ha avalado las medidas de acción positiva en favor de las mujeres, siempre que exista una concreción normativa previa, que la medida sea proporcionada y que su eficacia sea temporal, hasta que desaparezca la situación de desigualdad (ATC 119/2018). Estos parámetros concurren en la presente regulación, cuya conexión con el mandato de consecución de la igualdad efectiva de los artículos 9.2 de la Constitución Española y 11 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, y con la doctrina de acción positiva es más que evidente, además de enlazar con las recomendaciones del Pacto de Toledo, recientemente renovado.

La nueva regulación del artículo 60 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, y de su réplica en el texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado, aprobado por el Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril (disposición adicional decimoctava), sustituye el complemento de maternidad por aportación demográfica por un complemento dirigido a la reducción de la brecha de género en el que el que el número de hijos es el criterio objetivo que se utiliza para articular la medida por cuanto su nacimiento y cuidado es la principal causa de la brecha de género.

Y lo hace de una forma equilibrada y efectiva –y al mismo tiempo respetuosa con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea–, a través de un diseño en el que se persigue configurar el «complemento» como una palanca para la reducción de la brecha de género, que es el reflejo de esa situación de subordinación de las mujeres en el mercado de trabajo al haber asumido históricamente un papel principal en la tarea de los cuidados de los hijos. Pero se hace dejando la puerta abierta a que aquellos padres que acrediten un perjuicio en su carrera de cotización con ocasión del nacimiento o adopción de un hijo por la asunción de esas tareas de cuidados tengan acceso al «complemento».

Es decir, que se combina una acción positiva en favor de las mujeres (si ninguno de los progenitores acredita el perjuicio en su carrera de cotización, el «complemento» lo percibe la mujer) con la previsión de una «puerta abierta» para aquellos hombres que puedan encontrarse en una situación comparable.

En definitiva, puede concluirse que la nueva regulación del artículo 60 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social persigue lo que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea identifica como un objetivo legítimo de política social: corregir una situación de injusticia estructural (la asunción por las mujeres de las tareas de cuidados de los hijos) que se proyecta en el ámbito de las pensiones, dando visibilidad a la carencia histórica de políticas de igualdad y a la asignación del rol de cuidadora. En el bien entendido que se trata de reparar un perjuicio que han sufrido a lo largo de su carrera profesional las mujeres que hoy acceden a la pensión, es decir, un perjuicio generado en el pasado. Y que, por tanto, resulta perfectamente compatible y coherente con el desarrollo de políticas de igualdad ambiciosas que corrijan las desigualdades actualmente existentes en el mercado de trabajo y la asignación de los roles relacionados con los cuidados.

En coherencia con este planteamiento, el alcance temporal del nuevo complemento económico se vincula a la consecución del objetivo de reducir la brecha de género en las pensiones contributivas de jubilación por debajo del 5 por ciento".

A raíz de la expresada sentencia del TJUE, el Real Decreto-ley 3/2021, de 2 de febrero, por el que se adoptan medidas para la reducción de la brecha de género y otras materias en los ámbitos de la Seguridad Social y económico, modificó el apartado 1 del art. 60 de la LGSS 2015, intitulado *"Complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género"*, siendo su redactado vigente el siguiente:

"1. Las mujeres que hayan tenido uno o más hijos o hijas y que sean beneficiarias de una pensión contributiva de jubilación, de incapacidad permanente o de viudedad, tendrán derecho a un complemento por cada hijo o hija,

debido a la incidencia que, con carácter general, tiene la brecha de género en el importe de las pensiones contributivas de la Seguridad Social de las mujeres. El derecho al complemento por cada hijo o hija se reconocerá o mantendrá a la mujer siempre que no medie solicitud y reconocimiento del complemento en favor del otro progenitor y si este otro es también mujer, se reconocerá a aquella que perciba pensiones públicas cuya suma sea de menor cuantía.

Para que los hombres puedan tener derecho al reconocimiento del complemento deberá concurrir alguno de los siguientes requisitos:

a) Causar una pensión de viudedad por fallecimiento del otro progenitor por los hijos o hijas en común, siempre que alguno de ellos tenga derecho a percibir una pensión de orfandad.

b) Causar una pensión contributiva de jubilación o incapacidad permanente y haber interrumpido o haber visto afectada su carrera profesional con ocasión del nacimiento o adopción, con arreglo a las siguientes condiciones:

"1.ª En el supuesto de hijos o hijas nacidos o adoptados hasta el 31 de diciembre de 1994, tener más de ciento veinte días sin cotización entre los nueve meses anteriores al nacimiento y los tres años posteriores a dicha fecha o, en caso de adopción, entre la fecha de la resolución judicial por la que se constituya y los tres años siguientes, siempre que la suma de las cuantías de las pensiones reconocidas sea inferior a la suma de las pensiones que le corresponda a la mujer.

2.ª En el supuesto de hijos o hijas nacidos o adoptados desde el 1 de enero de 1995, que la suma de las bases de cotización de los veinticuatro meses siguientes al del nacimiento o al de la resolución judicial por la que se constituya la adopción sea inferior, en más de un 15 por ciento, a la de los veinticuatro meses inmediatamente anteriores, siempre que la cuantía de las sumas de las pensiones reconocidas sea inferior a la suma de las pensiones que le corresponda a la mujer.

3.ª Si los dos progenitores son hombres y se dan las condiciones anteriores en ambos, se reconocerá a aquel que perciba pensiones públicas cuya suma sea de menor cuantía.

4.ª El requisito, para causar derecho al complemento, de que la suma de las pensiones reconocidas sea inferior a la suma de las pensiones que le corresponda al otro progenitor, se exigirá en el momento en que ambos progenitores causen derecho a una prestación contributiva en los términos previstos en la norma."

Por lo tanto, a partir del 4 de febrero de 2021 el citado complemento debe abonarse tanto a madres como a padres, en línea con los criterios igualitarios de la Sentencia del TJUE de 12 de diciembre de 2019, y de la afirmación de que el com-

plemento de maternidad del art. 60 LGSS - en su redacción anterior a la posterior reforma operada por el Real Decreto-ley 3/2021, de 2 de febrero - comportaba una discriminación directa por razón de sexo, al excluir a los padres pensionistas que estuvieran en una situación comparable a la de las madres trabajadoras (FD Primero de la STSJ de Canarias n.º 44/2020, de 20-1-2020 (rec. núm. 850/2028, ponente Sra. Gloria Poyatos Matas).

IV. Compatibilidad de la prestación y supuestos de reconocimiento de la prestación a ambos progenitores

¿Cabe reconocer el complemento de maternidad a ambos progenitores? Para responder a esta cuestión, resulta preciso considerar los diversos preceptos en juego:

a) El art. 60.1 LGSS se refiere a que: "*El derecho al complemento por cada hijo o hija se reconocerá o mantendrá a la mujer siempre que no medie solicitud y reconocimiento del complemento en favor del otro progenitor y si este otro es también mujer, se reconocerá a aquella que perciba pensiones públicas cuya suma sea de menor cuantía".*

b) Por su parte, el art. 60.3.a LGSS establece que: *"Cada hijo o hija dará derecho únicamente al reconocimiento de un complemento".*

c) Asimismo, el art. 60.1.b.3a LGSS, advierte que: *"Si los dos progenitores son hombres y se dan las condiciones anteriores en ambos, se reconocerá a aquel que perciba pensiones públicas cuya suma sea de menor cuantía"*

d) El art. 60.1.b.1a LGSS manifiesta que para que los hombres puedan acceder al reconocimiento del complemento deberá concurrir alguno de los siguientes requisitos, en función de la fecha de nacimiento de los hijos y de la cuantía de las sumas de las pensiones reconocidas a ambos progenitores: *"Causar una pensión contributiva de jubilación o incapacidad permanente y haber interrumpido o haber visto afectada su carrera profesional con ocasión del nacimiento o adopción, con arreglo a las siguientes condiciones:*

"1.ª En el supuesto de hijos o hijas nacidos o adoptados hasta el 31 de diciembre de 1994, tener más de ciento veinte días sin cotización entre los nueve meses anteriores al nacimiento y los tres años posteriores a dicha fecha o, en caso de adopción, entre la fecha de la resolución judicial por la que se constituya y los tres años siguientes, siempre que la suma de las cuantías de las pensiones reconocidas sea inferior a la suma de las pensiones que le corresponda a la mujer.

2ª. En el supuesto de hijos o hijas nacidos o adoptados desde el 1 de enero de 1995, que la suma de las bases de cotización de los veinticuatro meses siguientes

al del nacimiento o al de la resolución judicial por la que se constituya la adopción sea inferior, en más de un 15 por ciento, a la de los veinticuatro meses inmediatamente anteriores, siempre que la cuantía de las sumas de las pensiones reconocidas sea inferior a la suma de las pensiones que le corresponda a la mujer.

3.ª Si los dos progenitores son hombres y se dan las condiciones anteriores en ambos, se reconocerá a aquel que perciba pensiones públicas cuya suma sea de menor cuantía.

4.ª El requisito, para causar derecho al complemento, de que la suma de las pensiones reconocidas sea inferior a la suma de las pensiones que le corresponda al otro progenitor, se exigirá en el momento en que ambos progenitores causen derecho a una prestación contributiva en los términos previstos en la norma.

En cualquier caso, el reconocimiento del complemento al segundo progenitor supondrá la extinción del complemento ya reconocido al primer progenitor y producirá efectos económicos el primer día del mes siguiente al de la resolución, siempre que la misma se dicte dentro de los seis meses siguientes a la solicitud o, en su caso, al reconocimiento de la pensión que la cause; pasado este plazo, los efectos se producirán desde el primer día del séptimo mes (art. 60.2 LGSS).

No obstante, la anterior previsión está sujeta a la excepción contemplada en la Disposición transitoria trigésimo tercera de la LGSS, sobre *"Mantenimiento transitorio del complemento por maternidad en las pensiones contributivas del sistema de la Seguridad Social",* cuando se refiere a que:

"Quienes en la fecha de entrada en vigor de la modificación prevista en el artículo 60 (recordemos que fue el día 4 de febrero de 2021)*, estuvieran percibiendo el complemento por maternidad por aportación demográfica, mantendrán su percibo.*

La percepción de dicho complemento de maternidad será incompatible con el complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género que pudiera corresponder por el reconocimiento de una nueva pensión pública, pudiendo las personas interesadas optar entre uno u otro.

En el supuesto de que el otro progenitor, de alguno de los hijos o hijas, que dio derecho al complemento de maternidad por aportación demográfica, solicite el complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género y le corresponda percibirlo, por aplicación de lo establecido en el artículo 60 de esta ley o de la disposición adicional decimoctava del texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado, aprobado por el Real Decreto legislativo 670/1987, de 30 de abril, la cuantía mensual que le sea reconocida se deducirá del complemento por maternidad que se viniera percibiendo, con efectos económicos desde el primer día del mes siguiente al de la resolución, siempre que la misma se dicte dentro de los seis meses siguientes a la solicitud o, en su caso, al reconocimiento de la pensión que la cause; pasado dicho plazo, los efectos se producirán desde el primer día del séptimo mes siguiente a esta."

Consecuentemente, será posible, y por tanto compatible, que ambos progenitores perciban el complemento de maternidad (en sus distintas modalidades y conceptos), a condición de que la progenitora estuviera percibiendo antes del 4 de febrero de 2021 el anterior complemento por maternidad por aportación demográfica, aunque procediéndose a deducir del mismo el importe que se reconozca al otro progenitor en concepto de complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género, con los efectos económicos ya expresados.

De lo que se concluye que no será posible que ambos progenitores perciban, desde el 4 de febrero de 2021, el complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género.

En este mismo sentido se pronuncia la Sentencia n.º 189/2022, de 24 de marzo del TSJ de Extremadura, Sala de lo Social, recurso n.º 946/2021, declara en el apartado 4º de su Fundamento de Derecho segundo que:

> *"La actual regulación del complemento, que ahora se denomina "complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género" fue introducida por el art. 1.1 del RDL 3/2021, de 2 de febrero, que modificó la redacción original del art. 60 LGSS. Esta regulación es la respuesta del legislador español al pronunciamiento judicial comunitario y avala la consideración del complemento como único. Así se infiere de las siguientes determinaciones legales: "El derecho al complemento por cada hijo o hija se reconocerá o mantendrá a la mujer siempre que no medie solicitud y reconocimiento del complemento en favor del otro progenitor"; "El reconocimiento del complemento al segundo progenitor supondrá la extinción del complemento ya reconocido al primer progenitor..."; y "cada hijo o hija dará derecho únicamente al reconocimiento de un complemento". Finalmente, la propia DT 33ª de la LGSS añadida por el art. 1.4 del RDL dispone que si "el otro progenitor, de alguno de los hijos o hijas, que dio derecho al complemento de maternidad por aportación demográfica, solicite el complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género y le corresponda percibirlo... la cuantía mensual que le sea reconocida se deducirá del complemento por maternidad que se viniera percibiendo..." Esto significa que si uno de los progenitores estaba percibiendo el complemento de maternidad conforme a la regulación originaria del art. 60 LGSS y tras la entrada en vigor del nuevo complemento para la reducción de la brecha de género el otro progenitor lo solicitaba y reunía los requisitos para ello, la cuantía de este último complemento se deduciría del complemento de maternidad que percibía el primer progenitor. De toda esta regulación se desprende claramente que no cabe que los dos progenitores perciban el complemento en atención a los mismos hijos estableciéndose reglas de atribución y compensación cuando reconocido a un progenitor lo solicita el otro".*

V. ¿El aborto del hijo da derecho a que nazca el complemento de maternidad?

Cuestión no baladí en orden al reconocimiento del complemento de maternidad es la incidencia que pueda tener el que la madre haya abortado, atendido que el art. 60.1 LGSS, en su vigente redacción, exige que las mujeres, además de ser beneficiarias de una pensión contributiva de jubilación, de incapacidad permanente o de viudedad, *"hayan tenido uno o más hijos o hijas"*, lo que se complementa con el art. 60.3.a) al contemplar que *"A efectos de determinar el derecho al complemento, así como su cuantía, únicamente se computarán los hijos o hijas que con anterioridad al hecho causante de la pensión correspondiente hubieran nacido con vida o hubieran sido adoptados."*

En torno a ello se debaten dos criterios enfrentados, el del Instituto Nacional de la Seguridad Social, como entidad gestora, y la de nuestros tribunales, tal como seguidamente expondré.

1. Criterio sostenido por el Instituto Nacional de la Seguridad Social.

El criterio de gestión de la Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica del Instituto Nacional de la Seguridad Social, núm. 11/2021, de 4 de mayo del mismo año, en materia de complemento para la reducción de la brecha de género, es el siguiente:

a) El actual apartado 3 del artículo 60 del TRLGSS dispone que *"A efectos de determinar el derecho al complemento, así como su cuantía, únicamente se computarán los hijos o hijas que con anterioridad al hecho causante de la pensión correspondiente hubieran nacido con vida o hubieran sido adoptados."*

b) De la Exposición de Motivos del citado Real Decreto-ley 3/2021, de 2 de febrero se infiere que, al igual que ocurría con el complemento por maternidad, tampoco en el complemento para la reducción de la brecha de género el bien jurídico protegido es el hecho del parto -ya que incluso los hombres pueden percibirlo si reúnen determinados requisitos-, sino el reflejo que en el ámbito de las pensiones de ambos progenitores pueda ocasionar las tareas de cuidados de los hijos derivadas del nacimiento o adopción.

c) En consecuencia, procede exigir que se adquiera la personalidad civil, sin que quepa aplicar lo dispuesto en el artículo 8 del Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural, mediante el que cabe computar un feto que no llega a adquirir personalidad siempre que hubiera permanecido en el seno materno ciento ochenta días.

Sin embargo, aun cuando deba exigirse personalidad civil, la expresa mención a

nacer *"con vida"* que se añade en la nueva regulación del artículo 60 del TRLGSS parece indicar que, con independencia de la fecha en que el nacimiento se haya producido, debe atenderse a la nueva redacción del artículo 30 del Código Civil, conforme a la cual *"la personalidad se adquiere en el momento del nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno."* Decae así la posibilidad de atender a la redacción del citado precepto del Código Civil vigente hasta el 22 de julio de 2011, conforme a la cual sólo se reputaba nacido el feto que tuviera figura humana y viviese veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno.

d) Por lo tanto, concluye el criterio oficial de la entidad gestora*, "para el cómputo de los hijos a efectos del complemento para la reducción de la brecha de género, será necesario que hayan nacido con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno, con independencia de la fecha en que se haya producido el nacimiento".*

2. Criterio sostenido por los tribunales.

En sentido opuesto, esto, es reconociendo el derecho de la madre abortiva a percibir la prestación de maternidad, se pronuncian algunas sentencias dictadas en suplicación - a falta de que el Tribunal Supremo unifique doctrina -. Concretamente, las Sentencias de la Sala Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, núm. 1253/2021, de 20 de julio de 2021 (rec. 641/2021), y la núm. 1240/2020, de 6 de octubre de 2020 (rec. 1071/2020), con expresa referencia a las STSJ Madrid, de 24 de septiembre de 2018 (rec. 592/17) y Cataluña, de 15 de marzo de 2019 (rec. 6926/18), además del voto particular de la STSJ Canarias (Gran Canaria), de 11 de septiembre de 2019 (rec.1311/18), y la del TSJ de Galicia, de 7 de diciembre de 2018 (rec. 2819/18).

Ambas resoluciones del TSJ del País Vasco coinciden en sus razonamientos al afirmar que:

a) Una inicial interpretación finalista del art. 60 de la LGSS (art. 3.1 del CC) permite observar que dicho complemento de maternidad pretende reconocer una finalidad de compensación por una aportación demográfica a la Seguridad Social, que si bien inicialmente la legislación Española tiende a concederlo a las mujeres madres, a partir de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12/12/2019 asunto C-450/2018, advierte una consideración de diferencia de trato con una discriminación directa por razón de sexo y una concesión también a la aportación de los hombres a dicha demografía tan necesaria o comparable (condición de progenitor que es una cualidad predicable de ambos géneros). Así como otros antecedentes judiciales de las STJUE 29-XI-2001 caso Griesmar C366/99; 17-7-2014 Caso Leone C173/13; 30-09-10 Caso Roca Álvarez C104/09; y 16-07-2015 Caso Maistrellis C222/14.

Y es que no debe olvidarse que ésta disposición normativa se encuentra enmarcada en un contexto de aplicación del principio de igualdad efectiva de trato y de

oportunidades entre hombres y mujeres establecido en el art. 3 de la Ley Orgánica 3/2007, cuya implementación ha tenido un objetivo para pretender valorar la dimensión de géneros en materia de pensiones, en cumplimiento de las recomendaciones de la Comisión Parlamentaria del Pacto de Toledo, atendiendo al esfuerzo asociado a la maternidad en la Seguridad Social, suavizando las consecuencias de discriminaciones históricas que han gravado más intensamente a las mujeres que a los hombres, pretendiendo eliminar, cuando no disminuir, la brecha de género en las prestaciones de Seguridad Social, y con ello cumplir las recomendaciones de la Unión Europea y sobre todo los objetivos generales en torno al desarrollo de la vida familiar en cumplimiento del Plan Integral de Apoyo a la Familia 2015-2017, por lo que la contribución demográfica, que es una elemento configurador que se debe anudar también, al menos, al embarazo y al nacimiento, y consideración de la descendencia.

b) La búsqueda de la determinación del criterio legal y objetivo para el reconocimiento de este complemento de aportación demográfica a la Seguridad Social parte de una especie de condición subjetiva al descendiente por el hecho de su gestación y posterior nacimiento, en relación al efecto de sujeto causante de la prestación que se acomoda a la aplicación de un complemento de maternidad, aparentando una exigencia de aplicación de normas civiles para la atribución de esa personalidad jurídica que dice en relación a las previsiones contenidas en el CC, pero que creemos que deben ser las atinentes a la fecha del hecho causante de la prestación principal, y no la del origen del texto producido antes de la reforma del art. 30 CC por la Ley 20/2011 de 21 de julio (art. 2 apartado 3º).

De ahí que apliquemos la redacción del art. 30 CC vigente al momento de la solicitud de la prestación, y no aquella que tuvo en la fecha del nacimiento discutido en el supuesto de autos (25/02/1990), permitiendo tenerlo como persona y ser reputado como descendiente, con independencia de la duración en el número de horas antes o después de las 24 recogidas históricamente, aceptando que existe una certificación del Registro Civil en la que se recoge el nacimiento el 25/02/1990 (hecho probado segundo) constando no sólo los datos del parto con semanas de gestación (34) incluso sexo (hembra) y peso (2.850 gramos), sino también la existencia de la denominada declaración en el Registro Civil de Alumbramientos de Criaturas Abortivas como se constata en el folio 111 vuelta.

De alguna manera ciertamente hemos interpretado a favor de alumbramientos vivos de duración inferiores a 24 horas en nuestra sentencia previa de 6/10/2020 R-1071/2020, haciendo acopio de argumentos que pueden resultar contradictorios y/o incongruentes en la exigencia de un nacimiento de viveza a los efectos de un complemento económico con distinción de un número de horas de pervivencia (en aquel caso de 13 horas).

Es por ello que se aboga, no sólo desde una perspectiva del derecho civil común, sino unido al derecho especial de Seguridad Social, por considerar a la trabajadora demandante acreedora del derecho al complemento en el criterio judicial que explayamos ahora con una interpretación de integración de perspectiva de

género, en un punto de vista finalista, integrando un principio de igualdad en las normas jurídicas como principio informador, con una medida que aparenta una posibilidad de acción positiva de género (aunque indirectamente se niegue en las resoluciones del TJUE 1212/19 C-450/18), siempre con una interpretación de la norma de manera más favorable a la efectividad del derecho fundamental de la demandante, y no de manera formalista, en correspondencia a la exigencia de remoción de los obstáculos impeditivos de la igualdad real o sustancial (sentencias del TC 39/2002, 26/2011,140/2008).

c) El concepto de maternidad que utiliza la norma debe ser interpretado de manera amplia transcendiendo la maternidad biológica y la adoptiva, y vinculando la práctica des del embarazo, parto y cuidados de los descendientes, también como situación protegida por pérdida de oportunidad laborales, disminución de la cotización, dedicación y reconocimiento, más allá de la simple protección a la familia (art. 235, 236 y 237 LGSS). Por ello intentamos realizar una interpretación de la norma sustantiva de conformidad con la perspectiva de género bajo la premisa de inclusión o contabilización del alumbramiento de los hijos nacidos aún no vivos, con una perspectiva teleológica finalista y de perspectiva de género amplio, que resituaremos en la pauta de gestación a partir de 180 días, como veremos.

d) Tampoco podemos olvidar que el concepto jurídico de nacimiento lleva aparejado de forma inescindible un proceso previo de embarazo o gestación, así como de parto biológico y de recuperación, y tiene consecuencias laborales de derivación no sólo en la maternidad sino también en la previa gestación y posterior parto y recuperación física y psicológica, con perjuicios laborales y de cotización que deben anudarse a la procreación tal cual, excluyendo exigencias añadidas no regladas, de interpretación restrictiva y reducida, que versen sólo sobre una aportación demográfica biológica positiva, por una visión sesgada y utilitarista, que a la vez sería discriminatoria e ilegal en parámetros de productividad economicista desde perspectivas de género.

e) Finalmente, debe traerse a colación que las propias justificaciones de los modelos en las solicitudes de jubilación y otras prestaciones familiares recogen datos para el reconocimiento de días cotizados por parto, donde se tienen en cuenta todos los partos así como los abortos de más de seis meses (180 días) de gestación e hijos nacidos vivos, en cada uno de ellos, que consten inscritos en el Registro Civil (antes denominado legajo de abortos), con independencia de que sobrevivan o no actualmente, y de su edad en ese momento, todo ello a efectos de reconocimiento de días cotizados en prestaciones de maternidad otras familiares, haciendo expreso recordatorio de la aplicación del art. 235 LGSS (protección familiar) y los art. 177 y siguientes (maternidad), que son interpretados en instrucciones y circulares del INSS considerando hijos a computar a esos efectos prestacionales, a aquellos en que se produce el desprendimiento materno transcurridos los 180 días de gestación (periodos de cotización asimilados por parto).

VI. Efectos económicos del complemento en favor del padre

En cuanto a los efectos económicos del complemento de maternidad, las sentencias del Pleno de la Sala de lo Social del TS de fecha 17 de febrero de 2022 (dos), recursos 2872/2021 y 3379/2021, han resuelto que el momento de producción de las consecuencias jurídicas anudadas al complemento de maternidad tiene que situarse en el acontecimiento del hecho causante de la pensión.

Así es, la citada Sentencia del Tribunal Supremo, n.º 163/2022, dictada en unificación de doctrina por el Pleno de la Sala de lo social del Tribunal Supremo, recurso número 3379/2021 (ponente. Sr, Ignacio García-Perrote Escartín), sitúa en todo caso, la fecha de efectos en el momento en que fue dictada la resolución acordando reconocer la prestación contributiva.

Concretamente, el apartado 5 de su Fundamento de Derecho Tercero pone de manifiesto lo siguiente

> *"El TJUE ha declarado reiteradamente que «los órganos jurisdiccionales de (los Estados miembros) están obligados, con arreglo al artículo 234 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (artículo 267 TFUE), a deducir las consecuencias de la sentencia del TJUE, bien entendido sin embargo que los derechos que corresponden a los particulares no derivan de esta sentencia sino de las disposiciones mismas del Derecho comunitario que tienen efecto directo en el ordenamiento jurídico interno (Sentencias de 14 de diciembre de 1982, asunto Waterkeyn, C-314/81 y acumulados, y de 5 de marzo de 1996, asuntos Brasserie du pêcheur y Factortame, C-46/93 y C-48/93).»*
>
> *La más reciente STJUE de 17 de marzo de 2021 (C-585/19) (texto rectificado mediante auto de 15 de abril de 2021) reitera esta doctrina:* «según reiterada jurisprudencia, la interpretación que el Tribunal de Justicia efectúa, en el ejercicio de la competencia que le confiere el artículo 267 TFUE, de una norma de Derecho de la Unión aclara y precisa el significado y el alcance de dicha norma, tal como debe o habría debido ser entendida y aplicada desde el momento de su entrada en vigor. De ello resulta que la norma que ha sido interpretada puede y debe ser aplicada por el juez a las relaciones jurídicas nacidas y constituidas antes de que se haya pronunciado la sentencia que resuelva sobre la petición de interpretación *si, además, se cumplen los requisitos que permiten someter a los órganos jurisdiccionales competentes un litigio relativo a la aplicación de dicha norma (sentencia de 3 de octubre de 2019, Schuch-Ghannadan, C-274/18, apartado 60 y jurisprudencia citada)".*

Consideración que queda reforzada por lo expuesto el apartado 6 del citado fundamento de derecho:

> *"El contenido del artículo 60 LGSS, que en su redacción original excluyó a los padres varones pensionistas de la percepción del complemento, se ha declarado constitutivo de una discriminación directa por razón de sexo y contrario a la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la apli-*

cación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social, que estableció que ese principio de igualdad de trato supone la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, ya sea directa o indirectamente, así como la indicación a los Estados miembros de que adopten las medidas necesarias con el fin de suprimir las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas contrarias al principio de igualdad de trato.

De manera consecuente, la exégesis de los órganos judiciales nacionales ha de ser compatible con los objetivos perseguidos por la Directiva. ***La norma interpretada del Derecho de la Unión podrá y deberá ser aplicada en consecuencia a las relaciones jurídicas nacidas y constituidas antes de que se haya pronunciado la sentencia que resuelva sobre la petición de interpretación si se cumplen los requisitos que permiten someter a los órganos jurisdiccionales competentes un litigio relativo a la aplicación de dicha norma.***

La referida interpretación conforme conduciría, correlativamente, a situar el momento de producción de las consecuencias jurídicas anudadas a la prestación debatida en un tiempo anterior al arriba señalado, a una retroacción al nacimiento mismo de la norma y consecuente acaecimiento del hecho causante -efectos ex tunc-, *dado* ***que debía ser entendida y aplicada en el sentido desarrollado por el TJUE, que ninguna limitación temporal dispuso en su pronunciamiento.*** *Y ello siempre, naturalmente, que, como hemos señalado en el párrafo anterior, se cumplieran los restantes requisitos exigidos por la redacción original del artículo 60 LGSS, pues, en definitiva, también a los hombres que reunieran dichos requisitos se les tendría que haber reconocido el complemento que solo se reconoció a las mujeres".*

VII. Cuestión prejudicial formulada ante el TJUE por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia

Para acabar el presente estudio, se hace preciso mencionar la cuestión prejudicial formulada ante el TJUE por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, mediante Auto de 2 de febrero de 2022, en torno a la aplicación del vigente art. 60 LGSS, precedida de la sentencia dictada en instancia con reconocimiento al padre del complemento de maternidad y el planteamiento de un posterior recurso de suplicación tanto por el actor como por el INSS

El TSJ de Galicia plantea las siguientes tres cuestiones, todas ellas de enorme trascendencia práctica, como es de comprobar:

1º. Si la práctica de la entidad gestora recogida en el Criterio de Gestión 1/2020 de la Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica del INSS, publicando el Criterio de Gestión 1/2020, de 31 de enero de 2020, de denegar siempre el complemento litigioso a los varones y obligarlos a reclamar en vía judicial, como

le ha ocurrido al demandante en el presente juicio, se debe considerar, de acuerdo con la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social, un incumplimiento administrativo de la misma diferente del incumplimiento normativo apreciado en Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12 diciembre 2019, W A (C-450/2018), de manera que, en sí mismo considerado, ese incumplimiento administrativo constituye una discriminación por razón de sexo, a la vista de que, según su artículo 4, el principio de igualdad de trato se define como ausencia de toda discriminación por razón de sexo, ya sea directa o indirectamente, y que, según su artículo 5, los Estados miembros tomarán las medidas necesarias con el fin de suprimir disposiciones tanto legislativas como administrativas contrarias al principio de igualdad de trato.

2º. Si, atendiendo a la respuesta que se dé a la anterior cuestión y considerando la Directiva 79/7 (en particular, su artículo 6, y los principios de equivalencia y efectividad en relación con las consecuencias jurídicas del incumplimiento del Derecho de la Unión), la fecha de efectos del reconocimiento judicial del complemento debe ser la de la solicitud (con retroacción de 3 meses), o esa fecha de efectos se debe retrotraer a la fecha en que se ha dictado o publicado la STJUE, o a la del hecho causante de la prestación de incapacidad permanente a que se refiere el complemento litigioso.

3º. Si, atendiendo a la respuesta que se dé a las anteriores cuestiones y considerando la Directiva aplicable (en particular, su artículo 6, y los principios de equivalencia y efectividad en relación con las consecuencias jurídicas del incumplimiento del Derecho de la Unión), procede indemnización que sea reparadora de daños y perjuicios, y con eficacia disuasoria, por considerar que aquellos no quedan cubiertos con la determinación de la fecha de efectos del reconocimiento judicial del complemento, y en todo caso, si el importe de las costas judiciales y los honorarios de letrado ante el Juzgado de lo Social y ante esta Sala de lo Social se debe incluir como un concepto de la indemnización.

Como se comprueba, por lo que se refiere a la fecha de efectos, como hemos tenido ocasión de citar y de comentar, las sentencias del Pleno de la Sala de lo Social del TS de fecha 17 de febrero de 2022 (dos), recursos 2872/2021 y 3379/2021, han resuelto que el momento de producción de las consecuencias jurídicas anudadas al complemento de maternidad tiene que situarse en el acontecimiento del hecho causante de la pensión.

Por lo demás, habrá que comprobar si el TJUE se alinea con la interpretación sostenida por el tribunal Supremo en lo tocante a los efectos económicos de la prestación y, en todo caso, si la reiterada denegación en vía administrativa en el reconocimiento del complemento por parte de la entidad gestora, no obstante la sentencia del TJUE de 12 de diciembre de 2019, y la reforma operada en el art. 60 LGSS por el Real Decreto-ley 3/2021, de 2 de febrero, comportan la existencia de una discriminación por razón de sexo que justifique la condena en las costas judiciales y los honorarios de letrado ante el Juzgado de lo Social y ante la Sala de lo Social en concepto de indemnización.

LEGISLACIÓN
ESTATAL
EUROPEA
AUTONÓMICA

ESTATAL

Ley 24/2022, de 25 de noviembre, para el reconocimiento efectivo del tiempo de prestación del servicio social de la mujer en el acceso a la pensión de jubilación parcial. **Ir a texto**

Instrumento de ratificación del Protocolo Adicional a la Carta Social Europea en el que se establece un sistema de reclamaciones colectivas, hecho en Estrasburgo el 9 de noviembre de 1995. **Ir a texto**

Real Decreto 954/2022, de 15 de noviembre, de creación de setenta unidades judiciales correspondientes a la programación de 2022 y adecuación de la planta judicial. **Ir a texto**

Real Decreto-ley 19/2022, de 22 de noviembre, por el que se establece un Código de Buenas Prácticas para aliviar la subida de los tipos de interés en préstamos hipotecarios sobre vivienda habitual, se modifica el Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, y se adoptan otras medidas estructurales para la mejora del mercado de préstamos hipotecarios. **Ir a texto**

Orden JUS/1052/2022, de 31 de octubre, por la que se regula el procedimiento para el reconocimiento de los derechos derivados de enfermedad profesional y de accidente en acto de servicio o como consecuencia de él, en el ámbito del mutualismo administrativo gestionado por la Mutualidad General Judicial. Ir a texto

Orden ISM/1055/2022, de 31 de octubre, por la que se publica el Acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, por el que se aprueba el Plan para la reordenación y simplificación del sistema de prestaciones económicas no contributivas de la Administración General del Estado. Ir a texto

Recurso de inconstitucionalidad n.º 6706-2022, contra el artículo 4, apartado 4; artículo 9, apartado 1; artículo 13, apartado 2; artículo 20, apartado 2; y artículo 47, apartados 2, 3 d) y 4 d), de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación. Ir a texto

Recurso de inconstitucionalidad n.º 6914-2022, contra la Ley Orgánica 8/2022, de 27 de julio, de modificación de los artículos 570 bis y 599 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. Ir a texto

Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre igualdad de género (Dictamen exploratorio solicitado por la Presidencia checa) (2022/C 443/09). Ir a texto

Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre «Fiscalidad de los teletrabajadores transfronterizos y sus empleadores» (Dictamen de iniciativa) (2022/C 443/02) Ir a texto

Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre «El nuevo Consejo de Comercio y Tecnología UE-EE. UU. en acción: prioridades relativas a las empresas, los trabajadores y los consumidores y salvaguardias necesarias» (Dictamen de iniciativa) EESC 2022/00726. Ir a texto

Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre «Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: COVID-19 — Respaldar la preparación y la respuesta de la UE con vistas al futuro» [COM(2022) 190 final]
EESC 2022/02844. Ir a texto

UNIÓN EUROPEA

Reglamento Delegado (UE) 2022/2175 de la Comisión de 5 de agosto de 2022 por el que se completa el Reglamento (UE) 2021/1060 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a la definición de costes unitarios y al establecimiento

de importes de financiación no vinculada a los costes para determinadas operaciones destinadas a facilitar la integración de los jóvenes en el mercado laboral, el sistema educativo y la sociedad en el marco de la iniciativa. Ir a texto

Decisión de Ejecución (UE) 2022/2306 de la Comisión, de 23 de noviembre de 2022, por la que se conceden excepciones a determinados Estados miembros en relación con la transmisión de estadísticas con arreglo al Reglamento (CE) n.o 1338/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo por lo que respecta a las estadísticas sobre centros de asistencia sanitaria, recursos humanos para la asistencia sanitaria y uso de la asistencia sanitaria [notificada con el número C(2022) 8341]. Ir a texto

AUTONÓMICA

Aragón

ORDEN CDS/1550/2022, de 18 de octubre, por la que se regula el procedimiento de habilitación excepcional para personas gerocultoras y cuidadoras en centros y servicios sociales, auxiliares de ayuda a domicilio y asistentes personales, en el ámbito del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia en la Comunidad Autónoma de Aragón. Ir a texto

ORDEN EPE/1657/2022, de 8 de noviembre, por la que se aprueba la actualización de la Carta de Servicios de las Unidades de Conciliación Laboral de Huesca, Teruel y Zaragoza. Ir a texto

ORDEN EPE/1659/2022, de 8 de noviembre, por la que se aprueba la Carta de Servicios del Instituto Aragonés de Seguridad y Salud Laboral. Ir a texto

Castilla La Mancha

Ley 8/2022, de 4 de noviembre, de modificación de la Ley 5/1986, de 23 de diciembre, Electoral de Castilla-La Mancha. Ir a texto

Catalunya

DECRET LLEI 14/2022, de 8 de novembre, de mesures urgents per a la reducció de la temporalitat, de foment de la promoció interna i d'agilització de la cobertura de llocs de treball amb persones funcionàries de carrera. Ir a texto

DECRET 290/2022, de 2 de novembre, de reestructuració del Departament d'Empresa i Treball. Ir a texto

ORDRE PRE/239/2022, de 8 de novembre, per la qual es crea el Comitè Científic del Pla Pilot per Implementar la Renda Bàsica Universal. Ir a texto

ORDEN 29/2022, de 3 de noviembre, de la Conselleria de Justicia, Interior y Administración Pública, por la que se modifica la Orden 20/2014, de 28 de noviembre, de la Conselleria de Hacienda y Administración Pública, por la que se establecen las normas que han de regir los procesos de elecciones a órganos de representación del personal al servicio de la Administración de la Generalitat. Ir a texto

Galicia

Ley 2/2022, de 6 de octubre, de medidas extraordinarias dirigidas a impulsar la provisión de puestos de difícil cobertura de determinado personal estatutario con título de especialista en ciencias de la salud del Servicio Gallego de Salud. Ir a texto

DECRETO 178/2022, do 15 de setembro, polo que se regula o procedemento para a cualificación das empresas de inserción de Galicia e o seu rexistro administrativo. Ir a texto

La Rioja

Ley 12/2022, de 18 de octubre, de reforma de la Ley 1/2003, de 3 de marzo, de la Administración Local de La Rioja, para la admisión extraordinaria de la participación y la votación telemáticas. Ir a texto

Ley 13/2022, de 2 de noviembre, de creación de la Agencia Riojana de Transición Energética y Cambio Climático Ir a texto

Navarra

LEY FORAL 30/2022, de 8 de noviembre, de modificación de la Ley Foral 18/2021, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales de Navarra para el año 2022. Ir a texto

Euskadi

ORDEN de 14 de octubre de 2022, del Consejero de Planificación Territorial, Vivienda y Transportes, sobre el alquiler asequible.Ir a texto

Valencia

DECRETO LEY 15/2022, de 11 de noviembre, del Consell, de modificación del Decreto 118/2022, de 5 de agosto, del Consell, por el que se regula la inclusión de cláusulas de responsabilidad social en la contratación pública y en las convocatorias de ayudas y subvenciones. Ir a texto

NEGOCIACIÓN COLECTIVA

ESTATAL
AUTONÓMICA

ESTATAL

Resolución de 8 de noviembre de 2022, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el VII Convenio colectivo del grupo Generali España. **Ir a texto**

Resolución de 18 de octubre de 2022, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Acuerdo de modificación del VI Convenio colectivo nacional taurino. **Ir a texto**

Resolución de 18 de octubre de 2022, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de Clear Channel España, SLU. **Ir a texto**

Resolución de 18 de octubre de 2022, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de Ercros, SA. Ir a texto

Resolución de 18 de octubre de 2022, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de Goldcar Spain, SL. Ir a texto

Resolución de 18 de octubre de 2022, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registran y publican los Acuerdos sobre condiciones retributivas para los sorteos extraordinarios del 11 de noviembre de 2022 y del 1 de enero de 2023, derivados de lo dispuesto en el XVI Convenio colectivo de la Organización Nacional de Ciegos. Ir a texto

AUTONÓMICA

Asturias

Resolución de 25 de octubre de 2022, de la Consejería de Industria, Empleo y Promoción Económica, por la que se ordena la inscripción del acuerdo parcial relativo a la revisión salarial para el año 2022 del convenio colectivo del sector construcción y obras públicas del Principado de Asturias, en el registro de convenios colectivos, acuerdos colectivos de trabajo y planes de igualdad de la Dirección General de Empleo y Formación. **[Cód. 2022-08176].** Ir a texto

Illes Balears

Resolució del conseller de Model Econòmic, Turisme i Treball per la qual es disposa la inscripció i dipòsit en el Registre de Convenis Col·lectius de les Illes Balears de l'Acta de rectificació de l'acord sectorial en matèria salarial per als centres especials d'ocupació i els centres d'atenció especialitzada de les Illes Balears i la seva publicació en el Butlletí Oficial de les Illes Balears (codi de conveni 07100015082022). Ir a texto

Correcció d'errades de la Resolució del conseller de Model Econòmic, Turisme i Treball de 13 de setembre de 2022 per la qual es disposa la inscripció i el dipòsit en el Registre de Convenis Col·lectius de les Illes Balears i la publicació del Conveni col·lectiu del sector neteja d'edificis i locals de les Illes Balears (codi de conveni núm. 07000535011982). Ir a texto

Catalunya

RESOLUCIÓ EMT/3462/2022, de 18 d'octubre, per la qual es disposa la ins-

cripció i la publicació de l'Acta de la Comissió paritària del Conveni col·lectiu de treball per a empleats de finques urbanes de Catalunya (codi de conveni núm. 79001735012001). **Ir a texto**

Extremadura

Resolución de 28 de octubre de 2022, de la Dirección General de Trabajo, por la que se ordena la inscripción en el Registro de Convenios y Acuerdos Colectivos de Trabajo de la Comunidad Autónoma de Extremadura y se dispone la publicación del texto del Convenio Colectivo de sector "Hostelería de la provincia de Badajoz. **Ir a texto**

Resolución de 28 de octubre de 2022, de la Dirección General de Trabajo, por la que se ordena la inscripción en el Registro de Convenios y Acuerdos Colectivos de Trabajo de la Comunidad Autónoma de Extremadura y se dispone la publicación del acta, de fecha 15 de septiembre de 2022, suscrita por la Comisión Negociadora del Convenio Colectivo de Construcción y Obras Públicas para la provincia de Cáceres, en la que se acordó el establecimiento de las tablas salariales correspondientes a la anualidad 2022 en el ámbito de aplicación del citado convenio**.**
Ir a texto

Resolución de 28 de octubre de 2022, de la Dirección General de Trabajo, por la que se ordena la inscripción en el Registro de Convenios y Acuerdos Colectivos de Trabajo de la Comunidad Autónoma de Extremadura y se dispone la publicación del Acta de fecha 3 de mayo de 2022, en la que se acuerda una nueva redacción del artículo 28 del Convenio Colectivo "Limpieza de edificios y locales de la provincia de Badajoz". **Ir a texto**

Euskadi

RESOLUCIÓN de 21 de septiembre de 2022, del Director de Trabajo y Seguridad Social, por la que se dispone el registro, publicación y depósito del Convenio Colectivo de Empresas de la Asociación de Ikastolas del País Vasco (n.º de Convenio 86100063012016). **Ir a texto**

RESOLUCIÓN de 19 de abril de 2022, del Director de Trabajo y Seguridad Social, por la que se anuncia el depósito de la documentación de modificación de los estatutos de la Asociación Sindical Sindicato Médico de Euskadi y se da publicidad del mismo (Código de Depósito: 76/0/00093). **Ir a texto**

JURISPRUDENCIA TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

LIBERTAD SINDICAL

STC 126/2022. Ir a texto

Cuestión de inconstitucionalidad 2767-2021. Planteada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón en relación con los artículos 10 a 13 del Decreto-ley del Gobierno de Aragón 4/2020, de 24 de junio, por el que se adoptan medidas urgentes y extraordinarias para el impulso de la Estrategia aragonesa para la recuperación social y económica.

Límites a los decretos leyes y derecho a la negociación colectiva: inadmisión de la cuestión de inconstitucionalidad por inadecuada formulación del juicio de aplicabilidad.

TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

STC 125/2022. Ir a texto

Recurso de amparo 8133-2021. Promovido por don José Luis Malvar Guzmán respecto de las resoluciones dictadas por un juzgado de lo social de Sevilla.

Vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas: demora de más de tres años en la celebración del acto de conciliación previa y juicio en procedimiento ordinario de reclamación de cantidad por incumplimiento de la formalización de contrato postdoctoral (STC 129/2016).

JURISPRUDENCIA TRIBUNAL SUPREMO

ASISTENCIA SANITARIA
STS 2-11-2022. Ir a texto

Roj:STS4139/2022-ECLI:ES:TS:2022:4139
No de Recurso: 2374/2019
No de Resolución: 880/2022
Ponente: ANGEL ANTONIO BLASCO PELLICER

Resumen: Asistencia sanitaria: No tiene derecho al reconocimiento a la asistencia sanitaria en España con cargo a fondos públicos a través del Sistema Nacional de Salud, un familiar de un ciudadano de la UE (la hija de nacionalidad española), para extender dicha protección del Sistema Nacional de Salud a un nacional de un país que no es miembro de la UE (nacionalidad argentina) y tiene autorización de residencia temporal en España superior a tres meses por reagrupación familiar.
Reitera doctrina SSTS de 13 de mayo de 2019, Rcuds. 1068/2018, 4622/2017, 2022/2018 y 3626/2017; de 21 de septiembre de 2021, Rcud. 3019/2018; de 27 de abril de 2022, Rcud. 631/2019 y de 11 de mayo de 2022, Rcud. 1075/2019.

CONTRATOS DURACION DETERMINADA
STS 26-10-2022. Ir a texto

Roj:STS3861/2022-ECLI:ES:TS:2022:3861
No de Recurso: 28/2021
No de Resolución: 862/2022
Ponente: ANGEL ANTONIO BLASCO PELLICER

Resumen: Contratos de duración determinada: distinta retribución de la antigüedad al personal con contrato de duración determinada. No se vulnera el art.14 CE, por existir justificación objetiva y razonable. El trato desigual resulta plenamente justificado ya que el personal temporal suscribe un contrato nuevo cuando se le asigna un nuevo puesto de trabajo de igual, superior o inferior complemento de antigüedad, cesando el anterior contrato que tenía por previsión del convenio colectivo. En esas condiciones no existe vinculación con el anterior puesto de trabajo, ya que al finalizar la nueva asignación de funciones no regresa a su anterior puesto, sino que cesa y se reintegra en la bolsa de trabajo. Por el contrario, el personal fijo que es objeto de una asignación provisional de funciones, tiene siempre que termine esa situación temporal que volver a su puesto de trabajo que ostenta de forma

definitiva. Ante esta diferente situación el convenio ha optado por regular un aspecto muy concreto del complemento de antigüedad de forma diferente, porque distintas son las situaciones jurídicas de los trabajadores a los que afecta. Existe, por tanto, una justificación objetiva, razonable y acreditada que da cobertura suficiente a la regulación establecida en la negociación colectiva. Regulación a la que ningún reproche puede hacérsele desde la perspectiva del respeto a los principios de igualdad y no discriminación que emanan del artículo 14 CE.

COSTAS PROCESALES
STS 3-11-2022. Ir a texto

Roj:STS4062/2022-ECLI:ES:TS:2022:4062
No de Recurso: 1958/2019
No de Resolución: 889/2022
Ponente: IGNACIO GARCIA-PERROTE ESCARTIN

Resumen: Costas procesales: cuando el sindicato actúa como empleador y tiene un conflicto con un empleado suyo, en dicho conflicto subyace un mero interés particular o privativo de la organización sindical, cuando se plantea un conflicto entre el sindicato y un afiliado, de conformidad con nuestra doctrina, está en juego el derecho de libertad sindical, tanto del sindicato como del afiliado, y la organización sindical está ejercitando -en los términos del artículo 20.4 LRJS- un “interés colectivo”, por lo que ha de gozar del beneficio legal de justicia gratuita, como expresamente dispone el propio artículo 20.4 LRJS.

DESEMPLEO
STS 26-10-2022. Ir a texto

Roj:STS3872/2022-ECLI:ES:TS:2022:3872
No de Recurso: 1348/2019
No de Resolución: 856/2022
Ponente: ANGEL ANTONIO BLASCO PELLICER

Resumen: Desempleo: no han de considerarse indebidas las prestaciones por desempleo percibidas por un trabajador, menor de treinta años que le fueron reconocidas por el SPEE porque había prestado servicios para su padre, primero; y, después, por subrogación empresarial para su hermano, con quienes no convivía.
Interpretación de la Disposición Adicional 10ª del Estatuto del Trabajo Autónomo.
Reitera doctrina: SSTS de 12 de noviembre de 2019, Rcud. 2524/2017; de 24 de marzo de 2021, Rcud. 3951/2018; de 11 de mayo de 2022, Rcud. 499/2020; de 1 de junio de 2022, Rcud. 1568/2019 y de 13 de julio de 2022, Rcud. 2542/2019.

STS 27-10-2022. Ir a texto

Roj:STS3868/2022-ECLI:ES:TS:2022:3868
No de Recurso: 247/2019
No de Resolución: 863/2022
Ponente: ROSA MARIA VIROLES PIÑOL

Resumen: Desempleo: No es situación de desempleo la del trabajador en situación de jubilación parcial con prestación de servicios compactada. No ha habido ningún cese de la prestación de servicios porque la actividad laboral la había realizado el trabajador íntegramente en los primeros meses de su jubilación parcial, en concreto en los 130 días laborales posteriores a la jubilación parcial. Por consiguiente, no concurre el requisito de la prestación por desempleo exigido por el art. 262.2 de la LGSS consis-

tente el cese de la actividad del trabajador. No se ha producido una suspensión de su relación laboral porque la suspensión del contrato de trabajo exonera de las obligaciones recíprocas de trabajar y remunerar el trabajo (art. 45.2 del Estatuto de los Trabajadores). En definitiva, el trabajador ha desarrollado su actividad íntegra. La empresa se ha beneficiado de dicha prestación de servicios pero no le ha abonado el salario correspondiente a los días de suspensión, sin que concurran los requisitos legales del art. 262.2 de la LGSS.

DESISTIMIENTO PROCESAL
STS 15-11-2022. Ir a texto

Roj:STS4128/2022-ECLI:ES:TS:2022:4128
No de Recurso: 1019/2019
No de Resolución: 908/2022
Ponente: MARIA LUZ GARCIA PAREDES

Resumen: Desistimiento: la falta de previo aviso por la parte demandante de no poder comparecer al acto de conciliación y posterior juicio no permite que pueda ser justificada a posteriori y no tenerlo por desistido de su demanda. No se puede acudir a una interpretación flexibilizadora cuando no concurren en el caso los elementos sobre los que la misma puede ser aplicada ya que no se constata la existencia de una enfermedad sobrevenida que le impidiera al demandante acudir al acto de juicio ni que éste no hubiera podido tampoco avisar con antelación al juzgado o a su Letrada de la existencia de un impedimento, siendo que tampoco ésta acudió bajo el apoderamiento que tenía otorgado y que hubiera permitido la celebración del acto de juicio o, al menos, que las partes pudieran actuar siguiendo las normas que rigen el proceso. Todo ello revela un comportamiento no diligente de la parte demandante, vulnerador del derecho de tutela judicial efectiva de la parte aquí recurrente

DESPIDO

STS 7-10-2022. Ir a texto
Roj:STS3830/2022-ECLI:ES:TS:2022:3830
No de Recurso: 293/2020
No de Resolución: 818/2022
Ponente: JUAN MOLINS GARCIA-ATANCE

Resumen: Despido: la modalidad procesal de despido es adecuada para resolver la presente demanda y no deben anularse las actuaciones para que se tramite conforme al procedimiento ordinario. Se trata de la demanda de una trabajadora excedente que solicita el reingreso, la empresa niega la existencia de vacante y la trabajadora afirma que sí que había una vacante y sostiene que se produjo un despido tácito, solicitando que se declare improcedente.

Voto particular del Excmo. Sr. D. Ricardo Bodas Martín y al que se adhiere la Excma. Sra. Presidenta Da María Luisa Segoviano Astaburuaga

STS 11-11-2022. Ir a texto

Roj:STS4125/2022-ECLI:ES:TS:2022:4125
No de Recurso: 4708/2019
No de Resolución: 901/2022
Ponente: SEBASTIAN MORALO GALLEGO

Resumen: Despido: en un supuesto de despido improcedente debe declararse extinguida la relación laboral con derecho a la indemnización, cuando el empresario anticipó previamente su opción por la readmisión y el trabajador es declarado en situación de incapacidad permanente total.

DESPIDO COVID
STS 19-10-2022. Ir a texto

Roj: STS 3834/2022-ECLI:ES:TS:2022:3834
No de Recurso: 2206/2021
No de Resolución: 841/2022
Ponente: ANTONIO VICENTE SEMPERE NAVARRO

Resumen: Despido objetivo: un despido por causas objetivas con fundamento en las circunstancias excepcionales derivadas de la COVID 19 y la declaración del estado de alarma debe ser declarado improcedente, y no nulo. Consecuencias derivadas del desconocimiento de la norma plasmada en el artículo 2o del RDL 9/2020.
El artículo 20 del RDL 9/2020 ha querido que las dificultades empresariales generadoras de causas ETOP o de fuerza mayor asociadas a la pandemia se encaucen por la vía suspensiva ("ERTE") y no por la extintiva. Del tenor literal de dicho precepto se desprende, y en eso coinciden las sentencias sujetas a comparación, que el legislador no especifica la calificación que merece el despido objetivo (o colectivo) que contradiga tal norma. La sentencia impugnada sostiene que estaríamos ante un despido efectuado en fraude de ley, desconocedor de regla prohibitiva, por lo que debe calificarse como nulo.

Nuestra doctrina viene asignando al órgano judicial la tarea de calificar el despido a la vista de la pretensión formulada en la demanda y de los hechos acreditados. Ya hace tiempo que puede considerarse consolidada la idea de que resulta necesaria la previa indicación legal de que el despido es nulo para que proceda esa calificación, sin que sea posible reconducir a tal categoría los identificados como fraudulentos (salvo indicación legal al efecto).

Respecto de los despidos con vulneración de derechos fundamentales hay que estar a las circunstancias de cada caso, especialmente de cara a aquilatar la conexión entre los indicios de que así ha sucedido y la extinción contractual.

Por último, en materia de despidos asociados a causas originadas por la COVID-19 venimos entendiendo que si el problema es estructural resulta posible proceder a la terminación del contrato de trabajo (lo que comporta su calificación como procedente, ajustado a Derecho). Y no hemos considerado suficiente que se desconozca la regla del artículo 2o del RDL 9/2020 para declarar la nulidad, sino que hemos examinado circunstanciadamente si concurre la afirmada vulneración de derechos fundamentales.

DESPIDO DISCIPLINARIO
TS 2-11-2022. Ir a texto

Roj: STS 4088/2022-ECLI:ES:TS:2022:4088
No de Recurso: 2513/2021
No de Resolución: 887/2022
Ponente: JUAN MOLINS GARCIA-ATANCE

Resumen: Despido disciplinario: la pérdida de la habilitación como personal de seguridad privada porque un vigilante de seguridad ha cometido un delito doloso cuando no estaba desempeñando sus funciones, constituye una causa de despido disciplinario y no de despido objetivo por ineptitud sobrevenida, puesto que el Convenio colectivo prevé que la conducta delictiva constituye una infracción grave que justifica el despido disciplinario.

ERTE COVID
STS 16-11-2022. Ir a texto

Roj: STS 4148/2022 - ECLI:ES:TS:2022:4148
No de Recurso: 138/2022
No de Resolución: 921/2022
Ponente: IGNACIO GARCIA-PERROTE ESCARTIN

Resumen: ERTE COVID-19: denegación del ERTE por fuerza mayor (Covid-19) instado por la empresa recurrente en casación al amparo del artículo 22 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del Covid-19 (en adelante RDL 8/2020). No se acredita la fuerza mayor.

IGUALDAD
STS 31-10-2022. Ir a texto

Roj: STS 4087/2022 - ECLI:ES:TS:2022:4087
No de Recurso: 50/2019
No de Resolución: 877/2022
Ponente: ROSA MARIA VIROLES PIÑOL

Resumen: Derecho a la igualdad: un Ayuntamiento que tiene convenio colectivo propio no puede excluir expresamente a cierto tipo de trabajadores, en concreto a los contratados al amparo de Planes Especiales de Empleo, porque al hacerlo sin que concurra ninguna justificación objetiva y razonable está vulnerando el derecho a la igualdad.

INCAPACIDAD PERMANENTE
STS 26-10-2022. Ir a texto

Roj: STS 3866/2022 - ECLI:ES:TS:2022:3866
No de Recurso: 4256/2019
No de Resolución: 853/2022
Ponente: JUAN MOLINS GARCIA-ATANCE

Resumen: Incapacidad permanente total: es incompatible el incremento del 20% de la base reguladora de la pensión de incapacidad permanente total (en adelante IPT) cualificada con la prestación de desempleo devengada por el cese en una ocupación laboral diferente de la que motivó el reconocimiento de la IPT.

INCAPACIDAD TEMPORAL
STS 10-11-2022. Ir a texto

Roj: STS 4056/2022 - ECLI:ES:TS:2022:4056
No de Recurso: 856/2019
No de Resolución: 895/2022
Ponente: ANTONIO VICENTE SEMPERE NAVARRO

Resumen: incapacidad temporal: los efectos económicos derivados del procedimiento judicial de determinación de contingencia de la prestación de incapacidad temporal (IT), reconocida en vía administrativa por enfermedad común y calificada como derivada de accidente de trabajo en el proceso judicial no han de retrotraerse la fecha del hecho causante y reconocimiento de la IT, sino que han de ser los tres meses anteriores a la presentación de la solicitud de determinación de contingencia.

INTERESES
STS 26-10-2022. Ir a texto

Roj: STS 3860/2022 - ECLI:ES:TS:2022:3860
No de Recurso: 1108/2019
No de Resolución: 851/2022
Ponente: ANGEL ANTONIO BLASCO PELLICER

Resumen: Intereses: momento inicial del

cómputo de los intereses que sobre el capital asegurado establece el artículo 20 de la Ley de Contratos de Seguros (LCS).
La cuestión que se circunscribe a la fecha de efectos del devengo de los intereses del artículo 20 LCS está ligada a la determinación de si en el momento del conocimiento del siniestro, la aseguradora tenía causa justificada para negarse al abono del capital asegurado. Entendemos que no concurre tal causa y que la recurrente no podía negarse lícitamente al pago de la cantidad reclamada. En efecto, en primer lugar, la aseguradora no había emitido la certificación individual de aseguramiento a la que estaba obligada, provocando con tal incumplimiento la ausencia de un conocimiento cabal del asegurado y, especialmente de sus herederos. En segundo lugar, a la aseguradora le resultaba extraordinariamente fácil la comprobación del siniestro y del hecho del aseguramiento en la fecha en que aquel se produjo. En tercer lugar, no había duda razonable sobre las circunstancias descritas relativas al siniestro, a su cobertura y a la indemnización correspondiente. Por último, la falta de pago no era el único mecanismo para proteger eventuales intereses de la aseguradora derivados de una posible prescripción, al existir otras posibilidades que hubieran podido garantizar el pago reclamado. En tales circunstancias, no cabe - a nuestro juicio- aplicar el apartado 8 del artículo 20 LCS al no concurrir causa justificada que pudiera respaldar el impago.

JURISDICCION
STC: 06-10-2022. Ir a texto

Roj: STS 3662/2022 - ECLI:ES:TS:2022:3662
Nº de Recurso: 36/2021
Nº de Resolución: 816/2022
Ponente: JUAN MOLINS GARCIA-ATANCE

Resumen: Jurisdicción: No corresponde al orden jurisdiccional social la competencia para conocer de la demanda de conflicto colectivo interpuesta por la Confederación Sindical ELA contra URA, Uraren Euskal Agentzia/Agencia Vasca del Agua, en la que solicita que se declare la nulidad o el carácter injustificado de la modificación sustancial de condiciones de trabajo, porque afecta a funcionarios y laborales. Cuando en un supuesto de alcance colectivo, como es el presente, exista esa afectación conjunta, -funcionarios y laborales- habrá de afirmarse que la impugnación de la decisión, acuerdo o práctica de la Administración empleadora está atribuida al orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

NEGOCIACION COLECTIVA
STS 18-10-2022. Ir a texto

Roj: STS 3873/2022 - ECLI:ES:TS:2022:3873
No de Recurso: 248/2021
No de Resolución: 837/2022
Ponente: MARIA LUISA SEGOVIANO ASTABURUAGA

Resumen: Negociación colectiva: Procedimiento de oficio frente al convenio de empresa de Marktel Services S.a. Convenio colectivo sectorial de Contact Center: impugnación indebida en este proceso de su artículo 22 que establece una jornada máxima de 1597 horas anuales para trabajadores a tiempo completo. Se alega fraude de ley porque la modificación de la jornada en el convenio sectorial incide indirectamente en los salarios del convenio de empresa. Se desestima porque difícilmente podemos sospechar que existe fraude de ley que ha incidido en la ilegalidad del artículo 21 del Convenio Colectivo de Marktel Services SA, al darse la circunstancia que la modificación del artículo 22 del II Convenio Colectivo de Contact Center está vi-

gente desde el 1 de julio de 2020 y el Convenio Colectivo de Marktel Services SA, se firmó el 21 de agosto de 2020, es decir, con posterioridad a la modificación del artículo 22 del II Convenio de Contact Center, por lo que los negociadores del Convenio de empresa ya debían conocer el contenido del artículo 22 del Convenio sectorial y la incidencia que podía tener en la regulación de la jornada anual.

Inexistencia de doble escala salarial por el Convenio Sectorial de Contact Center: no procede su examen en un procedimiento de oficio sobre la legalidad del Convenio de Marktel Services SA.

Cláusulas de subrogación convencional: pueden imponerse por un convenio de sector para empresas del sector, pero no por un convenio de empresa, pues vulneraría lo previsto en el art.82.3 ET.

PRESTACIONES NO CONTRIBUTIVAS STS 18-10-2022. Ir a texto

Roj: STS 3825/2022 - ECLI:ES:TS:2022:3825
No de Recurso: 2433/2019
No de Resolución: 832/2022
Ponente: JUAN MOLINS GARCIA-ATANCE

Resumen: Jubilación no contributiva: derecho a percibir la pensión de jubilación no contributiva una persona que tiene reconocida una pensión de la Seguridad Social de Venezuela pero desde enero del año 2016 no percibe cantidad alguna de la Seguridad Social extranjera. A efectos del requisito de carencia de rentas de la pensión de jubilación no contributiva, no debe computarse la pensión de la Seguridad Social venezolana que tiene reconocida el actor pero que no cobra desde hace tiempo.

RECURSO SUPLICACIÓN STS 10-10-2022. Ir a texto

Roj: STS 3879/2022 - ECLI:ES:TS:2022:3879
No de Recurso: 1363/2019
No de Resolución: 840/2022
Ponente: SEBASTIAN MORALO GALLEGO

Resumen: Recurso de suplicación: Modificación sustancial de condiciones de trabajo: Recurribilidad de las sentencias dictadas en los procesos en los que se invoca la vulneración de derechos fundamentales, que en aplicación del art. 184 LRJS deben tramitarse necesariamente bajo la modalidad procesal correspondiente que se encuentra excluida de acceso a la suplicación.

Las cuestiones de legalidad ordinaria que no sean necesarias para resolver la vulneración de derechos fundamentales en el recurso no pueden ser examinadas en suplicación. Carece por lo tanto de toda lógica que esas mismas materias de legalidad ordinaria, que no tienen acceso a la suplicación, puedan tenerlo por haberse planteado de manera conjunta con la invocada vulneración de derechos fundamentales, una vez ya resueltas las pretensiones relativas a tales derechos fundamentales y cuando no guardan la más mínima relación con las materias de legalidad ordinaria pendientes de resolución.

Si el legislador ha dispuesto que esos aspectos de legalidad ordinaria queden firmes en la sentencia de instancia, no puede ofrecerse un distinto tratamiento jurídico en función de que hayan sido planteados aisladamente o de manera acumulada con la invocada vulneración de derechos fundamentales.

Cabrá entonces recurso para resolver sobre los aspectos relacionados con los derechos fundamentales que están en juego en el proceso- entre ellos, la posible indemnización asociada a su presunta vulneración-, pero no así sobre las materias de legalidad ordinaria que no tienen acceso a suplicación.
Aplica doctrina TC: STC 42/2017.

SALARIOS
STS 15-11-2022. Ir a texto

Roj: STS 4129/2022 - ECLI:ES:TS:2022:4129
No de Recurso: 2984/2019
No de Resolución: 914/2022
Ponente: MARIA LUZ GARCIA PAREDES

Resumen: Salarios: alcance temporal de la declaración de nulidad de la Disposición Adicional 1ª de la Ley 4/2010 de la Comunidad Autónoma de Madrid, de medidas urgentes por la que se modifica el la Ley 9/2009, de 23 de diciembre de presupuestos generales de dicha Comunidad, que realizó la sentencia del Tribunal Constitucional (TC) 164/2016. No procede el abono de las cantidades reducidas hasta el momento de la publicación de la sentencia constitucional, sin reclamación de deuda previa a ella.

SANCIONES DISCIPLINARIAS
STS 211-2022. Ir a texto

Roj: STS 4058/2022 -
ECLI:ES:TS:2022:4058
No de Recurso: 2089/2019
No de Resolución: 879/2022
Ponente: ANTONIO VICENTE SEMPERE NAVARRO

Resumen: Sanciones disciplinarias: falta de legitimación del empresario para recurrir las sanciones por falta muy grave no confirmada judicialmente. De conformidad con el artículo 115.3 de la LRJS, que mantiene inmodificada la redacción del art. 115.3 LPL la legitimación para recurrir está limitada al trabajador que viera confirmada su sanción por falta muy grave, siendo declarada la constitucionalidad de tal precepto por la STC 125/1995. Pues bien, si conforme a tal norma la empresa no tenía legitimación para recurrir en suplicación cuando la sentencia de instancia revoca la sanción impuesta, tampoco la tendría para recurrir en casación unificadora, aunque el recurso se formule frente a una sentencia resolutoria de recurso de suplicación perjudicial para la empresa, en tanto que revoca la sanción confirmada en la instancia.
Reitera doctrina: Autos de 22 de abril de 2014 (rcud no 2789/2013) y de 27 de octubre de 2015 (rcud nª 3565/2014).

SEGURIDAD SOCIAL MIGRANTES
STS 28-10-2022. Ir a texto

Roj: STS 4039/2022 - ECLI:ES:TS:2022:4039
No de Recurso: 1932/2019
No de Resolución: 875/2022
Ponente: MARIA LUZ GARCIA PAREDES

Resumen: Seguridad social de trabajadores migrantes: derecho de la parte actora el complemento de mínimos en un caso en el que la pensión de jubilación a complementar lo es a pro-rata temporis y no percibe del otro Estado (Venezuela), la parte de pensión que le debe abonar.

SUCESION EMPRESAS
STS 4-10-2022. Ir a texto

Roj: STS 3635/2022 - ECLI:ES:TS:2022:3635
No de Recurso: 198/2020
No de Resolución: 803/2022
Ponente: MARIA LUISA SEGOVIANO ASTABURUAGA

Resumen: Sucesión de empresas: el acuerdo colectivo de garantías individuales se aplicaba al contrato de interinidad por sustitución de la trabajadora, mientras este contrato temporal estuviera vigente, sin que pueda aplicarse al nuevo contrato indefinido suscrito por la trabajadora, después de la sucesión, que supuso la extinción de su anterior contrato temporal y que se rige por las bases de la convocatoria libremente aceptadas por la trabajadora. De otra forma se produciría una suerte de "espigueo", en el sentido de pretender aplicarse al nuevo contrato (que no puede olvidarse que es indefinido) las condiciones que regían el anterior contrato temporal, cuando el nuevo contrato indefinido tiene establecidas sus propias condiciones que son incompatibles y distintas a las que se aplican al anterior contrato de interinidad por sustitución. Se aseguraban al contrato de interinidad por sustitución unas determinadas condiciones mientras ese contrato temporal estuviera vigente. Pero esas condiciones no se pueden proyectar ni extender a un nuevo contrato que es indefinido y que cuenta con su propia regulación que es ajena al acuerdo de garantías individuales.

VIUDEDAD
STS 26-10-2022. Ir a texto

Roj: STS 3824/2022 - ECLI:ES:TS:2022:3824
No de Recurso: 2059/2019
No de Resolución: 857/2022
Ponente: ANTONIO VICENTE SEMPERE NAVARRO

Resumen: Viudedad: Fallecimiento por enfermedad común previa al matrimonio y antes de un año de la fecha de éste. No procede: la remisión que el art. 219.2 LGSS hace al art. 221.2 LGSS comprende la exigencia de que la convivencia como pareja de hecho se produzca en los términos señalados en dicho precepto ("quienes, no hallándose impedidos para contraer matrimonio, no tengan vínculo matrimonial con otra persona ni constituida pareja de hecho"), por lo que el plazo de duración de esa convivencia ("que, sumado al de duración del matrimonio, hubiera superado los dos años") solo puede computarse desde que la pareja pudo contraer matrimonio. En el presente caso la convivencia acumulada -como pareja de hecho no formalizada y como matrimonio- no alcanza los dos años. Aplica doctrina de SSTS 30 septiembre 2014 (rcud. 2516/2013); 20 julio 2015 (rcud 3078/20) y 53/2020 de 23 enero (rcud. 1353/2017).

JURISPRUDENCIA
TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.
Rec: 526/2022

DETERMINACIÓN DE CONTINGENCIA. TELETRABAJO. **Accede a la sentencia**

La Sala estima el recurso de suplicación frente a la Sentencia que consideró que el accidente que sufrió la trabajadora en su domicilio, cuando acudió a su cocina a beber agua, era un accidente no laboral. Considera que debe calificarse como laboral dicho accidente, acaecido durante la jornada laboral de la trabajadora y en el desarrollo de una actividad que no es ajena a una actividad normal en la vida laboral.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.
Rec: 958/2022

DESPIDO COLECTIVO. CESES COMPUTABLES. EFECTOS DE LA DECLARACIÓN. VULNERACIÓN DE LA LIBERTADA SINDICAL. INDEMNIZACIÓN.

Accede a la sentencia

La Sala declara la nulidad del despido colectivo llevado a cabo por la empresa al exceder de los umbrales del art. 51 ET el número de extinciones contractuales por motivos no inherentes a la persona de los trabajadores, entre las que se incluyen las bajas voluntarias y extinciones de mutuo acuerdo que se han producido en el seno del proceso de reorganización llevado a cabo en la empresa y en virtud del cual se ofreció a determinados trabajadores la incorporación a la empresa matriz del grupo.

Con la nulidad del despido se declara el derecho de los 20 trabajadores cuyo cese se ha computado a tales efectos a ser reincorporados en su puesto de trabajo.

Se declara que la conducta desarrollada por las codemandadas, obviando el derecho a la negociación colectiva de CGT reconocido en el art. 2.2 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical como contenido esencial del derecho de libertad sindical reconocido en el art. 28.1 de la Constitución, vulnera tal derecho y condena a las empresas a abonar una indemnización de 1.000 euros en compensación de los daños morales derivados de tal lesión.

JURISPRUDENCIA
JUZGADOS DE LO SOCIAL

Sentencia del Juzgado de lo Social Nº 42 de Madrid

DESEMPLEO.PRESTACIÓN DE DESEMPLEO. ERTES COVID

Accede a la sentencia

En esta sentencia se aborda la duración de la prestación de desempleo de una trabajadora que ha cesado en su puesto de trabajo como consecuencia de un despido objetivo y que previamente había estado afecta a ERTE FM COVID. La entidad gestora tiene en cuenta los días cotizados en los seis años previos al despido, sin considera las cotizaciones que se han efectuado en el periodo de ERTE y sin excluir dicho periodo en el cómputo de los seis años, siendo la consecuencia una finalidad contraria a la perseguida por la legislación de urgencia, pues la prestación de desempleo se ve afectada en su duración por la circunstancia de haber estado afecta a un ERTE en el periodo previo al despido. Se estima la demanda y se considera que, o bien las cotizaciones durante el ERTE deben tenerse en cuenta a todos los efectos (aunque la cotización no vaya acompañada de prestación de servicios), o bien debe excluirse a modo de paréntesis en la vida laboral de la trabajadora el periodo de ERTES previos, o computar el periodo de seis años desde el inicio del primero de los ERTES.

JURISPRUDENCIA
TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

DISCRIMINACION

STJUE 17-11-2022. Ir a texto

«Procedimiento prejudicial — Política social — Igualdad de trato en el empleo y la ocupación — Artículo 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea — Directiva 2000/78/CE — Artículos 2, apartado 2, 4, apartado 1, y 6, apartado 1 — Prohibición de las discriminaciones por razón de la edad — Normativa nacional que establece en 30 años la edad máxima para la contratación de comisarios de policía — Justificaciones»

En el asunto C304/21, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Consiglio di Stato (Consejo de Estado, Italia), mediante resolución de 23 de abril de 2021, recibida en el Tribunal de Justicia el 12 de mayo de 2021, en el procedimiento entre VT y Ministero dell'Interno, Ministero dell'Interno — Dipartimento della Pubblica Sicurezza — Direzione centrale per le risorse umane, el Tribunal de Justicia (Sala Séptima) declara:

Los artículos 2, apartado 2, 4, apartado 1, y 6, apartado 1, de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, a la luz del artículo 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa nacional que establece una edad máxima de 30 años para participar en un proceso selectivo para la provisión de puestos de comisario de policía, en la medida en que las funciones que efectivamente ejercen esos comisarios de policía no exijan capacidades físicas específicas o, si se requieren esas capacidades específicas, resulte que esa normativa,

pese a perseguir un objetivo legítimo, impone un requisito desproporcionado, extremo que incumbe comprobar al órgano jurisdiccional remitente.

PROTECCION DE DATOS

STJUE 27-10-2022. Ir a texto

«Procedimiento prejudicial — Tratamiento de los datos personales y protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas — Directiva 2002/58/CE — Artículo 12 — Guías públicas y servicios de información sobre números de abonados — Consentimiento del abonado — Obligaciones del proveedor de guías telefónicas y de servicios de información — Reglamento (UE) 2016/679 — Artículo 17 — Derecho de supresión (“el derecho al olvido”) — Artículo 5, apartado 2 — Artículo 24 — Obligaciones de información y responsabilidad del responsable del tratamiento»

En el asunto C129/21, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el hof van beroep te Brussel (Tribunal de Apelación de Bruselas, Bélgica), mediante resolución de 24 de febrero de 2021, recibida en el Tribunal de Justicia el 2 de marzo de 2021, en el procedimiento entre Proximus NV y Gegevensbeschermingsautoriteit, el Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) declara:

1) El artículo 12, apartado 2, de la Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas, en su versión modificada por la Directiva 2009/136/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009, en relación con el artículo 2, párrafo segundo, letra f), de esta Directiva y con el artículo 95 del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos), wdebe interpretarse en el sentido de que se exige el «consentimiento», en el sentido del artículo 4, punto 11, de dicho Reglamento, del abonado de un operador de servicios telefónicos para que los datos personales de ese abonado figuren en las guías y servicios de información sobre números de abonados accesibles al público que publican proveedores distintos de dicho operador, consentimiento que puede prestarse bien a tal operador, bien a uno de esos proveedores.

2) El artículo 17 del Reglamento 2016/679 debe interpretarse en el sentido de que

la solicitud de un abonado de que se supriman sus datos personales de las guías y servicios de información sobre números de abonados accesibles al público constituye un recurso al «derecho de supresión» en el sentido de dicho artículo.

3) Los artículos 5, apartado 2, y 24 del Reglamento 2016/679 deben interpretarse en el sentido de que una autoridad nacional de control puede exigir que el proveedor de guías y servicios de información sobre números de abonados accesibles al público, como responsable del tratamiento, adopte las medidas técnicas y organizativas apropiadas para informar a los terceros responsables del tratamiento —concretamente al operador de servicios telefónicos que le comunicó los datos personales de su abonado y a los demás proveedores de guías y servicios de información sobre números de abonados accesibles al público a los que suministró tales datos— de la retirada del consentimiento de dicho abonado.

4) El artículo 17, apartado 2, del Reglamento 2016/679 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a que una autoridad nacional de control ordene a un proveedor de guías y servicios de información sobre números de abonados accesibles al público, al que el abonado de un operador de servicios telefónicos solicitó que dejara de publicar sus datos personales, que adopte «medidas razonables», en el sentido de dicha disposición, a efectos de informar a los proveedores de motores de búsqueda de esa solicitud de supresión de datos.

DERECHO A UN PROCESO JUSTO

STDH 3-11-2022 (Dahan vs. Francia). Ir a texto

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos sostuvo, por unanimidad, que no había habido: ninguna violación del artículo 6 § 1 (derecho a un juicio justo/derecho a un tribunal imparcial) de la Unión Europea Convención sobre Derechos Humanos.

El caso se refería a una serie de procedimientos disciplinarios iniciados contra el Sr. Dahan por comportamiento inadecuado hacia las funcionarias durante su tiempo como embajador, que culminó con una sanción de retiro forzoso ordenado por el Presidente de la República. La cuestión planteada ante el Corte fue la observancia del principio de imparcialidad durante los procesos internos.

El Tribunal sostuvo desde el principio que el aspecto civil del artículo 6 § 1 del Convenio era aplicable a los hechos del caso. Continuó señalando que ni la autoridad encargada de realizar el procedimiento administrativo interno, que conllevó la emisión de un dictamen por parte de un consejo de disciplina, ni la autoridad facultada para imponer la pena, era un órgano judicial. La Corte infirió de esto es que no era necesario comprobar si esas autoridades administrativas habían tomado sus decisiones de conformidad con las exigencias del artículo 6 § 1 del Convenio. Sin embargo, la Corte tenía que estar convencida de que el demandante había podido obtener una revisión posterior por parte de un órgano judicial con “plena jurisdicción” que cumplió con los requisitos del artículo 6 § 1 y llevó a cabo una revisión de la pena que fue suficiente en su extensión. A este respecto, señaló que el Conseil d’État, partiendo de su jurisprudencia anterior en la disputa que involucra al solicitante, había realizado una revisión completa englobando la proporcionalidad de la orden de jubilación forzosa. Como el alcance de esa revisión correspondía a la

realizada por un órgano con “plena jurisdicción” en el sentido de la sentencia de la Corte. jurisprudencia, el Tribunal sostuvo que el caso del demandante había sido examinado de conformidad con el requisito del artículo 6 § 1 del Convenio.

STDH 8-11-2022 (Veres Vs. España). Ir a texto

El demandante, Sr. Márton Veres, es un ciudadano húngaro que nació en 1967 y vive en Pomáz (Hungría).

El caso se refiere a una disputa legal entre él y su ex esposa sobre la custodia de su hija, que actualmente tiene 16 años. La ex esposa del demandante se mudó a España con su hija, que tenía ocho años en ese momento, sin informarle. El demandante solicitó ante un tribunal húngaro que ordenase que la hija fuera devuelta a Hungría en espera de una decisión final en el proceso de custodia. La orden fue concedida por el tribunal húngaro. El demandante mantuvo largos procedimientos en España para que la orden pudiera ser reconocida y ejecutada.

Las órdenes de reconocimiento y ejecución fueron finalmente concedidas por los tribunales españoles, y su hija fue devuelta a Hungría.

Basándose en el artículo 6 (derecho a un juicio justo) y el artículo 8 (derecho al respeto de la vida privada y familiar), el demandante se queja de que los procedimientos en España fueron excesivamente largos, lo que le impidió ver a su hija y afectó su relación. Además, basándose en el artículo 13 (derecho a un recurso efectivo), el demandante se queja de que no tuvo acceso a un recurso efectivo para agilizar el proceso y reparar la alegada violación de sus derechos.
Violación del artículo 8: existente.

STDH 15-11-2022 (Dahman Bendhiman vs. España). Ir a texto

El demandante, Zouhair Dahman Bendhiman, es de nacionalidad española, nacido en 1975 y residente en Navalcarnero (Madrid).

El caso versa sobre una sentencia judicial dictada en procedimiento verbal (sumario) por la que se ordena su desalojo de un piso de protección oficial por impago de rentas, y la desestimación de su recurso contra dicha sentencia por no haber depositado el importe de las rentas impagadas debido como la ley le exigía para tramitar dicho recurso.

Basándose en el artículo 6 § 1 (derecho a un juicio justo) y el artículo 14 (prohibición de discriminación) del Convenio Europeo de Derechos Humanos, el de-

mandante se queja de que para haber podido presentar un recurso, habría tenido que para pagar el alquiler adeudado, pero no pudo hacerlo debido a su situación financiera que violó su derecho de acceso a los tribunales. También denuncia discriminación tanto por su origen económico como étnico, y en comparación con la situación de los propietarios, a quienes la ley no les exige ningún depósito para interponer recursos en juicio verbal.
Sin violación del artículo 6 § 1

INTIMIDAD

STDH 22-11-2022 /D.B. y otrs Vs. Suiza). Ir a texto

Art 8 • No reconocimiento prolongado de la relación paterno-filial entre un hijo nacido por gestación subrogada en el extranjero y el padre de intención pareja inscrita del padre genético • Aplicación de los principios jurisprudenciales del Tribunal Europeo en relación con los hijos nacidos por gestación subrogada con padres de distinto sexo unidos por matrimonio • No se persigue el interés superior del niño • Injerencia desproporcionada en su derecho al respeto de su vida privada • Adopción del niño de una pareja registrada planificada tardíamente por el legislador • Margen de apreciación excedido • Vida familiar de ambos padres no significativamente afectada.

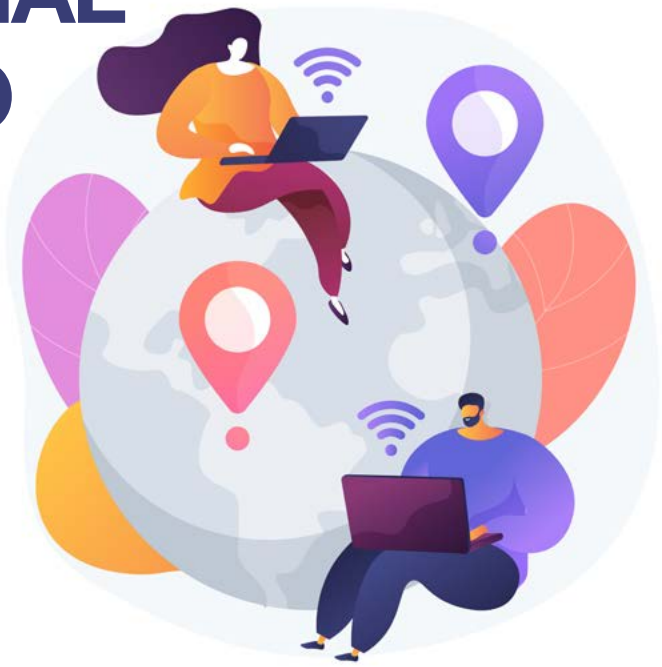
LIBERTAD EXPRESION

STDH 8-11-2022 (Ayuso Torres Vs. España). Ir a texto

Resumen: Libertad de expresión: vulneración existente. El demandante, Miguel Ayuso Torres, es de nacionalidad española, nacido en 1961 y residente en Madrid. Cuando ocurrieron los hechos denunciados, el demandante era miembro del Cuerpo Jurídico Militar, con el grado de Teniente Coronel Auditor. El caso se refiere a un proceso disciplinario en su contra por comentarios hechos en un discurso sobre el proceso de transición de la dictadura militar a la democracia en España, calificando la Constitución española de “pseudo-constitución” y que los orígenes de la Constitución eran “espurios y bastardos”.

Basándose en el artículo 10 (libertad de expresión) y el artículo 6 § 1 (derecho a un juicio justo), el Sr. Torres denuncia que en la decisión disciplinaria se establecía que había sobrepasado su libertad de expresión y sería sancionado si volviera a hacer tal declaración, y de la desestimación de su recurso negándole la protección judicial.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO



OIT NEWS

Observatorio de la OIT sobre el mundo del trabajo. Se prevé que la situación de mercado de trabajo mundial siga empeorando a raíz de la prolongación del conflicto de Ucrania, entre otras crisis. **Ir a texto**

Nigeria ratifica los convenios de la OIT sobre seguridad y salud en el trabajo y sobre violencia y acoso en el mundo laboral. **Ir a texto**

70 años del Comité de Libertad Sindical de la OIT. **Ir a texto**

La nueva directiva sobre salarios mínimos de la UE establece un nuevo objetivo. **Ir a texto**

Copa Mundial 2022: ¿Qué ha cambiado para los trabajadores migrantes en Qatar? **Ir a texto**

Las nuevas directrices y prácticas de la inspección de trabajo de la OIT se debatirán en un foro internacional de alto nivel. **Ir a texto**

Las normas internacionales del trabajo como derechos humanos. **Ir a texto**

La OIT publicará un informe sobre los salarios y el impacto de la inflación. **Ir a texto**

ADMINISTRACIÓN DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL

Calendario estadístico

Índices de producción industrial**.** Ir a texto

Demografía armonizada de empresas**.** Ir a texto

Estimación de defunciones semanales. 3 al 30 de octubre de 2022. Ir a texto

Estimación mensual de nacimientos. Septiembre de 2022. Ir a texto

Estadística del movimiento natural de la población (matrimonios, nacimientos y defunciones. Ir a texto

Indicadores demográficos básicos. Datos definitivos. Año 2021. Ir a texto

Tablas de mortalidad. Año 2021. Ir a texto

Indicador adelantado del Índice de Precios de Consumo (IPC) Indicador adelantado del Índice de Precios de Consumo Armonizado (IPCA) Octubre 2022. Ir a texto

> El indicador adelantado del IPC sitúa su variación anual en el 7,3% en octubre, más de un punto y medio por debajo de la registrada en septiembre
> La tasa anual del indicador adelantado de la inflación subyacente se mantiene en el 6,2%
> La variación anual del indicador adelantado del IPCA es del 7,3%

Cifras de población. Datos definitivos**.** Ir a texto

Estadística de migraciones. Datos definitivos. Ir a texto

El rincón de la conTraCultura

Silvia Ayestarán y
AG Stakanov

CINE

Argentina 1985

(140 min.) 2021.
Dirección: Santiago Mitre.
Guion: Santiago Mitre y Mariano Linás.
Producción: La union de los ríos, Kenya films, Infinity Hill. Amazon studios.
Disponible en Amazon prime.

Trailer

Amazon prime nos ofrece un relato documentado del proceso a las Juntas, inspirado en la experiencia del Fiscal Julio C. Strassera, el héroe por accidente más importante de la Argentina, emplazado por la Historia para asumir la encomienda más importante que podría recibir un solo hombre en aquellos años de reencuentro con la democracia.

Los juicios a las Juntas otorgan un luminoso argumento a favor de quienes sostienen que de las dictaduras de derecha se acaba saliendo, siendo muy escasos los supuestos en los que la oposición anticomunista ha podido ajustar cuentas con sus dirigentes, excepción hecha del curioso caso rumano, cuyo dictador no era precisamente el más sanguinario de ese orbe. En definitiva, no es demasiado habitual que los otrora gerifaltes se personen -voluntariamente- en un proceso en el que, como poco, van a quedar expuestos sus crímenes, pero en la Argentina así ocurrió. Al general Pinochet pudo sucederle otro tanto de no mediar el auxilio de sus amigos británicos. A pesar de su huida, el de Pinochet es otro curioso caso en el que el sátrapa acaba por someter a referéndum la opción entre su continuidad o el paso a la democracia.

Cuentan los próximos que Strassera fue poco a poco incrementando su actitud temeraria (el **Loco** le llamaban) a medida que las presiones se acumulaban sobre su oficina, experimentando una notoria metaformosis desde la inicial incredulidad a una resuelta determinación por encarcelar a todos los miembros de las sucesivas Juntas, desde los protagonistas del golpe (Videla, Masera y Agosti), a los últimos (Galtieri, Anaya y Lami Dozo), todos en troika por representar a las tres armas. El plan de la Fiscalía consistió en demostrar que todos los crímenes que iban a ser expuestos ante el tribunal se desperdigaban sobre todo el territorio, algo que resultaba inviable sin una dirección única al cargo de la represión.
La estrategia fue diseñada por el propio Strassera, auxiliado por su joven ayudante Luis G. Moreno Ocampo, descendiente directo de libertadores argentinos y miembro de una familia bien relacionada con el General Videla. Aquí os dejamos una **entrevista concedida a Felipe Pigna** por quien hoy es fiscal de la CPI y que en aquellos días para la Historia fuera el más importante colaborador de Strassera/Ricardo Darín.
Y de las 5 condenas a los 5 indultos, ofrecidos con prodigalidad por el peronismo, de nuevo en el poder en 1990 con la llegada de C. Saúl Menem. Aquella generosidad fue revocada por otro peronista 20 años después (Kirschner), en una decisión que únicamente perjudicó al más longevo del clan, Jorge R. Videla, que falleció en prisión en 2013. Videla ostenta el inigualable *record* de haber sido encarcelado dos veces en 25 años por sus propios compatriotas, exhibiendo una confianza en la justicia que no se veía desde Sócrates.

MÚSICA

BLUES/ROCK/SOUL. LOS TRES COLORES BÁSICOS…

Carole King

"Tapestry"
(AM, 1971, Rythm and blues).

Movistar plus ofrece en su catálogo un documental sobre el sello independiente AM, hoy ya desaparecido dentro de Universal, y cuyo origen debe remontarse a los años 60. Esta compañía, fundada por dos músicos procedentes del jazz, impulsó carreras de intérpretes que acabarían ingresando en el salón de la fama, pudiéndose destacar aquí, por lo que hace a los primeros años del sello, a Burt Bacharach, los Carpenters y a Carole King. En un segundo momento se produciría el desembarco en GB, incorporándose al catálogo dos bandas irreemplazables en la bisagra de los 70/80, como The Police y Supertramp.

Carole King tiene el honor de acreditar uno de los 3 Lps de intérprete femenina que durante más tiempo se ha mantenido en listas como nº 1, únicamente superado por la BSO del Guardaespaldas (uno de los peores discos de la malograda Withney Houston) y la ópera prima de Adele (19). En ambos casos estamos ante lanzamientos impulsados a nivel global por discográficas de primer nivel (Sony o Columbia), algo que no cabía predicar de Tapestry ni de los modestos, aunque muy dinámicos, AM.

El disco que hoy recomendamos incluye un elenco elegante de temas interpretados en formato piano/voz, con claras reminiscencias Laurel Canyon, y supuso el ascenso de la artista hacia el escalón entonces ocupado prácticamente en solitario por Joni Michell. Incluye en su lista un tema propio más tarde popularizado por James Taylor sobre la base guitarra/voz, You´ve got a friend. Precisamente, el intérprete de Boston grababa por esas mismas fechas su Mud Slide Slim en los mismos estudios que este Tapestry.

...Y SUS DERIVADOS (COMBINACIONES, PERMUTACIONES Y PERVERSIONES)

Supertramp

"Crisis what crisis"
(AM. 1975. Rock progresivo).

A la hora de hablar de este grupo evitaremos la cita de sus más importantes LPs, honor que sin duda corresponde, dentro de la etapa gloriosa, a *Crime of the Century (*1974), *Even in the quietest moments* (1977) *o Breakfast in America* (1979), posiblemente aburridos ya por nuestro selecto público pese a su indudable calidad. Apuesto a que cualquiera de esos 3 discos ha formado parte de los primeros 5 primeros LPs con los que comenzó nuestra colección de vinilos.

Pero es que *Crisis what crisis* es importante no sólo por haber incorporado al imaginario pop una expresión recursiva para negar la trascendencia de eventos disruptivos (aunque la procesión vaya por dentro). El trabajo recoge un ramillete de temas que representan un oasis de autonomía creativa dentro de 4 años frenéticos de éxito comercial, plagados de hits y de producciones orientadas a establecerse en el nº 1 mundial como banda.

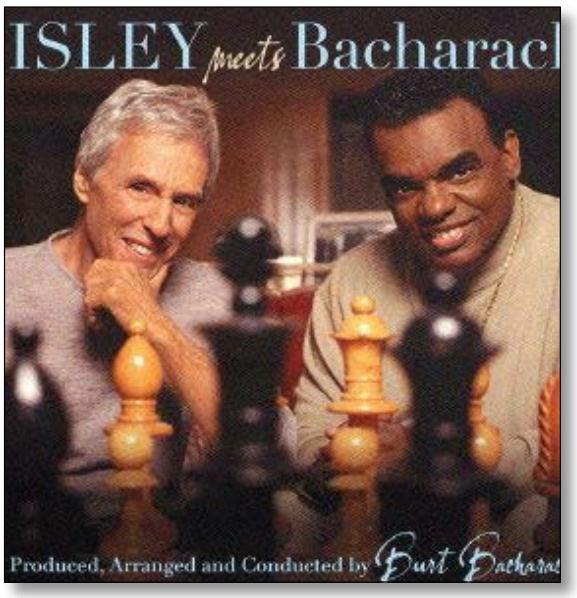
A Supertramp, el lustro glorioso (74/79) le robó su magia. Tras *Paris* (que cierra su momento estelar) ya no fueron capaces de hacer nada más digno de mención; al menos hasta que Hodgson tuvo la feliz idea de largarse con viento fresco. Su huida forjó una feliz reinvención de la banda, capaz de editar varios LPs de estimable calidad (superiores a *Famous last words*, desde luego, último disco con Roger) aunque de menor impacto comercial, ya en torno al único liderazgo de Rick Davies.

Crisis, What Crisis esconde tras su fama de Lp de menor cuantía tesoros como *Sister moonshine, Ain't nobody but me,* o el

tema progresivo *Another's man Woman*, de clara factura Davies, como más tarde fueran *Cannonbal* y antes habían sido *Rudy* o *Crime of the century*, números cuya cota artística supera las melonadas almibaradas de Hodgson. Un tío que salió renegando de Supertramp para hacerse las Californias él solito y acabar en la segunda década de los 2000 haciendo giras en solitario por pueblos (estuvo en Laredo en tío) promocionándose como la voz de Supertramp…En 2015 ya nadie sabía de Hodgson, ni lo que significó *Breakfast in America*, ni tenían la más remota idea de que en unos buenos y lejanos tiempos, quizá los mejores, la música de Supertramp sostuvo de forma incontestable el cetro del Pop.

JAZZ/EXPERIMENTAL

Burt Bacharach



"Here I am. Isley meets Bacharach"
(Capitol, 2003; Jazz vocal).

Se acercan las fechas navideñas y teniendo en cuenta que el número de diciembre saldrá posiblemente después de Reyes, es de lo más prudente que aprovechemos esta entrega para ofrecer algo que sirva de adorno musical navideño, sin olvidar que hay gente que aún regala discos por estas fechas. Si tenéis algún melómano cerca, a buen seguro que agradecerá este detalle.

Burt Bacharach fue uno de los principales artistas con los que contó la discográfica A&M, pudiendo ser tenido como el último de los grandes compositores de baladas, hasta acreditar en su songbook 4 premios Oscars, sin olvidar innumerables temas propios del cancionero contemporáneo norteamericano.

Este notable trabajo cuenta con la participación vocal de uno de los Isley Brothers (Ronald), quien pone su voz a un buen ramillete de temas del compositor de Kansas, todos ellos relajados y amables, dotados de una orquestación excelsa y un sonido de alta escuela. Idóneo para sumergirse en el disfrute de una música cuyo horizonte y ambiciones describe un paradigma en las antípodas del que reconoce en Rosalía un fenómeno mundial.

CARTA SOCIAL EUROPEA

ARTÍCULOS Y JURISPRUDENCIA DEL COMITÉ EUROPEO DE DERECHOS SOCIALES

Traducido por **Carlos Hugo PRECIADO DOMÈNECH**
Magistrado especialista del Orden Social.
Doctor en Derecho Social

ARTÍCULO G – Restricciones

Puedes acceder a este y otros artículos de la carta social a través de este link:

1 Los derechos y principios establecidos en la Parte I, cuando se implementen efectivamente, y el ejercicio efectivo de estos derechos y principios, según lo dispuesto en la Parte II, no pueden estar sujetos a restricciones o limitaciones no especificadas en las Partes I y II. , excepto los prescritos por la ley y que sean necesarios en una sociedad democrática para garantizar el respeto de los derechos y libertades de los demás o para proteger el orden público, la seguridad nacional, la salud pública o la moral.

2 Las restricciones impuestas en virtud de esta Carta a los derechos y obligaciones reconocidos en ella sólo podrán aplicarse para el propósito para el que fueron previstas.

La Sección G establece las condiciones bajo las cuales se pueden imponer restricciones al disfrute de los derechos de la Carta. Esta disposición corresponde al segundo párrafo de cada uno de los artículos 8 a 11 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. No puede dar lugar a una violación como tal[1], pero, no obstante, esta disposición puede tenerse en cuenta al examinar el fondo de la denuncia en

1 Sindicato de Agrégés de l'Enseignement Supérieur (SAGES) c. Francia, denuncia n ° 26/2004, decisión sobre el fondo del 15 de junio de 2005, §31

virtud de un artículo sustantivo de la Carta[2],la Sección G se aplica a todas las disposiciones de las secciones 1 a 31 de la Carta.

Cualquier restricción a un derecho solo puede estar en conformidad con la Carta si cumple las condiciones establecidas en el Artículo G.

Dado que una restricción de estos derechos puede tener graves consecuencias, especialmente para los miembros más vulnerables de la sociedad, el artículo G establece condiciones específicas para la aplicación de estas restricciones. Además, las restricciones permitidas constituyen excepciones que solo pueden imponerse en circunstancias extremas: por lo tanto, deben interpretarse de manera restrictiva[3].

Por tanto, cualquier restricción debe:

(i) estar prescrito por la ley.

"Esto significa la ley en el sentido estricto del término o cualquier otro texto vinculante o jurisprudencia siempre que el texto sea suficientemente claro, es decir, que cumpla las condiciones de precisión y previsibilidad que implica la noción "prescrita por la Ley".

(ii) perseguir un objetivo legítimo, es decir proteger los derechos y libertades de los demás, el orden público, la seguridad nacional, la salud pública o la moral.

En una sociedad democrática, en principio le corresponde a la legislatura legitimar y definir el orden público (interés público) al mismo tiempo que equilibra las necesidades de todos los miembros de la sociedad. Desde el punto de vista de la Carta, goza de un margen de apreciación para hacerlo. Sin embargo, el legislador no está libre de toda limitación en sus decisiones: las obligaciones contraídas en virtud de la Carta no pueden abandonarse sin garantizar un nivel de protección suficiente para satisfacer las necesidades sociales básicas. La legislación nacional debe equilibrar las preocupaciones sobre los fondos públicos con el imperativo de proteger suficientemente los derechos sociales[4].
Los Estados no pueden eludir sus obligaciones entregando la facultad de definir qué es el orden público (interés público) a instituciones de terceros[5].

---

2 Sindicato de Agregados de Educación Superior (SAGES) c. Francia, denuncia n ° 26/2004, decisión sobre el fondo del 15 de junio de 2005, §33

3 Confederación General del Trabajo de Grecia (GSEE) c. Grecia, Demanda No. 111/2014, Decisión sobre el fondo de 23 de marzo de 2017, § 83

4 Confederación General del Trabajo de Grecia (GSEE) c. Grecia, Demanda No. 111/2014, Decisión sobre el fondo de 23 de marzo de 2017, § 85.

5 Confederación General del Trabajo de Grecia (GSEE) c. Grecia, Demanda No. 111/2014, Decisión sobre el fondo de 23 de marzo de 2017, § 87.

(iii) ser necesaria en una sociedad democrática para lograr esos objetivos; en otras palabras, la restricción debe ser proporcional al objetivo legítimo perseguido: debe existir un vínculo de proporcionalidad razonable entre una restricción del derecho y el objetivo o objetivos legítimo (s) en cuestión. [6] [7]

Al incorporar medidas restrictivas a la legislación nacional, los textos legales deben garantizar la proporcionalidad entre los fines perseguidos y sus consecuencias negativas en el ejercicio de los derechos sociales. En consecuencia, incluso en circunstancias especiales: las medidas restrictivas implantadas deben adecuarse al objetivo perseguido, no deben ir más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo, deben aplicarse únicamente en la finalidad para la que fueron concebidas y deben mantener un nivel de protección suficiente[8].

Además, las autoridades deben realizar un análisis exhaustivo y objetivo sobre los posibles efectos de las medidas legislativas, en particular su posible impacto en los trabajadores más vulnerables, así como una consulta real a los más afectados por estas medidas[9].

---

6 Conclusiones XIII-1, Países Bajos, artículo 6§4.

7 Confederación Europea de Policía (EuroCOP) c. Irlanda, Demanda No. 83/2012, Decisión sobre el fondo de 2 de diciembre de 2013, §§ 207-214

8 Confederación General del Trabajo de Grecia (GSEE) c. Grecia, Demanda No. 111/2014, Decisión sobre el fondo de 23 de marzo de 2017, § 87

9 Confederación General del Trabajo de Grecia (GSEE) c. Grecia, Demanda No. 111/2014, Decisión sobre el fondo de 23 de marzo de 2017, § 90

TÚ ERES NUESTRO ALTAVOZ

¡Síguenos!

JJpD

@JpDemocracia

jjpdemocracia

Juezas y Jueces para la Democracia