

# La «norma de certificación de calidad» no sabe ni de libertad religiosa (hiyab) ni de indumentaria (sudaderas): extensión y límites del derecho de protección de la diversidad

Comentario a la **Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja 132/2017, de 22 de junio**

**Cristóbal Molina Navarrete**

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.  
Universidad de Jaén*

«Las leyes que limitan la expresión religiosa en contextos públicos, promulgadas de buena fe, a veces se explotan de mala fe por personas con agendas excluyentes. El Frente Nacional en Francia, por ejemplo, ha descubierto un fervor por la laicidad que no tenía antes de descubrir que podía usarlo como palo con el que golpear a los musulmanes franceses»

RONAN MCCREA<sup>1</sup>

## 1. MARCO NORMATIVO: ANOMIA GENERAL, DOMINIO DE NORMAS SECTORIALES

El contexto sociodemográfico del mundo del trabajo en España ha cambiado de forma profunda por los procesos inmigratorios que retornan tras la crisis (de ello da cuenta el sugerente [editorial](#) de este número a cargo de la profesora Margarita Miñarro). Ese cambio nos ofrecería una imagen de diversidad sociocultural, incluida la cuestión de la identidad y creencias religiosas, que nada tiene que ver con el tiempo en el que se firmaron las leyes de cooperación del Estado

---

<sup>1</sup> McCrea, R. (2017). La fe en el trabajo: la jurisprudencia comunitaria sobre el velo. <<http://eulawanalysis.blogspot.com>> (17-5-2017). Recuperado de <<http://eulawanalysis.blogspot.com.es/2017/03/faith-at-work-cjeus-headscarf-rulings.html>> (consultado el 21 de enero de 2018).

con confesiones no católicas (ej.: [Ley 26/1992, 10 de noviembre](#) –Acuerdo de Cooperación con la Comisión Islámica de España–). Sin embargo, ni entonces, ni hoy, ni en un futuro próximo, el marco legislativo nacional, más allá de mantener la sacralidad de la libertad religiosa (art. 9 [Convenio Europeo Derechos Humanos](#); art. 16 [Constitución española](#) –CE–; [LO 7/1980, de 5 de julio](#)), muestra interés alguno por traducir esa diversidad en derechos y garantías, con sus límites, por supuesto.

Sin perjuicio del enfoque tradicional de reconocimiento y garantía de la prohibición de discriminación y de la promoción de una igualdad de trato en el empleo y en el trabajo (art. 14 [CE](#); [art. 17 Estatuto de los Trabajadores](#) –ET–; [Directiva 2000/78/CE](#)), viene rigiendo el principio de neutralidad empresarial fijado hace más de tres décadas por la [STC 19/1985](#). No deja de ser llamativo que, como se advirtió en el [comentario](#) al Real Decreto-ley 18/2007, de 24 de noviembre (núm. 418 de esta revista), ni siquiera en el marco de la promoción de políticas de pura responsabilidad social, esto es, voluntaria y en grandes empresas, se haga referencia al criterio de la diversidad sociocultural (incluida la diferencia de identidades y de creencias religiosas), quedándose solo en la edad, el sexo y la discapacidad. Ciertamente, si no se dice nada es porque nada incluye tampoco la directiva que traspone, evidenciando que no hay ningún consenso en Europa sobre la mejor manera de abordar la cuestión del papel del multiculturalismo, y de la diversidad religiosa, sobre todo para la población musulmana, en particular en la vida pública. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos –TEDH– admite los dos extremos (protección de la diversidad y neutralización de la misma en la vida pública).

Unas y otra tienen sus adeptos y sus detractores, con fundados argumentos ambos. No es mi intención entrar en ese vaporoso debate. Aquí interesa destacar cómo ha estallado recientemente en España, al tiempo que en otros países europeos, en relación con una cuestión de alcance quizás mucho más simbólico («cosmético») que de fondo: si es lícito que las mujeres musulmanas lleven velo en el trabajo si los empleadores les exigen no llevarlo. La actualidad en España de ese debate europeo, comunitario y comparado vino de la mano de la doctrina fijada por el [Juzgado de lo Social número 1 de Palma de Mallorca de 6 de febrero de 2017](#) (caso Acciona Airport Services), hoy firme, por no recurrida (a ella le hemos dedicado varios análisis: *vid.* Poquet en [RTSS.CEF](#), núms. 413-414, pp. 53-74). Luego le tocaría el turno al omnipresente Tribunal de Justicia de la Unión Europea –TJUE– con dos sentencias (casos [Achbita](#) y [Bougnauui](#)), algo crípticas y aparentemente de signo contradictorio –no será así–, en las que parece reafirmarse el principio de neutralidad empresarial si así lo demanda la clientela (sobre estas sentencias el [diálogo](#) del profesor Camas en [RTSS.CEF](#), núm. 410, pp. 123 y ss.). Ninguna de estas protagoniza las historias de «ciudadanía religioso-musulmana» que suscita el presente diálogo, si bien están en su trasfondo, sino las dictadas por la sala riojana, en relación con tres «rebeldes» –o valientes– mujeres musulmanas que pretendían hacer valer su derecho a llevar el velo islámico al trabajo, como expresión de su fe, resultando, sin embargo, sacrificado en ese altar moderno de diseño de mercado que son las «normas de certificación de la calidad», revestidas de las omnipresentes razones de seguridad –este monográfico ofrece muchos ejemplos–: aquí seguridad alimentaria.

¿Cómo enlaza esta cuestión de la seguridad alimentaria con la libertad religiosa en su vertiente de la opción personal por una vestimenta diversa del común de la plantilla, pero prescrita por la confesión que se profesa? Sin perjuicio de dar respuesta cumplida más adelante, ahora será oportuno recordar brevemente el marco normativo heterónomo en el que se enmarca este aspecto de la gestión de la diversidad religioso-cultural en la empresa. Y digo brevemente no solo por ser exigencia de este formato, sino porque todo puede reducirse hoy, tras la aplicación de la política comunitaria de liberalización de cargas administrativas a las empresas de este sector también, a tres o cuatro líneas. Así, tras el [Reglamento \(CE\) 852/2004, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004](#), relativo a la higiene de los productos alimenticios, que derogó toda la exhaustiva normativa técnico-administrativa en materia, las empresas del sector deben garantizar el fin de la máxima seguridad alimentaria, pero sobre un modelo de plena flexibilidad y autocontrol de mercado. Poco más.

Aunque pudiera tenerse la sensación de que con tal modelo liberal la incertidumbre reinará, difícilmente corregible por alguna «nota» de orientación administrativa, para impedir la desviación y el caos (*vid.* [Nota informativa de la Comisión Institucional de 17 de noviembre de 2013 de la Agencia Española de Seguridad Alimentaria y Nutrición](#)<sup>2</sup>), no debe cundir el pánico. Otro sistema regulador ha ocupado con fuerza ese espacio dejado vacío, deliberadamente, por la norma jurídica estatal y pública. Surge el caldo de cultivo para las reglas de normalización internacional, voluntarias de forma pero plenipotenciarias en los hechos (sin ellas no accedes al mercado o sales pronto de él), típicas del sistema de certificación de la calidad (a cargo, previo pago, por supuesto) de organismos internacionales –privados, claro– autorizados. Será el caso de GLOBALG.A.P., «la norma mundial para las Buenas Prácticas Agrícolas» (G.A.P.), como sistema nacido, cómo no, en el Reino Unido, para armonizar normas y procedimientos con un sistema de certificación independiente para las buenas prácticas agrícolas. A partir de ahí, su crecimiento ha sido espectacular, vendiéndose como la norma capaz de asegurar la inocuidad alimentaria dando fe –a empresarios y consumidores– de que los métodos de cultivo y producción no solo son sostenibles ambientalmente, sino que respetan «el bienestar de los trabajadores y de los animales» (la conjunción no es mía, aparece tal cual en su página web <<https://www.globalgap.org/es/who-we-are/about-us/history/>>).

En definitiva, la cuestión laboral relativa a la diversidad de vestimenta –con la variable religiosa– como la mercantil relativa a la seguridad alimentaria confluyen. En el absentismo legal, son el dominio de los «usos» (socioprofesionales en un caso, mercantiles, en otro).

<sup>2</sup> AESAN. (2013). Nota informativa sobre la formación de manipuladores de alimentos en las empresas alimentarias tras la derogación del Real Decreto 202/2000, de 11 de febrero, por el que se establecen las normas relativas a los manipuladores de alimentos. <[www.aecosan.msssi.gob.es](http://www.aecosan.msssi.gob.es)> (17-11-2013). Recuperado de <[http://www.aecosan.msssi.gob.es/AECOSAN/docs/documentos/seguridad\\_alimentaria/gestion\\_riesgos/nota\\_informativa\\_manipuladores.pdf](http://www.aecosan.msssi.gob.es/AECOSAN/docs/documentos/seguridad_alimentaria/gestion_riesgos/nota_informativa_manipuladores.pdf)> (consultado el 21 de enero de 2018).

## 2. SUPUESTO DE HECHO: SÍNTESIS DEL RELATO FÁCTICO PARA LA NORMA DEL CASO

Una empresa riojana, dedicada al ciclo productivo completo del champiñón, tiene contratadas en su plantilla a un número elevado de mujeres musulmanas. Desde sus inicios, la empresa tiene instaurada una norma interna –no recogida en el convenio colectivo de empresa– sobre la vestimenta laboral: bata que cubra totalmente el cuerpo y gorro que haga lo propio con el pelo. Si llevan barba o bigote deben estar cubiertos. Está prohibido llevar cualquier joya y esmalte en uñas. Todos los trabajadores reciben formación específica y escrita.

La empresa ha venido manteniendo una política de tolerancia o flexibilidad respecto de la exigencia de esta norma. Tras una visita del auditor de empresa certificadora del sistema Global GAP, que les advirtió verbalmente sobre la contravención constatada de su normativa en materia de seguridad alimentaria (a las mujeres que llevaban velo islámico les cubría también el cuello, la bata de trabajo no tapaba y otras llevaban sudadera con capucha por fuera de la bata), con apercibimiento de pérdida de la certificación, se hizo saber a todas que no habría ya tolerancia alguna. La mayoría cumplieron, salvo un pequeño reducto. Tras varias sanciones disciplinarias por ese motivo –suspensión de empleo y sueldo–, la pertinaz inobservancia llevaría a su despido, porque seguían incumpliendo: «(...) poniendo en riesgo no solo a los clientes de la empresa, sino la salud de los consumidores». Las tres mujeres que fueron despedidas presentaron, de una forma independiente, demanda, siendo desestimadas sus acciones.

## 3. DOCTRINA JUDICIAL: BREVIARIO DE RAZONAMIENTOS JURÍDICOS PARA EL FALLO

La [STSJ de La Rioja 132/2017, de 22 de junio](#) (que se reitera en las dictadas por la sala en igual fecha para los recs. [181/2017](#) y [178/2017](#)), confirma la procedencia del despido. A su juicio, la causa sería completamente «ajena a la utilización del hiyad como signo externo de una confesión religiosa», respondiendo realmente a meras «razones de seguridad alimentaria en el trabajo». Este fallo se fundamentaría, tras un detenido repaso por la jurisprudencia existente (constitucional, ordinaria, comunitaria), en tres argumentos, básicamente.

El primero, no habría ni bases, ni indiciarias ([STC 10/2011](#)) para la discriminación directa, porque la norma –que en este caso existe, a diferencia del supuesto balear invocado– tiene un alcance sistemático y general, afectando a toda «prenda de vestir» de quienes presten servicios para el departamento de producción. El segundo rechaza que haya discriminación indirecta, porque sin perjuicio del mayor impacto que pudiera tener en las seguidoras de fe musulmana, el fin es legítimo (test de la justificación), la medida necesaria y el sacrificio de la libertad razonable (proporcionalidad). La sala concluye su incapacidad para encontrar:

(...) solución alternativa a la ofrecida por la empresa [recoger el velo dentro del gorro] que permita compaginar las exigencias de salubridad en la manipulación de alimentos conforme a la norma de calidad, y el derecho de la trabajadora a la utilización plena de ese signo externo de la religión (...) como manifestación de la vertiente externa de su libertad (...).

Finalmente, también rechaza que el tránsito de la tolerancia empresarial a la exigencia rígida quiebre el principio de buena fe contractual, porque habría habido información clara, a partir de la cual se produjo la exigencia, y gradualidad, porque primero se advirtió, se intentó llegar a acuerdos y se sancionó disuasoriamente de inicio –suspensión–. Consecuentemente, el incumplimiento sería culpable, pues no tiene justificación en un derecho fundamental o defensa del bien jurídico legítimo (derecho de resistencia del trabajador), y grave, por insistir en la rebeldía al cumplimiento de una medida que la empresa necesita para su actividad.

## 4. TRASCENDENCIA DE LA DOCTRINA MÁS ALLÁ DEL CASO: JUICIO DE CONFORMIDAD CON LA JURISPRUDENCIA EUROPEA Y PAUTAS PARA CASOS FUTUROS

### 4.1. *Las normas de empresa indiscriminadas: adecuación a los precedentes judiciales sobre libertad indumentaria (imagen) y de identidad de creencia (libertad religiosa)*

#### 4.1.1. El conflicto entre libertad indumentaria y potestad de uniformidad empresarial sin connotaciones sexistas o religiosas: breve balance judicial

De extraordinaria significación doctrinal y práctica, el razonamiento de la sala riojana nos parece de correcta y brillante factura técnico-jurídica. Precisa las pautas valorativas útiles para solucionar el conflicto entre el poder de uniformidad y libertades de los trabajadores (religiosa, derecho a la imagen personal), a fin de que aquel no sacrifique estas de una manera desproporcionada, reconociendo un ámbito básico de identidad personal en la empresa. Pero, como se dijo en el [prólogo](#) de este monográfico de práctica judicial (sobre historias cotidianas de ciudadanía civil de los trabajadores en las empresas), la comprensión de estos derechos por el solo ingreso en la organización productiva es manifiesto, por lo que son variadas las razones que obligarán a constreñir, durante la jornada –y a veces incluso más allá–, su vigencia práctica. Desde esta perspectiva, la doctrina judicial de la sala riojana se acomoda a la experiencia previa en nuestro país, desde hace tres décadas, en torno a la libertad indumentaria (derecho a la imagen), se conecte o no con un ejercicio de la libertad religiosa. Desde este punto de vista tradicional, la doctrina es previsible y conforme.

Sin deslizaros por el resbaladizo mundo de lo nostálgico (la realidad actual evidencia que no es melancolía de un mundo perdido, sino constatación de un mundo que vuelve –o quizás no se ha ido nunca–), es forzado remontarnos al primer gran hito de la práctica laboral de derecho funda-

mental civil a la imagen: la mítica barba del barman obligado, por los usos de hostelería de aquel entonces, a rasurársela (STC 170/1987). En aquel momento, barba se identificaba con falta de aseo, hoy no –necesariamente–. La norma de empresa de nuestro diálogo no conoce de velos ni de barbas libres: no obliga a rasurarlas, sí a cubrir las –no sé cómo se cubriría una barba o perilla–. La experiencia judicial posterior mostró más comprensión con esa libertad de estilo personal, siempre que se evidenciara el cuidado de la barba o perilla, para que no hubiese problema real de higiene personal.

Así, la STSJ de la Comunidad Valenciana de 29 de mayo de 1996 (rec. 3551/1995) declaró improcedente el despido de un trabajador con perilla (corta y perfectamente cuidada) al que, dedicado a la manipulación de alimentos frescos, el empresario pidió que rasurara por higiene alimentaria, porque estaba muy aseada y no había uso profesional en contra. Fallo y razonamiento análogo al de la [STJ de Madrid de 18 de abril de 2001 \(rec. 1405/2001\)](#), en un caso similar (un cocinero que, además del bigote que llevaba desde su ingreso en la empresa, se deja perilla, recortada y aseada, es requerido a rasurársela, con base en su dedicación a la manipulación de alimentos al objeto de garantizar la salubridad y seguridad de estos). En este caso, si bien regía el viejo modelo reglamentista ([RD 202/2000, de 11 de febrero](#)), la sala primó, en el juicio de razonabilidad, que no había uso profesional contrario, manteniendo el trabajador el debido aseo. En cambio, si identifica tal norma sectorial (administrativa o uso profesional), el derecho fundamental cederá. Así, en un caso semejante al de esta glosa judicial anotada, la [STJ de Madrid de 10 de julio de 2001 \(rec. 2051/2001\)](#) declarará legítimo despedir a un trabajador que se niega a ponerse el gorro de cocina, remitiendo al entonces vigente –hoy derogado– [Real Decreto 2207/1995, de 28 de diciembre](#) (normas de higiene relativas a los productos alimenticios), y al acuerdo laboral estatal para el sector. Las razones de seguridad alimentaria se imponen, pues.

Pero la norma de nuestro diálogo tampoco conoce de sudaderas o cualquier forma de vestir no adecuada al estándar de certificación. Ciertamente, la línea de política judicial del derecho es de favor por la razón de uniformidad del empresario, al ser legítimo que quiera identificar el servicio con cierta imagen externa del trabajador (test de justificación), siempre que haya norma clara (trasparencia) y no lesione ni la dignidad ni sacrifique irrazonablemente la libertad indumentaria (proporcionalidad). Por eso la [STJ de Madrid de 7 de mayo de 2002 \(rec. 892/2002\)](#) ve lícito que un trabajador, teleoperador, vista de corto en el trabajo, por no existir norma interna prohibitiva expresa ni realizar funciones de «contacto (...) con el público».

Una vez más, coherente con esa doctrina, la sala llegará a la solución opuesta –despido procedente– si queda probado ese contacto con el público y, en consecuencia, se presume un uso socioprofesional favorable a cierto modo de vestir, al margen de que exista una norma escrita interna o un acuerdo expreso ([STJ de Madrid de 5 de noviembre de 2007, rec. 3506/2007](#), respecto de un comercial en concesionario de automóviles, que insistía en trabajar en ropa deportiva). Claro está, siempre que no exista un interés general preferente, como pueden ser las omnipresentes y omnipotentes «razones de seguridad». Razones que pueden favorecer al trabajador. Por ejemplo, la [STJ de Cantabria de 17 de agosto de 2000 \(rec. 802/2000\)](#) concede un derecho de resistencia a una camarera que usa *piercing* en la nariz, ordenándole el empleador quitárselo por higiene alimentaria. Para la sala, al margen del conflicto general entre la decisión de libertad personal sobre

su apariencia física y las facultades directivas, en un escenario de ciertos tradicionales usos profesionales, en el que elude entrar, entiende que ha de primar aquí el peligro que tal orden crea para la salud física de la trabajadora, pues quitarlo crea un riesgo a tal fin que no ha de soportar esta. Pero, por lo general, favorecen el ejercicio del poder empresarial. Es el caso de la [STSJ de Illes Balears de 7 de octubre de 2003, rec. 552/2003](#), que declara procedente un despido de trabajador en pista de aeropuerto que se niega de manera sistemática a ponerse los chalecos reflectantes, con lo que se contradirían las medidas de seguridad impuestas por AENA.

#### 4.1.2. El conflicto entre uniformidad empresarial y libertad de indumentaria mediante usos sociales sexistas o de indiferencia religiosa: ¿evolución jurisprudencial?

Pero ¿qué sucede cuando sí se hace preciso entrar a resolver directamente la colisión entre derechos fundamentales y ese poder, conectando la libertad de indumentaria personal *ex* artículo 18 de la **CE** con otros derechos fundamentales, medien o no normas escritas, usos sociales y contacto del trabajador con la clientela? Por ejemplo, cuando concurre con la prohibición de discriminación sexista. Pues según una primera línea jurisprudencial, nada diferente. Piénsese en la sentencia, cierto que polémica y trasnochada, de las azafatas del AVE y su deber de vestir falda, sin poder optar al traje-pantalón, que sí llevaban los azafatos. No habría sexismo alguno, a decir unánime de la sala social de entonces, porque imponer la falda a las empleadas «que tienen relación directa con la clientela, (...) no obedece a un motivo sexista, (...) pues la obligación de uniformidad parece razonable en una empresa pública, que, con la instauración de un (...) moderno medio de comunicación (AVE), trata de uniformar a quienes de manera constante (...) proyectan sobre los clientes la imagen de la compañía, en condiciones de igualdad con otras empresas (...)» ([STS de 23 de enero de 2001, rec. 1851/2000](#)).

¿Una visión sexista de tiempos pasados la que identifica calidad de imagen empresarial con falda de las mujeres? No estoy muy seguro.

Compruébese sino cómo, una década después, la sala, parcialmente renovada, mediando la [Ley Orgánica 3/2007](#), de igualdad efectiva entre hombres y mujeres, y viceversa, pese a declarar discriminatorio exigir usar falda, delantal y cofia a las enfermeras, privándoles de optar por el pijama sanitario permitido a los hombres, advierte:

1. Una tal exigencia, aun sexista, por tanto discriminatoria directamente, no vulnera al tiempo la dignidad de la mujer ([STS, 4.ª, de 19 de abril de 2011, rec. 16/2009](#)). Y es que el poder de uniformidad depende de «formas sociales de vestir»: «la imposición de un uniforme como el que se discute (falda, medias, delantal con peto y cofia), en modo alguno afecta de la dignidad (...), pues la utilización de la falda en dimensiones normales no solo está socialmente como algo (...) corriente, sino que (...) se vincula (...) con tradicionales (...) ideas de elegancia femenina [*sic*], cuando, (...) no hay exhibición física (...) excesiva que no sea (...) absolutamente normal desde el punto de vista de nuestros usos sociales».



2. Consecuentemente, concluye, con «total y absoluta perplejidad» para una inteligencia ciudadana media: «No hay, por tanto identidad de supuestos [con las azafatas del AVE] ni la doctrina jurisprudencial citada se contradice con la que ahora se sostiene».

Sin más comentario (lo dejo a la sagaz conclusión del libre lector). No sin advertir que la doctrina judicial parece interiorizar cambios más acordes con la nueva conciencia social. Un ejemplo lo ofrece la [STSJ de Madrid 426/2015, de 3 de junio](#), que pese a mantener el constante protagonismo tanto de las normas de empresa sobre imagen personal –a su juicio no había exigencia en ella– como, sobre todo, de los usos sociales, consideró sexista y discriminatorio exigir a una dependiente ir maquillada: «amén de que no se ha acreditado (...) que la actora acudiese al trabajo de forma inadecuada (ropa, apariencia física, aseo personal) (...) no se trata de que se la exigiera una uniformidad (...) adecuada conforme a los usos sociales (evitando, *v. gr.*, ropas, accesorios o maquillajes impropios), sino que, al exigírsele que fuera maquillada, se estaba incidiendo en un aspecto relacionado claramente con la imagen más básica de la persona». La referencia no es baladí porque se recordará que la norma escrita de empresa de nuestro diálogo prohíbe que se acuda al trabajo con ciertos accesorios o esmaltes de uñas.

¿Y cuando la interacción de la libertad indumentaria se vincula a la libertad religiosa, qué precedentes hallábamos antes de la decisión del juzgado mallorquín citado? Pues, en ese mismo escenario jurisdiccional balear, la dirección liberal parecía asentada, eso sí, por enésima vez, a falta de norma escrita prohibitiva (*vid.* [STSJ de Illes Balears de 9 de septiembre de 2002, rec. 390/2002](#)).

La sala de suplicación balear –que tuvo en cuenta la más citada sentencia de instancia para autorizar el velo a la trabajadora de la compañía aérea– calificó de improcedente el despido de un conductor de autobús, de religión judía, que conducía habitualmente con su «gorra» preceptiva (kipá), sin que ni el convenio que regula el uniforme de los trabajadores ni normativa municipal interna alguna formulara prohibición en tal sentido ni estableciese cubierta para la cabeza alternativa. Pese a esa ausencia de norma, la empresa concesionaria le requirió para que se la quitase y, al incumplir reiteradamente, le despidió. Para la sala, en ausencia de regla escrita de contrario, debe primarse la elección personal, por obedecer tanto a una creencia religiosa como a una señal de identidad conforme con ella, en línea con la [STC 154/2002](#) para el ejercicio de este derecho cívico-religioso con carácter general, proyectándolo en la empresa. No obstante, hace una advertencia, como asumió la juez del [caso Acciona Airport Services](#), para legitimar el velo islámico en ese supuesto, sobre la necesidad de mantener el absoluto dominio del juicio basado en el particularismo fáctico (diversa norma judicial para cada caso), pues este tipo de conflictos «no admite una solución única. Dependerá de las circunstancias (...), ponderando hasta qué punto el comportamiento (...) a que (...) obligan (...) convicciones religiosas resulta inocuo para los intereses de la empresa o (...) incompatible con ellos».

¿Y en nuestro caso? La solución no puede ser sino rotundamente positiva. La norma de la empresa riojana no es directamente discriminatoria por razón de sexo, por revelarse con una finalidad netamente sistemática y generalizada, afectando a todas las personas, mujeres y hombres,



religiosos o no. Superaría, pues, el triple test de legitimidad, ya visto con relación al ejercicio de todo poder empresarial (directivo, de control, de vigilancia, disciplinario, etc.) que se enfrenta a derechos fundamentales del trabajador. La «apropiación empresarial» temporal y parcial de la «imagen externa» (durante la jornada) sí responde a un fin legítimo, transparente e indiscriminado. Ahora bien, ¿supera el test de legitimidad de las discriminaciones indirectas?

#### *4.2. El test de legitimidad de la discriminación indirecta: protección de interés de la clientela a través de normas voluntarias pero «plenipotenciarias» en clave de mercado*

La sala entiende que respeta la reciente jurisprudencia del TJUE, que a su vez sigue la propia del TEDH ([caso Eweida](#)). Ciertamente, esta reconoce legitimidad a una norma de empresa que, aun pudiendo revelarse como una discriminación indirecta por razón de la religión [art. 2.2 b) [Directiva 200/78/CE](#)], se justifique por proteger su imagen de neutralidad ante el interés de la clientela a que quienes se relacionan con ellos no hagan expresión de creencias y/o identidades del tipo. Pero, justificada y transparente, le exige un doble juicio de corrección jurídica más: necesidad y proporcionalidad.

Dejando ahora de lado la [cuestión que acaba de plantear el abogado general Tanchev en el asunto C-414/16](#) (control de legitimidad de los requisitos profesionales establecidos por las asociaciones religiosas –empresas de tendencia– en caso de alegar discriminación directa basada en la religión o en las convicciones) de si existe o no un derecho subjetivo exigible entre particulares cuando entra en conflicto con el derecho de las asociaciones religiosas a su autonomía y libre determinación (ni hay sentencia ni este es el caso), está asumido ya que «el interés de la clientela», por tanto razón de mercado, en unos casos válido y eficaz (legítima una política empresarial de neutralidad religiosa), en otros puede no serlo («requisito profesional esencial y determinante» para ejercicio de la actividad), si responde a una mera voluntad empresarial de atender los «deseos» de un cliente que no tolera relacionarse profesionalmente con trabajadoras que exhiban el velo (caso [Boungaoui](#)). Tampoco aquí, con esta solución paradójica, hay contradicción real, porque los diversos tratamientos de una misma cuestión (protección del interés de la clientela al actuar neutral de la empresa respecto de las identidades-creencias religiosas) responden a diferentes situaciones. En nuestra sentencia, la empresa no tiene ninguna intención de prohibir el velo, sino tan solo que lo oculten, como toda vestimenta de cualquier otro trabajador que no cumpla con la pretoriana exigencia de una norma que, si voluntaria en lo formal, resulta imperativa en la práctica, porque su incumplimiento impediría o dificultaría sobremanera la continuidad competitiva de la empresa en ese mercado global, con lo que el perjuicio es manifiesto.

En definitiva, ninguna inquietud en orden a la convivencia pacífica de todos (mayorías autóctonas y minorías islámicas) revela la empresa. Su única preocupación es económica: no perder la certificación que le abre la puerta del mercado y en riesgo por la advertencia de los certificadores («hombres de negro» modernos, más temidos que los propios inspectores de trabajo). El «deber de recato» de las musulmanas rebeldes al cumplimiento vendría impuesto por la protección de la confianza del mercado (operadores y consumidores) asumido por el empleador y que, voluntario,

determina su suerte económica, protegida por el artículo 38 de la CE y por el derecho fundamental a la libertad de empresa (art. 16 [Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea](#), [STJUE de 14 de marzo de 2017, caso Achbita](#)). Nada distinto de lo permitido en Francia ([Cour de Cassation 2484/2017, de 22 de noviembre](#)), eso sí, con el refuerzo de ley laboral (*l'article L.1321-5 du code du travail*) y de la constitucional. La Corte francesa, en aplicación de la [doctrina Bougnaoui](#), legitima las normas que exigen de los trabajadores recato o discreción respecto de sus convicciones religiosas para tutelar la diversidad de sensibilidades de la clientela, pero siempre que preexistan, lo que en el caso no sucedería, por ser la orden meramente verbal, anulando el despido.

Ni creo que tampoco diferente de lo vigente en Bélgica (también país de neutralidad del Estado ante las manifestaciones de libertad religiosa en cualquier ámbito público), aunque en este supuesto, su Tribunal Supremo parece abrir mayores dudas, aplicando ahora la doctrina del citado [caso Achbita](#), tampoco exenta de incertidumbre. Recuérdese que el TJUE, siguiendo una pauta muy típica suya, de auténtica justicia oracular, que crea más dudas en el juez que le pregunta que pautas de orientación cierta le da, asume que:

(...) no puede descartarse que el tribunal remitente llegue a la conclusión de que la norma interna controvertida [prohíbe toda indumentaria, del signo que sea, que exhiba una fe religiosa] establece una diferencia de trato basada indirectamente en la religión o las convicciones [artículo 2.2 letra b) de la Directiva 2000/78] si se acredita, extremo que le corresponderá comprobar [al juez remitente], que la obligación aparentemente neutra que contiene dicha norma ocasiona, de hecho, una desventaja particular a aquellas personas que profesan una religión o tienen unas convicciones determinadas.

¿Qué ha hecho el tribunal belga remitente (nada menos que el Tribunal Supremo belga)? Pues lo que el TJUE suele, desplazar la «patata caliente» a otro nivel, de modo que ha anulado la sentencia de instancia (Tribunal Laboral de Gante) y le ha devuelto los autos para que, con las nuevas pautas jurisprudenciales, que asume como inciertas, resuelva el pleito, y ya le llegará de nuevo y decidirá él ([Sentencia de la Cour de Cassation de 9 de octubre de 2017](#)). Aunque el Tribunal Supremo belga deja claro que el empleador no ha incurrido en una vulneración deliberada, pues no podía prever de forma razonable que el despido pudiese ser, conforme a la norma interna, discriminatorio, al no aportarse suficiente prueba estadística por el trabajador en el caso, sin discriminación directa posible, sí que cabría tacha de discriminación con el criterio del TJUE, cuya verificación al juez de instancia incumbe, como también el TJUE asume.

#### 4.3. *La última trinchera defensiva de la libertad: ¿hay deber de acomodación razonable «o lo tomas o lo dejas»?*

¿Qué relevancia puede tener para nuestro caso y, más aún, para casos futuros en el Derecho español, que seguro se darán, más pronto que tarde, esta apreciación de experiencia judicial comparada, dentro de un marco común jurisprudencial comunitario? Recuérdese que la palabra

del *praetor imperator* comunitario debe cumplirse en todo el «Impero del Derecho» de la Unión Europea, incluida España, cada vez más conmovida por la intensidad de su fuerza pretoriana. En principio no es indiferente, aunque la sala riojana le ha cerrado el paso, para este supuesto.

Para comprender mejor lo que se quiere decir, es obligado traer a colación dos pautas de orientación interpretativa que el TJUE da a los tribunales nacionales. Primero, que ha de limitarse «a lo estrictamente necesario» (juicio de necesidad), por lo que la norma restrictiva solo puede aplicarse a los «trabajadores que están en contacto con los clientes» (por enésima vez el cliente siempre lleva razón, inequívoca ley de mercado, a su vez trasfondo de las reglas de responsabilidad social de la empresa: satisfacción de la clientela, interna y sobre todo externa). Segundo, reclama del empleador un esfuerzo para acomodar si no es una carga irrazonable para él, su política a la libertad religiosa, buscando un puesto de trabajo, dentro de la empresa, compatible con la exhibición indumentaria en el trabajo de la fe religiosa (razonabilidad). Sin duda, el TJUE tiene en cuenta que, en caso contrario, la beligerante defensa que suelen hacer estas mujeres de su convicción religioso-indumentaria (cosa distinta es si deriva de una autodeterminación de espíritu voluntaria o le viene impuesto, a su vez, por un uso sociocultural específico que discrimina claramente a las mujeres musulmanas) llevará a la pérdida de empleo. Y esta es una de las formas más relevantes de integración en la sociedad de acogida, no solo de las personas inmigrantes sino, más aún, de mujeres que, como bien nos expresa la profesora Miñarro en el [editorial](#), sufren doble vulnerabilidad-discriminación por su origen y sexo, en un escenario cultural propio sexista.

De este modo participa el TJUE del favor por las normas de flexibilidad interna sobre la externa (apdo. 43 de la [sentencia](#)):

corresponderá al tribunal remitente comprobar si, tomando en consideración las limitaciones propias de la empresa y sin que ello representara una carga adicional para esta, (...) tenía la posibilidad (...) de ofrecer (...) un puesto de trabajo que no conllevara un contacto visual con los clientes en lugar de proceder a su despido.

¿Y en el supuesto de nuestro diálogo? La sala riojana tiene en cuenta lo que dice el TJUE pero, por imposibilidad real o por impericia, o porque se trate más de un brindis al sol que de un deber prestacional real y serio nuevo a cargo del empleador, creado por el Derecho pretoriano del TJUE, afirma que no lo ha conseguido y, en consecuencia, no ve otra forma de conciliar el legítimo interés de la empresa con la defensa beligerante de las trabajadoras musulmanas que se resisten a aquel despido. ¿Y en otros casos, qué?

Desde luego, el pasado no ha sido halagüeño. Ya se planteó esta cuestión del deber de acomodación hace dos décadas y se rechazó, pese a la solemnidad del discurso judicial en defensa de la libertad religiosa. Pero no la protegió en la práctica. ¿Por qué?

El atento lector de este monográfico no se sorprenderá por el motivo: porque incurrió en una pretendida —¡cómo no!— falta de buena fe de la trabajadora, que no informó a su empresario de sus «necesidades especiales» como musulmana (pese a la facultad de reserva del art. 16 CE).

En este caso, no eran relativas a la indumentaria, claro, pues no estaba en juego, por aquel entonces, el uso del velo, sino el no poder trabajar con productos derivados del cerdo ([STSJ de Madrid 776/1997, de 27 de octubre](#)). La carga moralizante de la sentencia amerita mayor comentario, que no puedo hacer aquí.

No mejores expectativas de asunción real derivarán de la experiencia judicial nacional respecto del ámbito de protección de la diversidad en las empresas que sí cuenta con previsión legislativa (art. 40 –medidas para compensar las desventajas creadas por la discapacidad como garantía de la plena igualdad en el trabajo– [RDLeg. 1/2013, de 29 de noviembre](#), por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social –TRLDPD–), el relativo a las personas con discapacidad. Precisamente, la cuestión parecía retomar actualidad en virtud del asunto Ruiz Conejero (la cuestión prejudicial de un juez de lo social de Cuenca –que también existe y viaja, virtualmente, a esa ciudad estelar de la justicia que hoy es Luxemburgo– relativa al carácter discriminatorio o no del despido por absentismo de las personas con discapacidad o enfermedad asimilada, como sería la obesidad que produzca análogas limitaciones de integración de la persona en la vida laboral) por la específica llamada de la abogada general, en sus conclusiones, a ese deber de acomodación razonable del empleador:

En el supuesto de que el trabajador padezca una discapacidad y de que el empresario o bien lo sepa, o bien debiera razonablemente ser consciente de ello, el empresario tendrá la obligación de adoptar medidas adecuadas para realizar ajustes razonables con arreglo al artículo 5 de la directiva, salvo que le suponga una carga excesiva. El incumplimiento de esta obligación dará lugar a que el despido del trabajador sea contrario a los requisitos establecidos en la directiva.

Pues bien, una vez más, las expectativas de renovación jurídica mediante el Derecho jurisprudencial han quedado más devaluadas –para lamento de unos, y alivio de otros, claro–, ya que la [STJUE de 18 de enero de 2018, C-270/16, caso Ruiz Conejero](#), no solo ha dejado fuera del fallo esta cuestión, sino que en su razonamiento ha orillado por completo ese enfoque de la abogada general y lo ha sustituido por una referencia muy genérica, traída precisamente por el propio gobierno español –luego es evidente que resulta más cínica que fiable–, según la cual, a fin de hacer el obligado juicio de proporcionalidad (nivel de sacrificio del empleo):

Como ha destacado el gobierno español, entre los elementos que han de tenerse en consideración a efectuar la evaluación (...), figuran las disposiciones del ordenamiento jurídico español destinado a la protección específica de las personas con discapacidad, concretamente el art. 40 TRLDPD (...). En efecto (...) pueden prevenir o compensar las desventajas ocasionadas por la discapacidad, incluida la posible aparición de enfermedades vinculadas (...)» (apdo. 55).

La sentencia es el colmo del «cripticismo», por su oscuridad y sentido enigmático, tan típico de la justicia oracular del TJUE. Dice que el [artículo 52 d\) del ET](#) resulta contrario al artículo 2.2 letra b) inciso i) de la [Directiva 2000/78/CE](#) por incluir la posibilidad de computar ausen-

cias derivadas de enfermedades atribuibles o asimilables a la discapacidad. Pero solo si «dicha normativa tiene la finalidad legítima de combatir el absentismo y no [va] más allá de lo necesario para alcanzar esa finalidad, lo cual corresponde evaluar al órgano jurisdiccional remitente».

Esto es: sí, pero no; no, pero sí. Sin duda ilustra una pauta digna de las viejas respuestas de la pitonisa o sibila que interpretaba al oráculo de Delfos cuando los clásicos griegos viajaban al templo de Apolo en dicha ciudad de la sabiduría divina. Una vez más, al juez corresponde realizar ese papel de «sibila» y ser capaz de interpretar qué le ha dicho el TJUE, cuando es jurisprudencia social consolidada que tal precepto responde a la finalidad legislativa de combatir al absentista «profesional» (*vid.* SSTSJ de [Cataluña 3548/2014, de 15 de mayo](#), [Comunidad Valenciana de 9 de mayo de 2012, rec. 823/2012](#), y [País Vasco 528/3013, de 19 de marzo](#), entre otras).

Pero no es solo críptica, también resulta muy desilusionante. La sentencia desaprovecha la oportunidad para darle un efecto útil, real, a la regla de compensación del mayor riesgo de exclusión que tienen las personas con discapacidad. Un plus de riesgo como el que tendrán también las mujeres musulmanas, que se verán abocadas –pese a lo criticable que es la parte vinculada a la discriminación sexista que provoca su cultura y religión– a abandonar su puesto por la implantación de políticas de neutralidad empresarial a fin de prevenir cualquier disfavor en el mercado, por el rigorismo laicista o por los propios prejuicios, de la clientela.

Todavía tendrá el TJUE otra oportunidad para corregir este deficiente razonar, a fin de tomarse en serio el deber de adopción de medidas realmente protectoras de la diferencia en el trabajo, ahora en atención al sexo. Se trata del asunto [Porras Guisado \(C-103/16\)](#). La misma abogada general que en el asunto anterior resuelve este asunto de la licitud o no de incluir a trabajadoras embarazadas en procesos de despidos colectivos de análogo modo: el artículo 10.1 de la [Directiva 92/85/CEE](#) exigirá «recolocarlas» en otro puesto, prohibiendo incluirlas en tal caso. Claro, corresponde al órgano jurisdiccional nacional determinar si este es el caso. No hay sentencia todavía, por lo que veremos qué dice en este caso el oráculo, perdón, el TJUE.