

LAS TRABAJADORAS NO PUEDEN SER OBLIGADAS A MAQUILLARSE: NULIDAD DEL DESPIDO POR LESIÓN DE SU DERECHO A LA PROPIA IMAGEN

Comentario a la **Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 3 de junio de 2015, rec. núm. 663/2014**

Ana Rosa Argüelles Blanco

*Profesora Titular.
Universidad de Oviedo*

1. VOLUNTAD LEGISLATIVA EN ESTA MATERIA

Por más que la relación laboral se desarrolle en un ámbito privado, la celebración del contrato de trabajo «no implica en modo alguno la privación para una de las partes, el trabajador, de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano» (entre otras, [STC 88/1985, de 19 de julio](#); y, más recientemente, [STC 125/2007, de 21 de mayo](#)). En este sentido, señala nuestra Carta Magna que «se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen» (art. 18.1 CE); también, pues, dentro de la relación laboral. Interesa tener presente que según el artículo 1.3 de la [Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo](#), estos derechos son irrenunciables, inalienables e imprescriptibles, siendo la renuncia a la protección prevista en ella nula, sin perjuicio de los supuestos de autorización o consentimientos, respecto de los cuales señala que «la protección civil del honor, de la intimidad y de la propia imagen quedará delimitada por las leyes y por los usos sociales atendiendo al ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona reservado para sí misma o su familia» (art. 2.1) y que «no se apreciará la existencia de intromisión ilegítima en el ámbito protegido cuando estuviere expresamente autorizada por ley o cuando el titular del derecho hubiese otorgado al efecto su consentimiento expreso» (art. 2.2.).

Ciertamente, la Constitución también reconoce «la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado» (art. 38.1 CE), si bien en la sección 2.^a del capítulo II del título I, entre los «derechos y deberes de los ciudadanos», no en la sección 1.^a donde se regulan los «derechos fundamentales y libertades públicas». Esta libertad sería el fundamento del reconocimiento al empresario de «facultades de dirección y control de la actividad laboral» reguladas, entre otros, en el artículo 20 del [Estatuto de los Trabajadores](#) (ET). Igualmente, el artículo 5 del [ET](#) recoge entre los «deberes laborales» el de «cumplir las órdenes e instrucciones del empresario en el ejercicio regular de sus facultades directivas» (letra c).

Con este marco normativo es clara la máxima garantía que se debe proporcionar a los derechos fundamentales, entre ellos la intimidad y la propia imagen, pero que estos pueden experimentar limitaciones legítimas en el ámbito de una relación laboral siempre que las facultades directivas de las que provengan hayan sido ejercitadas de forma regular. El ejercicio de los poderes organizativos no puede, en suma, traducirse en la producción de resultados inconstitucionales, por lo que valorar la regularidad en la puesta en práctica de las prerrogativas empresariales, sin extralimitación lesiva del derecho fundamental, es fuente de conflictos entre partes. Para determinarla, según doctrina del Tribunal Constitucional, deberá darse en el supuesto cuestionado la estricta observancia del principio de proporcionalidad, concretado, a su vez, en las tres siguientes condiciones: si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto).

En último término, la garantía con la que cuenta la persona trabajadora que se ve afectada por una orden empresarial ilegítima, cuyo incumplimiento termina por ocasionar que se le imponga la más grave medida disciplinaria, es que «será nulo el despido que tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la Ley, o bien se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador» (art. 55.5 ET; art. 108.2 Ley 36/2011).

2. BREVE SÍNTESIS DEL SUPUESTO DE HECHO

La STSJ de Madrid de 3 de junio de 2015 desestima los recursos de suplicación interpuestos por doña Flor y la empresa Preu Bo, SLU, y confirma la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de Madrid, dictada en virtud de demanda presentada por la trabajadora en reclamación por despido.

Los hechos básicos que se declararon probados en la sentencia de instancia se exponen a continuación. La demandante prestó servicios por cuenta de la empresa demandada, ostentando la categoría profesional de ayudante de dependienta, en virtud de un contrato eventual a tiempo parcial de 30 horas semanales celebrado el 23 de abril de 2013. A las trabajadoras, incluida la actora, al tiempo de su contratación se les entregaba un documento denominado «Normativa imagen personal». Mediante comunicación de 19 de octubre de 2013 se participó a doña Flor la imposición de una sanción de amonestación por escrito, a la que siguieron otras cuatro comunicaciones en días sucesivos (20 a 24 de octubre) con sendas amonestaciones. Finalmente la trabajadora fue despedida mediante comunicación de fecha 28 de octubre de 2013 con efectos de ese mismo día. Sobre los motivos de todas estas sanciones únicamente consta probado que acudió durante esos días a trabajar sin maquillarse, no habiendo accedido a hacerlo a pesar de los requerimientos en ese sentido efectuados por la empresa.

Frente a la decisión empresarial la trabajadora presentó demanda por despido, solicitándose en ella su nulidad, o subsidiariamente, su improcedencia, así como que se condenase a Preu Bo, SLU a abonarle una indemnización de 2.000 euros por los daños y perjuicios causados por su comportamiento y al abono de los honorarios del letrado que asistió a la parte.

Con fecha de 13 de junio de 2014 el Juzgado de lo Social núm. 2 de Madrid dicta sentencia en la que estima la demanda de la trabajadora, declarando nulo el despido y condenando a la empresa a readmitirla en idéntico puesto con los mismos derechos que ostentaba antes de ser despedida, al abono de los salarios de tramitación y a una indemnización por daño moral derivado de la lesión de un derecho fundamental a la cantidad de 300 euros; asimismo, se condena a Preu Bo, SLU a cesar en su comportamiento lesivo contra el derecho a la propia imagen de la trabajadora, dejando de exigirle que asista maquillada al trabajo.

Disconformes la trabajadora y la empresa con la sentencia de instancia formulan recursos de suplicación, solicitando la primera el examen del derecho aplicado en la resolución del Juzgado de lo Social y pidiendo la segunda la revisión de la declaración fáctica. En concreto, pretendió la representación de la empresa demandada que se recogiese que en el momento de la contratación también se entregaron otros documentos sobre normas de la tienda y tareas a realizar, y que aparte de lo expresado sobre el maquillaje también se recogieron otras imputaciones en la carta de despido. Concretamente, que la trabajadora no había conseguido los objetivos mínimos, así como su falta de dedicación y una carencia de compromiso con la funcionalidad del equipo.

3. CLAVES DE LA POSICIÓN JURISPRUDENCIAL MANTENIDA EN LA SENTENCIA

El Tribunal Superior de Justicia recuerda la naturaleza extraordinaria del recurso de suplicación por la que, según constante jurisprudencia, aunque pudieran existir otras infracciones no denunciadas no pueden estas ser consideradas por el tribunal *ad quem*, salvo en aquellos supuestos que trascendieran al orden jurídico procesal, dado el carácter de derecho necesario que conlleva su aplicabilidad incluso de oficio. Con cita de diferentes resoluciones del Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional, señala que no es posible admitir la revisión fáctica de la sentencia impugnada con base en las mismas pruebas que le sirvieron de fundamento, ni sustituir la valoración que hizo de ellas el juez de instancia, soberano para la apreciación de la prueba. También, que no pueden introducirse en el momento de la suplicación cuestiones fácticas novedosas, que no hayan sido objeto de alegación y debate en instancia.

Pone de manifiesto el tribunal, frente a las alegaciones de la empresa recurrente, que lo relevante a la resolución del caso es que lo único acreditado en relación con las amonestaciones recibidas es que la actora no iba maquillada y que no accedió a maquillarse pese a los requerimientos recibidos en ese sentido. Frente al suplico de la empresa de que se declare la procedencia del despido, por entender que a la trabajadora le corresponde aportar indicios suficientes de la lesión de

un derecho fundamental y que, acreditadas las causas alegadas para el despido, es la pura alegación de aquella la que atribuyó a la dirección de la empresa la indicación respecto al maquillaje y que se la despidió por el mero hecho de no utilizarlo, lo que acogió el juez de instancia, señala el tribunal que «no cabe ignorar que, según indica expresamente el fundamento jurídico III de la sentencia, la parte demandada reconoció la improcedencia del despido, renunciando a defender el carácter procedente del mismo, lo que el juzgador entiende que se debe a que la comunicación del despido es sumamente genérica e inconcreta». Remarca el Tribunal Superior de Justicia, además, que «a pesar de que la empresa señaló que la obligación de acudir al trabajo maquillada se deriva de la exigencia recogida en la normativa indicada, conocida por las trabajadoras, lo cierto es que, según señala la sentencia recurrida, en las referidas normas internas no se exigía que la trabajadora tuviera que ir maquillada, sino que en caso de maquillarse, el maquillaje debía ser "discreto"».

En definitiva, coincide el Tribunal Superior de Justicia en que «la actuación de la empresa, imponiéndole tales exigencias constituye una clara lesión del derecho fundamental de la trabajadora a su propia imagen [...], pues suponía una seria intromisión, totalmente injustificada, en su libretar para mostrar su imagen física personal». Subraya que no se ha acreditado que la trabajadora acudiese en modo alguno al trabajo de forma inadecuada ni en cuanto a su ropa, ni en cuanto a su apariencia física, ni en cuanto a su aseo personal; y que no se trata aquí de que se le exigiera una uniformidad o apariencia adecuada conforme a los usos sociales (excluyendo, por ejemplo, ropas, accesorios o maquillajes impropios).

En cuanto al recurso de la trabajadora, instando fundamentalmente una revisión de la compensación indemnizatoria reconocida en instancia, tras recordar la jurisprudencia en la materia del Tribunal Supremo sobre la no automaticidad de la condena a su pago cuando se acredite la vulneración de un derecho fundamental, correspondiendo al demandante aportar indicios o puntos de apoyo suficientes en que esta pueda asentarse y al juzgador de instancia la facultad de fijar, en su caso, prudencialmente el montante que corresponda, aunque sea revisable en vía de recurso, concluye que «en el presente caso no cabría acordar, a la vista de lo actuado, una indemnización por daños morales superior a la fijada en la sentencia, al no aparecer que la justificación por el Magistrado deba ser revisada, sin que sean de recibo las alegaciones de la recurrente, en absoluto justificadas».

En definitiva, se desestiman los recursos de suplicación interpuestos tanto por la representación de la trabajadora, para la revisión de la indemnización por daño moral, como por la representación de la empresa, confirmando la nulidad del despido apreciada por el Juzgado de lo Social.

4. TRASCENDENCIA DE LA DOCTRINA ASENTADA Y PROBABILIDAD DE CONSOLIDACIÓN *AD FUTURUM*

La falta de desarrollo normativo de los «derechos fundamentales inespecíficos» en el ámbito laboral y la insuficiente respuesta legislativa ante los nuevos retos y peligros para su garantía confiere una especial relevancia a las construcciones jurisprudenciales, a través de las que se va deli-

mitando su contenido y garantías. En esa línea se inscribe la [STSJ de Madrid de 3 de junio de 2015](#) que confirma la sentencia del Juzgado de lo Social en la que se consideró nulo el despido por lesión del derecho fundamental de la trabajadora a su propia imagen. En este caso se concretaría en una facultad negativa de inmunidad frente a la decisión empresarial que trató de imponerle el maquillaje.

La STSJ de Madrid se separa de la interpretación restrictiva, comúnmente sostenida por el Tribunal Constitucional, conforme a la cual se ha circunscrito el contenido del derecho a la propia imagen al control sobre su captación y difusión, conectando conflictos similares al comentado con el derecho a la intimidad ([STC 170/1987](#), referida a la negativa de un barman a afeitarse la barba). Por el contrario, el Tribunal Superior de Justicia admite que el derecho a la propia imagen alcanza a la libertad de decidir sobre la configuración del propio aspecto, evitando injerencias externas, siguiendo una línea en la que se encuentran resoluciones de otros órganos de la jurisdicción social (por ejemplo, [STSJ de Cataluña de 23 de julio de 2008 –rec. núm. 3296/2008–](#), sobre cambio de centro de trabajo, motivado por la negativa del trabajador al uso de gorra). No es posible concluir que la solución alcanzada, determinando la nulidad del despido por ilegitimidad de la orden empresarial de maquillarse, vaya a ser extrapolada a otros casos similares; téngase en cuenta que se apoya en el hecho de que la «Normativa de imagen personal» solo aludía a que el maquillaje debía ser lo más discreto posible, consiguiendo dar una imagen limpia y cuidada. Por consiguiente, quizá el sentido del fallo hubiera sido otro si se hubiera encontrado en ese documento con una cláusula más clara, en cuanto a que exigiera de forma explícita y rotunda la necesidad de que las trabajadoras fueran maquilladas al trabajo.

Ahora bien, desde una perspectiva más amplia, es preciso mencionar la posible vulneración con previsiones de ese tipo de otro derecho fundamental que, sin embargo, no aparece alegado ni debatido en esta supuesto: el derecho a la no discriminación por razón de sexo de las trabajadoras. Efectivamente, son varias las sentencias dictadas en los últimos años que evidencian las exigencias empresariales relacionadas con la imagen personal de las trabajadoras que no afectan de igual modo al personal masculino ([SSTS de 23 de enero de 2001 –rec. núm. 1851/2000–](#) y de [19 de abril de 2011 –rec. núm. 16/2009–](#), referidas a diferencias en el uniforme entre varones y mujeres; y, más recientemente, [STSJ de Madrid de 17 de marzo de 2015 –rec. núm. 931/2014–](#), en que se declaró nula la sanción de suspensión de empleo y sueldo a las trabajadora que se negó a ponerse «tacones altos»). El tema aún no está bien resuelto y las resoluciones habidas hasta la fecha no están exentas de contradicciones. Los roles de género dominantes imponen normalmente a las mujeres una mayor atención a su aspecto físico, con mayor inversión –de tiempo y de dinero– en términos de maquillaje, peinado o vestuario. La medida empresarial deberá en todo caso superar el juicio de razonabilidad y proporcionalidad, al que se hizo referencia al inicio. Y las diferencias de trato no podrán justificarse por la mera conveniencia, la estrategia en el mercado o las pretendidas preferencias de los consumidores, sino que lo exigido deberá ser un rasgo esencial para el desarrollo satisfactorio de la actividad productiva, de forma que las tareas contratadas impliquen necesariamente la proyección de esa concreta imagen. Las regulaciones diferentes sobre apariencia y vestimenta podrán no ser discriminatorias si suponen cargas esencialmente iguales sobre varones y mujeres (*different but essentially equal burdens on men and women*, criterio aplicado por los tribunales de Estados Unidos), pero no pueden permitirse si con ellas se perpetúan estereotipos sexuales inaceptables sobre cómo deben comportarse unos y otras.