

BEATRIZ AGRA VIFORCOS

*Catedrática EU de Derecho del Trabajo y de la Seguridad
Social de la Universidad de León*

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Pere CARRERA BONADONA, don José Ignacio GARCÍA NINET, don Rafael ORTIZ CERVELLÓ, don Francisco PÉREZ DE LOS COBOS, don Salvador DEL REY GUANTER y doña Mar SERNA CALVO.

Extracto:

RECONOCIDA tanto la operatividad de los derechos fundamentales en el seno de la relación laboral como la posibilidad de su modalización, el problema esencial viene dado por la necesidad de localizar hasta dónde pueden extenderse lícitamente las restricciones a aquéllos en nombre de los intereses empresariales. Este análisis, forzosamente casuístico, habrá de tomar en consideración los parámetros dados por el contenido del negocio jurídico bilateral y las exigencias de la organización, pero sin olvidar nunca que cuantos recortes afecten a tan importantes bienes jurídicos deben interpretarse de forma restrictiva, motivo por el cual toda limitación ha de ser excepcional y justificada, dando siempre cumplimiento a los principios de adecuación, necesidad y proporcionalidad.

Tal es la doctrina que viene aplicándose; sin embargo, el derecho a la propia imagen en su vertiente positiva no acaba de encontrar la tutela que merece (a salvo, y sólo en ocasiones, la derivada de la prohibición de discriminación), posiblemente debido a sus difusos contornos y a su habitual subordinación respecto de otros derechos con los que aparece estrechamente conectado (señaladamente, intimidad y dignidad).

.../...

.../...

Ello no es óbice para reconocer su trascendencia constitucional, habida cuenta de que el aspecto exterior constituye una manifestación de la propia personalidad, así como para hacer un esfuerzo dirigido a delimitar el alcance de la libertad del trabajador en la determinación de su apariencia externa.

En este sentido, es menester dejar constancia de cómo existen diversas circunstancias específicas capaces de justificar un recorte a la facultad del sujeto subordinado. Ningún problema plantean, por mor del consentimiento previo, aquellos supuestos en los cuales la profesión desempeñada lleva aparejada, por su propia naturaleza, la captación de la imagen del trabajador y el paralelo condicionamiento sobre su aspecto. También debe considerarse una limitación legítima la derivada de las necesidades de seguridad, salud o higiene, siempre y cuando tales sean, efectivamente, los motivos de la decisión empresarial y teniendo en cuenta, además, que las exigencias derivadas de la salud pueden actuar también a la recíproca, eximiendo al trabajador de la obligación de acatar una orden referida a su indumentaria o apariencia o a las reglas de uniformidad. Otra lícita intromisión es la imposición del uso de uniforme (y la sanción por incumplimiento, siempre que respete el principio de proporcionalidad) en aquellas profesiones en las cuales sea necesario un rápido reconocimiento de la empresa para la cual presta sus servicios el trabajador o las funciones por él desempeñadas, lo cual no obsta para reconocer el límite infranqueable de la dignidad humana o de la prohibición de discriminación, así como la necesidad de rechazar, por excesivos, límites a la autodeterminación de la imagen innecesarios para cumplir los objetivos legítimos indicados. En fin, las restricciones también podrían quedar vinculadas a la productividad de la empresa y al trato directo con clientes, al punto de interrogarse si respecto de los trabajadores que desempeñan su actividad de cara al público el aspecto físico puede tornarse en componente básico de su capacitación profesional, en tanto la productividad del empleado gira fundamentalmente en torno a ese trato social, debiendo poner de manifiesto que razones de mera utilidad o conveniencia no deben considerarse suficientes para recortar el derecho fundamental, máxime teniendo en cuenta que en la medida en que los Tribunales impongan la tutela antidiscriminatoria favorecerán la contratación de los trabajadores marginados y nivelarán la situación de los empresarios competidores, sujetos en igualdad de condiciones a los prejuicios sociales de los consumidores.

Aun cuando en la mayoría de las ocasiones una determinada imagen difícilmente podrá incidir en la capacidad del empleado para el desarrollo de sus funciones, lo cierto es que la jurisprudencia constitucional

.../...

.../...

al respecto (consagrada en la famosa sentencia del camarero de la barba y contradicha sólo puntualmente por los órganos judiciales del orden social) continúa siendo desalentadora, al punto de justificar una orden empresarial restrictiva del derecho a la propia imagen en la existencia de un uso local y profesional, sin detenerse en el necesario análisis de proporcionalidad *supra* indicado.

Sumario:

- I. Los derechos fundamentales inespecíficos dentro de la empresa.
 1. Hacia un reconocimiento de la eficacia de los derechos fundamentales inespecíficos dentro de la empresa.
 2. El interés empresarial y la limitación del ejercicio de los derechos fundamentales del trabajador.

- II. El derecho del trabajador a la propia imagen.
 1. La tutela de la propia imagen en el ordenamiento laboral. La prohibición de discriminación en atención al aspecto externo del trabajador.
 2. Alcance del derecho del trabajador a determinar su propia imagen.
 - 2.1. El tratamiento de la vertiente negativa del derecho a la propia imagen y el olvido de su aspecto positivo.
 - 2.2. Eventuales límites al derecho del trabajador a la libre determinación de su aspecto externo. Análisis sobre su validez.
 - 2.2.1. Restricciones derivadas de las exigencias de seguridad, salud e higiene.

2.2.2. Restricciones derivadas de la imposición empresarial del uso de uniforme.

- A) Posible alcance de las reglas de uniformidad.
- B) Proporcionalidad entre el incumplimiento de las reglas de uniformidad y la sanción a imponer.
- C) Respeto a la prohibición de discriminación.

2.2.3. Restricciones vinculadas a la productividad o al trato directo con clientes.

III. Reflexiones finales.

«El ser libre como manifestación se identifica con su cuerpo... instrumento inmediato de su voluntad»

Johann GOTTLIEB FICHTE (1762-1814)

I. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES INESPECÍFICOS DENTRO DE LA EMPRESA

Tradicionalmente, los derechos fundamentales aparecían reconocidos como garantía frente a los abusos del poder público ¹, constituyendo su proclamación constitucional el modo de articular la defensa del ciudadano frente al Estado. Las relaciones *inter privatos* quedaban, en un principio y por mor de la creencia en la existencia de una situación equilibrada, al margen; sólo con el paso del tiempo, a partir de la teoría alemana sintetizada en la expresión *drittwirkung*, se llegó a afirmar su eficacia vinculante también en los nexos de estructura «horizontal». La necesidad de coherencia interna en el ordenamiento sirve de aval a esta línea hermenéutica ², habida cuenta tales derechos, cuya fuente positiva primigenia es la Constitución ³, no experimentan variación alguna en su naturaleza por el hecho de ejercitarse ante sujetos públicos o privados ⁴, motivo por el cual no sólo aquellos han de respetarlos, «sino también los ciudadanos» ⁵.

La vinculatoriedad de tan esenciales facultades con independencia del marco en el cual se desenvuelvan ⁶ resulta todavía más justificada cuando la realidad demuestra cómo aquella premisa merced a la cual entre particulares el equilibrio es la regla deviene equivocada con sólo observar la existencia de ámbitos privados caracterizados, precisamente, por situaciones de subordinación o dependencia; contexto idóneo, por tanto, para la proliferación de vulneraciones sistemáticas a aque-

¹ PALOMEQUE LÓPEZ, M.C.: «El derecho constitucional a la igualdad en las relaciones de trabajo», *DL*, núm. 8, 1983, pág. 12 o VALDÉS DAL-RÉ, F.: «Poderes del empresario y derechos de la persona del trabajador», *RL*, núm. 8, 1990, pág. 19.

² CALVO GALLEGU, F.J.: *Contrato de trabajo y libertad ideológica. Derechos fundamentales y organizaciones de tendencia*, Madrid (CES), 1995, pág. 26 o DEL REY GUANTER, S.: «Derechos fundamentales de la persona y contrato de trabajo: notas para una teoría general», *RL*, núm. 3, 1995, pág. 15.

³ EMBID IRUJO, A.: «El Tribunal Constitucional y la protección de las libertades públicas en el ámbito privado», *REDA*, núm. 25, 1980, pág. 200.

⁴ BLAT GIMENO, F.R.: *Relaciones laborales en empresas ideológicas*, Madrid (MTSS), 1986, pág. 45 o VALDÉS DAL-RÉ, F.: «Contrato de trabajo, derechos fundamentales de la persona del trabajador y poderes empresariales: una difícil convivencia», *RL*, núm. 22, 2003, pág. 5.

⁵ STCo 2/1982, de 29 de enero.

⁶ GARCÍA MURCIA, J.: «Las preferencias de empleo en los convenios colectivos y el principio de no discriminación», en AA.VV.: *II Jornadas Hispano-Luso-Brasileñas de Derecho del Trabajo*, Madrid (MTSS), 1985, pág. 770.

llos derechos fundamentales ⁷. A nadie escapa que la empresa se convierte en ejemplo paradigmático ⁸, habida cuenta la posición de las partes en el contrato de trabajo genera un esquema cuyas analogías con el vínculo de «subordinación» ciudadano-estado son aún más cercanas que las habidas respecto a la «coordinación» típica de las relaciones entre particulares ⁹.

Así pues, y sirva como primera conclusión, los derechos fundamentales no sólo vinculan a los poderes públicos sino que también han de ser respetados en el ámbito de las relaciones jurídico-privadas, entre las cuales es menester incluir de modo especial las de carácter laboral ¹⁰, no en vano en tal contexto su vigencia «puede resultar singularmente apremiante» merced a la dispar distribución de «poder social entre trabajador y empresario» ¹¹, al punto de que tal «desigualdad originaria» acaba por convertirse en punto de referencia en la aplicación de los valores superiores en el ordenamiento social ¹². No puede ser de otro modo una vez la primacía del empresario se cristaliza formalmente en moldes jurídicos, a través de un negocio jurídico que la «sanciona jurídicamente» ¹³, dando cobertura a una realidad material que encuentra sus raíces en una ajenidad previa al propio contrato de trabajo, referida a la de los medios de producción, «cuya titularidad pertenece a otro» y es capaz de explicar «la ajenidad en la disposición sobre la fuerza de trabajo desplegada» en el proceso productivo ¹⁴.

1. Hacia un reconocimiento de la eficacia de los derechos fundamentales inespecíficos dentro de la empresa.

El marco de partida viene dado, pues, por las relaciones empresario-trabajador, ambos particulares y sujetos de derechos proclives a colisionar dada su posición de conflicto, hoy reconocida pero no hace mucho tiempo obviada merced a una visión comunitaria de la empresa ¹⁵ en la cual

⁷ MORO ALMARAZ, M.^a J.: «Derecho de expresión y libertad ideológica en el ámbito laboral», *RL*, núm. 3, 1986, pág. 70 o PEDRAJAS MORENO, A.: *Despido y derechos fundamentales. Estudio especial de la presunción de inocencia*, Madrid (Trotta), 1992, pág. 22.

⁸ MOLINA NAVARRETE, C.: «Bases jurídicas y presupuestos políticos para la eficacia social inmediata de los derechos fundamentales», *RTSS*, núm. 3, 1991, pág. 87. «De seguro, la relación jurídica obligatoria nacida del contrato de trabajo constituye el banco de pruebas de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales de carácter personalísimo, entendida esa expresión, la de banco de pruebas, en el doble sentido de experimental y teórico», VALDÉS DAL-RÉ, F.: «Contrato de trabajo, derechos fundamentales de la persona del trabajador y poderes empresariales: una difícil convivencia», cit., pág. 1.

⁹ «La gran empresa es un poder cuasi-público», ALONSO OLEA, M.: «Discriminaciones laborales y jurisprudencia constitucional», *REDT*, núm. 16, 1983, pág. 608.

¹⁰ GOÑI SEIN, J.L.: *El respeto a la esfera privada del trabajador*, Madrid (Civitas), 1988, págs. 41-42 o APARICIO TOVAR, J.: «Relación de trabajo y libertad de pensamiento en empresas ideológicas» y BAYLOS GRAU, A.: «En torno al Estatuto de los Trabajadores: la prohibición de inquirir sobre la ideología, creencias y vida privada del trabajador», ambos en AA.VV.: *Lecciones de Derecho del Trabajo en homenaje a los profesores Bayón Chacón y Del Peso y Calvo*, Madrid (Universidad Complutense), 1980, págs. 273 y 310-315, respectivamente.

¹¹ STCo 129/1989, de 17 de julio.

¹² DEL REY GUANTER, S.: «La aplicación de los valores superiores de la Constitución Española en el Derecho del Trabajo», *RL*, núm. 6, 1988, págs. 36 y ss.

¹³ BAYLOS GRAU, A.: «Sistema de empresa y reforma del mercado de trabajo», *CRL*, núm. 5, 1994, pág. 143.

¹⁴ ALARCÓN CARACUEL, M.R.: «La ajenidad en el mercado: el criterio definitorio del contrato de trabajo», *REDT*, núm. 28, 1986, pág. 497.

¹⁵ GIL Y GIL, J.L.: «La esfera de intangibilidad del trabajador», *TS*, núm. 47, 1994, pág. 26.

aquellos correspondientes al operario quedaban diluidos en la confusión existente entre empleador y padre de familia. En efecto, partiendo de las condiciones de trabajo en explotaciones familiares, donde lo laboral y lo personal aparecían indisolublemente unidos ¹⁶, se gestó y desarrolló un deber de fidelidad al empresario y uno correlativo de protección al trabajador que en modo alguno tenían idéntico alcance, en tanto el correspondiente al «patrón» no conllevaba, ni mucho menos, onerosidad del impuesto al «obrero» ¹⁷.

El paso de la artesanía a la industria no hizo desaparecer los viejos esquemas, subsistiendo esa idea en virtud de la cual la empresa era una gran familia, donde el «buen patrón» mostraba una actitud paternalista cuya consecuencia inmediata era la injerencia en la vida extralaboral de sus empleados ¹⁸, creando un entorno ideológico donde la libertad de éstos estaba profundamente amenazada, no en vano el deber de fidelidad significaba una adhesión incondicionada a los intereses empresariales, presumiendo una comunidad de fines y rechazando la idea de conflicto entre las partes. El efecto multiplicador y generador de obligaciones provocado ahogaba sus derechos, impidiendo el libre desarrollo de su personalidad ¹⁹ y dejándolos inmersos en un «tranquilo y sosegado mar de fieles y cumplidores trabajadores, callados y sumisos siervos al servicio de un empresario» ²⁰.

Las exigencias de la fidelidad provocaban así la práctica anulación de los intereses de la parte débil del contrato, merced a la llamada a un hipotético elemento espiritual –y a los deberes éticos de él derivados– delimitado por conceptos tan evanescentes como lealtad, honor, honorabilidad, probidad y hombría de bien, dando lugar a un diseño que se completa con un marco de actuación disciplinaria sumamente extenso: no resulta difícil de imaginar «hasta qué punto se extiende la posibilidad de incumplimiento contractual del trabajador y, por consiguiente, la posibilidad de una resolución fundada en el mismo» ²¹.

El abandono de esta concepción pasa por la sustitución del deber de fidelidad por el de buena fe, limitado a exigir un determinado nivel de «corrección» en el cumplimiento de las obligaciones básicas derivadas del contrato de trabajo ²², no obstante lo cual tampoco cabe obviar el peli-

¹⁶ SAVATIER, J.: «La liberté dans le travail», *DS*, núm. 1, 1990, pág. 51.

¹⁷ MARTÍN VALVERDE, A.: «Ideologías jurídicas y contrato de trabajo», en AA.VV.: *Ideologías jurídicas y relaciones de trabajo*, Sevilla, 1977, págs. 84-85.

¹⁸ SAVATIER, J.: «La liberté dans le travail», cit., págs. 51-52.

¹⁹ APARICIO TOVAR, J.: «Relación de trabajo y libertad de pensamiento en empresas ideológicas», cit., pág. 86; MARTÍN VALVERDE, A.: «Ideologías jurídicas y contrato de trabajo», cit., pág. 86 o VALDÉS DAL-RE, F.: «Poderes del empresario y derechos de la persona del trabajador», cit., pág. 9.

²⁰ ESCUDERO MORATALLA, J.F.; FRIGOLA VALLINA, J. y CORBELLA HERREROS, T.: *El principio de buena fe en el contrato de trabajo*, Barcelona (Bosch), 1996, pág. 65.

²¹ ALONSO OLEA, M.: *El despido (Un estudio de la extinción del contrato de trabajo por voluntad del empresario)*, Madrid (IEP), 1957, págs. 122-123 o, en parecidos términos, GONZÁLEZ ORTEGA, S.: «La fidelización a la empresa como obligación del trabajador: sentido y alcance en el marco de la relación laboral», *RPS*, núm. 118, 1979, pág. 250; FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.ª F.: «La transgresión de la buena fe contractual», *RPS*, núm. 138, 1983, pág. 221 y TRIONI, T.: *L'obbligo di fedeltà nel rapporto di lavoro*, Turín (Giuffrè), 1982, págs. 229 y ss.

A todas luces constituye «un fácil recurso para el empleador cara a poder desembarazarse de trabajadores incómodos», BAYLOS GRAU, A.: «El deber de lealtad del trabajador a la empresa, obligación cualitativa y de carácter absoluto», *RPS*, núm. 115, 1977, pág. 354.

²² Principio, por tanto, «modalizador» de la naturaleza cambiaria del contrato de trabajo, FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.ª F.: «La transgresión de la buena fe contractual», cit., pág. 230.

gro derivado de una causa de despido basada en el quebranto de aquélla, dado el carácter no demasiado preciso del concepto. En cualquier caso, y aun cuando sea con distinta intensidad ²³ como consecuencia de la desigual posición de las partes inherente al nexo laboral, al menos se trata de una exigencia que se impone recíprocamente a ambas partes ²⁴, conforme muestra la contractualización y consiguiente limitación de los poderes empresariales ²⁵. La consecuencia es una superior sintonía con la naturaleza cambiaria del contrato de trabajo, caracterizado por originar un intercambio de alto contenido patrimonial ²⁶ (el trabajador, lejos de comprometer su propia persona, únicamente compromete su trabajo ²⁷, mostrando claramente la separación entre los servicios y el sujeto que los presta ²⁸) en el cual concurren «intereses en conflicto iguales, pero contrapuestos» ²⁹, de forma tal que «la colaboración necesaria para el logro del propio interés y del ajeno excluye conductas encaminadas dolosamente a lesionar, pero no impone el abandono del propio interés como presupuesto previo a velar por el interés ajeno» ³⁰. El discurso quedaría com-

²³ Aun cuando el deber de fidelidad se haya visto sustituido por el de buena fe, éste sigue pesando en superior medida sobre el trabajador, al punto de llevar a parte de la doctrina a predicar la «equivalencia» entre ambas nociones, reconocida en ocasiones, incluso, por los Tribunales, al sostener que la transgresión de la buena fe contractual «no es más que la falta de fidelidad del empleado con la empresa» [entre muchas, STSJ Madrid 28 febrero 1990 (Ar. 951)]. Merced a tal lectura, la sustitución terminológica únicamente aparecería justificada por «las connotaciones autoritarias que [la fidelidad] se consideraba llevaba aparejadas» [sector de la doctrina al cual hace referencia MORENO DE TORO, C.: «El pacto de abstención postcontractual de la actividad competitiva», *REDT*, núm. 68, 1994, pág. 887]. Para otros, la fidelidad sólo es una especie dentro del género más amplio buena fe que contiene el Código Civil, DIÉGUEZ CUERVO, G.: *La fidelidad del trabajador en LCT*, Pamplona (Universidad de Navarra), 1969, pág. 12.

Buena muestra del diferente rigor de la buena fe en el seno de la relación laboral viene dada por el artículo 54.2 d) ET, en el cual el empresario se sitúa en una situación privilegiada sobre sus trabajadores, al tener en su poder la sanción de despido por vulneración de la buena fe, no pudiendo hablarse de equivalencia respecto a la facultad del trabajador de extinguir el contrato por transgresiones graves y culpables del empresario (art. 50 ET) [MORO ALMARAZ, M.^a J.: «Derecho de expresión y libertad ideológica en el ámbito laboral», cit., pág. 55; GARCÍA VIÑA, J.: «La transgresión de la buena fe contractual como causa de despido disciplinario», *TS*, núm. 122, 2001, págs. 8 y 26 y RIVERO ROJAS, G.P.: *La libertad de expresión del trabajador*, Madrid (Trotta), 1991, pág. 64]. A partir de esta confirmación, parece irreal pretender definir la relación laboral como fundada en el «diálogo y la igualdad de derechos, en lugar de hacerlo en la posición de autoridad del empresario y en la dependencia personal», aun cuando no falte quien considere que la «lógica normativa» llevaría, precisamente, a afirmar tales principios de orden en la base misma de la relación laboral, MÜCKENBERGER, U.: «Ideas para redefinir la relación de trabajo», *RIT*, Vol. 115, núm. 6, 1996, pág. 743.

²⁴ La STCo 120/1983, de 15 de diciembre, establece la «necesidad de un comportamiento mutuo ajustado a la buena fe, como necesidad general derivada del desenvolvimiento de todos los derechos». Comentada por ALONSO OLEA, M., en *Jurisprudencia constitucional sobre trabajo y Seguridad Social*, T. I, Madrid (Civitas), 1984, págs. 262 y ss.

²⁵ MARTÍN AGUADO, A.: «Actuaciones irregulares que afectan a la libertad, dignidad o vida privada del trabajador», *RL*, núm. 19, 1989, pág. 109.

²⁶ RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M.: «Límites a la competencia y contrato de trabajo», *RPS*, núm. 116, 1977, págs. 7-8.

²⁷ CALVO GALLEGU, F.J.: *Contrato de trabajo y libertad ideológica. Derechos fundamentales y organizaciones de tendencia*, cit., págs. 23-24; APARICIO TOVAR, J.: «Relación de trabajo y libertad de pensamiento en empresas ideológicas», cit., pág. 301 o con BAYLOS GRAU, A.: «Autoridad y democracia en la empresa», en AA.VV.: *Autoridad y democracia en la empresa*, Madrid (Trotta), 1992, pág. 11 o SAVATIER, J.: «La liberté dans le travail», cit., pág. 56.

²⁸ BOSSU, B.: «Droits de l'homme et pouvoirs du chef d'entreprise: vers un nouvel équilibre», *DS*, núms. 9/10, 1994, pág. 748; APARICIO TOVAR, J.: «Relación de trabajo y libertad de pensamiento en empresas ideológicas», cit., pág. 303 o GIL Y GIL, J.L.: «La esfera de intangibilidad del trabajador», cit., pág. 56.

²⁹ AGUILERA IZQUIERDO, R.: *Las causas del despido disciplinario y su valoración por la Jurisprudencia*, Pamplona (Aranzadi), 1997, págs. 36-37.

³⁰ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.^a F.: «La transgresión de la buena fe contractual», cit., pág. 230.

pletado con sólo añadir un último vector: la buena fe «no sólo afecta a los contratantes, sino que su alcance se proyecta en un sentido mucho más amplio y extenso, es decir, hacia la empresa»³¹.

Sin embargo, el primer paso operado en orden a debilitar la visión comunitaria de la empresa se dio en otro ámbito del ordenamiento laboral: el Derecho Colectivo, pues fue en tal sector donde se refrendó el conflicto de intereses entre las partes integrantes del contrato de trabajo, reconocido incipientemente en las postrimerías del régimen político anterior³², consagrado abiertamente en el texto constitucional cuando admite la negociación y los conflictos colectivos³³ y avalado por la interpretación del Tribunal Constitucional al reconocer que su legitimidad viene amparada por la Norma Suprema³⁴. El resultado es «una profunda reorganización del ordenamiento laboral existente»³⁵, al punto de crear «un nuevo Derecho del Trabajo»³⁶.

Las consideraciones precedentes no hacen sino dejar breve constancia del viejo –por antiguo– debate ideológico sobre «las relaciones entre capital y trabajo»³⁷, que, conforme ha sido indicado, ha alcanzado vía de solución con la negación de la comunidad de intereses entre empresario y empleado³⁸ y el rechazo a la antagónica, y pretérita, «concepción armónica»³⁹. Ahora bien, aun cuando al día de hoy resulta máxima que «la relación de trabajo no es, en principio, relación amorosa»⁴⁰, y que la asunción de un interés común aparece profundamente mitigada, también es cierto que la concurrencia entre ambos es superior a lo que admite parte de la doctrina⁴¹. En efecto, sin negar este «carácter eminente-

³¹ GARCÍA VIÑA, J.: *El principio general de la buena fe en el contrato de trabajo*, Barcelona, tesis doctoral, 2000, pág. 106.

³² MONTOYA MELGAR, A.: *Ideología y lenguaje en las Leyes Laborales de España (1873-1978)*, Madrid (Civitas), 1992, págs. 389 y ss.

³³ ROJAS RIVERO, G.P.: *La libertad de expresión del trabajador*, cit., pág. 57.

³⁴ Niega la existencia de un deber genérico de lealtad «con su significado omnicompreensivo de sujección del trabajador al interés empresarial, contradicho por la propia existencia del conflicto, cuya legitimidad general ampara el texto constitucional», STCo 120/1983, de 15 de diciembre.

³⁵ MARTÍN VALVERDE, A.: «El ordenamiento laboral en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», *RPS*, núm. 137, 1983, pág. 107.

Sobre el proceso de alteración de las instituciones laborales a partir del texto constitucional, por todos, MARTÍN VALVERDE, A.: «Las transformaciones del Derecho del Trabajo en España (1976-1984) y la Ley 32/1984, de reforma del Estatuto de los Trabajadores», en AA.VV.: *Comentarios a la nueva legislación laboral*, Madrid, 1985, págs. 21 y ss. y RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M.: «La transformación democrática del ordenamiento jurídico laboral y la relación individual de trabajo», *TL*, núm. 1, 1984, págs. 50 y ss.

³⁶ MONTOYA MELGAR, A.: «Editorial», *RMTAS*, núm. 13, 1998, pág. 11.

³⁷ PALOMEQUE LÓPEZ, M.C.: *Derecho del Trabajo e ideología*, 4.ª ed. rev., Madrid (Tecnos), 1989, pág. 115. Denominadas, tiempo ha, bajo la expresión «tensión entre capital y trabajo», conforme recoge ORTIZ LALLANA, C.: *La transformación del Derecho del Trabajo ante los nuevos retos sociales*, Logroño (Universidad de La Rioja), 1999, pág. 11.

³⁸ SAGARDOY BENGOCHEA, J.A.: «Artículo 35. Derechos laborales», en AA.VV. (ALZAGA VILLAAMIL, O., Dir.): *Comentarios a las Leyes Políticas. Constitución Española de 1978. T. III: Artículos 24 a 38*, Madrid (Edersa), 1983, pág. 489 y con SAGARDOY DE SIMÓN, I.: «Artículo 35. Derechos laborales», en AA.VV. (ALZAGA VILLAAMIL, O., Dir.): *Comentarios a las Leyes Políticas. Constitución Española de 1978. T. III: Artículos 24 a 38*, Madrid (Edersa), 1996, pág. 586.

³⁹ PALOMEQUE LÓPEZ, M.C.: *Derecho del Trabajo e ideología*, cit., 1989, pág. 115. También, RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M.: «Un modelo democrático de relaciones laborales», en AA.VV.: *Ideologías jurídicas y relaciones de trabajo*, cit., pág. 39.

⁴⁰ JAVILLIER, J.C.: «Fidélité et rémunération», *DS*, núm. 5, 1991, pág. 386.

⁴¹ LLUIS Y NAVAS, J.: «Las características del contrato de trabajo ante la jurisprudencia», *RTL*, núm. 39, 1989, pág. 67.

mente conflictivo de la organización empresarial»⁴², también es cierto que ello no impide acoger en su seno una cierta y necesaria colaboración⁴³ –amparada y tipificada por la ley– que, sin alcanzar niveles comunitarios o asociativos, sí fuerza a asumir la cesión de derechos propios para permitir los fines empresariales amparados por el artículo 38 CE, también lícitos, por tanto. A la luz de lo expuesto, la expresión cooperación «antagónica» o «conflictiva» resulta idónea por suficientemente gráfica⁴⁴.

En cualquier caso, aun cuando el paso del modelo autoritario de relaciones laborales a otro democrático fundado en el reconocimiento del conflicto industrial centró originariamente los debates en los aspectos colectivos (derechos de huelga y libertad sindical), este proceso no puede ser ciego a los efectos que sobre el contrato de trabajo trae aparejada la constitucionalización de los denominados derechos inespecíficos⁴⁵, cuya virtualidad en el seno de la empresa también se ve influenciada por la alteración ideológica habida⁴⁶: operado el cambio es irrefutable que los derechos inherentes a la persona en modo alguno dejan de acompañarle, sin más y de modo automático, cuando cruza las puertas de la fábrica⁴⁷, su naturaleza humana impide que pueda ser considerado, a partir de su ingreso en la organización productiva, como mero «ser de trabajo»⁴⁸. Así pues, la condición de trabajador no es incompatible con el estatus de ciudadano⁴⁹, resultando meta esencial eliminar distorsiones injustificadas entre ambos roles⁵⁰ para salvaguardar el «reconocimiento de la ciudadanía en la empresa» o mantenimiento de tal condición en el marco de la relación laboral⁵¹.

⁴² CALVO GALLEGO, F.J.: *Contrato de trabajo y libertad ideológica. Derechos fundamentales y organizaciones de tendencia*, cit., pág. 24.

⁴³ Subordinada, pero subsistente, GARCÍA DE HARO, R.: *La posición jurídica del trabajador subordinado*, Madrid (Rialp), 1963, págs. 201 y ss.

⁴⁴ GIL Y GIL, J.L.: «La buena fe en el contrato de trabajo», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, núm. 163, 1996, pág. 6.

⁴⁵ RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M.: «Justicia constitucional y relaciones laborales», *TL*, núms. 19-20, 1990, pág. 14; DEL REY GUANTER, S.: «Contrato de trabajo y derechos fundamentales en la doctrina del Tribunal Constitucional», en AA.VV. (ALARCÓN CARACUEL, M.R., Coord.): *Constitución y Derecho del Trabajo: 1981-1991 (Análisis de diez años de jurisprudencia constitucional)*, Madrid (Marcial Pons), 1992, pág. 32; ORTIZ LALLANA, M.ª C.: «Derechos fundamentales y relación laboral», *RMTAS*, núm. 13, 1998, págs. 15 y ss. o GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: «Convenio colectivo y contrato de trabajo. Y sobre los derechos constitucionales "inespecíficos" del trabajador», en AA.VV. (ROJO TORRECILLA, E., Coord.): *Las reformas laborales de 1994 y 1997*, Madrid (Marcial Pons), 1998, pág. 66.

Estos derechos no son exclusivamente laborales, pero al ser ejercidos por los sujetos del contrato de trabajo en el ámbito de las obligaciones que asumen adquieren un «contenido o dimensión laborales sobrevenidos» y se tornan en «verdaderos derechos laborales» del «trabajador ciudadano», PALOMEQUE LÓPEZ, M.C.: *Los derechos laborales en la Constitución española*, Madrid (CEC), 1991, pág. 31.

⁴⁶ No cabe pasar por alto que la transición de un modelo autoritario de relaciones laborales a otro nuevo de cariz democrático en el cual el conflicto industrial es constitucionalizado versó esencialmente sobre los aspectos colectivos de la relación de trabajo y no tanto respecto al reconocimiento al máximo nivel del resto de derechos del trabajador individualmente considerado, ROMÁN DE LA TORRE, M.ª D.: *Poder de dirección y contrato de trabajo*, Valladolid (Grapheus), 1992, pág. 305.

⁴⁷ TEYSSIE, B.: «Personnes, entreprises et relations de travail», *DS*, núm. 5, 1988, pág. 374. En la doctrina constitucional, por todas, STCo 204/1997, de 25 de noviembre.

⁴⁸ GREVY, M.: «Videovigilance dans l'entreprise: un mode normal de contrôle des salaires?», *DS*, núm. 4, 1995, pág. 329.

⁴⁹ «Il n'y a pas d'un côté le citoyen et de l'autre le travailleur», BOSSU, B.: «Droits de l'homme et pouvoirs du chef d'entreprise: vers un nouvel équilibre», cit., pág. 747.

⁵⁰ GAETA, L.: «La dignidad del trabajador y las perturbaciones de la innovación», en AA.VV. (APARICIO TOVAR, J. y BAYLOS GRAU, A., Dirs.): *Autoridad y democracia en la empresa*, cit., pág. 65.

⁵¹ BAYLOS GRAU, A.: «En torno al Estatuto de los Trabajadores: la prohibición de inquirir sobre la ideología, creencias y vida privada del trabajador», cit., pág. 307 o APARICIO TOVAR, J. y BAYLOS GRAU, A.: «Autoridad y democracia en la empresa», cit., págs. 11-12.

Resulta ser consecuencia directa de una noción de dignidad que impide que una persona pueda ser tratada sólo como un medio, una máquina carente de autonomía y esencia propia, DE TISSOT, O.: «Pour une analyse juridique du concept de dignité du salarié», *DS*, núm. 12, 1995, pág. 973.

Ya el Tribunal Constitucional ha declarado de forma contundente que al Estado Social y Democrático de Derecho le repugnan «las manifestaciones de feudalismo industrial» y, por consiguiente, «la celebración de un 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», pues «ni las organizaciones empresariales forman mundos separados y estancos del resto de la sociedad ni la libertad de empresa que establece el artículo 38 del Texto Constitucional legitima el que quienes prestan servicios a aquéllas... deban soportar despojos transitorios o limitaciones injustificadas de sus derechos fundamentales»⁵². En efecto, «debe recordarse que la jurisprudencia de este Tribunal ha insistido reiteradamente en la plena efectividad de los derechos fundamentales del trabajador en el marco de la relación laboral, ya que ésta no puede implicar en modo alguno la privación de tales derechos para quienes prestan servicio en las organizaciones productivas, que no son ajenas a los principios y derechos constitucionales que informan el sistema de relaciones de trabajo»⁵³.

La aprobación del ET podría haber servido de gran ayuda para la implantación y garantía de los derechos fundamentales inespecíficos en el marco del contrato de trabajo; sin embargo, cabe observar cómo, en el momento de dar cumplimiento al mandato constitucional del artículo 35.2 CE, el legislador desaprovechó la ocasión ofrecida para diseñar un esquema abiertamente orientado a tal fin: salvo la participación de los trabajadores en la empresa y la negociación colectiva, sólo se ocupó de dos derechos fundamentales, a saber, no discriminación (arts. 4 y 17) e intimidad y dignidad (arts. 4.2, 18 y 20), resultando, además, que respecto a estos últimos la regulación obedece más a fundamentar los poderes empresariales que a tutelar la posición del trabajador⁵⁴. La carencia original —«anomia legislativa»⁵⁵— se ha ido viendo poco a poco subsanada a partir de la publicación y reforma de diversas normas jurídico-laborales, lo cual no es óbice para reconocer cómo el camino hubo de ser abierto por una jurisprudencia constitucional que por momentos, y pese a puntos contradictorios, resultó ser abanderada del progreso hacia la obtención de la tutela que tan importantes bienes jurídicos merecen.

Obra suya fue la teoría del despido radicalmente nulo⁵⁶, pensada primero para aquellas decisiones extintivas fundadas en motivos discriminatorios y ampliada luego a todo despido atentatorio de derechos fundamentales⁵⁷, anticipándose de este modo a la propia legislación. También corres-

⁵² STCo 88/1985, de 19 de julio. También SSTCo 129/1989, de 17 de julio, o 126/1990, de 5 de julio.

⁵³ STCo 98/2000, de 10 de abril, donde cita las SSTCo 88/1985, de 19 de julio; 6/1988, de 21 de enero; 129/1989, de 17 de julio; 126/1990, de 5 de julio; 99/1994, de 11 de abril; 106 y 186/1996, de 12 de junio y de 25 de noviembre, y 90/1997, de 6 de mayo.

⁵⁴ GIL Y GIL, J.L.: «La esfera de intangibilidad del trabajador», cit., pág. 23.

⁵⁵ O «normativa», VALDÉS DAL-RE, F.: «Contrato de trabajo, derechos fundamentales de la persona del trabajador y poderes empresariales: una difícil convivencia», cit., págs. 2 y 6.

⁵⁶ MARTÍN VALVERDE, A.: «La Constitución como fuente del Derecho del Trabajo», *REDT*, núm. 33, 1988, pág. 63. La teoría de los despidos radicalmente nulos surge con la STCo 38/1981, de 23 de noviembre, si bien algún autor considera que, más que crear, el Tribunal se limitó a «reconocer», ALARCÓN CARACUEL, M.R.: «El despido en la doctrina del Tribunal Constitucional», en AA.VV. (ALARCÓN CARACUEL, M.R., Coord.): *Jurisprudencia Constitucional Social (1991-1999)*, Sevilla, 1999, pág. 77.

⁵⁷ SSTCo 47 y 99/1985, de 27 de marzo y de 19 de julio; 104/1987, de 17 de junio; 114/1989, de 22 de junio... por citar sólo una muestra de una lista mucho más amplia.

ponde a la tarea del Tribunal Constitucional la construcción de la regla de inversión de la carga de la prueba⁵⁸ que encuentra su versión actual en una regulación merced a la cual, alegada discriminación y mostrados indicios racionales de la misma, corresponde al empresario desvirtuar la idea de su proceder contrario al artículo 14 CE⁵⁹. Con todo, si un aspecto de su quehacer merece ser alabado, ése es el relativo a su labor de pedagogía social⁶⁰, al orientar su esfuerzo a dibujar los contornos de un ambiente empresarial más respetuoso con los derechos de los trabajadores, sirviendo de fuente de inspiración para los tribunales ordinarios.

En cualquier caso, tampoco cabe caer en el error de juzgar positivamente toda la actividad desplegada por el Máximo Intérprete de la Constitución, pues, junto a sus innegables virtudes y a lo alentador de algunas de las propuestas que ha proporcionado, tampoco cabe pasar por alto que su afirmación del deber de buena fe como límite a los derechos del trabajador en ocasiones no ha venido acompañada de igual ímpetu a la hora de reconocer a éstos como límites a los poderes empresariales⁶¹. Tradicionalmente, el juicio ha versado en torno a si el trabajador ha cometido un exceso en el ejercicio de sus derechos⁶² y no tanto en el paralelo relativo a si la contraparte, en el uso de las facultades que derivan naturalmente del artículo 38 CE, ha quebrantado las del sujeto a él subordinado⁶³.

Junto a esta tacha, es menester dejar constancia de otra íntimamente vinculada, pues cuando finalmente se decide a condenar la actuación empresarial lo hace habitualmente en relación al ejercicio del poder disciplinario—cuya máxima expresión es la sanción de despido—, pero su interés tuitivo cuando del de dirección se trata resulta mucho más reducido⁶⁴, pese a que su desarrollo conti-

⁵⁸ También obra de la STCo 38/1981, de 23 de noviembre.

⁵⁹ CABAÑAS GARCÍA, J.C.: «La tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales en el orden social», *DL*, núm. 42-I, 1994, pág. 84; VALDÉS DAL-RÉ, F.: «Poderes del empresario y derechos de la persona del trabajador», cit., pág. 24 o SERRA CALLEJO, J.: «La discriminación laboral por causas atípicas: el aspecto físico y la posesión de enfermedades contagiosas», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, núm. 127, 1993, pág. 70.

⁶⁰ BAYLOS GRAU, A.: *Derecho del Trabajo: modelo para armar*, Madrid (Trotta), 1991, pág. 97 o VALDÉS DAL-RÉ, F.: «Poderes del empresario y derechos de la persona del trabajador», cit., pág. 23.

⁶¹ «Las necesidades organizativas... terminan actuando como límites a los derechos del trabajador... y no [son] estos, los derechos, los que limitan de manera efectiva los poderes empresariales», VALDÉS DAL-RÉ, F.: «Contrato de trabajo, derechos fundamentales de la persona del trabajador y poderes empresariales: una difícil convivencia», cit., pág. 2.

⁶² MOLINA NAVARRETE, C.: «Bases jurídicas y presupuestos políticos para la eficacia social inmediata de los derechos fundamentales», cit., pág. 100.

⁶³ Esta tendencia es el resultado de la ausencia en la ley de límites claros a los poderes del empresario, pero también del hecho de que el movimiento sindical, con carácter general, ha venido desaprovechando las posibilidades de actuación en tal sentido, pese a que de la Constitución no deriva ningún principio que sustraiga de la negociación colectiva la regulación de las condiciones de ejercicio de los derechos fundamentales. Así lo demuestra la escasez de alusiones convencionales garantes del ejercicio de los derechos fundamentales inespecíficos del trabajador [MOLINA NAVARRETE, C.: «Bases jurídicas y presupuestos políticos para la eficacia social inmediata de los derechos fundamentales», cit., pág. 89; VALDÉS DAL-RÉ, F.: «Poderes del empresario y derechos de la persona del trabajador», cit., pág. 17; ROJAS RIVERO, G.P.: *La libertad de expresión del trabajador*, cit., pág. 46 o ROMÁN DE LA TORRE, M.^a D.: *Poder de dirección y contrato de trabajo*, cit., pág. 305], cuya consecuencia es una excesiva «judicialización» de la acción protectora, PEDRAJAS MORENO, A.: *Despido y derechos fundamentales. Estudio especial de la presunción de inocencia*, cit., pág. 51.

⁶⁴ BAYLOS GRAU, A.: *Derecho del Trabajo: modelo para armar*, cit., pág. 98. Constatando similar tendencia en los tribunales franceses, RAY, J.E.: «L'égalité et la décision patronale», *DS*, núm. 1, 1990, pág. 92.

nuado lo convierte en más proclive a los excesos⁶⁵. Ahora bien, tal extremo ha de valorarse de acuerdo con un contexto en el que, de un lado, la ruptura del vínculo constituye la más grave medida que padecer puede un trabajador, máxime a la luz de las cifras de parados y las dificultades para encontrar empleo, y, de otro, la realidad social muestra cómo resulta mucho más probable que el lesionado en sus derechos recabe el auxilio judicial cuando la extinción de su contrato impida que pueda ser objeto de postreras represalias empresariales.

2. El interés empresarial y la limitación del ejercicio de los derechos fundamentales del trabajador.

Del reconocimiento de la eficacia de un derecho no deriva en modo alguno la afirmación del carácter ilimitado del mismo; antes al contrario, se admiten restricciones, siempre y cuando se interpreten con cautela, de forma que no alcancen una entidad capaz de anular la operatividad de aquél⁶⁶. «No hay que olvidar que el Derecho protege relaciones intersubjetivas dando respuesta a "conflictos sociales"... , juridificando una solución determinada»⁶⁷; afronta también, por tanto, la tarea perpetua de limitar bienes jurídicos valorados positivamente pero que, bajo determinadas circunstancias, han de ceder en beneficio de otros.

De forma específica, el nacimiento de un vínculo jurídico-laboral significa que quien asume la condición de trabajador se inserta en una estructura productiva ajena, «una organización laboral no paritaria sino jerárquica»⁶⁸, merced a lo cual cabe concluir que el contrato de trabajo viene a significar «un refuerzo del poder empresarial como propietario y dirigente de la organización, por entenderse que el trabajador acepta voluntariamente ese poder, al someterse a él para la realización de un trabajo contractualmente asumido»⁶⁹. En consecuencia, nada se opone a que, al

⁶⁵ «En su función ordenadora de la prestación laboral, el poder de dirección es un instrumento especialmente apropiado para, por acción u omisión, desconocer o lesionar los derechos de la persona del trabajador»; plantea, pues, superiores dificultades que el poder disciplinario, siendo «en el terreno de las facultades organizativas del empresario en el que surge, en toda su complejidad, la problemática de la intensidad y extensión del ejercicio de los derechos fundamentales de la persona del trabajador... En ocasiones, los argumentos organizativos, las necesidades del empresario de organizar la empresa conforme a un plan previamente preconcebido y libremente desarrollado, se mezclan con los argumentos contractuales o los sustituyen; pero el resultado no difiere. Incluso puede comportar un mayor sacrificio para el ejercicio de los derechos de la persona del trabajador. El poder del empresario de organizar su empresa, de adoptar las decisiones básicas relativas al qué, al cómo, al cuánto, al cuándo y al dónde producir un bien o prestar un servicio y, por lo mismo, al modo como coordinar y articular las prestaciones laborales y recursos técnicos, constituye el argumento dotado de la mayor capacidad de limitación de los derechos constitucionales personalísimos del trabajador», VALDÉS DAL-RE, F.: «Contrato de trabajo, derechos fundamentales de la persona del trabajador y poderes empresariales: una difícil convivencia», cit., págs. 2, 6 y 8.

⁶⁶ MOLINA NAVARRETE, C.: «Bases jurídicas y presupuestos políticos para la eficacia social inmediata de los derechos fundamentales», cit., pág. 84.

⁶⁷ MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C.: *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, Madrid (Universidad Complutense), 1993, pág. 25.

⁶⁸ MONTOYA MELGAR, A.: «Nuevas dimensiones jurídicas de la organización del trabajo en la empresa», *RMTAS*, núm. 23, 2000, pág. 25.

⁶⁹ RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M.: «Contrato de trabajo y autonomía del trabajador», en AA.VV. (CRUZ VILLALÓN, J., Ed.): *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de fronteras del Derecho del Trabajo. Estudios en homenaje al Profesor José Cabrera Bazán*, Madrid (Tecnos), 1999, págs. 22-23. Así pues, «cuando un trabajador contrata con el empresario limita voluntariamente sus derechos en múltiples aspectos y en función de otros intereses», NOGUEIRA GUASTAVINO, M.: *La prohibición de competencia desleal en el contrato de trabajo. Una singular manifestación del deber de buena fe contractual*, Pamplona (Aranzadi), 1997, pág. 85 o *El pacto de no competencia «postcontractual»*, Madrid (McGraw-Hill), 1998, pág. 48.

celebrar el contrato, asuma bien un compromiso de no dañar, incluso salvaguardar, los objetivos patronales, ajustando su conducta a «una ética industrial y mercantil destinada a preservar la organización y los intereses legítimos de la empresa»⁷⁰; bien, al menos, una merma de sus posibilidades de actuación en aquellos supuestos de «colisión de intereses contradictorios que obligan a elegir»⁷¹.

Si esto se admite como cierto –y parece que así debe ser–, la conclusión a extraer será que tanto el ejercicio de los derechos del trabajador, como los límites a los cuales quede sometido, se verán sujetos a un esquema contractual en el que es menester tomar en consideración las exigencias de la entidad productiva⁷². Sólo a partir de esta interpretación –vinculación del contrato a las necesidades empresariales– será posible aprehender institutos tan clásicos del ordenamiento laboral como son la suspensión o extinción por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, en tanto constituyen mecanismos en los cuales la supervivencia misma del contrato se sitúa a expensas de la marcha y evolución de la explotación empresarial. Otro tanto ocurre con la prohibición de competencia desleal del trabajador, a partir de la cual ve reducidas sus posibilidades de actuación libre en el mercado, por cuenta propia o ajena, en atención, precisamente, a la necesidad de salvaguardar los intereses mercantiles de la contraparte de su contrato⁷³.

Semejantes consideraciones alcanzan, incluso y de forma especial, a los derechos fundamentales de los cuales el trabajador es titular, tal y como el propio Tribunal Constitucional reconoce al afirmar que el nexo de trabajo genera un complejo de obligaciones recíprocas susceptibles de condicionarlos⁷⁴, en tanto manifestaciones perfectamente legítimas en otro contexto pueden tornarse

⁷⁰ CHAMPAUD, C.: «Les clauses de non-concurrence, au comment concilier liberté de contracter, liberté d'entreprendre et liberté de travailler», *Revue de Jurisprudence Commerciale*, 1986, pág. 174.

⁷¹ STSJ Madrid 2 de noviembre de 1989 (Ar. 2279).

⁷² ROMÁN DE LA TORRE, M.^a D.: *Poder de dirección y contrato de trabajo*, cit., pág. 321 o MONTOYA MELGAR, A.: «Nuevas dimensiones jurídicas de la organización del trabajo en la empresa», cit., pág. 27.

⁷³ El legislador laboral opta en el artículo 21 ET por limitar la libertad de actuación del trabajador en el mercado para evitar el detrimento competitivo que padecería el empresario si aquél aprovechara su situación privilegiada para poner en marcha un proyecto propio o para favorecer a un tercero ofreciéndole sus servicios [NOGUEIRA GUASTAVINO, M.: *La prohibición de competencia desleal en el contrato de trabajo...*, cit., págs. 169-171]. Así pues, «la única guía teleológica se encuentra en la defensa de los intereses empresariales, despreciando la valoración de otros elementos que la coyuntura del mercado de trabajo podría aconsejar que se tuvieran en cuenta, como [la] incidencia en el nivel de ocupación de la población activa» [SEMPERE NAVARRO, A.V.: «La competencia desleal del trabajador y el perjuicio empresarial», *AS*, núm. 6, 1997, pág. 7]. La búsqueda de una «mejor distribución del trabajo existente» sería también una adecuada justificación a la restricción, no obstante lo cual, como único fundamento se toma en consideración «el interés de la empresa», no así la política de empleo [SASTRE IBARRECHE, E.: *El derecho al trabajo*, Madrid (Trotta), 1996, págs. 192-194 o, en sentido análogo, DE VAL TENA, A.L.: «Límites legales y convencionales a la libertad de contratación del trabajador», *RTSS*, núm. 18, 1995, pág. 391; SALA FRANCO, T.: *El régimen jurídico del pluriempleo en el ordenamiento español*, Madrid (MTSS), 1985, págs. 11 y 18-21 o SAVATIER, J.: «L'interdiction des cumuls d'emplois privés: une réglementation inapplicable», *DS*, núm. 11, 1989, pág. 727]. Ni que decir tiene que otro tanto ocurre con cuestiones tales como la protección de los consumidores y la defensa del propio marco competitivo, NEVADO FERNÁNDEZ, M.^a J.: *Las restricciones a la competencia en el contrato de trabajo*, Madrid (Tecnos), 1998, págs. 29, 43, 69-70 y 78 y ss.

Por extenso, AGRA VIFORCOS, B.: *Comportamiento desleal en la dinámica de la relación laboral (Estudio del art. 21.1 del ET)*, León (Universidad de León), 2003, y extensa bibliografía citada.

⁷⁴ STCo 6/1988, de 21 de enero, comentada por ALONSO OLEA, M., en *Jurisprudencia constitucional sobre trabajo y Seguridad Social*, T. VI, Madrid (Civitas), 1989, págs. 103 y ss.

en ilícitas en el marco de esta específica relación ⁷⁵. Así pues, no obstante admitir que el esquema del contrato no puede impedir el pleno ejercicio de estos derechos fundamentales más allá de lo estrictamente necesario ⁷⁶, una valoración derivada de la *praxis* conduce a reconocer que tampoco aquéllos pueden llegar a romper dicho esquema; lo contrario acabaría por convertir la defensa de tan elementales facultades en una mera utopía totalmente alejada de la realidad ⁷⁷.

La pretensión última vendrá dada por la búsqueda constante de la coordinación entre la eficacia de las libertades constitucionalmente reconocidas a quien asume la posición subordinada dentro de la relación laboral y el desarrollo de las obligaciones por él aceptadas a consecuencia de aquella ⁷⁸, no en vano –retomando la conclusión anterior–, ni la celebración del contrato de trabajo puede servir para justificar la imposición de sus exigencias siempre y en todo caso, ni, desde la perspectiva contraria, cabe admitir el carácter ilimitado de los derechos constitucionales ⁷⁹, buena muestra de lo cual es la constante colisión y limitación mutua que padecen y la consiguiente intervención de los Tribunales en búsqueda de la respuesta idónea para salvaguardar la coexistencia de unos y otros.

La tarea de hacer viable la convivencia entre intereses en ocasiones opuestos (en este caso partiendo del conflicto entre la libertad de empresa y los derechos fundamentales de los empleados ⁸⁰) es sumamente difícil: el trabajador defiende con convicción su posición, mientras el titular de la entidad pretende limitar el marco de libertad de aquél con el objetivo de proteger el beneficio de su explotación. No obstante, lo arduo de la labor correspondiente al legislador, al juez o al jurista –fijar los criterios de prevalencia de unos intereses sobre otros– no debe servir de excusa para eludir la necesidad imperiosa de buscar los cauces oportunos para compatibilizarlos ⁸¹. A tal fin es preciso desterrar los baremos tradicionales de jerarquización de derechos ⁸², pues, al menos en cuanto hace al objeto de este estudio, la afirmación merced a la cual uno de «rango inferior» nunca puede limitar otro de «rango superior» llevaría al predominio siempre y en todo caso de los fundamentales correspondientes al trabajador, pudiendo llegar a hacer imposible la vida y supervivencia de la entidad productiva.

⁷⁵ SSTCo 120/1983, de 15 de diciembre; 88/1985, de 19 de julio; 170/1987, de 30 de octubre, o 6/1988, de 21 de enero, comentadas por ALONSO OLEA, M., en *Jurisprudencia constitucional sobre trabajo y Seguridad Social*, T. I, T. III, T. V y T. VI, Madrid (Civitas), 1984, 1986, 1988 y 1989, págs. 262 y ss., 151 y ss., 323 y ss. y 103 y ss., respectivamente.

⁷⁶ STCo 6/1988, de 21 de enero.

⁷⁷ STCo 120/1983, de 15 de diciembre; 170/1987, de 30 de octubre; 129/1989, de 17 de julio y 126/1990, de 5 de julio, comentadas por ALONSO OLEA, M., en *Jurisprudencia constitucional sobre trabajo y Seguridad Social*, T. I, T. V, T. VII y T. VIII, Madrid (Civitas), 1984, 1988, 1990 y 1991, págs. 262 y ss., 323 y ss., 398 y ss. y 335 y ss., respectivamente.

⁷⁸ CALVO GALLEGOS, F.J.: *Contrato de trabajo y libertad ideológica. Derechos fundamentales y organizaciones de tendencia*, cit., pág. 31.

⁷⁹ PEDRAJAS MORENO, A.: *Despido y derechos fundamentales. Estudio especial de la presunción de inocencia*, cit., págs. 38 y ss.

⁸⁰ VALDÉS DAL-RÉ, F.: «Contrato de trabajo, derechos fundamentales de la persona del trabajador y poderes empresariales: una difícil convivencia», cit., pág. 11. De hecho, «en el contrato de trabajo el conflicto de intereses de los contratantes es quizá más claro que en otras modalidades contractuales», motivo por el cual el ordenamiento debe estar especialmente atento en la búsqueda del equilibrio «que satisfaga dichos intereses contrapuestos», CHARRO BAENA, P.: «El pacto de no competencia postcontractual», *RL*, núm. 2, 1995, pág. 10.

⁸¹ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.ª F.: «Libertad ideológica y prestación de servicios», *RL*, núm. 7, 1985, pág. 63 o BLAT GIMENO, F.R.: *Relaciones laborales en empresas ideológicas*, cit., pág. 52.

⁸² VALDÉS DAL-RÉ, F.: «Contrato de trabajo, derechos fundamentales de la persona del trabajador y poderes empresariales: una difícil convivencia», cit., pág. 12.

Asumiendo que «la solución ha de buscarse caso por caso»⁸³, el Tribunal Constitucional ha admitido cómo otros valores o bienes constitucionales pueden limitar derechos del máximo nivel⁸⁴; incluso valores no expresamente consagrados en la Carta Magna pero reconocidos como instrumento apto para alcanzar los fines de ésta⁸⁵. Ante tal situación es necesario buscar un camino para lograr la coordinación de los bienes jurídicos en lid, admitiendo que cada derecho provoca un cierto recorte en el desarrollo de los demás⁸⁶ y favoreciendo en cuanto sea posible la subsistencia del contenido esencial de todos. Esta línea tiende a una ponderación casuística, que analiza en el supuesto concreto qué intereses hay en juego para ver cuál y hasta dónde ha de prevalecer, huyendo normalmente de construcciones generales⁸⁷.

Para la ponderación es menester partir del origen mismo de los poderes empresariales, situado, como ocurre con los derechos fundamentales, en la Norma Fundamental, en tanto derivan implícitamente del reconocimiento de la libertad de empresa efectuado por el artículo 38 CE, en cuyo marco se circunscribe la actividad económica de quien es titular de una organización productiva⁸⁸ que sin aquéllos devendría virtualmente inoperante. Merced a este anclaje constitucional cabe reconocerles capacidad para limitar los derechos fundamentales⁸⁹, habida cuenta éstos no son «por sí mismos cláusulas de excepción que justifiquen el incumplimiento por parte del trabajador de sus deberes laborales»⁹⁰; eso sí, siempre y cuando se admita, al tiempo, que tales derechos operan igual-

⁸³ DEL VALLE, J.M.: «El derecho a la intimidad del trabajador durante la relación de trabajo», *AL*, núm. 39, 1991, págs. 492-493.

⁸⁴ GOÑI SEIN, J.L.: *El respeto a la esfera privada del trabajador*, cit., págs. 25-26 o BORRAJO DACRUZ, E.: «Protección de los derechos fundamentales y casuismo», *AL*, núm. 19, 2000, págs. 285 y ss. En la jurisprudencia constitucional, SSTCo 11/1981, de 8 de abril, o 2/1982, de 29 de enero.

«Ninguno de los derechos fundamentales [es absoluto], pudiendo ceder ante intereses constitucionalmente relevantes» [STCo 98/2000, de 10 de abril]. En cualquier caso, «el ejercicio de los derechos fundamentales del trabajador únicamente admite limitaciones o sacrificios en la medida en que se desenvuelve en el seno de una organización que refleja otros derechos reconocidos constitucionalmente [libertad de empresa (art. 38 CE) y propiedad privada (art. 33 CE)] y que impone, según los supuestos, la necesaria adaptabilidad para el ejercicio de todos ellos», STCo 90/1997, de 6 de mayo.

⁸⁵ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.^a F.: «Libertad ideológica y prestación de servicios», cit., pág. 61.

⁸⁶ MORO ALMARAZ, M.^a J.: «Derecho de expresión y libertad ideológica en el ámbito laboral», cit., pág. 66.

⁸⁷ SEMPERE NAVARRO, A.V.: «El contrato de trabajo en la jurisprudencia del TC», *TL*, núms. 19/20, 1990, pág. 147 o FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.^a F.: «Libertad ideológica y prestación de servicios», cit., pág. 62.

⁸⁸ VALDÉS DAL-RÉ, F.: «Poderes del empresario y derechos de la persona del trabajador», cit., pág. 11 y «Contrato de trabajo, derechos fundamentales de la persona del trabajador y poderes empresariales: una difícil convivencia», cit., págs. 9-10.

⁸⁹ «El ejercicio de tales derechos únicamente admite limitaciones o sacrificios en la medida en que se desenvuelve en el seno de una organización que refleja otros derechos reconocidos constitucionalmente en los artículos 38 y 33 CE y que impone, según los supuestos, la necesaria adaptabilidad para el ejercicio de todos ellos... perspectiva esta desde la que deben valorarse las específicas limitaciones que a los derechos fundamentales pueda imponer el propio desarrollo de la relación laboral» [STCo 98/2000, de 10 de abril, que cita las SSTCo 99/1994, de 11 de abril; 6/1995, de 10 de enero, y 106 y 136/1996, de 12 de junio y 23 de julio]. En efecto, «la subordinación o dependencia, presupuesto constitutivo de la existencia del vínculo jurídico, confiere al empresario unos poderes que, aun cuando tienen un carácter instrumental, en cuanto ordenados a garantizar el cumplimiento, por el trabajador, de la prestación laboral debida, inciden en el esfera personal del trabajador, comprometiendo una parte de su *agere* libre. A ello se añade el dato, de no menor significación, de que habitualmente el trabajador ejecuta su trabajo en el marco de una organización de empresa cuyo funcionamiento, pensado para la satisfacción de los intereses empresariales, acentúa los poderes del empresario a los que el trabajador se subordina», VALDÉS DAL-RÉ, F.: «Contrato de trabajo, derechos fundamentales de la persona del trabajador y poderes empresariales: una difícil convivencia», cit., pág. 1.

⁹⁰ STCo 129/1989, de 17 de julio. También STCo 126/1990, de 5 de julio.

mente a la recíproca, en el sentido de que no pueden ser desconocidos por el empresario en nombre de sus pretensiones mercantiles⁹¹. De forma expresa lo ha reconocido el Tribunal Constitucional cuando ha señalado que «los equilibrios y limitaciones recíprocos que se derivan para ambas partes del contrato de trabajo suponen... que también las facultades organizativas empresariales se encuentran limitadas por los derechos fundamentales del trabajador, quedando obligado el empleador a respetar aquéllos»⁹².

Partiendo de esta premisa (posibilidad de recorte mutuo), la búsqueda del criterio hermenéutico anhelado exige incorporar el principio recogido por el propio Tribunal Constitucional de conformidad con el cual no se trata de renunciar a los derechos, sino de modalizar su ejercicio, adaptándolo a las obligaciones asumidas en el contrato y a la subsistencia de la organización⁹³. Se impone, pues, una interpretación estrecha de cuantos recortes afecten a los derechos fundamentales, los cuales han de extender su actuación todo lo posible en el seno de la empresa, de forma tal que toda restricción ha de ser, primero, excepcional y justificada⁹⁴, evitándola cuando sea posible, y segundo, proporcional al objetivo que se aspire a satisfacer, lo cual significa dar cumplimiento a los principios de adecuación (ocurrirá cuando el medio –limitación– «contribuya al logro del fin pretendido»), necesidad (en alusión a la inexistencia de otros cauces eficaces más respetuosos con el derecho afectado) y proporcionalidad en sentido estricto (destinado a «determinar si el sacrificio... se encuentra en una relación razonable... con la importancia del interés que se trata de proteger») ⁹⁵.

⁹¹ PEDRAJAS MORENO, A.: *Despido y derechos fundamentales. Estudio especial de la presunción de inocencia*, cit., pág. 42; VALDÉS DAL-RÉ, F.: «Poderes del empresario y derechos de la persona del trabajador», cit., pág. 12 o APARICIO TOVAR, J.: «Relación de trabajo y libertad de pensamiento en empresas ideológicas», cit., pág. 286.

⁹² STCo 186/2000, de 10 de julio, que cita, a su vez, la STCo 292/1993, de 18 de octubre. El pronunciamiento del año 2000 continúa del modo siguiente: «este Tribunal viene manteniendo que, desde la prevalencia de tales derechos, su limitación por parte de las facultades empresariales sólo puede derivar del hecho de que la propia naturaleza del trabajo contratado implique la restricción del derecho... Pero además de ello, la jurisprudencia constitucional ha mantenido, como no podía ser de otro modo, que el ejercicio de las facultades organizativas y disciplinarias del empleador no puede servir en ningún caso a la producción de resultados inconstitucionales, lesivos de los derechos fundamentales del trabajador... ni a la sanción del ejercicio legítimo de tales derechos por parte de aquél». Como resoluciones que sintetizan esta doctrina, efectúa la oportuna cita de las SSTCo 11/1981, de 8 de abril; 94/1984, de 16 de octubre; 123/1992, de 28 de septiembre; 99, 134 y 173/1994, de 11 de abril, de 9 de mayo y de 7 de junio; 6/1995, de 10 de enero, o 136/1996, de 23 de julio.

⁹³ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.^a F.: «Libertad ideológica y prestación de servicios», cit., pág. 62.

⁹⁴ Todo derecho fundamental puede «ceder ante intereses constitucionalmente relevantes, siempre que el recorte que aquél haya de experimentar se revele como necesario para lograr el fin legítimo previsto, proporcionado para alcanzarlo y, en todo caso, sea repetuoso con el contenido esencial del derecho», STCo 98/2000, de 10 de abril, citando las SSTCo 57/1994, de 28 de febrero, y 143/1994, de 9 de mayo.

⁹⁵ NARANJO DE LA CRUZ, R.: *Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe*, Madrid (BOE y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales), 2000, págs. 102-110 o VALDÉS DAL-RÉ, F.: «Contrato de trabajo, derechos fundamentales de la persona del trabajador y poderes empresariales: una difícil convivencia», cit., págs. 12-13.

«De conformidad con la doctrina de este Tribunal, la constitucionalidad de cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales viene determinada por la estricta observancia del principio de proporcionalidad... A los efectos que aquí importan, basta con recordar que... para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple los tres requisitos o condiciones siguientes: 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)», STCo 186/2000, de 10 de julio, citando las SSTCo 66/1995, de 8 de mayo; 55 y 207/1996, de 28 de marzo y de 16 de diciembre, y 37/1998, de 17 de febrero.

El alcance en la «reducción» del derecho del trabajador dependerá de las circunstancias objetivas en presencia; de forma más concreta cabe hacer mención a dos factores cuya trascendencia a estos efectos se muestra como esencial ⁹⁶:

De un lado, las funciones desempeñadas por el trabajador en el seno de la empresa ⁹⁷ o, en otros términos, las concretas obligaciones que derivan del contrato «a tenor de su naturaleza bilateral, onerosa y sinalagmática» ⁹⁸, constituyen un referente indispensable para determinar cómo y cuándo se produce el conflicto y ofrecer una primera pauta de solución, pues permitirán analizar si el ejercicio de ciertos derechos (libertad religiosa, libertad de expresión, propia imagen...) le convierte en «no apto» para el cumplimiento correcto y efectivo de las tareas asumidas.

En este marco se distinguen, empero, distintas situaciones posibles ⁹⁹. Resulta evidente que, mientras el ejercicio de los derechos fundamentales permanezca en el fuero interno de la persona, habrá de ser considerado como irrelevante a efectos de la contratación o del desenvolvimiento del vínculo, pues al empresario sólo ha de importar la aptitud del trabajador, no las condiciones personales desvinculadas de la misma (otra cosa es que la condición humana del «juzgador» tiña sus valoraciones y convierta la objetividad en mero ideal ¹⁰⁰); por contra, cuando aquel ejercicio implique una «externalización», manifestándose en la conducta (sin duda la propia imagen en sentido positivo puede servir como ejemplo paradigmático) y en la relación con el entorno, el esquema contractual podrá traer aparejadas una serie de limitaciones capaces de mermar o cercenar aquellas expresiones de libertad.

De otro, el fin propio de la empresa se alza como segundo criterio interpretativo fundamental. Para el ordenamiento, el empresario puede legítimamente determinar cuál es el interés de su iniciativa económica (vinculado siempre a la productividad ¹⁰¹) y, en consecuencia, también resultará lícito que pretenda adaptar al mismo las prestaciones debidas por sus empleados; este corolario a la libertad de empresa se sitúa como origen de las facultades de dirección que se le reconocen.

⁹⁶ De forma sintética, y como adelanto, es menester que los límites surjan, de un lado, de la posible incompatibilidad del ejercicio del derecho con las obligaciones asumidas, y, de otro, de la eventual colisión con intereses del empresario, PARDO FALCÓN, J.: «El juicio de indispensabilidad: un avance de los derechos fundamentales en el ámbito laboral (A propósito de dos sentencias del Tribunal Constitucional)», *TL*, núm. 39, 1996, pág. 61 o GORELLI HERNÁNDEZ, J.: «Libertad de expresión, ideario de la empresa y despido (En torno a la STC 106/1996, de 12 de junio)», *AL*, T. I, 1997, pág. 118.

⁹⁷ GOÑI SEIN, J.L.: *El respeto a la esfera privada del trabajador*, cit., págs. 66 y ss.

⁹⁸ LÓPEZ ANIORTE, M.ª C.: «Competencia desleal y calificación del despido», *AS*, núm. 12, 1997. Y de manera específica la buena fe, entre cuyas funciones destaca la de limitar derechos subjetivos, definiendo el marco de su ejercicio lícito [GARCÍA VIÑA, J.: «La transgresión de la buena fe contractual como causa de despido disciplinario», cit., pág. 8 y *El principio general de la buena fe en el contrato de trabajo*, cit., pág. 161 o DE OTTO y PARDO, I.: «La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución», en MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L. y DE OTTO y PARTO, I.: *Derechos fundamentales y Constitución*, Madrid (Civitas), 1988, págs. 145-146], fuera del cual «es inadmisibles y se torna antijurídico», DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, L.: *La doctrina de los actos propios*, Barcelona (Bosch), 1963, pág. 11 o, en parecidos términos, NARANJO DE LA CRUZ, R.: *Los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe*, cit., págs. 291-297.

⁹⁹ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.ª F.: «Libertad ideológica y prestación de servicios», cit., págs. 63-64.

¹⁰⁰ DE TISSOT, O.: «La protection de la vie privée du salarié», *DS*, núm. 3, 1995, págs. 223, 224 y 227.

¹⁰¹ APARICIO TOVAR, J. y BAYLOS GRAU, A.: «Autoridad y democracia en la empresa», cit., págs. 10, 12 y 13.

Esta perspectiva aporta un elemento colectivo a partir del cual la tutela de los bienes jurídicos en presencia no podrá quedar confiada en exclusiva al esquema contractual. En este marco, el poder de dirección muestra su carácter «intrínsecamente dimensional», pues «el contrato de trabajo, una vez consensuado a nivel individual, experimenta en la mayoría de las ocasiones una repentina y automática "colectivización"» o «desindividualización» en un doble sentido: por una parte, el esfuerzo productivo de cada operario «se pone en contacto "funcionalmente" con las demás prestaciones y, por ende, con los restantes trabajadores de la plantilla»; por otra, aun cuando el poder directivo pueda ser desplegado por medio de «instrucciones específicas» a un sujeto concreto, en realidad «alcanza su dimensión plena cuando se desarrolla un elemento de "coordinación", mediante instrucciones generales, y de "programación"», que muestran de forma clara el cada vez más patente carácter colectivo de la «determinación progresiva de la prestación debida»¹⁰². Así pues, desde esta perspectiva, la relación entre el asalariado y el objeto de su prestación pierde el carácter individual y adquiere tintes colectivos cuando se pone en relación con las del resto de la plantilla, desarrolladas en el seno de la entidad para satisfacer necesidades que trascienden la simple relación empresario-trabajador y alcanzan a las más amplias de la organización productiva en la cual aparecen incardinadas¹⁰³, a partir de «la conexión de negocios para un fin»¹⁰⁴.

Trasladadas estas disquisiciones al ámbito objeto de estudio, resultará que el límite a los derechos fundamentales no será ya sólo el negocio jurídico bilateral¹⁰⁵, sino también la propia organización y sus exigencias, capaz de afectar al propio contenido obligacional de la relación entre los dos sujetos del negocio: si las necesidades de la explotación lo exigen, será menester limitar el ejercicio del derecho fundamental (que no puede extenderse al punto de imposibilitar el desarrollo de la actividad empresarial y sus legítimas pretensiones¹⁰⁶), del mismo modo que la buena fe forzará una modificación contractual cuando sea posible adaptar la prestación del trabajador a sus creencias¹⁰⁷, pues sólo así quedarán a salvo los principios de necesidad y proporcionalidad que rigen la restricción de tan altas facultades¹⁰⁸.

¹⁰² DEL REY GUANTER, S.: «La dimensión de la empresa y la reforma de la legislación laboral», en AA.VV. (GARCÍA BLASCO, J., Coord.): *La dimensión de la empresa y la reforma de la legislación laboral. V Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid (MTAS), 1996, págs. 73 y ss. Otro tanto ocurre con el poder disciplinario, pues, «considerado en estricta conexión con las facultades organizativas del empresario, hasta cierto punto aparece teñido del mismo matiz colectivo de éstas» y «adquiere una relevancia que excede de la mera relación individual de trabajo», FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.ª F.: *El poder disciplinario en la empresa*, Madrid (Civitas), 1991, pág. 134.

¹⁰³ MONTOYA MELGAR, A.: *El poder de dirección del empresario*, Madrid (IEP), 1965, págs. 168-169 y «Nuevas dimensiones jurídicas de la organización del trabajo en la empresa», cit., pág. 30; ROMÁN DE LA TORRE, M.ª D.: *Poder de dirección y contrato de trabajo*, cit., págs. 151 y ss.; DIÉGUEZ CUERVO, G.: «Las reglas disciplinarias del trabajo», *RPS*, núm. 67, 1965, pág. 16 o LÓPEZ LÓPEZ, J.: «La facultad de dirección», *RPS*, núm. 122, 1979, págs. 16-17.

¹⁰⁴ GARCÍA DE HARO, R.: *La posición jurídica del trabajador subordinado*, cit., pág. 17.

¹⁰⁵ ROMÁN DE LA TORRE, M.ª D.: *Poder de dirección y contrato de trabajo*, cit., pág. 321.

¹⁰⁶ STCo 129/1989, de 17 de julio.

¹⁰⁷ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.ª F.: «Libertad ideológica y prestación de servicios», cit., págs. 64-66.

¹⁰⁸ RIVERO LAMAS, J.: «Poderes, libertades y derechos en el contrato de trabajo», *REDT*, núm. 80, 1996, pág. 986; SAVATIER, J.: «La liberté dans le travail», cit., pág. 57 o DEL REY GUANTER, S.: «Derechos fundamentales de la persona y contrato de trabajo: notas para una teoría general», cit., pág. 34.

II. EL DERECHO DEL TRABAJADOR A LA PROPIA IMAGEN

Prácticamente todos los derechos fundamentales pueden tener relevancia en la relación laboral¹⁰⁹ y pueden verse amenazados por los poderes del empresario. «El trabajador lleva... a la relación laboral unos derechos, los inherentes a su persona, que son previos al contrato de trabajo que concierne y de superior rango y valor a los que en éste puedan regir y haberse acordado, pero cuyo ejercicio va a repercutir ineludiblemente en el propio contrato de trabajo y en la organización de empresa en la que aquél se inserta», pero resulta «que la institución del contrato de trabajo y la organización empresarial responden a unas lógicas que resultan, *prima facie*, poco favorables para el reconocimiento efectivo y el disfrute real de esos derechos de naturaleza personalísima»¹¹⁰.

Ahora bien, si alguno continúa singularmente falto de garantías en el seno de la empresa es el derecho a la propia imagen, pese a que en determinados puestos de trabajo, fundamentalmente aquellos en que el empleado actúa cara al público, los usos sociales, pero también los prejuicios, imponen una determinada apariencia¹¹¹. Es habitual la exigencia de una concreta manera de vestir, de peinarse o de maquillarse, quedando al aspirante al puesto de trabajo dos opciones: o renunciar al aspecto externo por él escogido, o conformarse con ser sistemáticamente discriminado en el proceso de contratación (o extinción). Dadas las grandes dificultades para encontrar y mantener un empleo, los trabajadores –al menos en la mayoría de los casos– estarán dispuestos a asumir casi cualquier condición con tal de continuar en su puesto de trabajo (o ser contratado), sobre todo si aquella viene dada bajo la amenaza del despido¹¹² (o no contratación); tolerarán, igualmente, cualquier restricción o anulación de sus libertades, abdicando sea de su imagen, sea de cualquier otro atributo personal, con tal de poder conservar su empleo o acceder a él, ante el temor de quedar fuera ya en el proceso de selección¹¹³.

Este olvido trae causa en los extremadamente difusos contornos del Derecho, que lo mantienen sumido en un gran desamparo, tanto por la actitud reacia a considerar su plena autonomía, como por su consideración subordinada respecto a otros como la intimidad o la dignidad, tal y como asume el propio Tribunal Constitucional: «el derecho a la propia imagen... contribuye a preservar la dignidad de la persona, salvaguardando una esfera de propia reserva personal, frente a intromisiones ilegítimas provenientes de terceros... Una valoración teleológica que, por lo demás, también ha prevalecido cuando se ha analizado la proyección del derecho en cuestión sobre la relación individual de trabajo... Cali-

¹⁰⁹ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.^a F.: «Libertad ideológica y prestación de servicios», cit., pág. 62; ALONSO OLEA, M.: *Las fuentes del derecho, en especial del Derecho del Trabajo, según la Constitución*, Madrid (Civitas), 1982, pág. 29 o BAZ RODRÍGUEZ, J.: «La cláusula de conciencia de los profesionales de los medios de comunicación del artículo 20.1 d) CE: un supuesto de ejercicio de los derechos fundamentales del trabajador en la empresa (I)», *AL*, núm. 47, 1994, pág. 724.

¹¹⁰ VALDÉS DAL-RÉ, F.: «Contrato de trabajo, derechos fundamentales de la persona del trabajador y poderes empresariales: una difícil convivencia», cit., págs. 1-2.

¹¹¹ Llevado al extremo, y conforme constata algún autor tras el análisis de diversos productos de la autonomía colectiva, a determinados convenios «solamente les falta medir con cuántos centímetros se entiende que una uña es larga o si el pintarse el rímel implica que la trabajadora... luce un "maquillaje exagerado"», BALLESTER PASTOR, I.: «Facultades de control empresarial sobre el aspecto exterior del trabajador: límites a la expresión del derecho a la propia imagen en el desarrollo de la relación laboral», *TS*, núm. 169, 2005, pág. 31.

¹¹² DE TISSOT, O.: «La protection de la vie privée du salarié», cit., pág. 222.

¹¹³ GOÑI SEIN, J.L.: *El respeto a la esfera privada del trabajador*, cit., pág. 39.

ficado así, resulta claro que el primer elemento a salvaguardar sería el interés del sujeto en evitar la difusión incondicionada de su aspecto físico, que constituye el primer elemento configurador de su intimidad y de su esfera personal... Esta estricta vinculación con la salvaguardia de la intimidad, y la dimensión teleológica del derecho a la propia imagen, hace que la dimensión constitucional del tema quede restringida a este concreto ámbito de natural reserva de la propia esfera íntima»¹¹⁴.

Esta situación se traslada a la tutela legal de este derecho, constitucionalizado en el artículo 18.1 CE, en tanto, contemplada en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, únicamente le proporciona una protección «negativa», limitando las grabaciones y difusiones de la imagen no consentidas por el afectado. El legislador omite toda mención a la libertad en la determinación del aspecto externo, pese a que de todos es sabido cómo ciertos cánones sociales condenan a determinadas personas, por la peculiaridad de su aspecto externo, a la marginación social, de forma genérica, y laboral, específicamente.

Tal opción se vincula con el tenor del propio Texto Constitucional, que ni afirma ni rechaza el ejercicio positivo, pero potencia la perspectiva negativa al ubicar la garantía del derecho a la propia imagen junto a la del honor y la intimidad personal y familiar. En efecto, el artículo 18.1 CE aglutina varios derechos cuyo contenido ha venido habitualmente confundándose, posiblemente debido a la innegable cercanía que ofrecen en determinados aspectos. Al precepto debe serle atribuida la virtud de introducir por primera vez en el ordenamiento constitucional español el derecho a la propia imagen¹¹⁵; en el lado negativo, cabe achacarle que su coexistencia con la intimidad no sólo no ayuda sino que perjudica el correcto deslinde entre ambos¹¹⁶, pese al carácter externo del uno y eminentemente interno del otro¹¹⁷. El Tribunal Constitucional es claro a este respecto: «en

¹¹⁴ STCo 99/1994, de 11 de abril.

¹¹⁵ El derecho a la propia imagen, «a diferencia de los otros con los que aparece conexo, tiene una consagración mucho más actualizada, en atención a la propia realidad social que hacía necesaria su protección». Precisamente por ello no puede extrañar la superior importancia otorgada a su aspecto negativo, habida cuenta «esta reciente configuración es fruto del avance tecnológico, consecuencia inmediata de la generalización de los medios audiovisuales y de su creciente influencia en la vida social, y por ello encuentra sus orígenes en la segunda mitad del siglo XIX, con el surgimiento de la fotografía», CORDERO SAAVEDRA, L.: «Derecho a la propia imagen y contrato de trabajo», *REDT*, núm. 101, 2000, pág. 250, quien cita a AZURMENDI ADARRAGA, A.: *El derecho a la propia imagen: su identidad y aproximación al derecho a la información*, Madrid (Civitas), 1997, pág. 32 y a GITRAMA GONZÁLEZ, M.: «Imagen (derecho a la propia)», en AA.VV.: *Nueva Enciclopedia Jurídica*, T. XI, Barcelona (Seix), 1979, pág. 302.

¹¹⁶ «El derecho a la propia imagen aparece junto a otros derechos a los que parece complementar, y no parece quedar dotado de una suficiente autonomía frente a aquéllos; de hecho, la doctrina muestra una postura contradictoria a este respecto, pues aunque algunos autores reconocen a este derecho cierta autonomía, otros se la niegan», BALLESTER PASTOR, I.: «Facultades de control empresarial sobre el aspecto exterior del trabajador: límites a la expresión del derecho a la propia imagen en el desarrollo de la relación laboral», cit., pág. 27.

¹¹⁷ Pese a que parte de la doctrina considera que honor, intimidad y propia imagen constituyen diversas manifestaciones de un mismo derecho [PÉREZ LUÑO, A.E.: *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Madrid, 1984, págs. 331 y ss.], en realidad se trata de tres derechos distintos, siendo la principal diferencia entre propia imagen e intimidad la primacía que los aspectos puramente externos alcanzan en el primero, en tanto imagen no es sino la representación de la propia figura de forma visible y reconocible [CREVILLÉN SÁNCHEZ, C.: *Derechos de la Personalidad. Honor, Intimidad Personal y Familiar y Propia Imagen en la Jurisprudencia*, Madrid (Actualidad Editorial), 1995, pág. 93], lo cual lo diferencia de la intimidad, donde la garantía se refiere al derecho a no ver desvelados aspectos internos pertenecientes a la esfera personal o familiar; en cuanto hace al honor, puede verse afectada tanto la faceta externa como la interna, pero en todo caso habrá de concurrir un elemento de lesividad a la dignidad [BALAGUER CALLEJÓN, M.L.: *El derecho fundamental al honor*, Madrid (Tecnos), 1992, págs. 26 y ss.]. Dicho lo anterior, ello no es óbice para reconocer la existencia de puntos de intersección, lo cual resulta lógico en tanto en cuanto todos ellos constituyen derechos de la personalidad, O'CALLAGHAN MUÑOZ, X.: *Libertad de expresión y sus límites: honor, intimidad e imagen*, Madrid (Edersa), 1991, pág. 106.

la Constitución Española ese derecho se configura como un derecho autónomo, aunque ciertamente, en su condición de derecho de la personalidad, derivado de la dignidad y dirigido a proteger el patrimonio moral de las personas, guarda una muy estrecha relación con el derecho al honor y, sobre todo, con el derecho a la intimidad, proclamados ambos en el mismo artículo 18.1 del Texto Constitucional. No cabe desconocer que mediante la captación y publicación de la imagen de una persona puede vulnerarse tanto su derecho al honor como su derecho a la intimidad. Sin embargo, lo específico del derecho a la propia imagen es la protección frente a las reproducciones de la misma que, afectando a la esfera personal de su titular, no lesionan su buen nombre ni dan a conocer su vida íntima»¹¹⁸.

Con todo, procede afirmar la trascendencia constitucional de la propia imagen en sentido positivo, habida cuenta el aspecto exterior –en cualquiera de sus facetas– constituye parte importante de la «identidad personal» del hombre¹¹⁹ (convertida en uno de los atributos esenciales de la dignidad humana), que pasa por la imagen que de cada cual tienen los demás, quienes contarán como primer baremo de valoración con el aspecto que se ofrezca¹²⁰. No obstante, el Tribunal Constitucional se muestra contrario a reconocer aquel anclaje en la Norma Fundamental¹²¹, pese a afirmar que los listados en el artículo 18.1 CE «aparecen como derechos fundamentales estrictamente vinculados a la propia personalidad, derivados sin duda de la dignidad de la persona que reconoce el artículo 10 CE»¹²² y que la propia imagen «garantiza el ámbito de libertad de una persona respecto a sus atributos más característicos, propios e inmediatos, como son la propia imagen, la voz o el nombre, cualidades definitorias del ser propio y atribuidas como posesión inherente e irreducible a toda persona» que se manifiestan «en el mundo físico por medio de la actuación del cuerpo y las cualidades del mismo»¹²³.

La regla general es, pues, parar la atención exclusivamente en el ejercicio negativo del derecho, entendiéndose que «la facultad [por él] otorgada, en tanto que derecho fundamental, consiste en esencia en impedir la obtención, reproducción o publicación de la propia imagen por parte de un tercero no autorizado, sea cual sea la finalidad –informativa, comercial, cultural, etc.– perseguida por quien la capta o difunde»¹²⁴.

Frente a tal opción, desde este foro se defiende la contraria, habida cuenta el control sobre el aspecto a mantener para uno mismo y ante los demás es reflejo del deseo de ser un agente único y peculiar y, precisamente por ello, el derecho a la propia imagen no puede reducirse al derecho de

¹¹⁸ STCo 81/2001, de 26 de marzo.

¹¹⁹ DÄUBLER, W.: *Derecho del trabajo*, Madrid (MTSS), 1994, pág. 616.

¹²⁰ Vestimenta, ornamentos, maquillaje, peinado... constituyen los elementos fundamentales de la imagen que de nosotros damos a los demás, y de la imagen que nos hacemos de nosotros mismos, DE TISSOT, O.: «Pour une analyse juridique du concept de dignité du salarié», cit., pág. 976.

¹²¹ Así, en la sentencia relativa a un camarero despedido por llevar barba, STCo 170/1987, de 30 de octubre.

¹²² STCo 231/1988, de 2 de diciembre, que no se sustrae, sin embargo, a la protección negativa de estos derechos, en tanto afirma que tales derechos «implican la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario –según las pautas de nuestra cultura– para mantener una calidad mínima de vida humana».

¹²³ STCo 117/1994, de 17 de abril.

¹²⁴ STCo 81/2001, de 26 de marzo.

exclusión, también ha de incluir un lado positivo de conformación libre de la apariencia física, la «semblanza individual», como parte de uno de los «modos del ser personal», una manifestación de la propia personalidad ¹²⁵ y, como tal, amparada no sólo por la letra de la Constitución, sino también por su espíritu. Tal debería ser la conclusión si se admite que la imagen «constituye el primer elemento configurador de la esfera personal de todo individuo, en tanto instrumento básico de identificación y proyección exterior y factor imprescindible para su propio reconocimiento como sujeto individual» ¹²⁶; todavía más cuando ciertas formas de vestir –como determinadas prácticas alimenticias– vienen impuestas por las convicciones religiosas, habida cuenta, en tal caso, la libertad ideológica y religiosa (que implica la de manifestar la religión en público y en privado) vienen a servir de refuerzo ¹²⁷. A este respecto, cabe dar cuenta de un pronunciamiento judicial dictado en suplicación que, enjuiciando la sanción impuesta a un conductor de autobuses por trabajar con gorra (prenda que no forma parte del vestuario impuesto por la empresa), resuelve que «el empeño del aquí actor en llevar gorra mientras conduce el autobús no obedece a un mero capricho o al seguimiento de modas. Aunque la sentencia no lo consigne, de manera sorprendente, entre los que declara probados, es hecho clave... que aquél es... practicante de la religión judía desde hace unos veintitrés años, así como que esta creencia considera necesario tener siempre cubierta la cabeza en señal de respeto a la divinidad... Usar gorra, así pues, constituye para el demandante un acto prescrito por su religión, de manera que el conflicto se plantea entre el derecho de la empresa a dirigir la actividad laboral... y el derecho fundamental a la libertad religiosa de uno de sus empleados [y que] incluye... una "dimensión externa de *agere licere* que faculta a los ciudadanos para actuar con arreglo a sus propias convicciones y mantenerlas frente a terceros". Un conflicto de las características del que aquí se examina no admite una solución única. Dependerá de las circunstancias que concurran en cada situación concreta, ponderando hasta qué punto el comportamiento del trabajador a que le obligan sus convicciones religiosas resulta inocuo para los intereses de la empresa, o, por el contrario, incompatible con ellos», permitiendo concluir, en el caso concreto, que ningún perjuicio ha sufrido la actividad por la manifestación externa de los sentimientos religiosos de uno de sus operarios ¹²⁸.

¹²⁵ DE VICENTE PACHÉS, F.: «Doctrina constitucional sobre el derecho del trabajador a su propia imagen», *TS*, núm. 71, 1996, pág. 44 o DEL REY GUANTER, S.: «Contrato de trabajo y derechos fundamentales en la doctrina del Tribunal Constitucional», cit., págs. 40-41. El trabajador se vería desposeído de sí mismo y, entonces, agredido en su dignidad de persona, si se le obligara a confundirse con una masa indistinta de trabajadores de apariencia intercambiable, DE TISSOT, O.: «Pour une analyse juridique du concept de dignité du salarié», cit., pág. 976.

¹²⁶ STCo 81/2001, de 26 de marzo, donde se citan las SSTCo 231/1988, de 2 de diciembre, y 99/1994, de 11 de abril.

¹²⁷ DE TISSOT, O.: «La protection de la vie privée du salarié», cit., págs. 229.

¹²⁸ «En el caso de autos, no consta... que la conducta del actor haya causado algún tipo de daño o menoscabo a la imagen de la empresa, incidente o trastorno cualquiera durante la ejecución del servicio o, más en general, ninguna clase de perjuicio. Y así debe ser, ya que está probado que la empresa vino consintiendo durante años que el actor se cubriera con gorra, sin que haya explicado, ni siquiera mínimamente, a qué responde su reciente y brusco cambio de actitud y su actual intolerancia. Luego, si ni la actividad laboral ni los intereses empresariales sufren en absoluto, no se ve razón atendible que justifique en derecho una decisión de la empresa, rayana, pues, en el autoritarismo, que hiere, sin provecho para sí, los sentimientos religiosos de uno de sus empleados constitucionalmente tutelados; máxime cuando la demandada es una empresa municipal y por tanto perteneciente al sector público, y puede que, por ello, más comprometida que las de puro carácter privado con el cumplimiento efectivo de los valores constitucionales», STSJ Baleares 9 de septiembre de 2002 (AS 2003/2).

Ahora bien, y retomando el hilo del discurso, el correcto análisis del alcance del derecho a la propia imagen fuerza a establecer dos planos bien diferenciados:

De un lado, en el desenvolvimiento cotidiano cualquier persona, y por tanto también cualquier trabajador, puede, en principio, decidir libremente sobre su aspecto exterior ¹²⁹, pues las resoluciones en este sentido derivan de su exclusiva elección y carecen de trascendencia jurídica. Nada obsta para que la persona, dentro de la legalidad, lleve su vida privada del modo por ella escogido, adoptando, si así lo quiere, un comportamiento susceptible de ser juzgado por la mayoría como despreciable o inmoral, pues esta valoración colectiva no torna el comportamiento en ilícito, dada la separación entre moral social y Derecho; eso sí, quien así actúa ha de tener presente, no obstante, como pese a no merecer reproche jurídico alguno, la vida en sociedad conoce otras sanciones en ocasiones mucho más duras: «el ostracismo social, el deshonor público son a menudo más temibles que la multa o la prisión, pues pueden llevar a aquel que lo sufre a la soledad, a la exclusión, a la depresión, incluso al suicidio» ¹³⁰.

De otro, y en cualquier caso, desde el punto de vista del ordenamiento laboral procede localizar los mecanismos ideados para proteger el ejercicio legítimo de este derecho, así como determinar cuándo las exigencias del contrato y de la empresa pueden hacerlo ceder o reducirlo para la salvaguarda de otros valores también dignos de protección ¹³¹.

1. La tutela de la propia imagen en el ordenamiento laboral. La prohibición de discriminación en atención al aspecto externo del trabajador.

Tal y como ya se ha indicado, resulta escaso el reflejo que los derechos fundamentales encuentran en el Estatuto de los Trabajadores (ET): la intimidad aparece regulada al hilo del poder de vigilancia y control, y es contemplada también la prohibición de discriminación y el respeto a la dignidad del trabajador; el resto de derechos inespecíficos no encuentra mayor respaldo y será precisa una ardua labor interpretativa para alcanzar el resultado –evidente desde el punto de vista constitucional– de verlos incluidos en tan importante texto laboral, siendo precisamente el derecho tutelado en los artículos 4.2 c) y 17 ET el que más habitualmente servirá para lograr la tutela de los no contemplados expresamente. Ello no ha de extrañar, habida cuenta el «superprincipio» constitucional de

¹²⁹ DÄUBLER, W.: *Derecho del trabajo*, cit., pág. 615.

¹³⁰ DE TISSOT, O.: «La protection de la vie privée du salarié», cit., págs. 223 y 229.

¹³¹ Tarea difícil, pues plantea un buen número de interrogantes: ¿dónde está el «abuso» en el ejercicio de un derecho?, ¿se puede despedir a un trabajador por su forma de vestir excéntrica?, ¿hasta dónde llega su derecho a la «libertad de vestirse»?; BOSSU, B.: «Droits de l'homme et pouvoirs du chef d'entreprise: vers un nouvel équilibre», cit., pág. 751.

igualdad de trato (arts. 1.1, 9.2 y 14 CE)¹³² encuentra significativo reflejo en la rama social del Derecho, en tanto constituye un «ingrediente esencial de nuestro sistema de relaciones laborales»¹³³ e informa la práctica totalidad de la disciplina al punto de actuar como «principio general de elaboración y aplicación» de su normativa¹³⁴, desplegando su transversalidad tanto en las normas como en su aplicación, desde la igualdad material hasta la redimensión de algunas instituciones tradicionales¹³⁵.

Llegados a este punto, y a fin de ir adentrándose en el objeto específico de este estudio, es menester preguntarse si tal cauce podrá servir para la tutela de la propia imagen del trabajador; es decir, si resultará o no legítimo un trato diferencial por parte del empresario fundado en el ejercicio de tal derecho.

La primera dificultad surge del propio tenor del artículo 17 ET, en virtud del cual serán nulos «los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que contengan discriminaciones» fundadas en determinados factores que enumera, entre los cuales no aparece listado el aspecto del trabajador como posible desencadenante. La decisión del legislador resulta al tiempo sorprendente y natural: llama la atención que, recogiendo las causas más habituales de discriminación, olvide un elemento que suele ser criterio fundamental en la valoración que del trabajador hace el empresario; sin embargo, la omisión no extraña, en tanto el prejuicio existente al respecto, lejos de circunscribirse al ámbito de las organizaciones productivas, alcanza a la sociedad en su conjunto, donde subsiste profundamente arraigada la convicción sobre una íntima relación entre el exterior de la persona y sus valores internos¹³⁶.

El silencio que la norma guarda respecto a la cuestión fuerza a dilucidar si la enumeración contenida en el precepto ha de ser considerada *numerus clausus* o *apertus*, lo cual provoca un nuevo obstáculo desde el momento en que la generalidad de la doctrina ha venido manifestándose a favor de la primera opción, no obstante lo cual existen otras vías capaces de forzar el respeto a este derecho fundamental dentro de la empresa a partir de la tutela antidiscriminatoria.

¹³² FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.ª F.: «La discriminación en la jurisprudencia constitucional», *RL*, 1993, T. I, págs. 151 y ss. y «La igualdad y la discriminación en la jurisprudencia constitucional», en AA.VV. (ALARCÓN CARACUEL, M.R., Coord.): *Constitución y Derecho del Trabajo: 1981-1991 (Análisis de diez años de jurisprudencia constitucional)*, cit., pág. 165; BORRAJO DACRUZ, E.: «El modelo constitucional de la Seguridad Social en España», *RT*, núm. 65, 1982, pág. 27; ÁLVAREZ DEL CUBILLO, A., et alii: «Igualdad y no discriminación», en AA.VV. (RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F. y ELORZA GUERRERO, F., Coords.): *Veinte años de jurisprudencia laboral y social del Tribunal Constitucional. XIX Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Madrid (Tecnos), 2001, pág. 264 o PARDELL VEA, A.: «La igualdad ante la ley», ponencia general al *XV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. La igualdad ante la ley*, Lleida, 28 y 29 de mayo de 2004.

¹³³ ALONSO OLEA, M.: «Discriminaciones laborales y jurisprudencia constitucional», *REDT*, núm. 16, 1983, pág. 603. Aun cuando no se termine de asumir su relevante papel, TERRADILLOS BASOCO, J.M.ª: «El delito de discriminación laboral», *RDS*, núm. 7, 1999, pág. 189.

¹³⁴ GARCÍA FERNÁNDEZ, M.: *Manual de Derecho del Trabajo*, Barcelona (Ariel), 1990, pág. 346 o SAGARDOY BENGOCHEA, J.A.: *Los principios de aplicación del Derecho del Trabajo*, 2.ª ed., Madrid (Acarl), 1991, págs. 9 y ss.

¹³⁵ LOUSADA AROCHENA, J.F.: «¿Qué es la teoría feminista del derecho?», *RTL*, Vol. XXV, núm. 96, 2003, pág. 251.

¹³⁶ SERRA CALLEJO, J.: «La discriminación laboral por causas atípicas: el aspecto físico y la posesión de enfermedades contagiosas», cit., pág. 59.

Como justificación genérica cabría acudir a una interpretación de los preceptos de referencia [arts. 4.2 c) y 17 ET] a la luz del reconocimiento de la dignidad humana efectuado por los artículos 4.2 e) ET y 10 CE, convertida en principio superpuesto a las relaciones jurídicas desplegadas en el seno del ordenamiento marcando los cauces de corrección para el desenvolvimiento de las facultades privadas ¹³⁷; de forma más concreta, la solución podría pasar por poner en conexión aquellas disposiciones con el artículo 14 CE ¹³⁸, que contempla el derecho a la igualdad ante la ley y la prohibición de discriminación ¹³⁹, desplegando ésta sus efectos en todo tipo de relaciones, incluidas las privadas, cuando la causa del trato desigual sea una de las contempladas, lo cual no es óbice para poder incluir entre los factores la propia imagen merced a la cláusula genérica de cierre («o cualquier otra condición o circunstancia personal o social») que configura la enumeración como abierta ¹⁴⁰. Así pues, el carácter cerrado del artículo 17 CE se salva por mor del artículo 14 CE, habida cuenta iría contra la Carta Magna afirmar que el elenco de causas contenido en aquél es exhaustivo una vez admitido cómo el segundo, para el cual lo decisivo es la prohibición misma y no tanto el motivo del acto o decisión ilegítima ¹⁴¹, acoge ilimitadamente la tutela antidiscriminatoria ¹⁴². En conclusión, el trato desigual fundado en el aspecto físico constituirá una discriminación tan ilegítima como la fundada en el sexo o la raza ¹⁴³.

Localizado un posible instrumento de defensa frente a decisiones empresariales ilícitas fundadas en la apariencia externa del trabajador no se salvan todos los obstáculos planteados por la cuestión. El ordenamiento laboral dista de ofrecer una respuesta plenamente satisfactoria tanto

¹³⁷ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.^a F.: *El poder disciplinario en la empresa*, cit., págs. 144 y ss.

¹³⁸ GARCÍA MURCIA, J.: «Las preferencias de empleo en los convenios colectivos y el principio de no discriminación», cit., pág. 757.

¹³⁹ «El respeto a la igualdad ante la ley se impone a los órganos del poder público, pero no a los sujetos privados», SSTCo 18/1989, de 8 de junio, o 28/1992, de 9 de marzo, entre otras muchas. En la doctrina, afirmando que el artículo 14 CE contiene dos normas diferenciadas, una dirigida a los poderes públicos y otra a todos, RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M.: *Igualdad y discriminación*, Madrid (Tecnos), 1986, págs. 251 y ss.

¹⁴⁰ Existen razonamientos que consideran que afirmar la competencia de los jueces ordinarios para ir ampliando la lista del artículo 14 CE puede hacer peligrar el principio de seguridad jurídica, incluso el de legalidad, pues las soluciones variarán en el espacio y en el tiempo según el juez llamado a resolver, viéndose perjudicados los empresarios que soporten las decisiones más progresistas, ante lo cual parece lógico sustraer la competencia de manos de los jueces y reservarla a la ley. A ello responden algunos autores afirmando que dejar al legislador la tarea de ampliación conlleva también numerosos problemas, pues las «minorías» (los feos, los de estética diferente...) quedarán en manos de la decisión de los representantes de la «mayoría» (los de estética convencional), quienes decidirán si les conceden el beneficio de la ampliación; por tal motivo, resultaría preciso reconocer la competencia de los tribunales ordinarios en la materia, SERRA CALLEJO, J.: «La discriminación laboral por causas atípicas: el aspecto físico y la posesión de enfermedades contagiosas», cit., págs. 92 y 107-108.

¹⁴¹ MONTROYA MELGAR, A.: «El derecho a la no discriminación en el Estatuto de los Trabajadores», *DL*, núm. 7, 1983, pág. 12.

¹⁴² GOÑI SEIN, J.L.: *El respeto a la esfera privada del trabajador*, cit., pág. 44. *Contra*, afirmando el carácter limitado e inampliable del artículo 17 ET, RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M.: «No discriminación en las relaciones laborales», en AA.VV. (BORRAJO DACRUZ, E., Dir.): «Comentarios a las Leyes Laborales. El Estatuto de los Trabajadores», T. IV, Madrid (*Revista de Derecho Privado*), 1983, pág. 348.

¹⁴³ SERRA CALLEJO, J.: «La discriminación laboral por causas atípicas: el aspecto físico y la posesión de enfermedades contagiosas», cit., págs. 59 y 91.

cuando la discriminación se plasma en las vicisitudes de la relación ¹⁴⁴ (a partir de las decisiones de movilidad funcional ¹⁴⁵ o geográfica ¹⁴⁶, de la modificación sustancial de condiciones de tra-

¹⁴⁴ Pese a la clara ilicitud del ejercicio de los poderes empresariales como cauce para la discriminación [RIVERO LAMAS, J.: *Limitación de los poderes empresariales y democracia industrial*, Zaragoza (Universidad), 1986, pág. 92], expresamente reiterada en la negociación colectiva [ALONSO BRAVO, M.: «La organización del trabajo en la empresa», en AA.VV. (GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, E., Dir.): *La estructura y el contenido de la contratación colectiva en Castilla y León. Sus efectos sobre la ordenación de las relaciones laborales y análisis de las necesidades de formación*, Valladolid (Junta de Castilla y León), 2001, pág. 121], a menudo su titular aprovecha las facultades que le confiere para lograr, a través de un trato perjudicial, que determinados trabajadores renuncien o abandonen. Tal posibilidad aparece favorecida por la fuerte discrecionalidad reconocida al empresario en este ámbito [ROMÁN DE LA TORRE, M.^a D.: *Poder de dirección y contrato de trabajo*, cit., pág. 332 o RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M.: «No discriminación en las relaciones laborales», en AA.VV. (BORRAJO DACRUZ, E., Dir.): «Comentarios a las Leyes Laborales. El Estatuto de los Trabajadores», T. IV, cit.], incrementada por la creciente elasticidad que la legislación reconoce para gestionar los recursos humanos, cuya consecuencia ha sido el ensanchamiento de los márgenes reconocidos a la actuación del empresario, a costa de espacios antes otorgados a la ley y a la negociación colectiva [RIVERO LAMAS, J.: «Poderes, libertades y derechos en el contrato de trabajo», cit., pág. 971]; en otras palabras, la tan traída y llevada «flexibilidad laboral», respecto de la cual es menester citar los acabados estudios sobre su incidencia en los diversos institutos laborales realizados por FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.; MARTÍNEZ BARROSO, M.^a R. y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *El Derecho del Trabajo tras las últimas reformas flexibilizadoras de la relación laboral*, Madrid (CGPJ), 1998 o NAVARRO NIETO, F. y SÁEZ LARA, C.: *La flexibilidad en la nueva relación de trabajo*, Madrid (CGPJ), 1998.

¹⁴⁵ Al otorgar al empresario, prácticamente, «un cheque en blanco... para su utilización desigual», MARTÍNEZ ROCAMORA, L.G.: *Decisiones empresariales y principio de igualdad*, Barcelona (Cedecs), 1998, pág. 221.

En especial en el supuesto de movilidad ordinaria, habida cuenta no precisa de causa alguna [SALA FRANCO, T.: «La movilidad funcional», en AA.VV. (VALDÉS DAL-RÉ, F. y CASAS BAAMONDE, M.^a E., Coords.): *La reforma del Estatuto de los Trabajadores*, Valladolid (Lex Nova), 2000, pág. 68 o CASAS BAAMONDE, M.^a E.: «Sistemas de clasificación profesional, movilidad funcional y negociación colectiva», en AA.VV. (ROJO TORRECILLA, E., Coord.): *Las reformas laborales de 1994 y 1997*, cit., págs. 181 y ss.], ni consulta con los representantes de los trabajadores o con el trabajador afectado, reduciéndose el control judicial al carácter justificado o no de la medida en los términos del artículo 39.1 ET y a comprobar que se han respetado los derechos fundamentales [DEL REY GUANTER, S.: «Movilidad funcional, movilidad geográfica y modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo», en AA.VV. (ALARCÓN CARACUEL, M.R., Coord.): *La reforma laboral de 1994*, Madrid (Marcial Pons), 1994, pág. 199]. Por su parte, la movilidad extraordinaria descendente, pese a presentar mayores garantías [VALLE MUÑOZ, F.A.: «La intervención de los representantes de los trabajadores en la decisión empresarial de movilidad funcional ex artículo 39 del ET», en AA.VV. (MARTÍNEZ ABASCAL, V., Coord.): *La modificación del contrato de trabajo*, Madrid (*Ibidem*), 1997, págs. 63 y ss. o CASAS BAAMONDE, M.^a E.: «Sistemas de clasificación profesional, movilidad funcional y negociación colectiva», en AA.VV. (ROJO TORRECILLA, E., Coord.): *Las reformas laborales de 1994 y 1997*, cit., págs. 183-184], podrá encubrir discriminaciones indirectas, en tanto el empresario, cumpliendo las exigencias legales, puede aprovechar su discrecionalidad a la hora de elegir a los afectados para encomendar las tareas inferiores a un trabajador al que quiere perjudicar o cuya renuncia pretende.

¹⁴⁶ La movilidad geográfica también ha sufrido alteraciones flexibilizadoras que facilitan el ejercicio por su titular y, en última instancia, aumentan las posibilidades de su empleo para dañar a trabajadores concretos, habida cuenta la libertad que asiste al empresario para seleccionar a los afectados [PÉREZ AMORÓS, F. y ROJO TORRECILLA, E.: «Movilidad geográfica», en AA.VV.: *Reforma de la legislación laboral. Estudios dedicados al Prof. Manuel Alonso García*, Madrid (Marcial Pons), 1995, pág. 232 o RIVERO LAMAS, J.: «Aspectos relacionados con la movilidad funcional y geográfica y con las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo», en AA.VV. (MARTÍNEZ EMPERADOR, R., Dir.): *Puntos críticos de la reforma laboral*, Madrid (RAMÓN ARECES), 1996, págs. 74 y ss.]. La finalidad «encubierta en bastantes órdenes de traslado» será lograr el desistimiento del trabajador [CRUZ VILLALÓN, J.: «La movilidad geográfica del trabajador y su nuevo régimen legal», *RPS*, núm. 25, 1980, págs. 81 y ss.]. La cuestión parecería más grave en el caso de los desplazamientos, en tanto las garantías previstas son menores [BARTOMEUS PLANA, D.: «La regulación actual de los desplazamientos y la falta de garantías para los derechos del trabajador», en AA.VV. (BODAS MARTÍN, R., Coord.): *El poder de dirección del empresario*, Madrid (*Ibidem*), 1997, págs. 89 y ss.]; sin embargo, tampoco cabe olvidar su naturaleza temporal y, en consecuencia, su carácter menos traumático, GARCÍA MURCIA, J.: «La incidencia de la Ley 11/1994 en la regulación de los traslados y desplazamientos de los trabajadores», en AA.VV. (VALDÉS DAL-RÉ, F. y CASAS BAAMONDE, M.^a E., Coords.): *La reforma del Estatuto de los Trabajadores*, Madrid (La Ley), 1994, pág. 109.

bajo ¹⁴⁷ o del ejercicio del poder sancionador ¹⁴⁸ y premial ¹⁴⁹) o en la extinción del vínculo contractual ¹⁵⁰ (todavía más en el caso de la precaria situación de quien está sujeto a un contrato temporal ¹⁵¹ o de quien, con independencia de la naturaleza de su vínculo, queda sometido a período

¹⁴⁷ Su regulación también ha sufrido los embates del descenso de garantías [BLASCO PELLICER, A.: «Autonomía individual, autonomía colectiva y modificación sustancial de condiciones de trabajo», *RL*, núm. 12, 1995, págs. 11 y ss.]. Desaparece la exigencia de autorización administrativa para numerosas decisiones [MONTROYA MELGAR, A.: «La nueva configuración del poder de dirección del empresario», en AA.VV.: *Reforma de la legislación laboral. Estudios dedicados al Prof. Manuel Alonso García*, Madrid (Marcial Pons), 1995, pág. 94] y, pese a subsistir la causalidad de la alteración, se contemplan con gran generalidad las razones económicas, técnicas, organizativas o de producción, PEDRAJAS MORENO, A.: «Modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo», en AA.VV. (VALDÉS DAL-RÉ, F., Dir.): *La reforma del mercado laboral*, Valladolid (Lex Nova), 1994, pág. 368.

El empresario habitualmente recurre a los cauces del artículo 41 ET para modificar aspectos vinculados al tiempo de trabajo [CRUZ VILLALÓN, J.: «La aplicación judicial de la reforma en materia de modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo», *RL*, núm. 23, 1996, pág. 14]; no tanto para incrementar o reducir la jornada como para alterar el horario de trabajo, introduciendo la jornada partida o el sistema a turnos.

¹⁴⁸ Los poderes empresariales alcanzan la facultad para sancionar las faltas cometidas por los trabajadores. Además del despido, las opciones abarcan un espectro más amplio, pues en no todas las infracciones concurre gravedad suficiente. En cualquier caso, también este poder disciplinario puede servir al empresario para proceder a un trato desigual [DE LA PUEBLA PINILLA, A.M.: «Igualdad y discriminación en el ejercicio del poder disciplinario», *RL*, 1994, T. II, págs. 236 y ss.] o para generar en un trabajador el deseo de abandonar la empresa, a partir del abusivo comportamiento de hacer recaer únicamente sobre ciertos empleados las sanciones o perdonando las impuestas a otros, MARTÍN VALVERDE, A.: «Infracción de deberes laborales. Requerimiento a la normalidad. Paros de solidaridad. Principio de igualdad de trato. Rendimiento normal», *RPS*, núm. 74, 1972, págs. 259-260; DURÁN LÓPEZ, F.: «Principio de igualdad de trato en el ejercicio de la facultad del empresario», *RPS*, núm. 106, 1975, págs. 308-314; BAYLOS GRAU, A.: «Conflictos colectivos. El principio de igualdad de trato», *RPS*, núm. 109, 1976, págs. 192-198; RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M.: «Principio de igualdad y resolución del contrato de trabajo», *RDP*, núm. 57, 1975, págs. 87-93 o CREMADES PASTOR, B.M.: «El tratamiento igual en la empresa», *RPS*, núm. 83, 1969, págs. 50-51.

Ninguna duda cabe de la gran dificultad de demostrar la ilicitud de esta conducta empresarial, habida cuenta el carácter individual de la falta y la pena, que permite valorar un sinfín de circunstancias concurrentes en el sujeto [CONDE MARTÍN DE HIJAS, V.: «Libertad empresarial y principio de igualdad en el ejercicio de las facultades disciplinarias en la empresa», *AL*, núm. 4, 1996, pág. 135 o RONGERE, P.: «À la recherche de la discrimination introuvable: l'extension de l'exigence d'égalité entre salariés», *DS*, núm. 1, 1999, pág. 102], lo que facultará una distinta respuesta frente a conductas iguales [GARCÍA FERNÁNDEZ, M.: «Libertad empresarial de organización y exigencias del principio de igualdad», en AA.VV. (BORRAJO DACRUZ, E., Dir.): *La reforma del mercado de trabajo*, Madrid (Actualidad Editorial), 1993, pág. 1.024]. Aun así, el empresario, que puede esgrimir su discrecionalidad organizativa para decidir si sancionar o no el incumplimiento laboral, no es libre para punir sólo a uno de los trabajadores que han participado en el ilícito cuando no hay justificación alguna para tal trato desigual, CASTRO ARGÜELLES, M.^a A.: *El régimen disciplinario en la empresa. Infracciones y sanciones laborales*, Pamplona (Aranzadi), 1993, págs. 43-44 y SEMPERE NAVARRO, A.V.: «Problemas particulares sobre el poder disciplinario y las sanciones en la empresa», *TS*, núm. 63, 1996, pág. 71.

¹⁴⁹ Reverso del poder sancionador que provoca idéntico riesgo de trato desigual, pero ahora a la inversa, es decir, cuando el empresario sólo hace acreedores del beneficio a determinados trabajadores, careciendo para ello de justificación objetiva, BORRAJO DACRUZ, E.: «Valoración positiva: balance y perspectiva», en AA.VV.: *El Estatuto de los Trabajadores. Puntos críticos*, Madrid (Edersa), 1980, pág. 240; MARTÍNEZ ROCAMORA, L.G.: *Decisiones empresariales y principio de igualdad*, cit., págs. 218 y ss. o MERCADER UGUINA, J.R.: *Modernas tendencias en la ordenación salarial*, Pamplona (Aranzadi), 1996, págs. 73 y ss.

¹⁵⁰ SSTCo 170/1987, de 30 de octubre, y 99/1994, de 11 de abril.

¹⁵¹ Buena parte de la doctrina tuitiva elaborada al respecto deriva del tratamiento de la discriminación por motivo de embarazo, lo cual no es óbice para poder trasladar parte de sus postulados al objeto de este análisis. Así, puede considerarse discriminatoria la no renovación del contrato temporal de la mujer embarazada cuando lo han sido los de los demás trabajadores en análoga situación laboral [SSTCo 173/1994, de 7 de junio, y 3/1995, de 10 de enero, o STSJ País Vasco 19 de marzo de 1996 (Ar. 478). En la doctrina, RIERA VAYREDA, C.: *El despido nulo*, Valencia (Tirant lo Blanch), 1999, págs. 223-226]; resultaría, por tanto, de aplicación «la jurisprudencia comunitaria que concluye que la negativa a la contratación [a la cual se equipara la no renovación del contrato de duración determinada] de una trabajadora debido a su embarazo cons-

de prueba ¹⁵²), como cuando del momento de acceso al empleo se trata, en tanto continúa siendo el ámbito más peligroso a estos efectos (también –qué duda cabe– en cuanto hace a otros derechos fundamentales distintos al analizado ¹⁵³), habida cuenta, de un lado, es donde mayor impunidad se produce, y de otro, el resultado es especialmente grave, al concretarse en la no suscripción del negocio.

tituye una discriminación directa por razón de sexo» [MAZUELOS FERNÁNDEZ-FIGUEROA, M.: «Crónica de una cuestión prejudicial: protección del despido de las mujeres embarazadas y la sentencia del Tribunal de Justicia de 4 de octubre de 2001», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 520, 2002, pág. 2]. Los problemas sobre los efectos de la declaración como discriminatoria de la decisión son análogos a los posteriormente reseñados respecto a la negativa a la contratación. Tampoco aquí faltan autores que defienden la continuidad del vínculo, exigiendo, incluso, que ésta venga acompañada de indemnización por daños y perjuicios, MARTÍNEZ GAYOSO, M.: «La denuncia del contrato temporal de la trabajadora embarazada: ¿discriminación por razón de sexo o extinción justificada del contrato de trabajo?», *AS*, núm. 22, 2003, pág. 37.

Así pues, «aunque la prohibición de despido prevista en el artículo 10 de la Directiva 92/85 se aplica tanto a los contratos de trabajo de duración determinada como a los celebrados por tiempo indefinido, la falta de renovación de un contrato, cuando éste ha llegado al vencimiento previsto, no puede ser considerada como un despido prohibido por dicha disposición. No obstante, en la medida en que la falta de renovación de un contrato de trabajo de duración determinada esté motivada por el embarazo de la trabajadora, constituye una discriminación directa por razón de sexo» [STJCE 438/1999, de 4 de octubre de 2001, asunto *Jiménez Melgar c. Ayuntamiento de Los Barrios*, comentada por RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, B.: «La no renovación del contrato por razón de embarazo: discrepancias interpretativas del TC y del TJCE (Comentario a las SSTJCE, Tele Danmark y Jiménez Melgar, de 4 de octubre de 2001)», *RL*, T. I, 2002, pág. 861]. En la jurisprudencia interna, STCo 17/2003, de 30 de enero, comentada por CORDERO SAAVEDRA, L.: «Embarazo de la trabajadora y extinción del contrato de trabajo temporal. A propósito de la doctrina comunitaria y del Tribunal Constitucional», *RL*, núm. 7, 2004, págs. 52 y ss.

¹⁵² En tal caso, la facultad extintiva es distinta al despido [QUINTANILLA NAVARRO, B.: «Acceso al empleo y condiciones de trabajo en general», en AA.VV. (PÉREZ DEL RÍO, M.^a T., Coord.): *La discriminación por razón de sexo en la negociación colectiva*, Madrid (MTAS), 1997, pág. 81 o DE VAL TENA, A.L.: *Pacto de prueba y contrato de trabajo*, Madrid (Civitas), 1998, págs. 169-170]; en consecuencia, no resultan de aplicación las reglas y principios de esta extinción, SSTCo 94/1984, de 16 de octubre, comentada por ALONSO OLEA, M., en *Jurisprudencia constitucional sobre trabajo y Seguridad Social*, T. II, Madrid (Civitas), 1985, págs. 198-200], y 166/1988, de 26 de septiembre.

Durante el período de prueba el empresario puede extinguir la relación sin alegar causa alguna [RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M.: «Naturaleza jurídica del período de prueba», en AA.VV.: *Estudios en homenaje a Jordana de Pozas*, III, Madrid (IEP), 1961, págs. 103 y ss.], de forma que la finalización del contrato es sumamente sencilla, al resultar suficiente para justificarla [BARREIRO GONZÁLEZ, G.: «El período de prueba», en AA.VV. (BORRAJO DACRUZ, E., Coord.): *Comentarios a las Leyes Laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, cit., pág. 80] causas que no permitirían la ruptura de la relación una vez superada esta fase [DE SIMONE, G.: «Note a margine di un caso di recesso discriminatorio per ragione di sesso al termine del periodo di prova», *Riv. It. Dir. Lav.*, 1992, T. I, págs. 220 y ss.]. El resultado es una fuerte inseguridad para quien durante un cierto tiempo queda plenamente sometido a la voluntad empresarial de poner fin al vínculo, sin derecho alguno a indemnización. En consecuencia, esta fase del contrato aparece, a salvo el acceso al empleo, como el momento más delicado, pues resulta especialmente proclive para la discriminación, PÉREZ DEL RÍO, M.^a T.: *El principio de igualdad: no discriminación por razón de sexo en el Derecho del Trabajo*, Madrid (IELSS), 1984, pág. 138.

¹⁵³ RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M.: «Discriminación y crisis económica», en AA.VV.: *El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social ante la crisis económica. I Jornadas de la Facultad de Derecho*, Madrid (IELSS), 1984, pág. 67 o GARCÍA COBOS, S.: «El principio de no discriminación por razón de sexo en las condiciones de trabajo», *REDT*, núm. 73, 1995, pág. 739.

Uno de los mayores riesgos en este momento es la posibilidad de intromisiones en aspectos privados. El empresario puede lícitamente indagar sobre la aptitud profesional del aspirante, pero no puede interrogar sobre cuestiones pertenecientes a su intimidad, tales como número de hijos, estado civil, etc., habida cuenta los artículos 4.2 e) y 17.1 ET prohíben al titular de la organización productiva establecer distinciones a partir de factores no laborales [FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *Utilización y control de datos laborales automatizados*, Madrid (Agencia de Protección de Datos Personales), 1997, págs. 115-116 o DE VICENTE PACHES, F.: *El derecho del trabajador al respeto de su intimidad*, Madrid (CES), 1998, págs. 89 y ss.]. La cuestión se agrava cuando de una candidata embarazada se trata, a quien deberá reconocerse (no obstante la existencia de argumentos en contra) el derecho a mentir u ocultar su estado

La escasa jurisprudencia vertida al respecto no guarda proporcionalidad con el enorme peso de la discriminación en fase de selección, lo cual obedece a la interacción de varios factores: el convencimiento del empleador sobre la legitimidad de su conducta en este ámbito, al amparo de una interpretación excesiva de la libertad de empresa; la falta de reacción de los trabajadores frente a esta realidad; la ausencia de mecanismos jurídicos adecuados y la dificultad probatoria¹⁵⁴; ... circunstancias cuya actuación conjunta ha traído como consecuencia que los Tribunales apenas sí hayan tenido ocasión de pronunciarse al respecto¹⁵⁵.

La singular peligrosidad inherente a esta fase de conformación del vínculo jurídico-laboral deriva de constituir el ámbito donde de manera más evidente se manifiesta la supremacía del empresario y la absoluta situación de inferioridad del aspirante¹⁵⁶, mostrando claramente la insuficiencia de instrumentos legales en el ordenamiento patrio para evitar la discriminación¹⁵⁷; además, sin proteger la paridad de trato en el acceso al empleo, carecen de sentido todas las demás garantías¹⁵⁸. La fiscalización por parte de los representantes de los trabajadores resulta, pues, una necesidad urgente.

para evitar el riesgo de no ser contratada [ALONSO OLEA, M.: «Resolución del contrato de trabajo en período de prueba y discriminación por razón de embarazo», *REDT*, núm. 36, 1988, pág. 620; TAPIA HERMIDA, A.: «El despido de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o esté en período de lactancia», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, núm. 224, 2001, pág. 110; GOÑI SEIN, J.L.: *El respeto a la esfera privada del trabajador*, cit., pág. 63; NEVADO FERNÁNDEZ, M.ª J.: «El cuidado legal de personas a cargo de trabajadores (Maternidad y parentalidad en las relaciones de trabajo y de Seguridad Social) (I)», *REDT*, núms. 105, 2001, pág. 391; LOUSADA AROCHENA, J.F.: «La protección de la salud de las trabajadoras embarazadas, parturientas o en período de lactancia», *AL*, núm. 38, 1998, pág. 713 o RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *La protección jurídico laboral de la mujer: luces y sombras*, Barcelona (Cedecs), 2002, págs. 111-113] o de ser despedida [STJCE 109/2000, de 4 de octubre de 2001, asunto *Brandt-Nielsen*, comentada por MASSELOT, A.: «La CJCE et les droits des salariées enceintes dans le cadre d'un contrat à durée déterminée», *DS*, núm. 4, 2002, págs. 451 y ss.], aun cuando, de un lado, el artículo 29.2 LPRL induzca a proporcionar una respuesta contraria [PANIZO ROBLES, J.A.: «Una nueva prestación de la Seguridad Social (A propósito de la Ley de conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras)», *RMTAS*, núm. extraord., 1999, pág. 130], y, de otro, existan situaciones concretas en las cuales la solución se complica; así, por ejemplo, cuando se trata de la contratación de actrices, maniqués, deportistas profesionales o, simplemente, para trabajos de temporada, PURCALLA BONILLA, M.A. y RIVAS VALLEJO, M.P.: «La protección de la maternidad en la relación laboral: seguridad y salud en el trabajo y tutela antidiscriminatoria», *AS*, 1998, T. V, pág. 829.

¹⁵⁴ GARCÍA FERNÁNDEZ, M.: «Autonomía individual y principio de igualdad en la colocación y ascenso en la empresa», *AL*, núm. 4, 1996, pág. 45.

¹⁵⁵ SERRA CALLEJO, J.: «La discriminación laboral por causas atípicas: el aspecto físico y la posesión de enfermedades contagiosas», cit., pág. 66.

¹⁵⁶ DE VICENTE PACHES, F.: *El derecho del trabajador al respeto a su intimidad*, cit., pág. 89.

¹⁵⁷ RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO FERRER, M. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.ª F.: «Discriminación, carga de la prueba y prueba de presunciones», en AA.VV.: *II Jornadas Hispano-Luso-Brasileñas de Derecho del Trabajo*, cit., pág. 924 o VALDÉS DALRÉ, F.: «Contrato de trabajo, derechos fundamentales de la persona del trabajador y poderes empresariales: una difícil convivencia», cit., pág. 2. La exclusión de determinados candidatos en esta fase puede tener lugar recurriendo a criterios como la altura o el peso, que habitualmente sirven para ocultar una discriminación sexual indirecta [SÁEZ LARA, C.: *Mujeres y mercado de trabajo. Las discriminaciones directas e indirectas*, Madrid (CES), 1994, págs. 134 y 138-139; ISERBURG, L.: «Parità di trattamento. Discriminazioni indirette. Requisito di statura minima non differenziato per uomini e donne. Illegittimità costituzionale», *Riv. It. Dir. Lav.*, 1994, T. II, págs. 451-456 o FITTANTE, M.: «Discriminazione indiretta uomo-donna nell'accesso al lavoro», *Il Dir. Lav.*, núm. 2, 1994, págs. 135 y ss.]. Será el empresario, en cualquier caso, quien deba acreditar que los requisitos exigidos son imprescindibles o realmente relevantes para desempeñar el puesto, SÁEZ LARA, C.: *Mujeres y mercado de trabajo...* cit., págs. 102-103.

¹⁵⁸ ALFONSO MELLADO, C.L.: «Comentario a la STC 173/1994: la protección frente a las discriminaciones en el empleo», *Poder Judicial*, núm. 35, 1994, pág. 381.

El empresario goza de una gran libertad de contratación, derivada del artículo 38 CE ¹⁵⁹. Puede pretender ampararse en su facultad organizativa para postergar a sujetos mejor cualificados en beneficio de otros candidatos ¹⁶⁰, refrendando una práctica social carente de cobertura legal ¹⁶¹. Ahora bien, «la conducta empresarial fundada en motivos expresamente prohibidos... no puede ser valorada como un mero acto de libertad indiferente para el Derecho» ¹⁶². Una vez localizada la elección discriminatoria, su solución pasa por optar entre la contratación forzosa del sujeto perjudicado ¹⁶³ o la indemnización que compense el daño causado ¹⁶⁴. La

¹⁵⁹ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *La protección jurídico laboral de la mujer: luces y sombras*, cit., pág. 109. Que le permite, incluso, recurrir a «ofertas nominativas», FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.ª F.: «Igualdad y no discriminación por razón de sexo: planteamiento constitucional», en AA.VV. (APARICIO TOVAR, J. y BAYLOS GRAU, A., Dirs.): *Autoridad y democracia en la empresa*, cit., pág. 117.

¹⁶⁰ RAY, J.E.: «L'égalité et la décision patronale», *DS*, núm. 1, 1990, págs. 83 y ss.; PÉREZ DEL RÍO, M.ª T.: *El principio de igualdad: no discriminación por razón de sexo en el Derecho del Trabajo*, cit., pág. 146 o RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *La protección jurídico laboral de la mujer: luces y sombras*, cit., pág. 109. «La sanción para corregir la discriminación en el momento de acceso al empleo es francamente limitada, porque siempre cabe neutralizar los requisitos y luego proceder a la selección conforme a las instrucciones [discriminatorias] más o menos "ocultas" del empleador», BALLESTER PASTOR, M.ª A.: «Normativa nacional en materia de igualdad de trato en el ámbito laboral y de la Seguridad Social», *AS*, 1998, T. V, pág. 611.

¹⁶¹ BORRAJO DACRUZ, E.: «Es inconstitucional imponer la dedicación exclusiva de la mujer a las tareas domésticas, así como la exclusión absoluta del hombre de las mismas», *AL*, núm. 39, 1987, pág. 224.

¹⁶² «En el ámbito de la contratación... los poderes empresariales... se encuentran limitados en su ejercicio no sólo por las normas legales o convencionales que los regulan, sino también por los derechos fundamentales del trabajador, constituyendo un resultado prohibido la utilización lesiva de éstos», STCo 30/2002, de 11 de febrero.

«La trascendencia del acceso al empleo como vehículo de superación de la situación social peyorativa de los colectivos discriminados no puede ser negada, como lo ratifican los instrumentos internacionales», STCo 173/1994, de 7 de junio [comentada por NORES TORRES, L.E.: «Contratos temporales y prohibición de la discriminación sexual (A propósito de la STC 173/1994, de 7 de junio)», *TS*, núm. 66, 1996, págs. 40-46 o por ALFONSO MELLADO, C.L.: «Comentario a la STC 173/1994: la protección frente a las discriminaciones en el empleo», *Poder Judicial*, núm. 35, 1994, págs. 381 y ss.] o, en sentido análogo, STCo 41/1999, de 22 de marzo [comentada por RÍOS SALMERÓN, B.: «Proceso de tutela de los derechos fundamentales. Actitud omisiva del juez social en la formación del acervo probatorio sobre indicios de discriminación y principios del proceso laboral», en ALONSO OLEA, M. y MONTOYA MELGAR, A., en *Jurisprudencia constitucional sobre trabajo y Seguridad Social*, T. XVII, Madrid (Civitas), 2000]. En cualquier caso, «el disfrute de derechos fundamentales por el trabajador no es posible si no se expropian al empresario zonas que caen dentro de [su] poder, de tal manera que se limite su "hegemónica posición contractual"», APARICIO TOVAR, J.: *Empresas ideológicas y derechos fundamentales del trabajador*, Madrid (Trotta), 1992, pág. 78.

¹⁶³ SEMPERE NAVARRO, A.V.: «La preparación del contrato de trabajo», *DL*, núm. 34, 1991, págs. 63-64 o ALFONSO MELLADO, C.L.: *Indemnizaciones entre empresarios y trabajadores antes y durante el desarrollo de la relación laboral*, Valencia (Tirant lo Blanch), 1994, pág. 48.

¹⁶⁴ Entendiendo que la nulidad de la decisión de no contratar no significa que pueda imponerse la suscripción del vínculo [RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M.: «No discriminación en las relaciones laborales», en AA.VV. (BORRAJO DACRUZ, E., Coord.): *Comentarios a las Leyes Laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, cit., pág. 448]. Al respecto se pronuncian las SSTSJ Comunidad Valenciana de 18 de junio de 1997 (Ar. 2077) y 22 de octubre de 1998 (Ar. 4513) o Aragón 21 de diciembre de 1998 (Ar. 4162). En la jurisprudencia comunitaria, por todas pero en referencia a la discriminación sexual, las SSTJCE 14 y 79/83, de 10 de abril de 1984, asuntos *Colson-Kaman* y *Harz* [comentadas por ALCOLEA TEJEDOR, P.: *Discriminación laboral de la mujer*, Valencia (Consellería de Treball i Afers Social-CC.OO. PV), 1994, págs. 42 y ss.], según las cuales la Directiva 76/207 no obliga a que la sanción sea la contratación obligatoria, pero si el Estado opta por sancionar con la indemnización, ésta «debe, en todo caso y para asegurar su eficacia y su efecto disuasorio, ser adecuada a los perjuicios sufridos y debe, pues, ir más allá de una indemnización puramente simbólica, como por ejemplo, el reembolso exclusivo de los gastos ocasionados por la solicitud de empleo»; o la STJCE 180/95, de 22 de abril de 1997, asunto *Nils Draehmpaehl c. Urania Immobilienservice ohG*: son contrarias al Derecho Comunitario las normas internas «que establezcan *a priori* un límite máximo de tres mensualidades de salario a la indemnización de daños y perjuicios que pueden obtener en caso de discriminación por razón de sexo con motivo de la contratación los candidatos o candidatas que hayan sido discriminados en el procedimiento de contratación». En este sentido, el artículo 6 de la Directiva 76/207 (reformado por Directiva 2002/73, de 23 de septiembre) señala que la «indemnización o reparación no podrá estar limitada por un tope máximo fijado *a priori*, excepto en aquellos casos en que el empresario pueda probar que el único perjuicio sufrido por el demandante como resultado de la discriminación en el sentido de la presente Directiva sea la negativa a tomar en consideración su solicitud de trabajo».

reparación económica parece ser la vía aplicable, habida cuenta la dificultad de imponer la suscripción del contrato de trabajo contra la voluntad del empresario ¹⁶⁵.

2. Alcance del derecho del trabajador a determinar su propia imagen.

El derecho a la propia imagen que porta toda persona subsiste una vez ésta se ha convertido en ciudadano-trabajador, lo cual no es óbice para reconocer, una vez más, cómo el acceso a esta condición implica asumir posibles limitaciones a su ejercicio a fin de armonizarlo con otros intereses eventualmente contrapuestos.

2.1. El tratamiento de la vertiente negativa del derecho a la propia imagen y el olvido de su aspecto positivo.

La existencia de estas restricciones resulta evidente cuando se trata de valorar la vertiente negativa del derecho, es decir, la garantía frente a injerencias externas. A este respecto, el reconocimiento al empresario de poderes de vigilancia y control (vinculadas al de dirección y, por tanto, derivados de la libertad de empresa) ¹⁶⁶ significa un claro ámbito de conflicto entre las respectivas facultades que el

¹⁶⁵ ALONSO OLEA, M.: «Derecho de la mujer embarazada, versión comunitaria europea», *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, núm. 25, 1995, pág. 246. Salvo cuando la selección haya seguido procedimientos reglados –cuya objetividad, por cierto, decae si los baremos o criterios utilizados predeterminan el resultado– [GARCÍA FERNÁNDEZ, M.: «Autonomía individual y principio de igualdad en la colocación y ascenso en la empresa», *AL*, núm. 4, 1996, pág. 45] y la discriminación derive de su incumplimiento o la no asunción de sus resultados. De nuevo en materia de discriminación sexual, cabe recoger el supuesto de «un empresario que se niega a celebrar un contrato de trabajo con una candidata a la que había considerado apta para desarrollar una determinada actividad, [violando] directamente el principio de igualdad de trato... cuando dicha negativa a contratar la prestación de trabajo se basa en las posibles consecuencias, perjudiciales para el empresario, de la contratación de una mujer embarazada y derivadas de normas que, promulgadas por las autoridades públicas competentes en materia de incapacidad para el trabajo, asimilan la imposibilidad de desarrollar una actividad por causa de embarazo o parto a la imposibilidad de desarrollar una actividad por causa de enfermedad», STJCE 177/88, de 8 de noviembre de 1990, asunto *Dekker*.

No falta quien considera que la sanción de contratación forzosa sería viable, «en clara correspondencia con la prohibición del despido discriminatorio» [RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, B.: «Igualdad de trato en el acceso al empleo y protección de la maternidad. Comentario a la Sentencia C-207/98 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3 de febrero de 2000», *RDS*, núm. 11, 2000, págs. 113-114 o, en igual sentido, ALFARO ÁGUILA-REAL, J.: «Igualdad», en AA.VV.: *Enciclopedia Jurídica Básica*, Vol. II, Madrid, 1995, pág. 3.365; ALFONSO MELLADO, C.L.: «Comentario a la STC 173/1994: la protección frente a las discriminaciones en el empleo», cit.; CARDONA RUBERT, M.B.: *Protección de la trabajadora embarazada: tutela preventiva y tutela antidiscriminatoria*, Navarra (Aranzadi), 2002, págs. 85-88; MOLINA GONZÁLEZ-PUMARIEGA, R.: «Embarazo y llegada del término final del contrato de trabajo temporal», *RL*, núm. 7, 2004, págs. 69 y ss. o, más matizadamente, LOUSADA AROCHENA, J.F.: «La garantía jurisdiccional social de la libertad sindical y demás derechos fundamentales», en AA.VV.: *Derechos fundamentales y contrato de trabajo*, Granada (Comares), 1998, págs. 228-231]; de hecho, algún ordenamiento, como el norteamericano, sí prevé la contratación forzosa, CÁMARA BOTÍA, A.: «Poder del empresario y prohibición de discriminación en el empleo», *RMTAS*, núm. 33, 2001, pág. 96.

¹⁶⁶ «Debe tenerse en cuenta que el poder de dirección del empresario, imprescindible para la buena marcha de la organización productiva y reconocido expresamente en el artículo 20 ET, atribuye al empresario, entre otras facultades, la de adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento del trabajador de sus obligaciones laborales (art. 20.3 ET)», STCo 98/2000, de 10 de abril.

ordenamiento reconoce al trabajador y a su empleador, en tanto constituye un instrumento en manos de éste susceptible de generar graves intromisiones en la esfera privada del empleado. El derecho a la intimidad será el sometido, en principio, a un mayor riesgo, no obstante lo cual también la propia imagen puede verse afectada, sobre todo a partir de la entrada en la empresa de las nuevas tecnologías, que, además de aumentar «el poder del empresario sobre la prestación de trabajo y sobre el trabajador mismo, suponiendo un salto cualitativo»¹⁶⁷, permiten captar y grabar por medios mecánicos a la persona¹⁶⁸.

¹⁶⁷ GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: *La prueba en el proceso de trabajo*, Madrid (Civitas), 1994, pág. 127. A este respecto, también, PÉREZ PÉREZ, M.: «Derecho del trabajo y nuevos sistemas tecnológicos», *RL*, núm. 20, 1988, pág. 17 o PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: *Nuevas tecnologías y relación de trabajo*, Valencia (Tirant lo Blanch), 1990, págs. 72-73.

¹⁶⁸ El máximo exponente de la doctrina constitucional al respecto –vinculada al derecho a la intimidad– viene dado por la STCo 98/2000, de 10 de abril, de conformidad con la cual «la instalación de... medios [audiovisuales de control] en los lugares de descanso y esparcimiento, vestuarios, aseos, comedores y análogos resulta, *a fortiori*, lesiva en todo caso del derecho a la intimidad de los trabajadores, sin más consideraciones, por razones obvias... Pero ello no significa que esa lesión no pueda producirse en aquellos lugares donde se realiza la actividad laboral, si concurre alguna de las circunstancias... que permita calificar la actuación empresarial como ilegítima intrusión en el derecho a la intimidad de los trabajadores. Habrá, pues, que atender a las circunstancias concurrentes en el caso concreto para determinar si existe o no vulneración del artículo 18.1 CE... Al respecto, hemos de comenzar señalando que resulta indiscutible que la instalación de aparatos de captación y grabación del sonido en dos zonas concretas del casino como son la caja y la ruleta francesa no carece de utilidad para la organización empresarial, sobre todo si se tiene en cuenta que se trata de dos zonas en las que se producen transacciones económicas de cierta importancia. Ahora bien, la mera utilidad o conveniencia para la empresa no legitima sin más la instalación de los aparatos de audición y grabación, habida cuenta la empresa ya disponía de otros sistemas de seguridad que el sistema de audición pretende complementar. Como acertadamente advierte el Ministerio Fiscal, la instalación de micrófonos no ha sido efectuada como consecuencia de la detección de una quiebra en los sistemas de seguridad y control anteriormente establecidos sino que... se tomó dicha decisión para complementar los sistemas de seguridad ya existentes en el casino. Es decir, no ha quedado acreditado que la instalación del sistema de captación y grabación de sonidos sea indispensable para la seguridad y buen funcionamiento del casino. Así las cosas, el uso de un sistema que permite la audición continuada e indiscriminada de todo tipo de conversaciones, tanto de los propios trabajadores, como de los clientes del casino, constituye una actuación que rebasa ampliamente las facultades que al empresario otorga el artículo 20.3 ET y supone, en definitiva, una intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad consagrado en el artículo 18.1 CE. En resumen, la implantación del sistema de audición y grabación no ha sido en este caso conforme con los principios de proporcionalidad e intervención mínima que rigen la modulación de los derechos fundamentales por los requerimientos propios del interés de la organización empresarial, pues la finalidad que se persigue (dar un *plus* de seguridad, especialmente ante eventuales reclamaciones de los clientes) resulta desproporcionada para el sacrificio que implica del derecho a la intimidad de los trabajadores (e incluso de los clientes del casino). Este sistema permite captar comentarios privados, tanto de los clientes como de los trabajadores del casino, comentarios ajenos por completo al interés empresarial y por tanto irrelevantes desde la perspectiva de control de las obligaciones laborales, pudiendo, sin embargo, tener consecuencias negativas para los trabajadores que, en todo caso, se van a sentir constreñidos de realizar cualquier tipo de comentario personal ante el convencimiento de que van a ser escuchados y grabados por la empresa. Se trata, en suma, de una intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad consagrado en el artículo 18.1 CE, pues no existe argumento definitivo que autorice a la empresa a escuchar y grabar las conversaciones privadas que los trabajadores del casino mantengan entre sí o con los clientes».

Análogos argumentos son vertidos por la STCo 186/2000, de 10 de julio, pero, al proceder al análisis del caso concreto, el resultado es la denegación del amparo, pues en este supuesto «la medida de instalación de un circuito cerrado de televisión que controlaba la zona donde el demandante de amparo [cajero del economato de su empresa] desempeñaba su actividad laboral era una medida justificada (ya que existían razonables sospechas de la comisión por parte del recurrente de graves irregularidades en su puesto de trabajo); idónea para la finalidad pretendida por la empresa (verificar si el trabajador cometía efectivamente las irregularidades sospechadas y en tal caso adoptar las medidas disciplinarias correspondientes); necesaria (ya que la grabación serviría de prueba de tales irregularidades); y equilibrada (pues la grabación de imágenes se limitó a la zona de la caja y a una duración temporal limitada, la suficiente para comprobar que no se trataba de un hecho aislado o de una confusión, sino de una conducta ilícita reiterada), por lo que debe descartarse que se haya producido lesión alguna del derecho a la intimidad personal consagrado en el artículo 18.1 CE». La doctrina sentada por este pronunciamiento es reiterada en STSJ Comunidad Valenciana 14 de enero de 2004 (AS 2004/1476), para el supuesto de un sistema de videovigilancia instalado con el fin de comprobar que un trabajador dormía habitualmente durante su jornada como encargado.

A este respecto es común la afirmación del deber de respetar la dignidad ¹⁶⁹ y demás derechos fundamentales, encontrando el punto de equilibrio entre los intereses contrapuestos en la restricción que se impone al titular de la explotación, cuya labor inspectora habrá de ceñirse en exclusiva a los extremos en los cuales exista una relación directa bien con el trabajo o prestación a realizar, bien con la propia organización productiva ¹⁷⁰.

Sin embargo, la más importante intervención de los Tribunales en cuanto se refiere a la propia imagen del trabajador en su vertiente negativa no se vincula con el ejercicio de los poderes de vigilancia y control, sino que se refiere al despido de un empleado (deshuesador de jamones) por negarse a la divulgación de su imagen con ocasión de una promoción del producto ¹⁷¹. Llegado el supuesto al Tribunal Constitucional, éste le otorga el amparo basándose en la regulación de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo; en el contenido de sus obligaciones laborales (completamente ajenas a una actividad cara al público) y en la ausencia de una necesidad organizativa imperiosa ¹⁷². Su punto de partida para el análisis, desde un principio y como factor referencial en toda la argumentación, será la discusión sobre la virtualidad del derecho a la propia imagen como fundamento de la negativa del trabajador a obedecer una orden del empresario ¹⁷³, tal y como se desprende de su fundamento jurídico tercero cuando señala que «la vertiente constitucional del problema que ha de analizarse en esta sede obliga... a desechar los argumentos de la demanda, fundados en la procedencia o no de la orden en atención estricta al límite objetivo del contrato de trabajo», quedando «reducida la cuestión a analizar la virtuali-

¹⁶⁹ La facultad de vigilancia «ha de producirse en todo caso, como es lógico, dentro del debido respeto a la dignidad del trabajador, como expresamente nos lo recuerda la normativa laboral [arts. 4.2 e) y 20.3 ET]», STCo 98/2000, de 10 de abril.

¹⁷⁰ Quedando prohibida toda actuación tendente a indagar sobre cuestiones relativas a la vida privada del trabajador [MARTÍN AGUADO, A.: «Actuaciones irregulares que afectan a la libertad, dignidad o vida privada del trabajador», cit., págs. 109-111]. Pese a las cautelas necesarias, por lo general «los controles visuales se consideran lícitos, partiendo de la base de que no hay mayores limitaciones legales para que los supervisores vigilen la actuación laboral y el comportamiento de los trabajadores. El límite [es preciso insistir] es la dignidad y la intimidad del trabajador... o la aplicación discriminatoria, que siempre se considera ilegítima»; en este sentido, «la aparición de pantallas o de circuitos cerrados de televisión es el resultado de la incorporación de medios técnicos que antes no existían» y «aunque se diga que sirven para observar el proceso productivo o para controlar al público que entra en el establecimiento, es evidente que el sistema permite controlar a todos los empleados, cualquiera que sea su objetivo inicial. Esta distinción sirve, no obstante, para justificar la prohibición del control en baños y vestuarios», PLA RODRÍGUEZ, A.: «Protección de la intimidad del trabajador: la situación en las Américas», *RIT*, 1995, pág. 346.

¹⁷¹ «Con motivo de la muestra de un producto (jamón ibérico) a los medios de comunicación y autoridades autonómicas de la Consejería de Agricultura para la presentación de la denominación de origen del jamón de bellota, fabricado por la empresa en la que prestaba sus servicios el solicitante de amparo, éste fue reiteradamente requerido por aquélla para que realizara el corte de jamón dada su destreza en dicho cometido. Requerimiento al que se negó el aquí recurrente, alegando que bajo ningún concepto deseaba que su imagen fuese captada fotográficamente, por lo que la empresa procedió a despedirle», STCo 99/1994, de 11 de abril, comentada por MOLINA GARCÍA, M.: «El derecho del trabajador a su propia imagen (STCo 99/1994, de 11 de abril)», *RL*, núm. 18, 1995, págs. 37 y ss. o LAFUENTE CUBILLO, A.I.: «Sobre el derecho a la propia imagen (Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 99/1994, de 11 de abril)», *REDT*, núm. 71, 1995, págs. 467 y ss.

¹⁷² STCo 99/1994, de 11 de abril.

¹⁷³ MOLINA GARCÍA, M.: «El derecho del trabajador a su propia imagen (STCo 99/1994, de 11 de abril)», cit., pág. 40 o VICENTE PACHES, F.: «Doctrina constitucional sobre el derecho del trabajador a su propia imagen», cit., pág. 49.

dad del artículo 18.1 CE para legitimar la negativa del trabajador a obedecer la orden recibida», que «de no mediar el derecho fundamental alegado... hubiera desplegado su plena eficacia vinculante sobre el trabajador»¹⁷⁴.

A tal fin, el Tribunal Constitucional desgrana diferentes argumentos destinados a ir analizando la aplicabilidad del precepto alegado por el trabajador: en primer lugar, reconoce la vigencia de los derechos fundamentales dentro de la empresa, recordando que ésta permite modular aquéllos, pero sólo en la medida imprescindible para el correcto desenvolvimiento de la actividad productiva; en segundo término, fija el objeto de la controversia en el derecho del trabajador a evitar la captación y difusión de su aspecto, afirmando que la grabación sólo será admisible cuando la conducta del sujeto o las circunstancias en que esté inmerso lo justifiquen «para que prevalezca el interés ajeno o el público que puedan colisionar con aquél»; en tercer lugar, distingue la relación trabajador-medios de información de la existente entre aquél y el empresario, considerando que aunque la intromisión de los medios fuera calificada como legítima (en tanto la imagen del sujeto resultaba en el caso meramente accesoria), ello no resuelve la colisión de los intereses del empleador y el empleado; en cuarto término, y para salvar tal conflicto, afirma que «resulta de interés esencial la toma en consideración del propio objeto del contrato» para ver si trae aparejada una restricción del derecho a la propia imagen, en tanto «quien aceptó prestar tareas de esta índole no puede luego invocar el derecho fundamental para eximirse de su realización», concluyendo que en el supuesto litigioso no consta que el trabajador tuviera asignadas tareas de exhibición de su habilidad y, por tanto, el negocio jurídico bilateral no constituye cobertura bastante para la orden dada; en fin, finaliza analizando si el argumento organizativo sirve para calificar el incumplimiento del operario como injustificado, para declarar que la empresa no ha probado la necesidad de la restricción al derecho en orden a salvaguardar el interés de la explotación, habida cuenta no demuestra que hubiera de ser ese trabajador, y no otro y de otra manera, quien debía cumplir la orden tal como se dio¹⁷⁵.

Dejada constancia de la tutela de la vertiente negativa del derecho a la propia imagen, una vez más, el gran olvidado es su contenido positivo. Ninguna norma regula con carácter general la cuestión y la intervención de los Tribunales es mínima, lo cual no es óbice para persistir en el empeño de proporcionar unas pautas que puedan servir de guía. Es indudable que la apariencia física puede distorsionar la evaluación que de la persona o su prestación se haga, pues, de un lado, eventualmente afectará a la valoración adecuada de los méritos del candidato o del trabajador; de otro, y aunque el empresario sea capaz de sustraerse a los prejuicios, puede actuar en detrimento de aquél por temor

¹⁷⁴ STCo 99/1994, de 11 de abril.

Así ocurre en el asunto resuelto por STSJ Madrid 30 de septiembre de 1997 (AS 1997/4831): el trabajador despedido, entre otras funciones, asumía las de jefe de mesa, durante las cuales «una de las actividades que realiza consiste en leer los números de los cartones de la sala de bingo», siendo costumbre de la empresa «enfocar con una cámara a quien está leyendo los números, proyectándose su imagen en el panel central» durante aproximadamente treinta segundos; habiéndose negado a ser filmado recibió órdenes estrictas al respecto y, al insistir reiteradamente en su negativa, fue despedido. Alega en su favor la doctrina sentada por la STCo 99/1994, de 11 de abril, que es rechazada por el Tribunal, al considerar que «no concurren en el presente caso los presupuestos para la aplicación de dicha tesis, pues el contrato de trabajo del actor lo era para prestar servicios en un local de bingo, abierto al público, en el que se exige legalmente publicidad frente a la clientela de todas aquellas cuestiones relacionadas con el juego de bingo, lo que supone que el empleado al consentir en dicho contrato limita su derecho a la propia imagen en tanto que se tenga que ver sometido a la publicidad necesaria para el desempeño de su empleo».

¹⁷⁵ STCo 99/1994, de 11 de abril.

a contradecir las preferencias de los clientes o consumidores ¹⁷⁶. Así las cosas, el *intuitus personae* opera como ideología jurídica pro empleador, en tanto legitima la discriminación en el empleo al favorecer la libertad del empresario en el momento de la colocación –y posteriormente–, otorgando relevancia a rasgos personales del trabajador intrascendentes para su aptitud ¹⁷⁷.

2.2. Eventuales límites al derecho del trabajador a la libre determinación de su aspecto externo. Análisis sobre su validez.

La realidad ofrece incontables ejemplos donde la imagen libremente elegida por el trabajador desencadena consecuencias laborales perjudiciales. En el marco interno constituyen prueba de lo afirmado el «camarero de las barbas», despedido por negarse a alterar su aspecto ¹⁷⁸, o la teleoperadora cuya empresa rescindió su contrato porque el uso de pantalón corto no se acomodaba a las exigencias estéticas de la entidad ¹⁷⁹; en el ámbito público, también puede considerarse afectado el derecho del profesor que –cumpliendo sus tareas como responsable de la biblioteca portando idéntica prenda de vestir– fue obligado a retornar a su domicilio para cambiarse de ropa ¹⁸⁰, o el «ujier del

¹⁷⁶ SERRA CALLEJO, J.: «La discriminación laboral por causas atípicas: el aspecto físico y la posesión de enfermedades contagiosas», cit., pág. 59.

¹⁷⁷ MARTÍN VALVERDE, A.: «Ideologías jurídicas y contrato de trabajo», cit., pág. 96.

¹⁷⁸ La STCo 170/1987, de 30 de octubre, cuyo origen se sitúa en la STS 12 de febrero de 1986 (RJ 1986/749), le deniega el amparo afirmando la intrascendencia constitucional del tema.

¹⁷⁹ La STSJ Madrid 7 de mayo de 2002 (AS 2002/2042) resuelve este supuesto, referido a una trabajadora que desarrollaba su actividad en una empresa de telemarketing que procedió a despedirla por acudir a trabajar en pantalones cortos y desobedecer reiteradamente la orden empresarial de acomodar su indumentaria a las exigencias de la dirección. La sentencia reconoce el derecho de la trabajadora, entendiendo que la orden excede de las facultades de dirección de la empresa, «pues al margen de una genérica corrección y limpieza que es siempre exigible..., no cabe imponer o rechazar sin más una determinada indumentaria, máxime cuando en el desarrollo de su labor el actor no tenía contacto con el público, y, por lo tanto, su modo de vestir no trasciende, ni puede ante terceros afectar a la imagen de la demandada».

¹⁸⁰ Su petición indemnizatoria no tuvo la misma fortuna que la demanda de improcedencia de la teleoperadora antes indicada. Si en aquel caso la ausencia de contacto con clientes sirvió como argumento para otorgarle la razón, en éste es precisamente la interrelación con los alumnos la que movió al Tribunal a rechazar la petición. La cuestión es resuelta por STSJ, cont.-advo., La Rioja 25 de abril de 2003 (JUR 2003/228623): frente a la orden del director del colegio público, que pedía al profesor acudir a su domicilio para cambiarse de ropa y acudir a su puesto con una vestimenta más acorde con el centro educativo, el afectado considera que tal mandato vulnera su derecho fundamental a la propia imagen, solicitando una indemnización. La sala considera que no existe tal quebranto y afirma que no existiendo «normativa alguna que regule la vestimenta con que el profesor debe asistir a los centros docentes», tal cuestión «dependerá de las circunstancias y contexto de cada caso concreto, sin que puedan darse apriorísticamente unas reglas determinadas»; además, «en todo caso corresponderá al director del centro... valorar si la vestimenta del personal docente y no docente adscrito al centro es la adecuada para el desarrollo de su actividad, teniendo en cuenta la realidad social de nuestro tiempo y la función que desempeña, así como la finalidad formativa integral de los educadores». En cuanto hace a la motivación de la orden «resulta evidente que toda la simpleza de la... emitida por el director del centro al interesado para que se cambiase de vestuario para llevar a cabo su función docente como encargado de la biblioteca no precisa una mayor motivación, que el actor, que asistía al centro en pantalón corto, sabía perfectamente mediante la comunicación escrita en que se contenía aquélla la razón por la que se le pedía que fuera a su domicilio a cambiarse de ropa... Finalmente... se hace necesario verificar si la orden dada al actor, que como ya se ha dicho no vulnera ningún derecho fundamental de éste, es ajustada a Derecho, respuesta que debe ser afirmativa porque teniendo en cuenta que no está desarrollando el actor ninguna actividad docente deportiva o extraescolar, sino estrictamente educativa, aunque sea como responsable de la biblioteca del centro, que conlleva un contacto directo en los alumnos, no parece adecuado que asista a dicho puesto con pantalón corto, aunque sea período estival y haga calor, por lo que la indicación efectuada en el acto impugnado es proporcional y apropiada».

pendiente», trasladado de su puesto en el hemicycle de las Cortes por consideraciones vinculadas a su apariencia ¹⁸¹. Como muestras de Derecho Comparado baste hacer referencia a los supuestos resueltos por los Tribunales franceses respecto al despido de la secretaria de un dentista por su «peinado demasiado vaporoso, el maquillaje demasiado destacado y las monturas de las gafas demasiado voluminosas», no acordes con los gustos de la clientela ¹⁸², o el de una auxiliar de contabilidad cuya relación se extinguió por acudir al trabajo «llevando una blusa transparente sobre el pecho desnudo», lo que perturbaba a sus compañeros masculinos ¹⁸³.

El problema de fondo no es otro que el de intentar conciliar la nota de subordinación característica del contrato de trabajo con el respeto a las libertades fundamentales de la persona. En este sentido, admitiendo que el trabajador queda situado bajo la autoridad del empresario y, por ende, acepta obedecer sus órdenes legítimas renunciando a cierta parcela de autonomía, es obvio que algunas restricciones son incontestables ¹⁸⁴; ahora bien, ello no significa la alienación total de su persona, pues únicamente queda sometido a la voluntad de aquél en cuanto tenga que ver con sus obligaciones laborales ¹⁸⁵. En consecuencia, y como resultado lógico, ninguna característica personal del trabajador en la cual no concurra la nota de ser relevante para la valoración de su capacidad profesional ha de ser tenida en cuenta ¹⁸⁶; aun a partir de aceptar el contrato de trabajo como *intuitus personae*, sólo habrán de ser consideradas las cualidades referidas a aquélla y no los rasgos de la personalidad del trabajador que en nada afecten a la misma.

Merced a tal razonamiento, es menester dejar constancia de cómo existen diversas circunstancias específicas que sí podrán actuar en el sentido de restringir la libertad del trabajador en orden a determinar su aspecto externo. Ningún problema plantean aquellos supuestos en los cuales la profesión desempeñada lleva aparejada, por su propia naturaleza, la captación de la imagen del trabajador y el paralelo condicionamiento sobre su aspecto externo, como ocurre en el caso de modelos publicitarios y actores, pues en tales casos existe un consentimiento previo que torna en legítima la intromisión ¹⁸⁷. Otras hipótesis, sin embargo, plantean interrogantes específicos, eventualmente, y con mayor o menor fortuna, solventados por los Tribunales.

¹⁸¹ Aun cuando el caso aludido verse sobre una relación funcional que sirve para ejemplificar una situación presente, si cabe con mayor frecuencia, en la relación laboral, SERRA CALLEJO, J.: «La discriminación laboral por causas atípicas: el aspecto físico y la posesión de enfermedades contagiosas», cit., pág. 61.

¹⁸² La Corte de Poitiers (14 de noviembre de 1973) estimó que el empresario había «roto abusivamente el contrato de trabajo, por un impulso irreflexivo revelador de una ligereza vituperable».

¹⁸³ La Corte de Nancy (29 de noviembre de 1982) consideró el despido correcto, pues el comportamiento de la trabajadora afectaba a la marcha de la empresa, por causar perturbación o escándalo en la misma y por dar de ella una imagen negativa. Sin entrar a juzgar lo adecuado o inadecuado de tal resolución, es menester destacar lo peligroso de esta jurisprudencia, debido a la imprecisión de los conceptos «perturbación», «escándalo» o «atentado a la imagen de la empresa». ¿Quién juzgará la gravedad de tal perturbación, escándalo o atentado? Actitudes escandalosas a juicio de un empresario pueden ser anodinas a los ojos de otro, DE TISSOT, O.: «La protection de la vie privée du salarié», cit., pág. 229.

¹⁸⁴ Como es el caso de la limitación del derecho a circular libremente, cuya renuncia a ser ejercitado durante el trabajo es inevitable en la medida en que el trabajador ha de estar presente en su puesto, BOSSU, B.: «Droits de l'homme et pouvoirs du chef d'entreprise: vers un nouvel équilibre», cit., pág. 752 o SAVATIER, J.: «La liberté dans le travail», cit., págs. 54-55.

¹⁸⁵ SAVATIER, J.: «La liberté dans le travail», cit., pág. 51.

¹⁸⁶ MARTÍN AGUADO, A.: «Actuaciones irregulares que afectan a la libertad, dignidad o vida privada del trabajador», cit., pág. 115; BAYLOS GRAU, A.: «En torno al Estatuto de los Trabajadores: la prohibición de inquirir sobre la ideología, creencias y vida privada del trabajador», cit., págs. 326 y 333; SAVATIER, J.: «La protection de la vie privée des salariés», *DS*, núm. 4, 1992, págs. 330 y 332 o FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.ª F.: «Libertad ideológica y prestación de servicios», cit., pág. 63.

¹⁸⁷ PEDRAJAS MORENO, A.: *Despido y derechos fundamentales. Estudio especial de la presunción de inocencia*, cit., pág. 95.

2.2.1. Restricciones derivadas de las exigencias de seguridad, salud e higiene.

En primer lugar, debe considerarse una limitación completamente legítima la derivada de las necesidades de seguridad y salud en el trabajo o de exigencias en materia de higiene¹⁸⁸, en tanto los bienes jurídicos a proteger pueden justificar la restricción al derecho a la propia imagen, imponiendo la obligación de portar, por ejemplo, un traje ignífugo o antirradiación, un casco protector o una bata de médico o de cocinero¹⁸⁹. Ello no puede servir, empero, de argumento para justificar decisiones empresariales que en realidad nada tienen que ver con tales motivaciones; así, por ejemplo, cuando los Tribunales fueron llamados a resolver la demanda de tutela de derechos fundamentales de un cocinero que decidió añadir una perilla recortada al bigote que portaba desde su ingreso en la empresa y al cual la empresa concedió un plazo de cinco días para rasurarla, considerando que la negativa a acatar la orden constituiría incumplimiento de la normativa empresarial en materia de higiene, el órgano judicial razonó convenientemente que «la decisión empresarial... no encuentra apoyo en normativa legal o convencional que prohíba a los cocineros llevar bigote y perilla cuando tales adornos capilares... están debidamente recortados y aseados [y], si bien es cierto que... los manipuladores de alimentos deberán conocer y cumplir las instrucciones de trabajo establecidas por la empresa para garantizar la seguridad y salud de los alimentos, tales instrucciones han de ser razonables y encontrar amparo legal, convencional o consuetudinario, lo que no sucede en este caso, al constatar... que el trabajador desarrolla su tarea con el debido aseo y cuidado»¹⁹⁰.

Sin llegar a tales extremos, lo cierto es que, además de las exigencias de profilaxis lógicas en quien despliega su actividad, por ejemplo, en tareas sanitarias o alimenticias, la restricción también puede lícitamente responder a la necesidad de atender a «las disfunciones que una inadecuada higiene causaría sobre el desarrollo de la prestación de trabajo misma, por las perjudiciales condiciones de trabajo en las que quedaría inmerso el resto de personal obligado a convivir con el infractor. El que todo trabajador deba respetar este nivel mínimo de higiene en toda empresa es una medida empresarial que de ninguna forma puede suponer un atentado a la propia imagen del trabajador»¹⁹¹.

Ahora bien, las exigencias derivadas de la salud pueden actuar también a la recíproca, eximiendo al trabajador de la obligación de acatar una orden empresarial referida a su indumentaria o apariencia o las exigencias en materia de uniformidad. A este respecto, basten como muestra dos ejemplos extraídos de la doctrina judicial que resultan suficientemente gráficos:

En primer lugar, procede citar el pronunciamiento merced al cual, en un supuesto de imposición por parte de la empresa de un determinado uniforme que incluía el uso de la gorra, se reconoce al trabajador el derecho a desobedecer las sucesivas órdenes de la dirección y no portarla, habi-

¹⁸⁸ DÄUBLER, W.: *Derecho del Trabajo*, cit., pág. 617; DE TISSOT, O.: «Pour une analyse juridique du concept de dignité du salarié», cit., pág. 976 o BOSSU, B.: «Droits de l'homme et pouvoirs du chef d'entreprise: vers un nouvel équilibre», cit., pág. 752.

¹⁸⁹ DE VICENTE PACHES, F.: «Doctrina constitucional sobre el derecho del trabajador a su propia imagen», cit., pág. 48.

¹⁹⁰ STSJ Madrid 18 de abril de 2001 (AS 2001/2341).

¹⁹¹ BALLESTER PASTOR, I.: «Facultades de control empresarial sobre el aspecto exterior del trabajador: límites a la expresión del derecho a la propia imagen en el desarrollo de la relación laboral», cit., pág. 30.

da cuenta «ante una situación personal del demandante que padece "hiperhidrosis en el cuero cabelludo" lo que le impide según informe facultativo llevar gorra», no cabe «considerar la negativa del trabajador como constitutiva de una rebeldía ante la orden empresarial que merezca la máxima sanción disciplinaria»¹⁹².

En segundo término, cabe hacer mención a una trabajadora, con la categoría profesional de ayudante de camarero en una empresa de hostelería, que, tras acudir a un establecimiento de *piercing* para colocarse un aro en la nariz, fue repetidamente instada por sus superiores para que se lo quitara y, al indicar aquélla que por el momento no podía acatar la orden, fue despedida. «No se plantea en el supuesto actual la decisión personal sobre la apariencia física y el problema inmediato de si la actitud de colocarse un gran pendiente en la nariz puede o no condicionarse o limitarse en virtud de las exigencias en las que se desarrolla la actividad profesional, es decir, la utilización por el empresario de sus facultades directivas y la trascendencia del uso y costumbre en un determinado sector (el de hostelería) frente al ejercicio de la libertad personal y la propia imagen...; se contrae más bien a la valoración del comportamiento reprochado, ya que, según los hechos probados, sólo se negaba a retirar el pendiente mientras no le cicatrizase la herida porque ésta era la indicación que había recibido la trabajadora del técnico del *piercing*». Así pues, «la negativa está fundada en la eventualidad de que se produjera una lesión para la propia salud o aspecto físico», motivo por el cual la desobediencia queda justificada¹⁹³.

2.2.2. Restricciones derivadas de la imposición empresarial del uso de uniforme.

«Está fuera de duda que el poder empresarial de dirección y organización de la actividad que despliega la empresa legítima en ocasiones para imponer a los trabajadores la uniformidad de vestimenta durante la prestación de su trabajo»¹⁹⁴. Así lo admite el propio Tribunal Supremo, quien, además, añade que la determinación de esa uniformidad compete (salvo pacto colectivo o individual entre los interesados) al empresario, dentro del marco natural dado por el respeto a la dignidad y honor del trabajador o a cualesquiera otros derechos y libertades públicas reconocidas en la Constitución¹⁹⁵.

La afirmación precedente, aparentemente inocua, resulta, sin embargo, fuente de gran litigiosidad, habida cuenta las facultades de dirección del titular de la organización productiva en este sentido han de ser enjuiciadas, una vez más, desde la perspectiva de sus límites.

Adelantando la conclusión, cabe admitir la imposición del uso de uniforme, pero sólo, y una vez más, cuando la exigencia se vincule con la higiene en el trabajo o la prevención de riesgos laborales o en aquellas profesiones en las cuales sea necesario un rápido reconocimiento de la empresa

¹⁹² STSJ Cataluña 13 de octubre de 1999 (AS 1999/3345).

¹⁹³ STSJ Cataluña 17 de agosto de 2000 (AS 2000/3145).

¹⁹⁴ STSJ Baleares 9 de septiembre de 2002 (AS 2003/2).

¹⁹⁵ STS 23 de enero de 2001 (Ar. 2063).

para la cual presta sus servicios el trabajador o las funciones por él desempeñadas ¹⁹⁶, como ocurre con los auxiliares de vuelo, los guardas de seguridad o en el supuesto proporcionado por el deporte profesional –en su caso, también, los artistas en espectáculos públicos– ¹⁹⁷, donde la pronta identificación forma parte de la propia actividad obligada del empleado ¹⁹⁸, lo cual no obsta para reconocer el límite infranqueable de la dignidad humana ¹⁹⁹, que impide forzar a llevar una vestimenta ridícula o degradante ²⁰⁰. Con todo, con esta afirmación no concluyen todas las posibles dificultades en presencia; el repaso a diversos pronunciamientos judiciales pone sobre la mesa otros posibles frentes de conflicto ²⁰¹:

A) Posible alcance de las reglas de uniformidad.

En ningún caso cabrá obviar la necesidad de rechazar, por excesivos, límites a la autodeterminación de la imagen innecesarios para cumplir los objetivos legítimos indicados. Si la licitud de la decisión de obligar al trabajador a portar cierta ropa se vincula con la concurrencia de determinados motivos, éstos serán también los que delimiten el marco dentro del cual puede actuar el mandato empresarial.

Pese a tal matización, la realidad pone de manifiesto que la exigencia de uniformidad puede llegar a extremos cercanos a lo ridículo, como ocurre en el supuesto resuelto por los Tribunales (negando, por cierto, lo desproporcionado de la medida, aunque pueda parecer increíble), relativo a

¹⁹⁶ DÄUBLER, W.: *Derecho del Trabajo*, cit., pág. 617; DE TISSOT, O.: «Pour une analyse juridique du concept de dignité du salarié», cit., pág. 976; BOSSU, B.: «Droits de l'homme et pouvoirs du chef d'entreprise: vers un nouvel équilibre», cit., pág. 752 o SAVATIER, J.: «La liberté dans le travail», cit., pág. 56.

¹⁹⁷ Supuestos en los cuales «la imagen muestra una relevancia tan significativa como para perfilar políticas salariales específicas»; además, ningún problema parece plantear «que el deportista se vea obligado a vestir una indumentaria uniforme y bajo una determinada marca que patrocina o esponsoriza al equipo», CORDERO SAAVEDRA, L.: «Derecho a la propia imagen y contrato de trabajo», cit., págs. 249 y 258.

¹⁹⁸ En el ámbito público, las actividades de policía constituyen ejemplo paradigmático. De hecho, la exigencia de uniformidad alcanza a las escuelas de policía, en tanto las reglas que imponen (como ocurre en Cataluña respecto a la formación de Policías Locales y Autonómica) «la obligación en el personal docente de vestir "habitualmente el uniforme reglamentario, si pertenece a un Cuerpo de Policía"... no vulnera el derecho constitucional a la propia imagen, pues exigir una determinada uniformidad, como ocurre en este caso, está plenamente justificado por la función docente que se va a desempeñar», en tanto «en este período de prácticas es cuando los alumnos deben llevar a cabo o materializar las enseñanzas teóricas que se les han impartido con anterioridad y que suponen la realización efectiva de órdenes y actividades lo más similares posible a la realidad que posteriormente se encontrarán los alumnos al superar el curso en la Escuela de Policía», STSJ Cataluña 21 de noviembre de 2001 (AS 2002/249).

¹⁹⁹ De la cual deriva el derecho a la propia imagen, según recuerda, entre otras, la STCo 231/1988, de 2 de diciembre.

²⁰⁰ DE VICENTE PACHES, F.: «Doctrina constitucional sobre el derecho del trabajador a su propia imagen», cit., pág. 49; DE TISSOT, O.: «Pour une analyse juridique du concept de dignité du salarié», cit., pág. 976 o DÄUBLER, W.: *Derecho del Trabajo*, cit., pág. 617.

²⁰¹ Además de eventuales problemas transitorios, como los resueltos por STS 31 de enero de 2000 (RJ 2000/1434), respecto a una empresa de seguridad que desde el año 1994 venía exigiendo a sus trabajadores el uso de corbata en la uniformidad de verano; regulada la cuestión en Orden de 7 de julio de 1995 (publicada el 31 de enero de 1996), la norma elimina tal prenda del uniforme correspondiente a tal época del año, pero estableciendo un régimen transitorio en virtud del cual la situación precedente puede prolongarse durante dos años desde la publicación de la resolución, lo cual ha servido a la empresa para persistir en la exigencia de corbata en período estival, ante lo cual los vigilantes reclaman que sea declarado su derecho a que no se les imponga tal obligación, teniendo lugar tal declaración en sentencia de suplicación y, posteriormente, en casación.

las normas impuestas a este respecto en una determinada empresa, en las cuales se señalaba, «respecto al personal femenino, que la chaqueta debe estar completamente abrochada o perfectamente doblada sobre el brazo, pudiéndose en temporada de verano autorizar por el supervisor que se facture sin chaqueta siempre que todos los facturantes vayan iguales, y únicamente debe prescindirse de ella dentro del mostrador. Igualmente se señala respecto al maquillaje que el del rostro debe ser discreto, en tonos naturales, el de los ojos es obligatorio en colores que armonicen con el uniforme y el maquillaje de labios, es obligatorio llevarlos siempre pintados, con colores brillo o acordes con el uniforme, señalándose igualmente que los peinados permitidos son pelo corto sin rapados en nuca o patillas, media melena cuya longitud no exceda del cuello, moño no demasiado alto, cola cuya longitud no exceda de los hombros, flequillo que no deberá sobrepasar la altura de las cejas, no permitiéndose peinados ultramodernos». Sorprendentemente, el juzgador salva las objeciones vertidas por los recurrentes señalando, en primer lugar, que tales normas de uniformidad «no vulneran el principio de igualdad en ninguna de sus vertientes»; en segundo término, que tal obligación de homogeneidad «es razonable en una empresa pública [pues responde] a consideraciones organizativas empresariales adoptadas con la finalidad de dar a la clientela una buena imagen de la empresa»; en fin, que «no se puede afirmar razonablemente, en el contexto y circunstancias laborales en que ha sido tomada la medida empresarial que [tales reglas], que no alcanzan a la vida privada de los empleados», violen el derecho a la propia imagen ²⁰².

B) Proporcionalidad entre el incumplimiento de las reglas de uniformidad y la sanción a imponer.

«En un modelo montado sobre la idea de resarcimiento, y con un esquema de contrato típico de cambio y de cumplimiento instantáneo, la reacción frente al incumplimiento sólo puede producirse cuando la lesión causada al interés del acreedor tiene cierta relevancia» ²⁰³; en segundo término, la reacción, cuando deba producirse, habrá de estar en relación con la gravedad de la infracción cometida, por exigencia del principio de proporcionalidad entre la sanción y la falta.

Tal y como han tenido ocasión de pronunciarse los Tribunales en incontables ocasiones, «no todo incumplimiento del contrato por parte del trabajador es causa de despido, sino que, siendo los efectos de éste sobre el contrato de la máxima gravedad, la resolución unilateral... sólo puede operar como reacción a un incumplimiento cualificado o, como se deduce del artículo 54 ET, de un incumplimiento contractual grave y culpable... para cuya apreciación han de ponderarse todos los aspectos, objetivos y subjetivos, concurrentes en la conducta, teniendo presentes los antecedentes, de haberlos, y las circunstancias coetáneas, para precisar si en la atribuida al trabajador se dan o no esa gravedad y culpabilidad que, como requisitos de imprescindible concurrencia, exige el [citado precepto]. En definitiva... el despido, por ser la sanción más grave en el Derecho Laboral, obliga a una interpretación restrictiva, pudiendo, pues, en su caso, imponer otras sanciones distintas... si del examen de las circunstancias concurrentes resulta que los hechos, si bien pudieran ser merecedores de sanción, no lo son de la más grave... Además, en todo caso, resulta necesario e imprescindible que exista una adecuación o proporcionalidad entre la falta cometida por el trabajador y la sanción

²⁰² STSJ Canarias/Las Palmas 20 de diciembre de 2001 (JUR 2002/159624).

²⁰³ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.ª F.: *El poder disciplinario en la empresa*, cit., pág. 188.

que la empresa debe imponer, siendo necesario resaltar para la valoración de la falta cometida su entidad, así como las circunstancias personales y de índole profesional de su autor, por el claro matiz subjetivista que la caracteriza». En fin, «la jurisprudencia viene insistiendo en que, en las cuestiones situadas en el área disciplinaria o sancionadora de esta rama del Ordenamiento Jurídico, han de ponderarse todos [los aspectos citados, pues] en el enjuiciamiento de la sanción de despido, cuya excepcional gravedad es incuestionable, los más elementales principios de justicia exigen... una tarea individualizadora, siguiéndose, por tanto, la denominada teoría gradualista»²⁰⁴.

En particular, y con la mejor doctrina, los criterios a tomar en consideración «son la intención, la importancia, la trascendencia y la reincidencia»²⁰⁵; es decir, tanto las circunstancias concretas del trabajador, como los hechos, conjugando la teoría gradualista y el principio de proporcionalidad con la exigencia de individualizar y personalizar la sanción²⁰⁶. Se trata, en fin, de evitar, frente a hechos prácticamente «inocuos», reacciones «desorbitadas»²⁰⁷.

²⁰⁴ STSJ La Rioja 26 de mayo de 1998 (Ar. 2670). En este sentido, también y entre otras, SSTS 28 de enero de 1984 (Ar. 111); 12 de marzo y 3 de octubre de 1985 (Ar. 1321 y 4656); 21 de enero, 3 de marzo, 9 y 17 de abril, 9 de junio y 13 y 24 de noviembre de 1986 (Ar. 312, 1184, 1903, 2196, 3492, 6336 y 6500); 26 de enero de 1987 (Ar. 130); 17 de noviembre de 1988 (Ar. 8598); 28 de febrero, 6 de abril, 13 de junio y 24 de julio de 1990 (Ar. 1990, 3122, 5051 y 6465); 20 de febrero y 16 de mayo de 1991 (Ar. 854 y 4171). En la doctrina de los Tribunales Superiores de Justicia, por todas, SSTSJ Comunidad Valenciana 22 de junio de 1992 (Ar. 3076) y 9 de enero de 1997 (Ar. 299); País Vasco 10 de octubre de 1997 (Ar. 4113) y 25 de mayo de 1999 (Ar. 1560); Cataluña 17 de diciembre de 1997 (Ar. 4927), 18 de mayo de 1998 (Ar. 2766) y 18 de junio de 1999 (Ar. 2425); Navarra 18 de mayo de 1998 (Ar. 2285); Madrid 25 de junio de 1998 (Ar. 2720) y 23 de abril de 1999 (Ar. 1245); Andalucía/Granada 31 de julio de 1998 (Ar. 3750); Galicia 15 de febrero de 1999 (Ar. 199) o Andalucía/Málaga 23 de julio de 1999 (Ar. 2685).

«En general, "para la adecuada calificación de los actos especificados legalmente como circunstancias infractoras de la normal relación laboral, capaces de justificar sanciones unilaterales, hasta su extinción por el despido, han de analizarse aquellas en su realidad, momento y efectos, con observación del trabajo a que afectan y de la personalidad a quien se imputan; en concreto, tendrán que verse humanamente e individualizados los hechos, para lograr consecuencias bien adaptadas a su propia naturaleza y correcta estimación"» [ALONSO OLEA, M.: *El despido (Un estudio de la extinción del contrato de trabajo por voluntad del empresario)*, cit., pág. 148, citando la STS 21 de septiembre de 1945 (Ar. 1005)]. En fin, y para concluir, «en las cuestiones situadas en el área disciplinaria o sancionadora de esta rama del Ordenamiento Jurídico, han de ponderarse todos sus aspectos, objetivos y subjetivos, pues los más elementales principios de justicia exigen una perfecta proporcionalidad y adecuación entre el hecho, la persona y la sanción y, en este orden de cosas, no puede operarse objetiva y automáticamente, sino que tales elementos han de enlazarse para buscar en su conjunción la auténtica realidad jurídica que de ella nace, a través de un análisis específico e individualizador de cada caso concreto, con valor predominante del factor humano, pues en definitiva se juzga sobre la conducta observada por el trabajador en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales o con ocasión de ellas», SSTSJ Cataluña 19 de julio de 1995 (Ar. 3112) y Navarra 18 de mayo de 1998 (Ar. 2285).

²⁰⁵ CASTRO ARGÜELLES, M.^a A.: «Las infracciones o faltas laborales», *TS*, núm. 63, 1996, pág. 32 o SEMPERE NAVARRO, A. V.: «Problemas particulares sobre el poder disciplinario y las sanciones en la empresa», cit., pág. 70.

²⁰⁶ Es menester examinar individualizadamente cada caso concreto, ponderando todos los elementos en presencia, «tanto subjetivos como objetivos: intención del infractor, circunstancias concurrentes, posibilidad de existencia de provocación previa, etc., de tal manera que sólo cuando la conducta del trabajador, valorada teniendo en cuenta todos los elementos de juicio dichos, constituye una infracción de la máxima gravedad, resultará procedente la sanción de despido que es también la más grave prevista en la escala de las que pueden ser impuestas por la comisión de faltas en el trabajo» [STS 17 de noviembre de 1988 (Ar. 8598), citando las SSTS 28 de enero de 1984 (Ar. 111), 12 de marzo de 1985 (Ar. 1321), 13 de noviembre de 1986 (Ar. 6336), 13 de noviembre de 1987 (Ar. 7868) y 27 y 17 de febrero de 1988 (Ar. 59 y 734)]. Así pues, «en el Derecho del Trabajo han de apreciarse las circunstancias individualizadoras que concurren en cada supuesto, valorando si dada la trascendencia de las mismas ha de imponerse la sanción de despido... Han de ser valorados todos los elementos subjetivos y objetivos concurrentes... Es, por consecuencia, imprescindible después de esta valoración, establecer una cierta escala de comportamientos y sanciones para que se produzca la necesaria adecuación entre ambos factores», STS 13 de julio de 1988 (Ar. 5816).

²⁰⁷ STSJ La Rioja 17 de febrero de 2000 (Ar. 1128).

Las disquisiciones precedentes son traídas a colación en este preciso momento de la exposición porque en materia de exigencia de cierta uniformidad algunos pronunciamientos han debido resolver rechazando que bajo determinadas condiciones la gravedad de la falta alcance entidad suficiente como para ser merecedora del despido.

Tal es el caso, por ejemplo, de un vigilante jurado cuyo uniforme incluía una gorra y que vio rescindido su contrato de trabajo por no llevarla puesta. Tras la oportuna reclamación, el Tribunal resuelve afirmando que, en primer lugar, pese a la orden empresarial de portar la indumentaria completa, «la práctica totalidad de la plantilla de trabajadores [compuesta por aproximadamente ciento cincuenta trabajadores] incumplió la orden de portar gorra»; en segundo término, «otros trabajadores fueron simplemente amonestados por igual falta, a otros simplemente se les recomendó que [la] llevaran... aunque fuera en la mano, y sufrió la misma sanción disciplinaria que el actor, es decir, el despido, sólo otro trabajador que prestaba servicio en el mismo puesto de trabajo»; en fin, «a todo ello y en la misma línea de examinar las circunstancias que concurren en este supuesto concreto podemos afirmar la desproporción que existe entre la sanción impuesta, sin haber recibido previamente otra de menor rango, y la conducta del trabajador que se pretende sancionar»²⁰⁸. Enfrentado el Tribunal de nuevo a análogo supuesto, su pronunciamiento, dictado sólo unos días después que el citado, se sirve de sus argumentos para concluir, nuevamente, la desproporción de la medida, «pues al tratarse de los mismos hechos atribuidos a ambos trabajadores, el tratamiento debe ser idéntico»²⁰⁹.

El propio Tribunal Supremo ha debido intervenir para reprimir los excesos cometidos por empresarios excesivamente celosos del cumplimiento de las reglas relativas al uso de uniforme, si bien en un contexto algo lejano de la tutela del derecho a la propia imagen. Concretamente, se pronunció –hace ya bastante tiempo– respecto a la resolución unilateral impuesta al jefe de mesa de un casino por la existencia de un descosido en su traje «que puede perfectamente hacer las veces de bolsillo», cuando el clausulado mismo de su contrato prohibía que las chaquetas tuvieran tal característica (bajo la sanción de despido, aun cuando la infracción tuviera lugar por vez primera). Prudentemente, el Tribunal declara que «no cabe deducir sin más que el descosido del traje pueda hacer las veces de bolsillo, ni menos aún que el simple descosido, aun sin servirse la parte de él para fines ilícitos, sea merecedor del despido. El recurrente advierte que no se juzga aquí la intención del actor; pero es preciso partir de la base consistente en que sólo cuando el incumplimiento contractual sea, además de grave, culpable... puede acudir a la más grave sanción de la disciplina laboral y justificarse así el despido», motivo por el cual cabría pensar en «una sanción distinta del despido, movido por la negligencia del trabajador en la conservación y reparación de su uniforme», pues «acceder a la tesis del recurrente equivaldría a valorar en igual medida la negligencia descrita, que es sancionable, y la actividad fraudulenta que aquí no concurre»²¹⁰.

²⁰⁸ En el supuesto concurre, además, otra circunstancia de alcance, cual es una enfermedad del cuero cabelludo que, por prescripción facultativa, impide llevar gorra, STSJ Cataluña 13 de octubre de 1999 (AS 1999/3345).

²⁰⁹ STSJ Cataluña 3 de diciembre de 1999 (AS 1999/3974). Las únicas divergencias entre uno y otro pronunciamiento radican en que, mientras el primer trabajador padecía la citada enfermedad cutánea, tal circunstancia no concurría en el segundo (lo cual, sin embargo, no cambia la interpretación del juzgador); por otra parte, en este caso no se otorga la nulidad (que en el anterior sí se reconoce), pero tal decisión únicamente deriva de no haber sido solicitada tal declaración por el actor.

²¹⁰ «La infracción de la prohibición legal es merecedora de sanción; pero si se acredita la ausencia de fines ilícitos en el comportamiento del trabajador, que es lo que aquí se afirma, no se puede sancionar en los términos que se postula», STS 26 de diciembre de 1990 (RJ 1990/9837).

C) Respeto a la prohibición de discriminación.

En fin, es menester permanecer atento a eventuales incidencias de las normas sobre uniformidad en la prohibición de discriminación. A este respecto resulta pertinente dejar constancia de cómo el Tribunal Central de Trabajo hubo de dar respuesta a una reivindicación sobre el uso de la barba que en aquel momento no se recondujo al artículo 18.1 CE, sino al artículo 14 CE. Los hechos se sintetizaban en lo siguiente: el Reglamento de Servicio de Iberia permitía a los pilotos y demás oficiales técnicos a bordo el uso de la barba; sin embargo, tal posibilidad estaba prohibida para los auxiliares de vuelo. Llevado el tema al Tribunal, éste concluye que «la prohibición atenta contra derechos fundamentales, y sin justificación alguna, por lo que su mantenimiento es totalmente anti-jurídico», pues no «aparece un motivo razonable, una circunstancia de hecho o un fundamento racional» y no hay «una referencia profesional o funcional que avale la necesidad de distinguir entre los miembros varones de la tripulación de una aeronave, para concluir que unos son libres del uso de la barba y otros lo tienen prohibido»²¹¹.

Pronunciamientos más recientes vuelven a poner de actualidad el problema, en tanto la Audiencia Nacional, primero, y el Tribunal Supremo, después, dieron una respuesta muy distinta a la tacha vertida contra la indumentaria de determinadas categorías de trabajadores del AVE efectuada por quienes consideraban que se incurría en discriminación sexual, en tanto «entre otras prendas se exige al personal masculino el uso de pantalón y calcetines y al personal femenino el de falda larga, de dos centímetros por encima de la rótula y medias». Curiosamente la demanda no se plantea por la distinta vestimenta exigida a varones y mujeres, sino por la inexistencia de la posibilidad de alternativa para éstas, motivo por el cual se ofrece a la Audiencia una puerta abierta para salvar la ilegitimidad de la exigencia sin necesidad de ahondar excesivamente en la cuestión: «es razonable exigir... una uniformidad especial, que no quede al arbitrio del trabajador, ni un derecho de opción, que al varón no se otorga, cuando el uso de la falda en el ambiente social que nos rodea no se considera discriminatoria por razón de sexo, sino simple manifestación de moda o elegancia»²¹².

El problema, sin duda, deriva del erróneo planteamiento de los recurrentes, pues si la alegación de la empresa se funda en la necesidad de homogeneidad entre los empleados, sin duda tal objetivo se alcanzaría mejor equipando de igual modo a todos los trabajadores pertenecientes a las categorías afectadas, y no tanto, como pretende quien acciona, otorgando sólo a los del sexo femenino un derecho de opción inexistente para los varones y que, en segundo término, conduciría a la quiebra de la tan anhelada igualdad. Por ello no puede extrañar que, llegado el asunto al Tribunal Supremo, su pronunciamiento efectúe una serie de manifestaciones que, de nuevo, no hacen sino evitar entrar a analizar si la exigencia de prendas distintas para trabajadores y trabajadoras constituye una

²¹¹ STCT 26 de febrero de 1986 (Ar. 1345). El resultado es en cierto modo paradójico, pues mientras los auxiliares de vuelo de Iberia no podían llevar barba desde 1964, pueden hacerlo desde 1986 y, en cambio, no se considera contraria a la Constitución la prohibición del uso de la barba para los empleados de bares y restaurantes, Gil y Gil, J.L.: «La esfera de intangibilidad del trabajador», cit., pág. 25.

²¹² SAN 30 de septiembre de 1999 (AS 1999/4272).

decisión discriminatoria ²¹³; no obstante, es menester dejar constancia de cómo el pronunciamiento acaba por mostrar de forma clara y contundente todo su inmovilismo y la incapacidad para superar los convencionalismos sociales, otorgando una trascendencia desmesurada a los hipotéticos gustos de los usuarios del servicio –da por sentada su voluntad de ser atendidos por hombres con pantalón o por mujeres con falda– y quedando en evidencia un conservadurismo extremo: «el uso de la repetida vestimenta obedece... a consideraciones organizativas empresariales, ... adoptadas también, como ocurre en otros sectores laborales, con la finalidad de dar a la clientela una buena imagen de la empresa, a través de una adecuada uniformidad en el vestir... Es cierto, como afirma la parte recurrente, refiriéndose a la correcta presentación de la empleada del AVE ante los usuarios, que "la presentación es igualmente correcta en pantalón o falda uniformada y (que) en ambas modalidades cabe manifestación de moda o elegancia"», pero la uniformidad «impuesta a mujeres empleadas de RENFE en la actividad desarrollada, que exige contacto con la clientela», imponiéndoles el uso de la falda, «parece razonable en una empresa pública, que, con la instauración de un novedoso y moderno medio de comunicación, como es el AVE, trata de "uniformar" a quienes de manera constante y habitual proyectan sobre los clientes la imagen de la Compañía, en condiciones de igualdad con otras empresas dedicadas a idéntica o semejante actividad, por lo que existe una justificación objetiva y razonable que priva a la "uniformidad" de la empleada de carácter discriminatorio» ²¹⁴.

La pregunta de fondo, sin embargo –aun cuando sea por causa de la pretensión planteada–, continúa sin respuesta: aun estando justificada la exigencia de un determinado uniforme, ¿lo está distinguir atendiendo a la condición sexual de sus portadores? El resultado no deja de ser paradójico, pues los auxiliares de vuelo de Iberia, tras su alegación de trato desigual injustificado, desde 1986 pueden llevar barba como los pilotos y oficiales; en cambio, estas empleadas del AVE, una vez tramitada idéntica reclamación, continúan sin poder llevar pantalones como sus compañeros varones, a partir de un argumento tan espurio como es el de deducir automáticamente el rechazo del uso de aquella prenda de vestir por parte de las trabajadoras como consecuencia lógica de las necesidades de ofrecer a los clientes una buena imagen de la entidad.

2.2.3. Restricciones vinculadas a la productividad o al trato directo con clientes.

Conforme consta, el objeto de juicio va más allá de la mera aptitud del trabajador para cumplir sus obligaciones laborales (aun cuando aquélla avale de antemano las restricciones a la propia imagen *supra* indicadas), alcanzando al plano organizativo. Tal y como ha sido indicado, el ejercicio de los derechos del trabajador no queda constreñido al ámbito meramente contractual, sino que,

²¹³ De hecho, inicia sus argumentos partiendo de considerar que «la práctica empresarial debatida de exigencia de falda en los uniformes de cierto personal del AVE se produce en el seno de una empresa pública que se ha distinguido por la suscripción de Convenios y Protocolos relativos a la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres y por la creación de organismos internos... para la plena integración de la mujer». Tal dato no parece excesivamente relevante si de analizar un concreto acto se trata, habida cuenta tan buenos antecedentes no excluyen la posibilidad de eventuales actuaciones ilícitas; ahora bien, superior peso puede otorgarse al hecho de que las actas de la Comisión mixta con funciones en materia de igualdad, «integrada por representantes de trabajadores y empresarios, no reflejan que la vestimenta litigiosa haya sido objeto de denuncia como constitutiva de un acto discriminatorio por razón de sexo», STS 23 de enero de 2001 (RJ 2001/ 2063).

²¹⁴ STS 23 de enero de 2001 (RJ 2001/ 2063).

además de las concretas tareas a desempeñar por el operario, es preciso tener en cuenta las exigencias de la propia explotación, de modo tal que si ésta puede ser adaptada a las creencias del trabajador, así ha de hacerse, y sólo en caso de resultar inviable procedería la limitación (siempre con respeto al principio de proporcionalidad) del derecho del trabajador.

En última instancia, los límites impuestos por la organización empresarial a los derechos individuales han de tener su origen en la consecución de la productividad, pues al fin y al cabo la libertad de empresa del artículo 38 CE legitima a su titular a ejercer sobre el trabajador determinados poderes orientados a tal fin. Los prejuicios del empresario no están amparados por la Constitución y, por tanto, sus poderes no pueden avalar las concepciones subjetivas que, como humano, acompañan al jefe de la empresa ²¹⁵, pues van orientados al logro del resultado *supra* indicado ²¹⁶. Sólo si la imagen del trabajador impide tal objetivo, el empresario podrá actuar mermando ese derecho.

Estos argumentos permiten concluir cómo, en realidad, el ámbito en el cual pueden surgir problemas es el relativo a los empleados que desempeñan su actividad de cara al público, en tanto sólo en tal caso, y dejando a un lado las excepciones ya señaladas, su apariencia puede perjudicar los intereses económicos de la contraparte de su contrato, motivo por el cual «los deberes de buena conducta social se imponen con rigor característico a aquellos trabajadores que en la ejecución de su contrato de trabajo se hallan en contacto directo» con los destinatarios del bien o servicio proporcionado por la empresa ²¹⁷.

En atención a tal consideración, parte de la doctrina se pregunta si, del mismo modo que ocurre con el factor ideología en el seno de las empresas de tendencia ²¹⁸, el aspecto físico puede tor-

²¹⁵ GOÑI SEIN, J.L.: *El respeto a la esfera privada del trabajador*, cit., pág. 69 o SERRA CALLEJO, J.: «La discriminación laboral por causas atípicas: el aspecto físico y la posesión de enfermedades contagiosas», cit., pág. 87.

²¹⁶ «En forma resumida puede decirse que el valor superior de la dignidad humana resulta contradictorio en no pocas ocasiones con el valor de contenido económico que la productividad representa», provocando graves quiebras al disfrute de los derechos fundamentales [APARICIO TOVAR, J. y BAYLOS GRAU, A.: «Autoridad y democracia en la empresa», cit., pág. 14] a partir de una perspectiva empresarial representativa de unas «estructuras mentales economicistas, que sólo piensan en sus ganancias», MARTÍNEZ VIVOT, J.J.: *Discriminación laboral (Despido discriminatorio)*, Buenos Aires (Ciudad Argentina), 2000, pág. 120.

²¹⁷ ALONSO OLEA, M.: *El despido (Un estudio de la extinción del contrato de trabajo por voluntad del empresario)*, cit., pág. 148.

²¹⁸ El ejercicio de la libertad ideológica puede chocar con la libertad de empresa, amparada también por el texto constitucional, en virtud de la cual puede entenderse avalada la posibilidad de crear empresas ideológicas (dirigidas al logro de fines políticos, sindicales, confesionales, caritativos, educativos, artísticos o similares, presumiendo la adhesión a una particular ideología o concepción del mundo), máxime cuando aquella libertad individual suele plasmarse en fenómenos asociativos. El problema planteado por estas situaciones de posible conflicto es la eventual pretensión de las citadas organizaciones de verse favorecidas por una excepción al principio de no discriminación por razones ideológicas, anteponiendo en todo caso el interés de la propia entidad. La solución viene dada por la restricción del concepto, extraída de la propia Constitución, exclusivamente a las organizaciones religiosas, los partidos políticos y los sindicatos. Sólo en estos supuestos cabe plantearse la posibilidad de exigir cierta adhesión por parte de los trabajadores a un concreto ideario, procediendo concluir cómo no todos los empleados al servicio de las mismas habrán de adherirse a su línea de pensamiento, sino sólo aquellos cuyas tareas concretas exijan, en orden a la propia aptitud del empleado para el desempeño de sus funciones, una vinculación a los valores ideológicos del ente. El factor determinante, por tanto, será la aptitud para el desarrollo de las tareas encomendadas y, precisamente por ello, sus características personales sólo serán relevantes en la medida en que estén relacionadas con la capacidad profesional. Ahora bien, esta postura contractualista ha de ser ampliada con una visión organizativa, en el sentido de no limitar el juicio sobre el alcance de los derechos del trabajador simplemente a las obligaciones asumidas por éste al celebrar su contrato, sino extenderlo también a las necesidades

narse en componente básico de la capacitación profesional de quien presta servicios en ocupaciones donde exista esa relación con la clientela, en tanto la productividad del empleado gira fundamentalmente en torno a ese trato social ²¹⁹. De aceptarlo, el ingreso en la organización productiva traería aparejada la consecuencia automática de otorgar al empresario el poder para decidir lo relativo al aspecto externo del trabajador; el resultado es una prevalencia absoluta del interés de la explotación sobre el particular del empleado, lo cual no puede ser admitido si se toman en consideración los razonamientos siguientes:

De un parte, la fuerza vinculante de los artículos 14 y 18 CE (y del art. 16 CE, que protege la libertad ideológica y sus manifestaciones externas) obliga a interpretar restrictivamente las excepciones impuestas al principio de irrelevancia de las circunstancias personales del trabajo, evitando en la medida de lo posible el subjetivismo ²²⁰, habida cuenta el contenido esencial de cada derecho debe ser respetado en cuanto resulte factible.

De otra, la supuesta pérdida de productividad puede no resultar argumento bastante, pues, en términos globales, mayor será el perjuicio derivado de discriminar, por el solo motivo de su apariencia externa, a personas capacitadas. Si una persona formada concienzudamente es rechazada para el trabajo por su estética diferente, la sociedad está echando a perder una costosa preparación y una valiosa fuerza productiva, potenciando la incorporación a los puestos de trabajo de personas con una estética común pero tal vez menos capacitadas. Añadir que entre los requisitos de aptitud el aspecto reduce el círculo de personas supuestamente aptas para desempeñar ciertos empleos; la consecuencia, además del desperdicio de productividad, puede ser la reducción de la calidad media de los que logran la colocación, lo que ocurrirá cuando triunfen personas menos cualificadas por encima de otras que estándolo permanecen al margen de los cánones físicos imperantes. Así pues, meros argumentos utilitaristas justifican el rechazo de las discriminaciones sistemáticas de ciertos colectivos ²²¹.

de la empresa de tendencia. Es importante desterrar, eso sí, como centro de atención la empresa misma y su actividad, pues ello conllevaría la prevalencia en todo caso de la libertad de pensamiento en su vertiente colectiva (representada por la empresa ideológica) sobre su vertiente individual (representada por la ideología del concreto trabajador o aspirante), pudiendo el empresario indagar sobre las opiniones de los candidatos a fin de contratar únicamente a aquellos de creencias afines y discriminar permanentemente al resto, que jamás podrían prestar servicios en dicha empresa en tarea alguna. Más apropiado parece extender la exigencia de adhesión al ideario de la organización sólo a los puestos realmente vinculados a la faceta pública de la actividad de la entidad, dejando de lado los demás puestos, considerados «neutros», respecto a los cuales no puede exigirse aquella adhesión. Según lo afirmado ya no puede hablarse de empresas de tendencia, sino de tareas de tendencia, más allá de las cuales rige plenamente la prohibición de discriminación. Otra cuestión es si al trabajador ocupado en tareas de tendencia puede exigírsele incluso una posición activa de defensa del ideario de la institución, en el sentido de mostrar una auténtica adhesión al mismo, o si, por el contrario, cumplirá con una mera actitud de no oposición o neutralidad; a este respecto parece suficiente con exigir la ausencia de posturas abiertamente contrarias al fin de la empresa. Estas consideraciones son aceptadas por el Tribunal Constitucional, entre cuyos pronunciamientos a este respecto cabe citar la STCo 47/1985, de 27 de marzo.

²¹⁹ BAYLOS GRAU, A.: «En torno al Estatuto de los Trabajadores: la prohibición de inquirir sobre la ideología, creencias y vida privada del trabajador», cit., pág. 328.

²²⁰ BAYLOS GRAU, A.: «En torno al Estatuto de los Trabajadores: la prohibición de inquirir sobre la ideología, creencias y vida privada del trabajador», cit., pág. 329.

²²¹ SERRA CALLEJO, J.: «La discriminación laboral por causas atípicas: el aspecto físico y la posesión de enfermedades contagiosas», cit., págs. 99 y ss.

En efecto, el empresario podrá aducir a su favor que contratar a determinadas personas supone un quebranto en la rentabilidad de la empresa ²²², pues los clientes optarán por acudir a la competencia, donde tendrán tratos con personas acordes con los criterios estéticos establecidos; sin embargo, y amén de tener en cuenta que «mera utilidad o conveniencia para la empresa no legitima sin más» el recorte al derecho fundamental ²²³, tal problema sólo existirá en la medida en que el ordenamiento tolere la discriminación, es decir, si se admite la alegación del interés empresarial para amparar lo que no son sino convencionalismos del propio contratante o de su clientela ²²⁴. A medida que los Tribunales impongan la tutela antidiscriminatoria favorecerán la contratación de los trabajadores marginados (también la pervivencia de los vínculos vigentes), viéndose nivelada la situación de los empresarios competidores, quienes deberán afrontar en igual medida los prejuicios sociales de unos consumidores que si desean disfrutar de un determinado producto habrán de dejarlos de lado ²²⁵. Ésta debe ser la línea de actuación, habida cuenta las decisiones sobre la propia imagen, como factor esencial de la personalidad de cada cual, forman parte de la dignidad humana, y meras «inercias sociológicas trasnochadas» ²²⁶ no pueden servir de excusa para anular las posibilidades de su desarrollo en el seno del trabajo, en tanto en cuanto éste «es el medio habitual de dignificación de la persona» ²²⁷.

Así las cosas, lo cierto es que en la mayoría de las ocasiones –y siempre salvo las excepciones apuntadas– una determinada imagen difícilmente podrá incidir en la capacidad del empleado

²²² Los comportamientos que afecten a la imagen, prestigio o estima de la empresa no sólo pueden provocar un daño moral, sino también afectar a la explotación en cuanto negocio (pérdida de clientela, de crédito, etc.) [DE ÁNGEL YAGÜEZ, R.: *Tratado de responsabilidad civil*, Madrid (Civitas), 1993, pág. 676]. La reputación del negocio aparece como «un activo intangible de innegable valor económico, en la medida en que es ella la que suscita los sentimientos positivos de los compradores hacia la empresa, hacia sus vendedores, productos o servicios, y determina, en última instancia, el volumen de clientela», NOGUEIRA GUASTAVINO, M.: *La prohibición de competencia desleal en el contrato de trabajo...*, cit., pág. 88.

Así pues, «a una empresa no le interesa el buen nombre de manera altruista, sino porque normalmente es un elemento de unión entre ésta y sus clientes y/o proveedores. Si se prefiriese se puede afirmar que es uno de los elementos que le permite mantener una determinada posición estratégica en el mercado» [GARCÍA VIÑA, J.: *El principio general de la buena fe en el contrato de trabajo*, cit., pág. 557], al punto de llevar a afirmar que constituye «el mayor bien patrimonial frente a una clientela tan difícil de adquirir como fácil de perder», DEL REY GUANTER, S.: «Contrato de trabajo y derechos fundamentales en la doctrina del Tribunal Constitucional», cit., pág. 88.

²²³ STCo 98/2000, de 10 de abril.

²²⁴ DÄUBLER, W.: *Derecho del Trabajo*, cit., pág. 618.

El superior problema surge cuando la decisión del empresario no está basada tanto en sus propios prejuicios como en los de sus clientes, pues en tal caso el conflicto empresario-trabajador pasa a convertirse en conflicto trabajador-cliente. La duda, como es habitual, es determinar cuál de las posiciones ha de prevalecer. Partiendo del dato esencial de que el trabajador cumpla irrochablemente con sus obligaciones laborales, es menester atender a los efectos derivados de la decisión adoptada por el intérprete respecto a cuál de los intereses debe prevalecer: dando preferencia al del consumidor, el trabajador se verá privado de un bien esencial, el trabajo, y la sociedad va a perder una fuerza productiva eficiente; en cambio, si se prima el del empleado, el consumidor no perderá bien alguno, sólo habrá de adquirirlo en otras condiciones diferentes, SERRA CALLEJO, J.: «La discriminación laboral por causas atípicas: el aspecto físico y la posesión de enfermedades contagiosas», cit., pág. 101.

²²⁵ SERRA CALLEJO, J.: «La discriminación laboral por causas atípicas: el aspecto físico y la posesión de enfermedades contagiosas», cit., págs. 99 y ss.

²²⁶ SERRA CALLEJO, J.: «La discriminación laboral por causas atípicas: el aspecto físico y la posesión de enfermedades contagiosas», cit., pág. 104.

²²⁷ MUÑOZ CAMPOS, J.: «Poder de dirección y deber de obediencia: criterios jurisprudenciales», *AL*, núm. 27, 1989, pág. 350 o DE VICENTE PACHES, F.: «Doctrina constitucional sobre el derecho del trabajador a su propia imagen», cit., pág. 50.

para el desarrollo de sus funciones ²²⁸, no obstante lo cual no faltan manifestaciones restrictivas de aquella libertad –algunos ejemplos resueltos por los órganos judiciales ya han sido puestos de manifiesto– que, a la luz de las consideraciones vertidas, habrán de ser valoradas como ilícitas.

La jurisprudencia constitucional al respecto resulta desalentadora, en tanto al enfrentarse al amparo solicitado por el ya famoso camarero de la barba –quien al incumplir la orden de cortarla creyó estar amparado por su *ius resistentiae*– optó por denegárselo, afirmando la intrascendencia constitucional del tema. En su pronunciamiento, que parece querer establecer la «presunción *iuris et de iure* de que quien lleva barba ha de dejar algún pelo en la sopa» ²²⁹ (es decir, presunción de falta de higiene en quien no lleva la cara afeitada), considera que el trabajador debió obedecer el mandato empresarial que le imponía el deber de rasurarse, habida cuenta los derechos constitucionales pueden «limitarse o condicionarse en virtud de las relaciones laborales en que desarrolla su actividad», limitaciones que pueden surgir como «consecuencia de deberes y relaciones jurídicas que el ordenamiento jurídico regula», en este caso un uso local de hostelería en virtud del cual los empleados cuya actividad requiera «contacto con los clientes deben permanecer afeitados» ²³⁰. De esta forma, alimentando la postura intolerante, elude entrar a considerar el hipotético derecho a la autodeterminación de la propia apariencia, amparándose en la absurda conclusión de la falta de entidad constitucional de la materia merced a la existencia de una costumbre laboral a la que otorga capacidad bastante para dar por resuelto el dilema, pero sin tomarse la molestia de buscar argumentos a partir de los cuales la elección de la «apariencia corporal externa» queda fuera del contenido del derecho a la propia imagen tipificado en el artículo 18.1 CE ²³¹.

Si de algo puede ser tachado el planteamiento adoptado por el Tribunal Constitucional en la resolución del asunto es de cierta simplicidad ²³², en tanto del principio *pacta sunt servanda* extrae, sin más, la obligación de no llevar barba ²³³. El recurrente en amparo alega la violación de derechos ubicados entre los bienes de la personalidad, salvaguardando un espacio sustraído a intromisiones externas (afirma que «la decisión sobre si la estética corporal es favorecida o no por el uso de la barba es parte integrante de la intimidad y del derecho a la propia imagen de la persona»), de forma que «la hipotética colisión entre el derecho a la libre organización productiva... y el contenido esencial del artículo 18.1 CE lógicamente debe resolverse... a favor del segundo»; el Constitucional no lo entiende así, y ni tan siquiera efectúa la ponderación de los bienes jurídicos en juego, considerando que no existe colisión alguna una vez probada la existencia del mentado uso local y profesional. Ni se plantea el interrogante sobre si una norma consuetudinaria es susceptible de limitar un

²²⁸ SERRA CALLEJO, J.: «La discriminación laboral por causas atípicas: el aspecto físico y la posesión de enfermedades contagiosas», cit., pág. 104.

²²⁹ GIL Y GIL, J.L.: «La esfera de intangibilidad del trabajador», cit., pág. 25.

²³⁰ STCo 170/1987, de 30 de octubre.

²³¹ DEL REY GUANTER, S.: «Contrato de trabajo y derechos fundamentales en la doctrina del Tribunal Constitucional», cit., pág. 36.

²³² SARAZA JIMENA, R.: *Libertad de expresión e información frente a honor, intimidad y propia imagen*, Pamplona (Aranzadi), 1995, pág. 531 o ROMÁN DE LA TORRE, M.ª D.: *Poder de dirección y contrato de trabajo*, cit., pág. 310.

²³³ ALONSO OLEA, M.: *Jurisprudencia constitucional sobre trabajo y Seguridad Social*, T. V, Madrid (Civitas), 1988, págs. 323-328.

derecho fundamental ²³⁴, ni repara en cómo la constitucionalidad de dicho uso es susceptible de ponerse en duda, máxime teniendo en cuenta que sus fines obedecen más bien a razones puramente estéticas y no a exigencias higiénicas o sanitarias ²³⁵.

Para resolver así, el Alto Tribunal debería haber demostrado, y no sólo insinuado, que la apariencia externa no forma parte en ningún caso de la propia imagen protegida por el artículo 18.1 CE, pues sólo en tal caso cabría concluir que ningún derecho fundamental está afectado. En caso contrario, es decir, si reconoce que aquel ejercicio positivo sí se integra como contenido de la libertad protegida, debería haber procedido a la ponderación pertinente a fin de determinar si la limitación del derecho resulta justificada y proporcional a las necesidades de la organización productiva. Es de lamentar que no haya querido o no haya sido capaz de comprender las verdaderas dimensiones de la cuestión.

En este punto se impone la necesidad de poner este pronunciamiento en relación con otros también referidos al uso de la barba por parte de trabajadores cuyas funciones se desarrollan de cara al público, pero que, sin embargo, optan por resolver de un modo completamente diferente.

En efecto, a un supuesto similar al expuesto tuvo que enfrentarse el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, cuando hubo de dar respuesta a la pretensión del camarero de un hotel que exigía el reconocimiento de su «derecho a llevar bigote y perilla en el ejercicio de sus funciones, en condiciones que no provocaran escándalo ni mofa entre la clientela ni desmerecimiento de la elegancia que caracteriza al establecimiento». El objeto propio del proceso era, por tanto, el conflicto entre las partes que surgía del deseo del trabajador, contra la prohibición de su empresa, de que fuera declarado «su derecho a configurar su imagen sin impedimentos» ²³⁶.

El Tribunal inicia sus argumentos en la misma línea que la sentencia del Máximo Intérprete de la Constitución, en tanto afirma que «cuando trasciende del área personal al ámbito de las relaciones sociales en que la persona desarrolla su actividad profesional, hay que reconocer que aquel derecho puede tener límites que vienen impuestos por la necesaria adecuación que debe existir entre

²³⁴ Se mueve así dentro de una tendencia en la cual «la alegación por el trabajador de un derecho constitucional no se trata como un problema de colisión entre derechos o bienes constitucionalmente reconocidos, sino que se sustancia con arreglo a los criterios derivados de normas infraconstitucionales o asumidos contractualmente», que adquieren gran vigor «en la solución de los conflictos en los que se ven envueltos derechos fundamentales de la persona del trabajador... Las razones contractuales y organizativas del empresario, por su mayor visibilidad normativa, terminan instalando a aquellos derechos en una zona de penumbra. Al empresario puede bastarle la mera invocación de una norma legal, incluso de rango ínfimo, o de la cláusula de un convenio colectivo o de un contrato individual [también un uso o costumbre], que establezcan ciertas obligaciones a cargo del trabajador o le confieran a él determinadas facultades de mando, para producir el efecto limitativo del derecho fundamental del trabajador. Y ante una invocación semejante, los jueces, educados como están la mayor parte de ellos en una cultura privatista, tienden a resolver la situación controvertida no con arreglo a las exigencias que impone el juicio de ponderación de derechos constitucionalmente enfrentados sino, más sencillamente, conforme a las pautas y parámetros contractuales», VALDÉS DAL-RÉ, F.: «Contrato de trabajo, derechos fundamentales de la persona del trabajador y poderes empresariales: una difícil convivencia», cit., págs. 6 y 7.

²³⁵ PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: «Sobre el derecho a la propia imagen (A propósito de la STC 170/1987, de 30 de octubre)», *PJ*, núm. 10, 1988, pág. 75.

²³⁶ STSJ Madrid 26 de marzo de 1992 (Ar. 1643).

la función que realiza el titular y los presupuestos esenciales que le son exigibles en relación con las características de la actividad», pudiendo estos límites «venir establecidos en los usos sociales» (admite también la existencia en el sector del que «viene imponiendo que los empleados tengan afeitado el rostro y a lo sumo se permite un bigote liviano»). A partir de este momento, empero, se desmarca abiertamente de la jurisprudencia constitucional, estableciendo un matiz sutil pero sin duda trascendental, al recordar cómo «esta exigencia no puede ser gratuita, ni caprichosa, ni inmotivada, sino que debe tener un fundamento, que indudablemente está relacionado con el aseo personal, la higiene necesaria en establecimientos de hostelería y con una presencia personal que sea acorde con el centro y los concurrentes». Precisamente por ello, «cuando no se producen las circunstancias que fundamentan la prohibición en que el uso social consiste... el uso debe ceder ante el derecho que garantiza el artículo 18 de la Constitución Española a configurar la propia imagen y a la intimidad personal y mantener la prohibición sin causa que la justifique supone una vulneración arbitraria de esos derechos constitucionales»²³⁷. De esta forma, pese a manifestar su respeto hacia el criterio sentado por el Alto Tribunal, lo varía esencialmente, estableciendo como diferencia la necesidad de someter las exigencias empresariales a un juicio de razonabilidad constitucional²³⁸.

Con todo, esta doctrina no parece haber calado hondo en los órganos judiciales, que han preferido agarrarse a la seguridad proporcionada por el pronunciamiento del Tribunal Constitucional. Sentencias posteriores han vuelto a enfrentarse al ya paradigmático supuesto dado por un camarero que decide dejarse barba y que, frente a la orden empresarial de proceder a su rasurado y la subsiguiente desobediencia, ha sido sancionado por tal motivo, y, como hicieran el Tribunal Supremo y el Constitucional en su momento, se han limitado a reconocer a los usos y costumbres locales y profesionales la condición de fuente de derecho y, por tanto, la capacidad de justificar la medida empresarial²³⁹.

III. REFLEXIONES FINALES

El propio concepto de civilización aparece íntimamente ligado al reconocimiento y garantía de los derechos de la personalidad (derivados directamente de la noción misma de dignidad), aun cuando en la era de la tecnología y la deshumanización, donde el inexorable avance de la ciencia apisona en no pocas ocasiones los valores éticos, pueda resultar paradójica la afirmación irrefutable de que la defensa de aquéllos constituye seña de identidad fundamental del occidente contemporáneo.

La aparente contradicción no es sino reflejo de otras muchas presentes en una sociedad sometida al constante tira y afloja entre el imperio de lo políticamente correcto y económicamente renta-

²³⁷ STSJ Madrid 26 de marzo de 1992 (Ar. 1643).

²³⁸ SERRA CALLEJO, J.: «La discriminación laboral por causas atípicas: el aspecto físico y la posesión de enfermedades contagiosas», cit., pág. 61.

²³⁹ STSJ Baleares 25 de junio de 1994 (AS 1994/2621), que justifica su resolución remitiendo a la jurisprudencia sentada por la STS 12 de febrero de 1986 (RJ 1986/749) y por la STCo 170/1987, de 30 de octubre, transcribiéndolas parcialmente.

ble y las afirmaciones iusnaturalistas constituidas por las facultades inalienables del hombre, inseparables de su ser por su mera condición humana y, por tanto, preexistentes al orden establecido.

Ahora bien, no cabe duda de que el reconocimiento de tales derechos fundamentales y su traslación al ordenamiento positivo constituye un logro en orden a la conservación de la propia identidad e integridad en una cultura de números y uniformidad, convirtiéndolos en último bastión del hombre para dar cabida a su propio yo, a su condición de único e inintercambiable. Tal vez por ello resulta singularmente sorprendente el sistemático abandono a que se ha visto sometido el derecho a la propia imagen en cuanto hace a la posibilidad del hombre de expresar externamente aquello que es.

El aspecto impuesto por la naturaleza, por el mapa genético, por la edad o por los accidentes de la vida forma parte de la persona misma, haciéndola reconocible como ser diverso y concreto, del mismo modo que la apariencia voluntariamente escogida por cada uno –alterando, cubriendo, acentuando, disimulando... aquella respecto a la cual no existe posibilidad de elección– es el reflejo de la propia personalidad y, en cuanto tal, va más allá de la identificación del sujeto, para llegar a convertirse en el reflejo de su modo de ser. A través de la elección de los vestidos, los peinados... muestra su semblante al mundo, su pensamiento libre e ilimitable. Precisamente por ello, sólo a través del reconocimiento del carácter esencial de la identidad de cada ser humano –en la cual no sólo se engloba su mente, sino también su cuerpo como cauce de expresión de aquélla– podrá verse adecuadamente protegida su libertad y dignidad.

En definitiva, en palabras de Hegel, aunque «el cuerpo es algo exterior», ello no impide que pueda afirmar que en él «está mi autosenntimiento más inmediato» y, en la medida que mi cuerpo soy yo mismo, no poder disponer de él atenta contra mi libertad y la dignidad que ella comporta.