

C O L E C C I Ó N D E E S T U D I O S

Poder de dirección empresarial y esfera personal del trabajador



Iván Antonio Rodríguez Cardo

C|E|S

CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL
DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS

Consejo Económico y Social del Principado de Asturias
Colección de estudios
Número 9

Composición del Jurado del V Premio de Investigación del Consejo Económico y Social del Principado de Asturias

Presidente:

D. Nicolás Álvarez Álvarez, Presidente del CES

Vocales:

D. José María García Blanco, Catedrático de Sociología de la Universidad de Oviedo

D. Jaime Montalvo Correa, Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la UNED y ex Presidente del CES Nacional

D. Jesús Arango Fernández, Profesor de Economía Aplicada de la Universidad de Oviedo y miembro del Pleno del CES

D. Ramiro Lomba Monjardín, Director de la Sociedad Asturiana de Estudios Económicos e Industriales (SADEI)

Secretario:

D. José Luis Gallego Riestra, Secretario General del CES

Todos los derechos reservados. Prohibida la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier procedimiento (ya sea gráfico, electrónico, óptico, químico, mecánico, fotocopia, etc.) y el almacenamiento o transmisión de sus contenidos en soportes magnéticos, sonoros, visuales o de cualquier otro tipo sin permiso expreso del editor.

La responsabilidad de las opiniones expresadas en las publicaciones editadas por el CES incumbe exclusivamente a sus autores y su publicación no significa que el Consejo se identifique con las mismas.

Promueve y edita: Consejo Económico y Social del Principado de Asturias

Plaza de la Paz, 9 - 1ª Izda. 33006-Oviedo (Asturias)

Teléfono: 98 527 07 15 Fax: 98 523 78 13

E-mail: correo@cesasturias.es

Web: <http://www.cesasturias.es>

ISBN: 978-84-691-8628-2

Depósito legal: AS-224-09

Diseño y maquetación: Consejo Económico y Social del Principado de Asturias

Impresión: Gráficas Summa, S.A. (Polígono industrial de Silvota Llanera-Asturias)

Poder de dirección empresarial
y
esfera personal del trabajador

Iván Antonio Rodríguez Cardo
Profesor Titular de Universidad Interino
Universidad de Oviedo

A Joaquín García Murcia,
arquitecto de mi esfera profesional,
y decisivo impulso en muchas facetas de mi esfera personal.

ÍNDICE

ABREVIATURAS	11
PRÓLOGO	13
I. INTRODUCCIÓN	25
II. LAS TENSIONES ENTRE LA LIBERTAD DE EMPRESA Y LOS DERECHOS DE LOS TRABAJADORES COMO ORIGEN DE CONTROVERSIAS	29
1. Principios de igualdad y no discriminación, derecho a la intimidad, a la libertad religiosa a la dignidad y al libre desarrollo de la personalidad como garantías de la inviolabilidad de la esfera personal del trabajador	29
2. La colisión de las opciones personales con las facultades organizativas del empresario: derechos fundamentales vs. libertad de empresa desde la perspectiva del Tribunal Constitucional	34
3. Métodos de indagación sobre la esfera personal del trabajador: la forma de averiguación como injerencia prohibida	39
4. La prevención de riesgos laborales como fundamento del deber de actuación del empresario: la obligación de evitar riesgos físicos y psicosociales	50
5. La esfera personal como elemento o factor de diversidad	52
III. PODER DE DIRECCIÓN Y LIBERTAD ESTÉTICA	55
1. La libre elección del aspecto estético: derecho a la intimidad y no derecho a la propia imagen	55
2. La uniformidad como prerrogativa inherente al poder de dirección	58
3. Criterios determinantes de la legitimidad de la decisión empresarial: labores de cara al público y grado de tolerancia	61
4. La uniformidad y las restricciones estéticas en actividades no desarrolladas de cara al público	67
5. Indumentaria y prevención de riesgos laborales	71
6. Restricciones estéticas por motivos de salubridad, higiene o salud pública	73
7. La eventual incidencia de la libertad religiosa	75

8. La sanción frente al incumplimiento: respeto a los principios de igualdad y no discriminación y al criterio de proporcionalidad	77
IV. LA APARIENCIA FÍSICA DEL TRABAJADOR COMO FUNDAMENTO DE DECISIONES EMPRESARIALES	83
1. Apariencia física y apariencia estética: diferencias desde la perspectiva laboral	83
2. La apariencia física como elemento determinante del acceso al empleo	84
3. El atractivo físico como condicionante de derechos laborales	87
4. Repercusión de los cambios en la apariencia física durante la vigencia del contrato	93
V. LIBERTAD RELIGIOSA Y ORGANIZACIÓN DE LA EMPRESA	95
1. Las facetas de la libertad religiosa y su incidencia en la relación laboral	95
2. La respuesta de la jurisdicción social a la vertiente positiva de la libertad religiosa	99
3. La eventual repercusión de la poligamia en la relación laboral	102
VI. OPCIONES PERSONALES CON TRASCENDENCIA LABORAL	107
1. Conducta extralaboral y relación de trabajo	107
2. El consumo de sustancias adictivas	111
3. La prevención de riesgos laborales como justificación de intromisiones en la esfera personal: reconocimientos médicos con objeto de detectar el consumo de sustancias adictivas	118
4. Aficiones aparentemente inocuas con repercusión en la relación laboral	123
5. Utilización de medios de la empresa con fines personales	128
6. Militancia o pertenencia a asociaciones: el poder de dirección frente a la libertad ideológica y al derecho de asociación	133
7. Condena penal y relación laboral	136
8. Limitaciones de acceso —o de mantenimiento— del empleo por la idiosincrasia empresarial o la línea de negocio	138
9. Relación laboral e idioma	142
10. Opciones personales de naturaleza familiar: decisión de concebir y estado civil	147
VII. EN PARTICULAR, LA REPERCUSIÓN EN LA RELACIÓN LABORAL DE LA OPCIÓN SEXUAL DEL TRABAJADOR	153
1. La dimensión laboral de la orientación sexual	153
2. La incidencia de la transexualidad en la relación de trabajo	160

VIII. PODER DE DIRECCIÓN EMPRESARIAL Y CIRCUNSTANCIAS O CARACTERÍSTICAS PERSONALES	165
1. La etnia como factor de modulación de las facultades empresariales	165
2. La edad como fuente de distinciones	170
3. Poder de dirección y enfermedades de los trabajadores	173
4. Falta de aseo o higiene personal de los trabajadores	180
IX. CONSIDERACIONES FINALES	183
BIBLIOGRAFÍA	187

ABREVIATURAS

AL= Actualidad Laboral

Ar.= Referencia del repertorio de jurisprudencia Aranzadi

AS=Aranzadi Social

BOE= Boletín Oficial del Estado

CCAA= Comunidades Autónomas

CC= Código Civil

CE= Constitución Española de 6 de diciembre de 1978

CEF= Centro de Estudios Financieros

CES= Consejo Económico y Social

Cfr.= Confrontar

CGPJ= Consejo General del Poder Judicial

Cont-Adv.= Contencioso-Administrativo

CP= Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal

DA= Disposición Adicional

DD= Disposición Derogatoria

DF= Disposición Final

DL= Documentación Laboral

DT= Disposición Transitoria

EEE= Espacio Económico Europeo

ET= Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores

FOGASA= Fondo de Garantía Salarial

INSS= Instituto Nacional de la Seguridad Social

IP= Incapacidad Permanente

IT= Incapacidad Temporal

LCT= Ley de Contrato de Trabajo

LGSS= Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de Junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social

LISOS= Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social

LO= Ley Orgánica

LOE= Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social
LOLS= Ley Orgánica 11/85, de 2 de agosto, de Libertad Sindical
LOPJ= Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial
LPRL= Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales
MTAS= Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales
OIT= Organización Internacional del Trabajo
OM= Orden Ministerial
OO.MM= Órdenes Ministeriales
RGDTSS= Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
REDT= Revista Española de Derecho del Trabajo
RD= Real Decreto
RDS= Revista de Derecho Social
RISS= Revista Iberoamericana de Seguridad Social
RL= Relaciones Laborales
RMTAS= Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales
RPS= Revista de Política Social
RSS= Revista de Seguridad Social
RTSS= Revista de Trabajo y Seguridad Social
SAN= Sentencia de la Audiencia Nacional
STC= Sentencia del Tribunal Constitucional
STCT= Sentencia del Tribunal Central de Trabajo
STEDH= Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
STJCE= Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
STS= Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ= Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
TC= Tribunal Constitucional
TCE= Tratado de la Comunidad Europea
TCT= Tribunal Central de Trabajo
TEDH= Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TJCE= Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
TL= Temas Laborales
TS= Tribunal Supremo
TSJ= Tribunal Superior de Justicia
TUE= Tratado de la Unión Europea
UE= Unión Europea
V.gr.= Verbi Gratia
Vid.= Véase

PRÓLOGO: LA IDEA DE DIVERSIDAD Y LAS RELACIONES DE TRABAJO

1.- Una de las características de las sociedades modernas es sin duda la "diversidad". En el plano del lenguaje —y conforme a lo que dispone el Diccionario de la Real Academia Española—, diversidad equivale a "variedad, semejanza, diferencia", de tal modo que existe diversidad cuando hay "abundancia" o "concurso de varias cosas distintas". Si la trasladamos al ámbito de las relaciones sociales, la idea de diversidad no puede significar, así pues, más que la existencia dentro de una misma sociedad de diferencias o rasgos diferenciales que afectan a individuos o a grupos de individuos; una sociedad diversa es una sociedad plural y mínimamente heterogénea, compuesta por distintos grupos sociales, con distintas culturas o características étnicas. En cualquier caso, la diversidad puede darse en grados muy diferentes, de tal manera que una sociedad puede ser diversa por la yuxtaposición de varios segmentos o grupos humanos a la hora de su composición, pero también puede serlo por el simple hecho de que junto a un grupo social mayoritario o predominante afloran, en mayor o menor medida, rasgos individuales o grupales de signo diferente, que normalmente serán minoritarios o marginales en ese contexto. Diverso es, en definitiva, lo que se compone de varios segmentos o estratos (lo plural y heterogéneo, en definitiva), o lo que se distingue, por una u otra razón, de lo que es común o habitual en el ámbito de referencia (aportando alguna dosis de variedad o pluralidad al correspondiente contexto).

Como es fácil de comprender, en el sistema social la diversidad nace antes que nada de la influencia de factores de tipo étnico, cultural o religioso. La pertenencia a una determinada raza o etnia, el uso de una determinada lengua, la adscripción a una determinada confesión religiosa, la práctica de determinados ritos o hábitos familiares y sociales, o, en fin, la defensa de ciertos valores o principios de organización social, son en efecto las circunstancias que normalmente conducen a la diversidad, siempre, claro está, que tengan lugar en un contexto en el que concurren otras opciones o en el que sea predominante o mayoritaria una raza, una etnia, una lengua o una religión distinta. La pluralidad es condición necesaria de la diversidad: es obvio que cuando en un país —o en cualquier otro contexto de referencia— existe una sola raza, una sola etnia, una sola lengua, una sola religión, o una sola cultura en definitiva, no hay diversidad, sino uniformidad u homogeneidad total, por muy particulares o extraños que sean dichos rasgos para el resto de la humanidad. Para que exista diversidad tiene que concurrir algún ingrediente "ajeno", algo que implique diferencia respecto de lo que es común, o, cuando menos, algo que sea distinto de lo que caracteriza esencialmente al grupo de referencia.

2.- En pura hipótesis, la diversidad dentro de una determinada sociedad o unidad de convivencia podría derivar también de otros muchos factores. Puede derivar, por ejemplo, de la existencia de dis-

tintas maneras de ser, estar, sentir o comportarse dentro del correspondiente concierto social (por motivos de orientación sexual, casta social, posición económica, enfermedad, discapacidad, etc.), y puede derivar, asimismo, de opciones personales en el campo del pensamiento, de la política o del trabajo (ideario político, adscripción política, preferencias sindicales, etc.). Pero, si bien se mira, la diversidad siempre tiene en su trasfondo una explicación cultural, entendida la cultura como conjunto de modos de vida, costumbres y valores y como grado de conocimiento científico, técnico o artístico de una sociedad en un determinado momento histórico. Las decisiones u opciones personales, a la hora de la verdad, siempre están vinculadas a un determinado contexto cultural, que es el que las sustenta o el que, por el contrario, las hace diversas o singulares.

No es ya que la raza, la etnia o incluso la religión vayan unidas por lo general a una determinada cultura o manera de ser de los pueblos, como normalmente sucede, sino también que la emergencia de distintos comportamientos o diferentes opciones ideológicas dentro de una misma sociedad sólo es posible cuando ésta se abre conscientemente a la pluralidad o diversidad de valores e ideas: las sociedades cerradas, totalitarias y de cultura atrasada o monolítica difícilmente darán paso a idearios políticos, líneas de pensamiento, actitudes o comportamientos distintos de lo "oficial", y difícilmente harán un hueco al que se muestre "distinto" (ya sea por su cultura ya sea por razones mucho más tangibles o particulares, como la enfermedad, la minusvalía, la extracción social o la posición económica). La diversidad tiene mucho que ver, a la postre, con los valores de libertad y pluralismo social, tanto en el terreno de la organización política como en el terreno de la moralidad y de los usos y costumbres sociales; sólo en un contexto de libertad y pluralismo pueden coexistir distintas culturas, valores diversos y comportamientos sociales diferenciados.

3.- Como producto eminentemente cultural, la diversidad tendrá en muchos casos origen exterior. La diversidad se crea o se enriquece, sobre todo, por la incorporación a una determinada sociedad de personas o grupos de personas procedentes de un contexto cultural distinto, con su raza, su lengua, su cultura o sus costumbres. Ni que decir tiene que ése es, con toda seguridad, el factor de diversidad más significativo en las sociedades occidentales de las últimas décadas, especialmente en aquellas que han experimentado fuertes corrientes de inmigración de personas que proceden de ámbitos culturales distintos y distantes, como el continente africano, la mayor parte de los países asiáticos o incluso algunas zonas del este europeo. Sin embargo, la diversidad también puede tener una formación endógena, por la simple y natural evolución de una sociedad abierta y pluralista: la emergencia de distintas corrientes ideológicas, la afloración de diferentes orientaciones sexuales, la aceptación con normalidad de la discapacidad o de determinadas enfermedades crónicas, por citar sólo algunos ejemplos, implican a la postre la creación de una sociedad más diversa y heterogénea. Hay que tener en cuenta, además, que la influencia del exterior puede prender también en los componentes de la etnia o cultura dominante, como ha sucedido tantas veces en el terreno de la religión. La diversidad se acentúa, a fin de cuentas, cuando se acepta al "otro", al que es diferente.

Como suele suceder en este tipo de variables, los factores de diversidad presentan por lo general dos caras o manifestaciones: la cara interna, que se consume en el interior del individuo o grupo de

referencia (las creencias, las costumbres personales o familiares, incluso cierto tipo de ritos, etc.), y la cara exterior, que se deja ver o notar más allá de ese círculo interno y que puede afectar eventualmente a otros miembros de la sociedad o a la sociedad en su conjunto (maneras de vestir o de comportarse que pueden chocar con lo establecido, prácticas que requieren alguna instalación o algún tipo de disposición por parte de otras personas o de instancias públicas, creencias que impiden el cumplimiento de algunas obligaciones cívicas o la aplicación de los protocolos habituales, etc.). Como es natural, las manifestaciones íntimas o interiores de lo diverso no tienen por qué generar problema alguno de coexistencia, mientras que las que impactan en el exterior plantearán con toda probabilidad alguna tensión o fricción entre las culturas en cuestión y, para ser más concretos, entre la cultura "oficial" y la cultura diversa. Esta cara externa requerirá muchas veces, por decirlo de otro modo, algún grado de ajuste o acomodación entre lo diverso y lo común, entre lo nuevo y lo acostumbrado, si es que se quieren evitar fracturas profundas en el medio social correspondiente.

4.- La diversidad, por otra parte, puede identificarse y contemplarse desde una visión global o conjunta de la sociedad, pero también puede notarse en las distintas células o subsistemas que la conforman. Una de esas células es desde luego la empresa, que, como parecía inevitable, se viene viendo afectada cada vez en mayor medida por este fenómeno de la diversidad. De hecho, la composición de las plantillas empresariales ha perdido desde hace tiempo la homogeneidad que otrora pudo caracterizarlas, pasando a tener un semblante mucho más complejo y variado. Las causas no son difíciles de identificar, y son prácticamente las mismas que aportan pluralismo a la sociedad en su conjunto: desde el incremento de los flujos internacionales de personas a la creciente relajación de los "controles" de admisión o aceptación social, desde la difusión de los derechos humanos a la mayor libertad en los usos y costumbres, desde la emergencia de nuevos valores a la imparable contaminación cultural.

En todo caso, en este contexto empresarial conviene distinguir entre diversidad y mera heterogeneidad. La heterogeneidad aparece, sencillamente, cuando la composición de la plantilla se desvía de lo que ha sido pauta habitual en las empresas hasta hace poco tiempo (principalmente, en las empresas del sector industrial): trabajador varón de mediana edad, con capacidad intacta y enteramente acoplado a los usos culturales del país de referencia. La diversidad, en cambio, debe aportar también algún rasgo novedoso o no acostumbrado de tipo cultural o étnico, si no queremos perdernos en un magma de imprecisiones o vaguedades. Es cierto que estamos ante conceptos de notable dificultad definitoria, que sólo alcanzan sentido a través de convenciones o usos del lenguaje; conceptos que, a la postre, vienen a tener aquel significado que convencionalmente se les atribuya. Pero si queremos dotar de autonomía y sustantividad propia a la nota de diversidad no tenemos más remedio que restringirla a determinados supuestos de heterogeneidad, precisamente aquellos en los que la particularidad de las personas o grupos tenga un sustrato cultural.

5.- Diverso es, en definitiva, aquello que nos resulta ajeno o que entraña novedad respecto de lo "normal" o acostumbrado, en el plano de los valores, los símbolos, las pautas o las prácticas sociales; aquello que, por esa misma razón, puede y suele requerir, llegado el caso, un cambio o ajuste

en los patrones habituales, al menos si se le quiere atender conforme a sus propias demandas, expectativas o necesidades. Estas exigencias conceptuales, naturalmente, valen tanto para un análisis de la sociedad en su conjunto como para la reflexión más entrada en alguna de sus diferentes parcelas o subsistemas. En el medio empresarial, por decirlo más claro, la diversidad no puede ser algo distinto de lo que se predica para el medio social, y por ello también en este terreno particular la diversidad debe ser entendida, esencialmente, como rasgo de carácter cultural.

Dos vienen a ser, en definitiva, los ingredientes principales de la diversidad desde el punto de vista de la empresa, o, por decirlo con algo más de precisión, desde el punto de vista de la gestión de recursos humanos en la empresa: a) que se trate de algo distinto de lo común y habitual desde el punto de vista cultural, y b) que demande algún tipo de atención, actuación o adecuación especial, o algún tipo de cambio respecto de lo que se ha venido haciendo hasta el momento. No basta, pues, con la concurrencia de un rasgo distintivo en el trabajador, ni tampoco basta con que el trabajador requiera algún tipo de adaptación. Hace falta que se conjuguen esos dos elementos: que se trate de un trabajador que se distinga por su "cultura", y que por tal razón demande o merezca alguna atención o medida especial.

6.- Si así se acepta, difícilmente puede decirse que sean diversas aquellas personas que pertenecen a nuestra misma cultura, aunque presenten algún rasgo distintivo o novedoso respecto de las pautas tradicionales, esto es, aunque revistan algún grado de discapacidad, aunque pertenezcan al sexo habitualmente menos representado en el trabajo o, en fin, aunque se encuentren en una franja de edad que en otros tiempos no se entendiera apta para el trabajo. Ciertamente, la incorporación de personas de estas características a la organización productiva puede provocar o demandar algún tipo de medidas por parte de la empresa: adecuación de instalaciones o puestos de trabajo para discapacitados, cambios de tareas por razones de embarazo o lactancia natural de la mujer, prohibición de ciertos trabajos para los menores, especial vigilancia de la salud para quienes por edad u otros motivos presente mayor "sensibilidad" al riesgo laboral, etc. Pero el hecho de que la persona que se incorpora a la empresa sea mujer o varón, sea discapacitado o plenamente capaz, sea joven o "maduro", etc., no tiene por qué implicar en realidad ningún impacto en el plano de las ideas, los valores o las pautas de convivencia en la empresa. Puede significar por supuesto un cambio más o menos radical respecto del patrón tradicional en la composición de la plantilla, que pasaría a tener unos segmentos de trabajadores de nula o escasa presencia con anterioridad. Pero nada más.

Una posición intermedia parecen tener, desde este punto de vista, aquellos trabajadores que presentan algún rasgo diferencial que puede influir en su contratación pero que no llega a impactar de manera frontal en la organización de la producción o en el desarrollo del trabajo. Como hemos dicho, rasgos diferenciales pueden ser desde luego la orientación sexual, la enfermedad crónica e incluso la posición económica o la extracción social de una persona, pero no son factores que entrañen ninguna disposición o actuación especial por parte de las empresas. Puede haber problemas de aceptación de tales personas, pero una vez aceptadas no es precisa ninguna otra decisión o iniciativa, siempre, claro está, que no lleven aparejada ninguna otra circunstancia que actúe en un sentido dis-

tinto (por ejemplo, la enfermedad crónica podría demandar algún cuidado especial). No parece, por otra parte, que se trate de factores que puedan actuar a gran escala, o que puedan conformar segmentos o grupos dentro de una determinada plantilla; serán habitualmente rasgos particulares de determinados individuos, que no les impiden además una convivencia normal con el resto de trabajadores. En todo caso, son factores que guardan algún tipo de conexión con el sustrato cultural de la sociedad, no porque signifiquen la incorporación de grupos antes ausentes de ella, sino más bien porque su aceptación constituye una novedad respecto de las pautas tradicionales; no son factores exógenos o procedentes de otras culturas o zonas del planeta (por lo que su asimilación o "normalización" social puede resultar mucho más sencilla, dicho sea de paso), pero sí denotan un importante cambio de valores en la sociedad de referencia.

7.- No pueden considerarse diversos, por lo demás, otros dos tipos de situaciones que guardan relación con opciones personales o con la posición de las personas en el concierto social, aunque también den lugar, desde luego, a un mayor grado de heterogeneidad o pluralismo en las plantillas empresariales. El primer tipo comprende aquellas situaciones que se crean por el mero fruto del ejercicio de los derechos ciudadanos por parte de las personas y, concretamente, por parte de los trabajadores. El hecho de optar por la militancia en un partido político o de hacer pública ostentación de un determinado ideario político, lo mismo que la mera decisión de afiliación sindical, o la implicación más o menos directa en actividades sindicales, no deben considerarse factores de diversidad en una sociedad libre y democrática. Son, sencillamente, manifestaciones del pluralismo y la libertad que indefectiblemente deben acompañar al Estado de Derecho. Son, dicho de otro modo, manifestaciones de democracia, no de diversidad, con independencia de que el uso de tales derechos conduzca a la existencia de diversas corrientes ideológicas y políticas, o de que, ya en el plano más específico de las relaciones de trabajo, pueda conducir a la afloración de distintas propuestas acerca de la representación de intereses profesionales, o en torno al papel y el sentido del sindicato tanto en lo que concierne a las condiciones de vida y trabajo como, en general, a lo que afecta al devenir de la sociedad. Dicho de modo más tajante: el hecho de que el trabajador se afilie o no a un sindicato, de que se afilie a uno u otro de los que operen en su ámbito, o, en fin, de que decida dedicarse o no a funciones sindicales o representativas, no constituye rasgo alguno de diversidad en sentido cultural.

El segundo tipo de situaciones a las que estamos aludiendo tiene que ver con la posición de las personas en el sistema productivo y, a la postre, en el sistema social. Se trata, más concretamente, del grado de vinculación o estabilidad de las personas desde el punto de vista de la producción y el empleo, que siempre nos ha permitido apreciar, y tal vez hoy en día con mayor claridad, una especie de segmentación o línea diferencial entre quienes poseen un empleo seguro, estable y de condiciones ventajosas, y quienes, por el contrario, tienen con el sistema productivo unos vínculos mucho más precarios o inestables, con las consiguientes dificultades de integración plena en el mercado de trabajo y de consolidación de un estatus social aceptable. La situación de precariedad, marginación o debilidad desde el punto de vista económico o productivo puede actuar por supuesto como factor distintivo a muchos efectos, y puede justificar las pertinentes medidas de apoyo y tute-

la, entre otras razones para evitar eventuales prácticas discriminatorias (como vino a decir, siquiera sea de modo tácito, la sentencia TC 136/1987, de 22 de julio). Pero no debe considerarse tampoco como un rasgo de diversidad, salvo que esté provocada o mediatizada por algún factor de carácter étnico, cultural o religioso.

8.- Frente al fenómeno de la diversidad los poderes públicos —y acaso también los agentes sociales, cuando menos los de mayor influencia o capacidad de persuasión en la dinámica social— pueden adoptar en hipótesis diferentes posturas. Básicamente, puede hablarse de rechazo, de aceptación, de protección o de promoción. La actitud de rechazo, además de resultar materialmente imposible, es a su vez rechazable en una sociedad libre, abierta y democrática como la nuestra. La de aceptación es necesaria, pero tal vez resulte insuficiente teniendo en cuenta los fines que se propone el Estado social y democrático de Derecho. La de protección o tutela puede proporcionar el complemento perfecto para ese primer presupuesto de aceptación, y seguramente se ajusta en mayor medida a los valores democráticos. La promoción, en fin, puede que responda más a razones de oportunidad política que a verdaderas exigencias de los principios sobre los que se asientan las sociedades culturalmente avanzadas. Aceptación y en su caso protección parecen ser, así pues, las actitudes más consecuentes y razonables en un Estado presidido por los valores de libertad y pluralismo social. Pero son actitudes que pueden presentarse, al mismo tiempo, en distintas dosis y escalas, y que pueden manifestarse en distintos tipos de instrumentos.

Probablemente el instrumento más eficaz para proteger lo diverso sea el catálogo de derechos humanos, acompañado de la correspondiente lista de causas de no discriminación. El principio de igualdad y de no discriminación es con seguridad el gran soporte para evitar que los que son o se sienten diversos puedan sufrir perjuicios o tratos inadecuados por ese solo hecho. Pero conviene tener en cuenta que diversidad y discriminación no son conceptos coincidentes. En primer término porque, como hemos tratado de exponer, no todas las causas que habitualmente aparecen en los catálogos antidiscriminatorios son factores de diversidad. A nuestro juicio, y por las razones que ya se apuntaron, no lo son ni el sexo ni la edad ni la discapacidad, con independencia de que una empresa con más mujeres, con más discapacitados o con más trabajadores en edad próxima a la jubilación ofrezca un semblante distinto del que era habitual hace veinte o treinta años. Como también se ha dicho, tampoco son factores de diversidad las causas de discriminación conectadas al ejercicio de derechos de participación social o política (como la adscripción a un partido político o la afiliación sindical), o las que tienen su origen en la posición económica de las personas (de más reciente incorporación a los correspondientes catálogos, dicho sea de paso).

9.- Pero ha de repararse, además, en que el concepto de discriminación obliga en esencia a no tratar de manera distinta por la causa de que se trate, mientras que la diversidad entraña, en síntesis, incorporación de algo distinto, con la consiguiente necesidad de hacer un juicio acerca de su conveniencia, su aceptación o su tutela. Ambas categorías pueden confluír y confluyen con frecuencia sobre un mismo factor (la raza y la religión, por ejemplo, son claros factores de diversidad, y al mismo tiempo causas de no discriminación), y hay que recordar una vez más que el principio de

igualdad y no discriminación es una de las técnicas posibles de protección de la diversidad. Pero operan en planos distintos y con fines diferentes, aunque muchas veces sean complementarios. La mejor prueba de ello es que la diversidad puede conllevar la implantación de alguna medida especial o distinta para que quede mejor atendido el sujeto o grupo de referencia, mientras que del principio de no discriminación no cabe extraer un derecho a la diferencia. Son desde luego conceptos secantes, que se cortan o entrecruzan, pero responden a la postre a diferentes terrenos o perspectivas, aunque ambos sirvan para abordar un mismo problema: la estancia entre nosotros de quien por alguna de aquellas razones nos resulta distinto o "diverso".

Hay, por otra parte, factores de diversidad que con frecuencia se despliegan a partir de una causa de no discriminación. Es el caso de la nacionalidad, que no puede ser motivo de discriminación, al menos a determinados efectos (en el trato laboral del extranjero una vez legalmente incorporado a nuestro sistema, por ejemplo), pero que no necesariamente constituye un factor de diversidad, pues el extranjero de nuestra misma cultura no requiere ningún esfuerzo de aceptación ni medida especial alguna. Sin embargo, en la nacionalidad anidan con bastante frecuencia cuestiones de raza, etnia o religión, que inevitablemente abren las puertas al mundo de la diversidad. La aceptación de esa raza, esa etnia o esa religión sí puede ser problemática, del mismo modo que todos o algunos de esos factores crean en potencia necesidades de adaptación o tutela especial. Hasta dónde deba o pueda llegar esa tutela es asunto distinto; lo que no puede esconderse es el bagaje cultural que tales factores acarrearán, con el consiguiente impacto en la sociedad de acogida.

10.- Una tercera idea, distinta de las anteriores pero también de bastante proximidad, es la de integración social. La idea de integración va mucho más allá de la aceptación o el respeto, e incluso de la exigencia de no discriminación. Ante todo, porque la integración requiere una labor positiva o prestacional, que en hipótesis puede correr a cargo de los sujetos privados (entre ellos, las propias empresas), pero que habitualmente apunta a la intervención de los poderes públicos. La integración, por otra parte, puede centrarse en lo diverso (integración de culturas distintas a la "oficial") pero también en aquello que sin tener ese carácter reclama cierta ayuda o asistencia para salir de un estado de marginación, postración o descuido (integración social de discapacitados, por ejemplo). Al mismo tiempo, la idea de integración puede actuar como complemento a las acciones antidiscriminatorias, como se viene difundiendo en los últimos tiempos a propósito de la presencia laboral de la mujer. Curiosamente, suele hablarse aquí de "discriminación positiva", cuando en realidad debería contemplarse más bien como una actividad de inserción o integración (laboral o social), que busca una equiparación que se entiende justa y que, en buena lógica, debe ser respetuosa con el principio de no discriminación por razón de sexo.

La idea de diversidad puede rozar, en fin, con otros muchos conceptos y valores propios de una sociedad moderna y democrática. Tiene mucho que ver, desde luego, con el derecho a la libertad ideológica, de religión y de creencias, que en el plano jurídico es la auténtica raíz de lo diverso, que con frecuencia se erige en el mejor paraguas protector de quien manifiesta o practica una cultura diversa y que, por cierto, impide que nadie pueda ser obligado a declarar sobre sus opciones per-

sonales en todos y cada uno de esos delicados terrenos. En alguno de sus pliegues se sitúa, asimismo, el concepto de intimidad, pues el hecho de ser diverso, o de participar de un determinado factor de diversidad, es sin duda un dato íntimo y personal, sobre el que no hay obligación de declarar pero sobre el que, al mismo tiempo, se debe tener algún conocimiento si se quiere lograr la adecuación o protección requerida. Puede entrar en fricción, en fin, con los conceptos de ideario y de empresa de tendencia, que pueden actuar como una especie de filtro o barrera para la diversidad, en la medida en que, legítimamente, pueden pretender una mínima homogeneidad o concordancia desde el punto de vista ideológico o cultural.

11.- Siendo un concepto esencialmente cultural, la gestión y "digestión" de la diversidad corresponde de manera básica al propio desarrollo vital de la sociedad de referencia. Pero la diversidad también puede tener presencia y relevancia en el plano jurídico, como efectivamente ha venido ocurriendo. Al afectar inevitablemente a las relaciones sociales, no puede dejar de afectar, en mayor o menor medida, a las relaciones de tipo jurídico, ya sea las de carácter público o administrativo (entre los particulares y las Administraciones públicas), ya sea las de carácter privado (como son las de alcance o contenido laboral). La primera aportación jurídica al terreno de la diversidad procede precisamente del principio de igualdad y no discriminación, que rechaza el trato distinto, a todos los niveles y en todo tipo de relaciones jurídicas, por el mero hecho de ser diverso. Pero ya sabemos que los principios de igualdad y de no discriminación no son más que una parte del instrumental jurídico de atención a la diversidad. La idea de diversidad, en efecto, parece reclamar algo más que el rechazo de las actitudes o prácticas discriminatorias. Parece requerir, por decirlo de manera más explícita, un cierto espacio de juego o "reconocimiento", pues no se trata sólo de no sufrir perjuicio, sino también de poder desplegar la actividad que indisolublemente va unida a una determinada ideología, religión o creencia.

Éste es el plano verdaderamente delicado. ¿Hasta qué punto la sociedad misma, o las distintas "células" sociales, deben proceder a ese reconocimiento especial y, en su caso, a favorecer ese espacio de juego? Entre nosotros, la respuesta legal a dicho problema ha sido hasta el momento bastante escasa, casi insignificante. Tan sólo en el plano religioso, y mediante los oportunos acuerdos de cooperación entre el Estado y la jerarquía de determinadas confesiones religiosas, se ha procedido a la apertura o delimitación de los pertinentes espacios de juego, o a la acotación de las posibilidades de actuación o manifestación externa del credo de referencia. Tales acuerdos, como es sabido, han previsto, en particular, alguna regla de actuación para el ámbito concreto de las relaciones de trabajo, aunque siempre ligada al previo acuerdo entre trabajador y empresario en el caso de las confesiones minoritarias o "diversas". La confesión católica, por cierto, no parece necesitar en este contexto mayores reglas u operaciones de adaptación, en parte porque se trata de la religión más común o tradicional en España (con la consiguiente influencia en la ordenación jurídica de las relaciones sociales y, en particular, de las relaciones laborales, especialmente en materia de descansos), y en parte, dicho sea de paso, porque tampoco ha sido una confesión especialmente exigente en cuanto a prácticas, rituales o maneras de aparecer y comportarse en el concierto social.

12.- Ante esta situación de escasez normativa el papel más relevante en esa tarea de "adecuación" entre lo diverso y la sociedad, o, por decirlo mejor, de encaje de lo diverso en una ordenación social que predominantemente ha mirado a lo que es común o tradicional, queda en manos sobre todo de los órganos jurisdiccionales. De cualquier modo, nuestro bagaje jurisprudencial sobre la diversidad tampoco es especialmente abundante o llamativo; más bien cabe hablar de casos aislados o esporádicos en los que se plantea algún tipo de fricción o desajuste entre el factor de diversidad correspondiente y la pauta o regla jurídica de referencia. También hay que decir que por lo general el factor de diversidad protagonista del contencioso es la religión, que es sin duda el factor "estrella" en la jurisprudencia española sobre este tipo de cuestiones, ya sea de modo directo o frontal, ya sea de manera mediata o indirecta. Hay que apuntar asimismo que la mayor parte de los pleitos sobre diversidad han tenido lugar en la esfera pública o administrativa, esto es, en el ámbito de relaciones entre el Estado y los particulares. Y conviene precisar, en fin, que la jurisprudencia constitucional es con seguridad la que registra mayor presencia en toda esta problemática, por razones comprensibles: al fin y al cabo, los pleitos sobre "diversidad" suelen girar en torno a los derechos a la no discriminación (art.14 CE) y a la libertad ideológica y de creencias (art.16 CE).

De esa jurisprudencia, en cualquier caso, pueden extraerse algunos criterios interesantes sobre la relación entre diversidad y orden jurídico y, en particular, sobre el grado de adecuación que merecen o pueden demandar los factores de diversidad en nuestro sistema social. Cabría decir, en primer término, que la diversidad merece no sólo respeto sino también una actitud y una posición de neutralidad por parte del Estado, pero poco más. Desde esas premisas, no resulta jurídicamente admisible, por supuesto, que quien presenta algún rasgo de diversidad sufra perjuicio por ese solo hecho, pero también hay que saber que no existe en nuestro sistema un hipotético derecho a la diferencia: ni vale pedir reglas especiales por el hecho de ser distinto, como una especie de salvedad o alternativa a la regulación general, ni cabe exigir un sistema público de ayudas, ventajas o prestaciones sociales distinto para aquellos que profesan religiones, creencias o ideas distintas. En definitiva, la existencia de rasgos diversos en individuos o grupos no es motivo suficiente para romper el régimen de igualdad establecido para todos los ciudadanos; la aceptación de la diversidad, dicho de otro modo, debe hacerse compatible con el régimen común de derechos y obligaciones, sin que quede sitio para privilegios o estatutos especiales. Obviamente, todo ello se asienta sobre unas bases muy claras y rotundas: la pluralidad ideológica por una parte, y la neutralidad confesional del Estado por otra.

13.- En el ámbito más específico de la relación de trabajo las cosas son parecidas, sin perjuicio de que en este otro contexto puedan tener trascendencia algunas otras variables que pueden actuar como factor de flexibilidad o de modulación. En términos generales cabría decir que en la relación de trabajo existe un mayor margen de maniobra respecto de la diversidad, en los dos sentidos posibles: tanto para proceder a una mayor adecuación a los requerimientos de lo diverso (puesto que no existe una exigencia tan fuerte y absoluta de igualdad de trato, sólo de no discriminación), como para atender en mayor medida los intereses de la empresa (por ejemplo, para imponer o hacer posi-

ble un mayor grado de homogeneidad en la composición de la plantilla por razones de ideario). Pero de ninguna manera es un ámbito exento de problemas desde este punto de vista. Las mayores dificultades se presentan, como era de esperar, a la hora de determinar si es exigible algún grado de atención o adaptación a la diversidad (una "adecuación razonable", por utilizar la expresión al uso), así como a la hora de calibrar el grado de incidencia que en la selección y contratación de personal puede tener la defensa de determinados valores o principios por parte de la empresa. Con carácter general tampoco aquí cabe el rechazo de lo diverso, ni el trato desigual por esa sola razón, pero los espacios para la "gestión" de la diversidad, y en su caso para introducir diferencias o exigir uniformidad, son con seguridad mayores que en el ámbito público.

La jurisprudencia, como ya dijimos, es aún muy escasa y limitada en estos terrenos privados, incluido el ámbito empresarial; también lo es de momento la doctrina judicial en la materia, aunque tal vez se incremente en los próximos lustros el grado de intervención jurisdiccional, conforme vaya aumentando la diversidad cultural en la sociedad española, con el consiguiente reflejo en el mundo del trabajo. De momento, no obstante, tan sólo podemos contar, por así decirlo, con una jurisprudencia "esencial", esto es, con una jurisprudencia que proporciona orientaciones básicas pero que no ha podido adentrarse todavía en todos los intersticios o recovecos del problema, y que no ha tenido ocasión aún de perfilar el hipotético punto de equilibrio entre respeto y adecuación. Como cabe imaginar, la línea directriz en esta materia sigue teniendo su origen en la jurisprudencia constitucional, aunque también existe ya algún pronunciamiento significativo del Tribunal Supremo. A todo ello han de unirse unas cuantas resoluciones de interés dictadas en vía de suplicación, que naturalmente no constituyen jurisprudencia pero que dan pistas apreciables sobre el estado de la cuestión en sede jurisdiccional.

14.- Es claro, a fin de cuentas, que el impacto de la diversidad en nuestras relaciones sociales y, en particular, en el más peculiar y especializado ámbito de la empresa sólo cuenta en los momentos actuales con una valoración muy preliminar o aproximativa, tanto en la jurisprudencia como en la doctrina judicial o científica. Por decirlo de otro modo: las cualidades o notas distintivas de una persona (bien sea porque forman parte de su fisiología o manera de ser, bien sea porque son el fruto de previas decisiones o adscripciones "culturales") han empezado a generar ya algunos problemas de acomodación en el seno de las organizaciones productivas, pero aún no parece que se tenga una idea muy precisa, en cambio, acerca de los criterios interpretativos que deben barajarse en tales casos, ni de los valores o principios jurídicos que en esas hipótesis deben considerarse prioritarios. Es evidente que el trabajador no puede imponer a la empresa su actitud caprichosa o desmedida, y también lo es que la dirección empresarial no puede diferenciar ni perjudicar al trabajador por el mero hecho de ser portador de un rasgo cultural distinto del acostumbrado o del socialmente predominante. Pero entre un extremo y otro podrá advertirse con toda seguridad un sin fin de situaciones grises o más resbaladizas, en las que una buena ponderación entre los intereses legítimos de la empresa y la dignidad de la persona (o del trabajador como persona) parece presentarse como única operación recomendable.

En el estudio de Iván Rodríguez Cardo que sigue a continuación el lector (y el intérprete del Derecho) podrá encontrar con seguridad muchos y buenos elementos de juicio a ese respecto. En realidad, se trata de una indagación doctrinal que va más allá del puro dato de la diversidad cultural para adentrarse de lleno, y de una manera más inmediata y frontal, en la esfera personal del trabajador, siempre como eventual punto de contraste para el ejercicio de los reglamentarios poderes empresariales. La llamada "libertad estética", la apariencia física, la orientación sexual, las aficiones y los modos de vida, la situación personal y las opciones familiares, o, por supuesto, la postura ética o religiosa del trabajador, son cuestiones o circunstancias que de forma minuciosa y analítica van siendo objeto de atención a lo largo de esta valiosa y esforzada investigación, que no deja de constituir a su vez un caso bastante singular dentro de los estudios laboristas de los últimos tiempos. El asunto conecta, naturalmente, con el gran problema de los derechos fundamentales en la relación de trabajo, y más en particular con la vigencia del principio de igualdad y no discriminación en el interior de las organizaciones productivas, pero abre al mismo tiempo nuevos frentes y nuevas perspectivas en la ya clásica tarea de cohonestar debidamente los poderes del empresario y los valores de los que, como toda persona, es partícipe el trabajador.

Oviedo, diciembre de 2008

Joaquín García Murcia
Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social

I. INTRODUCCIÓN*

Los Estados modernos, y en particular los Estados sociales y de Derecho, se caracterizan por reconocer a los individuos una esfera personal de libertad sobre la que su capacidad de decisión resulta prácticamente plena. Los derechos fundamentales —especial, aunque no exclusivamente, la intimidad y las libertades ideológica y religiosa—, en relación con el libre desarrollo de la personalidad y la dignidad, garantizan que una persona pueda decidir sobre sus creencias, gustos, aficiones, etc., sin intromisiones de terceros.

Sin embargo, cuando la persona se inserta en una organización, y principalmente en una organización productiva, su capacidad de decisión sobre la esfera personal podría sufrir alguna merma, puesto que las facultades empresariales permiten al empleador organizar los recursos productivos de la forma más eficiente posible, y los trabajadores deben aceptar determinados sacrificios en beneficio de la prosperidad de la actividad patronal, porque la buena marcha del negocio no sólo redundaría en beneficio del empresario, sino que los trabajadores consiguen mejores perspectivas laborales (mayor estabilidad en el empleo, posibilidades de promoción si la empresa crece, etc.) y/o salariales (reparto de beneficios, primas por productividad, etc.).

Desde luego, es claro que el poder de dirección empresarial no atribuye a su titular derechos ilimitados, pues la condición de trabajador no puede conllevar un despojo absoluto de los derechos que legítimamente corresponden como persona, de modo que el ordenamiento garantiza un espacio reservado, cierta capacidad de decisión sobre esos aspectos íntimos o personales. En principio, el empresario está obligado a respetar esa esfera personal de sus empleados, y no se admiten injerencias en un terreno que puede repercutir en derechos que la Constitución configura como fundamentales, y les dota por tanto de una protección en grado máximo.

Sin embargo, es evidente que el poder de dirección, que se enmarca en la libertad de empresa, también reconocida constitucionalmente en el art. 38, puede colisionar con los legítimos derechos de los

*El presente trabajo se enmarca en el proyecto de investigación del MEC sobre "Igualdad y no discriminación en el empleo: las causas de discriminación laboral" (SEJ2005-08973), dirigido por Joaquín García Murcia. Trabajo cerrado a 7 de noviembre de 2008.

trabajadores, y no siempre estos deben prevalecer, porque el interés empresarial, en ciertos casos, justifica una «modalización»¹ —o sacrificio parcial— de los derechos fundamentales².

En este sentido, entre el haz de decisiones que el empresario puede adoptar se encuentran algunas que no redundan directamente en la organización de los recursos para incrementar la productividad, sino que pretenden mejorar el buen trato que merecen los usuarios o clientes, o incluso crear o potenciar la imagen de empresa o de marca, de modo que el público en general identifique la empresa y sus productos a través de concretos estímulos visuales o auditivos. En otros casos, las decisiones empresariales de esta índole buscan mejorar la convivencia en la empresa, tanto en lo relativo a las relaciones entre los trabajadores y el propio empresario, como en lo concerniente a las relaciones de los trabajadores entre sí.

En cualquier caso, no todos los trabajadores son iguales, porque en su condición de personas necesariamente presentan diferencias, y por ello, y pese al necesario respeto al principio de igualdad —mediatizado por la doctrina judicial en el ámbito privado— y, especialmente, a la prohibición de discriminaciones, puede resultar necesario que las decisiones del empresario, basadas en las facultades que le otorga el poder de dirección, no se dirijan necesariamente a todos los trabajadores, sino que en ocasiones puedan y deban atender a peculiaridades concretas de ciertos empleados, que cuentan con algún rasgo que los diferencia del resto, y por ello se puede justificar —e incluso exigir— una actuación específica.

Desde esta perspectiva, cabe distinguir la esfera personal del contexto o situación familiar, que tiene otros matices más ligados a la conciliación y, sobre todo, al cuidado de hijos menores. Aunque evidentemente las decisiones relativas a la familia se enmarcan en la vida personal del trabajador³, no es tampoco un elemento que forme parte, estrictamente, de su esfera personal y sobre la que tenga una capacidad de decisión prácticamente unilateral; es más, en estos casos la repercusión sobre el trabajo se pone de manifiesto cuando el trabajador pretende hacer valer su situación familiar, o en su caso la condición de víctima de violencia de género⁴, para modular las obligaciones propias de la relación laboral. Por consiguiente, la esfera personal está formada por un conjunto o haz de facultades de naturaleza esencialmente individual que pueden ser desarrolladas en exclusiva por una persona, y que pueden determinar la imagen o manera de ser que la persona quiere transmitir a la sociedad.

¹ Cfr. M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, *Constitución, derechos fundamentales y contrato de trabajo*, RL, nº 1-2, 1996, pág. 20.

² Vid. A. MARTÍN VALVERDE, *El ordenamiento laboral en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, RPS, nº 137, 1983, pp. 124 y ss.; A. MONTOYA MELGAR, *El poder de dirección del empresario*, REDT, nº 100, 2000, pp. 575 y ss.

³ Vid. C. MARTÍNEZ MORENO, *Vida privada y relación de trabajo. A propósito de pactar individualmente las condiciones de ejercicio de los derechos de conciliación de la vida familiar y laboral*, Tribuna Social, nº 197, 2007, pp. 17 y ss.

⁴ En general, vid. P. MENÉNDEZ SEBASTIÁN y T. VELASCO PORTERO, *La incidencia de la violencia de género en el contrato de trabajo*, Cinca, Madrid, 2006, pp. 13 y ss.

Prima facie, podría estimarse que dentro de la esfera personal pueden distinguirse factores de muy diversos tipos: genéticos (raza o etnia), culturales (indumentaria), ideológicos (creencias religiosas), fisiológicos (edad o enfermedad), etc., que provocan serias dificultades en la elaboración de una definición homogénea. Es claro, no obstante, que factores como el sexo, la raza o la discapacidad no forman parte en puridad de la esfera personal de decisión, pues el individuo carece —en principio— de disposición sobre ellos, y resulta evidente que el poder de dirección no faculta al empresario para tomar decisiones peyorativas por esas razones (son causas de discriminación directa, y el ordenamiento ha establecido numerosas garantías para el trabajador), ni puede, desde luego, imponer obligaciones de hacer o no hacer relativas a esas circunstancias, porque son inherentes a la propia persona.

Partiendo de esas premisas, el propósito principal del presente trabajo no consiste en elaborar y/o desarrollar los presupuestos dogmáticos del poder de dirección, ni de los derechos constitucionales que garantizan el mantenimiento de la individualidad en la relación de trabajo, puesto que determinadas vertientes de los derechos fundamentales son menos relevantes para la esfera personal; no en vano, la instalación de cámaras de vigilancia, la constancia del nombre del trabajador en los tickets de venta, los registros a la persona del trabajador, y muchas otras situaciones conflictivas frecuentes ante los tribunales, aunque inciden en los derechos fundamentales, se enmarcan en el espectro de facultades organizativas inherentes al poder de dirección, aunque en alguna ocasión el empresario se extralimite.

En consecuencia, el presente estudio pretende, en primer lugar, identificar las situaciones donde las facultades empresariales chocan con la esfera personal del trabajador, con actitudes, comportamientos o decisiones que pertenecen al ámbito íntimo de la persona y que constituyen una conducta no directamente relacionada con el trabajo y que en principio debería resultar completamente ajena e inmune al poder de dirección. En segundo lugar, y una vez localizados los puntos conflictivos, es menester sistematizar la doctrina judicial al respecto. Finalmente, debe proporcionarse una base teórica suficiente para afrontar los problemas futuros que estas y otras situaciones a buen seguro suscitarán.

Los escenarios de colisión entre la esfera personal del individuo y las pretensiones empresariales pueden ser variados, y entre ellos la indumentaria adquiere sustantividad propia. El empresario está legitimado, en principio, para imponer a los trabajadores una determinada vestimenta, pues su forma, color o el logotipo de la empresa que en ella se exhibe coadyuva a la consecución de los fines del negocio. Pero no conviene olvidar que esta pretensión empresarial puede contar con una intensidad y fisonomía muy diferentes.

La uniformidad no es fuente de un gran número de litigios, y en la mayor parte de supuestos la decisión empresarial es legítima; la afectación colectiva y la existencia de un interés comercial o empresarial facultan al empleador para adoptar esa medida. Las mayores dificultades exegéticas tienen lugar, en cambio, respecto de conflictos de naturaleza individual, caracterizados por la pretensión

empresarial de prohibir determinadas indumentarias o rasgos de la apariencia estética que por diversos motivos se estiman inadecuados en el marco de una prestación de servicios laboral. En este punto, las pretensiones empresariales chocan más fácilmente con los también legítimos intereses de los trabajadores, y no sólo entran en juego la libertad de empresa, el derecho a la intimidad o al libre desarrollo de la personalidad —no parece verse afectado el derecho a la propia imagen—, sino también los principios de igualdad y no discriminación, máxime cuando el empresario sanciona con distinto rigor el mismo hecho cometido por dos trabajadores diferentes. En este sentido, la uniformidad absoluta salvaguarda el principio de igualdad, mientras que a falta de uniformidad, la decisión empresarial de prohibir determinada indumentaria o ciertos rasgos de la apariencia estética sobre la base de un interés comercial o empresarial puede dar lugar a diferencias de trato —además de a una palmaria intromisión en la esfera personal— cuya razonabilidad, objetividad y proporcionalidad es necesario dilucidar.

Junto a los principios de igualdad y no discriminación, la valoración sobre la indumentaria o el aspecto estético debe integrar consideraciones relativas a la salud del propio trabajador, a la convivencia y buen ambiente con el resto del personal, a la higiene y salud públicas y, desde luego, a la prevención de riesgos laborales. Todas esas perspectivas se encuentran presentes en la doctrina judicial, que ha debido afrontar esta clase de supuestos en numerosas ocasiones.

Además del aspecto estético, la religión que profesa el trabajador puede constituir asimismo una fuente de conflictos, en la medida que los credos religiosos imponen obligaciones de muy distinto signo en relación con los momentos de descanso, con la propia indumentaria o incluso con los objetos o alimentos susceptibles de ingesta o manipulación. Aunque las creencias religiosas forman parte de la esfera personal, las exigencias propias del credo pueden repercutir en el correcto desarrollo de la prestación de servicios. Y no puede olvidarse que en muchas ocasiones los conflictos relativos a la libertad religiosa se combinan con la nacionalidad, e incluso con la pertenencia a otra etnia o raza, con la prudencia que ello exige en el ejercicio del poder de dirección y en el análisis de las conductas.

Posiblemente, el aspecto estético y las ideas religiosas constituyan dos de los puntos de colisión más evidentes entre la esfera personal y la laboral, pero existen muchas otras características o rasgos que exigen una conciliación, como puede ser la apariencia física (que no estética), porque determinados aspectos de la relación laboral, e incluso la propia contratación, pueden llegar a depender de que el trabajador sea más o menos agraciado. La obesidad, y no sólo en relación con la mera belleza, podría repercutir en el devenir ordinario de la relación laboral, así como el padecimiento de enfermedades, especialmente de aquellas que despiertan sensibilidades sociales encontradas (*v.gr.*, SIDA). Desde luego, los problemas de alcoholismo o drogadicción también dan lugar a respuestas empresariales específicas, como la propia condición de fumador, que tras la prohibición legal ya no resulta una afición aséptica. Prueba de que esas situaciones, y algunas otras, introducen particularidades en las relaciones de trabajo es su relativamente frecuente planteamiento en sede judicial.

II. LAS TENSIONES ENTRE LA LIBERTAD DE EMPRESA Y LOS DERECHOS DE LOS TRABAJADORES COMO ORIGEN DE CONTROVERSIAS

La posibilidad de que los individuos disfruten de un margen de actuación para desarrollar facetas relativas a su esfera personal constituye el núcleo duro de los derechos que se han dado en llamar fundamentales, porque su adecuada protección se ha convertido en una de las señas de identidad de las sociedades más evolucionadas. Sin embargo, la esfera personal no siempre resulta ajena a la vida laboral, y ello obliga a buscar los criterios y pautas que permitan solucionar los diferentes conflictos.

1. Principios de igualdad y no discriminación, derecho a la intimidad, a la libertad religiosa, a la dignidad y al libre desarrollo de la personalidad como garantías de la inviolabilidad de la esfera personal del trabajador

La persona, en su condición de tal, disfruta de una serie de derechos, que le son atribuidos por vías diversas. Algunos de esos derechos tienen rango constitucional, e incluso fundamental, mientras que otros constan en normas de carácter infralegal, bien sean leyes, bien sean reglamentos. Las facultades que a través de esos derechos se pueden ejercer, y la defensa frente a intromisiones externas, son diferentes en atención, precisamente, a la jerarquía del derecho en juego.

El elenco de derechos y deberes reconocidos al individuo delimitan —al menos potencialmente— el alcance de su esfera personal, es decir, el ámbito de decisión que pertenece estrictamente al titular del derecho tanto en su dimensión pasiva (prohibición frente a injerencias externas), como en su vertiente activa (ejercicio de facultades que deben ser respetadas por terceros, incluso mediante adaptación de su conducta). La esfera personal, por consiguiente, puede traducirse en una mera actitud pasiva, de reserva, que consista únicamente en la intención del individuo de conservar la privacidad en relación con sus gustos, creencias, opiniones, etc.; pero también permite desplegar una serie de facultades de gobierno, que derivan a la postre en el derecho a exteriorizar completa o parcialmente, sin sufrir perjuicio por ello e incluso condicionando conductas de terceros, una parcela inicialmente privada. De este modo, forma parte también de la esfera personal la decisión de dar o no publicidad a esos datos de carácter, en principio, íntimo.

Es claro, no obstante, que la protección que el ordenamiento dispensa a la esfera personal del individuo no resulta ilimitada, por muchas razones, y una de sus fronteras se encuentra en la relación de trabajo. En la medida en que se produzca una colisión entre intereses de diversas partes es menester ofrecer una respuesta que valore adecuadamente todas las implicaciones, y el resultado final podría conducir a restricciones para el trabajador que repercutan sobre aspectos relativos a su esfera personal.

En este sentido, y como regla general, el empresario debe mostrar una actitud de indiferencia o neutralidad respecto de las opciones o decisiones del trabajador que se enmarcan en su esfera personal, pues «deben entenderse ilícitas aquellas prácticas empresariales que irrumpen en la vida privada del trabajador sin que pretendan una valoración de la aptitud profesional de aquel»⁵; ahora bien, cuando esas opciones o decisiones resultan incompatibles con el interés empresarial o comercial, el trabajador sufre una modulación, más o menos intensa, de sus derechos, porque la colisión de los derechos individuales con la libertad de empresa —que ha llegado a ser calificada como derecho fundamental⁶— no siempre debe resolverse a favor de los primeros.

En cualquier caso, las facultades empresariales resultan muy mediatizadas por el hecho de que la construcción, desarrollo y protección de la esfera personal del trabajador se articula principalmente a través de derechos de rango constitucional, y que en buena medida disfrutan de la tutela de más alto grado en su condición de derechos fundamentales, por lo que su limitación exige la adecuada demostración de una legítima razón empresarial.

El derecho a la intimidad, y en particular el derecho a la intimidad personal —que no exactamente a la intimidad corporal⁷—, reconocido en el art. 18.1 CE, y desarrollado en la LO 1/1982, de 5 de mayo, constituye el principal punto de referencia, pues la tutela de la vertiente pasiva de la esfera personal descansa sustancialmente sobre este derecho, aunque «intimidad» y «vida privada» son conceptos diferentes⁸. El derecho a la intimidad permite al trabajador disfrutar de un ámbito privado libre de «intromisiones ilegítimas»⁹, incluidas las que provienen del empresario. No en vano, el derecho a la

⁵ Cfr. A.P. BAYLOS GRAU, "En torno al Estatuto de los Trabajadores: la prohibición de inquirir sobre la ideología, creencias y vida privada del trabajador", en AA.VV., *Lecciones de Derecho del Trabajo en homenaje a los profesores Bayón Chacón y Del Peso y Calvo*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1980, pág. 333.

⁶ Vid. J.A. SAGARDOY BENGOCHEA y J.L. GIL Y GIL, "Los derechos constitucionales del empresario", en A.V. SEMPERE NAVARRO (Dir.), *El modelo social en la Constitución española de 1978*, MTAS, Madrid, 2003, pp. 363-364; M. ARAGÓN REYES, "El contenido esencial del derecho constitucional a la libertad de empresa", en F. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL (Dir.), *Libertad de empresa y relaciones laborales en España*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 2005, pp. 23 y ss.

⁷ Sobre la diferencia entre una y otra, vid. STC 196/2004, de 15 de noviembre.

⁸ Vid. R. SERRANO OLIVARES, *El derecho a la intimidad como derecho de autonomía personal en la relación laboral*, REDT, nº 103, 2001, pág. 100.

⁹ El art. 7 LO 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, califica como tales «Uno. El emplazamiento en cualquier lugar de aparatos de escucha, de filmación, de dispositivos ópticos o de cualquier otro medio apto para grabar o reproducir la vida íntima de las personas. Dos. La utilización de aparatos de escucha, dispositivos ópticos, o de cualquier otro medio para el conocimiento de la vida íntima de las personas o de manifestaciones o cartas privadas no destinadas a quien haga uso de tales medios, así como su grabación, registro o reproducción. Tres. La divulgación de hechos relativos a la vida privada de una persona o familia que afecten a su reputación y buen nombre, así como la revelación o publicación del contenido de cartas, memorias u otros escritos personales de carácter íntimo. Cuatro. La revelación de datos privados de una persona o familia conocidos a través de la actividad profesional u oficial de quien los revela. Cinco. La captación, reproducción o publicación por fotografía, filme, o cualquier otro procedimiento, de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos, salvo los casos previstos en el artículo octavo, dos. Seis. La utilización del nombre, de la voz o de la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga. Siete. La imputación de hechos o la manifestación de juicios de valor a través de acciones o expresiones que de cualquier modo lesionen la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación».

intimidad, que se encuentra «estrictamente vinculado a la propia personalidad», constituye una «derivación de la dignidad de la persona que reconoce el art. 10 CE», e implica "la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana»¹⁰.

El derecho a la intimidad personal puede también contar con una vertiente activa, en el sentido antes aludido, que se traduce en facultades de gobierno o de control de esas facetas en principio íntimas, de modo que «la garantía de la intimidad adopta hoy un entendimiento positivo que se traduce en un derecho de control sobre los datos relativos a la propia persona»¹¹. Podría resultar dudoso que el art. 18.1 CE, en sí mismo, garantice esa dimensión activa del derecho, pero los derechos fundamentales no pueden interpretarse de forma aislada, sino en relación con el art. 10 CE («La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la Ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social»). A la postre, el Título I de la Constitución, y en él se enmarcan los derechos fundamentales, comienza precisamente por dicho precepto¹².

Ese art. 10 CE califica como «fundamento del orden político y de la paz social» el libre desarrollo de la personalidad. Posiblemente, pueda llegarse a la conclusión de que el derecho al libre desarrollo de la personalidad carece de entidad en sí mismo considerado, pues tal ha sido la posición del Tribunal Constitucional, seguida por el Tribunal Supremo¹³, relacionando la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad, que no son, a su juicio, derechos fundamentales susceptibles de protección autónoma, «con independencia de que puedan servir de criterio de interpretación de los derechos fundamentales y libertades públicas»¹⁴.

Sin embargo, conviene recordar que «nuestra Constitución ha elevado también a valor jurídico fundamental la dignidad de la persona, que, sin perjuicio de los derechos que le son inherentes, se halla íntimamente vinculada con el libre desarrollo de la personalidad (art. 10) y los derechos a la integri-

¹⁰ Cfr. SSTC 98/2000, de 10 de abril, y 186/2000, de 10 de julio.

¹¹ Cfr. STC 202/1999, de 8 de noviembre, en relación con la creación por parte del empresario de un fichero donde constaban las bajas médicas de los trabajadores (con su diagnóstico). Un comentario a la misma por A. MONTOYA MELGAR, "Ficheros de datos automatizados sobre la salud del trabajador y derechos a la intimidad y la libertad informática", en M. ALONSO OLEA y A. MONTOYA MELGAR (Dir.), *Jurisprudencia constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*. Tomo XVII (1999), Civitas, Madrid, 2000, pp. 300.

¹² Vid. M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, *Poder de dirección y derecho contractual*, RL, nº 19-20, 2005, pp. 22 y ss.; S. DEL REY GUANTER, *Derechos fundamentales de la persona y contrato de trabajo: notas para una teoría general*, RL, Tomo I, 1995, pp. 181 y ss.; A. MARZAL, "Intimidad y trabajo", en M. NEBRERA (Coord.), *Intimidad y seguridad*, ISEGS, Barcelona, 2001, pp. 119 y ss.; F. DE VICENTE PACHÉS, *El derecho del trabajador al respeto de su intimidad*, CES, Madrid, 1998, pp. 85 y ss.

¹³ Cfr. STS de 22-11-2007 (rcud. 3907/2006).

¹⁴ Cfr. STC 64/1986, de 21 de mayo.

dad física y moral (art. 15), a la libertad de ideas y creencias (art. 16), al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (art. 18.1). Del sentido de estos preceptos puede deducirse que la dignidad es un valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respecto por parte de los demás»¹⁵.

Desde esa perspectiva, si la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad se integran en el contenido de los derechos fundamentales —pues son «la base de nuestro sistema de derechos fundamentales»¹⁶—, el derecho a la intimidad no queda constreñido a su vertiente pasiva, sino que goza también de esa dimensión activa que habilita a su titular a mostrar a los demás ámbitos pertenecientes en principio a su esfera personal¹⁷, derecho reforzado, en función de cómo se articule, por la libertad de expresión constitucionalmente reconocida en el art. 20 CE. Y por consiguiente, la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad actúan como límites al poder de dirección empresarial¹⁸.

Intensamente vinculado con los derechos a la intimidad y a la libertad de expresión se encuentra también el derecho fundamental —o los derechos fundamentales, en aras a la precisión técnica— a la «libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades», con consagración constitucional en el art. 16 CE. Su repercusión sobre la esfera personal del individuo resulta palmaria, pero a diferencia de otros derechos fundamentales el art. 16 CE tiene un contenido ambivalente, en la medida que puede ser alegado no sólo por el trabajador con el propósito de que sus derechos sean respetados, sino también por el empresario con un objetivo contrario. En efecto, y como es bien sabido, las denominadas empresas ideológicas o de tendencia se caracterizan por propugnar un determinado ideario, en ocasiones de contenido religioso; tales directrices han sido consideradas como legítima razón empresarial para adoptar decisiones perjudiciales basadas en la incompatibilidad de la esfera personal del individuo con los principios defendidos por el empleador, como se verá posteriormente¹⁹.

El ya mencionado derecho a la libertad de expresión (art. 20 CE), así como los derechos de reunión (art. 21) y asociación (art. 22 CE), resultan también de interés desde esta perspectiva. Desde luego, si tales derechos, y en particular el primero de ellos, se utilizan con el fin de criticar o atacar al empleador, tal conducta no pertenece a la esfera personal del trabajador, sino que debe ser valorada desde los parámetros ordinarios como comportamiento susceptible de afectar la dinámica normal de

¹⁵ Cfr. STC 53/1985, de 11 de abril.

¹⁶ Cfr. STC 212/2005, de 21 de julio.

¹⁷ Vid. M.F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, "La intimidad del trabajador y su tutela en el contrato de trabajo", en M.E. CASAS BAA-MONDE, F. DURÁN LÓPEZ y J. CRUZ VILLALÓN (Coord.), *Las transformaciones del Derecho del Trabajo en el marco de la Constitución Española*, La Ley, Madrid, 2006, pp. 622 y ss.

¹⁸ Vid. L. PACHECO ZERGA, *La dignidad humana en el Derecho del Trabajo*, Civitas, Madrid, 2007, pp. 71 y ss.

¹⁹ II.2 y V.1.

la prestación de servicios o a los intereses empresariales²⁰. Por el contrario, si tales derechos se ejercitan sin alusión ni vinculación con la relación laboral, el empleador no tiene facultades para modular o mediatizar la voluntad del trabajador, a salvo de que exista un interés empresarial legítimo de gran entidad²¹.

Junto a esos derechos, y en ocasiones integrados en los mismos, el empleador debe asimismo respetar las exigencias derivadas de los principios de igualdad y no discriminación, en la medida que el art. 14 CE afirma que «los españoles son iguales ante la Ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social». Aunque se abundará en ello posteriormente²², algunas de esas causas de discriminación no pertenecen estrictamente a la esfera personal (*v.gr.*, *sexo, raza e incluso discapacidad*), pues sobre esos factores —y prescindiendo en este momento de la transexualidad²³— la persona carece de capacidad de actuación, y difícilmente son circunstancias sobre las que se pueda exigir una privacidad absoluta por pertenecer al ámbito íntimo o privado: tanto el sexo como la raza provienen de factores genéticos y son apreciables a simple vista, de modo que el ordenamiento reconoce una tutela fundamentalmente en su vertiente pasiva, prohibiendo explícitamente todo perjuicio basado en esas razones.

En cambio, la religión y, en general, multitud de circunstancias o condiciones personales o sociales que pueden encajar en la cláusula abierta del art. 14 CE, entroncan directamente con la esfera personal de actuación, y exigen una delimitación precisa del alcance de las facultades empresariales, pues aunque el principio de igualdad de trato no actúe con la misma intensidad en el ámbito privado que en el público²⁴, muchas decisiones basadas en argumentos de carácter económico provocan consecuencias negativas en uno de los colectivos que explícitamente deben recibir un trato libre de discriminaciones²⁵.

Lógicamente, no pertenecen a la esfera personal en sentido estricto, aunque repercuten en la relación laboral, los derechos de sindicación y huelga (art. 28 CE), porque aunque ambos son derechos de titularidad individual, que permiten al trabajador decidir si quiere o no ejercerlos (en el bien entendido de que el ejercicio tiene una dimensión colectiva), solamente adquieren verdadero significado desde la perspectiva de la relación de trabajo, son derechos nítidamente laborales, y por tanto

²⁰ Vid. SSTC 88/1985, de 19 de julio, 6/1988, de 21 de enero, 186/1996, de 25 de noviembre, y 6/1995, de 10 de enero.

²¹ Vid. M. ALONSO OLEA, *Jurisprudencia constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social. Tomo III (1985)*, Civitas, Madrid, 1986, pp. 151 y ss.

²² VIII.

²³ VII.2.

²⁴ Vid. STC 34/1984, de 9 de marzo.

²⁵ Vid. M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER y M.F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, *Igualdad y no discriminación*, Tecnos, Madrid, 1986, pp. 15 y ss.

no susceptibles de inclusión entre los que pueden configurar una esfera personal independiente de la vertiente profesional. En palabras de la jurisprudencia constitucional, «los hechos referidos a las relaciones sociales y profesionales en que el trabajador desempeña su actividad no se integran, en principio, en la esfera privada de la persona»²⁶.

2. La colisión de las opciones personales con las facultades organizativas del empresario: derechos fundamentales vs. libertad de empresa desde la perspectiva del Tribunal Constitucional

La esfera personal del trabajador —que incluye tanto la «vida privada» como la más amplia "vida personal», tal y como dichos conceptos se han desarrollado en el ordenamiento francés²⁷— se construye principalmente al amparo de las facultades que una persona puede ejercitar gracias a la titularidad de determinados derechos, muchos de ellos catalogados como fundamentales por el texto constitucional. Sin embargo, los derechos fundamentales —tanto los propiamente laborales como los que se han dado en llamar «inespecíficos»²⁸— no son derechos absolutos, sino que deben limitarse para garantizar el respeto a los derechos ajenos. En particular, cuando el titular de tales derechos se inserta en una organización productiva como trabajador, la ley reconoce al empresario un poder de dirección, un «conjunto de facultades que definen la posición del empresario en la relación laboral»²⁹, en la medida que «el trabajador estará obligado a realizar el trabajo convenido bajo la dirección del empresario o persona en quien este delegue» (art. 20.1 ET), y que «en el cumplimiento de la obligación de trabajar asumida en el contrato, el trabajador debe al empresario la diligencia y la colaboración en el trabajo que marquen las disposiciones legales, los convenios colectivos y las órdenes o instrucciones adoptadas por aquél en el ejercicio regular de sus facultades de dirección y, en su defecto, por los usos y costumbres. En cualquier caso, el trabajador y el empresario se someterán en sus prestaciones recíprocas a las exigencias de la buena fe» (art. 20.2 ET).

El poder de dirección, que nació con una vocación limitada a su vertiente «directamente organizacional»³⁰, es decir, ligada a la prestación de servicios³¹, debió modificar su fisonomía para adaptarse a las nuevas realidades, de modo que no sólo permite controlar la actividad netamente laboral del tra-

²⁶ Cfr. SSTC 98/2000, de 10 de abril, y 196/2004, de 15 de diciembre.

²⁷ Vid. P. AUVERGNON, *Poder de dirección y respeto a la persona asalariada*, RL, nº 19-20, 2005, pp. 36 y ss.

²⁸ Vid. M.C. PALOMEQUE LÓPEZ, "Derechos fundamentales generales y relación laboral: los derechos fundamentales inespecíficos", en A.V. SEMPERE NAVARRO (Dir.), *El modelo social en la Constitución española de 1978*, MTAS, Madrid, 2003, pp. 229 y ss.

²⁹ Cfr. F. VALDÉS DAL-RE, *Poderes del empresario y derechos de la persona del trabajador*, RL, nº 8, 1990, pág. 11.

³⁰ Cfr. M. LUQUE PARRA, *Los límites jurídicos de los poderes empresariales en la relación laboral*, Bosch, Barcelona, 1999, pág. 36.

³¹ Vid. A. MONTOYA MELGAR, *El poder de dirección del empresario*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1965, pp. 36 y ss.

bajador, sino que también puede llegar a condicionar conductas en principio ajenas a la relación de trabajo, pero que en alguna medida repercuten en los intereses empresariales. En este sentido, el art. 69.2 de la Ley de Contrato de Trabajo de 1944 ya dejaba claro que «las advertencias (del empresario) acerca de la conducta del trabajador fuera del trabajo no tendrán efectividad más que en lo que pueda afectar a éste o al buen orden y moralidad de la casa del empresario, si el obrero habitara en ella». De todo ello se deduce que «la posición jurídica activa del empleador afecta a la esfera privada y personal del trabajador dado que en la dinámica contractual se insertan facultades de vigilancia y control del empresario, connaturales a la estructura del contrato y a la configuración jurídica de la prestación de trabajo»³².

En ese contexto, el poder de dirección puede entrar en franca confrontación con la esfera personal del trabajador, y, por ende, también con determinados derechos fundamentales, que se "interiorizan" en el contrato de trabajo³³. El poder de dirección y los derechos fundamentales actúan como límites recíprocos, lo que explica que el alcance de tales derechos en el marco de la relación de trabajo, y en particular las necesarias modulaciones que se requieren para respetar los legítimos intereses empresariales, hayan sido objeto de frecuente conocimiento por parte del TC, que en una rica doctrina ha perfilado las fronteras de unos y otros. Aunque no es éste el lugar para desarrollar desde un plano teórico las restricciones recíprocas entre el poder de dirección y los derechos fundamentales en el marco de la relación laboral, conviene esbozar las líneas maestras de la jurisprudencia constitucional en esta materia.

Como premisa inicial, y en ausencia de una norma que haya precisado el alcance de esta clase de derechos en el contexto del contrato de trabajo³⁴, el TC «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. En consecuencia, y como también ha afirmado este Tribunal, 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 arts. 38 y 33 CE y que impone, según los supuestos, la necesaria adaptabilidad para el ejercicio de todos ellos, perspectiva ésta desde la que deben valorarse las específicas limi-

³² Cfr. M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, *Intimidación del trabajador y contrato de trabajo*, RL, nº 8, 2004, pág. 2.

³³ Vid. M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, "La integración de los derechos fundamentales en el contrato de trabajo", en A.V. SEMPERE NAVARRO (Dir.), *El modelo social en la Constitución española de 1978*, MTAS, Madrid, 2003, pág. 214.

³⁴ Vid. A. PEDRAJAS MORENO, *Los derechos fundamentales de la persona del trabajador y los poderes empresariales: la Constitución como marco y como límite de su ejercicio*, AL, nº 4, 2000, pp. 56 y ss.; F. DE VICENTE PACHÉS, "Las facultades empresariales de vigilancia y control en las relaciones de trabajo: concepto y fundamento. Una primera aproximación a las diversas formas de control empresarial", en J.I. GARCÍA NINET (Dir.), *El control empresarial*, CISS, Valencia, 2005, pp. 26 y ss.

taciones que a los derechos fundamentales les pueda imponer el propio desarrollo de la relación laboral»³⁵. En efecto, los derechos fundamentales han evolucionado desde su inicial eficacia meramente vertical —exigibles frente a los poderes públicos— hacia una eficacia también horizontal (*Drittwirkung*, en expresión germana), de modo que pueden ser invocados frente a sujetos privados.

Desde esta perspectiva, los derechos fundamentales «no constituyen por sí mismos ilimitadas cláusulas de excepción que justifiquen el incumplimiento por parte del trabajador de sus deberes laborales»³⁶, del mismo modo que «el contrato de trabajo no puede considerarse como un título legitimador de recortes en el ejercicio de los derechos fundamentales que incumben al trabajador como ciudadano, que no pierde su condición de tal por insertarse en el ámbito de una organización privada», si bien «la inserción en la organización ajena modula aquellos derechos, en la medida estrictamente imprescindible para el correcto y ordenado desenvolvimiento de la actividad productiva reflejo, a su vez, de derechos que han recibido consagración en el texto de nuestra norma fundamental (arts. 38 y 33 CE)»³⁷.

De ahí que ni el derecho a la intimidad, ni ningún otro derecho fundamental —excepto seguramente el derecho a no ser torturado (art. 15 CE)³⁸— otorgue unas facultades ilimitadas, en la medida que todos ellos deben «ceder ante intereses constitucionalmente relevantes, siempre que el recorte que aquel haya de experimentar se revele como necesario para lograr el fin legítimo previsto, proporcionado para alcanzarlo y, en todo caso, sea respetuoso con el contenido esencial del derecho»³⁹. No en vano, «las organizaciones empresariales no forman mundos separados y estancos del resto de la sociedad, ni la libertad de empresa que establece el art. 38 del Texto constitucional legitima que quienes prestan servicios en aquellas, por cuenta y bajo la dependencia de sus titulares, deban soportar despojos transitorios o limitaciones injustificadas de sus derechos fundamentales y libertades públicas, que tienen un valor central en el sistema jurídico constitucional. Las manifestaciones de “feudalismo industrial” repugnan al Estado social y democrático de Derecho y a los valores superiores de libertad, justicia e igualdad a través de los cuales ese Estado toma forma y se realiza (art. 1.1 CE; STC 88/1985, de 19 de julio, FJ 2). La efectividad de los derechos fundamentales del trabajador en el ámbito de las relaciones laborales debe ser compatible, por tanto, con el cuadro de límites recíprocos que pueden surgir entre aquellos y las facultades empresariales, las cuales son también expresión de derechos constitucionales reconocidos en los arts. 33 y 38 CE. Por esa razón es necesario modular, según los casos, el ejercicio de todos ellos»⁴⁰.

³⁵ Cfr. STC 98/2000, de 10 de abril. También, entre otras, STC 90/1997, de 6 de mayo.

³⁶ Cfr. STC 129/1989, de 17 de julio.

³⁷ Cfr. STC 99/1994, de 11 de abril.

³⁸ Vid. STC 57/1994, de 28 de febrero.

³⁹ Cfr. STC 186/2000, de 10 de julio.

⁴⁰ Vid. STC 151/2004, de 20 de septiembre.

Lógicamente, tampoco las facultades empresariales se encuentran libres de las pertinentes restricciones cuando colisionan con un derecho fundamental; en realidad, las limitaciones del poder empresarial son más intensas, precisamente por la jerarquía del derecho del trabajador que entra en juego. En consecuencia, «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»⁴¹.

En esta operación es menester respetar «el necesario equilibrio entre las obligaciones dimanantes del contrato para el trabajador y el ámbito —modulado por el contrato, pero en todo caso subsistente— de su libertad constitucional, pues, dada la posición preeminente de los derechos fundamentales en nuestro ordenamiento, esa modulación sólo deberá producirse en la medida estrictamente imprescindible para el correcto y ordenado respeto de los derechos fundamentales del trabajador y, muy especialmente, del derecho a la intimidad personal que protege el art. 18.1 CE, teniendo siempre presente el principio de proporcionalidad». De este modo, «la constitucionalidad de cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales viene determinada por la estricta observancia del principio de proporcionalidad»⁴², puesto que «si existen otras posibilidades de satisfacer dicho interés menos agresivas y afectantes del derecho en cuestión, habrá que emplear estas últimas y no aquellas otras más agresivas y afectantes»⁴³.

Mención especial merecen las empresas ideológicas o de tendencia, sobre las que el TC se ha manifestado en varias ocasiones con el fin de delimitar sus caracteres y posibilidades de actuación, si bien ha recordado que «nuestro ordenamiento carece de una legislación expresa que a las mismas se refiera y, por lo tanto, no existe una delimitación *a priori* de este tipo de empresas», aunque un hospital religioso —a diferencia de un centro educativo— no puede incluirse en esa categoría⁴⁴. Sin perjuicio de abundar más extensamente sobre las facultades de esta clase de empleador posteriormente⁴⁵, conviene precisar que algunos de los conflictos que están en el origen de la doctrina sobre estas entidades parten de un problema netamente laboral o profesional —ataque al ideario del centro, o expresiones que pueden considerarse inadecuadas en el entorno concreto⁴⁶—, y no de situaciones vinculadas a opciones o decisiones personales del trabajador.

⁴¹ Cfr. STC 181/2006, de 19 de junio.

⁴² Cfr. STC 186/2000, de 10 de junio, que continúa su argumentación exponiendo que, «a los efectos que aquí importan, basta con recordar que —como sintetizan las SSTC 66/1995, de 8 de mayo, FJ 5º; 55/1996, de 28 de marzo, FJ 6º, 7º, 8º y 9º; 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 4º, y 37/1998, de 17 de febrero, FJ 8º— 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)».

⁴³ Cfr. STC 98/2000, de 10 de abril.

⁴⁴ Cfr. STC 106/1996, de 12 de junio.

⁴⁵ V.1.

⁴⁶ Vid. STC 106/1996, de 12 de junio.

En principio, la prestación de servicios para una empresa de tendencia, y en particular para un centro docente religioso, que son los que plantean litigios más frecuentemente, no exige que el trabajador comparta los postulados del empleador, porque en virtud de la libertad de pensamiento⁴⁷ «la existencia de un ideario, conocida por el profesor al incorporarse libremente el centro o libremente aceptada cuando el centro se dota de tal ideario después de esa incorporación no le obliga, como es evidente, ni a convertirse en apologista del mismo, ni a transformar su enseñanza en propaganda o adoctrinamiento, ni a subordinar a ese ideario las exigencias que el rigor científico impone a su labor. El profesor es libre como profesor, en el ejercicio de su actividad específica. Su libertad es, sin embargo, libertad en el puesto docente que ocupa, es decir, en un determinado centro y ha de ser compatible por tanto con la libertad del centro, del que forma parte el ideario. La libertad del profesor no le faculta por tanto para dirigir ataques abiertos o solapados contra ese ideario, sino sólo para desarrollar su actividad en los términos que juzgue más adecuados y que, con arreglo a un criterio serio y objetivo no resulten contrarios a aquél. La virtualidad limitante del ideario será sin duda mayor en lo que se refiere a los aspectos propiamente educativos o formativos de la enseñanza, y menor en lo que toca a la simple transmisión de conocimientos, terreno en el que las propias exigencias de la enseñanza dejan muy estrecho margen a las diferencias de idearios»⁴⁸.

En consecuencia, el TC parece sostener que ni la contratación ni el mantenimiento de la relación contractual pueden supeditarse a que el trabajador profese o comparta el ideario, pues el trabajador está obligado a respetarlo, pero no a adherirse ideológicamente⁴⁹. Una eventual sanción o cualquier represalia basada exclusivamente en una forma de pensar discrepante, sin ataque al ideario, parece contraria a la Constitución —pese a que se ha llegado a despedir a un profesor de educación física por «no sentir la llamada de Cristo»⁵⁰—, pues, como ha señalado el TC, la extinción contractual fundada en un pensamiento diferente debe considerarse contraria a la libertad ideológica y, por consiguiente, nula por discriminatoria⁵¹.

⁴⁷ Vid. J. APARICIO TOVAR, "Relación de trabajo y libertad de pensamiento en las empresas ideológicas", en AA.VV., *Lecciones de Derecho del Trabajo en homenaje a los profesores Bayón Chacón y Del Peso y Calvo*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1980, pp. 269 y ss.

⁴⁸ Cfr. STC 5/1981, de 13 de febrero. También, STC 77/1985, de 27 de junio.

⁴⁹ Vid. J. APARICIO TOVAR, "Empresas ideológicas y derechos fundamentales del trabajador", en J. APARICIO TOVAR y A. BAYLOS GRAU, *Autoridad y democracia en la empresa*, Trotta, Madrid, 1992, pp. 91-93; A. MONTOYA MELGAR, "La frontera entre libertad de expresión del trabajador y ofensas al empresario: y la posible vulneración por aquél de derechos fundamentales de éste", en M. ALONSO OLEA y A. MONTOYA MELGAR (Dir.), *Jurisprudencia constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social. Tomo XIV (1996)*, Civitas, Madrid, 1997, pp. 192 y ss.

⁵⁰ La decisión, tomada por un centro educativo religioso adscrito a la Universidad de Granada, ha tenido una amplia repercusión mediática. La noticia puede consultarse, por ejemplo, en la siguiente dirección: http://www.elpais.com/articulo/sociedad/facultad/despide/profesor/sentir/llamada/Cristo/elpepusoc/20071005elpepusoc_3/Tes.

⁵¹ Vid. STC 47/1985, de 27 de marzo.

Sin embargo, el Tribunal ha advertido, en relación con el comportamiento extralaboral, que «las actividades o la conducta lícita de los profesores al margen de su función docente en un centro dotado de ideario propio pueden ser eventualmente consideradas por el titular de éste como una violación de su obligación de respetar tal ideario o, dicho de otro modo, como una actuación en exceso del ámbito de libertad de enseñanza que la LOECE (artículo 15) les otorga y, en consecuencia, como un motivo suficiente para romper la relación contractual entre el profesor y el centro. Sólo la jurisdicción competente y también, en último término, este mismo Tribunal a través del recurso de amparo, podrán resolver los conflictos que así se produzcan, pues aunque ciertamente la relación de servicio entre el profesor y el centro no se extiende en principio a las actividades que al margen de ella lleve a cabo, la posible notoriedad y la naturaleza de estas actividades, e incluso su intencionalidad, puedan hacer de ellas parte importante e incluso decisiva de la labor educativa que le está encomendada»⁵².

Desde luego, la distinción entre actividades «ideológicas» —más intensamente sujetas al ideario— y actividades «neutras» —menos vinculadas al mismo porque quienes las realizan no tienen como misión promocionar tales creencias— resulta un dato determinante, puesto que no cabe invocar el ideario respecto de los «trabajadores neutros», cuyos deberes de fidelidad y buena fe siguen los mismos parámetros que rigen las relaciones de cualquier trabajador con un empleador ordinario⁵³.

3. Métodos de indagación sobre la esfera personal del trabajador: la forma de averiguación como injerencia prohibida

El deseo de organizar de la manera más eficiente posible la actividad productiva puede suscitar en el empleador un interés —empresarialmente comprensible— en conocer determinados aspectos pertenecientes a la esfera personal de sus trabajadores, pero que a su juicio pueden repercutir en la dedicación o implicación, y en definitiva en el rendimiento, y que por ello pueden condicionar el acceso o la conservación del empleo. En esta clase de supuestos, el problema jurídico no siempre consiste en la colisión entre el poder de dirección y la esfera personal, sino en los medios que el empresario utiliza para detectar conductas extralaborales presumiblemente incompatibles con sus intereses.

Conviene recordar, en primer lugar, que el art. 20.3 ET faculta al empresario para «adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, guardando en su adopción y aplicación la consideración debida a su dignidad humana y teniendo en cuenta la capacidad real de los trabajadores disminuidos, en su caso». Y en segundo lugar, que el apartado 4 de ese mismo art. 20 ET permite al empresario «verificar el estado de enfermedad o accidente del trabajador que sea alegado por este para

⁵² Cfr. STC 5/1981, de 13 de febrero.

⁵³ Vid. STC 106/1996, de 12 de junio.

justificar sus faltas de asistencia al trabajo, mediante reconocimiento a cargo de personal médico», precisando que «la negativa del trabajador a dichos reconocimientos podrá determinar la suspensión de los derechos económicos que pudieran existir a cargo del empresario por dichas situaciones»⁵⁴.

Atendiendo a una interpretación literal, el art. 20 ET parece limitar la utilización de estos medios de control y vigilancia al ámbito estrictamente laboral, pues el objetivo consiste en comprobar «el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales»; y esa conclusión resulta corroborada por el art. 18 ET, en cuya virtud «sólo podrán realizarse registros sobre la persona del trabajador, en sus taquillas y efectos particulares, cuando sean necesarios para la protección del patrimonio empresarial y del de los demás trabajadores de la empresa, dentro del centro de trabajo y en horas de trabajo»⁵⁵. Sin embargo, los avances tecnológicos han propiciado que los mecanismos de control aumenten exponencialmente su potencial lesivo respecto de los derechos del trabajador, y en particular la afectación al derecho a la intimidad ha sido objeto de litigios frecuentes.

En efecto, el Tribunal Constitucional ha precisado el alcance de las facultades empresariales de control y vigilancia en relación con la utilización de cámaras de video⁵⁶ o micrófonos⁵⁷, cuyo válido ejercicio está supeditado a la acreditación de un interés empresarial legítimo y al respeto al principio de proporcionalidad —no cabe un «exceso en el control»⁵⁸ o una «invasión excesiva del ámbito personal del trabajador»⁵⁹—, si bien se trata de una cuestión ajena a la esfera personal en sentido estricto, al igual que los registros «sobre la persona del trabajador, en sus taquillas y efectos particulares» (art. 18 ET). Aunque no ha llegado al TC, los tribunales ordinarios sí han debido afrontar el alcance del poder de control y vigilancia en relación con los medios empresariales que el trabajador utiliza para su prestación de servicios (y en particular el ordenador).

En este momento, el propósito no consiste en determinar las condiciones de utilización de los medios empresariales con fines personales, que será objeto de tratamiento más adelante⁶⁰, ni,

⁵⁴ El control del absentismo laboral por enfermedad no sólo genera problemas en el ordenamiento español. Específicamente sobre la situación en Italia, vid. M. TATARELLI, *I poteri del datore di lavoro privato e pubblico*, Cedam, Pádova, 1996, pp. 123 y ss.

⁵⁵ Vid. C. MOLERO MANGLANO, *Inviolabilidad de la persona del trabajador*, REDT, nº 100, 2000, pp. 543 y ss.; J.I. GARCÍA NINET, "De los registros del trabajador y del respeto máximo a la dignidad e intimidad de éste", en J.I. GARCÍA NINET (Dir.), *El control empresarial*, CISS, Valencia, 2005, pp. 181 y ss.

⁵⁶ Vid. STC 186/2000, de 10 de julio.

⁵⁷ Vid. STC 98/2000, de 10 de abril.

⁵⁸ Cfr. S. DEL REY GUANTER, "Los límites del control por el empresario en el centro de trabajo mediante mecanismo auditivos", en M. ALONSO OLEA y A. MONTOYA MELGAR (Dir.), *Jurisprudencia constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social. Tomo XVIII (2000)*, Civitas, Madrid, 2001, pág. 198.

⁵⁹ Cfr. A. MONTOYA MELGAR, "Control del trabajador desleal y alcance del derecho de éste a la intimidad", en M. ALONSO OLEA y A. MONTOYA MELGAR (Dir.), *Jurisprudencia constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social. Tomo XVIII (2000)*, Civitas, Madrid, 2001, pág. 317.

⁶⁰ VI.5.

desde luego, en delimitar el alcance de las facultades de control y vigilancia en el contexto de la relación laboral —sea de un trabajador que no presta servicios en el entorno directo del empresario, sea de un representante de los trabajadores en lo relativo al correcto uso de su crédito horario—, pretensión que excede del propósito de este trabajo⁶¹. En cambio, sí tiene interés a estos efectos el modo de ejercicio de ese poder de control y vigilancia que afecte a la esfera personal del individuo, a circunstancias que deberían encontrarse al margen del alcance del poder de dirección.

Las intromisiones empresariales podrían clasificarse en cuatro grandes bloques de situaciones, que cuentan con una intensidad distinta. El primero de esos bloques consistiría en las pesquisas directas del empleador —o de un tercero, como una agencia de selección— a través de cuestiones formuladas al trabajador, bien sea en la fase de contratación, bien sea en un momento ulterior. El segundo bloque podría estar formado por los resultados de los informes médicos que deriven de los reconocimientos periódicos que el empresario debe ofrecer —y en su caso efectuar— a sus trabajadores con motivo de la obligación de vigilancia de la salud impuesta por la normativa de prevención de riesgos laborales⁶². El tercero de esos bloques se relaciona con la forma de controlar el contenido de los medios empresariales puestos a disposición de los trabajadores (ordenador, teléfonos fijo y móvil, etc.). Finalmente, el último bloque de conductas potencialmente lesivas de la esfera personal tiene lugar cuando el empleador contrata un detective privado para averiguar la conducta extralaboral del trabajador, situación muy frecuente en situaciones de baja médica por enfermedad o accidente.

Sin perjuicio de que se abundará sobre alguna de esas situaciones con posterioridad, comenzando por el primero de los bloques, es claro que, a salvo de interés empresarial legítimo y fehacientemente probado, el derecho a la intimidad ampara al trabajador para no responder a cuestiones relativas a su esfera personal sin incidencia en su trabajo (situación personal y/o familiar, ideología política, deseo de tener hijos, etc.), e incluso a mentir sin temor a represalias empresariales, porque el empleador no está legitimado para conocer —y por tanto debería abstenerse de preguntar— esos aspectos de la vida del trabajador⁶³. Sólo cuando determinadas creencias, actividades o situaciones relacionadas con la esfera personal pudieran condicionar, o incluso impedir, el correcto desarrollo de la relación laboral las preguntas empresariales resultarían legítimas; es más, si la repercusión sobre la relación laboral es de cierta intensidad, el principio de buena fe obliga al trabajador a comunicar

⁶¹ Vid. F. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, *Nuevas tecnologías y relación de trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1990, pp. 72 y ss.; L.A. FERNÁNDEZ VILLAZÓN, *Las facultades empresariales de control de la actividad laboral*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2003, pp. 184 y ss.; J.R. MERCADER UGUINA, *Derecho del Trabajo, nuevas tecnologías y sociedad de la información*, Lex Nova, Valladolid, 2002, pp. 95 y ss.

⁶² Vid. art. 22 Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales.

⁶³ Vid. J.L. GOÑI SEIN, *El respeto a la esfera privada del trabajador*, Civitas, Madrid, 1988, pp. 90-91; M.A. BURGOS GINER, "Facultades empresariales de control en la fase de acceso al empleo y formalización del contrato de trabajo", en J.I. GARCÍA NINET (Dir.), *El control empresarial*, CISS, Valencia, 2005, pp. 69 y ss.

tal clase de circunstancias, pues de lo contrario no puede posteriormente exigir adaptaciones del puesto derivadas de una condición preexistente que voluntariamente no comunicó. Así se ha puesto de manifiesto en relación con las limitaciones sobre vestimenta o sobre manipulación de determinados productos impuestas por ciertos credos religiosos, como luego se verá⁶⁴; y consideraciones similares cabría efectuar en relación con el embarazo⁶⁵.

Respecto del segundo de los bloques, el TC ha precisado que «los hechos referidos a las relaciones sociales y profesionales en que el trabajador desarrolla su actividad, si bien no se integran en principio en la esfera privada de la persona, sin embargo no cabe ignorar que, mediante un análisis detallado y conjunto de los mismos, es factible en ocasiones acceder a informaciones atinentes a la vida íntima personal y familiar, en cuyo ámbito se encuentran, sin duda, las referencias a la salud»⁶⁶.

En efecto, a través de los reconocimientos médicos el empresario cuenta con amplias posibilidades para conocer datos relativos a la esfera personal del trabajador. Es cierto que la normativa de prevención de riesgos circunscribe la vigilancia de la salud que debe proporcionar el empresario al ámbito estrictamente laboral, de modo que ha de limitarse a constatar la aptitud de un trabajador para desempeñar un puesto de trabajo. Sin embargo, la práctica ha demostrado que en tales reconocimientos la ineptitud en ocasiones se fundamenta en el consumo de sustancias adictivas⁶⁷; además, si se realiza un análisis genético no es descartable que, a partir de los resultados de dicho examen, pueda supeditarse la contratación o el mantenimiento del empleo a circunstancias como la propensión del trabajador a determinadas enfermedades, en los términos que se detallarán posteriormente⁶⁸.

El tercer bloque resulta, sin lugar a dudas, el más litigioso en el momento actual, por la relativa novedad de la introducción de medios telemáticos, y en particular de internet, en el entorno de trabajo. Sea cual fuere la decisión sobre la licitud de la utilización de medios empresariales con fines personales⁶⁹, es preciso valorar si el medio por el que el empleador conoce el uso presuntamente irregular resulta

⁶⁴ III.7 y V.2.

⁶⁵ Parece necesario comunicar al empleador con anterioridad al inicio de la relación laboral la situación de embarazo y de inminente parto cuando esa circunstancia imposibilite por completo la prestación de servicios, como sucedería en los contratos de corta duración no susceptibles de prórroga (*v.gr.*, contrato de interinidad). En el mismo sentido, también habría de comunicarse el embarazo —incluso durante el proceso de selección— en relación con las actividades peligrosas o de riesgo, porque no cabe celebrar un contrato sin objeto, como sucedería cuando resulte inviable la prestación de servicios durante la totalidad, o una parte muy sustancial, de la vida del contrato previsto. No cabe aplicar esta conclusión, desde luego, a los contratos indefinidos, o temporales de larga duración (como mínimo más de cuatro meses), pues la prestación de servicios a largo plazo obliga a prescindir en la valoración sobre la adecuación e idoneidad del trabajador de circunstancias personales —y más de las especialmente protegidas como el embarazo— que provoquen una mera limitación temporal de la capacidad o disponibilidad para prestar servicios.

⁶⁶ Cfr. SSTC 202/1999, de 8 de noviembre, y 196/2004, de 15 de noviembre.

⁶⁷ VI.3.

⁶⁸ VIII.3.

⁶⁹ VI.6.

o no compatible con el derecho a la intimidad, porque es evidente que una comprobación exhaustiva podría revelar datos privados, incluso algunos con confidencialidad reforzada, como la información médica⁷⁰.

El derecho a la intimidad personal coadyuva en algunas de estas situaciones con la garantía del «secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial» (art. 18.3 CE), y de la conjugación de ambos derechos debe inferirse que las posibilidades del empleador están limitadas por la legitimidad del interés empresarial, la necesidad de la medida y el principio de proporcionalidad, cuya valoración debe efectuarse de forma más estricta si cabe que en otros supuestos. Es evidente que el hecho de que los medios sean propiedad de la empresa y puedan ser catalogados como meras herramientas de trabajo no permite al empresario realizar un control exhaustivo, puesto que el derecho de propiedad no puede imponerse de tal forma a los derechos fundamentales; de lo contrario, se llegaría al absurdo de pretender que el empresario está legitimado para conocer el contenido del correo postal si el sobre y/o el sello son de su propiedad⁷¹. Es menester, por tanto, limitar «la intromisión empresarial en los procesos comunicativos» y, posteriormente, adoptar «sistemas de drenaje del resultado»⁷².

En este contexto, el empresario estaría legitimado para comprobar los destinatarios —y la duración— de las llamadas telefónicas que efectúa el trabajador utilizando medios empresariales (y nunca si el trabajador realiza la llamada desde su propio teléfono)⁷³, así como para verificar los destinatarios de los mensajes de correo electrónico enviados por el trabajador (y los remitentes de los mensajes que recibe). Esa comprobación parece requerir, o bien una política empresarial clara sobre la utilización de tales herramientas para uso privado (y por tanto cabría un control generalizado), o bien una sospecha fundada de uso abusivo por parte de un trabajador concreto (permitiendo un control individual). La eficacia del consentimiento del trabajador es una cuestión delicada, pero debería ser expreso, *ad hoc* —la habilitación genérica al empresario en el propio contrato suscita serias dudas de compatibilidad con los derechos fundamentales⁷⁴— y no forzado por el temor a

⁷⁰ Vid. S.I. PEDROSA ALQUÉZAR, *La vigilancia de la salud en el ámbito laboral*, CES, Madrid, 2005, pp. 119 y ss.; M.F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, "La intimidad del trabajador y su tutela en el contrato de trabajo", en M.E. CASAS BAAMONDE, F. DURÁN LÓPEZ y J. CRUZ VILLALÓN (Coord.), *Las transformaciones del Derecho del Trabajo en el marco de la Constitución Española*, La Ley, Madrid, 2006, pp. 658 y ss.; L.A. FERNÁNDEZ VILLAZÓN, *Vigilancia de la salud y derechos de la persona del trabajador*, REDT, nº 82, 1997, pp. 237 y ss.; B. CARDONA RUBERT, *Datos sanitarios y relación laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, pp. 27 y ss.

⁷¹ Vid. A.V. SEMPERE NAVARRO y C. SAN MARTÍN MAZZUCCONI, *Nuevas tecnologías y relaciones laborales*, Aranzadi, Pamplona, 2002, pp. 83 y ss.; A. ARIAS DOMÍNGUEZ y F. RUBIO SÁNCHEZ, *El derecho de los trabajadores a la intimidad*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2006, pp. 157 y ss.

⁷² Cfr. D. MARTÍNEZ FONS, *El poder de control del empresario en la relación laboral*, CES, Madrid, 2002, pp. 179-180.

⁷³ Vid. C. RADÉ, *Nouvelles technologies de l'information et de la communication et nouvelles formes de subordination*, Droit Social, nº 1, 2002, pág. 31.

⁷⁴ Vid. P.H. ANTONMATTEI, *NTIC et vie personnelle au travail*, Droit Social, nº 1, 2002, pág. 40.

eventuales represalias; admitir el consentimiento tácito por la existencia de una previa advertencia empresarial sin oposición manifiesta no concuerda bien con la tutela reforzada que proporcionan los derechos fundamentales⁷⁵.

Por el contrario, los derechos a la intimidad y al secreto de las comunicaciones (que deben incluir las telemáticas porque el art. 18.3 CE no recoge un *numerus clausus* y la información, al menos en determinadas tecnologías, se transmite a través de la infraestructura telefónica)⁷⁶ suponen un límite infranqueable para controlar el contenido de las conversaciones telefónicas⁷⁷ (excepto en determinadas actividades, como la atención telefónica, en la que se admiten controles aleatorios para constatar que se dispensa un trato correcto al cliente⁷⁸) y de los correos electrónicos, tanto enviados como recibidos, salvo que el empresario los conozca, claro está, porque alguno de los remitentes o destinatarios le proporcione esa información (o porque los reciba directamente)⁷⁹.

Abundando sobre el correo electrónico, en clara analogía con el correo postal, y en la medida en que «resulta prácticamente imposible el deslinde *a priori* de lo que es inherente a la esfera personal del trabajador y lo que es estrictamente laboral»⁸⁰, únicamente podrá visualizarse la bandeja de entrada (*inbox*), o las relativas a elementos enviados y eliminados (remitente y destinatario, a la postre), y

⁷⁵ En sentido contrario, vid. A.V. SEMPERE NAVARRO y C. SAN MARTÍN MAZZUCCONI, *Nuevas tecnologías y relaciones laborales*, Aranzadi, Pamplona, 2002, pp. 68 y ss.

⁷⁶ Igual posición se defiende en el ordenamiento italiano; vid. S. FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *Variaciones sobre el poder de control a distancia: el espejo de la madrastra*, RL, nº 19-20, 2005, pp. 92 y ss.

⁷⁷ Vid. STS de 10-3-1990 (recurso de casación en interés de ley), en la que se declara no admisible una prueba consistente en «grabar una supuesta conversación telefónica entre el actor y una tercera persona no identificada, en la que aquél le ofrecía una cantidad de langostinos sustraídos a la empresa, mediante precio».

⁷⁸ «Si el teléfono controlado se ha puesto a disposición de los trabajadores como herramienta de trabajo para que lleven a cabo sus funciones de telemarketing y a la vez disponen de otro teléfono para sus conversaciones particulares, si, como se ha apreciado, los trabajadores conocen que ese teléfono lo tienen sólo para trabajar y conocen igualmente que puede ser intervenido por la empresa, si además la empresa sólo controla las llamadas que recibe el trabajador y no las que hace, si ello lo realiza de forma aleatoria —un 0,5%—, y con la finalidad exclusiva de controlar la buena realización del servicio para su posible mejora, la única conclusión razonable a la que se puede llegar es a la de que se trata de un control proporcionado a la finalidad que con el mismo se pretende, en el sentido antes indicado. En ese mismo sentido se trata de un control que es necesario puesto que no se conoce otro medio más moderado para obtener la finalidad que se pretende —juicio de necesidad—, es idóneo para el mismo fin —juicio de idoneidad— y ponderado o equilibrado porque de ese control se pueden derivar beneficios para el servicio que presta la empresa y no parece que del mismo se puedan derivar perjuicios para el derecho para el derecho fundamental de los trabajadores —proporcionalidad en sentido estricto—»; cfr. STS de 5-12-2003 (rcud. 52/2003).

⁷⁹ Vid. A. ROIG BATALLA, «El uso de internet en la empresa: aspectos constitucionales», en A. ROIG BATALLA (Coord.), *El uso laboral y sindical del correo electrónico e internet en la empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 71 y ss.; M.N. MARTÍNEZ GAYOSO, *Relación de trabajo y nuevas tecnologías: algunos aspectos problemáticos del uso del correo electrónico por parte de los trabajadores en la empresa*, Tribuna Social, nº 203, 2007, pp. 27 y ss.

⁸⁰ Cfr. M.F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, «La intimidad del trabajador y su tutela en el contrato de trabajo», en M.E. CASAS BAA-MONDE, F. DURÁN LÓPEZ y J. CRUZ VILLALÓN (Coord.), *Las transformaciones del Derecho del Trabajo en el marco de la Constitución Española*, La Ley, Madrid, 2006, pág. 645.

con ello el empresario podrá deducir si se está realizando un uso irregular de los medios empresariales⁸¹. Es cierto que la STC 114/1984, de 29 de noviembre, advirtió —*obiter dicta*, porque el asunto versaba sobre la licitud de presentar como prueba en el juicio una conversación grabada por uno de los interlocutores sin conocimiento del otro— que el secreto de las comunicaciones «no cubre sólo el contenido de la comunicación, sino también, en su caso, otros aspectos de la misma, como, por ejemplo, la identidad subjetiva de los interlocutores o de los corresponsales», pero llevando tal doctrina al extremo se vaciaría de contenido el poder de dirección, ya que el empresario no contaría con ningún medio fiable de control y vigilancia. Es claro que el empresario no puede indagar en la identidad de los destinatarios o remitentes de los mensajes —porque podría obtener información sensible, como la afiliación sindical, la ideología política o las creencias religiosas⁸²—, pero sí debe poder comprobar si tales destinatarios o remitentes son clientes o usuarios de la empresa, para dilucidar si la comunicación se inserta entre los cometidos profesionales del trabajador.

En última instancia, aun cuando se admitiera que, concurriendo las debidas garantías —por analogía, y en tanto no se articule un mecanismo más adecuado, quizás cabría aplicar el art. 18 ET, aunque es una cuestión aún no resuelta⁸³; ese precepto, que actúa como límite al derecho a la intimidad, permitiría, seguramente, comprobar el contenido del ordenador, pero quizá no el del correo electrónico, protegido por el secreto de las comunicaciones⁸⁴—, el empresario puede acceder al contenido del ordenador que utiliza un trabajador —y prescindiendo en este momento de los supuestos en el que el mismo equipo es utilizado por varios empleados—, el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE) —que alcanza sin ningún género de dudas al correo electrónico— proporciona tal intensidad tuitiva que sólo mediante una autorización judicial —salvo que se den circunstancias tan excepcionales como las que permiten un control aleatorio y mínimamente invasivo de los trabajadores en actividades de *telemarketing*⁸⁵— sería constitucionalmente posible la comprobación del contenido de los mensajes en contra de la voluntad del afectado⁸⁶.

⁸¹ Vid. D. MARTÍNEZ FONS, "El uso y control del correo electrónico e internet en la empresa: aspectos laborales", en A. ROIG BATALLA (Coord.), *El uso laboral y sindical del correo electrónico e internet en la empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 219 y ss.

⁸² Vid. B. CARDONA RUBERT, *Informática y contrato de trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 81.

⁸³ Vid. J. LUJÁN ALCARAZ, *Uso y control en la empresa de los medios informáticos de comunicación*, AS, nº 3, 2001, pp. 16 y ss.

⁸⁴ Vid. J.R. MERCADER UGUINA, *Derechos fundamentales de los trabajadores y nuevas tecnologías: ¿hacia una empresa panóptica?*, RL, Tomo I, 2001, pp. 677 y ss.

⁸⁵ Vid. STS de 5-12-2003 (rcud. 52/2003).

⁸⁶ Vid. M.F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, "La intimidad del trabajador y su tutela en el contrato de trabajo", en M.E. CASAS BAA-MONDE, F. DURÁN LÓPEZ y J. CRUZ VILLALÓN (Coord.), *Las transformaciones del Derecho del Trabajo en el marco de la Constitución Española*, La Ley, Madrid, 2006, pp. 645 y ss.; J. GARCÍA VIÑA, *Relaciones laborales e internet*, RTSS (CEF), nº 223, 2001, pp. 54 y ss. En contra, admitiendo el control del contenido del mensaje por parte del empresario para comprobar el uso extralaboral, vid. L. PACHECO ZERGA, *La dignidad humana en el Derecho del Trabajo*, Civitas, Madrid, 2007, pp. 267 y ss.

En relación con la navegación por internet, la diferencia resulta más difusa, pero parece claro que el empresario no sólo está legitimado para conocer la dirección de las páginas que el trabajador visita, sino también para acceder a ellas y comprobar su contenido, pues el secreto de las comunicaciones no parece entrar en juego en este supuesto⁸⁷. En efecto, la página web no contiene, o al menos no hay razón que haga presuponer lo contrario, información confidencial del trabajador, y en todo caso es de libre acceso, por lo que no sería el empleador quien vulnerase el derecho a la intimidad. Cuestión distinta, como se dirá, es que la decisión que el empresario tome debe estar basada en la repercusión laboral del uso no adecuado de internet, y no en que el contenido de las páginas visitadas sea más o menos reprobable a juicio del empleador⁸⁸.

No obstante, el control de la utilización de medios informáticos puede resultar exorbitado cuando la información que se obtiene excede de las páginas visitadas. En particular, los denominados «programas espía» tienen funcionalidades muy diferentes, y algunos de ellos detectan y recuerdan las combinaciones de teclas usadas por el trabajador, de modo que permiten averiguar las contraseñas utilizadas para acceder a determinados servicios (incluso bancarios)⁸⁹. Esa es una información de la que el empresario no puede disponer (y con menos motivo otras personas como los técnicos informáticos que instalan y manejan dichos programas), porque se inserta indudablemente en la esfera personal del trabajador, y aunque el interés empresarial sea legítimo, el medio utilizado resulta palmariamente desproporcionado⁹⁰.

En resumen, y como señala la STSJ de Cataluña de 9-7-2002⁹¹, «la empresa está facultada para ejercer la vigilancia y control del cumplimiento de las obligaciones laborales del trabajador y también a velar por el buen uso del sistema informático que pone a su disposición para el cumplimiento de sus obligaciones laborales, así como de la utilización y acceso a las terminales de cada uno de los trabajadores. La empleadora podía lícitamente examinar la procedencia de los E-mails recibidos en los que se le ofrecía la compra de determinada tecnología y en otro se insultaba gravemente a uno de sus socios. Es también lícito y correcto investigar las direcciones de correo electrónico que aparecerían como remitentes de los mismos [...], pero no puede aceptarse por constituir una vulneración

⁸⁷ Vid. S. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, "Vigilancia y control en la relación de trabajo: la incidencia de las nuevas tecnologías", en A. FARRIOLS I SOLÁ, *La protección de datos de carácter personal en los centros de trabajo*, Cinca, Madrid, 2006, pág. 93.
⁸⁸ VI.6.

⁸⁹ Vid. F. CAMAS RODA, *La influencia del correo electrónico y de internet en el ámbito de las relaciones laborales*, RTSS (CEF), nº 224, 2001, pp. 141 y ss.; R. TASCÓN LÓPEZ, *El poder de control empresarial en la era tecnológica: visión panorámica de una cuestión inacabada*, RTSS (CEF), nº 267, 2005, pp. 25 y ss.

⁹⁰ Así lo advierte la STSJ de Aragón de 4-12-2007 (recurso de suplicación 1004/2007). El trabajador, que prestaba servicios como técnico auxiliar deportivo de un ayuntamiento, utilizaba el ordenador que había sido puesto a su disposición para descargar películas pornográficas de internet, haciendo un uso abusivo de la conexión, lo que motivó quejas de sus compañeros por las dificultades que ello provocaba para navegar. Con el fin de acceder al material descargado, fue necesario que un técnico informático eludiese la contraseña personal que había establecido el trabajador, lo que permitió asimismo copiar todo el contenido del disco duro, operación en la que ningún momento participó el interesado. La sentencia considera que ese medio de control vulnera el derecho a la intimidad y anula todas las pruebas obtenidas por esa vía.

⁹¹ Recurso de suplicación 7878/2001.

clara de derecho a la intimidad del actor que las personas contratadas por la empresa averiguaran la dirección personal, particular y privada del demandante [...] y que en ningún caso aprecia como emisor de los correos electrónico tantas veces mencionados para que utilizando claves de acceso que dedujeron en su investigación pero que no les proporcionó dicho trabajador y que eran desconocidas por la empleadora, acceder a su contenido desvelando y llegando a conocer el redactado de los correos electrónico allí archivados».

Como la propia UE ha puesto de manifiesto, la prevención resulta el medio menos lesivo para los derechos de los trabajadores, y tal prevención consiste en limitar el acceso a determinadas páginas web⁹². La dificultad estriba en que tal operación requiere una infraestructura informática de la que no todas las empresas disfrutan. Ahora bien, si la posibilidad existe, no parece proporcional utilizar un control *a posteriori*, máxime en presencia de un clima de tolerancia empresarial⁹³. Sea como fuere, el uso de programas espía únicamente puede admitirse si no generan riesgo de captación de datos relativos a la esfera personal.

Más allá de las limitaciones para indagar en el correo electrónico o en el ordenador que el asalariado utiliza en el trabajo, o del alcance de los reconocimientos médicos, o de la utilización de cámaras o micrófonos, el problema puede plantearse cuando el empresario pretende sancionar al trabajador por actos desarrollados fuera del contexto laboral y que sólo puede conocer a través de indagaciones específicas. Aunque desde ciertos sectores se ha defendido que el ET debería prohibir este tipo de vigilancia por contraria al derecho a la intimidad⁹⁴, la utilización de detectives resulta cada vez más habitual, con intenciones diversas, como controlar las actividades del trabajador que presta servicios fuera del centro de trabajo o durante el disfrute de un proceso de IT.

Los tribunales acuden a la doctrina general expuesta para clarificar si existe un interés empresarial legítimo, si el medio es adecuado y el resultado proporcionado. Desde luego, la valoración se flexibiliza cuando la misión del detective consiste en comprobar si el trabajador efectivamente realiza su prestación de servicios o si se apropia indebidamente de fondos y mercancías propiedad del

⁹² Vid. A. ROIG BATALLA, «El uso de internet en la empresa: aspectos constitucionales», en A. ROIG BATALLA (Coord.), *El uso laboral y sindical del correo electrónico e internet en la empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 66 y ss.

⁹³ «Al plantearse la utilización de Internet con fines privados [...] la prevención debería prevalecer sobre la detección; es decir, que es mejor para el empleador prevenir la utilización abusiva de Internet que detectarla. En este contexto las soluciones tecnológicas pueden resultar especialmente útiles. Prohibir terminantemente que los trabajadores utilicen Internet con fines privados no parece razonable y no tiene en cuenta la ayuda que Internet puede aportarles en su vida diaria»; vid. Documento de Trabajo de 29 de mayo de 2002 del Grupo de Trabajo del artículo 29, creado en virtud de la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativo a la vigilancia de las comunicaciones electrónicas en el lugar de trabajo. Puede consultarse en la siguiente dirección: http://ec.europa.eu/justice_home/fsj/privacy/docs/wpdocs/2002/wp55_es.pdf.

⁹⁴ Vid. A. MARTÍN AGUADO, *Actuaciones irregulares que afectan a la libertad, dignidad o vida privada del trabajador*, RL, nº 19, 1989, pág. 119.

empresario⁹⁵, aunque no se produce en tales casos colisión entre la esfera personal *stricto sensu* y el poder de dirección⁹⁶.

Pese a que el interés empresarial se justifique, el control y vigilancia en las situaciones de incapacidad temporal tiene otras connotaciones, porque el art. 20.4 ET habilita al empresario para comprobar la veracidad de las dolencias del trabajador «mediante reconocimiento a cargo de personal médico», y no a presumir la mala fe a través de indicios derivados de la conducta extralaboral durante una baja médica. En consecuencia, el control del comportamiento del trabajador durante un proceso de IT no está amparado por el art. 20.4 ET, aunque ante una sospecha fundada de actitud fraudulenta el empresario —al que la mera situación de IT del trabajador, aun sin competencia desleal ni mejoras voluntarias, le supone un coste económico adicional (pago directo de la IT del cuarto al decimoquinto día, eventual aumento de primas, coste de sustitución del trabajador, etc.)— parece legitimado para hacer esa comprobación, siempre que elija un medio adecuado y que resulte el menos lesivo para la intimidad del trabajador.

Las soluciones de los tribunales en este punto resultan heterogéneas, aunque se inclinan por dar validez como prueba —testifical⁹⁷, no pericial⁹⁸— al informe elaborado por detectives privados, en la medida que el seguimiento en lugares públicos se considera no lesivo del derecho a la intimidad⁹⁹. No obstante, la contratación del detective privado exige que la empresa tenga una fundada sospe-

⁹⁵ Vid. SSTSJ de Canarias/Las Palmas de 31-10-2005 (recurso de suplicación 210/2005) y de Cataluña de 13-12-2007 (recurso de suplicación 234/2007).

⁹⁶ «Pues bien, no hay duda de que estaba plenamente justificado el que la empresa acudiera a una firma de detectives privados como forma idónea de controlar la actividad laboral del actor, siendo su informe la única manera de poder averiguar y demostrar, si fuere menester, las causas reales que estaban ocasionando el escaso rendimiento que última, pero continuamente, venía obteniendo en sus tareas profesionales como Visitador Médico, máxime cuando éstas se desarrollaban en una zona geográfica, Ciudad Real, distinta de aquélla en que la demandada tiene su domicilio y centro de trabajo; mal cabe cuestionar, a su vez, que tal medio de prueba fuese necesario, dado que era el más seguro para comprobar lo que estaba sucediendo y, sobre todo, poder constatar así si las relaciones semanales de visitas médicas que el trabajador hacía llegar a su empleador se compadecían o no con la realidad, extremo sobre el que éste abrigaba fundadas sospechas que sólo podría enervar o confirmar la información proporcionada por el detective privado; y por último, se trató igualmente de una medida proporcionada y equilibrada, toda vez que se limitó a un seguimiento que duró seis días en total, y en el que el informante se ciñó a describir las actividades que diariamente realizaba el actor fuera de su domicilio, debiendo insistirse, como dijimos, en que en ninguno de los documentos gráficos incorporados al informe es posible reconocer las facciones físicas del hijo menor que, a veces, le acompañaba. Por consiguiente, el acogimiento a este medio de control se ajustó a los presupuestos constitucionales que exige la doctrina antes expuesta»; cfr. STSJ de Madrid de 21-4-2008 (recurso de suplicación 419/2008).

⁹⁷ La STS de 24-2-1992 (rcud. 1059/1991) califica los informes de detectives privados aportados al proceso como «prueba testifical impropia, que adquiere todo su valor procesal como tal prueba testifical cuando el informe ha sido ratificado en juicio por su firmante».

⁹⁸ Vid. STSJ de Cataluña de 13-3-2001 (recurso de suplicación 8702/2000).

⁹⁹ Vid. SSTSJ de Castilla y León/Valladolid de 18-9-2006 (recurso de suplicación 1421/2006) y de Andalucía/Málaga de 22-6-2001 (recurso de suplicación 124/2001).

cha de incumplimiento —amén de que el medio resulte necesario y el resultado proporcional—, de modo que no cabe la utilización de detectives «para preconstituir una prueba»; no debe olvidarse que «la actividad que cualquier persona pueda llevar a efecto fuera de su centro de trabajo pertenece a la esfera de su vida privada, aun cuando se desarrolle en espacios públicos, y no puede ser fiscalizada por la empresa, porque forma parte de su intimidad, no teniendo los empleadores derecho alguno a conocer a qué dedican los trabajadores su tiempo, qué actividades pueden desarrollar, qué aficiones pueden tener o, en fin, cuáles son sus intereses o las personas con las que se relacionan, por lo que aun cuando el seguimiento se haga en la calle, constituye una intromisión en su vida privada, porque las ocupaciones o actividades de las personas en espacios públicos siguen perteneciendo a su intimidad, en tanto son compartidos con quienes ellos quieran o amparados por el anonimato cuando lo deseen y, en ningún caso tienen porque ser conocidos por la empresa»¹⁰⁰. En conclusión, sólo cuando se sospeche fehacientemente que la conducta extralaboral del trabajador es contraria al interés empresarial, y dicha conducta presente un potencial riesgo de daño grave para la empresa —y no meramente un daño hipotético— será legítima la contratación de un detective para investigar aspectos relativos a la vida privada¹⁰¹.

Algunas de estas cautelas, por cierto, resultan aún más necesarias para otras modalidades de control con una importante potencialidad lesiva de la esfera personal, y que son posibles gracias a los avances tecnológicos. En concreto, algunas empresas —especialmente en Estados Unidos—, han comenzado a utilizar tecnologías de identificación por radiofrecuencias con el fin de averiguar dónde se encuentra el trabajador¹⁰². En general, no parece que el empresario pueda exigir que el trabajador lleve un dispositivo que permita conocer su ubicación exacta (*v.gr.*, GPS), aunque en ocasiones

¹⁰⁰ Cfr. STSJ de Madrid de 27-6-2007 (recurso de suplicación 2233/2007), en la que se declara ilegítima la utilización de un detective «considerando que no se cumple ninguno de tales requisitos, habiéndosele vigilado cinco meses, permanentemente, desde las 6 ó 7 de la mañana hasta la noche, rebuscando incluso en la basura de su domicilio que a su vez era el centro de trabajo al ser tele trabajador, y en la basura de la empresa de la que era cotitular, iniciando la investigación sin que haya quedado acreditado de ningún modo que para esa fecha ya tuviera la sospecha fundada de un incumplimiento contractual, disponiendo de otros medios eficaces para controlar su actividad, como exigirle los reportes de actividad con mayor insistencia, asiduidad y detalle o llamarle por la línea fija de teléfono, por lo que concluye que la prueba es ilícita, vulnerando su derecho fundamental a la intimidad y que el despido ha de ser declarado nulo».

¹⁰¹ Vid. L.A. FERNÁNDEZ VILLAZÓN, *Las facultades empresariales de control de la actividad laboral*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2003, pp. 173 y ss.; A. ARIAS DOMÍNGUEZ y F. RUBIO SÁNCHEZ, *El derecho de los trabajadores a la intimidad*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2006, pp. 141 y ss.; A. VICENTE PALACIO, "El control de la incapacidad temporal: el control en el ámbito de la relación laboral individual y en el ámbito de la Seguridad Social", en J.I. GARCÍA NINET (Dir.), *El control empresarial*, CISS, Valencia, 2005, pp. 224 y ss.; M.J. MATEU CARRUANA, *Facultades de control fuera del centro de trabajo: medidas de control sobre las conductas extralaborales del trabajador*, Tribuna Social, nº 169, 2005, pp. 41 y ss.; M.L. RODRIGUEZ COPÉ, *El derecho a la intimidad del trabajador como límite al poder de dirección empresarial*, Temas Laborales, nº 62, 2001, pp. 220 y ss.; V. SAMPEDRO GUILLAMÓN, "Facultades empresariales de vigilancia y control en el centro de trabajo", en J.I. GARCÍA NINET (Dir.), *El control empresarial*, CISS, Valencia, 2005, pp. 94-96.

¹⁰² Vid. J.L. PIÑAR MAÑAS, "Protección de datos y relaciones laborales", en A. FARRIOLS I SOLÀ, *La protección de datos de carácter personal en los centros de trabajo*, Cinca, Madrid, 2006, pág. 150.

tal mecanismo forma parte de las herramientas de trabajo y podría justificarse por razones de seguridad, de forma que el control del trabajador fuera un efecto indirecto y no el objetivo primario (*v.gr.*, chófer en un vehículo de lujo). Desde luego, si tales dispositivos permiten localizar al trabajador fuera del tiempo y lugar de trabajo, y por tanto en el contexto de su vida privada, sólo en supuestos excepcionales cabría admitir que la orden empresarial resulta legítima (*v.gr.*, la localización de la ubicación de los trabajadores en tiempo de disponibilidad podría permitir al empresario llamar preferentemente a los que se encontrasen más cerca en una eventual situación de urgencia).

4. La prevención de riesgos laborales como fundamento del deber de actuación del empresario: la obligación de evitar riesgos físicos y psicosociales

Como se ha dicho, el empresario tiene obligación, en principio, de mostrar indiferencia o neutralidad en relación con las distintas opciones personales, pues salvo que pueda acreditar un interés legítimo no está facultado para limitar la capacidad de decisión del trabajador respecto de circunstancias que pertenecen a su privacidad, y que por tanto gozan de la protección que dispensan los derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos.

Conviene precisar, no obstante, que el interés empresarial legítimo que puede derivar en restricciones para la esfera personal del trabajador no tiene que traducirse necesariamente en un propósito de obtener un rendimiento económico superior, sino que puede estar basado en factores muy diversos, e incluso alguno de ellos cuenta con una finalidad primordial de protección del trabajador, puesto que la limitación de determinadas actitudes personales que podrían resultar inocuas en términos de productividad laboral viene exigida por la normativa de prevención de riesgos laborales.

En efecto, la legislación preventiva impone al empresario el deber de proteger a los trabajadores frente a los riesgos laborales (art. 14.1 Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales), y en cumplimiento de tal deber «el empresario deberá garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores a su servicio en todos los aspectos relacionados con el trabajo» (art. 14.2 LPRL), de tal modo que el empleador responde de los daños sufridos por los trabajadores aunque éstos cuenten con cierto grado de responsabilidad en la producción del accidente, puesto que «la efectividad de las medidas preventivas deberá prever las distracciones o imprudencias no temerarias que pudiera cometer el trabajador» (art. 15.4 LPRL).

En este contexto, el empresario está habilitado para limitar decisiones o actitudes del trabajador que puedan generar mayor riesgo de accidentes de trabajo, bien sea para el propio empleado, bien sea para sus compañeros. Las restricciones más frecuentes, desde esta perspectiva, se producirán en el ámbito de la indumentaria, pues determinadas prendas de ropa o complementos son susceptibles, precisamente, de aumentar el riesgo de accidente de trabajo, y por ello el empresario puede exigir que el trabajador no los utilice. En clara sintonía, el trabajador está obligado aceptar —y el empresario también está obligado a imponer, porque la protección de los trabajadores es un deber que deriva en último término de los derechos fundamentales a la vida e integridad física consagrados en

el art. 15 CE— la utilización de ciertas prendas que resulten necesarias para minimizar o eliminar el riesgo, como se verá en un epígrafe posterior¹⁰³.

Desde otro prisma diferente, la prevención de riesgos laborales también requiere del empleador la adopción de determinadas medidas tendentes a evitar los denominados «riesgos psicosociales», caracterizados porque el riesgo laboral se traduce en una afección psíquica, y no en un daño físico, al menos directo. Desde luego, la novedad no estriba en los riesgos, sino en el interés que han suscitado, provocado sin duda porque el número de bajas médicas debidas a esta clase de riesgos ha aumentado significativamente en los últimos años, hasta el punto de que «se ha convertido en la principal fuente de siniestralidad en el trabajo, tanto en España como en Europa, y todo apunta a que lo seguirá siendo en el futuro»¹⁰⁴.

En alguna de las afecciones que se han catalogado como riesgo psicosocial se combinan, o sin duda pueden combinarse, factores laborales y elementos ajenos a la relación de trabajo, pues el estrés, la depresión o el síndrome del quemado (*burn out*) no son patologías —o no tienen por qué serlo— exclusivas del trabajo, y su intensidad es diferente no sólo en función del contexto laboral y de las propias características del trabajador en cuanto tal, sino también en atención a la situación personal y familiar del afectado. A la postre, el único riesgo psicosocial nítida e indisolublemente laboral —patológico, si se quiere— es el *mobbing* o acoso moral laboral.

Sea como fuere, es obvio que el empresario debe adoptar las medidas necesarias para evitar que el trabajo constituya una causa de ese tipo de dolencias¹⁰⁵, y alguna de las medidas puede, precisamente, afectar a la esfera personal de los trabajadores. En materia de indumentaria, por ejemplo, la uniformidad tiene un elemento de igualación, y con ello podrían evitarse ataques, comentarios o actitudes despectivas en relación con quien tiene una apariencia estética diferente; la habilitación de espacios para fumadores, aunque no es obligatoria¹⁰⁶, podría servir para combatir la ansiedad, al igual que permitir un tiempo prudencial para el rezo —o habilitar un lugar adecuado— en caso de trabajadores que profesen una religión. Desde luego, también resulta exigible, y no sólo desde la óptica de la prevención de riesgos, que el empresario ataje cualquier conducta de acoso moral, bien sea trasladando a ofensores —o eventualmente al ofendido—, bien sea extinguiendo el contrato de quienes incurren en esa conducta. A la postre, es menester una valoración casuística, de modo que la responsabilidad del empresario y su intensidad dependerán de las circunstancias concurrentes.

¹⁰³ III.5.

¹⁰⁴ Cfr. M.R. MARTÍNEZ BARROSO, *La tutela jurídica de los riesgos psicosociales por la Seguridad Social. Cuestiones pendientes*, RTSS (CEF), nº 303, 2008, pág. 33.

¹⁰⁵ Vid. S.I. PEDROSA ALQUÉZAR, *La vigilancia de la salud en el ámbito laboral*, CES, Madrid, 2005, pp. 85 y ss.

¹⁰⁶ VI.II.

5. La esfera personal como elemento o factor de diversidad

Si el Derecho, en general, tiene como misión ordenar y disciplinar las relaciones entre los diversos individuos que forman la sociedad, y el Derecho del Trabajo se ocupa específicamente de regir los derechos y deberes recíprocos de empresario y trabajador —y en su caso de los representantes de ambos—, no es extraño que las normas laborales, y su interpretación, deban tomar en consideración los distintos cambios que se producen en el contexto socioeconómico, de modo que la regulación jurídica se encuentre plenamente adaptada a la realidad a la que debe aplicarse.

En este sentido, «diversidad» es una expresión cada vez más utilizada en el marco de las relaciones laborales, aunque vinculada casi exclusivamente con la situación de la mujer, de los discapacitados o de los extranjeros (preferentemente de otra raza). Sin embargo, «diversidad», en atención al diccionario RAE, significa «variedad, desemejanza, diferencia», y quizá por ello resulte inadecuado incluir la situación de la mujer en esa «diversidad», máxime cuando, por un lado, las mujeres constituyen más de la mitad de la población de los países desarrollados, y por otro, su integración al mercado laboral debe entenderse plenamente efectiva, sin perjuicio de la necesidad de garantizar la operatividad plena de los principios de igualdad y no discriminación. En último término, no se admite una diferencia de trato por razón de sexo en el marco de la relación de trabajo, salvo en aspectos directamente relacionados con la maternidad biológica.

Es evidente que la «diversidad» y la «esfera personal» constituyen dos realidades y dos objetos de estudio diferentes, tanto considerados en abstracto, como en el marco de la relación laboral. Sin embargo, también es claro que algunos rasgos relativos a la esfera personal del trabajador encajan sin dificultad en ese concepto de diversidad, hasta el punto de que la multiculturalidad es una de las causas de «la centralidad que los derechos de la persona del trabajador están adquiriendo en los actuales sistemas de relaciones laborales»¹⁰⁷. En concreto, conviene precisar que la diversidad se relaciona, en sentido propio, con fenómenos multiculturales, que, trasladados al contexto empresarial, exigen del titular de la organización productiva medidas dirigidas a proporcionar una atención adecuada a trabajadores con algún rasgo diferente, objetivamente especial, para conseguir la plena integración y el respeto de los derechos de los que esos trabajadores son titulares. La raza, la etnia y la religión constituyen tres claros ejemplos de diversidad.

¹⁰⁷ Cfr. F. VALDÉS DAL-RE, "Persona del trabajador, Constitución, principio de igualdad", en AA.VV., *La Igualdad ante la Ley y la no discriminación en las relaciones laborales*, MTAS, Madrid, 2005, pág. 1315.

Sin embargo, la esfera personal del trabajador, aunque pueda comprender factores de diversidad, exige un análisis de mayor amplitud, que normalmente requiere del empresario una mera actitud pasiva, de tolerancia y respeto, y sólo en aquellos supuestos donde el trabajador se extralimite, o donde el interés empresarial colisione con el legítimo ejercicio de derechos u opciones personales, será necesaria una actuación en clave jurídica para dilucidar la preferencia entre derechos.

Desde esta perspectiva, cabe prescindir del sexo y de la discapacidad, que ya se integren o no en el concepto de diversidad —que puede contar con un contenido más o menos amplio en función del ámbito en el que se utilice¹⁰⁸—, no forman parte estrictamente de la esfera personal e íntima del trabajador, ya que no son datos o circunstancias sobre las que una persona pueda decidir, o susceptibles de intromisión. Además, ambas circunstancias requieren un tratamiento monográfico, máxime cuando el legislador ha proporcionado un régimen jurídico particular, en constante evolución, pero con unas líneas configuradoras muy claras, con el decidido propósito de erradicar las diferencias por tales causas.

En cambio, la atención a la esfera personal del trabajador exige una individualización, de modo que se identifique a un trabajador con rasgos que lo diferencian del resto, y por tanto se desvía la atención respecto de colectivos identificables como tales (mujeres, discapacitados, etc.), aunque ambas circunstancias podrían estar relacionadas, como se verá en relación con las reglas sobre uniformidad que distinguen en función del sexo¹⁰⁹.

Adoptando una perspectiva geométrica, la diversidad y la esfera personal podrían representarse como dos circunferencias secantes, en la medida que comparten una parcela común, pero que cuentan con un contenido propio e independiente. A la postre, ni todos los factores que dan lugar a la diversidad pueden incluirse propiamente en el contenido de la esfera personal del trabajador, ni todos los elementos que forman parte de ésta constituyen un rasgo de diversidad en sentido estricto, ni que requiera de una actuación particularizada del empresario en orden a facilitar la integración laboral y garantizar el respeto debido a la diferencia.

¹⁰⁸ Vid. L. GONZÁLEZ FERNÁNDEZ y J. DE ELENA Y PEÑA, "La gestión de recursos humanos ante la diversidad", en J. DE ELENA Y PEÑA (Ed.), *Desigualdad social y relaciones de trabajo*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2004, pp. 265 y ss.

¹⁰⁹ III.2.

III. PODER DE DIRECCIÓN Y LIBERTAD ESTÉTICA

El alcance de la facultad empresarial para decidir sobre la uniformidad de los trabajadores ha generado respuestas de distinto signo, aunque mayoritariamente tendentes a aceptar que tal decisión constituye una de las prerrogativas del empresario, sin perjuicio de la sujeción a los límites derivados del necesario respeto a los derechos del trabajador. En ausencia de uniformidad, los tribunales facultan al empresario, bajo ciertas condiciones, para tomar determinadas decisiones relativas a la indumentaria del trabajador, con el propósito principal de limitar la esfera personal del empleado por incompatibilidad con el interés comercial o empresarial.

1. La libre elección del aspecto estético: derecho a la intimidad y no derecho a la propia imagen

En línea de principio, no cabe dudar que un trabajador, como cualquier persona, está facultado para decidir sobre su indumentaria, incluyendo en este concepto no solamente la vestimenta, sino toda una panoplia de opciones estéticas que comprenden complementos o accesorios de muy diverso tipo (corte y color de pelo, tatuajes, *piercings*, maquillaje, etc.). La libertad estética no está reconocida bajo tal denominación, y en sí misma no puede calificarse como derecho fundamental, pero desde luego sí forma parte del contenido de algún derecho fundamental clásico.

En este punto, y ante intromisiones empresariales, se suele alegar como vulnerado el art. 18.1 CE, y en concreto, dentro de él, los derechos a la intimidad personal —también reconocido en el art. 4.2.e) ET— y a la propia imagen, ligados al libre desarrollo de la personalidad, toda vez que ni el derecho al honor ni el derecho a la intimidad familiar parecen afectados por una decisión empresarial de esta índole, a salvo de supuestos excepcionales donde la elección de una determinada indumentaria responda a un propósito de humillación, pues en tales circunstancias el derecho al honor sí podría resultar invocado con éxito.

La intimidad personal y la propia imagen podrían considerarse *prima facie* derechos igualmente válidos para fundamentar la pretensión del trabajador, pero el TC se ha encargado de precisar el contenido del derecho a la propia imagen, que no consiste, en ningún caso, en el derecho a decidir sobre la indumentaria o la apariencia estética, sino en las limitaciones de la reproducción o uso de la imagen del trabajador por parte de terceros.

En concreto, el TC ha afirmado que «los derechos a la intimidad personal y a la propia imagen, garantizados por el art. 18.1 de la Constitución, forman parte de los bienes de la personalidad que pertenecen al ámbito de la vida privada. Salvaguardan estos derechos un espacio de intimidad per-

sonal y familiar que queda sustraído a intromisiones extrañas. Y en este ámbito de la intimidad, reviste singular importancia la necesaria protección del derecho a la propia imagen frente al creciente desarrollo de los medios y procedimientos de captación, divulgación y difusión de la misma y de datos y circunstancias pertenecientes a la intimidad que garantiza este precepto»¹¹⁰.

Desde esta perspectiva, el derecho a la propia imagen permite oponerse a una difusión o captación ilícita, mientras que el derecho a la intimidad garantiza el respeto a las decisiones personales relativas a la apariencia estética. Esos derechos corresponden, lógicamente, a toda persona, pero deben sufrir las necesarias modulaciones cuando el interesado se encuentra incluido en una organización productiva, en la medida que las facultades organizativas del empresario pueden requerir una restricción de los derechos del trabajador cuando concurran circunstancias justificativas de suficiente entidad.

El alcance y contenido del derecho a la propia imagen quedó precisado en la STC 99/1994, de 11 de abril, en relación con un trabajador que fue despedido por negarse reiteradamente a realizar su labor ordinaria —cortar y deshuesar jamón— en una exhibición pública; en concreto, el interesado se negaba a ser fotografiado realizando esa tarea. El TC comienza reiterando su clásica doctrina acerca de que, por un lado, «el contrato de trabajo no puede considerarse como un título legitimador de recortes en el ejercicio de los derechos fundamentales que incumben al trabajador como ciudadano, que no pierde su condición de tal por insertarse en el ámbito de una organización privada», y, por otro, «que la inserción en la organización ajena modula aquellos derechos, en la medida estrictamente imprescindible para el correcto y ordenado desenvolvimiento de la actividad productiva».

En ese contexto, «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, en cuanto instrumento básico de identificación y proyección exterior y factor imprescindible para su propio reconocimiento como individuo», de modo que «la captación y difusión de la imagen del sujeto sólo será admisible cuando la propia —y previa— conducta de aquel o circunstancias en que se encuentra inmerso, justifiquen el descenso de las barreras de reserva para que prevalezca el interés ajeno o el público que puedan colisionar con aquel. Esta estricta vinculación con la salvaguardia de la intimidad, y la dimensión teleológica del derecho a la propia imagen,

¹¹⁰ Vid. STC 180/1987, de 30 de octubre.

hace que la dimensión constitucional del tema quede restringida a este concreto ámbito de natural reserva de la propia esfera íntima»¹¹¹.

Desde esta óptica, la empresa debe demostrar que el trabajador al que se le asigna la tarea que redundará en una limitación de sus derechos fundamentales es el único que puede desarrollarla de manera eficiente —o el más capacitado o adecuado para ello—, y que la forma de ejecución es la menos lesiva para el derecho fundamental. Además, si el trabajador ha sido contratado para realizar una actividad de cara al público no puede posteriormente alegar el derecho a la propia imagen para negarse a efectuar tareas donde dicha imagen pueda ser captada o difundida.

Aplicando tales premisas al supuesto concreto, el TC aceptó la vulneración del derecho a la propia imagen, porque «no consta que el trabajador, oficial de 2.ª deshuesador de jamones, tuviera asignada, explícita ni implícitamente, tarea alguna de exhibición de su habilidad en la promoción del producto, ni que éstas fueran componentes imprescindibles —o aun habituales— de las funciones que debía desarrollar».

Precisamente, el hecho de que la actividad se desarrolle de cara al público permite matizar esa doctrina, como advirtió la STSJ de Madrid de 30-9-1997¹¹², que rechazó la legitimidad de la negativa del trabajador a que su imagen fuera mostrada en un panel de grandes dimensiones. Comoquiera que se trataba de un empleado de una sala de bingo cuya prestación laboral consistía en leer, a la vista de todos los clientes, los números de los cartones, el tribunal no encuentra una razón que impida al empleador «enfocar con una cámara a quien está leyendo los números», proyectándose su imagen ampliada en un panel central durante treinta segundos; la sentencia advierte que «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».

¹¹¹ La sentencia continúa advirtiendo que «en esta línea, la Ley Orgánica 1/1982 (art. 2 en conexión con el 7, aps. 5 y 6, y art. 8.2) estructura los límites del derecho a la propia imagen en torno a dos ejes: la esfera reservada que la propia persona haya salvaguardado para sí y su familia conforme a los usos sociales; y, de otra parte, la relevancia o el interés público de la persona cuya imagen se reproduce o de los hechos en que ésta participa, como protagonista o como elemento accesorio, siendo ésta una excepción a la regla general citada en primer lugar, que hace correr paralelo el derecho a la propia imagen con la esfera privada guardada para sí por su titular. No puede deducirse del art. 18 CE, que el derecho a la propia imagen, en cuanto límite del obrar ajeno, comprenda el derecho incondicionado y sin reservas a permanecer en el anonimato. Pero tampoco el anonimato, como expresión de un ámbito de reserva especialmente amplio, es un valor absolutamente irrelevante, quedando desprotegido el interés de una persona a salvaguardarlo impidiendo que su imagen se capte y se difunda. Deben apreciarse, en este caso como en todos los de colisión de derechos fundamentales o bienes constitucionalmente protegidos, los intereses en presencia, mediante una adecuada ponderación de las circunstancias concurrentes. Es en esta perspectiva donde ha de situarse la valoración del alcance del derecho a la propia imagen como factor legitimador de la negativa del trabajador a obedecer la orden empresarial».

¹¹² Recurso de suplicación 2735/1996.

Por consiguiente, resulta palmario que, en ausencia de un propósito de difusión o captación de la imagen, el derecho a la propia imagen del trabajador no se encuentra afectado por las decisiones empresariales relativas a la indumentaria o a la apariencia estética. En estos supuestos entra en juego el derecho a la intimidad, vinculado intensamente a la dignidad y al libre desarrollo de la personalidad, que en último término facultan al interesado para adoptar decisiones estéticas en relación con su vestimenta o su persona.

No obstante, la STC 170/1987 parece cuestionar esta interpretación, pues a su juicio la intimidad personal se mueve en una esfera exclusivamente privada, que no puede trascender «al ámbito de las relaciones sociales y profesionales en que desarrolla su actividad». En este punto el TC se remite a su sentencia 73/1982, de 2 de diciembre, en la que, prácticamente *obiter dicta* al final de la misma, se advertía que «la intimidad personal no queda violada porque se impongan a la persona limitaciones de su libertad, como consecuencia de deberes y relaciones jurídicas que el ordenamiento jurídico regula, pues la intimidad es un ámbito o reducto en el que se veda que otros penetren y que no guarda por sí solo relación directa con la libertad de relacionarse con otras personas o derecho a tener amistades, que es a lo que la recurrente parece referirse».

Una remisión de esa índole —sin una mínima justificación de procedencia— parece inadecuada, y en ningún caso admite interpretación literal, porque esta última sentencia se refería a una disputa conyugal a consecuencia de un divorcio, con acusación de adulterio, supuesto muy distante al de la modulación de los derechos fundamentales del trabajador ante el ejercicio del poder de dirección empresarial, que cuenta con matices específicos que necesariamente deben integrarse —y explicitarse— en la valoración, aunque decida mantenerse la misma postura. En suma, el TC parece entender que la decisión sobre la legitimidad o no de la orden empresarial constituye un problema de legalidad ordinaria sin entidad constitucional, por lo que, sin perjuicio de supuestos excepcionales, la decisión empresarial de uniformar a los trabajadores o de prohibir determinada indumentaria o ciertas opciones estéticas —barba, en el caso de la STC 170/1987— no colisionaría con derechos fundamentales ni, por extensión, justificaría un recurso de amparo.

2. La uniformidad como prerrogativa inherente al poder de dirección

El interés empresarial y la concreta función asumida por el trabajador a consecuencia de la celebración de un contrato de trabajo resultan elementos decisivos para valorar si el empresario está legitimado para incidir en la esfera personal del trabajador limitando la capacidad de decisión sobre su indumentaria, ya que la lícita restricción de un derecho fundamental exige superar un test de constitucionalidad, en el que, en primer lugar, se acredite la idoneidad de la medida; en segundo lugar, su carácter indispensable; y, finalmente, la proporcionalidad del resultado.

En todo caso, parece claro que el poder de dirección empresarial faculta para imponer la uniformidad —o el uso de determinada ropa de trabajo, aunque estrictamente no configure un uniforme—,

sin necesidad de sujetarse estrictamente al test de constitucionalidad¹¹³. La uniformidad, en sí misma, no parece lesiva de ningún derecho, fundamental o no, y encaja sin dificultad en las prerrogativas empresariales. En este sentido, la uniformidad puede imponerse por convenio colectivo, aunque en defecto de pacto corresponde al propio empresario la facultad de adoptar medidas de este calado, en legítimo ejercicio de su poder de dirección. Los usos y costumbres de un determinado sector —como por ejemplo la hostelería— pueden resultar determinantes en la valoración de la decisión empresarial¹¹⁴. Ahora bien, si la uniformidad viene prevista en normas administrativas, no es claro que el empresario cuente con capacidad de decisión para configurar el uniforme de manera diferente¹¹⁵.

Como ha puesto de manifiesto la jurisprudencia, «las condiciones contractuales, que derivan de la actividad desempeñada en la empresa pueden implicar la adopción de condiciones de diverso tipo, entre las que puede figurar la uniformidad en la vestimenta prevista en el desarrollo de la actividad, y que la determinación de esta uniformidad en principio —en defecto de pacto colectivo o individual de los interesados— es competencia del empleador, salvo, naturalmente, que la decisión patronal atente a la dignidad y honor del trabajador, prevista en los artículos 4, 18 y 20 del ET, o a cualquiera de los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidas en la constitución»¹¹⁶. En consecuencia, la uniformidad es lícita cuando responde «a consideraciones organizativas empresariales adoptadas con la finalidad de dar a la clientela una buena imagen de la empresa»¹¹⁷.

En cualquier caso, las decisiones relativas a la indumentaria del trabajador, ya consistan en la uniformidad, ya marquen restricciones estéticas, no sólo han de tomar en consideración las exigencias que derivan del respeto al derecho a la intimidad, sino que, además, pueden encontrarse en el radio de acción de los principios de igualdad y no discriminación. Resulta evidente que el empresario no puede establecer diferencias de trato por este motivo que se estimen discriminatorias (por razón de sexo, raza, religión, etc.), o que, no siendo directamente discriminatorias, no se ajusten a los cánones de proporcionalidad, objetividad y razonabilidad que exige el principio de igualdad o que también deben valorarse para identificar discriminaciones indirectas¹¹⁸.

¹¹³ En contra, por considerar que la uniformidad sólo se justifica en presencia de un interés comercial o empresarial relevante, vid. B. AGRA VIFORCOS, *El derecho del trabajador a la libre determinación de su aspecto externo. La propia imagen en sentido positivo*, RTSS (CEF), nº 275, 2006, pp. 42 y ss.

¹¹⁴ Cfr. STS de 12-2-1986 (RJ 1986/749), que fue objeto de recurso de amparo desestimado por la STC 170/1987, de 30 de octubre.

¹¹⁵ Vid. STS de 30-1-2000 (recurso de casación 2330/1999).

¹¹⁶ Cfr. FJ 3º STS de 23-1-2001 (recurso de casación 1851/2000).

¹¹⁷ Cfr. STSJ de Canarias de 20-12-2001 (recurso de suplicación 1376/1999).

¹¹⁸ En general, vid. A. PARDELL VEA, "La igualdad ante la Ley", en AA.VV., *La igualdad ante la Ley y la no discriminación en las relaciones laborales*, MTAS, Madrid, 2005, pp. 35 y ss.

En este contexto, debe necesariamente plantearse si esas normas sobre apariencia estética pueden tomar como punto de partida, o como elemento determinante en su configuración, el sexo de los trabajadores. En una decisión ciertamente polémica, en contra de la presión social ejercida por algunos medios de comunicación, y en el marco de un conflicto laboral de cierta envergadura, la conocida STS de 23-1-2001¹¹⁹ advirtió que las reglas sobre apariencia estética pueden diferenciar entre hombres y mujeres, de modo que no se exige una igualdad de trato absoluta, ni siquiera en el ámbito de los servicios públicos.

Así se pronunció el TS en relación con la decisión de RENFE sobre la uniformidad del personal del AVE; en concreto, el personal masculino debía usar pantalón y calcetines, mientras que las mujeres debían vestir medias y falda con un largo prefijado (dos centímetros por encima de la rótula). Las trabajadoras alegaban que los usos sociales admiten la utilización indistinta de falda y pantalón por parte de mujeres, de modo que la imagen de la empresa no se veía perjudicada cualquiera que fuese la decisión de las afectadas. Sin embargo, el Alto Tribunal —valorando el compromiso que la empresa había mostrado en el pasado por la consecución efectiva de la igualdad laboral entre ambos sexos— advierte que la tolerancia o aceptación social no es obstáculo para que el empresario pueda imponer a las trabajadoras que prestan servicios de cara al público —dato que la sentencia convierte en decisivo, pues compara la situación con la de otras trabajadoras de RENFE que podían elegir entre falda y pantalón por no prestar servicios en contacto con los clientes— la utilización de falda, porque la decisión empresarial no respondía a una finalidad sexista ni trataba de denigrar al personal femenino, sino que pretendía consolidar una imagen de marca (FJ 4º).

En un sentido análogo, la STSJ de Canarias de 20-12-2001¹²⁰ declara legítimas las reglas de uniformidad impuestas por una empresa dedicada al *handling* en aeropuertos, aun cuando no se referían estrictamente a la vestimenta, sino a otros aspectos de la apariencia estética, configurando requisitos diferentes para hombres y mujeres. En concreto, la empresa había efectuado precisiones sobre el maquillaje o el peinado, tales como que «el [maquillaje] 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 llevarlo siempre pintados, con coles 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, el flequillo no deberá sobrepasar la altura de las cejas, no permitiéndose peinados ultramodernos».

Como se dijo, la obligación de utilizar determinada indumentaria puede venir prevista en el propio convenio colectivo, o incluso en normas de rango superior. Así lo advierte la STSJ de Andalucía/Granada de 13-11-2001¹²¹, que resolvió un supuesto donde los trabajadores comenzaron

¹¹⁹ Recurso de casación 1851/2000.

¹²⁰ Recurso de suplicación 1376/1999.

¹²¹ Recurso de suplicación 2798/2001.

a acudir a sus respectivos puestos de trabajo con una camiseta que mostraba una reivindicación sindical (en protesta por la privatización de la empresa), y no con la vestimenta exigida por el convenio colectivo, que debía proporcionar, como así lo había hecho, el empleador. Ante la amenaza expresa de sanción si no desistían de su conducta —que no puede calificarse como extralaboral, ni como contenido de la esfera personal—, el sindicato reclamó frente a la orden empresarial que impedía llevar las camisetas reivindicativas y exigía acudir al puesto con la ropa de trabajo proporcionada por la empresa, pero el tribunal desestimó la pretensión. En efecto, la sentencia advierte que la obligación de utilizar una determinada vestimenta derivaba del convenio colectivo, firmado por el sindicato actor, lo que le obliga a una mayor diligencia en el cumplimiento. En consecuencia, la decisión empresarial estaba amparada por el contenido del pacto, y no vulneraba ni la libertad de expresión ni la libertad sindical, en la medida que la ropa de trabajo no incluía consignas o anagramas empresariales que pudieran estimarse lesivos de las pretensiones sindicales.

Menor reproche puede merecer la decisión empresarial cuando la exigencia de uniformidad no sólo se contiene en el convenio colectivo, sino que se ve reforzada por normas heterónomas de aplicación general, como sucede en el ámbito de determinados servicios públicos, como la sanidad. En este sentido, la STSJ de Galicia de 27-6-2002¹²² debía pronunciarse sobre la pretensión de una consejería de salud autonómica de que determinados trabajadores de un centro sociosanitario de atención a minusválidos fichasen uniformados tanto a la entrada como a la salida del turno de trabajo. La exigencia de uniformidad estaba prevista en el convenio colectivo, en una orden ministerial y en una resolución de la consejería autonómica. La sentencia no aprecia vulneración de ningún derecho fundamental por la pretensión empresarial, porque no se exigía la uniformidad en el trayecto de ida y vuelta al trabajo, sólo en el momento de fichar.

3. Criterios determinantes de la legitimidad de la decisión empresarial: labores de cara al público y grado de tolerancia

La negativa del trabajador a aceptar las pretensiones empresariales relativas al aspecto estético con que debe desarrollarse la actividad —que no sólo consisten en restricciones, sino también en exigencias derivadas de la imagen de la empresa (*v.gr.*, requerimiento de tatuajes o *piercings* para prestar servicios como tatuador o como técnico en colocación de *piercings*)¹²³— podría justificar una sanción con motivo de la desobediencia¹²⁴. Cuando el incumplimiento del trabajador alcance el grado suficiente de gravedad y culpabilidad dicha sanción puede consistir en el despido disciplinario.

¹²² Recurso de suplicación 2871/2002.

¹²³ Vid. P. AUVERGNON, *Poder de dirección y respeto a la persona asalariada*, RL, nº 19-20, 2005, pág. 42 y ss.

¹²⁴ Desde luego, no cabe imponer sanción por desobediencia en relación con la negativa a usar *piercings* o tatuajes, porque el derecho fundamental a la integridad física ampara al trabajador que se niega a la pretensión empresarial; no obstante, tal negativa sí podría justificar la decisión de no contratar o, en su caso, un despido objetivo por ineptitud, sin perjuicio de que eventualmente pudiera apreciarse vulneración de la buena fe contractual, abriendo la posibilidad del despido disciplinario; vid. VI.8.

En todo caso, la legitimidad del despido está condicionada al debido respeto al derecho a la intimidad, principalmente, así como en su caso a los principios de igualdad y no discriminación¹²⁵.

Respecto de los derechos reconocidos en el art. 18 CE, su afectación por decisiones empresariales relativas a la apariencia estética fue objeto de análisis por el TC en su sentencia 170/1987, de 30 de octubre, relativa a un empleado de hostelería (con la categoría de primer barman) que decidió dejarse barba, y pese a las advertencias empresariales optó por no rasurarse, lo que conllevó, en primer lugar, dos sanciones de empleo y sueldo y, finalmente, el despido (dos años después de dejarse la barba y tras numerosas negativas al afeitado). El TC advierte que se trata de una cuestión de mera legalidad —lo que desde luego resulta discutible— y acepta la calificación como despido improcedente, sin efectuar mayores precisiones¹²⁶.

En virtud de esa remisión, los tribunales ordinarios han procedido a concretar los requisitos que necesariamente deben concurrir para limitar la capacidad de decisión del trabajador sobre su estética. En ese marco, la doctrina judicial concede una importancia decisiva a la actividad desempeñada, y en particular a si dicha actividad se desarrolla en privado o de cara al público. En efecto, no hay dudas sobre la potestad del empresario para exigir la uniformidad en la vestimenta, o para rechazar una indumentaria o una apariencia demasiado informal, pero esa restricción sólo se justifica cuando exista un interés empresarial legítimo, como sucede en trabajos de cara al público. En tal coyuntura, la negativa reiterada del trabajador a vestir el uniforme es calificable como desobediencia y legítima causa de despido disciplinario.

Un supuesto de esa índole fue conocido por la STSJ de Madrid de 5-11-2007¹²⁷. En concreto, un comercial de un concesionario de automóviles acudía a su puesto en ocasiones con indumentaria informal, como «una camiseta deportiva, con número de dorsal, pantalones vaqueros y zapatillas de deportes». Tras dos sanciones anteriores por el mismo motivo, sin que el trabajador rectificase su conducta, la empresa —que aducía que la actitud del actor respondía a la negativa del empleador a pactar una extinción fraudulenta con el propósito de que el trabajador pudiera acceder a la protección por desempleo e incorporarse a una empresa familiar— procedió a su despido.

El comercial, en su demanda, tachaba de ilícita la decisión empresarial por distintos motivos, y en particular, porque ni el convenio colectivo ni el contrato —ni tampoco una norma de rango legal o reglamentario— establecían la uniformidad, ni la exigencia de una indumentaria formal —chaqueta

¹²⁵ Vid. A. ARIAS DOMÍNGUEZ y F. RUBIO SÁNCHEZ, *El derecho de los trabajadores a la intimidad*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2006, pp. 61 y ss.

¹²⁶ Vid. E. GONZÁLEZ BIEDMA, "La apariencia física del trabajador y el contrato de trabajo: una aproximación al problema", en M.E. CASAS BAAMONDE, F. DURÁN LÓPEZ y J. CRUZ VILLALÓN (Coord.), *Las transformaciones del Derecho del Trabajo en el marco de la Constitución Española*, La Ley, Madrid, 2006, pp. 686 y ss.

¹²⁷ JUR 2008\45788.

y corbata—, y, asimismo, la empresa no había fijado normas internas sobre tal cuestión —que se entendía por tanto implícita o inherente al normal desarrollo de la actividad—, no proporcionaba ropa de trabajo ni compensaba económicamente al trabajador (mediante un plus de vestuario, por ejemplo). En consecuencia, se alega vulneración del derecho a la propia imagen —lo que daría lugar a una calificación como despido nulo— y, en cualquier caso, el demandante estima que el incumplimiento carecía de gravedad suficiente para justificar la sanción más grave, de modo que el despido disciplinario habría de ser calificado, en último término, como improcedente.

La sentencia rechaza completamente la argumentación del trabajador, admitiendo no sólo la legitimación del empresario para establecer normas relativas a la indumentaria, sino su carácter implícito en relación con diversas actividades profesionales. En efecto, a juicio de la sentencia «es de conocimiento común que determinadas actividades laborales requieren una mínima corrección o pulcritud indumentaria conforme unas reglas de trato social comúnmente admitidas, que por ello se dan por supuestas sin necesidad de un acuerdo expreso. Siendo ello así, quien aceptó prestar tareas de aquella índole carece de justificación para eximirse de las obligaciones que al respecto y conforme a esos usos sociales requiera el desempeño de sus cometidos profesionales. En el supuesto examinado, la índole de las tareas profesionales encomendadas al demandante comportaba, mientras las desempeñaba, obvias limitaciones en su libertad de vestir a su antojo».

En tal contexto, resulta evidente que la negativa reiterada del trabajador a acudir a su puesto en ropa formal —cuya exigencia implícita se deriva de los «usos sociales», según el tribunal— suponía un incumplimiento de sus obligaciones, que en atención a su reiteración, y habiendo sido objeto de advertencias y sanciones previas, presenta la gravedad suficiente como para justificar el despido disciplinario, que debe calificarse como procedente, puesto que la conducta del trabajador «exterioriza un indudable propósito de indisciplina e incluso de provocación».

En el mismo sentido, y en relación con un camarero, la STSJ de Cataluña de 8-1-1998¹²⁸ se pronuncia acerca de la negativa del trabajador a vestir el uniforme de la empresa (disconformidad que venía acompañada de una actitud completamente pasiva, con rechazo a realizar ningún tipo de actividad). La sentencia confirma la licitud de la sanción que había sido impuesta, advirtiendo que la intensidad del poder de dirección empresarial conlleva de ordinario la obligación del trabajador de cumplir las órdenes empresariales, sin perjuicio de la ulterior posibilidad de plantear la oportuna reclamación (*solve et repete*). El incumplimiento no sólo implica el desconocimiento del alcance del poder de dirección, sino que es contrario a las exigencias de la buena fe y la diligencia con la que deben afrontarse los cometidos propios de la prestación laboral.

¹²⁸ AS 1998/156.

Desde luego, menor objeción puede efectuarse a las indicaciones sobre vestimenta cuando se dirigen a un directivo y no se toman medidas disciplinarias por su incumplimiento. En este sentido, la STSJ de Madrid de 15-10-2007¹²⁹ considera ínsitas al poder empresarial las recomendaciones sobre indumentaria realizadas a un Director Comercial. En concreto, el Director General le comunicó por escrito, al hilo de una reorganización funcional, lo siguiente: «Igualmente, y dado el gran empeño que sabes tengo en el éxito de tus gestiones en la empresa, no quiero perder la oportunidad para advertirte de que en estos días transcurridos tras tu incorporación, he observado que asistes con un ropaje desgarrado e informal, el cual, y sin poner objeción a dicha vestimenta en otras circunstancias ajenas al desempeño de tu actividad profesional, estimo que no es el más apropiado al rango, funciones y relaciones, algunas externas, que debes mantener, así como al lugar en el que está situado el nuevo despacho». En esas condiciones, el tribunal considera que el poder de dirección empresarial permite dictar instrucciones sobre la vestimenta del trabajador, y que ningún reproche merece el proceder empresarial cuando ni siquiera se había impuesto una sanción.

En cualquier caso, conviene precisar que el trabajador puede ejercitar el *ius resistentiae* a las pretensiones empresariales cuando acredite una justificación suficiente para acudir al trabajo con una determinada estética, o cuando las pretensiones empresariales en relación con la uniformidad o la indumentaria resulten desproporcionadas en relación con el objetivo a conseguir¹³⁰. En caso de concurrir razones suficientes, la sanción impuesta por la empresa carecerá de legitimidad, y el despido, por consiguiente, podría ser calificado como improcedente, o eventualmente como nulo.

En este sentido, la STSJ de Cantabria de 17-8-2000¹³¹ debe afrontar un supuesto de esta índole, donde la trabajadora, que prestaba servicios como ayudante de camarero, acudió a trabajar con un *piercing* de grandes dimensiones («gran pendiente en la nariz», según la sentencia), y rechazó desentenderse de él pese a las reiteradas advertencias de la empresa, que finalmente procedió al despido.

La sentencia asume la doctrina tradicional ya expuesta, aceptando la legitimidad de la orden empresarial, y la aplicación del criterio de *solve et repete*. Sin embargo, a continuación admite, lógicamente, que «se exceptúan del deber de obediencia las órdenes del empresario que afectan a derechos irrenunciables del trabajador, afecten a su dignidad, sean ilegales o [...] concurren circunstancias de peligrosidad u otras análogas que razonablemente justifiquen la negativa a obedecer la orden de la empresa».

¹²⁹ Recurso de suplicación 2966/2007.

¹³⁰ Vid. A.P. BAYLOS GRAU, "La autotutela del trabajador frente a las extralimitaciones del poder de dirección del empresario", en J. CABEZA PEREIRO, J.F. LOUSADA ROCHENA y M. MOVILLA GARCÍA (Coord.), *Las limitaciones de los poderes empresariales y las responsabilidades por su utilización ilegítima*, Comares, Granada, 2002, pp. 40 y ss.; I. BALLESTER PASTOR, *Facultades de control empresarial sobre el aspecto exterior del trabajador: límites a la expresión del derecho a su propia imagen en el desarrollo de la prestación laboral*, Tribuna Social, nº 169, 2005, pág. 29.

¹³¹ Recurso de suplicación 802/2000.

A la postre, el interés empresarial que en este supuesto resultaba evidente, por la actividad de cara al público desarrollada por la trabajadora, debía ceder ante la razón esgrimida por la propia empleada, que había de mantener el *piercing* en su lugar durante al menos veinte días, período estimado de cicatrización, por indicación del técnico que había procedido a su colocación. Los motivos de salud se estiman justificación suficiente para la negativa de la trabajadora, lo que conduce a la calificación del despido como improcedente.

En un sentido análogo, la STSJ de Cataluña de 13-10-1999¹³² legitima la negativa de un trabajador —vigilante de seguridad que prestaba servicios en el metro de Barcelona— a la orden empresarial de llevar la gorra que formaba parte de su uniforme, puesto que padecía una enfermedad —hiperhidrosis en el cuero cabelludo— que según prescripción médica aconsejaba precisamente no utilizar la gorra.

No obstante su licitud teórica, la legitimidad de la decisión empresarial de exigir una determinada indumentaria o de rechazar cierto aspecto estético, las posibilidades de resistencia del trabajador ante tal pretensión, y la eventual sanción que pueda imponerse, dependen de variados factores, entre los que también incide un elemento de carácter temporal, y, al mismo tiempo, de coherencia en la actitud de las partes.

En efecto, el comportamiento de los contratantes puede resultar decisivo; no en vano, el art. 1282 del Código Civil es taxativo al afirmar que «para juzgar de la intención de los contratantes, deberá atenderse principalmente a los actos de éstos, coetáneos y posteriores al contrato», y esa regla, en materia de apariencia estética, puede contar con un relevante papel, especialmente en situaciones donde la decisión empresarial pueda tratar de encubrir una represalia, o donde la resistencia del trabajador a cumplir las pautas estéticas pretenda forzar ciertas medidas empresariales (con el fin de negociar, o de provocar un despido, etc.).

Desde esta perspectiva, la apariencia estética debería ser objeto de tratamiento en la entrevista de trabajo o, en todo caso, en los albores del contrato. Lógicamente, si el trabajador acude a trabajar en ropa informal o con determinado aspecto desde el mismo comienzo de su relación laboral y el empresario muestra tolerancia, un cambio de parecer después de cierto tiempo, cuando se ha creado un determinado contexto de informalidad, requiere una justificación suficiente en la que se motive el porqué del cambio de criterio, en virtud de los principios de buena fe y de respeto a los propios actos¹³³.

Conviene precisar, no obstante, que en este punto la doctrina judicial es confusa, y el mismo TS ha advertido, *obiter dicta*, que «una hipotética tolerancia ocasional de dichas conductas por parte de la

¹³² Recurso de suplicación 3904/1999.

¹³³ Vid. J.L. GIL Y GIL, *Principio de buena fe y poderes del empresario*, CARL, Sevilla, 2003, pp. 260 y ss.

dirección [no] priva a ésta del ejercicio futuro del poder disciplinario»¹³⁴. No obstante, y sin perjuicio de que determinados supuestos, por su gravedad, pudieran merecer otra calificación, la jurisprudencia tradicional ha defendido que la tolerancia empresarial crea un «uso de empresa» que va más allá de lo puramente interpretativo, insertándose en el sinalagma de la relación laboral, situación que esta no puede dejar de aplicar sorpresivamente —sin efectuar la previa advertencia sobre el particular a fin de dejar sin efecto tal autolimitación— ya que ello equivale a un ejercicio abusivo de sus facultades disciplinarias y un atentado al deber de buena fe que se deben ambas partes»¹³⁵. En suma, todo depende de la gravedad del incumplimiento, pues, en palabras de la STS de 24-9-1990¹³⁶, «si es cierto que la tolerancia no genera un derecho a ser impuntual, también lo es que no se justifica la sanción de despido apoyada en actos realizados en el clima de tolerancia y dentro del margen de la misma».

Desde luego, la motivación del interés empresarial debería resultar aún más profunda cuando el trabajador haya estado sometido a un período de prueba y, sin modificar significativamente su apariencia estética entre ese momento y el posterior, no hubiera recibido durante dicho período ninguna indicación empresarial sobre lo inadecuado de su aspecto.

En definitiva, aun existiendo un interés empresarial en teoría legítimo, si el propio empresario relativiza esas exigencias de uniformidad o buena apariencia —que incluso pudieran venir reflejadas en convenios colectivos o en pautas empresariales—, un cambio radical de escenario, con un nivel de exigencia más riguroso, podría contrariar la buena fe —que desde luego ha de respetarse en el ejercicio de la potestad disciplinaria¹³⁷— si el motivo no fuera la intención de mejorar el negocio, sino otros menos justificables desde esta perspectiva (por ejemplo, incomodar a los trabajadores para que acepten determinados cambios o medidas en el contexto de una negociación).

Sea como fuere, es evidente que una variación de este tipo —que no cabría catalogar como modificación sustancial de condiciones de trabajo incluso aunque el trabajador debiera prescindir de determinados abalorios, adornos o complementos, porque no forman parte del contenido de su prestación laboral— debe ser comunicada con una prudencial antelación, no justificándose, como se ha reiterado, sanciones sorpresivas por presuntos incumplimientos acaecidos durante el clima de tolerancia¹³⁸.

¹³⁴ Cfr. STS de 20-4-2005 (rcud. 6701/2003), aunque esa respuesta viene motivada por la peculiaridad del supuesto de hecho —despido por difundir un panfleto sindical ofensivo para la dirección de la empresa—, que lleva a la sentencia a desestimar la alegación de los despedidos consistente en que «el clima de las relaciones laborales en la empresa ha convertido en práctica usual el lenguaje despectivo o vejatorio entre sindicatos rivales, y por parte de algunos sindicatos respecto de la dirección de la empresa».

¹³⁵ Cfr. STS de 20-2-1991 (recurso de casación por infracción de ley), en relación con las faltas de asistencia y/o puntualidad.

¹³⁶ Recurso de casación por infracción de ley.

¹³⁷ Vid. J.L. GIL Y GIL, *Autotutela privada y poder disciplinario en la empresa*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1994, pp. 85 y ss.

¹³⁸ Respecto de la impuntualidad en ese escenario de tolerancia, vid. STS de 24-9-1990 (RJ 1990\7040). En relación con la prohibición de fumar, vid. SSTSJ de Castilla-La Mancha de 19-10-2006 (AS 2006\3404) y de Madrid de 24-1-2006 (JUR 2006\98491).

Por supuesto, si el trabajador es advertido desde el comienzo de su actividad laboral de la inconveniencia de acudir al trabajo con una determinada estética, la vulneración de esas indicaciones empresariales —siempre que tales prescripciones estén justificadas por un legítimo interés empresarial o comercial— es sancionable desde la primera ocasión en la que se detecte el incumplimiento.

Cuestión distinta es que el trabajador, conocedor de las reglas empresariales sobre indumentaria y apariencia estética, cumpla y no cuestione tales pautas durante largo tiempo y decida vulnerarlas en un momento determinado. La conducta del trabajador resulta difícilmente justificable y el empresario se encuentra legitimado para imponer una sanción. Así lo advirtió la STS de 12-2-1986¹³⁹, que fue objeto de recurso de amparo desestimado por la STC 170/1987, de 30 de octubre. Como se dijo, tales sentencias se planteaban la procedencia del despido de un camarero que se negaba a afeitarse la barba, pese a las continuadas advertencias de su empleador. La sentencia del TS deja claro que «la orden de acudir a su trabajo completamente rasurado que de la empresa recibió el actor no puede ser calificada de injusta, ni entender que supone extralimitación en las facultades empresariales, ni vulneración de los derechos del trabajador; pues no cabe olvidar que los usos y costumbres locales y profesionales son, a tenor del artículo 3.1.d) del Estatuto de los Trabajadores fuentes jurídicas de la relación laboral, como ya lo eran según la Ley de Contrato de Trabajo de 1944 (artículo 9, 3.º). Y el primero revela que a tal uso y costumbre —que el actor había de conocer y al que ha de entenderse referida cláusula expresa de su contrato de trabajo en la que acepta someterse a las normas de la empleadora sobre aseo, presentación, etc.— se atuvo pacíficamente él mismo durante casi once años, para después plantear la reivindicación de su pretendido derecho, en términos difícilmente comprensibles si es que en verdad deseaba la subsistencia de la relación laboral; puesto que bien pudo, en su momento, cuestionar la legitimidad de la orden recibida, acatándola o no en principio o impugnar cada una de las dos sanciones de suspensión de empleo y sueldo que por desobedecerla, le fueron impuestas. Lejos de ello, en claro enfrentamiento, no en vía judicial, con la empleadora, mantuvo su persistente postura; y así su desobediencia adquirió notorios caracteres de gravedad y culpabilidad, que hacen plenamente correcta la aplicación al caso del artículo 54 números 1 y 2.b) del Estatuto de los Trabajadores».

4. La uniformidad y las restricciones estéticas en actividades no desarrolladas de cara al público

La capacidad del empleador para influir, mediante restricciones obviamente, en la libertad de decisión del trabajador acerca de su estética está supeditada a la existencia de un verdadero interés empresarial. La conciliación entre los derechos del trabajador y las pretensiones del empresario que

¹³⁹ RJ 1986\749.

se dirigen a mejorar el proceso productivo o las posibilidades de negocio exige, de ordinario, un sacrificio por ambas partes, porque ni el poder de dirección ni los derechos del trabajador se configuran con un carácter absoluto.

En el caso de la apariencia estética del trabajador, las limitaciones impuestas por el empresario no pueden estar basadas, en principio, en preferencias personales del empleador —o de los directivos o mandos encargados de regir determinados departamentos, parcelas o unidades de negocio—, sino que deben responder a un legítimo interés patronal, que de ordinario únicamente está presente en actividades o puestos de trabajo que se desarrollan de cara al público, máxime cuando la jurisprudencia ha advertido que los clientes o usuarios son «acreedores a un trato exquisito, que exige como norma elemental de convivencia un comportamiento ejemplar por parte de los empleados»¹⁴⁰. La imagen de la empresa podría en tales casos verse comprometida si cada trabajador pudiera decidir libremente sobre su apariencia estética.

En cambio, en actividades que no se desarrollan de cara al público el empresario cuenta con menores facultades, porque la intimidad personal y el libre desarrollo de la personalidad —así como la dignidad— garantizan al trabajador una esfera de decisión que se impone a las eventuales reticencias o preferencias empresariales, ante la ausencia de un interés de suficiente envergadura como para justificar la limitación de derechos de tanto calado por su ubicación constitucional y por la significación que han adquirido en los Estados modernos.

En este sentido, no es claro si el empresario puede decidir la uniformidad de sus trabajadores cuando no prestan servicios de cara al público. La doctrina judicial parece decantarse por la respuesta afirmativa, pese a que el interés empresarial en actividades que no trascienden la dimensión interna de la empresa resulta difuso. Ahora bien, la decisión de uniformar, por un lado, y la pretensión de limitar determinadas opciones estéticas o de indumentaria, por otro, no pueden situarse en el mismo plano, sino que tienen un trasfondo diferente y están por ello sujetas a requisitos distintos, pues mientras la uniformidad tiene carácter general, las órdenes relativas a la estética cuentan, en principio, con alcance particular o individual, y resultan susceptibles de valoración desde otras perspectivas, como la eventual vulneración de la prohibición de discriminación. Es, por tanto, en defecto de decisión de uniformidad cuando se plantean las cuestiones de más compleja respuesta; se ha llegado a afirmar que «la imagen del trabajador pertenece en línea de principio al empresario durante la jornada laboral, siempre que no se exceda en sus exigencias»¹⁴¹.

¹⁴⁰ Cfr. STS de 2-6-1987 (Ar. 4100), en relación con el empleado de un casino que ofendió a un superior en presencia de los clientes.

¹⁴¹ Cfr. A. PEDRAJAS MORENO y T. SALA FRANCO, *La indumentaria del trabajador y otros elementos que afectan a su aspecto e imagen externa durante el trabajo (miscelánea jurisprudencial)*, AL, nº 12, 2008, pp. 1456 y ss.

Desde luego, el empresario puede establecer ciertas limitaciones, basadas en causas diversas, como se verá en los epígrafes siguientes. En primer lugar, la prevención de riesgos laborales puede derivar en legítimas exigencias relativas a la vestimenta, que se configuraría como equipo de protección individual, o en la prohibición de llevar determinados complementos que pudieran dificultar o poner en peligro la integridad física del trabajador.

En segundo lugar, la vestimenta o determinados complementos relacionados con la apariencia estética podrían poner en riesgo la propia actividad desarrollada, por el peligro que suponen para determinada maquinaria o para los equipos de trabajo, bien sea porque potencialmente generan riesgo de rotura o avería, bien sea porque su uso podría entorpecer el normal funcionamiento de los aparatos.

En tercer lugar, la falta de aseo o higiene puede resultar también una causa legítima de sanción, especialmente si perjudica el buen ambiente que debe presidir el desempeño de la relación laboral. Ello supone que el desaliño será más reprochable cuando el trabajador que incurra en esa conducta preste servicios simultáneamente con otros, pues la falta de higiene, con las consecuencias que lleva aparejadas, provocará dificultades en la relación entre los trabajadores, empeorará el ambiente laboral, y justificará por tanto una sanción. Pero en ausencia de repercusiones negativas de ese tipo, y especialmente cuando el trabajador no presta servicios acompañado ni tampoco de cara al público, sólo cabe sanción grave en supuestos excepcionales¹⁴².

Las limitaciones al poder de dirección en relación con la apariencia estética del trabajador en estos supuestos de prestación de servicios que no se desarrollan de cara al público quedan reflejadas en la STSJ de Madrid de 7-5-2002¹⁴³. El actor prestaba servicios como teleoperador en Madrid para una empresa dedicada al *telemarketing*, y a consecuencia de las elevadas temperaturas en época estival decidió acudir a su puesto en pantalones cortos. La empresa, estimando inadecuada esa indumentaria, advirtió al trabajador sobre la necesidad de utilizar una vestimenta más formal —aunque no existían reglas sobre el particular, y desde luego tampoco obligación de uniformidad—, pretensión que el trabajador no aceptó¹⁴⁴. A consecuencia de la persistente actitud, pues continuaba acudiendo a trabajar en pantalones cortos, la empresa procedió a su despido por desobediencia.

La sentencia rechaza los argumentos empresariales, porque entiende que la orden se encontraba más allá de las facultades que atribuye el poder de dirección. En efecto, el tribunal razona que no se están valorando pautas sobre vestimenta en la empresa, sino la licitud de impedir a un trabajador que acuda con una prenda de ropa que en determinadas épocas del año proporciona mayor

¹⁴² VIII.4.

¹⁴³ Recurso de suplicación 892/2002.

¹⁴⁴ El trabajador no sólo persistió en su actitud, sino que publicó la carta en el tablón de anuncios de la empresa durante tres días, añadiendo anotaciones o comentarios del siguiente tenor: «pues que quede claro que seguiré con pantalón corto, porque son bonitos y hace calor».

comodidad y se encuentra admitida por los usos sociales. El trabajador, que acudía a su puesto cumpliendo las más elementales normas de pulcritud y aseo personal, no prestaba servicios de cara al público, de lo que la sentencia extrae que «su modo de vestir no trasciende, ni puede ante terceros afectar a la imagen de la demandada». En consecuencia, la empresa no puede restringir opciones estéticas que resultan neutras desde la perspectiva de la productividad y del interés empresarial y comercial¹⁴⁵.

Más allá del supuesto de hecho, esta sentencia destaca por la distinción entre dos facetas que han de disociarse en el ejercicio del poder de dirección y en las eventuales limitaciones a los derechos laborales, ya que, por un lado, debe valorarse en abstracto si el poder de dirección faculta para imponer la uniformidad respecto de actividades que no se desarrollan de cara al público, y, por otro, si ese mismo poder justifica la prohibición de utilizar determinadas prendas de vestir o complementos.

Respecto de la primera cuestión, la sentencia insinúa —aunque no lo afirma con rotundidad— que el empresario podría legitimamente establecer reglas relativas a la uniformidad, conclusión posiblemente acertada. El interés empresarial o comercial que justifica la uniformidad está presente, sin duda, en actividades de cara al público, mientras que podría encontrarse más difuminado cuando la prestación de servicios no cuenta con ese componente de publicidad, porque la creación de una imagen de empresa o de marca requiere la presencia de terceros que identifiquen esa indumentaria con un determinado producto o compañía.

No obstante, y a pesar de que el interés comercial en sentido estricto difícilmente concurrirá, es obvio que puede existir un interés empresarial —que incluye intereses diversos, como los «del capital, del trabajo o del consumidor»¹⁴⁶— en la uniformidad o en el establecimiento de determinadas pautas de vestimenta, con objeto, por ejemplo, de crear un sentimiento de grupo entre los trabajadores o de identificación con la propia empresa, que puede favorecer la cooperación y el buen ambiente laboral, y también coadyuvar a una mejora del rendimiento y la productividad.

En cambio, la prohibición de utilizar determinadas prendas de vestir, o complementos que configuren una apariencia estética contraria a las preferencias del supervisor, encargado, mando o directivo — y en último término de la propia empresa, pues tales personas encarnan su voluntad— conlleva

¹⁴⁵ En relación con la publicación de la carta en el tablón de anuncios, aderezada con comentarios que podrían considerarse despectivos o contrarios a la buena fe, la sentencia afirma que «la actuación del actor, aun desafortunada e inconveniente, no puede considerarse como constitutiva de transgresión de la buena fe contractual, sino como rebeldía a la orden recibida, por lo que sólo cabe analizarla en conexión con ésta, y si la misma, según hemos mantenido en el anterior, injustificada estaba, su reacción, que ningún perjuicio económico o de imagen, consta que originara, no puede amparar, como la recurrente pretende, la máxima sanción en materia laboral impuesta».

¹⁴⁶ Cfr. P. DE SOUSA MACEDO, *Poder disciplinar patronal*, Livraria Almedina, Coimbra, 1990, pág. 11.

una limitación a la libertad individual que difícilmente puede justificarse a partir de un difuso interés empresarial, máxime cuando no se han explicitado previamente pautas estéticas de obligado cumplimiento y, por consiguiente, la empresa no ha demostrado ese interés por crear una buena dinámica de grupo o por lograr la identificación de sus trabajadores con la propia empresa.

En consecuencia, las órdenes empresariales que conllevan restricciones individuales en relación con la indumentaria o la estética en actividades que no se desarrollan de cara al público se entienden ilegítimas por *ultra vires* con carácter general, sin perjuicio de situaciones en las que dicha estética pueda enturbiar el buen ambiente laboral, por convertirse en un elemento perturbador o creador de un ambiente poco saludable o enrarecido (estética demasiado agresiva, demasiado explícita sexualmente o con proclamas radicales, por ejemplo)¹⁴⁷.

5. Indumentaria y prevención de riesgos laborales

Como ya se adelantó, la libertad del trabajador para elegir su apariencia estética no es absoluta, y no sólo está limitada por intereses comerciales. El interés empresarial, que cuenta con un contenido más amplio que el interés comercial, y el del propio trabajador, exigen el respeto a las normas de prevención de riesgos laborales, tanto en una vertiente positiva o de hacer —que conllevaría la exigencia de vestir o portar determinada indumentaria que se configura como equipo de protección individual—, como en una vertiente negativa o de no hacer, que consiste en la prohibición de vestir o portar prendas, complementos u objetos que puedan reducir o anular medidas de prevención o que aumenten el riesgo de accidente o enfermedad para el trabajador.

No en vano, el art. 14.1 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales¹⁴⁸ configura la protección frente a los riesgos laborales como un derecho-deber, en la medida que el empresario tiene obligación de velar por sus trabajadores, y éstos cuentan con un derecho a ser protegidos por el empresario. En su faceta de deber, esa protección no se agota en las obligaciones del empresario, puesto que el trabajador ha de «observar en su trabajo las medidas legales y reglamentarias de seguridad e higiene» (art. 19 ET). A la postre, y a tenor del art. 29 LPRL, «corresponde a cada trabajador velar, según sus posibilidades y mediante el cumplimiento de las medidas de prevención que en cada caso sean adoptadas, por su propia seguridad y salud en el trabajo y por la de aquellas otras

¹⁴⁷ En otros ordenamientos se ha prohibido expresamente a una mujer la utilización camisas transparentes que dejen «entrever los senos desnudos»; vid. J.L. GIL Y GIL, *Poder directivo y apariencia externa del trabajador*, RL, nº 19-20, 2005, pág. 119.

¹⁴⁸ Ley 31/1995, de 8 de noviembre.

personas a las que pueda afectar su actividad profesional, a causa de sus actos y omisiones en el trabajo, de conformidad con su formación y las instrucciones del empresario»¹⁴⁹.

Desde esta perspectiva, el empresario podría incluso conminar a los trabajadores a dejar de utilizar ropa que proporcione inadecuado abrigo, especialmente en lugares de trabajo con aire acondicionado, o en los que pudiera haber corrientes de aire. Desde luego, el empresario tiene obligación de reducir los riesgos, y debería evitar escenarios de esa índole, pero también es exigible al trabajador cierta diligencia en la elección de su indumentaria. Ciertamente, no obstante, que este tipo de órdenes resultan poco frecuentes y en la práctica podrían confundirse con consignas de corte moral, especialmente si la indicación se dirige principalmente a mujeres. Consecuentemente, para proceder a una orden de esta índole deben extremarse las cautelas y la justificación debe ser explícita y clara, para eliminar susceptibilidades y malinterpretaciones.

La doctrina judicial no se ha pronunciado sobre estos supuestos fronterizos, sino en relación con situaciones aparentemente más evidentes, o con menos aristas para alcanzar una conclusión difícilmente cuestionable. En ese escenario, el incumplimiento del trabajador resulta palmario, y únicamente cabe discutir si el despido constituye la sanción más adecuada, o la reacción empresarial resulta desproporcionada.

Uno de esos supuestos es resuelto por la STSJ de Baleares de 7-10-2003¹⁵⁰, en relación con una trabajadora, oficial administrativo de una compañía aeronáutica, que había sido despedida por no cumplir la orden empresarial de vestir el chaleco reflectante cuando se encontrase en la pista del aeropuerto, pese a que había sido advertida en ocasiones anteriores sobre dicha exigencia. La sen-

¹⁴⁹ El apartado 2 de ese mismo art. 29 añade que «los trabajadores, con arreglo a su formación y siguiendo las instrucciones del empresario, deberán en particular: 1. Usar adecuadamente, de acuerdo con su naturaleza y los riesgos previsibles, las máquinas, aparatos, herramientas, sustancias peligrosas, equipos de transporte y, en general, cualesquiera otros medios con los que desarrollen su actividad. 2. Utilizar correctamente los medios y equipos de protección facilitados por el empresario, de acuerdo con las instrucciones recibidas de este. 3. No poner fuera de funcionamiento y utilizar correctamente los dispositivos de seguridad existentes o que se instalen en los medios relacionados con su actividad o en los lugares de trabajo en los que ésta tenga lugar. 4. Informar de inmediato a su superior jerárquico directo, y a los trabajadores designados para realizar actividades de protección y de prevención o, en su caso, al servicio de prevención, acerca de cualquier situación que, a su juicio, entrañe, por motivos razonables, un riesgo para la seguridad y la salud de los trabajadores. 5. Contribuir al cumplimiento de las obligaciones establecidas por la autoridad competente con el fin de proteger la seguridad y la salud de los trabajadores en el trabajo. 6. Cooperar con el empresario para que éste pueda garantizar unas condiciones de trabajo que sean seguras y no entrañen riesgos para la seguridad y la salud de los trabajadores». El apartado 3 del art. 29 LPRL añade que «el incumplimiento por los trabajadores de las obligaciones de prevención de riesgos a que se refieren los apartados anteriores tendrá la consideración de incumplimiento laboral a los efectos previstos en el artículo 58.1 del Estatuto de los Trabajadores o de falta, en su caso, conforme a lo establecido en la correspondiente normativa sobre régimen disciplinario de los funcionarios públicos o del personal estatutario al servicio de las Administraciones públicas. Lo dispuesto en este apartado será igualmente aplicable a los socios de las cooperativas cuya actividad consista en la prestación de su trabajo, con las precisiones que se establezcan en sus Reglamentos de Régimen Interno».

¹⁵⁰ JUR 2004167830.

tencia confirma que la negativa de la trabajadora a vestir el chaleco reflectante tal y como le había sido ordenado por la empresa constituye una conducta grave y culpable «por tratarse de una medida de seguridad en el trabajo» que no puede ser ignorada. En consecuencia, la sentencia acepta la decisión empresarial al calificar el despido como procedente.

En un sentido análogo, la STSJ de Galicia de 26-1-2007¹⁵¹ debía pronunciarse en relación con un oficial de primera de carnicería en un supermercado que accedía a determinadas dependencias —laboratorio de carnicería— sin utilizar gorro ni mascarilla pese a que eran preceptivos y se le había recriminado dicha actitud. Aunque concurrían otras muchas irregularidades, el incumplimiento de la orden empresarial —constaba además que el trabajador conocía la normativa sobre indumentaria— es un elemento de valoración relevante para calificar el despido como procedente.

Sin lugar a dudas, la prevención de riesgos laborales debería también actuar en sentido inverso, y de hecho formalmente resulta indiscutible que así ha de ser, de modo que las decisiones empresariales relacionadas con la indumentaria tomen en consideración los riesgos para la seguridad y salud que determinadas prendas o complementos pueden ocasionar. En particular, la exigencia de uniformidad debería constar explícitamente en la evaluación de riesgos, aunque es cierto que en ocasiones no parece que la prevención de riesgos constituya la preocupación principal cuando se impone el uniforme (*v.gr.*, personal femenino de aerolíneas)¹⁵².

6. Restricciones estéticas por motivos de salubridad, higiene o salud pública

Las exigencias derivadas de la legislación de prevención de riesgos laborales tienen la finalidad primordial de proteger la salud del trabajador, pero en el marco de la relación de trabajo el interés empresarial, y también el social, exigen adoptar una mayor amplitud de miras, pues no sólo debe protegerse la salud del trabajador, sino también la de la sociedad en general, y la de los clientes en particular.

Desde esta perspectiva, y aunque la prevención y remedio de situaciones que puedan poner en peligro la salud pública son competencia y obligación principal de las Administraciones Públicas —y por eso se ha aprobado normativa de diverso rango, tanto a nivel estatal¹⁵³ como autonómico¹⁵⁴—, es

¹⁵¹ JUR 2007\205724.

¹⁵² Resulta evidente que en un entorno donde la estabilidad es precaria, y en ocasiones se producen movimientos bruscos, la utilización de calzado con tacón y de faldas que limitan la movilidad de las piernas aumenta el riesgo de accidente, o cuando menos no lo disminuye.

¹⁵³ Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de medidas especiales en materia de salud pública.

¹⁵⁴ Vid. Ley de la Comunidad Valenciana 4/2005, de 17 de junio, cuyo art. 2 define la salud pública como «el esfuerzo organizado por la sociedad para proteger y promover la salud de las personas y para prevenir la enfermedad mediante acciones colectivas».

claro que el empleador debe hacer lo posible por evitar que la actividad empresarial entrañe riesgo «de peligro para la salud de la población debido a la situación sanitaria concreta de una persona o grupo de personas o por las condiciones sanitarias en que se desarrolle una actividad»¹⁵⁵.

La salud pública y la higiene alimentaria no son responsabilidad exclusiva de los poderes públicos, sino que los empresarios deben asimismo evitar cualquier riesgo sanitario para los clientes, consumidores o usuarios de los productos o servicios que fabriquen o proporcionen, y por ello están en disposición de obligar a sus trabajadores a utilizar determinada indumentaria que no es imprescindible desde la óptica de la prevención de riesgos laborales, pero sí como exigencia de salubridad, como se contempla en los convenios colectivos de la industria alimentaria, que tipifican como infracción el incumplimiento de esas exigencias relativas a gorros, guantes y prendas similares¹⁵⁶. Desde luego, el mismo argumento permite al empresario obligar al trabajador a renunciar a determinada indumentaria o complementos, o a variar ciertas opciones estéticas.

Una situación de esa índole acontece en el supuesto de hecho que debía afrontar la STSJ de Madrid de 10-7-2001¹⁵⁷. El trabajador era Jefe de Partida (equivalente a jefe de un departamento o sección)¹⁵⁸ en la cocina de un restaurante en el momento en el que la empresa elaboró reglas sobre uniformidad para el personal que debía manipular alimentos, de modo que a partir de entonces resultaba obligatorio el uso de gorro para todo el personal de cocina. Tras varias advertencias verbales, una amonestación escrita y dos sanciones de empleo y sueldo por el incumplimiento de estas pautas sobre vestimenta, la empresa finalmente procedió al despido disciplinario.

La sentencia enumera los presupuestos objetivos de la desobediencia¹⁵⁹, y concluye advirtiendo que todos ellos concurren, porque la orden empresarial resultaba legítima, en la medida que no era

¹⁵⁵ Art. 3 Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, precepto dirigido a las «autoridades sanitarias competentes».

¹⁵⁶ Vid. art. 33 Convenio Colectivo para las industrias de turrónes y mazapanes.

¹⁵⁷ Recurso de duplicación 2051/2001.

¹⁵⁸ La propia sentencia enumera sus funciones: «realizar de manera cualificada las funciones de control y supervisión de la partida o servicio que le sea asignado bajo la dirección del jefe de cocina, las mismas del cocinero y además: participar él en el control de aprovisionamientos, conservación y almacenamiento de mercancías; elaborar informes sobre la gestión de los recursos y procesos de su partida o servicio y colaborar en la instrucción del personal a su cargo».

¹⁵⁹ A saber: «a) la existencia de una orden empresarial; b) que el trabajador la haya recibido como tal; c) que la orden dada sea legítima, pues el deber sólo surge cuando las facultades directivas se ejercitan de manera regular, no habiendo por ello obligación de atender la orden ilícita, bien entendido que eso no significa que baste, para no tener que atenderla, con que el trabajador la considere ilegal; y d) la negativa de éste a cumplirla; ahora bien, no siempre que se desobedece la orden dada se justifica la adopción de una medida disciplinaria, especialmente tan grave como es la de despido, pues para ello se precisa que haya culpabilidad en la conducta del trabajador, requisito que aun dándose, no es tampoco suficiente para legitimar la máxima de las sanciones que cabe imponerle, o sea, el despido, pues también ha de darse conjuntamente otro requisito, cual es el de la gravedad, ya que si falta alguno de los dos, el despido no está justificado, conforme a lo establecido en el artículo 54.1 del Estatuto de los Trabajadores».

«arbitrario y caprichoso el que la empresa demandada obligara a todos los empleados relacionados con la cocina a que llevarsen el gorro puesto cuando trabajaban en la misma», pues tal exigencia derivaba del cumplimiento de la normativa reglamentaria aplicable al sector¹⁶⁰, y la conducta del actor constituía una desobediencia grave y culpable sin justificación suficiente, como demuestra la persistencia y reiteración de la negativa pese a las sanciones progresivas que le fueron impuestas.

Un supuesto con ciertos paralelismos fue resuelto por la STSJ de Madrid de 18-4-2001¹⁶¹, en relación con el cocinero de un restaurante que desde el ingreso en la empresa lucía bigote, sin objeción empresarial alguna. Veinte años después del comienzo de la actividad profesional decidió que, además de bigote, llevaría perilla. La empresa le comunicó que toleraba el bigote —a modo de derecho consolidado o prácticamente de condición más beneficiosa («dada su antigüedad en tal uso», en palabras de la carta empresarial)—, pero no la perilla, requiriendo al actor para que se presentase al trabajo «con la barba completamente rasurada» por motivos de «higiene», indicación que el trabajador —representante unitario— no aceptó, e interpuso una demanda de tutela de sus derechos fundamentales «a la intimidad, a la propia imagen y a la dignidad personal».

La sentencia no cuestiona que las preferencias estéticas de las personas dedicadas a la manipulación de alimentos deben ceder a favor de las reglas relativas a salubridad e higiene, con el fin de minimizar el riesgo para clientes y consumidores. Es más, señala explícitamente que «los manipuladores de alimentos deberán conocer y cumplir las instrucciones de trabajo establecidas por la empresa para garantizar la seguridad y salubridad de los alimentos», pero precisa que «tales instrucciones han de ser razonables y encontrar amparo legal, convencional o consuetudinario». Y en el caso concreto entiende que tales instrucciones no estaban justificadas, porque tanto la barba como la perilla que lucía el trabajador se encontraban «debidamente recortadas y aseadas», y por tanto no generaban riesgo ninguno para los clientes del establecimiento.

7. La eventual incidencia de la libertad religiosa

Sin perjuicio de un mayor desarrollo ulterior sobre la incidencia en la relación laboral de las convicciones religiosas del trabajador¹⁶² —y en su caso del empresario—, es claro que la libertad religiosa

¹⁶⁰ Asimismo, se añade que «conforme al artículo 4 del RD 2207/1995 se establece que las empresas del sector alimentario podrían utilizar voluntariamente Guías de prácticas correctas de higiene como un medio para garantizar que cumplen lo dispuesto en el artículo 3 del Real Decreto citado, en relación con la higiene en la preparación, fabricación, transformación, envasado, almacenamiento, transporte, distribución, manipulación y venta o suministro de productos alimenticios, recogién-dose en la página 59 de dicha Guía, en relación con la ropa de trabajo, lo siguiente: "especial importancia posee el gorro de cabeza, que tan poca simpatía tiene entre el profesional manipulador de alimentos; su función es doble: por un lado, evita que el pelo se ensucie de los olores, vapores y humos propios de los recintos de elaboración de alimentos y por otro lado, impide que el pelo, que debe permanecer siempre limpio, contamine los alimentos; debiendo cubrir el gorro tanto cabello como sea posible y si éste se lleva largo, debe recogerse detrás para que no salga del gorro».

¹⁶¹ AS 2001\2341.

¹⁶² V.

atribuye a su titular amplias facultades en la manifestación o no de sus creencias, y por ello el modo de exteriorización puede ser distinto en función del individuo. No obstante, la pretensión del trabajador de mostrar sus convicciones públicamente puede chocar con el interés empresarial de uniformar o de evitar determinados símbolos, lo que obliga a precisar si cabe modular el alcance de este derecho fundamental en el marco de la relación de trabajo. En consecuencia, en estos supuestos relacionados con la apariencia estética no siempre está en juego el derecho a la intimidad personal —o el libre desarrollo de la personalidad—, sino que pueden incidir otros derechos fundamentales como la libertad religiosa e incluso la libertad de expresión, si con esa apariencia o indumentaria el trabajador trata de difundir un determinado mensaje.

Como en todos los supuestos de esta índole, la restricción de un derecho fundamental exige probar un interés empresarial de la suficiente entidad como para justificar la limitación¹⁶³, y no siempre resulta sencillo. En este sentido, la STSJ de Baleares de 9-9-2002¹⁶⁴ valora la conducta de un conductor de autobús que prestaba servicios para la empresa municipal de transportes vistiendo su uniforme reglamentario, pero a él añadía el gorro típico de la religión judía (*kipá*), pues cubrirse la cabeza es señal de respeto a la divinidad según la confesión hebrea. El empleador decidió sancionar al trabajador por incumplimiento de las reglas sobre indumentaria.

La sentencia comienza reconociendo la licitud de la pretensión empresarial de uniformidad, que en todo caso debe supeditarse a la no vulneración de derechos constitucionales. En consonancia, la sentencia advierte que el uso de gorra no estaría justificado si respondiese «a un mero capricho o al seguimiento de modas», pero sí podría estarlo cuando tal conducta esté motivada por creencias religiosas. El tribunal recuerda que esta clase de conflictos exigen una solución casuística, y concluye afirmando que la prohibición de la empresa y la imposición de la sanción no se encuentran justificadas en un contexto en el que no se aprecia ningún «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». En última instancia, el tribunal precisa que la empresa demandada tenía carácter público, naturaleza que le exige una mayor neutralidad con las distintas opciones religiosas¹⁶⁵.

¹⁶³ Vid. R. FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R. TASCÓN LÓPEZ, H. ÁLVAREZ CUESTA y J.G. QUIRÓS HIDALGO, *Inmigración, religión y trabajo en Andalucía*, CES de Andalucía, Sevilla, 2007, pp. 48 y ss.

¹⁶⁴ Recurso de suplicación 390/2002.

¹⁶⁵ El último párrafo del fundamento jurídico segundo se expresa con contundencia: «y así debe de 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».

La interacción del poder de dirección empresarial y la libertad religiosa puede producirse también en sentido inverso, de forma que el trabajador no rechace las pautas empresariales sobre uniformidad, sino únicamente alguna de las prendas que debería lucir por resultar contrarias a sus convicciones, como sucede en la STSJ de Madrid de 27-10-1997¹⁶⁶.

La trabajadora, que prestaba servicios como vendedora, comunicó a su empresario, un mes después de comenzar la relación laboral, que profesaba la religión musulmana, y solicitaba la adaptación de determinadas condiciones de trabajo, pues no eran compatibles con sus creencias. Entre las modificaciones pretendidas la trabajadora pedía una adecuación del uniforme, pues su religión no le permitía vestir falda corta.

La sentencia, en una argumentación escueta pero muy contundente, rechaza la pretensión de la trabajadora, porque aún reconociendo la trascendencia de la libertad religiosa en su condición de derecho fundamental, considera que la adaptación de la organización empresarial a las particularidades de un concreto trabajador también exige de éste «una conducta especial de lealtad y buena fe», consistente, en lo esencial, en informar sobre las creencias religiosas en el momento de solicitar el puesto de trabajo «a fin de que esa futura empleadora estudie si puede encajar tal situación especial en su infraestructura específica». Aunque la sentencia no continúa el argumento, parece concebir la comunicación extemporánea como un indicio de abuso de derecho, con aprovechamiento injustificado de una condición personal e íntima —como las creencias religiosas— sin tomar en consideración los perjuicios o el coste que la adaptación pudiera suponer para el empresario.

8. La sanción frente al incumplimiento: respeto a los principios de igualdad y no discriminación y al criterio de proporcionalidad

El incumplimiento de las pautas empresariales relativas a la apariencia estética, ya exijan la uniformidad, ya prohíban o impongan el uso de determinadas prendas de vestir o complementos, resulta sancionable, porque en ausencia de una justificación suficiente el trabajador incurre en desobediencia de una orden legítima. Por supuesto, el empleador debe extremar la cautela en la imposición de estas sanciones —pues el «poder disciplinario del empresario aparece como el más enérgico y decisivo para vulnerar los derechos fundamentales» del trabajador¹⁶⁷—, y ha de velar especialmente por el respeto a los principios de igualdad y no discriminación, de modo que debe sancionar de la misma forma a todos los que, en condiciones análogas, incumplan esas reglas o pautas de estética. En efecto, la discrecionalidad del empresario le faculta para decidir si sanciona o no determinada conducta¹⁶⁸, pero

¹⁶⁶ AS 1997/3751.

¹⁶⁷ Cfr. M.D. ROMÁN DE LA TORRE, *Poder de dirección y contrato de trabajo*, Grapheus, Valladolid, 1992, pág. 303.

¹⁶⁸ Vid. F. DURÁN LÓPEZ, *El poder disciplinario del empresario como facultad de ejercicio renunciante*, RPS, nº 118, 1978, pp. 239 y ss.

si decide sancionar debe dispensar el mismo trato a todos los trabajadores¹⁶⁹ —salvo que la gravedad de las conductas sea diferente, claro está¹⁷⁰—, porque el poder de dirección, y las facultades disciplinarias ínsitas en el mismo, no pueden ejercerse de forma arbitraria, máxime cuando se incurre en riesgo de vulnerar los principios de igualdad y no discriminación¹⁷¹.

Además, la imposición de dicha sanción debe ajustarse a la teoría gradualista, en la medida en que ha de guardar la necesaria proporción con la falta, y para ello la reincidencia se convierte en un elemento de valoración decisivo. Como se sabe, la proporcionalidad entre infracción y sanción es un principio básico del derecho sancionador, al que el poder disciplinario del empresario no resulta ajeno. La doctrina judicial ha perfilado los contornos de esa facultad del empleador, clarificando los criterios que legitiman la imposición de la sanción máxima, el despido disciplinario.

Un ejemplo claro se encuentra en la STSJ de la Comunidad Valenciana de 29-5-1996¹⁷². El trabajador prestaba servicios como auxiliar de caja en un supermercado, y en su contrato se comprometía «a no utilizar pantalón vaquero, ni zapatillas deportivas», así como «a observar un riguroso aseo personal (ropa de trabajo limpia, bien peinado, manos y uñas limpias...) como requiere el desarrollo de una actividad dedicada a la manipulación de alimentos frescos». En un determinado momento el trabajador acudió a su puesto luciendo perilla («nada poblada y que ha mantenido muy corta y perfectamente cuidada», según rezan los hechos probados), y, ante la negativa a afeitarse como la empresa pretendía, fue amonestado verbalmente y por escrito hasta en tres ocasiones, siendo ulteriormente despedido por causa disciplinaria.

La sentencia utiliza varios argumentos para declarar inadecuada la decisión empresarial, pero se centra principalmente en la desproporción entre la infracción y la falta, ya que el trabajador siempre había cumplido las normas de aseo e higiene personal, y la perilla no podía considerarse incompatible con un trabajo de cara al público ni con la manipulación de alimentos frescos. Las cláusulas contractuales no prohibían esa estética, ni existía código interno sobre el particular, y los pretendidos usos o costumbres de la empresa no fueron probados. A mayor abundamiento, el tribunal recuerda que otros trabajadores de la empresa lucían bigote o perilla y no habían sido sancionados por ello.

¹⁶⁹ Vid. M.A. CASTRO ARGÜELLES, *El régimen disciplinario en la empresa. Infracciones y sanciones laborales*, Aranzadi, Pamplona, 1993, pp. 43 y ss.

¹⁷⁰ Vid. STSJ de Cataluña de 14-11-2000 (recurso de suplicación 4854/2000), que admite diferente sanción por el envío de correos electrónicos de contenido obsceno o humorístico porque el número de mensajes atribuido a cada trabajador era muy diferente.

¹⁷¹ Vid. M. LUQUE PARRA, *Los límites jurídicos de los poderes empresariales en la relación laboral*, Bosch, Barcelona, 1999, pp. 95 y ss.

¹⁷² AS 1996\1615.

En análogo sentido, las SSTSJ de Cataluña de 13-10-1999¹⁷³ y de 3-12-1999¹⁷⁴ se pronuncian en relación con la negativa de sendos vigilantes de seguridad, que prestaban servicios en el metro de Barcelona, a llevar la gorra que formaba parte de su uniforme, y que por tal actitud resultaron despedidos. Las sentencias declaran probado que de los aproximadamente ciento cincuenta trabajadores que formaban parte de la plantilla de la empresa, y a los que afectaba la obligación de utilizar gorra, un número relevante incumplía esa obligación, pero la empresa sólo despidió a dos, sancionó levemente a tres, y toleró el comportamiento del resto.

Ante tal proceder empresarial, el tribunal considera imprescindible que se explicita la razón que justifica esta diferencia de trato, razón que la empresa no ofreció —y desde luego no probó—, y por ello la «decisión empresarial aparece en este caso como un ejercicio arbitrario de la potestad disciplinaria de la empresa que ha actuado de modo absolutamente desigual ante conductas análogas y ello supone mantener la declaración de nulidad del despido»¹⁷⁵. Amén de la desigualdad en la imposición de sanciones, las sentencias dejan claro que la extinción del contrato por despido disciplinario resulta «totalmente desproporcionada en relación con las circunstancias concurrentes».

Una respuesta similar ofrece la STSJ de Galicia de 3-3-1997¹⁷⁶, relativa a un redactor de periódico que fue despedido por no seguir la recomendación empresarial de acudir al puesto con chaqueta y corbata, vistiendo siempre de manera informal. En concreto, la recomendación empresarial, efectuada con carácter general, tuvo lugar tras más de una década del comienzo de la relación laboral, y el trabajador fue despedido unos meses después de publicarse dicha recomendación —en puridad una orden—, porque no modificó sus pautas de vestuario. La carta de despido aducía un motivo disciplinario —disminución continuada y voluntaria del rendimiento— que la empresa no podía probar. Además, varios compañeros del despedido acudían al trabajo con indumentaria informal sin que la empresa los hubiera sancionado de forma alguna.

El tribunal considera probado que el motivo real del despido era el incumplimiento de la recomendación, que, en principio, resulta legítima y no supone «atentado alguno a derechos personales de los trabajadores a quienes iba dirigida, tales como la libertad o la dignidad personal». Sin embargo, la ocultación del verdadero motivo del despido, alegando una causa disciplinaria, y el hecho de que no se sancionase a ningún otro compañero pese a que habían cometido las mismas infracciones, conduce al tribunal a calificar el despido como nulo por vulneración del art. 14 CE.

¹⁷³ AS 1999\3345.

¹⁷⁴ Recurso de suplicación 5414/1999. Esta sentencia fue casada por la STS de 30-10-2000 (rcud 659/2000), aunque no por la licitud o ilicitud de la decisión empresarial, sino por la decisión de la sentencia de suplicación en relación con la titularidad del derecho de opción entre readmisión e indemnización tras la calificación del despido como improcedente.

¹⁷⁵ La nulidad del despido sólo fue reconocida en una de las sentencias (la de 13 de octubre), porque en la otra la sentencia de instancia optó por la calificación de improcedencia, que no fue impugnada en suplicación.

¹⁷⁶ AS 1997\885.

La proporcionalidad entre infracción y sanción es el argumento en el que se apoya la STSJ de Cantabria de 12-3-2003¹⁷⁷ para no admitir la licitud del despido —por ese único motivo, aunque sería posible en combinación con otros— de un auxiliar informático que, en el marco de un conflicto con la empresa, acudió al trabajo «en pantalones cortos de deporte o bañador, chaleco sin mangas y brazo descubierto y sin afeitarse». La sentencia advierte que el despido constituía una sanción desproporcionada, máxime cuando el código de conducta tipificaba como infracción grave la «falta de aseo y limpieza personal que produzca quejas justificadas de los compañeros de trabajo y siempre que previamente hubiera mediado la oportuna advertencia por parte de la empresa», situación que no concurría y que a juicio del tribunal ni siquiera podría haber desembocado en un despido disciplinario por no reunir la gravedad suficiente.

La teoría gradualista es, pues, comúnmente aplicada por los tribunales en esta clase de situaciones, como demuestra la STSJ de Cataluña de 16-6-2005¹⁷⁸. Entre otros incumplimientos, la empresa justificaba el despido del trabajador, vigilante de seguridad, en el hecho de no llevar el uniforme completo —solamente parte del mismo—, y porque las prendas que lucía correspondían al uniforme antiguo. La sentencia precisa, en primer lugar, que no había quedado demostrado que el empresario hubiera entregado el nuevo uniforme al trabajador, y, en segundo, «que debe aplicarse la teoría gradualista que debe atender a circunstancias concretas, tales como la antigüedad del trabajador en la empresa, el escaso o nulo perjuicio económico sufrido por la empresa y la inexistencia de otras sanciones anteriores por el mismo hecho». En consecuencia, el tribunal califica el despido como improcedente.

Evidentemente, debe valorarse también la conducta del trabajador, pues una resistencia injustificada a cumplir las órdenes empresariales propicia una falta de desobediencia que, en atención al contexto, puede reunir la suficiente gravedad como para justificar el despido. Así sucede en la STSJ de Baleares de 5-2-2001¹⁷⁹, en relación con un auxiliar administrativo que «se presentó a trabajar sin vestir la camiseta que el día anterior se había entregado al personal para que la empleara en el puesto de trabajo». Pese a la claridad de la orden empresarial y a la amonestación por escrito con advertencia de despido, el trabajador no vistió dicha prenda ni durante la jornada de mañana, ni durante la jornada de tarde, ni al día siguiente, por lo que la empresa procedió a su despido.

A juicio del tribunal, tal conducta muestra de forma «patente, por tanto, la indisciplina del trabajador y su firme, decidida y constante voluntad de incumplir la orden de la empresa de emplear una vestimenta determinada durante el trabajo sin otra razón para desobedecer que su propio capricho, pues ninguna ha aducido para tratar de justificar su actitud». En consonancia, la sentencia califica el despido como procedente, apoyándose también en que el trabajador había sido ya sancionado

¹⁷⁷ AS 2003\2708.

¹⁷⁸ AS 2005\1771.

¹⁷⁹ AS 2001\1348.

previamente hasta en siete ocasiones por otro tipo de infracciones, «lo que a las claras muestra su conducta persistente de no acatar las obligaciones que conlleva el desempeño de cualquier puesto de trabajo por cuenta ajena».

Es posible que el historial infractor resultara más determinante en el fallo que la propia infracción, pues el despido de un auxiliar administrativo —la actividad se convierte en un dato decisivo— por no vestir una camiseta —que no es claro que pueda ser considerada «uniforme» en sentido estricto— durante sólo dos días parece desproporcionado, y los hechos podrían haber sido merecedores de una sanción menos contundente (suspensión de empleo y sueldo), con mayor respeto sin duda a la teoría gradualista. A la postre, el empresario no había probado perjuicio alguno por la conducta del trabajador, ni el interés empresarial que justificaba un cambio de política en relación con la indumentaria (no consta en la sentencia si con anterioridad el empresario exigía vestir de determinada forma).

En este sentido, la valoración sobre la proporcionalidad de la sanción debe tomar en consideración la situación del trabajador, pues no es infrecuente, y humanamente es comprensible, que quienes llevan varios años prestando servicios en la misma empresa sin obligaciones relativas a la apariencia estética sean reticentes a aceptar nuevas directrices que exijan uniformidad. Una buena política de comunicación podría vencer esas reticencias a través de una adecuada información sobre las razones que motivan el cambio, y serviría para prevenir conflictos. En defecto de esa labor, la decisión de despedir disciplinariamente, por desobediencia, ante un incumplimiento de la obligación de uniformar correspondiente a los primeros días en que dicha exigencia es efectiva y en relación con un trabajador de cierta antigüedad —la valoración debería ser distinta para nuevas contrataciones— parece desproporcionada.

IV. LA APARIENCIA FÍSICA DEL TRABAJADOR COMO FUNDAMENTO DE DECISIONES EMPRESARIALES

La capacidad del empresario para influir, y para decidir, sobre la apariencia estética del trabajador puede resultar, en determinados contextos, elevada, porque el interés empresarial justifica ciertos sacrificios en la libertad del trabajador para decidir sobre su aspecto. Sin embargo, el empresario no tiene ni capacidad de decisión, ni posibilidad material de incidir, sobre la apariencia física del trabajador, y por ello el radio de acción de sus facultades es mucho más reducido.

1. Apariencia física y apariencia estética: diferencias desde la perspectiva laboral

Como se advirtió en el capítulo anterior, el poder de dirección empresarial, enmarcado en la libertad de empresa, permite al empleador influir directamente en el aspecto estético del trabajador, bien sea decidiendo la uniformidad, bien sea prohibiendo —o exigiendo— la utilización de determinadas prendas o complementos, con base en que la actividad se desarrolla de cara al público, o por los requerimientos derivados de la prevención de riesgos laborales, o, en último término, con el propósito de evitar un peligro para los clientes o para la sociedad.

La apariencia estética es una opción personal, y como tal opción resulta comprensible que pueda colisionar con los intereses empresariales, de modo que puede condicionar el acceso al trabajo, la propia ejecución de la prestación laboral, y, en último término, podría constituir justa causa de extinción si las pretensiones del empleador y del trabajador fueran inconciliables. En cambio, la apariencia física no presenta las características que definen a la apariencia estética, pues no es ni artificial ni elegida, sino que constituye un rasgo derivado de la herencia genética y, en su caso, del acontecer de la vida.

En este sentido, la apariencia física está conformada por elementos naturales o genéticos, que vienen dados y resultan inmutables, y por elementos sobrevenidos, producto de hábitos —*v.gr.*, nutrición—, aficiones, accidentes, enfermedades, malformaciones o circunstancias de muy diverso tipo; sobre algunos de ellos es claro que el trabajador cuenta con cierta capacidad de intervención, pero otros pasan a integrar o formar parte del aspecto físico sin que la persona tenga posibilidades reales de decisión.

Resulta por tanto evidente que el empresario, en el legítimo uso de su poder de dirección, no puede influir sobre la apariencia física del trabajador de la misma forma que sobre su apariencia estética. En realidad, no hay colisión real entre el ejercicio del poder de dirección y la apariencia física, que,

salvo excepciones (relacionadas con el peso principalmente), únicamente podría ser modificada mediante cirugía, y es claro que el empresario no tiene capacidad para ordenar a sus trabajadores que se sometan a tal clase de intervenciones.

No obstante, la apariencia física puede tener repercusión en el nacimiento y en la finalización de la relación laboral. En efecto, la apariencia física, o algún rasgo particular, podría convertirse en determinante para el acceso al empleo, porque la ejecución del trabajo exige la superación de unos estándares mínimos, o porque el interés comercial de la empresa requiere cierta homogeneidad, en los términos que se desarrollarán en el epígrafe siguiente. Es claro, en cualquier caso, que el interés empresarial o comercial no puede basarse en un mero prejuicio derivado de estereotipos (pues incurriría en discriminación)¹⁸⁰, sino en una realidad objetiva que permita calificar la diferencia como razonable y el resultado como proporcionado¹⁸¹.

Del mismo modo, el interés comercial y las condiciones de ejecución del trabajo pueden motivar la extinción del contrato en tres supuestos concretos: alteración sobrevenida de la apariencia física incompatible con el puesto de trabajo (*v.gr.*, obesidad), modificaciones organizativas o técnicas que imposibiliten la continuación de la prestación de servicios, o cambio justificado de la política comercial de la compañía que haga imprescindible un determinado aspecto físico.

Esta última circunstancia, aunque teóricamente viable, es más difícilmente admisible en la práctica, porque el margen de actuación empresarial en las condiciones de acceso al empleo es mucho más amplio que durante la vigencia del contrato. No en vano, mientras en el primer caso de ordinario se perjudican meras expectativas, en el segundo se lesionan derechos, puesto que la fijación sobrevenida de reglas que deriven en la extinción de la relación laboral de un trabajador que presta sus servicios de manera adecuada por un pretendido interés comercial hasta entonces inexistente —o no explicitado— no resulta sencillo de encajar en las modalidades de despido. Sin embargo, una interpretación contextual permite concluir que la acreditación de un interés empresarial legítimo podría, en último término, servir como justa causa de despido objetivo en este tipo de situaciones, y en otras análogas, como se verá¹⁸².

2. La apariencia física como elemento determinante del acceso al empleo

Parece evidente que, con carácter general, el acceso o conservación del empleo no puede depender de que el trabajador sea más o menos agraciado físicamente, sin que el hecho de que la actividad se desarrolle de cara al público conlleve *per se* una conclusión distinta. No obstante, un deter-

¹⁸⁰ Vid. J. SERRA CALLEJO, *La discriminación laboral por causas atípicas: el aspecto físico y la posesión de enfermedades contagiosas*, RTSS (CEF), nº 127, 1993, pp. 96 y ss.

¹⁸¹ Vid. E. GONZÁLEZ BIEDMA, "La apariencia física del trabajador y el contrato de trabajo: una aproximación al problema", en M.E. CASAS BAAMONDE, F. DURÁN LÓPEZ y J. CRUZ VILLALÓN (Coord.), *Las transformaciones del Derecho del Trabajo en el marco de la Constitución Española*, La Ley, Madrid, 2006, pp. 679 y ss.

¹⁸² VI.8.

minado aspecto físico podría ser indispensable para la correcta ejecución de la prestación laboral, o podría ser exigido por la empresa con objeto de transmitir una determinada imagen al exterior.

En consecuencia, el interés comercial o empresarial, por un lado, y el contenido de la prestación laboral, por otro, podrían permitir al empresario dirigir sus ofertas de trabajo a quienes reúnan determinadas condiciones relacionadas con su aspecto físico, sin que tal decisión haya de considerarse en sí misma como contraria al principio de igualdad o como generadora de una discriminación prohibida *ex art.* 14 CE.

Así sucede, por ejemplo, con la altura requerida para formar parte de las Fuerzas Armadas y en general de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, ya que, como los tribunales han declarado, «parece indudable que una determinada constitución física de los miembros de los Cuerpos que desempeñan funciones policiales está directamente relacionada con su adecuado cumplimiento, lo que justifica que se exijan unas determinadas condiciones físicas, entre ellas la altura»¹⁸³. Desde luego, no se trata en estos supuestos de la superación de pruebas físicas o psicológicas, puesto que no se valora la condición física del sujeto, sino la mera apariencia, que debe ser un requisito necesario para la ejecución del puesto de que se trate, ya que en caso contrario la exigencia de una determinada apariencia no está justificada¹⁸⁴. Por cierto, y como se sabe, la necesidad de eludir discriminaciones indirectas obliga a configurar requisitos de apariencia —y condición— física diferentes —y en particular la altura— entre hombres y mujeres¹⁸⁵.

Esta doctrina puede extrapolarse a la contratación laboral en determinados ámbitos del sector privado, como puso de manifiesto la STS de 27-12-1999¹⁸⁶, que debía decidir sobre la licitud de ciertos requisitos que exigía Iberia para la contratación de auxiliares de vuelo. Entre otros (como la edad)¹⁸⁷, se exigía una estatura comprendida entre 1,64 y 1,82 centímetros para las mujeres y entre 1,74 y 1,90 centímetros para los hombres; la utilización de lentillas en caso de problemas de visión (no más de dos dioptrías); y una adecuada imagen.

La sentencia rechaza la vulneración de los principios de igualdad y no discriminación. En este sentido, el Tribunal admite la exigencia de talla mínima a través de dos argumentos. El primero hace referencia a las condiciones de la prestación de servicios, y en particular al contexto en el que se desarrolla la actividad (altura de las repisas de equipajes o de las puertas de acceso o de emergencia). En el segundo se introduce un elemento adicional que forma parte del interés comercial, y no

¹⁸³ Cfr. STSJ (Cont-Adv.) de Madrid de 2-11-2005 (recurso 842/2003).

¹⁸⁴ Vid. STSJ (Cont-Adv.) de Cataluña de 18-11-2004 (recurso 722/1999), en relación con la diferencia de altura entre hombres y mujeres que pretendían acceder a la condición inspectores de la policía autonómica catalana. Curiosamente, si acepta la legitimidad del requisito, para la misma actividad, la STSJ (Cont-Adv.) de Cataluña de 20-7-2001 (recurso 1706/1996).

¹⁸⁵ Vid. SSTSJ (Cont-Adv.) de Madrid de 23-4-2004 (recurso 653/2002) y de Andalucía/Málaga de 16-2-1998 (recurso 2703/1994).

¹⁸⁶ Rcd. 1959/1999.

¹⁸⁷ VIII.2.

estrictamente de la prestación de servicios, como es la «homogeneidad de talla», mediante la que «se obtiene también una imagen determinada de la empresa ante los clientes y en relación con la que ofrecen otras compañías aéreas».

La necesidad de acreditar agudeza visual se justifica, a juicio del Tribunal, por las «situaciones de emergencia que en la navegación aérea pueden surgir». Es razonable, por tanto, evitar que quienes «han de atender al pasaje en situaciones de normalidad, pero también en las extremas, puedan perder parte de la visión bruscamente si se vieran privados de las gafas correctoras».

La «buena imagen», por último, remite nuevamente al interés comercial, puesto que el empleador es «una empresa privada de servicios que opera en régimen de libre competencia, en el sector de líneas aéreas, en el que precisamente los tripulantes de cabina o auxiliares de vuelo, son quienes de manera constante y habitual proyectan sobre los clientes la imagen de la compañía, que, naturalmente, debe ser buena para poder mantenerse en esa actividad en condiciones razonables de igualdad con otras empresas dedicadas a la misma actividad». Esa buena imagen, por cierto, no puede ser equiparada con el atractivo físico, pues la STC 207/1987, de 22 de diciembre, ya advirtió que «pueden existir, sin duda, actividades laborales en que la presencia física tenga una importancia decisiva, pero no es éste el caso de los auxiliares de vuelo, cuya función consiste en prestar determinados servicios que competen por igual a los auxiliares masculinos y femeninos»¹⁸⁸.

En un sentido análogo, la apariencia física podría dar lugar a la extinción de la relación laboral, aunque la decisión empresarial sólo parece justificarse en casos excepcionales. Como regla general, la apariencia física no puede convertirse en razón suficiente para legitimar las decisiones que perjudiquen los derechos del trabajador, máxime cuando en el momento de la contratación el trabajador ya presentaba los mismos rasgos.

Lógicamente, la altura o el peso podrían requerir del empleador medidas específicas desde la perspectiva de la prevención de riesgos laborales, cuando provoquen, o pudieran generar, riesgos específicos para la salud del trabajador o de sus compañeros. En tal caso, la altura o el peso deben relacionarse con las exigencias físicas del puesto, y las condiciones o aptitudes físicas del sujeto (coordinación, agilidad, etc.) también podrían jugar un importante papel en la evaluación de riesgos y en la planificación de la actividad preventiva.

En cualquier caso, los cambios en la organización de la actividad, con la introducción de nueva maquinaria, por ejemplo, podrían desembocar en la incompatibilidad entre el puesto y el trabajador

¹⁸⁸ En concreto, el TC consideró discriminatoria la diferencia de edad por razón de sexo establecida en el convenio colectivo de Iberia para acceder al retiro anticipado. El Tribunal Central de Trabajo había entendido «que la mujer, por sus condiciones físicas, aconseja y hasta impone, en el ejercicio de las funciones de Auxiliar de Vuelo, una presencia atractiva que normalmente demanda el personal receptor de estos servicios y, por tanto, unas peculiaridades que no son exigibles al hombre y que, estando en función de la edad, aconsejan posibilitar la anticipación del cese de la mujer en tal servicio». El TC califica este argumento como «inaceptable» a la luz del art. 14 CE.

con determinados rasgos físicos (*v.gr.*, exceso de peso o volumen). El empresario está facultado para modernizar su empresa, y la imposibilidad de que el trabajador pueda seguir prestando servicios en tales circunstancias, la ineptitud sobrevenida en definitiva, es una causa de despido objetivo expresamente prevista en el art. 52.a) ET. Es, desde luego, exigible, por un lado, que la modificación no responda a un intento de hacer incompatible el puesto con el trabajador, y, por otro, que el empresario, en virtud del principio de buena fe, realice un esfuerzo razonable por adaptar el puesto, en su nueva configuración, a la situación del trabajador.

3. El atractivo físico como condicionante de derechos laborales

La apariencia física, como se dijo en los epígrafes anteriores, está compuesta por factores naturales o genéticos, y también por elementos adquiridos —coyunturales o permanentes—, en los que incluso influye la tradición cultural. Algunos de esos elementos son susceptibles de valoración objetiva —talla o peso—, pero otros cuentan con un indudable —e inevitable— componente subjetivo. En este sentido, el atractivo físico —con la dificultad que su apreciación puede suponer— no es —ni puede ser de ordinario— un requisito exigible al demandante de empleo o al trabajador en orden a conseguir o mantener un contrato de trabajo. La belleza no convierte al trabajador en más apto o productivo, y resulta por tanto impertinente utilizar dicho criterio como requisito de contratación.

No obstante, dicha regla general cuenta con notables excepciones, que entroncan en muchos casos con las actividades en las que se puede limitar la contratación por razón de sexo. En particular, en profesiones de índole artística la belleza —o la apariencia física, en un sentido más amplio— puede constituir una necesidad intrínseca, o generar un valor añadido, de modo que se convierte en un «requisito profesional esencial y determinante», proporcionado y con un objetivo legítimo —que entronca con la *bona fides occupational qualification* tradicional en el derecho antidiscriminatorio norteamericano¹⁸⁹—, de modo que cumple las exigencias para eludir la calificación de conducta discriminatoria contenidas en el art. 4 Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (y que específicamente se recogen en el art. 5 Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres). La actividad de modelo —de pasarela o publicidad— constituye un claro ejemplo, sin perjuicio de las consideraciones que podrían efectuarse en relación con la determinación precisa de los requisitos exigidos; no parece discutible en sí mismo que se condicione la contratación a que el interesado reúna ciertos mínimos de altura y peso, aunque sí podría cuestionarse si los límites establecidos son adecuados por motivos de salud, momento en el que entraría en juego la normativa sobre prevención de riesgos laborales.

¹⁸⁹ Vid. C. SÁEZ LARA, "Igualdad de trato y de oportunidades en el Derecho Social Comunitario", en AA.VV., *La igualdad ante la Ley y la no discriminación en las relaciones laborales*, MTAS, Madrid, 2005, pp. 340 y ss.

Más allá de las profesiones de índole artística, también podría ser posible exigir un aspecto físico agraciado en determinadas actividades de cara al público cuando el atractivo del trabajador pueda coadyuvar a un mayor beneficio empresarial (*v.gr.*, camareros en bares de copas), siempre, por supuesto, que se respete la dignidad y la intimidad del trabajador. En este contexto, no sólo interviene el aspecto físico, sino también la estética, pues el empresario, aunque no haya impuesto la uniformidad, puede recomendar, prácticamente exigir, una indumentaria provocativa, que realce el atractivo sexual del trabajador con ese objetivo. En la medida que el interés empresarial resulte legítimo, por el tipo de negocio y la clientela (jóvenes, normalmente varones, siguiendo con el ejemplo de bares de copas), la preferencia empresarial por una vestimenta de ese tipo podría incluirse sin dificultad en el legítimo ejercicio del poder de dirección. Y en todo caso el atractivo físico, en tales profesiones, sí puede convertir al trabajador en más productivo.

Conviene precisar que la interpretación del legítimo interés empresarial requiere una adecuada ponderación, pues en la medida en que el atractivo físico del trabajador no proporcione un valor añadido no se justificará que forme parte de los elementos de valoración. El personal de vuelo de aerolíneas puede constituir una referencia, como se puso de manifiesto en el epígrafe anterior, en relación con la convalidación del requisito de «buena imagen» por la STS de 27-12-1999¹⁹⁰, que en principio no equivale a atractivo físico, como matizaba la STC 207/1987, de 22 de diciembre.

La imagen del producto o de la empresa —imagen de marca en definitiva— también es un argumento utilizado por el Tribunal Supremo en asuntos de esta índole — *v.gr.* STS de 23-1-2001¹⁹¹, en relación con el uniforme del personal femenino del AVE¹⁹²—, y su aceptación resulta ciertamente delicada, porque la actividad empresarial consiste en estos casos en proporcionar un servicio adecuado, sin que aparentemente el atractivo físico del trabajador, o la elección entre falda y pantalón, pueda perjudicar económica o comercialmente al empleador; difícilmente puede sostenerse, y menos probarse, que la clientela decide el medio de transporte a utilizar en función del aspecto físico de quienes le asisten en el viaje.

El atractivo sexual está implícito en otras actividades, como la de alterne. En este sentido, la doctrina judicial ha diferenciado entre alterne y prostitución. El alterne se desarrolla en la zona del bar y consiste en animar a los clientes a permanecer en el establecimiento y a consumir a cambio de una comisión en las ventas. Tras iniciales reticencias¹⁹³, los tribunales estimaron que esa función de

¹⁹⁰ Rcu. 1959/1999.

¹⁹¹ Rcu. 1851/2000.

¹⁹² III.2.

¹⁹³ A modo de ejemplo, vid. SSTCT de 13 y 15-12-1979 (Ar. 7061 y Ar. 7115), que entendieron que el alterne no da lugar a relación laboral. La STCT de 7-2-1989 (Ar. 1345) se mantiene en la misma línea, aunque admite la existencia de contrato de trabajo si además del alterne se realizan funciones de camarero, pues ante el doble vínculo prevalece el laboral; también, vid. STCT de 16-6-1986 (Ar. 4452).

animación y estimulación al consumo de bebidas era equiparable a las relaciones públicas¹⁹⁴; por ello, los elementos innegables de índole sexual¹⁹⁵ no provocaban la nulidad del contrato de trabajo —cuya existencia requiere una flexibilización de la nota de dependencia¹⁹⁶ por los especiales contornos de esta relación¹⁹⁷— al no producirse un verdadero encuentro carnal¹⁹⁸.

Es cierto que en la práctica la distinción entre alterne y prostitución resulta compleja, y hasta cierto punto artificial, pues ambas son habitualmente dos facetas de una misma actividad¹⁹⁹, a salvo, claro está, que la relación de alterne se circunscriba a su más puro significado jurídico²⁰⁰ y gramatical²⁰¹. La separación formal no es adecuada a la realidad en muchos casos, por lo que no resulta extraño que los tribunales califiquen como alterne, y por tanto como relación laboral, situaciones de evidente ejercicio de la prostitución, donde el contacto sexual está implícito y únicamente depende del deseo del cliente²⁰².

No obstante, admitida la licitud del alterne como objeto del contrato de trabajo, no es dudoso que el empresario puede exigir como requisito de contratación el atractivo sexual, que constituye a buen seguro una característica esencial para que el empleador obtenga un rendimiento adecuado de la prestación de servicios que ha contratado.

¹⁹⁴ Vid. F. REY MARTÍNEZ, R. MATA MARTÍN y N. SERRANO ARGÜELLO, *Prostitución y Derecho*, Aranzadi, Pamplona, 2004, pp. 195 y ss.; L. GIL SUÁREZ, "Validez e invalidez del contrato de trabajo", REDT, nº 100, Tomo I, 2000, pp. 362-363.

¹⁹⁵ En el supuesto de la STS de 25-2-1984 (Ar. 923) se prestaban los servicios de alterne «en un bar o club de top-less, atendiendo a los clientes, con horario fijo, mediante la percepción de 3.000 ptas. diarias más 150 ptas. por cada copa que tomara con aquéllos, cantidades que sólo cobraba los días que asistía al establecimiento». La STS de 14-5-1985 (Ar. 2712) concreta las funciones de quien ejerce el alterne, y considera que hay contrato de trabajo cuando se prestan servicios «consistentes en la permanencia en el local desde las dieciocho horas de un día, hasta la una o las dos del siguiente, para la captación de clientes varones, mediante su atractivo sexual, al objeto de que consumieran bebidas». En el mismo sentido se manifiesta la STS de 3-3-1981 (Ar. 1301); la labor de la alternadora consistía «animar el baile, percibiendo también comisión por botella de champagne abierta en compañía de concurrentes y otra inferior en consumiciones ordinarias». Finalmente, la STS de 21-10-1987 (Ar. 7172) se pronuncia sobre una camarera de top-less «que realizaba su trabajo fuera de la barra, percibiendo comisiones sobre las consumiciones en que intervenía, obteniendo unas 5.000 pesetas diarias».

¹⁹⁶ Vid. SSTSJ de Andalucía/Málaga de 5-10-2001 (JUR 91007) y de 14-7-2000 (AS 5724), del País Vasco de 13-11-2001 (AS 1237) y 7-4-1998 (AS 2024) y de Navarra de 15-10-2003 (AS 4009).

¹⁹⁷ Vid. J. LUJÁN ALCARAZ, *Las notas de laboralidad. Una aproximación en clave jurisprudencial*, AS, nº 16, 2000, pp. 18-21.

¹⁹⁸ Vid. SSTS (Cont-Adv.) de 21-7-1995 (Ar. 5948) y de 28-5-1996 (Ar. 4651) y STSJ de Baleares de 28-5-1998 (AS 2122).

¹⁹⁹ Vid. R. FERNÁNDEZ VILLARINO, *El alterne y la prostitución: la legítima asociación de sus protagonistas y los efectos de su consideración laboral*, TL, nº 74, 2004, pp. 244 y ss.; I.A. RODRÍGUEZ CARDO, *Las zonas de frontera del campo de aplicación de la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 125 y ss.

²⁰⁰ Vid. C. SÁNCHEZ TRIGUEROS, *El Tribunal Supremo zanja el caso «Mesalina»*, AS, nº 21, 2005, pp. 15 y ss.; P. BELLLOCH SANZ, *¿Trabajadores del sexo? En torno al carácter laboral de la actividad de «alterne»*, AS, nº 17, 2004, pág. 66.

²⁰¹ Alternar, según el diccionario RAE, consiste, en ciertas salas de fiestas, bares y lugares semejantes, en «tratar con los clientes, para estimularles a hacer gasto en su compañía, del cual obtienen generalmente porcentaje».

²⁰² Vid. STSJ de Andalucía/Sevilla de 4-12-2003 (AS 3638).

En cambio, y desde otra perspectiva, el atractivo físico de un trabajador, y el posible interés empresarial en su explotación, no puede ser utilizado con propósito comercial sin la anuencia del interesado, salvo que la propia prestación de servicios conlleve precisamente dicha utilización en un contexto público. Resulta pertinente traer aquí a colación la ya expuesta doctrina sobre el alcance del derecho fundamental a la propia imagen contenida en la STC 99/1994, de 11 de abril (relativa a un cortador de jamón)²⁰³. El empresario no está facultado, así pues, para utilizar la imagen de un trabajador en contra de su voluntad con el objetivo de promocionar la empresa o uno de sus productos o servicios, salvo que la prestación de servicios lleve implícita la cesión de ese derecho a favor del empresario, lo que de ordinario sólo sucederá en actividades deportivas o artísticas, y no en situaciones que meramente impliquen un contacto con los clientes.

Aunque el supuesto pueda parecer más hipotético que real, conviene detenerse en la posible licitud de decisiones empresariales que establezcan mejores condiciones laborales o salariales para determinados trabajadores en razón del atractivo físico —o en general de otros criterios «extravagantes», como por ejemplo el signo del zodiaco (Cámara Botía), el año de nacimiento o el color del pelo o de los ojos—, puesto que puede constituir un escenario adecuado para delimitar las facultades del empleador en relación con la apariencia física del trabajador. A la postre, estudios sociológicos han demostrado que el atractivo puede dar lugar a condiciones de trabajo diversas, que incluso se traducen en salarios más bajos para los menos agraciados²⁰⁴.

Como regla general, es claro que el empresario, en el marco de su capacidad organizativa, tiene la posibilidad de establecer condiciones diferentes para sus trabajadores, siempre que no incurra en discriminación. En este punto, es menester recordar la distinción efectuada por el TC entre el principio de igualdad de trato y el principio de no discriminación, pues mientras el segundo tiene un alcance absoluto, y prohíbe por tanto toda diferencia discriminatoria, el primero cuenta con un carácter relativo, que depende de la naturaleza del empleador.

En este sentido, y como ya se ha advertido reiteradamente, mientras la Administración Pública debe respetar de forma más rigurosa el principio de igualdad de trato, el empresario privado, en virtud de su legítimo derecho a la libertad de empresa, cuenta con un radio de acción más amplio, y puede por tanto establecer diferencias entre sus trabajadores, siempre que no respondan a una

²⁰³ III.1.

²⁰⁴ Vid. D.S. HAMERMESH y J. BIDDLE, *Beauty and the labour market*, documento que puede consultarse en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=226751.

de las causas de discriminación explícitamente proscritas, en la medida que la autonomía de la voluntad debe contar con efectivas posibilidades de aplicación²⁰⁵.

El atractivo físico no es en sí mismo una causa de discriminación —podría serlo mediatamente en relación con el sexo, pero no individualmente considerado—, de modo que no parece haber objeción para mejorar las condiciones laborales de quienes sean más agraciados —o de quienes lo sean menos—, siempre que se trate de una verdadera mejora de condiciones y no se perjudique a un colectivo especialmente protegido (*v.gr.*, discapacitados o mujeres). En este sentido, no se encuentra obstáculo a la licitud de mejoras individuales —o plurales—, al igual que tampoco existe traba para mejorar las condiciones de un pariente del empresario, o de un trabajador que mantenga con él una relación afectiva; es mucho más delicado el beneficio dirigido a un colectivo, porque tal privilegio puede suponer el trato peyorativo de otro colectivo diferente, y ese es uno de los elementos que integran la noción de discriminación²⁰⁶.

Por supuesto, el beneficio debe configurarse como tal en sentido estricto, y no como preferencia frente a derechos ajenos, ya que entonces se produciría una lesión de legítimos intereses de otro trabajador. Asimismo, el objeto del beneficio debe repercutir en las condiciones de trabajo, sin afectar, en principio, al salario, o al menos así parece derivarse de la introducción en el art. 28 ET de la

²⁰⁵ En palabras de la STC 34/1984, de 9 de marzo, «para afirmar que una situación de desigualdad de hecho no imputable directamente a la norma [...] tiene relevancia jurídica, es menester demostrar que existe un principio jurídico del que deriva la necesidad de igualdad de trato entre los desigualmente tratados, y que esta regla o criterio igualatorio puede ser sancionado directamente por la Constitución [...], arrancar de la Ley o de una norma escrita de inferior rango, de la costumbre o de los principios generales del derecho. [...] La legislación laboral, desarrollando y aplicando el artículo 14 de la Constitución, ha establecido en el artículo 4.2,c), del Estatuto de los Trabajadores y en el 17 de igual norma la prohibición de discriminación entre trabajadores por una serie de factores que cita, pero, según general opinión, no ha ordenado la existencia de una igualdad de trato en el sentido absoluto. Ello no es otra cosa que el resultado de la eficacia del principio de autonomía de la voluntad, que, si bien aparece fuertemente limitado en el Derecho del Trabajo, por virtud, entre otros factores, precisamente del principio de igualdad, no desaparece, dejando un margen en que el acuerdo privado o la decisión unilateral del empresario en ejercicio de sus poderes de organización de la Empresa, puede libremente disponer la retribución del trabajador respetando los mínimos legales o convencionales. [...] Como toda medida en que se manifiestan los poderes empresariales, la licitud dependerá de un ejercicio dirigido hacia los fines por los cuales tales poderes se reconocen, y es evidente que una finalidad vejatoria, por ejemplo, convertirá en ilícita la medida, pero, aparte de que ello deberá demostrarse, el problema se sitúa en un ámbito diferente al del principio de igualdad. Por ello, carece de razón el recurrente cuando exige del empresario la prueba del carácter justificado de la diferencia. Esta desviación de la carga de la prueba —o, como ha señalado la doctrina—, la presunción del carácter discriminatorio opera sólo cuando nos movemos en el ámbito de actuación del principio de igualdad. Al trabajador corresponde probar que está en juego el factor que determina la igualdad y que el principio que la consagra ha sido vulnerado, y en tal supuesto —porque existe, por ejemplo, una diferencia vinculada al sexo, afiliación sindical, etc.— es cuando el empresario deberá destruir la presunción probando que existe una causa justificadora suficiente».

²⁰⁶ Vid. D. ÁLVAREZ ALONSO y A. ÁLVAREZ DEL CUVILLO, *Nuevas reflexiones sobre la noción de discriminación y la eficacia de la tutela antidiscriminatoria*, REDT, nº 132, 2006, pp. 999 y ss.

regla relativa a igual salario por trabajo del mismo valor²⁰⁷, aunque ese precepto, seguramente, está concebido como garantía de mínimos, dirigido a evitar el trato desfavorable, y no tiene como finalidad suprimir ventajas individuales o plurales no discriminatorias (la diferencia salarial no resulta *per se* discriminatoria), ni provocar una igualación al alza de máximos.

Desde luego, la medida sólo estaría justificada si no incurre en acoso —que podría eludirse si se entiende el acoso sexual como una «acreditada conducta libidinosa de claro contenido sexual ofensivo o intimidatorio»²⁰⁸—, y sólo se admitiría como diferencia favorable al trabajador, nunca en su vertiente negativa (empeoramiento de condiciones por falta de atractivo sexual o por rechazo de proposiciones de contenido sexual, etc., supuesto evidente de acoso).

En cualquier caso, estas consideraciones deben completarse necesariamente con una referencia a la dignidad, en la medida que tal mejora por razones de mera apariencia física —sin acreditar un beneficio empresarial o comercial por tal razón— podría lesionar el derecho a la dignidad reconocido en el art. 10 CE del resto de trabajadores (e incluso del beneficiado). Es un elemento de valoración complejo, porque la dignidad personal depende de un factor tan poco medible como la susceptibilidad, subjetiva y muy diferente en función de las personas. Solamente si se pudiera probar que el clima empresarial conlleva vejaciones, humillaciones o faltas de respeto a las personas menos agraciadas podría entenderse vulnerado ese derecho, de modo que la decisión empresarial de privilegiar en función del atractivo físico debería declararse nula por lesión del derecho a la dignidad.

Finalmente, es menester una referencia a la obesidad o al sobrepeso, que de ordinario sólo adquirirán relevancia laboral desde la óptica de la prevención de riesgos laborales, aunque podrían convertirse incluso en condición de acceso al empleo, tanto en sentido negativo, por la exigencia de una apariencia física más cercana a los cánones de belleza contemporáneos, como en sentido positivo (*v.gr.*, modelo de «tallas grandes»). Una vez celebrado el contrato, y en tanto no repercuta en el desarrollo ordinario de la prestación de servicios (aunque la alegación de ineptitud sobrevenida tiene pocos visos de prosperar si el trabajador tenía la misma apariencia física en el momento de la contratación, y más si se pactó un período de prueba), deben reproducirse las consideraciones expuestas en el epígrafe anterior —y las que se efectuarán en el epígrafe siguiente— sobre la eventual extinción de la relación laboral por interés comercial o cambio en la política empresarial que exija una imagen diferente.

²⁰⁷ En virtud de ese precepto, «el empresario está obligado a pagar por la prestación de un trabajo de igual valor la misma retribución, satisfecha directa o indirectamente, y cualquiera que sea la naturaleza de la misma, salarial o extrasalarial, sin que pueda producirse discriminación alguna por razón de sexo en ninguno de los elementos o condiciones de aquélla».

²⁰⁸ Cfr. STSJ de Canarias/Santa Cruz de Tenerife de 18-1-2006 (recurso de suplicación 612/2005). En palabras de la STC 136/2001, de 18 de junio, para que exista acoso sexual es imprescindible que se exteriorice «una conducta de tal talante por medio de un comportamiento físico o verbal manifestado, en actos, gestos o palabras, comportamiento que además se perciba como indeseado e indeseable por su víctima o destinataria, y que, finalmente, sea grave, capaz de crear un clima radicalmente odioso e ingrato, gravedad que se erige en elemento importante del concepto».

Lógicamente, el despido por obesidad exige probar la ineptitud o la lesión del interés empresarial, que no se presumen. La decisión empresarial de extinguir el contrato sin concurrir esas circunstancias convierte al despido en ilícito, pero la obesidad no es causa de discriminación, al menos a juicio de los tribunales, que vienen calificado los despidos de esa índole como improcedentes, y no nulos²⁰⁹.

No conviene olvidar, sin embargo, que la OIT considera la obesidad como causa incipiente de discriminación, y exige que «las decisiones sobre el empleo deben basarse en la capacidad de la persona considerada para realizar un trabajo», y sólo en caso de que dicha obesidad afecte «al cumplimiento de las tareas correspondientes a un empleo, el no contratar a una persona con sobrepeso está justificado». En cuanto al despido, la OIT considera que la obesidad puede ser un motivo válido de despido si produce «efectos negativos en los colegas de trabajo u otras personas con las cuales la persona con sobrepeso pueda relacionarse durante el trabajo diario. De no ser así, el denegar un puesto de trabajo o despedir a una persona cualificada, simplemente por su obesidad, se considerará como un acto de discriminación y constituirá una intromisión indebida en la vida privada»²¹⁰.

4. Repercusión de los cambios en la apariencia física durante la vigencia del contrato

La apariencia física, en los elementos de carácter coyuntural o mutable, puede variar durante la vigencia del contrato de trabajo por motivos muy diversos, como la discapacidad sobrevinida, o por accidentes o enfermedades que den lugar a malformaciones y deformaciones (o meras cicatrices), e incluso por un aumento considerable de peso. Con independencia de las medidas de adaptación del puesto de trabajo que procedan en atención a la legislación relativa a trabajadores discapacitados, por un lado, y a la normativa de prevención de riesgos laborales, por otro, que no forman parte del contenido del poder de dirección empresarial, sino que son exigencias legales derivadas de la necesidad proteger a los trabajadores en general, y a los especialmente sensibles en particular, así como de fomentar el empleo de colectivos con especiales dificultades de acceso al mercado laboral, es claro que las medidas que el empresario puede adoptar están condicionadas esencialmente por la modificación en la capacidad del trabajador, si es que la tal reducción de capacidad ha tenido lugar.

²⁰⁹ Vid. STSJ de Castilla y León/Burgos de 17-11-1997 (recurso de suplicación 844/1997), en relación con un trabajador fijo discontinuo que prestaba servicios en las campañas de prevención y extinción de incendios forestales. En sentido análogo, vid. STSJ de Castilla y León/Valladolid de 4-7-2005 (recurso de suplicación 1083/2005).

²¹⁰ Cfr. OIT, *La igualdad en el trabajo: afrontar los retos que se plantean*, Ginebra, 2007, pág. 56. El informe puede consultarse en http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---webdev/documents/publication/wcms_082609.pdf.

En ese escenario, la alteración de la capacidad que suponga una disminución de rendimiento podría permitir al empresario, en último término, recurrir al art. 52.a) ET, aduciendo la ineptitud sobrevinida, supuesto más factible en situaciones de discapacidad, que en las de malformaciones, deformaciones u obesidad, en las que también puede darse tal circunstancia, pero en las que puede resultar más factible acudir a los intereses comerciales —que podrían integrarse en el despido objetivo por razones organizativas— como causa justificativa de la extinción del contrato.

Para ello, el empresario habrá de probar que la apariencia física es un requisito inherente, o que aporta un significativo valor añadido, a la prestación de servicios, y que en las nuevas condiciones el rendimiento obtenido por la actividad se reduce, pues el trabajador ya no es idóneo. Cualquiera de los supuestos aludidos en los epígrafes anteriores (modelo, camarero en determinados establecimientos, alternador, etc.) pueden servir como ejemplo, pues en aquellas actividades laborales donde la apariencia física constituye una exigencia de acceso, es evidente que el mantenimiento de las mismas condiciones se convierte en requisito *sine qua non* para la conservación del contrato, porque esa apariencia física, en definitiva, debe integrarse entre las condiciones de aptitud necesarias para su adecuada ejecución. Por consiguiente, el empresario podrá recurrir al despido objetivo, e incluso al disciplinario si el trabajador no ha cuidado diligentemente su aspecto físico, ya que incurriría en vulneración de la buena fe contractual. Es, a la postre, un supuesto de aplicación de la regla *rebus sic stantibus*, excepción a la premisa general de *pacta sunt servanda*.

V. LIBERTAD RELIGIOSA Y ORGANIZACIÓN DE LA EMPRESA

La Constitución reconoce una serie de derechos fundamentales, dotados de una especial protección y cuya limitación sólo puede tener lugar por causas justificadas. La celebración de un contrato de trabajo no supone, obviamente, que el trabajador se vea privado de los derechos que le corresponden como persona. No obstante, la incardinación en el círculo rector y de organización del empresario trae como consecuencia que el válido ejercicio de los derechos fundamentales deba conciliarse con los legítimos intereses empresariales. En este contexto general se mueve también la libertad religiosa, donde las diferencias entre sus vertientes activa y pasiva se manifiestan cada vez con mayor intensidad.

1. Las facetas de la libertad religiosa y su incidencia en la relación laboral

Como es bien sabido, el art. 16 CE reconoce como derechos fundamentales «la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley». Desde luego, los trabajadores disfrutan también de ese derecho, que no sólo tiene plasmaciones en la esfera extralaboral, sino que puede contar con evidente repercusión en la relación de trabajo. Comoquiera que determinados derechos laborales en España tienen un origen religioso incuestionable, como sucede con la preferencia por el domingo como día de descanso semanal, se justifica que quienes no profesen el catolicismo soliciten una adaptación a las peculiaridades propias de sus creencias. No es esta una cuestión específica de extranjería, aunque en el marco de la libertad religiosa muchas de las reivindicaciones de adaptación de las condiciones laborales a las creencias del trabajador provienen de extranjeros²¹¹.

Desde esta perspectiva, el objetivo es superar el reconocimiento de la libertad religiosa en su vertiente exclusivamente negativa o pasiva (*v.gr.*, derecho del trabajador a no declarar sobre sus creencias, prohibición del empresario de indagar sobre ellas, derecho del trabajador a no ser discriminado por sus convicciones, etc.), que es la dimensión que hasta ahora prevalece en la jurisdicción

²¹¹ Se ha puesto de manifiesto que muchos de los litigios recientes relativos a la libertad religiosa no se originan a partir de la diversidad cultural, sino de «la batalla por la hegemonía cultural que se está librando ya desde hace bastantes años entre quienes quieren mantener la influencia en la ordenación de la vida social del cristianismo en general, y de la Religión católica en particular, y quienes quieren neutralizar tal influencia»; cfr. A. MARTÍN VALVERDE, *Libertad religiosa, contrato de trabajo y docencia de religión*, REDT, nº 138, 2008, pág. 311.

—y que conviene intensificar, porque la discriminación por razones religiosas está aumentando en los últimos años, según ha puesto de manifiesto la OIT²¹²—, y valorar en qué medida puede hacerse valer su vertiente positiva o activa, terreno hasta ahora prácticamente inexplorado en España y que permitiría exigir al empresario determinadas adaptaciones o modulaciones que asegurasen el pleno respeto a la libertad religiosa de sus trabajadores. No es, en absoluto, un problema nuevo, pero posiblemente exigirá un replanteamiento en el futuro, porque la inmigración traerá consigo mayor heterogeneidad de confesiones religiosas, que suscitarán problemas todavía desconocidos en España, pero a los que ya han tenido que hacer frente en otros países con mayor diversidad cultural, étnica y religiosa, especialmente Estados Unidos²¹³.

El ordenamiento español no contempla reglas específicas más allá del reconocimiento de los principios de igualdad y no discriminación. Los Acuerdos con las distintas confesiones religiosas celebrados en 1992, quizá los instrumentos más adecuados para propiciar un reconocimiento efectivo de la libertad religiosa en su vertiente activa o positiva, no cumplen ese propósito.

En este sentido, la Ley 24/1992, de 10 de noviembre, recogió el Acuerdo de Cooperación entre el Estado español y la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España (FEREDE), y en su art. 12 dispone que «el descanso laboral semanal, para los fieles de la Unión de Iglesias Adventistas del Séptimo Día y de otras Iglesias evangélicas, pertenecientes a la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España, cuyo día de precepto sea el sábado, podrá comprender, siempre que medie acuerdo entre las partes, la tarde del viernes y el día completo del sábado, en sustitución del que establece el artículo 37.1 del Estatuto de los Trabajadores como regla general».

La Ley 25/1992, de 10 de noviembre, mediante la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación con la Federación de Comunidades Israelitas de España, hace lo propio en su art. 12.1. El art. 12.2 de ese Acuerdo permite cambiar determinadas fiestas reconocidas en el art. 37.2 ET por festividades «que según la Ley y la tradición judías, tienen el carácter de religiosas»²¹⁴, con carácter retribuido y

²¹² «A ello han contribuido varios factores: la acentuación de las desigualdades económicas debidas a criterios religiosos y raciales o étnicos; la intensificación de las migraciones y las consiguientes dificultades culturales, así como los actos terroristas y la adopción de políticas de seguridad en respuesta a ellos»; cfr. OIT, *La igualdad en el trabajo: afrontar los retos que se plantean*, Ginebra, 2007, pág. 37. El informe puede consultarse en http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/—dgreports/—dcomm/—webdev/documents/publication/wcms_082609.pdf.

²¹³ Vid. F. VALDÉS DAL-RÉ, "Libertad religiosa y contrato de trabajo", en M.E. CASAS BAAMONDE, F. DURÁN LÓPEZ y J. CRUZ VILLALÓN (Coord.), *Las transformaciones del Derecho del Trabajo en el marco de la Constitución Española*, La Ley, Madrid, 2006, pp. 575 y ss.

²¹⁴ Año Nuevo (Rosh Hashaná), 1° y 2° día; Día de Expiación (Yon Kippur); Fiesta de las Cabañas (Succoth), 1°, 2°, 7° y 8° día; Pascua (Pesaj), 1°, 2°, 7° y 8° día; Pentecostés (Shavuot), 1°, y 2° día.

no recuperable. Esa modificación, no obstante, debe producirse «a petición de las personas a que se refiere el número anterior, y en los términos previstos en el mismo», remisión al art. 12.1 del Acuerdo que implica un pacto entre empresario y trabajador para poder hacer efectivo el derecho al cambio de disfrute de la fiesta.

Por su parte, la Ley 26/1992, de 10 de noviembre, por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Comisión Islámica de España, recoge en su art. 12.1 el derecho de los miembros de las Comunidades Islámicas a «solicitar la interrupción de su trabajo los viernes de cada semana, día de rezo colectivo obligatorio y solemne de los musulmanes, desde las trece treinta hasta las dieciséis treinta horas, así como la conclusión de la jornada laboral una hora antes de la puesta del sol, durante el mes de ayuno (Ramadán)», si bien será «necesario el previo acuerdo entre las partes» y «las horas dejadas de trabajar deberán ser recuperadas sin compensación alguna». También cabe pactar la sustitución de las fiestas del art. 37.2 ET por las propias de la religión islámica²¹⁵, a tenor del art. 12.2 del Acuerdo²¹⁶.

Prescindiendo de las cuestiones relativas a la asistencia sanitaria por no estar directamente relacionadas con la relación de trabajo²¹⁷, los conflictos surgirán sin duda hacia el futuro en el terreno laboral, y el ámbito potencial de esos litigios es muy amplio, e incluso puede alcanzar a la prevención de riesgos laborales²¹⁸. La doctrina ha apuntado que el trabajador no puede negarse por motivos religiosos a utilizar determinada ropa de trabajo, ni tampoco a someterse a reconocimientos médicos obligatorios si no es razonablemente posible que se utilice un método inocuo para sus convicciones; se impone en cualquier caso una valoración casuística y la apreciación de proporcionalidad será indispensable con el propósito de lograr una solución conciliadora que tome en cuenta adecuadamente todos los intereses concurrentes²¹⁹. No en vano, soluciones de esa índole vienen proporcionando los tribunales estadounidenses desde hacer varias décadas, al exigir al empresario una *reasonable accommodation* en las condiciones de trabajo para no impedir el ejercicio de la libertad religiosa, salvo que esa modificación razonable sea especialmente costosa o compleja (*undue hardship on the employers' legitimate business interests*)²²⁰. En verdad, esa acomodación razonable de la

²¹⁵ AL HIYRA, correspondiente al 1° de Muharram, primer día del Año Nuevo Islámico; ACHURA, décimo día de Muharram; IDU AL-MAULID, corresponde al 12 de Rabi al Awwal, nacimiento del Profeta; AL ISRA WA AL-MIRAY, corresponde al 27 de Rayab, fecha del Viaje Nocturno y la Ascensión del Profeta; IDU AL-FITR, corresponde a los días 1°, 2° y 3° de Shawwal y celebra la culminación del Ayuno de Ramadán; IDU AL-ADHA, corresponde a los días 10°, 11° y 12° de Du Al-Hyyah y celebra el sacrificio protagonizado por el Profeta Abraham.

²¹⁶ Vid. G.L. BARRIOS BAUDOR e I. JIMÉNEZ-AYBAR, *La conciliación entre la vida laboral y la práctica de la religión musulmana en España*, RTSS (CEF), n° 274, 2006, pp. 5 y ss.

²¹⁷ Vid. SSTC 166/1996, de 28 de octubre, y 154/2002, de 18 de julio.

²¹⁸ Vid. R. FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R. TASCÓN LÓPEZ, H. ÁLVAREZ CUESTA y J.G. QUIRÓS HIDALGO, *Credo religioso y prestación laboral: ¿ora et labora?*, RTSS (CEF), n° 284, 2006, pp. 27 y ss.

²¹⁹ Extensamente, vid. O. FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, *Libertad religiosa y trabajo asalariado: condiciones y criterios de articulación*, REDT, n° 133, pp. 75 y ss.

²²⁰ Vid. <http://www.eeoc.gov/types/religion.html>.

organización del trabajo debería ser exigible no sólo respecto de la libertad religiosa, sino también en relación con el ejercicio de cualesquiera otros derechos fundamentales; a la postre, la buena fe debe presidir el comportamiento de las dos partes ligadas por el contrato de trabajo²²¹.

La libertad religiosa del trabajador, especialmente en su vertiente negativa o pasiva, parece exigir del empresario «un principio de neutralidad o no confesionalidad»²²², una indiferencia hacia las creencias religiosas del trabajador, pero es posible que la propia empresa defienda un cierto sistema de valores que puede también modalizar la relación laboral. Es claro que la religión del trabajador no es un elemento que deba tomarse en consideración, y no cabe tratamiento peyorativo por tal circunstancia. No obstante, las denominadas empresas de tendencia plantean una problemática singular, como también se ha puesto de manifiesto en otros países²²³, pues defienden un determinado ideario que ha de ser respetado, e incluso la libertad religiosa del trabajador puede quedar *de facto* suprimida en el contexto de la relación laboral cuando se encomiendan funciones características de la «tendencia» empresarial; en cambio, el desempeño de tareas «neutras» obliga a desvincular la actividad del trabajador del ideario²²⁴. Desde esa perspectiva, la “libertad religiosa de la empresa”, si tal expresión se admite, no puede anular completamente la vertiente negativa o pasiva —privada o íntima si se quiere— de la libertad religiosa del trabajador²²⁵, y sólo caben limitaciones a esa libertad

²²¹ Vid. S. DEL REY GUANTER, *Derechos fundamentales de la persona y contrato de trabajo: notas para una teoría general*, RL, Tomo I, 1995, pp. 207 y ss.; J.L. GIL Y GIL, *El deber del empresario de salvaguardar los derechos fundamentales del trabajador*, AS, nº 13, 2003, pp. 66 y ss.; R. PALOMINO LOZANO, Objeción de conciencia y relaciones laborales en el Derecho de los Estados Unidos, REDT, nº 50, 1991, pp. 906 y ss.

²²² Cfr. M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, *Libertad ideológica, contrato de trabajo y objeción de conciencia*, Relaciones Laborales, Tomo II, 2003, pág. 55.

²²³ A modo de ejemplo, en Estados Unidos el Título VII de la Civil Rights Act, norma antidiscriminatoria principal a nivel federal, deja claro que «*it shall not be an unlawful employment practice for a school, college, university, or other educational institution or institution of learning to hire and employ employees of a particular religion if such school, college, university, or other educational institution or institution of learning is, in whole or in substantial part, owned, supported, controlled, or managed by a particular religion or by a particular religious corporation, association, or society, or if the curriculum of such school, college, university, or other educational institution or institution of learning is directed toward the propagation of a particular religion*»; vid. <http://www.eeoc.gov/policy/vii.html>.

²²⁴ Vid. STC 106/1996, de 12 de junio, en la que el TC matiza su doctrina sobre las empresas de tendencia, advirtiendo que no es posible extrapolar las conclusiones extraídas de sus previas decisiones sobre profesores en centros docentes a profesionales sanitarios que trabajan en un hospital religioso, pues la función del hospital consiste en prestar asistencia sanitaria, y no en difundir el mensaje religioso. Por consiguiente, se considera desproporcionada la decisión de despedir a una auxiliar de clínica que había mostrado su disconformidad con la decisión del capellán de dar comunión a los enfermos en sus propias habitaciones. El TC entiende que expresiones como «no sé como no les da vergüenza», «esto parece un picnic», «éstos son los humanitarios» o «si mi madre estuviese aquí los denunciaría», no constituirían justa causa de despido en ese contexto, pues se trata de expresiones que «constituyen ciertamente reproches sin duda molestos o hirientes e incluso despectivos, pero no gravemente vejatorios».

²²⁵ Extensamente, F.J. CALVO GALLEGU, *Contrato de trabajo y libertad ideológica*, CES, Madrid, 1995, pp. 142 y ss.; F.R. BLAT GIMENO, *Relaciones laborales en empresas ideológicas*, MTSS, Madrid, 1986, pp. 77 y ss.

religiosa cuando se cause un perjuicio a la empresa²²⁶, sea al normal desarrollo de la actividad, sea a su imagen o a cualquier otro aspecto que proporcione una causa justificada para restringir el alcance de un derecho fundamental²²⁷.

En cualquier caso, y como afirmó la STC 47/1985, de 27 de marzo, partiendo de la precedente STC 5/1981, de 13 de febrero, los trabajadores (en ese caso se trataba de una profesora de EGB que prestaba servicios para un colegio privado religioso) han de respetar el ideario de la empresa, y no pueden «dirigir ataques abiertos o solapados contra este ideario». En consecuencia, «una actividad docente hostil o contraria al ideario de un Centro docente privado puede ser causa legítima de despido del profesor al que se le impute tal conducta o tal hecho singular, con tal de que los hechos o el hecho constitutivos de “ataque abierto o solapado” al ideario del Centro resulten probados por quien los alega como causa de despido, esto es, por el empresario»²²⁸. Es más, las tareas ideológicas o de tendencia pueden requerir una vinculación más intensa del trabajador con el ideario empresarial, que trasciende de la mera relación de trabajo y podría justificar sanciones por conductas extralaborales²²⁹. Al margen de estos supuestos, conviene recordar que las confesiones religiosas pueden incluso intervenir en la celebración de contratos entre terceros, como sucede con la contratación de profesores de religión para prestar servicios en centros públicos de enseñanza²³⁰.

2. La respuesta de la jurisdicción social a la vertiente positiva de la libertad religiosa

Como es sabido, dentro de la vertiente activa o positiva de la libertad religiosa pueden a su vez distinguirse dos estratos, pues la afectación a la organización empresarial de las convicciones religiosas de los trabajadores y la conducta exigida al empleador no siempre tienen la misma intensidad. El primero de esos niveles se limitaría a reconocer al trabajador la posibilidad de exteriorizar sus creencias, y a requerir del empresario el correlativo deber de respeto pese a que pudieran generarse situaciones inusuales. Se trataría, a la postre, de extender el principio de neutralidad e indiferencia hacia la religión del trabajador a cierto tipo de comportamientos efectuados en tiempo y lugar de trabajo que para la empresa sean inocuos, o que no causen un trastorno de consideración (*v.gr.*, exhibir un crucifijo). En un segundo nivel, la vertiente activa o positiva de la libertad religiosa podría llevar aparejado el derecho a exigir del empresario adaptaciones organizativas para garantizar el respeto a las convicciones del trabajador.

²²⁶ En el ámbito comunitario, *vid.* art. 4.2 de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000; *vid.* M.F. FERNÁNDEZ LÓPEZ y F.J. CALVO GALLEGU, *La Directiva 78/2000/CE y la prohibición de discriminación por razones ideológicas: una ampliación del marco material comunitario*, *Temas Laborales*, nº 59, 2001, pp. 125 y ss.

²²⁷ *II.2.*

²²⁸ *Vid.* M.F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, *Libertad ideológica y prestación de servicios*, *RL*, nº 5, 1985, pp. 57 y ss.

²²⁹ *Vid.* M. ALONSO OLEA, *Jurisprudencia constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social. Tomo III (1985)*, Civitas, Madrid, 1986, pp. 80 y ss.; M.C. ORTIZ LALLANA, *Derechos fundamentales y relación laboral*, *RMTAS*, nº 13, 1998, pp. 36 y ss.; J.L. GONI SEIN, *El respeto a la esfera privada del trabajador*, Civitas, Madrid, 1988, pp. 282 y ss.

²³⁰ *Vid.* STC 38/2007, de 15 de febrero.

Desde luego, el conflicto entre la libertad religiosa y las facultades organizativas del empresario no se plantea en meros términos hipotéticos o de futuro, sino que esa vertiente activa o positiva ha llegado en ocasiones a los tribunales, que, hasta el momento, sólo han reconocido efectos a la vertiente positiva de la libertad religiosa en supuestos que pueden enmarcarse dentro de ese primer nivel, el de menor intensidad, como queda de manifiesto en la STSJ de Baleares de 9-9-2002²³¹, ya comentada con anterioridad²³². A modo de mero recordatorio, el actor prestaba servicios como conductor de autobús para la empresa de transportes municipal, y junto al uniforme utilizaba una gorra con evidente significado religioso —kipá—, pues desde hacía décadas profesaba la religión judía. Tras tolerar esa conducta durante varios años, la empresa decidió imponer a sus trabajadores una completa uniformidad, y prohibió al trabajador portar la kipá en horas de trabajo. La sentencia reconoce inicialmente el derecho de la empresa a exigir la uniformidad, pero advierte que la colisión con un derecho fundamental como la libertad religiosa supone para el empresario la carga de probar un perjuicio que justifique la restricción del derecho del trabajador. Ante la falta de prueba de cualquier trastorno o incidente, y atendiendo además a la naturaleza pública de la entidad empleadora —«puede que, por ello, más comprometida que las de puro carácter privado con el cumplimiento efectivo de los valores constitucionales», afirma la sentencia— el Tribunal acepta las alegaciones del demandante y reconoce su derecho a vestir la kipá durante su jornada laboral.

La plena consagración de la vertiente positiva o activa de la libertad religiosa requeriría un paso más, y conllevaría la imposición al empresario de la obligación de adaptar su organización en función de las convicciones religiosas de los trabajadores, escenario que aún parece lejano, porque el rechazo de los tribunales ha sido hasta el momento unánime. En este sentido, hace más de dos décadas que el TC tuvo ocasión de pronunciarse sobre las ausencias al trabajo durante determinados días que la religión del trabajador prescribía como de descanso obligatorio. En concreto, la STC 19/1985, de 13 de febrero, se ocupó de un despido disciplinario decidido por la empresa a causa de las faltas al trabajo de una empleada miembro de la Iglesia Adventista del Séptimo Día, que se negaba a trabajar desde la puesta del sol del viernes a la del sábado por ser contrario a sus creencias. La trabajadora había solicitado el cambio de turno o, al menos, que su ausencia únicamente comportase pérdida de salario con eventual compensación en otras horas, solicitud rechazada por la empresa, que, ante las faltas reiteradas al trabajo, procedió al despido.

La sentencia desestima la pretensión de la trabajadora, sobre la base de que la seguridad jurídica se vería lesionada si el cumplimiento de los contratos dependiera de que su contenido no contrariase la religión que en cada momento profesen trabajador o empresario. En suma, uno de los contratantes no puede forzar al otro, sobre la base de la libertad religiosa, a alterar lo pactado en contrato si esas cláusulas o estipulaciones no vulneran el ordenamiento jurídico. El TC recuerda que no se había le-

²³¹ Recurso de suplicación 390/2002.

²³² III.7.

sionado la vertiente negativa de la libertad religiosa, porque en ningún caso se pretendía obligar a la trabajadora a declarar sobre sus creencias, sino que simplemente la empresa había rechazado modificar el tiempo de trabajo de la demandante para hacer compatible el trabajo con su fe.

En este contexto, el respeto a la libertad religiosa de la trabajadora facultaría al empresario para alterar el horario con una causa que justificaría una medida individual y excepcional, pero en ningún caso está obligado a ello legal o constitucionalmente. El TC también advierte que el origen cristiano de la preferencia por el domingo como día de descanso semanal no es suficiente para declarar la lesión del derecho fundamental del art. 16 CE, puesto que el descanso dominical ha superado ese origen confesional y se ha convertido en tradición, perdiendo esa neta vinculación religiosa para incorporarse al acervo cultural, máxime tras el reconocimiento del carácter aconfesional del Estado (art. 16.3 CE). A la postre, el día de descanso puede ser modificado por acuerdo de las partes, pues su fijación en domingo constituye únicamente la «regla general» y no un imperativo jurídico (art. 37.1 ET)²³³.

Un supuesto muy similar se planteó en la STS de 20-4-1988²³⁴; el trabajador, miembro igualmente de la Iglesia Adventista del Séptimo Día, había sido despedido por faltas reiteradas al trabajo, en la medida en que se negaba a prestar servicios los sábados. El TS acepta y asume la doctrina constitucional, pero puntualiza que en el caso enjuiciado no se había respetado la necesaria proporcionalidad entre falta y sanción, porque el trabajador había sido autorizado por la empresa en un primer momento para cambiar el día de descanso del domingo al sábado. Posteriormente la empresa decidió de manera unilateral reubicar el día de descanso de nuevo en domingo, momento en el que comenzaron a producirse las ausencias. La sentencia no legitima las faltas al trabajo, porque las motivaciones religiosas no pueden imponerse en este caso a las necesidades empresariales, pero estima que esas convicciones atenúan «muy calificadamente las faltas del trabajador, excluyendo para ellas la sanción más grave del mundo laboral como es la de despido»²³⁵.

La negociación colectiva todavía no recoge, al menos con carácter general, reglas específicas para los trabajadores que profesen religiones distintas de la católica²³⁶, por lo que la ausencia de acuerdo entre empresario y trabajador impide desarrollar esa vertiente positiva o activa de la libertad religiosa, como quedó de manifiesto en la STSJ de Madrid de 27-10-1997²³⁷, donde la actora, que

²³³ Vid. E. BORRAJO DACRUZ, *Derechos fundamentales y relación de trabajo: casos judiciales significativos*, AL, nº 3, 2004, pp. 270-271; M. ALONSO OLEA, *Jurisprudencia constitucional sobre trabajo y seguridad social. Tomo III (1985)*, Civitas, Madrid, 1986, pp. 47 y ss.

²³⁴ Recurso de casación por infracción de ley.

²³⁵ Tampoco aceptan el cambio de día de descanso semanal por imposición del trabajador las SSTSJ de la Comunidad Valenciana de 24-6-1997 (Recurso de suplicación 2048/1997) y de 11-9-2000 (Recurso de suplicación 1925/2000).

²³⁶ Vid. A.V. SEMPERE NAVARRO y C. SAN MARTÍN MAZZUCCONI, "Los derechos fundamentales (inespecíficos) de los trabajadores", en AA.VV., *Nuevos problemas de la negociación colectiva*, XVI Jornadas de estudio sobre la negociación colectiva, MTAS, Madrid, 2004, pp. 56-58.

²³⁷ Recurso de suplicación nº 2170/1997.

profesaba la religión musulmana, solicitó a su empleador —una cadena de tiendas de conveniencia— no utilizar uniforme con falta corta, la exención de prestar servicios durante tres horas los viernes para efectuar el rezo colectivo, finalizar su jornada una hora antes de la puesta de sol durante el mes de Ramadán y no trabajar en establecimientos donde se manipulasen o vendiesen productos derivados del cerdo y/o alcohol. La empresa denegó todas estas peticiones, decisión respaldada por la sentencia, que si bien reconoce la importancia de la libertad religiosa y la necesidad de compatibilizar las convicciones con el trabajo, considera que es exigible «a la parte trabajadora una conducta especial de lealtad y buena fe, consistente en que —lo que no hizo la actora— al solicitar el puesto de trabajo indique previamente su confesión religiosa y el horario especial que ello implica, a fin de que esa futura empleadora estudie si puede encajar tal situación especial en su infraestructura específica».

En realidad, la vertiente activa de la libertad religiosa —en ese segundo nivel que requiere una acomodación organizativa a las peculiaridades del trabajador— es difícilmente exigible, incluso fuera de la relación laboral. En este sentido, los tres Acuerdos de 1992 reconocen el derecho a solicitar un cambio de día en los exámenes, oposiciones o pruebas selectivas convocadas para el ingreso en las Administraciones Públicas que hayan de celebrarse en uno de los días de descanso o festivos por motivos religiosos, pero admiten que la solicitud puede ser denegada cuando una causa motivada lo impida. Muchas de esas pruebas u oposiciones se realizan en sábado y el llamamiento es único, siendo denegadas las peticiones individuales de cambio de día para garantizar la igualdad de los opositores, justificación que los tribunales vienen estimando suficiente²³⁸.

3. La eventual repercusión de la poligamia en la relación laboral

Como es sabido, el ordenamiento laboral condiciona ciertos derechos a la acreditación de matrimonio, sin que el empresario esté legitimado para valorar su validez o nulidad, decisión que corresponde al juez. Desde esta perspectiva, la poligamia plantea problemas específicos, pues debe determinarse si el trabajador puede ejercitar tales derechos en relación con cada uno de sus cónyuges, o si sólo un matrimonio se estima válido, de modo que únicamente respecto de ese enlace podrían ejercitarse los derechos aparejados a la celebración de vínculo conyugal.

Este conflicto de civilizaciones plantea interesantes cuestiones desde la perspectiva de los derechos sociales²³⁹ —que han comenzado en el Sistema de Seguridad Social a través de la solicitud de pensiones de viudedad—²⁴⁰, y su análisis jurídico, en el ordenamiento español, debe partir del art. 12.3 CC,

²³⁸ Vid. STSJ (Cont-Adv.) de Aragón de 18-5-1999 (Recurso contencioso-administrativo 187/1996).

²³⁹ «Conflicts of civilisation are a fascinating topic of research. However, in practice, these conflicts are probably among the most difficult to settle»; cfr. M.C. FOGLETS, "Conflicts of Law in Cross-Cultural Family Disputes in Europe Today. Who will reorient conflicts law?", en F. STRIJBOSCH y M.C. FOGLETS, *Relations familiales interculturelles*, Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati, Oñati, 1999, pág. 8.

²⁴⁰ Vid. I.A. RODRÍGUEZ CARDO, *Ley personal vs. Ley territorial en el orden laboral: puntos significativos*, AL, nº 9, 2007, pp. 1054 y ss.

que deja claro que «en ningún caso tendrá aplicación la ley extranjera cuando resulte contraria al orden público». La poligamia, tipificada como delito (art. 217 Código Penal), podría considerarse contraria al orden público, y, por tanto, habría que calificar como nulos todos los matrimonios posteriores al primero.

Sin embargo, cabe otra interpretación, pues no se produce en este supuesto la remisión, vía norma de conflicto, a una ley foránea que contraría el orden público español, sino que debe determinarse si una institución expresamente proscrita en España puede desplegar efectos cuando el correspondiente negocio jurídico se celebra válidamente conforme a la ley aplicable. La cuestión se desplaza al terreno del reconocimiento de efectos; y en ese contexto el orden público no debe actuar con tanto rigor, por un elemental respeto a manifestaciones culturales que han de coexistir —y con mayor intensidad en un futuro cercano— con tradiciones patrias²⁴¹. El orden público no ha de servir como «instrumento de tutela de la integridad moral de la sociedad nacional²⁴²», sino como garantía de un nivel mínimo de seguridad y autonomía individual, puesto que el orden público como límite a la norma de conflicto constituye una excepción, que, como tal, debe interpretarse restrictivamente²⁴³. El reconocimiento de efectos, por lo demás, permite mantener la prohibición, como lesión al orden público, de determinadas prácticas amparadas en la costumbre de un determinado pueblo, y más aquellas que vulneran derechos fundamentales como la integridad física, tradicionales en algunas culturas.

Las uniones poligámicas no sólo existen *de facto*, sino que se encuentran plenamente reconocidas en otros Estados. El ordenamiento español ha de aceptar —tolerar si se quiere— esa clase de situaciones, y resulta dudoso que el aplicador de la norma pueda priorizar entre varios cónyuges —todos ellos legítimos conforme a su ley personal— con base en criterios no definidos (el primero en el tiempo habitualmente, pero ese tiempo puede ser el de celebración del matrimonio, o el de la solicitud del derecho correspondiente, o el de la entrada en España o el de conocimiento y/o reconocimiento del enlace por el ordenamiento español); a la postre, hacer de mejor derecho a un cónyuge que a otro por un mero factor temporal podría resultar incoherente —e incluso discriminatorio por razón de sexo si se deja al arbitrio de uno solo de los contrayentes, normalmente el varón²⁴⁴—, y más en

²⁴¹ Vid. O. MOLINA HERMOSILLA, *Poligamia del trabajador extranjero y consiguiente reconocimiento de la pensión de viudedad a favor de sus dos cónyuges supervivientes*, AS, nº 8, 2001, pp. 29-32; C. CHACARTEGUI JÁVEGA, "La pensión de viudedad ante la diversidad social y la sociedad multicultural: la poligamia y las parejas del mismo sexo como supuestos paradigmáticos", en J. LÓPEZ LÓPEZ y C. CHACARTEGUI JÁVEGA (Coord.), *Las últimas reformas (2004) y el futuro de la Seguridad Social*, Bomarzo, Albacete, 2005, pág. 132; M.F. DE NO VÁZQUEZ, *Poligamia y pensión de viudedad*, AL, Tomo II, 2004, pp. 1899 y ss.

²⁴² Cfr. A. MOTILLA DE LA CALLE (Coord.), *El matrimonio islámico y su eficacia en el Derecho Español*, Universidad de Córdoba, Córdoba, 2003, pp. 148-149.

²⁴³ Vid. J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Matrimonio y parejas de hecho", en A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho de familia internacional*, Colex, Madrid, 2003, pág. 83.

²⁴⁴ Vid. M. ALENDA SALINAS, "Poligamia musulmana y unión de hecho", en AA.VV., J.M. MARTINELL y M.T. ARECES PIÑOL (Ed.), *Uniones de hecho*, Universidad de Lérida, Lérida, 1998, pp. 109 y ss.

cuestiones como la pensión de viudedad, que el Sistema de Seguridad Social concede también en caso de separación, divorcio e incluso nulidad (art. 174.2 LGSS).

No se está en presencia de la aplicación de una ley extranjera contraria al orden público, ni del reconocimiento de una sentencia o documento público con fuerza ejecutiva, sino únicamente de la admisión de los efectos que son propios a un matrimonio válidamente celebrado y que no ha sido contraído vulnerando normas españolas²⁴⁵. De lo contrario, los matrimonios poligámicos ni siquiera merecerían la consideración de convivencia de hecho, al menos si se atiende al sector doctrinal que introduce la monogamia como requisito para el nacimiento de una unión de hecho, aunque el argumento presupone que se está cometiendo adulterio²⁴⁶. La excepción de orden público, en su acepción más restrictiva, justifica la negativa al reconocimiento de efectos en España de actos válidamente celebrados en el extranjero²⁴⁷. Pero si se lleva esta interpretación al extremo, podría conducir a resultados desproporcionados.

Como ha puesto de manifiesto la jurisprudencia francesa²⁴⁸, debe adoptarse un concepto de orden público «atenuado» en estos supuestos²⁴⁹, que reconozca los pertinentes efectos a los matrimonios celebrados válidamente conforme a la ley personal de los contrayentes²⁵⁰. Seguramente, la misma conclusión debiera haberse adoptado, aunque ahora ya carece de relevancia, respecto de los matrimonios homosexuales celebrados válidamente en otro Estado²⁵¹; el matrimonio póstumo, posibilidad

²⁴⁵ Vid. J. MOLINS GARCÍA-ATANCE, "La protección por muerte y supervivencia", en J.M. GARCÍA DE LA SERRANA (Dir.), *Aspectos y cuestiones actuales de Seguridad Social*, CGPJ, Madrid, 2005, pp. 189 y ss.

²⁴⁶ Vid. E. ESTRADA ALONSO, *Las uniones extramatrimoniales en el Derecho Civil español*, Segunda Edición, Civitas, Madrid, 1986, pp. 69-70.

²⁴⁷ Vid. SAP de Barcelona de 10-5-2004 (JUR 181213).

²⁴⁸ «*La réaction à l'encontre d'une disposition contraire à l'ordre public n'est pas la même suivant qu'elle met obstacle à l'acquisition d'un droit en France ou suivant qu'il s'agit de laissez se produire en France les effets d'un droit acquis sans fraude à l'étranger et en conformité avec la loi ayant compétence en vertu du droit international privé français*»; cfr. sentencias de la *Cour de Cassation Chemouni vs. Chemouni* de 28-1-1958 y 19-2-1963; pueden consultarse en B. ANCEL e Y. LEQUETTE, *Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, Tercera Edición, Dalloz, 1998, pp. 235 y ss.

²⁴⁹ En Francia, la doctrina del «orden público atenuado» tiene efectos meramente en el ámbito del Derecho Privado (liquidación del régimen económico matrimonial, alimentos, sucesiones) y no vincula al Sistema de Seguridad Social, porque una de las causas del rechazo a los matrimonios poligámicos en los Estados occidentales, o al menos así lo ha apuntado un sector doctrinal, es el coste económico que ello supondría para los poderes públicos; vid. J. ZAMORA, *El Derecho Internacional Privado ante el matrimonio poligámico: experiencias francesa y británica y su eventual repercusión en España*, Revista de Derecho Privado, 1982, pp. 112 y ss.; A.P. ABARCA JUNCO (Dir.), *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Segunda Edición, UNED, Madrid, 2004, pp. 100-102.

²⁵⁰ Vid. M. VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, *Matrimonio poligámico, orden público y extranjería*, AL, nº 33, 2003, pp. 587 y ss.; J. MOLINS GARCÍA-ATANCE, *Aspectos críticos de la pensión de viudedad. Especial mención al matrimonio polígamo y homosexual*, AS, nº 10, 2005, pp. 78 y ss.

²⁵¹ Vid. I. LÁZARO GONZÁLEZ, *Las uniones de hecho en el Derecho Internacional Privado español*, Tecnos, Madrid, 1999, pp. 333 y ss.

que excepcionalmente se reconoce en otros países a las parejas de los fallecidos en combate, podría constituir un ejemplo más de aplicación de la doctrina del orden público atenuado²⁵².

Por otro lado, podría aducirse que la diferencia de trato entre españoles y extranjeros es difícilmente compatible con los principios de igualdad y no discriminación, por el reconocimiento de la validez del matrimonio poligámico de un extranjero cuya ley personal lo admita, frente a la nulidad del contraído por un español, que además incurriría en delito. Y también podría alegarse que se vulnera la libertad religiosa del musulmán de nacionalidad española ante una limitación de ese calado. Sin embargo, el recurso a los principios de igualdad y no discriminación a favor del español no parece conciliar bien con el presupuesto del que parten tales principios en materia de extranjería, que es la desigualdad de derechos entre españoles y extranjeros en perjuicio de éstos. Tampoco es una cuestión que se pueda resolver exclusivamente desde la esfera de la libertad religiosa, que podrá actuar como criterio interpretativo o de orientación, pero no con alcance absoluto.

En último término, mientras el ordenamiento español no admita la poligamia, el reconocimiento de esa clase de matrimonios sólo puede beneficiar a extranjeros porque es un problema que se ha de resolver conforme a la ley personal, y por tanto la ley de la nacionalidad, por remisión expresa de las normas de conflicto españolas (arts. 9.1 y 50 Código Civil); no hay discriminación por esta diferencia de trato, del mismo modo que tampoco es discriminatoria la declaración de nulidad de los matrimonios homosexuales cuando los contrayentes sean extranjeros cuya ley personal no les habilite para ello, porque el reconocimiento de esos matrimonios por el ordenamiento español tiene un alcance limitado a españoles. Los principios de igualdad y no discriminación tienen su ámbito propio de actuación en las reglas internas de un ordenamiento, y no están pensados para comparar ordenamientos diferentes.

Desde la perspectiva de los derechos laborales, y comenzando por los permisos, el art. 37.3.a) ET reconoce quince días naturales en caso de matrimonio, derecho que podrá ser disfrutado por el cónyuge bígamo o polígamo cada vez que se case, en la medida que ese derecho no está limitado a un único enlace; es más, algunos convenios colectivos mejoran la duración del permiso para el segundo o ulterior matrimonio²⁵³. En cualquier caso, y como propuesta de *lege ferenda*, sería recomendable que el legislador estableciese algún límite al disfrute de estos permisos (una vez al año, o cada dos años), para compatibilizar los distintos intereses en juego, porque no parece razonable que el trabajador pueda disfrutar de varios meses de permiso retribuido en un mismo año por la misma

²⁵² Vid. A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Dir.), *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Cuarta Edición, Comares, Granada, 2003, pág. 78.

²⁵³ El art. 20.a) del Convenio colectivo para confitería, pastelería, masas fritas y turrones de la Región de Murcia (BORM de 6 abril de 2006) reconoce un permiso retribuido de quince días naturales en caso de matrimonio, pero aumenta la duración a veinte días naturales «si es en segundas o restantes nupcias».

causa. En verdad, no es un problema limitado a la poligamia, pues la reducción de los plazos para el divorcio puede plantear problemas similares respecto de españoles, agudizados si cabe por el eventual reconocimiento convencional del permiso a las parejas de hecho. En este contexto, debería plantearse la licitud de una cláusula convencional que redujese —o eventualmente suprimiese— la duración del permiso para segundas y ulteriores nupcias; a partir de una interpretación histórica y contextual ese permiso sólo parece imperativo para el empresario respecto del primer matrimonio. En última instancia, la extinción del contrato motivada por el disfrute de este permiso podría merecer la calificación de despido improcedente, y no nulo, salvo que pudiera apreciarse discriminación por razón de estado civil.

No plantea las mismas dificultades el disfrute del descanso por maternidad, o el de paternidad creado por la Ley de Igualdad, puesto que no son derechos ligados al matrimonio, sino a la condición de progenitor (art. 48.4 y 48 bis ET). Por su parte, la persona que contraiga dos o más matrimonios podrá beneficiarse también de los derechos reconocidos en caso de traslado. En primer lugar, la compensación por gastos de traslado debe comprender «tanto los gastos propios como los de los familiares a su cargo, en los términos que se convengan entre las partes, que nunca será inferior a los límites mínimos establecidos en los convenios colectivos»²⁵⁴. En segundo lugar, el art. 40.3 ET reconoce el derecho a la reagrupación familiar, puesto que «si por traslado uno de los cónyuges cambia de residencia, el otro, si fuera trabajador de la misma empresa, tendrá derecho al traslado a la misma localidad, si hubiera puesto de trabajo». No parece problemático el ejercicio de este derecho en casos de poligamia, siempre que se reconozcan los efectos al matrimonio válidamente celebrado conforme a la ley personal. En caso contrario, el primer matrimonio —que se consideraría en tal caso el único legítimo— generaría el derecho a la reagrupación familiar, mientras que si esa situación tuviera lugar entre cónyuges unidos por segundo o ulterior matrimonio, habría que estar al convenio colectivo de aplicación, que podría reconocer el derecho a esa reagrupación a los convivientes de hecho, previsión que beneficiaría también, seguramente, a los cónyuges bigamos o polígamos si su matrimonio se declarase nulo.

²⁵⁴ Art. 40.2 ET.

VI. OPCIONES PERSONALES CON TRASCENDENCIA LABORAL

La libertad de empresa, y las facultades inherentes a ella, no sólo permiten modular el ejercicio de los derechos fundamentales en el contexto laboral —en un ámbito más amplio que el del lugar de trabajo—, sino que, con más motivo, también pueden dar lugar a cierta intervención o injerencia empresarial respecto de los hábitos, costumbres, preferencias o aficiones del trabajador, algunos con reconocimiento legal o constitucional —y una construcción doctrinal— relevante, y otros que deben integrarse sin más dentro de la libertad personal característica de un Estado social y democrático de Derecho.

1. Conducta extralaboral y relación de trabajo

El objeto de la relación laboral —prestación de servicios a cambio de un salario— presupone que el trabajador cumple sus obligaciones si actúa con la debida diligencia y buena fe, y que el poder de dirección empresarial, y en su caso las facultades disciplinarias, no pueden alcanzar a las actividades extralaborales del trabajador, que precisamente por desarrollarse al margen de la relación de trabajo, y por estar amparadas en derechos constitucionales de rango fundamental (*v.gr.*, intimidad), quedan fuera del radio de acción de los poderes empresariales; desde esta óptica, el interés que legitima una reacción empresarial frente a un comportamiento extralaboral que no es de su agrado «ha de quedar limitado a aquellas conductas que suponen una pérdida de idoneidad inicial y una inseguridad fundada sobre el futuro cumplimiento correcto del trabajo»²⁵⁵.

Aunque esa conclusión pueda parecer evidente, la OIT ha alertado de que «el estilo de vida y, más concretamente, el hecho de que un individuo lleve una vida "saludable", se está convirtiendo en un factor determinante para obtener o mantener un empleo. En diversos países industrializados, el tener sobrepeso, ser fumador o sufrir hipertensión puede representar un inconveniente cada vez mayor en el trabajo. Casi toda elección relativa al estilo de vida, incluido el hecho de conducir coches rápidos, repercute de alguna manera en la salud. De lo que se trata sin embargo es de saber dónde ha de establecerse la línea divisoria entre la prerrogativa normativa del empleador y la libertad del trabajador de elegir cómo desea vivir»²⁵⁶.

²⁵⁵ Cfr. J.L. GOÑI SEIN, *El respeto a la esfera privada del trabajador*, Civitas, Madrid, 1988, pág. 261.

²⁵⁶ Cfr. OIT, *La igualdad en el trabajo: afrontar los retos que se plantean*, Ginebra, 2007, pág. 53. El informe puede consultarse en http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/-/dgreports/-/dcomm/-/ebdev/documents/publication/wcms_082609.pdf.

A tal efecto, debe partirse de una premisa básica, cual es que las facultades que proporciona al empleador la libertad de empresa constitucionalmente reconocida no justifican intromisiones en la conducta extralaboral del trabajador. No obstante, la combinación de la actividad de la empresa, de la posición del trabajador en la misma y de los caracteres del comportamiento del trabajador han obligado a los tribunales a matizar ese punto de partida, pues en determinados casos la imagen de la empresa puede verse perjudicada por la conducta extralaboral de los trabajadores, de modo que el empresario podría legítimamente recurrir a sus facultades disciplinarias, procediendo incluso al despido en supuestos de la suficiente gravedad.

Las empresas de tendencia constituyen un claro ejemplo, sea con carácter general, sea en el específico caso de los profesores de religión en centros públicos (aunque en este supuesto no hay sanción por despido, sino falta de propuesta para la renovación del contrato). Conviene traer a colación en este momento los argumentos que se apuntaron en el capítulo sobre la libertad religiosa²⁵⁷ y, especialmente, los que se desarrollarán en el epígrafe relativo a la orientación sexual²⁵⁸, para constatar que si la conducta extralaboral es contraria al ideario de la empresa y perjudica su imagen, el interés empresarial se convierte en justa causa de extinción de la relación laboral. No obstante, el recurso al despido disciplinario puede resultar excesivo, salvo que se pruebe la ausencia de buena fe en la conducta del trabajador, conocedor de la inadecuación de su comportamiento.

Prescindiendo de las empresas de tendencia, que requerirían un estudio monográfico a estos efectos por los muchos perfiles que presenta la relación laboral en las mismas, conviene recordar que la incompatibilidad entre el interés empresarial y la conducta extralaboral de los trabajadores puede también tener lugar en empresas ordinarias, sin ideología definida o explícita. Es más, la posibilidad de sancionar conductas extralaborales ha sido reconocida normativamente en un ámbito concreto, como es el deportivo, en la medida que el art. 17.2 RD 1006/1985, de 26 de junio, por el que se regula la relación laboral especial de los deportistas profesionales, admite la licitud del ejercicio de la potestad disciplinaria por «actuaciones o conductas extradeportivas» no sólo cuando «repercutan grave y negativamente en el rendimiento profesional del deportista» —lo que no constituye una novedad, porque la disminución del rendimiento por esta circunstancia debe entenderse como voluntaria, y por tanto sancionable con carácter general—, sino también cuando «menoscaben de forma notoria la imagen del club o entidad deportiva».

Desde luego, cualquier actuación empresarial exige que la conducta extralaboral se pruebe, pues no se puede actuar con base en meras sospechas²⁵⁹. Y una vez acreditada, el empresario sólo está legitimado para actuar cuando el comportamiento del trabajador pueda repercutir negativamente sobre el adecuado cumplimiento de la prestación de trabajo o sobre los intereses de la empresa.

²⁵⁷ V.

²⁵⁸ VII.1.

²⁵⁹ Vid. STSJ de Cataluña de 4-2-2008 (recurso de suplicación 8038/2007), en relación con la empleada de una guardería que había sido despedida ante la acusación de haber maltratado a sus propios hijos. El despido se califica como improcedente porque esos malos tratos únicamente eran presuntos.

En consecuencia, la conducta extralaboral del trabajador que perjudique a la empresa permitirá al empleador hacer uso del poder de dirección, normalmente en su vertiente disciplinaria. Ahora bien, resulta evidente que el empresario no puede interferir en la vida privada de los trabajadores sin esa afectación a los intereses empresariales, como pone de manifiesto la STSJ de Canarias/Las Palmas de 31-1-2008²⁶⁰, que declara lesiva del derecho a la intimidad la decisión empresarial de cambiar de centro de trabajo a dos empleados que mantenían una relación sentimental, sin que constase mayor justificación de la decisión que la intención de que no prestasen servicios juntos.

También presenta una evidente conexión con el trabajo la conducta de quien se encuentra en situación de incapacidad temporal, máxime cuando los tribunales vienen admitiendo que el empresario puede limitar la libertad del trabajador prohibiendo conductas que estime contrarias a la recuperación efectiva, o bien que considere una muestra de la completa curación del trabajador. En palabras del TS, «no toda actividad desarrollada durante la situación de incapacidad temporal puede calificarse como conducta desleal sancionable con el despido, sino sólo aquella que, dotada de suficiente gravedad e intencionalidad, y a la vista de las circunstancias concurrentes, en especial la índole de la enfermedad y las características de la ocupación, sea susceptible de perturbar la curación del trabajador o evidencie la aptitud laboral de éste, con la consiguiente simulación en perjuicio de la empresa»²⁶¹.

A modo de ejemplo, la STSJ de Castilla y León/Burgos de 29-1-2008²⁶² declara procedente el despido de un comercial de un concesionario de vehículos por viajar, en contra de la explícita voluntad empresarial, a la República Dominicana durante nueve días mientras se encontraba recuperándose de una lesión de tobillo. En cambio, si el trabajador se comporta de forma ordinaria durante el proceso de incapacidad temporal, y no perjudica su recuperación, aunque pueda haber realizado alguna actividad potencialmente incompatible con su dolencia, la conducta no alcanza las dosis de culpabilidad o gravedad necesarias para justificar un despido disciplinario²⁶³.

Los supuestos, no obstante, son muy numerosos y heterogéneos, por lo que resulta imprescindible acudir a la casuística, que demuestra que es imprescindible probar fehacientemente la incompatibilidad entre la actividad y la dolencia; en consecuencia, los tribunales estiman que si no se demuestra ni la frecuencia ni la intensidad del esfuerzo no es incompatible con la incapacidad temporal por una dolencia cardiaca la visita a bares de alterne²⁶⁴. En todo caso, es evidente que si el trabajador

²⁶⁰ Recurso de suplicación 1810/2003.

²⁶¹ Cfr. STS de 7-7-1987 (recurso de casación por infracción de ley).

²⁶² Recurso de suplicación 821/2007.

²⁶³ Vid. STSJ de Madrid de 3-10-2006 (recurso de suplicación 2742/2006), en relación con una trabajadora en situación de IT (por contractura dorsal) que durante la misma desarrollaba actividades cotidianas como conducir su vehículo, pasear al perro o realizar la compra sin aparentes dificultades. No obstante, la decisión final debe ponerse en relación con la profesión del trabajador, ya que si no exige grandes requerimientos físicos —personal administrativo— el mero hecho de desarrollar actividades cotidianas sin dificultad puede resultar justa causa de despido disciplinario, aunque la naturaleza de la dolencia es decisiva; vid. STSJ de Cataluña de 27-9-1997 (AS 1997\4445).

²⁶⁴ Vid. STSJ de Castilla y León/Valladolid de 17-1-2007 (recurso de suplicación 2205/2006).

en situación de incapacidad temporal presta servicios profesionales incompatibles con su presunta dolencia durante la baja la empresa está facultada para recurrir al despido disciplinario por vulneración de la buena fe contractual²⁶⁵.

En un sentido análogo, resultan lícitas las injerencias empresariales cuando pretenden evitar un conflicto de intereses, como señaló la STS de 7-3-2007²⁶⁶, en relación con la obligación de comunicar operaciones financieras realizadas por personas interpuestas impuesta por el Banco de España a sus empleados con real o posible información privilegiada. El TS confirma la licitud de esa obligación y su pleno respeto al derecho a la intimidad.

Finalmente, la imagen de la empresa podría verse perjudicada por una conducta extralaboral «inmoral», o cuando menos no conforme a la moral social medida. Aunque la extinción de un contrato de trabajo con tal justificación pueda resultar delicada, no conviene olvidar que el propio TS ha considerado que desarrollar la actividad de alterne —lícita como se dijo²⁶⁷—, directamente o como empresario, supone un comportamiento «netamente indigno», «al participar en la explotación de un negocio, que si bien no puede ser calificado de ilegal, es claramente contrario a la moral social media», y se justifica por tanto una medida disciplinaria en el ámbito de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.

Las mismas consideraciones podrían extrapolarse a otras actividades o conductas (*v.gr.*, tráfico de drogas), aunque su traslación a un contexto diferente al de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, y en particular a las relaciones entre privados, exige demostrar un perjuicio real, serio y grave a la imagen de la empresa, y no meramente una discrepancia o disconformidad moral. En efecto, los tribunales siguen una interpretación muy rigurosa, que exige demostrar un perjuicio fehaciente para la empresa, no siendo suficiente la mera asociación de la imagen de la empresa con la conducta del trabajador²⁶⁹. No obstante, algún convenio colectivo tipifica expresamente como infracción el tráfico de drogas²⁷⁰, con suficiente fundamento, especialmente si el trabajador se ha servido de las instalaciones empresariales para perpetrar el delito —comportamiento contrario a la buena fe contractual—, en la medida que «la empresa no puede convertirse en terreno neutral que garantice inmunidades contra actuaciones ilícitas, ilegales o delictivas»²⁷¹.

²⁶⁵ Por todas, vid. SSTSJ de Galicia de 28-4-2006 (recurso de suplicación 1563/2006) y de 8-7-2005 (recurso de suplicación 2571/2005), y de Andalucía/Sevilla de 26-2-2002 (recurso de suplicación 4329/2001).

²⁶⁶ Recurso de casación 132/2005.

²⁶⁷ IV.3.

²⁶⁸ Vid. STS (Militar) de 11-5-2004 (Ar. 5382), en relación con un Guardia Civil que participaba en la gestión y en los beneficios de un local en el que «se contrataron mujeres extranjeras para que se dedicaran al tráfico sexual a cambio de dinero». Por consiguiente, estas mujeres no se dedicaban únicamente al alterne, sino también a la prostitución, lo que podría constituir una diferencia relevante en relación con la «moralidad» de la conducta.

²⁶⁹ Vid. STSJ de Cataluña de 12-6-2003 (recurso de suplicación 2433/2003), respecto de un mecánico que prestaba servicios en un taller de reparación de vehículos donde la policía halló «una pequeña báscula digital de precisión y once papellinas conteniendo un total de 9,17 gramos de sustancia identificada como cocaína, que ha resultado valorada en 528,04 euros». Tanto la sustancia como el resto de material pertenecían al trabajador.

²⁷⁰ Art. 29.e) Convenio colectivo, de ámbito estatal, para las industrias del arroz.

²⁷¹ Cfr. J.M. DEL VALLE VILLAR, *El derecho a la intimidad del trabajador durante la relación de trabajo*, AL, nº 39, 1991, pág. 495.

2. El consumo de sustancias adictivas

La legislación laboral contempla expresamente como causa de despido disciplinario «la embriaguez habitual o toxicomanía», pero no por sí mismas, sino cuando «repercutan negativamente en el trabajo» [art. 54.2.f) ET]. La afectación negativa no ha de vincularse necesariamente con el rendimiento, ni requiere que el trabajador provoque altercados (lo que podría derivar en despido disciplinario por ofensas verbales o físicas, o incluso por transgresión de la buena fe contractual), sino que puede derivar de la imagen negativa de la empresa que tal comportamiento puede transmitir.

Desde luego, y en los términos que se desarrollaron en el epígrafe anterior, el empresario debe respetar, tolerar y no interferir en la conducta extralaboral del trabajador, salvo excepciones basadas en una causa justificada. En algunas ocasiones, esa razón justificativa puede consistir, efectivamente, en el consumo de sustancias adictivas²⁷², aunque como regla general es claro que la afición del trabajador por ese tipo de sustancias no permite activar la potestad disciplinaria, en la medida que la incidencia de estos comportamientos «sobre el prestigio de la empresa no puede ser sino de carácter muy excepcional, sólo cuando esa conducta haga desmerecer de tal manera las cualidades personales esenciales al desarrollo de la prestación en vista de las cuales se le contrató al trabajador que hagan imposible la continuidad en el puesto»²⁷³.

Algunos convenios colectivos, sin justificación aparente —y por tanto con grave riesgo de extralimitación por vulneración del derecho fundamental a la intimidad—, tipifican como infracción la embriaguez habitual o el consumo, también habitual, de drogas fuera del trabajo²⁷⁴. Parece más adecuado, como prevén otros convenios colectivos, limitar la sanción a supuestos en los que la embriaguez o el consumo de drogas se producen fuera del contexto laboral pero vistiendo el uniforme²⁷⁵, aunque un sector doctrinal considera, con buen criterio, que sólo excepcionalmente —atendiendo a la actividad del trabajador y a la de la empresa— sería admisible una sanción en estas circunstancias²⁷⁶.

²⁷² Consumo, por cierto, que se ha defendido con vehemencia en ciertos ámbitos: vid. J. ESTEBAN, *El derecho a la ebriedad*, Amargord, Madrid, 2007.

²⁷³ Cfr. J.L. GOÑI SEIN, *El respeto a la esfera privada del trabajador*, Civitas, Madrid, 1988, pág. 279.

²⁷⁴ Art. 47.3 Convenio colectivo estatal del ciclo de comercio de papel y artes gráficas.

²⁷⁵ Vid. art. 60 XV Convenio colectivo de la industria química; art. 38 Convenio Colectivo del sector de Industria y Comercio de Confiterías de Guipúzcoa de 2007-09; art. 47.2 Convenio colectivo estatal del ciclo de comercio de papel y artes gráficas.

²⁷⁶ «Nada se puede objetar si se tratase de una empresa de tendencia pero imaginar que un aprendiz de fontanero pueda de cualquier forma acarrear un daño a la imagen de la propia empresa si olvida quitarse el mono que lleva impresa la razón social —o ¿sería suficiente el logotipo?—, antes de concederse una inocente libación, en realidad, me parece que se trata de una licencia al poder directivo empresarial excesiva. A menos que, como se ha adelantado, se admita que la “tendencia” no sea una característica ontológica de algunas organizaciones, sino más bien un atributo que algunos empresarios pueden libremente añadir a la propia razón social»; cfr. G. LOY, *El dominio ejercido sobre el trabajador*, RL, nº 19-20, 2005, pág. 76.

Por supuesto, la imagen de la empresa también puede verse perjudicada cuando el trabajador realiza alguna actividad esencial y/o constituye parte fundamental en la construcción o proyección de su imagen pública. El consumo desmedido de alcohol por un piloto de avión, un cirujano o por un deportista profesional con notable repercusión pública, entre otros muchos supuestos, podrían perjudicar indudablemente la imagen del empleador y justificar una sanción por conducta extralaboral²⁷⁷.

Salvo supuestos de esa índole, el trabajador no puede resultar sancionado —y el empresario debe abstenerse de cualquier tipo de comprobación y actuación— por el consumo de sustancias adictivas fuera del horario laboral que no repercutan en su desempeño o rendimiento, ni en la imagen de la empresa, conclusión que no varía cuando el empleador sea una Administración Pública, ni cuando el trabajador ofenda verbal o físicamente a otros trabajadores al servicio de su empleador fuera del tiempo y lugar de trabajo, excepto, claro está, que la ofensa esté directamente relacionada con la actividad laboral. Como ejemplo ilustrativo, la STSJ de Castilla-La Mancha de 7-6-2001²⁷⁸ declara la improcedencia del despido de un peón de obra al servicio de un ayuntamiento por las ofensas que, en estado de embriaguez y fuera de su jornada laboral, realizó a los miembros de la Policía Local que intentaban poner fin a los incidentes que el trabajador estaba causando en un bar.

Cuestión distinta es el consumo de sustancias adictivas durante la jornada ordinaria, o la manifestación de sus efectos en ese momento aunque se hayan consumido con anterioridad, porque ambas situaciones deben equipararse²⁷⁹. Conviene precisar que el despido, como sanción más grave, requiere la acreditación de embriaguez habitual o de toxicomanía, no resultando suficiente alguna situación aislada —salvo que se cause un perjuicio grave a la empresa, requisito de gravedad que no se entiende satisfecho por las simples molestias o inconvenientes naturalmente derivados de tal situación—, que puede ser sancionada, pero con una intensidad menor, ni tampoco «el simple consumo de alcohol en cuantía no determinada», que «no puede ser elevado a la categoría de falta muy grave»²⁸⁰. La habitualidad no concurre «por producirse la circunstancia en dos ocasiones dentro del mismo día»²⁸¹, y la sanción por falta muy grave parece requerir sanción menor o advertencia previa²⁸². Tal conclusión es mayoritaria en la doctrina judicial, aunque la prueba es compleja, como demuestra la STSJ de Valencia de 18-10-2006²⁸³, en la que después de precisar que el consumo

²⁷⁷ Vid. A. MARTÍN VALVERDE, F. RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ y J. GARCÍA MURCIA, *Derecho del Trabajo*, Decimosexta Edición, Tecnos, Madrid, 2007, pág. 249.

²⁷⁸ Recurso de suplicación 555/2001.

²⁷⁹ En este sentido, vid. STSJ de Castilla y León/Valladolid de 13-7-2001 (recurso de suplicación 1142/2001).

²⁸⁰ Cfr. STSJ de Canarias/Las Palmas de 30-3-2007 (recurso de suplicación 1330/2006).

²⁸¹ Cfr. STSJ del País Vasco de 18-7-2006 (recurso de suplicación 1391/2006), en un supuesto en el que la trabajadora acudió al puesto, tanto por la mañana como por la tarde, «costándole esfuerzo mantenerse en pie, con una descoordinación absoluta de movimientos e incapaz de mantener un mínimo de atención, no siendo además capaz de articular palabra inteligible».

²⁸² Así lo advierte la STSJ de Aragón de 18-5-2005 (recurso de suplicación 365/2005), que califica como procedente el despido de un trabajador de un bingo que todos los días acudía «en estado de embriaguez en su puesto de trabajo, consumiendo bebidas alcohólicas durante su jornada laboral. Como consecuencia de su comportamiento se reciben continuas quejas, tanto del personal del bingo, como de todos los clientes de la sala que no son atendidos en las debidas condiciones».

²⁸³ Recurso de suplicación 2741/2006.

de cannabis es incompatible con la actividad de profesional de especialista brigada helitransportada, considera improcedente el despido porque únicamente se había acreditado el consumo de esa sustancia en alguna ocasión, aunque existían indicios claros de habitualidad. Conviene recordar que esta sentencia fue casada por la STS de 21-5-2008 (Rcud. 528/2007), que dulcificó la exigencia de prueba concreta sobre el momento y grado de afectación, especialmente para actividades de riesgo.

No obstante, la exigencia de habitualidad no puede aplicarse de manera rigurosa en profesiones donde la embriaguez o el consumo de sustancias adictivas, aunque puntual, generan un grave riesgo de daños²⁸⁴, como sucede en relación con el personal sanitario²⁸⁵ o con los conductores de vehículos²⁸⁶. En estos casos, por cierto, tampoco sería menester la toxicomanía, sino que parece suficiente con encontrarse bajo los efectos de las drogas²⁸⁷. En otros escenarios, el despido sólo procede en caso de toxicomanía, aunque los convenios colectivos suelen tipificar como falta el consumo de drogas, incluso ocasional, seguramente porque la condición de toxicómano exige un diagnóstico médico²⁸⁸. Desde luego, no es menester que la empresa demuestre la clase de droga que el trabajador consume, ni la cantidad, siendo suficiente que presente indicios suficientes para acreditar que el trabajador se encontraba bajo los efectos de alguna sustancia de esa naturaleza, y que tal condición repercutía negativamente en el trabajo²⁸⁹.

Ahora bien, la embriaguez habitual o la toxicomanía que se manifiesten en tiempo y lugar de trabajo pero no repercutan negativamente en la prestación de servicios no pueden ser objeto de sanción,

²⁸⁴ Vid. A.P. BAYLOS GRAU, *Algunas consideraciones sobre la embriaguez como causa de despido*, RPS, nº 129, 1981, pp. 257 y ss.

²⁸⁵ «En estos casos de embriaguez de personal sanitario, se produce un debilitamiento del requisito de la habitualidad, ya que los Tribunales no lo exigen, pues las características de la función justifica la máxima sanción disciplinaria, aunque la embriaguez se haya incurrido una sola vez»; cfr. STSJ de Canarias/Santa Cruz de Tenerife de 4-10-2001 (recurso de suplicación 153/2001).

²⁸⁶ «No es lo mismo el conducir bajo influencia de bebidas alcohólicas desde la perspectiva penal, que la situación de embriaguez que se achaca al recurrente, y de la que se deduce la extinción de su contrato de trabajo, y ello porque aunque la embriaguez, lógicamente, implica una modificación de los hábitos de conducta del sujeto, la misma debe repercutir en la actividad laboral, pero puede producirse por encima o por debajo de las tasas de alcoholemia, ponderándose otros elementos distintos a los que pueden llevar a una absolución en el campo penal. Así, la misma tarea de conductor del actor lleva consigo el que se le exija un escrupuloso cuidado en su profesión, excluyendo cualquier posible incidencia del alcohol en su conducta, no sólo por el riesgo gravísimo a terceros, sino por su propio quehacer en un instrumento de conducción, que se desenvuelve por vías públicas, con materiales empresariales, y cuya publicidad constante u ostentación de la condición de trabajador, no son factores extraños, sino que inciden directamente dentro del contrato de trabajo. El concepto de usuarios de la vía pública que implica esa pluralidad de sujetos y de bienes, lleva consigo que se incremente el concepto de pulcritud en la conducta del operario, por supuesto sin ningún juicio de probidad o moral, sino en el devenir específico de la exteriorización del contrato de trabajo por su incidencia en ámbitos sociales»; cfr. STSJ del País Vasco de 28-3-2000 (recurso de suplicación 56/2000).

²⁸⁷ La STS de 3-11-1988 (recurso de casación en interés de ley) se refiere precisamente a personal sanitario (ATS), pero se acredita la toxicomanía de la trabajadora, y no el mero consumo de drogas.

²⁸⁸ Vid. art. 33. Convenio Colectivo Marco Estatal para las Empresas Organizadoras del Juego del Bingo; o arts. 16 y 17 Acuerdo Estatal del Sector del Metal.

²⁸⁹ En este sentido, vid. STSJ de 7-12-1999 (recurso de suplicación 1245/1999).

aunque el supuesto resulta utópico. Entre otros muchos elementos o circunstancias que constituyen pruebas o indicios, la repercusión negativa «se puede poner de manifiesto a través de las quejas que su conducta provoca entre los compañeros, bien porque rinde menos que los demás, o bien porque representa un peligro trabajar con él, lo que genera un enorme malestar en la convivencia que la ejecución del trabajo impone»²⁹⁰.

Los altercados provocados en esa situación de embriaguez —o bajo la influencia de las drogas— han sido también analizados por la doctrina judicial, que tiende a englobar todas las posibles faltas en las que pudiera incurrir el trabajador —ofensas verbales o físicas, destrozo de material de la empresa, etc.— en una sola, el estado de embriaguez, porque «habiendo acontecido los demás hechos probados en unidad de acto, no podría sancionársele por los mismos, porque las demás faltas resultarían incompatibles, toda vez que para incurrir en los otros incumplimientos sería necesaria la voluntad consciente de la trabajadora que, desde luego, no concurre en el que se encuentra bajo los efectos de bebidas alcohólicas, cuya intoxicación precisamente ocasiona ausencia de conciencia y la desinhibición y la pérdida del control de los actos, por lo que, desde luego, el ebrio, al no ser dueño de sí, no puede incurrir en más faltas porque los actos que realiza son consecuencia de la embriaguez y no pueden ser doblemente sancionados, de manera que probada ésta todo lo demás se subsume como manifestación propia de tal estado»²⁹¹.

Conviene efectuar una última referencia a una sustancia adictiva no prohibida con carácter general, pero sí en lugares públicos y en los centros de trabajo, como es el tabaco. Como es sabido, el art. 7 Ley 28/2005, de 26 de diciembre, de medidas sanitarias frente al tabaquismo y reguladora de la venta, el suministro, el consumo y la publicidad de los productos del tabaco, estableció una prohibición total de fumar en los «centros de trabajo públicos y privados, salvo en los espacios al aire libre»²⁹². Esa Ley, dicho sea de paso, impide además que el empresario entregue a sus trabajadores tabaco como salario en especie o como mejora social, porque se trata de un suministro prohibido²⁹³.

²⁹⁰ Vid. STSJ de Andalucía/Málaga de 9-6-2000 (recurso de suplicación 462/2000), en un supuesto en el que un camarero frecuentemente acudía a su puesto «dando muestras ostensibles de embriaguez», con dificultades para «hablar con claridad» y «articular un discurso coherente», despidiendo «un fuerte olor a alcohol» y sin «poder mantener la estabilidad al andar».

²⁹¹ Cfr. STSJ de Madrid de 27-6-2007 (recurso de suplicación 2737/2007). El supuesto de hecho era el siguiente: «La demandante mostraba síntomas de embriaguez y comenzó a decir a su compañera de trabajo D^a Laura que era mala y que manipulaba a la gente. Se mostraba muy agresiva, en aquel momento había clientes en el local. Comenzó a decirle a esta compañera de trabajo que era tortillera, que le gustaban las mujeres que sí a ella le gustaban, a ella no y que eso le molestaba, que era maricona. Se puso detrás de la barra y empujó a D^a Laura cogiendo después un plato y un cenicero realizó ademanes de lanzárselos. Fue necesario llamar a la policía».

²⁹² Vid. S. DEL REY GUANTER, «La prohibición de fumar en los centros de trabajo en la Ley 28/2005: aspectos más relevantes», en M.E. CASAS BAAMONDE, F. DURÁN LÓPEZ y J. CRUZ VILLALÓN (Coord.), *Las transformaciones del Derecho del Trabajo en el marco de la Constitución Española*, La Ley, Madrid, 2006, pp. 845 y ss.; J. GARCÍA VIÑA, *Hacia los centros de trabajo libres de humo: un elemento más de la salud laboral*, RTSS (CEF), n^o 249, 2003, pp. 193 y ss.; R. FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R. TASCÓN LÓPEZ, H. ÁLVAREZ CUESTA y J.G. QUIRÓS HIDALGO, *Implicaciones jurídicas del consumo de tabaco en el ámbito de las relaciones laborales: ¿Quo vadis?*, RTSS (CEF), n^o 273, 2005, pp. 7 y ss.

²⁹³ Vid. SSTS de 14-2 y 5-3-2008 (rcud. 119/2006 y 100/2006).

En línea de principio, no parece que el empresario pueda condicionar la contratación por la condición de fumador²⁹⁴ —y tampoco, en general, por la de consumidor de sustancias adictivas— si no media un interés legítimo, y desde luego, tampoco basar las decisiones en un hipotético aumento de costes por las patologías que pueden derivar del tabaquismo, como comienza a ser frecuente en otros países. A modo de ejemplo, en Estados Unidos el trato peyorativo a los fumadores por parte de sus empresarios se está generalizando, pese a que ni fuman en el trabajo, ni su productividad o rendimiento sufren merma; el mayor riesgo de enfermedad que produce el tabaquismo aumenta los costes empresariales de seguro médico, y por eso las empresas prefieren que su personal no sea fumador²⁹⁵.

Respecto del incumplimiento de la prohibición de fumar en el centro de trabajo, es claro que no puede considerarse una conducta extralaboral, porque si bien la decisión de ser o no fumador pertenece a la esfera personal, puede repercutir en la relación laboral desde varias perspectivas, como la disminución de rendimiento ante la reducción del tiempo de trabajo a consecuencia de las pausas, la prevención de riesgos laborales, e incluso el buen clima laboral. Desde esta perspectiva, el consumo de tabaco en tiempo y lugar de trabajo se insertaría en el contenido de los derechos y deberes propios de la relación laboral.

En cualquier caso, el consumo de tabaco durante la jornada era una costumbre generalmente tolerada, salvo en actividades de cara al público, y constituía un hábito normalmente inocuo; sólo tras

²⁹⁴ Vid. M. GARCÍA JIMÉNEZ, *La prohibición de fumar en los centros de trabajo. Las implicaciones jurídico-laborales y de Seguridad Social de la Ley 28/2005 «Ley Antitabaco»*, RTSS (CEF), nº 276, 2006, pp. 104 y ss.; D. BENEYTO CALABUIG, *Incidencia de la Ley Antitabaco en las empresas*, RTSS (CEF), nº 275, 2006, pp. 228-229.

²⁹⁵ «Las prácticas de empleo desfavorables para los fumadores son relativamente fáciles de cuantificar porque algunas empresas las han instaurado oficialmente para prohibir que se fume. En los Estados Unidos, por ejemplo, muchas empresas no contratan a fumadores o penalizan a los antiguos fumadores, pidiéndoles que coticen más por el seguro de enfermedad. El interés que tienen las empresas en el estilo de vida de sus empleados está en parte relacionado con su deseo de evitar costes adicionales en el seguro de enfermedad por los hábitos poco saludables que puedan tener sus empleados, especialmente en países en donde los empleadores son en parte o totalmente responsables del seguro de enfermedad de sus empleados. Once estados de los Estados Unidos permiten establecer diferencias entre el precio del seguro de los fumadores y el de los no fumadores para determinar el precio de la cobertura. Por otra parte, en respuesta a las políticas empresariales contra los fumadores, unos 30 estados de ese país han adoptado leyes que prohíben la discriminación contra los fumadores con motivo de su estilo de vida, aunque estas leyes proporcionan niveles de protección diferentes. Las políticas empresariales no suelen incluir disposiciones que penalicen expresamente a las personas que tienen sobrepeso o un nivel alto de colesterol, pero las pruebas demuestran que no es infrecuente que éstas sufran un trato desfavorable. En los últimos años el trato desfavorable de los fumadores se ha extendido a otras regiones del mundo. El 1.º de diciembre de 2005 la Organización Mundial de la Salud (OMS) anunció que dejaría de contratar a los fumadores que no quisiesen dejar de fumar. La Comisión de Derechos Humanos y el Departamento de Trabajo de Nueva Zelanda declararon, en agosto de 2006, que la negativa a contratar a fumadores no era un acto ilícito, ya que ni la Ley Nacional sobre Derechos Humanos ni la Ley sobre Relaciones de Empleo contemplaban el hecho de fumar como un motivo ilegal de discriminación»; cfr. OIT, *La igualdad en el trabajo: afrontar los retos que se plantean*, Ginebra, 2007, pág. 55. El informe está disponible en la página web de la propia Organización Internacional del Trabajo: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/—dgreports/—dcomm/—webdev/documents/publication/wcms_082609.pdf.

la prohibición legal ha adquirido verdadera carta de naturaleza. Si bien es claro que el incumplimiento puede dar lugar a las correspondientes sanciones, no cabe olvidar que la Ley 28/2005 no configura una responsabilidad disciplinaria, sino un régimen sancionador típicamente administrativo; a la postre, el empresario no está facultado para calificar esas infracciones, graduarlas e imponer y percibir la sanción. Es menester determinar, por consiguiente, si el empleador puede sancionar al trabajador que incumpla dicha prohibición —con una sanción típicamente laboral, como la suspensión de empleo o sueldo, e incluso el despido— en defecto de norma convencional que tipifique la infracción, y al margen de la sanción que sin duda procedería cuando la prohibición de fumar responda a una medida de prevención de riesgos laborales por prestar servicios en entornos con material inflamable (*v.gr.*, estaciones de servicio)²⁹⁶.

Los tribunales vienen admitiendo la sanción de quien fume en dependencias empresariales, aunque más que por la prohibición legal, porque dicha conducta está tipificada en muchos convenios colectivos (al lado en ocasiones de la prohibición de consumir alcohol en el centro de trabajo)²⁹⁷, si bien circunscrita a los lugares con riesgo higiénico²⁹⁸ o para la seguridad y salud²⁹⁹, en actividades de cara al público³⁰⁰, o en los términos de la prohibición legal³⁰¹, sin perjuicio de admitir la licitud de fumar en zonas habilitadas para ello dentro de las dependencias empresariales³⁰². En defecto de previsión convencional, el empleador advertirá de ordinario a sus trabajadores acerca de la prohibición de fumar en el centro de trabajo, de modo que esa admonición, que debe considerarse como orden regular y legítima, justificaría una posterior sanción por desobediencia. En último término, el incumplimiento por parte del trabajador, que evidentemente no puede alegar desconocimiento de la prohibición, puede constituir una transgresión de la buena fe contractual.

La gravedad de la sanción, que podría desembocar en el despido, está condicionada por varios factores —amén de la tipificación de la propia conducta en el convenio, que a veces se incluye como mera infracción leve³⁰³, o distingue en atención a si se fuma en lugares de desarrollo de la actividad

²⁹⁶ Vid. F. RAMOS MORAGUES, *Fumar en el centro de trabajo y ejercicio del poder disciplinario*, AS, nº 17, 2007, pp. 41 y ss.

²⁹⁷ Vid. art. 57 V Convenio colectivo marco estatal de servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal.

²⁹⁸ Vid. art. 66 Convenio colectivo básico, de ámbito estatal, para las industrias cárnicas; art. 49 Convenio colectivo nacional de mataderos de aves y conejos.

²⁹⁹ Vid. art. 30 Convenio Colectivo Estatal de Estaciones de Servicio; art. 22.3 Convenio colectivo estatal de pastas, papel y cartón; art. 61 Convenio colectivo de perfumería y afines.

³⁰⁰ Vid. art. 46 III Convenio Colectivo Sectorial de las Cadenas de Tiendas de Conveniencia.

³⁰¹ Vid. art. 62 Convenio colectivo estatal para las empresas y trabajadores de transporte de enfermos y accidentados en ambulancia; art. 61 VI Convenio colectivo estatal de elaboradores de productos cocinados para su venta a domicilio; art. 35 Convenio colectivo para la industria de alimentos compuestos para animales para el período 2006-2008.

³⁰² Vid. art. 82 Convenio colectivo estatal de fabricantes de tejas, ladrillos y piezas especiales de arcilla cocida, para el período 2006-2008.

³⁰³ Vid. art. 59 Convenio colectivo de perfumería y afines.

(falta grave) o en dependencias empresariales donde no se realiza actividad productiva (falta leve)³⁰⁴, y en otras directamente se tipifica como infracción grave o muy grave³⁰⁵—, como la reiteración de la conducta, las advertencias previas y la actividad de la empresa, bien en relación con el producto fabricado o el servicio prestado, bien en atención, como se dijo, al riesgo que puede provocar en contextos inflamables³⁰⁶.

La prohibición legal de fumar en el centro de trabajo es absoluta en entornos cerrados, pero se admite que en los espacios al aire libre el empresario habilite zonas para fumadores. Esta posibilidad corresponde en exclusiva al empresario, de modo que no se puede imponer al empleador que no haya dado su consentimiento —directamente o en su caso a través de la negociación colectiva— que habilite zonas para fumadores. El hecho de que fuera costumbre tolerada fumar en dichas zonas con anterioridad a la prohibición legal no hace surgir un derecho subjetivo o adquirido, ni una condición más beneficiosa³⁰⁷.

La tolerancia empresarial, por cierto, es determinante en el juicio sobre la licitud de un eventual despido disciplinario. Sin perjuicio de que pueda incurrirse en infracción administrativa, la infracción laboral requiere no sólo una tipificación en el convenio colectivo o una advertencia del empleador, sino una política empresarial clara al respecto. Si el empresario tolera que sus trabajadores fumen en el centro de trabajo, el despido disciplinario únicamente se justifica si existe una previa advertencia sobre el cambio de criterio, pues de lo contrario el comportamiento empresarial sería contrario a la buena fe. Los tribunales suelen admitir la imposición de una sanción en tales casos, pero conforme a la teoría gradualista reducen la gravedad, y no convalidan el despido aunque el trabajador haya cometido infracciones reiteradas, porque la desobediencia admite matices³⁰⁸.

Ahora bien, los poderes empresariales en este punto resultan limitados al lugar de trabajo y a los espacios cerrados, porque el empleador no puede prohibir que durante la denominada «pausa para el bocadillo» los trabajadores salgan de las dependencias empresariales para fumar. Así lo pone de manifiesto la STSJ de Navarra de 14-1-2008³⁰⁹ en relación con una empresa que no sólo prohibía fumar en lugares cerrados, sino que se había negado a habilitar zonas de fumadores en un patio de

³⁰⁴ Vid. arts. 59 y 60 XV Convenio colectivo de la industria química.

³⁰⁵ Vid. art. 71 III Convenio Colectivo General Estatal del Corcho.

³⁰⁶ Vid. STSJ de Valencia de 15-5-2007 (recurso de suplicación 934/2007), que acepta la procedencia del despido de un trabajador al servicio de una empresa de fabricación de caramelos y chocolates que había sido sancionado reiteradamente por fumar en el centro de trabajo. En el mismo sentido, STSJ de Valencia de 8-2-2007 (recurso de suplicación 4267/2006).

³⁰⁷ Así lo advierte la STSJ de Cantabria de 5-12-2006 (recurso de suplicación 1009/2006).

³⁰⁸ Vid. SSTSJ de Madrid de 24-1-2006 (recurso de suplicación 5549/2005), Aragón de 26-4-2006 (recurso de suplicación 283/2006) y de Castilla-La Mancha de 19-10-2006 (recurso de suplicación 845/2006), aunque los supuestos de hecho son anteriores a la Ley 28/2005.

³⁰⁹ Recurso de suplicación 350/2007.

2000 m², por lo que un trabajador decidía salir fuera del recinto empresarial para fumar, en contra de la voluntad de la empresa, que lo sancionó por tal conducta en varias ocasiones. La sentencia advierte que fumar es un acto de libertad individual que «pertenece al ámbito estricto de la vida privada e íntima de la persona», y por tanto declara ilegítima la prohibición empresarial de salir del centro de trabajo para fumar durante el descanso para el bocadillo³¹⁰.

3. La prevención de riesgos laborales como justificación de intromisiones en la esfera personal: reconocimientos médicos con objeto de detectar el consumo de sustancias adictivas

Es claro que el ordenamiento español no contempla como justa causa de extinción del contrato la conducta extralaboral del trabajador, salvo en los supuestos excepcionales ya descritos donde concurra un interés empresarial o comercial de gran entidad, traducido en un perjuicio grave para la imagen de la empresa. Sin embargo, en el momento de la selección y reclutamiento las garantías para los candidatos son menores, porque no ha nacido el vínculo, no rige por tanto el principio de conservación del negocio jurídico, y el candidato aún no es trabajador, y no disfruta de todo el aparato normativo dirigido a proteger a quien presta servicios dependiendo de otro a cambio de una retribución. En consecuencia, si bien el empresario no puede basar su decisión de no contratar en alguna de las causas de discriminación prohibidas (sexo, raza, religión, orientación sexual, etc.), no debe someterse rigurosamente al principio de igualdad, y podría fundamentar la elección, o podría utilizar como criterio excluyente, el consumo de sustancias adictivas.

El problema se traslada entonces a la determinación de los medios idóneos para la averiguación de tal conducta, porque no es infrecuente que el empleador pretenda conocer si el trabajador consume sustancias adictivas, bien sea en orden a evitar la contratación, bien sea con la pretensión de obtener una justa causa para la extinción del contrato. En buena lógica, no se trata de detectar estados de embriaguez o drogadicción con repercusión directa en el trabajo, pues para ello el empresario cuenta con otros medios, sino de un intento de obtener información sobre conductas extralaborales del trabajador que se entiende que, en un plazo más o menos largo, lo convertirán en problemático o económicamente ineficiente.

En principio, y salvo que se pruebe la necesidad, el empresario no está legitimado para efectuar averiguaciones de ese tipo, ni para preguntar al trabajador sobre tales circunstancias durante el proceso de selección ni durante la vigencia de la relación laboral, ni, desde luego, para realizar pruebas con dicha finalidad. De lo contrario, y como ha puesto de manifiesto la OIT en relación con el hábito

³¹⁰ En el mismo sentido, vid. STSJ de Cataluña de 5-6-2007 (recurso de suplicación 1929/2007).

de fumar o la obesidad, podría incurrirse en una conducta discriminatoria, porque es inherente a los principios de igualdad y no discriminación «que las decisiones sobre el empleo deben basarse en la capacidad de la persona considerada para realizar un trabajo»³¹¹.

Como se advirtió³¹², si el empresario no está facultado para preguntar sobre esos hábitos extralaborales, el trabajador puede lícitamente negarse a responder, e incluso mentir, sin que jurídicamente se admitan represalias, porque es un ámbito que pertenece a la esfera personal. En la práctica, el problema se ha planteado en relación con los reconocimientos médicos, que pueden derivar en la calificación como no apto del candidato por consumo de sustancias adictivas. Evidentemente, la información —por tratarse de datos médicos— es confidencial, y el empresario no sabe, ni puede saber, qué sustancia toma el trabajador; pero es suficiente con supeditar la aptitud, además de a las circunstancias ordinarias, a la prueba negativa de una serie de sustancias —incluidas en el protocolo correspondiente—, de modo que la detección de cualquiera de ellas determine la condición de no apto y faculte al empresario para negarse a contratar, aunque no conozca, exactamente, si el trabajador ha consumido drogas.

Por consiguiente, la prevención de riesgos laborales se convierte en estos casos en un medio idóneo para vulnerar la intimidad del trabajador, y por ello mereció un pronunciamiento del Tribunal Constitucional, en un supuesto, no de acceso al trabajo, sino de mantenimiento de una relación laboral vigente. En efecto, la STC 196/2004, de 15 de noviembre, debía resolver en relación con una trabajadora de Iberia que venía prestando servicios para esa compañía en virtud de varios contratos temporales. Dos semanas después de iniciarse el último contrato suscrito, la empresa le comunicó el cese por no superación del período de prueba, a causa del resultado de «no apta» en el examen médico al que se había sometido unos días antes, en el marco del deber empresarial de velar por la salud de los trabajadores.

La trabajadora solicitó a los servicios médicos —el empresario únicamente conocía la calificación como no apta— información sobre el resultado, y constató que la ineptitud se debía a la detección de cannabis en su organismo. El protocolo elaborado por la empresa establecía como requisito de

³¹¹ «Si se demuestra que la obesidad o el hecho de fumar, incluso fuera de las horas y del lugar de trabajo, afectan al cumplimiento de las tareas correspondientes a un empleo, el no contratar a una persona con sobrepeso o a un fumador está justificado. Del mismo modo, la obesidad y el hecho de fumar pueden ser un motivo válido de despido si producen efectos negativos en los colegas de trabajo u otras personas con las cuales la persona con sobrepeso o el fumador puedan relacionarse durante el trabajo diario. De no ser así, el denegar un puesto de trabajo o despedir a una persona cualificada, simplemente por su obesidad o porque fuma fuera del trabajo, se considerará como un acto de discriminación y constituirá una intromisión indebida en la vida privada»; cfr. OIT, *La igualdad en el trabajo: afrontar los retos que se plantean*, Ginebra, 2007, pág. 56. El informe puede consultarse en la siguiente dirección: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/—dgreports/—dcomm/—webdev/documents/publication/wcms_082609.pdf.

³¹² II.3.

aptitud que el reconocimiento médico no desvelase la presencia de ciertas sustancias por encima de unos límites, pero a los trabajadores no se les advertía de que los análisis también estaban dirigidos a descubrir la presencia de tales sustancias.

El TC advierte que «el reconocimiento médico en la relación laboral no es, en definitiva, un instrumento del empresario para un control dispositivo de la salud de los trabajadores, como tampoco una facultad que se le reconozca para verificar la capacidad profesional o la aptitud psicofísica de sus empleados con un propósito de selección de personal o similar. Su eje, por el contrario, descansa en un derecho del trabajador a la vigilancia de su salud».

En consecuencia, el Tribunal considera que «la regla es —y la regla tiene una clara base constitucional a tenor de la conexión íntima entre los reconocimientos médicos y derechos fundamentales como el de la intimidad personal— la conformidad libre, voluntaria e informada del trabajador para la vigilancia y protección de su salud frente a los riesgos del trabajo». Por tanto, el reconocimiento médico, salvo excepciones derivadas del riesgo que el desarrollo de la actividad laboral origina en la salud del trabajador, tiene carácter voluntario, y el objeto y contenido de ese reconocimiento han de estar en directa relación con las exigencias del puesto de trabajo.

No es suficiente, a juicio del TC, el consentimiento genérico del trabajador para someterse al reconocimiento, sino que debe tratarse de un consentimiento informado³¹³. Por consiguiente, el trabajador debe «recibir información expresa, al tiempo de otorgar su consentimiento, sobre cualquier prueba o analítica que pudiera llegar a afectar a su intimidad corporal», y también información sobre «si en el reconocimiento médico fueran a realizarse pruebas que, aun sin afectar a la intimidad corporal del trabajador, sí conciernan en cambio al derecho más amplio a la intimidad personal de la que aquella forma parte, al tener por objeto datos sensibles que puedan provocar un juicio de valor social de reproche o desvalorización ante la comunidad» (como el consumo de drogas). En consecuencia, «en garantía del derecho fundamental a la intimidad personal se impone que el consentimiento sea informado particularmente en aquello que no sea previsible, y eso es lo que ocurre, tratándose de un reconocimiento médico de vigilancia de la salud en función del riesgo laboral (art. 22.1 LPRL), con las pruebas y datos extraños a esa finalidad».

En buena lógica, el TC concluye que el consentimiento de la trabajadora en el caso concreto no reunía los requisitos de información suficientes, y que por tanto los resultados del análisis no podían ser utilizados por la empresa para adoptar ninguna medida peyorativa —y en consecuencia el despido

³¹³ Vid. S.I. PEDROSA ALQUÉZAR, *La vigilancia de la salud en el ámbito laboral*, CES, Madrid, 2005, pp. 97 y ss.; A. BLASCO PELLICER, "El deber empresarial de vigilancia de la salud y el derecho a la intimidad del trabajador", en E. BORRAJO DACRUZ (Dir.), *Trabajo y libertades públicas*, La Ley, Madrid, 1999, pp. 251 y ss.; A. GARRIGUES GIMÉNEZ, "Vigilancia de la salud *versus* intimidad del trabajador: condiciones de realización de los reconocimientos médicos previos", en J.I. GARCÍA NINET (Dir.), *El control empresarial*, CISS, Valencia, 2005, pp. 162 y ss.

deriva nulo—, so pena de vulnerar el derecho a la intimidad personal, porque la empresa no puede alegar un interés «en conocer el estado psicofísico de sus trabajadores, pues dicho interés, ni inspira la configuración legal de los reconocimientos médicos de vigilancia de la salud en el trabajo, ni desde luego puede conformar, de manera genérica o indiscriminada, una justificación suficiente para la penetración en ámbitos de la esfera íntima de los trabajadores».

Los tribunales ordinarios mantienen una doctrina análoga³¹⁴, lo que resulta en cierta medida insatisfactorio, porque la cuestión, a la postre, no consiste tanto en determinar los requisitos del consentimiento, cuanto en la licitud en sí misma de un examen médico dirigido a indagar en aspectos que pertenecen a la intimidad del trabajador, y cuyo propósito principal —y prácticamente único— consiste en justificar alguna decisión contraria al acceso o al mantenimiento de un puesto de trabajo a partir de una conducta netamente extralaboral. Una interpretación literal de la doctrina sentada por el TC permitiría al empresario, mediando la oportuna información, conocer —a través de un protocolo convenientemente diseñado— no sólo aspectos relativos a la conducta extralaboral, sino también relacionados con todo tipo de enfermedades, tanto actuales como futuras o potenciales, a partir de un análisis sobre la propensión genética del trabajador. Ese riesgo, del que ha alertado la OIT incluyéndolo entre las causas incipientes de discriminación³¹⁵, no puede ser soslayado mediante el recurso al consentimiento informado, sino que la intimidad personal debe desplegar efectos en un radio de acción más amplio³¹⁶.

No cabe dudar que jurídicamente el reconocimiento médico en el ámbito laboral es voluntario, salvo supuestos excepcionales donde el puesto presente riesgo específico de enfermedad profesional (art. 196 LGSS), o en aquellos casos en los que «la realización de los reconocimientos sea imprescindible para evaluar los efectos de las condiciones de trabajo sobre la salud de los trabajadores o para verificar si el estado de salud del trabajador puede constituir un peligro para el mismo, para los demás trabajadores o para otras personas relacionadas con la empresa» (art. 22.1 LPRL). Cuestión

³¹⁴ Vid. STSJ de Galicia de 3-11-2005 (recurso de suplicación 4241/2005).

³¹⁵ «La criba genética tiene importantes repercusiones en el lugar de trabajo, dado el interés que pueden tener los empleadores en excluir o despedir a los trabajadores cuyo estatus genético revele algunas predisposiciones a desarrollar determinadas enfermedades. En algunos casos aislados, los empleadores pueden justificar esa criba invocando razones de seguridad y salud, especialmente cuando los trabajadores están expuestos a sustancias peligrosas, como las radiaciones o los productos químicos, y tienen por lo tanto más probabilidades de tener problemas de salud. Las pruebas genéticas pueden conducir fácilmente a despidos improcedentes o a la denegación de empleo. El hecho de que un empleador contrate o no contrate a una persona atendiendo a la propensión que ésta tenga a contraer cierta enfermedad, y no a su capacidad para realizar el trabajo, es un acto constitutivo de discriminación. Además, la prueba puede indicar que un individuo podría tener cierta enfermedad, pero no cuándo ni cuán grave podría ser ésta»; cfr. OIT, *La igualdad en el trabajo: afrontar los retos que se plantean*, Ginebra, 2007, pág. 53. El informe se encuentra disponible en la web de la propia OIT: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---webdev/documents/publication/wcms_082609.pdf.

³¹⁶ VIII.3.

distinta es que el trabajador pudiera negarse a ciertas pruebas —no al reconocimiento médico completo, pero sí parcial— si el empresario, aprovechando un reconocimiento obligatorio, pretendiera recabar una información que excede del marco de la prevención de riesgos laborales.

Sin embargo, en la práctica la negativa a someterse al reconocimiento médico previo o inmediatamente posterior a la celebración del contrato, aunque jurídicamente posible, resulta contraproducente, pues el empresario, valorando la negativa como una confirmación implícita de falta de aptitud —o en general configurando el reconocimiento médico *de facto* como requisito *sine qua non*—, podría decidir no contratar, o en su caso extinguir el contrato alegando la no superación del período de prueba; la calificación como despido improcedente no mejoraría en demasía la situación del trabajador, pues la cuantía de la indemnización resultaría ínfima debido a la antigüedad.

Desde luego, existen argumentos sólidos para defender la nulidad de la decisión empresarial, porque la negativa está amparada por el derecho fundamental a la intimidad —aunque la obligación empresarial de velar por la salud de los trabajadores, y la responsabilidad en la que incurriría de producirse una lesión o dolencia que habría sido susceptible de diagnóstico y evitable mediante el reconocimiento médico debería hacer replantear la voluntariedad de tales exámenes—, y con ello la obligatoria readmisión, pero la situación del trabajador readmitido resultaría en todo caso incómoda, pues más allá de supuestos de acoso moral (*mobbing*), su imagen pública puede verse perjudicada si sus compañeros —o familiares, o conocidos, la sociedad en general— estiman que la negativa a someterse al reconocimiento es una asunción implícita o un temor justificado a un resultado no satisfactorio, y en especial vinculado al consumo de sustancias adictivas.

Por consiguiente, la licitud del objeto del reconocimiento médico no puede depender exclusivamente de que el consentimiento del trabajador haya sido suficientemente informado, sino que determinadas pruebas o averiguaciones deben resultar *per se* ilícitas —inconstitucionales— por vulneración del derecho fundamental a la intimidad personal, y no pueden practicarse, o, si efectivamente se realizan, sus resultados no pueden derivar en perjuicios para el trabajador, con independencia de que exista o no consentimiento informado.

A la postre, un reconocimiento médico no demuestra si el trabajador es consumidor habitual de sustancias adictivas y no prueba ninguna repercusión negativa en el trabajo sea por esa circunstancia, sea por otras, como la condición de portador del virus VIH —o enfermo de SIDA—, en la medida que «la prueba de detección de VIH ni siquiera puede considerarse prueba de aptitud porque los trabajadores contagiados pueden realizar su trabajo con normalidad hasta estadios avanzados de la enfermedad»³¹⁷. La disminución del rendimiento o los posibles conflictos —o el mal ambiente—

³¹⁷ Cfr. S.I. PEDROSA ALQUÉZAR, *La vigilancia de la salud en el ámbito laboral*, CES, Madrid, 2005, pág. 79.

entre trabajadores no se presumen, y la imagen de la empresa difícilmente puede verse perjudicada por un dato que no es de conocimiento público y ha sido descubierto a raíz de una lesión del derecho a la intimidad. Ahora bien, la prueba obligatoria para la detección del VIH, ilícita con carácter general, se justifica excepcionalmente cuando la actividad profesional presente alto riesgo potencial de contagio (*v.gr.*, personal sanitario que practique técnicas invasivas)³¹⁸.

El reconocimiento médico, de este modo, debe limitarse a constatar la aptitud psicofísica del trabajador para el desempeño del puesto, pues consiste en una valoración médica que debe prescindir de estimaciones económicas o de oportunidad. Sólo en supuestos excepcionales sería admisible un reconocimiento dirigido a la detección de sustancias adictivas, en la medida en que su consumo fuera incompatible con el desarrollo de la actividad, y/o pudiera ocasionar graves perjuicios a los intereses comerciales o empresariales. Piénsese, por ejemplo, en clubes o sociedades anónimas deportivas que exijan pruebas dirigidas a la detección de sustancias dopantes³¹⁹; el interés empresarial es evidente, porque no sólo está en juego una eventual suspensión del deportista si el resultado de un análisis oficial es positivo, sino que para el propio empleador las consecuencias pueden ser muy negativas, por su exclusión de determinadas competiciones o la dificultad, e incluso imposibilidad, de encontrar patrocinadores, reacios a asociar su nombre e imagen con la de sujetos con ética dudosa.

Los numerosos ejemplos que se han producido en el ámbito del ciclismo justificarían suficientemente medidas de ese tipo, así como las cláusulas contractuales de extinción del contrato por resultados positivos en esos controles internos. La diferencia estriba, en realidad, en que el consumo de este tipo de sustancias en el deporte no constituye una conducta extralaboral, pues está explícitamente prohibida por normas que escapan incluso al control del empleador; la tutela del derecho a la intimidad es menos intensa, porque la ausencia en el organismo de tales sustancias constituye un requisito esencial para el desarrollo de la actividad, y el empleador debe contar con mecanismos de control adecuados —aunque también con límites, por supuesto—, para garantizar que los trabajadores se encuentran en condiciones óptimas para desarrollar su prestación laboral³²⁰.

4. Aficiones aparentemente inocuas con repercusión en la relación laboral

Como reiteradamente se ha dicho, el poder de dirección del empresario no justifica injerencias en la conducta extralaboral del trabajador como regla general, y resulta por tanto evidente que el empresario no puede prohibir, mediatizar o condicionar las aficiones del trabajador, siempre, desde luego, que no repercutan en la relación de trabajo. La práctica ha demostrado, sin embargo, que las aficiones

³¹⁸ Vid. B. CARDONA RUBERT, *Datos sanitarios y relación laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, pp. 45 y ss.

³¹⁹ Vid. LO 7/2006, de 21 de noviembre, de protección de la salud y de lucha contra el dopaje en el deporte.

³²⁰ Vid. F. RUBIO SÁNCHEZ, "El dopaje y la normativa de salud laboral", en L.M. CAZORLA PRIETO y A. PALOMAR OLME-DA (Dir.), *Comentarios a la Ley antidopaje en el deporte*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2007, pp. 532 y ss.

del trabajador sí pueden colisionar con sus obligaciones laborales, pese a que pueda no advertirse *prima facie* en qué medida el interés del trabajador por practicar, presenciar o disfrutar de actividades lúdicas resulta incompatible o perjudicial con la dinámica ordinaria de la relación de trabajo.

Uno de los muchos puntos de fricción puede derivar de la reacción del trabajador ante una coincidencia de horario entre sus obligaciones laborales y un evento al que desea asistir. El alto índice de absentismo laboral derivado de tales situaciones, ya se trate de encubrir mediante la alegación de una enfermedad, ya consista simplemente en la ausencia al trabajo, ha sido noticia de prensa en relación, por ejemplo, con el estreno de alguna película largamente esperada por sus incondicionales³²¹, o con partidos de fútbol³²². Más allá de las pérdidas económicas, es claro que una conducta de ese tipo incurre no sólo en infracción por el absentismo, sino también en vulneración de la buena fe contractual.

La coincidencia de horarios podría no desembocar en el absentismo físico, pero sí «espiritual», en el sentido de que el trabajador acude a su puesto, pero pertrechado con medios técnicos que le permiten seguir el evento (*v.gr.*, radio). Este tipo de situaciones es parangonable con aquellos supuestos, cada vez más habituales, en los que el trabajador presta servicios disfrutando de una actividad lúdica, como escuchar música a través de un reproductor. El poder de dirección del empresario le faculta para prohibir tales actitudes, aunque seguramente sea menester distinguir, en primer lugar, en función de la concreta actividad desarrollada por el trabajador; en segundo, en atención a la afectación del rendimiento; y, por último, en relación con las molestias que causa a terceros.

En cuanto al primer parámetro, la actividad que desarrolla el trabajador puede resultar decisiva, porque es evidente que si el contenido de la prestación de trabajo consiste en la atención al público, exige una gran concentración o plantea serios riesgos de accidente de trabajo, una actitud o comportamiento del trabajador que traslade una imagen de descuido, indolencia o despreocupación a los clientes, por un lado, o que aumente los riesgos de accidente, por otro, resulta, en sí misma, un incumplimiento de sus obligaciones sancionable, sin necesidad de prohibición expresa —la obligación se sobreentiende por resultar inherente al compromiso asumido—, porque no puede exigirse al empresario tanta minuciosidad en la determinación de las conductas no admitidas.

Las actividades de cara al público o en contacto con clientes, por cierto, generan otra serie de riesgos relacionados con las aficiones, como los derivados de que el trabajador no acepte discrepancias con los clientes o usuarios y dé lugar a situaciones incómodas o violentas. Un caso paradigmático fue resuelto por la STSJ de Andalucía/Sevilla de 22-1-1999³²³, donde el trabajador, conductor

³²¹ En particular, alguna de las entregas de La Guerra de las Galaxias. La noticia de prensa puede consultarse en http://www.abc.es/hemeroteca/historico-20-05-2005/abc/Espectaculos/el-absentismo-laboral-de-los-fans-costara-627-millonas-de-dolares_202594339947.html.

³²² Vid. <http://www.lukor.com/not-neg/empresas/0607/13120910.htm>, en relación con la aerolínea Alitalia.

³²³ Recurso de suplicación 2744/1998.

de profesión al servicio de una empresa dedicada a la venta de material para construcción, inició una vehemente discusión con un cliente que había efectuado un comentario negativo en relación con un torero —Curro Romero—, del que el trabajador era ferviente seguidor.

La sentencia, valorando que no habían tenido lugar ofensas verbales o físicas, y que la empresa no había sufrido perjuicio alguno, declara improcedente el despido del trabajador, elevando en cierto modo la afición por encima de las obligaciones derivadas del contrato de trabajo, porque el trabajador profesaba un «sentimiento “currista”, que es indudable y notoriamente altruista en favor del diestro, arraigado y profundo como el que más, creador de una ilusión permanente, de una esperanza incondicional y de una forma de entender la vida, por lo que exige el máximo respeto de quienes no —o sí— lo tienen y, cuando se falta a él, es previsible la reacción ardorosamente defensiva de quien lógica y naturalmente se considera ofendido, como le ocurrió al demandante durante su trabajo en la ocasión de autos que, por ende, no fue ofensor sino todo lo contrario».

No parece que esta solución sea generalizable, de modo que la pasión exacerbada por una afición que se traduzca en un comportamiento reprochable en el ámbito de la relación de trabajo, y máxime si están implicados clientes o usuarios, puede ser objeto de sanción, aunque es cierto que podría utilizarse como atenuante para no aplicar la sanción más grave, la de despido, como seguramente era la intención de la sentencia citada. A la postre, la desconsideración hacia un cliente o usuario es una legítima causa de despido, como ha puesto de manifiesto la jurisprudencia³²⁴.

Por supuesto, la afectación al rendimiento constituye otro dato esencial, principalmente en actividades que no se desarrollan de cara al público, pues en las primeras la sola proyección de una imagen de escasa profesionalidad es de por sí sancionable. En actividades que no se desarrollan de cara al público la licitud de la prohibición empresarial relativa a la utilización de dispositivos lúdicos dependerá, en buena medida, de que el uso sea inocuo, es decir, que no perjudique ni a la imagen de la empresa ni al rendimiento del propio trabajador. El carácter creativo o rutinario de la actividad, junto a la peligrosidad de la misma, serán datos a valorar para dilucidar la licitud de una prohibición o sanción.

En último término, las molestias o afectación al entorno inmediato pueden convertirse en un elemento de ponderación adicional. Desde luego, si el trabajador utiliza auriculares o dispositivos que garanticen que el resto de trabajadores, si los hubiera, no se verán afectados, el ejercicio del poder de dirección, y en su caso una intervención a nivel disciplinario, se justificará en menor medida.

³²⁴ Vid. STS de 20-3-1990 (Ar. 2183), en relación con un camarero que se dirigió a un cliente de la siguiente forma: «no tiene usted ni vergüenza, ni educación».

Reflexiones adicionales podría requerir el uso del teléfono móvil, que es susceptible no sólo de provocar una disminución del rendimiento, sino de causar molestias al resto de trabajadores, o en su caso a los clientes, e incluso de aumentar los riesgos laborales. Su utilización en algunas actividades, como por ejemplo la conducción de vehículos, está expresamente prohibida por tal causa, de modo que podría dar lugar al despido disciplinario³²⁵ (y puede eximir al empresario de la reubicación del trabajador en otro puesto cuando la retirada del permiso de conducir se deba al uso indebido del teléfono)³²⁶; es más, en determinados ámbitos el riesgo de uso puede alcanzar a los propios clientes de la empresa (*v.gr.*, pilotos o auxiliares de vuelo).

La prohibición empresarial absoluta de utilizar con fines personales este tipo de aparatos (radio, mp3, teléfono móvil, pda, etc.), aunque genéricamente podría incardinarse sin dificultad en el concepto clásico del poder de dirección, podría resultar exorbitada si no afecta a ninguno de los elementos anteriores. Lógicamente, la prohibición, como se dijo, está implícita o sobreentendida en actividades de cara al público, porque la obligación del trabajador consiste en atender a los clientes y en transmitir una imagen de seriedad de la compañía. Es más, y en relación con el teléfono móvil, podría prohibirse no sólo su utilización, sino también que el trabajador lo llevase consigo, máxime si la recepción de llamadas o mensajes se exterioriza mediante sonidos (incluso el modo vibrador podría dar lugar a una peor atención al público si repercute en la concentración y dilata el tiempo de espera de los clientes). No es extraño, por ende, que los convenios colectivos prohíban a los trabajadores, con carácter general, «entregarse a juegos o distracciones en horas de servicio», y consideren precisamente como distracción el uso del teléfono móvil³²⁷.

Pero en actividades que no se realizan de cara al público, en las que el uso de este tipo de dispositivos no reduce el rendimiento, ni aumenta el riesgo, ni la imagen de la empresa se ve afectada, el empresario no tiene una razón que justifique determinadas prohibiciones. El planteamiento no resulta meramente teórico, pues algunos convenios colectivos tipifican como infracción —incluso grave³²⁸, aunque en este punto existe mucha disparidad, ya que la calificación como falta leve es relativamente frecuente³²⁹— «el uso del teléfono móvil (aun siendo propiedad del trabajador) para

³²⁵ Vid. STSJ de Castilla y León/Valladolid de 11-2-2002 (recurso de suplicación 192/2002), que declara procedente el despido de un conductor de un vehículo de transporte de escolares con parálisis cerebral que, entre otros incumplimientos, utilizaba el móvil mientras conducía.

³²⁶ Vid. art. 31 Convenio colectivo de trabajo del sector de Comercio del Mueble de Valencia.

³²⁷ Vid. art. 17 Convenio Colectivo de Peluquerías de Señoras, Peluquerías Mixtas, Institutos Capilares, Gimnasios y Similares de Guipúzcoa de 2005-07.

³²⁸ Vid. art. 70 III Convenio Colectivo General Estatal del Corcho.

³²⁹ Vid. art. 29 Convenio colectivo de trabajo del sector del comercio de materiales de construcción, de la provincia de Tarragona para los años 2007-2009; art. 49 Convenio Colectivo del sector de ayuda a domicilio de Sevilla; art. 29 Convenio Colectivo de Centros Específicos de Enfermos Mentales Crónicos de Valencia, cuya titularidad y gestión se lleve a cabo de forma privada.

finés personales durante el tiempo efectivo de trabajo» o «de aparatos reproductores multimedia durante el tiempo de trabajo»³³⁰. Se admite, desde luego, el uso profesional del teléfono móvil, así como el destinado a la representación de los trabajadores³³¹. En otros supuestos los convenios colectivos guardan silencio, o simplemente facultan al empresario para establecer restricciones³³². La delimitación del alcance del poder de dirección en estos casos se torna, pues, fundamental para determinar la licitud de una eventual sanción.

Evidentemente, se requiere un análisis casuístico, pues a efectos de rendimiento o concentración no es equivalente que el trabajador lleve consigo un móvil encendido que tratar de seguir un evento deportivo por radio, ya que la concentración que exige esta segunda actividad sin duda provocará mayor distracción, menor concentración y con ello una disminución más intensa del rendimiento, aunque se requirieran pruebas —o fuertes indicios—, y no meras presunciones.

Entre otros factores, la frecuencia de la conducta del trabajador y la tolerancia de la empresa, amén de unas instrucciones claras sobre el uso, también deben ser objeto de una adecuada valoración. Una conducta ocasional o previamente tolerada —e incluso una autorización genérica para el uso privado—³³³, aunque puede ser objeto de sanción, no presenta de ordinario una dosis suficiente de gravedad como para justificar el despido; alguna sentencia introduce también el concepto de «uso normal o razonable» para limitar los supuestos de despido a las situaciones de mayor gravedad, que constituyen un abuso de confianza³³⁴.

A la postre, la buena fe, el uso inocuo, la tolerancia empresarial, las advertencias o amonestaciones previas y el perjuicio económico que sufre la empresa son también los argumentos que sirven para dilucidar si es legítima una sanción por el uso con fines particulares de medios empresariales, como se desarrollará en el epígrafe siguiente. La casuística es variada, y la solución depende de la mayor o menor trascendencia en la valoración que se conceda a cada una de esas circunstancias.

³³⁰ Cfr. art. 83.21 III Convenio colectivo estatal de la madera, que se reproduce en la generalidad de convenios del sector de la madera, como, por ejemplo, en el Convenio Colectivo del Sector de Aserradores y Almacenistas de Madera de Cantabria (art. 64.21). También califica como infracción grave «el uso de teléfono móvil personal para asuntos privados en su jornada laboral, excepto casos de urgencia» el V Convenio colectivo marco estatal de servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal (art. 57.7). La reiteración en el uso marca la diferencia entre la falta leve y grave en algunos convenios (arts. 44 y 45 Convenio Colectivo del sector de la Automoción de Málaga).

³³¹ Vid. art. 82.1.10 Convenio colectivo estatal de fabricantes de tejas, ladrillos y piezas especiales de arcilla cocida, para el período 2006-2008.

³³² Vid. art. 43 Convenio Colectivo del sector del Comercio de Calzado de Zaragoza; art. 29 Convenio Colectivo del sector de Comercio de Óptica de Zaragoza.

³³³ La STSJ de Cantabria de 28-8-1996 (recurso de suplicación 1189/1996) declara improcedente el despido de un trabajador a consecuencia de que la factura del teléfono móvil corporativo había ascendido a 98.603 pesetas. La sentencia valora que se trataba de un trabajador desplazado al extranjero y que la propia empresa, al entregarle el teléfono, le había autorizado para informar a su familia.

³³⁴ Vid. SSTSJ de Andalucía/Málaga de 9-10-2002 (recurso de suplicación 1364/2002) y de Cataluña de 15-7-2002 (recurso de suplicación 2534/2002).

Menor incidencia en la relación laboral tienen otros hábitos del trabajador, como la afición por la goma de mascar, los frutos secos o, en general, por los dulces. En la medida en que se respeten las elementales condiciones de higiene y limpieza del recinto empresarial —y de las materias primas y de los productos que se fabrican o distribuyen dentro del mismo—, no parece que el empresario pueda prohibir mascar chicle o la ingesta de caramelos o chucherías durante el trabajo, salvo evidentemente en actividades de cara al público. Es más, incluso en supuestos donde tal prohibición se justifica —y por ello se contiene en los convenios colectivos tanto del sector de la alimentación³³⁵ como en aquellos que rigen actividades de cara al público³³⁶— los tribunales parecen exigir que el empleador demuestre coherencia, advierta de la conducta y, antes de proceder al despido —que requeriría reincidencia—, imponga una sanción de menor entidad³³⁷.

Finalmente, podrían repercutir en la relación laboral algunas aficiones que son objeto de cierto rechazo o rechazo de carácter moral, como la pornografía, especialmente a través de internet. Desde luego, parece que si el trabajador visita páginas de ese tipo en un contexto extralaboral —en su domicilio— el empresario no tiene facultad ni para prohibir esa conducta, ni para imponer una sanción, a salvo, quizás, de que el trabajador preste servicios para determinadas empresas de tendencia con un ideario contrario a tales prácticas. En cambio, la utilización de medios empresariales para ese tipo de aficiones, y en general para actividades lúdicas, máxime si se desarrollan en horario de trabajo, pueden merecer represalias empresariales, como se verá a continuación.

5. Utilización de medios de la empresa con fines personales

La esfera personal y la relación laboral también colisionan cuando el trabajador dispone de medios materiales de la empresa, proporcionados en principio para facilitar la adecuada ejecución de la prestación de servicios, pero que son susceptibles de utilización con un propósito privado tanto en el lugar y tiempo de trabajo, como fuera de ellos. Prescindiendo de la eventual responsabilidad civil del empresario por el mal uso de esas herramientas o instrumentos empresariales³³⁸, los problemas

³³⁵ Vid. art. 39 Convenio Colectivo de trabajo del sector de Panadería de Valencia; art. 39 Convenio Colectivo del sector de Comercio de Ganadería de Palencia; o art. 33 Convenio Colectivo de trabajo del sector de Pastelería, Confeitería, Bollería y Comercio de Valencia.

³³⁶ Vid. art. 38 Convenio Colectivo de Peluquerías, Institutos de Belleza, Gimnasios y Similares de Palencia; o art. 41 Convenio Colectivo para el sector de Peluquerías de Señora, Institutos de Belleza y Similares de Valladolid.

³³⁷ Vid. STSJ de Aragón de 23-1-2006 (recurso de suplicación 1099/2005), en relación con un trabajador dedicado al corte de cabezas de la cadena de porcino en un matadero, que fue sancionado tanto por mascar chicle como por escupir, en contra de las expresas órdenes del empresario. En relación con la ingesta de chucherías, y su calificación como falta laboral en actividades de cara al público, vid. STSJ de Castilla-La Mancha de 19-10-2006 (recurso de suplicación 845/2006).

³³⁸ Vid. STS (civil) 17-5-2007 (recurso de casación 1876/2000), que debía resolver sobre una demanda de responsabilidad civil extracontractual interpuesta ante una empresa de seguridad, debido a que uno de sus empleados había asesinado a su ex pareja sentimental, con la cual tenía dos hijos, y herido a la hermana de esta, utilizando el arma reglamentaria facilitada por la empresa. La sentencia concluye que el empresario debe responder por los actos privados de sus empleados utilizando el material o los instrumentos proporcionados por el empresario cuando existen disposiciones legales o reglamentarias que exigen extremar el cuidado respecto de tales instrumentos y el empleador no ha obrado con la diligencia debida (armas de fuego para vigilantes de seguridad).

por la utilización privada de medios de la empresa se han suscitado especialmente en relación con el uso de los ordenadores y de la conexión a internet, así como con la utilización del teléfono móvil corporativo.

Jurídicamente se plantean dos problemas interrelacionados, pero evidentemente diversos. El primero consiste en determinar cómo y con qué intensidad puede el empresario controlar el uso de esos medios, porque no todo mecanismo de control satisface las exigencias del derecho fundamental a la intimidad. Esa cuestión fue ya abordada en un capítulo anterior³³⁹, de modo que en este momento conviene centrarse en la segunda de esas cuestiones, relativa a la licitud en sí del uso de tales medios con fines personales, a las eventuales limitaciones impuestas por el empresario, y a las sanciones que pueden derivarse de un uso abusivo o desviado.

En este sentido, la visita de páginas web o el envío de correos electrónicos durante la jornada laboral tiene implicaciones particulares, porque junto a la reducción del rendimiento producto del menor esfuerzo laboral que el trabajador realiza al dedicar parte de su tiempo de trabajo a actividades lúdicas (se presupone que es así, aunque debe probarse), o al perjuicio patrimonial que pueda suponer —aunque en la ponderación no debe olvidarse que el correo electrónico se ha convertido en un «medio de comunicación normalizado en el uso social»³⁴⁰—, en ocasiones confluyen consideraciones de carácter moral, que incluso repercuten en el ambiente o buena convivencia dentro de la empresa, si el contenido de tales páginas o correos electrónicos tiene carácter erótico o pornográfico. Desde esta perspectiva, es probable que el contenido de las páginas o correos no sea tan decisivo —o no debería serlo³⁴¹— como el hecho en sí de utilizar —desperdiciar— tiempo de trabajo para estos menesteres. Como es conocido, la doctrina judicial no es unánime, aunque el TS ha concedido un valor decisivo al poder de dirección³⁴², y en concreto a la existencia de pautas claras y precisas sobre las posibilidades de uso de internet³⁴³. En realidad, consideraciones análogas

³³⁹ II.3.

³⁴⁰ Cfr. M.F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, "La intimidad del trabajador y su tutela en el contrato de trabajo", en M.E. CASAS BAA-MONDE, F. DURÁN LÓPEZ y J. CRUZ VILLALÓN (Coord.), *Las transformaciones del Derecho del Trabajo en el marco de la Constitución Española*, La Ley, Madrid, 2006, pág. 644. En el mismo sentido, vid. M.A. FALGUERA I BARÓ, *Uso por el trabajador del correo electrónico de la empresa para fines extraproductivos y competencias de control del empleador*, RL, nº 22, 2000, pp. 37 y ss.

³⁴¹ Vid. J.I. GARCÍA NINET, *Sobre el uso y abuso del teléfono, del fax, del ordenador y del correo electrónico de la empresa para fines particulares en lugar y tiempo de trabajo. Datos para una reflexión en torno a las nuevas tecnologías*, Tribuna Social, nº 127, 2001, pág. 14.

³⁴² Vid. STS de 26-9-2007 (rcud. 966/2006).

³⁴³ Sobre la labor de la negociación colectiva en este campo, vid. C. GALA DURÁN, *La reciente negociación colectiva en el ámbito del uso de internet y del correo electrónico en las empresas*, en A. ROIG BATALLA (Coord.), *El uso laboral y sindical del correo electrónico e internet en la empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 231 y ss. Para un análisis de la jurisprudencia del TEHD en la materia, vid. B. VALDÉS DE LA VEGA, *El derecho a la intimidad y su expectativa de respeto en el uso personal de las tecnologías de la información y comunicación en el trabajo: un comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 2007 y a la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, RDS, nº 42, 2008, pp. 147 y ss.

pueden efectuarse para valorar la licitud de la utilización para fines privados de medios empresariales (teléfono fijo³⁴⁴, vehículo de la empresa, teléfono móvil, etc.)³⁴⁵, y no sólo de la infraestructura informática o telemática.

Desde esta perspectiva, la tolerancia empresarial es un elemento de valoración determinante, ya que en defecto de advertencia expresa, un sector de la doctrina judicial considera que no cabe sancionar al trabajador por tal uso con motivación particular si es reiterado y la empresa nunca ha puesto objeción³⁴⁶ —o cuando existe una costumbre³⁴⁷—, aunque algunas sentencias estiman que existiendo reglas al respecto la presunta tolerancia —por demora en la imposición de sanción— no impide al empresario sancionar en cualquier momento sin previa advertencia cuando la conducta del trabajador es reiterada³⁴⁸. El hecho de que el incumplimiento tolerado sea generalizado y sólo se sancione a un concreto trabajador puede ser un indicio de ilicitud de la sanción³⁴⁹, así como el coste económico que el uso inadecuado genere para la empresa, pero en tal caso debe desglosarse convenientemente la factura (no es suficiente un importe a tanto alzado indiferenciado), de forma que conste fehacientemente el gasto que supone el uso particular³⁵⁰.

A modo de ejemplo, los tribunales estiman que si la empresa no restringe el uso del teléfono móvil y el consumo no es desproporcionado³⁵¹ el despido no se justifica —aunque quizá sí otra sanción—, incluso si tal utilización se ha producido durante un período de incapacidad temporal³⁵². Ahora bien, si se reclama al trabajador el teléfono móvil durante la situación de baja laboral y éste no sólo no lo

³⁴⁴ Vid. STSJ de Andalucía/Sevilla de 10-12-1993 (recurso de suplicación 2184/1993), que declara procedente el despido de un trabajador por haber realizado unas doscientas cincuenta llamadas personales en tres meses desde el teléfono de la empresa. A tenor de la STSJ de Cataluña de 30-3-2000 (recurso de suplicación 8734/1999), también puede legitimar un despido dedicar más de una hora en un día a llamadas personales. La STSJ de Madrid de 7-7-1995 (recurso de suplicación 4096/1994), en cambio, califica como desmesurado un despido ante una utilización del fax y el teléfono empresarial con coste mínimo y normalmente tolerada en caso de directivos, puesto que desempeñaba el demandante.

³⁴⁵ Vid. C. AGUT GARCÍA, "Las facultades empresariales de vigilancia y control sobre útiles y herramientas de trabajo y otros efectos de la empresa", en J.I. GARCÍA NINET (Dir.), *El control empresarial*, CISS, Valencia, 2005, pp. 115 y ss.

³⁴⁶ Vid. STSJ de Madrid de 27-6-2007 (recurso de suplicación 2233/2007).

³⁴⁷ Así se infiere de la STSJ de Extremadura de 25-2-2003 (recurso de suplicación 70/2003), en un supuesto en el que el uso del teléfono móvil de la empresa para fines particulares era una «práctica que viene siendo habitual entre los trabajadores, abonando el exceso de la cantidad asignada».

³⁴⁸ Vid. STSJ de Madrid de 28-5-2007 (recurso de suplicación 1532/2007), en un supuesto en el que la factura de teléfono móvil ascendía a más de once mil euros en un año.

³⁴⁹ Vid. STSJ de Madrid de 26-10-1999 (recurso de suplicación 3765/1999), en la que además concurría la circunstancia de que la empresa repercutía en los propios trabajadores el coste de la factura que respondía a un uso particular.

³⁵⁰ Vid. STSJ del País Vasco de 4-6-2002 (recurso de suplicación 1054/2002).

³⁵¹ Aunque la empresa tolere las llamadas telefónicas personales, es obvio que no cabe un uso abusivo, y la advertencia previa al trabajador es indicio de los límites de tal tolerancia y legitima una posible sanción: vid. STSJ de Cataluña de 11-3-1999 (recurso de suplicación 8345/1998).

³⁵² Vid. STSJ de Castilla y León/Valladolid de 26-10-2005 (recurso de suplicación 1803/2005).

entrega, sino que lo utiliza para fines particulares, el despido disciplinario por transgresión de la buena fe contractual podría calificarse como procedente³⁵³.

La solución a los conflictos de esta índole requiere, desde luego, una valoración que prescinda de valoraciones sesgadas y de carácter absolutista, lo que obliga, seguramente, a extrapolar la doctrina del «uso inocuo» que a efectos de utilización del correo corporativo con fines sindicales sentó la STC 281/2005, de 7 de noviembre. En efecto, aun con pautas claras y precisas sobre la utilización con fines privados del material de la empresa, es menester tomar en consideración el daño que tal uso genera, y, en suma, si la utilización de medios empresariales por parte del trabajador perjudica el buen ambiente laboral³⁵⁴, constituye un abuso, o simplemente un uso normal y razonable que ni disminuye su rendimiento, ni entorpece o empeora el desenvolvimiento ordinario de la relación laboral, ni genera un coste significativo para el empleador; en definitiva, mientras el trabajador respete las elementales prescripciones que dicta la buena fe, el empresario —que también está vinculado por tal principio— debe respetar los «usos inocuos» de carácter extralaboral³⁵⁵.

En ocasiones, la utilización de medios empresariales con fines personales puede contar con más relevancia, desde la perspectiva de la esfera personal del trabajador, que el mero hecho de dedicar tiempo de trabajo a actividades lúdicas o, cuando menos, no productivas, en la medida que puede poner de manifiesto aspectos más vinculados con el contenido esencial del derecho a la intimidad, que forman parte de su núcleo duro. Más allá de situaciones en las que la indagación sobre la utilización de internet, por ejemplo, pudiera deberse a un intento de conocer los gustos y preferencias del trabajador con el propósito de ceder sus datos a empresas dedicadas a la venta o publicitación de productos y/o servicios —supuesto en el que entraría en juego la LO 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal—, es factible que las páginas web visitadas resulten indicativas, por ejemplo, de la orientación sexual del trabajador, con lo que una eventual medida punitiva debería ser valorada desde la perspectiva del principio de no discriminación³⁵⁶.

La STSJ de 30-1-2006³⁵⁷ constituye un claro ejemplo, pues el trabajador, que prestaba servicios como teleoperador para una empresa dedicada a la publicidad y venta telefónica de productos y

³⁵³ Vid. STSJ de Valencia de 6-5-2005 (recurso de suplicación 41/2005). También admite la procedencia del despido por utilización del teléfono móvil de la empresa durante una situación de incapacidad temporal la STSJ de 29-7-2003 (recurso de suplicación 739/2003).

³⁵⁴ Vid. STSJ de Cataluña de 5-7-2000 (recurso de suplicación 1718/2000), que declaró procedente el despido de dos trabajadores que enviaban correos electrónicos obscenos a sus compañeras.

³⁵⁵ Vid. L.A. FERNÁNDEZ VILLAZÓN, *Las facultades empresariales de control de la actividad laboral*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2003, pp. 123 y ss.; M. CARDENAL CARRO, *Desdramatizando el uso de internet en el trabajo*, AS, nº 15, 2001, pp. 31 y ss.; S. RUANO ALBERTOS, "Facultades de control por medios informáticos", en J.I. GARCÍA NINET (Dir.), *El control empresarial*, CISS, Valencia, 2005, pp. 132 y ss.

³⁵⁶ VII.1.

³⁵⁷ Recurso de suplicación 4918/2005.

servicios por cuenta de otras compañías (marketing telefónico, en definitiva), fue despedido por acceder a distintas páginas web, algunas de ellas de carácter pornográfico y temática homosexual, por lo que a partir de ese momento su orientación sexual —que él no había explicitado— fue de público conocimiento para sus compañeros y sus superiores.

La sentencia considera probado que constituía una «práctica habitual que los teleoperadores del turno de noche, cuando no tienen que atender las llamadas de clientes, visiten páginas web a través del PC que manejan y lo hacen empleando una *password* genérica por todos conocida». La empresa detectaba las páginas visitadas a través de un «sistema informatizado de monitorización de la actividad de los teleoperadores» que «graba aleatoriamente su actividad en la atención de la clientela», así como también «los distintos usos que se dan al PC, entre ellos las páginas web visitadas».

El Tribunal recurre, precisamente, a la doctrina del uso inocuo para declarar la improcedencia del despido decidido por el empleador, en la medida en que «no consta que se permaneciera dentro de esas páginas durante un tiempo excesivo o significativo, por lo que tal comportamiento no tiene entidad suficiente como para entrañar una desobediencia grave».

Sin embargo, la sentencia no acepta la pretensión del trabajador de calificar el despido como nulo, pese a advertir que «resulta indiferente, para valorar la gravedad del incumplimiento del trabajador, el contenido y carácter de las páginas web visitadas en tiempo de trabajo», pues lo sancionable es dedicarse a actividades lúdicas en el lugar y durante el tiempo de trabajo. La sentencia no encuentra indicios de discriminación por razón de orientación sexual, pues en ningún caso la empresa difundió datos sobre el contenido de las páginas, y la publicidad de la orientación sexual con motivo de la demanda es producto de la estrategia procesal del propio trabajador, y no de ninguna actuación reprochable por parte de la empresa.

En cualquier caso, la sentencia no se plantea a estos efectos, como elementos de valoración, hechos probados que pudieran resultar trascendentes en esta conclusión, como que «otros trabajadores de la empresa incurren en idéntico comportamiento, y no se les sanciona con el despido», y sí con sanciones de menor gravedad, pese a que alguno de ellos había sido advertido reiteradamente de forma verbal antes de la primera sanción sobre la incorrección del uso de internet, o que otro incluso había tenido en espera a un cliente mientras consultaba una página web de interés exclusivamente personal. Las razones por las que la empresa decidió despedir al demandante sin previa advertencia y ante un incumplimiento que no generó trastorno alguno, frente a su reacción ante los incumplimientos de otros compañeros, podrían haber resultado indicios suficientes para invertir la carga de la prueba. La sentencia, en todo caso, devino firme, pues el recurso de casación para la unificación de doctrina fue desestimado por falta de contradicción³⁵⁸.

³⁵⁸ Vid. STS de 25-6-2007 (rcud. 1706/2006).

La indiferencia que debe mostrar el empresario ante el contenido de las páginas visitadas por el trabajador cuenta con una excepción, pues parece claro que las facultades disciplinarias se justifican cuando la visita a tales páginas puede constituir una actividad delictiva. En efecto, y al igual que se defendió en relación con el tráfico de drogas³⁵⁹, si el trabajador utiliza medios empresariales para visitar páginas de pornografía infantil, por ejemplo, el empresario podrá lícitamente proceder a un despido disciplinario por vulneración de la buena fe contractual, en la medida que la imagen de la empresa resulta palmariamente afectada por ese comportamiento.

6. Militancia o pertenencia a asociaciones: el poder de dirección frente a la libertad ideológica y al derecho de asociación

Si el trabajador, por tal condición, no puede verse privado de los derechos que legítimamente le corresponden como persona, es evidente que, como regla general, no puede sufrir perjuicio alguno por su pertenencia a una determinada asociación, ni puede ser compelido por el empresario para que se asocie a alguna que sea de su interés. El derecho fundamental de asociación, y el hecho de que tal pertenencia o militancia sea una conducta extralaboral, protegen al empleado de cualquier represalia.

Desde luego, cabría efectuar matizaciones en relación con la afiliación a sindicatos, pero ni la pertenencia, ni el abandono de un sindicato, ni, en definitiva, las conductas, actuaciones, facultades o deberes que derivan de la libertad sindical forman parte estrictamente de la esfera personal del trabajador, sino que son actuaciones que se enmarcan en su faceta profesional, y por ello deben quedar al margen de análisis desde esta óptica.

No obstante, el sindicato, en su condición de empleador, y más en concreto de empresa de tendencia o ideológica, debe merecer alguna consideración. Aunque los caracteres de las empresas de tendencia, y su configuración y límites en relación con sus trabajadores, han sido objeto de tratamiento en epígrafes anteriores³⁶⁰, conviene poner de manifiesto que la pertenencia a determinadas asociaciones —*v.gr.*, pro globalización o afiliación a otro sindicato— incompatibles con el ideario podría convertirse en justa causa de extinción contractual, y en concreto de despido disciplinario por transgresión de la buena fe contractual. Ahora bien, en este tipo de situaciones, y a salvo de ataques expresos al ideario o conductas que revelen una explícita confrontación con el mismo, es probable que la modalidad de despido más apropiada sea el despido objetivo, y la causa la ineptitud conocida o sobrevenida con posterioridad a la celebración del contrato³⁶¹; el hecho de que la incompatibilidad

³⁵⁹ VI.1.

³⁶⁰ II.2 y V.1.

³⁶¹ Vid. A. MARTÍN VALVERDE, F. RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ y J. GARCÍA MURCIA, *Derecho del Trabajo*, Decimosexta Edición, Tecnos, Madrid, 2007, pág. 730.

entre la esfera personal y el ideario precise de una valoración judicial, y que los propios órganos judiciales —y la doctrina científica— discrepen en la solución, parecen impedir el recurso al despido disciplinario, porque difícilmente puede apreciarse un incumplimiento «grave y culpable».

Los profesores de religión en centros públicos, y su particular régimen de contratación, constituyen de nuevo un ejemplo palmario, por el control que sobre tales contrataciones ejerce la Iglesia Católica. La STC 128/2007, de 4 de junio, aclara que la condición de miembro activo del movimiento pro-celibato opcional de los sacerdotes católicos —unido a la repercusión pública de la condición de sacerdote secularizado casado y con hijos, que tiene más peso en la decisión final que la pertenencia a la asociación— puede resultar incompatible con el ideario empresarial, y es por tanto una razón que justifica que la Iglesia no tome en consideración al interesado a efectos de futuras propuestas de contratación como profesor de religión.

Prescindiendo de las empresas de tendencia, problemas similares se han planteado en supuestos donde el empleador carece de un ideario preestablecido, o en situaciones donde debería respetar una escrupulosa neutralidad, como sucede en el marco de la Administración Pública. Parece evidente que cualquiera que sea el tipo de entidad y su radio de acción (Administración General del Estado, Comunidad Autónoma, corporación local u organismo autónomo), el trabajador no puede ser compelido a formar parte de una organización, ni puede ser perjudicado por su pertenencia a alguna, al margen, por supuesto, del desempeño de cargos de libre designación —que no se articulan a través de contratos de trabajo, y tienen menor interés a los efectos que aquí interesan—, que no sólo se basan en la aptitud profesional, sino que también responden a afinidades ideológicas, y por ello la pérdida de confianza puede derivar del descubrimiento —el hecho o el conocimiento del mismo debe ser nuevo, pues si fuera público con anterioridad podría ser indicativo de una actuación irregular— de que el trabajador pertenece a determinada asociación que defiende intereses contrarios al partido político que rige la respectiva Administración, o, en cambio, que no está afiliado al partido mayoritario.

Al margen de esos puestos de confianza, el trabajador asalariado conserva su derecho a recibir un trato libre de discriminación por razón de su militancia, como han puesto de manifiesto reiteradamente los tribunales. En este sentido, la STSJ de Canarias/Las Palmas de 21-11-2005³⁶² llega a tal conclusión en el caso de un conserje de ayuntamiento que había sido despedido tras un cambio en el gobierno municipal por la presunta amortización de su puesto de trabajo, si bien sus tareas habían sido encomendadas a un funcionario tras el despido y el resto de conserjes —de menor antigüedad que él— permanecieron en su puesto. Se declara probado que el actor había sido militante de un partido político —incluso había formado parte de la lista electoral en alguna ocasión—, que había abandonado por discrepancias con la dirección, y se había afiliado a otro partido. Tras conocer el resultado de las elecciones, el trabajador, en el acto de proclamación del nuevo alcalde, vestía una camiseta en apoyo a un candidato que no había vencido. La cercanía del despido con estos hechos

³⁶² Recurso de suplicación 504/2005.

configura, a juicio de la sentencia, un panorama discriminatorio suficiente como para justificar la inversión de la carga de la prueba, sin que la corporación local pudiera ofrecer una causa real y lícita que justificase la extinción.

En un sentido análogo, la STSJ de 20-1-2004³⁶³ también aprecia móvil discriminatorio en la extinción de un contrato temporal efectuada por un ayuntamiento en perjuicio de un trabajador —oficial de primera dedicado al arreglo de caminos vecinales— contratado por el anterior equipo de gobierno, y que precisamente había formado parte de la lista propuesta por el partido político que lo sustentaba. En concreto, los resultados electorales habían propiciado un cambio de gobierno en la corporación local, y los nuevos rectores procedieron a contratar a trabajadores afines a los partidos políticos que mediante coalición regían los designios de la corporación, extinguiendo el contrato del actor, militante del partido saliente. La sentencia considera que existen suficientes indicios de discriminación, pues la extinción del contrato del demandante coincidía en el tiempo con la contratación «de otros trabajadores para otras funciones, todos ellos candidatos, o próximos parientes de quienes lo habían sido, en las listas de los partidos que han accedido al gobierno municipal», y «no consta que la selección de estos últimos se llevara a cabo tras valorar su especial cualificación o formación profesional —fueron contratados como peones mientras el actor, lo fue como Oficial de 1ª— ni en concurrencia con otros aspirantes». En consecuencia, el despido se califica como nulo.

Finalmente, un supuesto también análogo resuelve la STSJ de 24-9-1997³⁶⁴, en relación con una trabajadora, que prestaba servicios como auxiliar administrativo en un ayuntamiento en virtud de un contrato de duración determinada, a la que se comunica la extinción del contrato porque se había convocado una plaza cuyas funciones se solapaban con la que ocupaba la demandante. Se declara probado que la trabajadora era militante del principal partido de la oposición al gobierno de la corporación local, y que diez días antes de la convocatoria de la plaza había compartido almuerzo y una visita por el término municipal con el candidato de ese partido a la presidencia de la Comunidad Autónoma y con el anterior regidor municipal; además, también se considera hecho probado que el alcalde, que pertenecía como se dijo a otro partido político, comunicó a la trabajadora su malestar con esa situación. El tribunal considera que tales hechos constituyen indicios suficientes de discriminación, pues la modalidad contractual no era la interinidad —la trabajadora había suscrito un contrato de obra o servicio vinculado a una subvención—, y la convocatoria de una plaza para realizar idénticas funciones que la trabajadora, que además implicaba la extinción del contrato de ésta, diez días después de los hechos reseñados permite invertir la carga de la prueba. Comoquiera que la corporación local no pudo destruir la apariencia de discriminación, el despido se declaró nulo por vulneración de la libertad ideológica.

³⁶³ Recurso de suplicación 2747/2003.

³⁶⁴ Recurso de suplicación 3490/1997.

7. Condena penal y relación laboral

La imposición de una condena penal por actos no vinculados directamente con la prestación de servicios, y por tanto que pertenecen a la esfera personal —o en general a la extralaboral—, podría contar con repercusión en la relación de trabajo desde distintas perspectivas. Por un lado, tal circunstancia podría ser tomada en consideración durante un procedimiento de selección, de modo que se prive a un exrecluso de toda posibilidad de conseguir un empleo, con independencia de su cualificación. Por otro, el descubrimiento de que el trabajador ha sido condenado —antes o durante la ejecución del contrato— podría convertirse en justa causa de extinción de la relación laboral.

Comenzando por el primero de esos escenarios, el acceso al trabajo, no parece justificado, salvo en situaciones excepcionales, que la empresa pudiera utilizar como criterio determinante en el proceso de selección que el candidato ha sido imputado o en su caso condenado por un delito, de modo que el empresario no está facultado para conocer los antecedentes penales del trabajador, excepto que demuestre un interés empresarial legítimo. El imputado tiene derecho fundamental a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) y el exrecluso derecho a la reinserción social —esa es la finalidad de las penas (art. 25 CE)—, por lo que el interés empresarial debería exceder del mero prejuicio y basarse en un daño real a la imagen de la empresa (*v.gr.*, exconvicto por robo en puesto de cara al público que consista en manejar dinero, condenado por pederastia en trabajos de guardería, etc.)³⁶⁵. Como han advertido los tribunales, «por graves y socialmente reprochables que fueran los hechos delictivos cometidos por el actor, no toda conducta penalmente reprochable incide en la relación laboral», ni permite al empresario basar su decisión en la mera desconfianza³⁶⁶.

No obstante, se ha admitido la licitud de la negativa a la contratación de un trabajador condenado por haber agredido previamente a una compañera de trabajo, justificándose tal negativa en que una conducta de ese tipo resultaba incompatible con el perfil de la plaza, que exigía «capacidad de adaptación y flexibilidad, condiciones físicas adecuadas, habilidades sociales, madurez y responsabilidad, capacidad de trabajo en equipo y estabilidad emocional»³⁶⁷.

En relación con el mantenimiento de una relación de trabajo ya iniciada, y prescindiendo de las peculiaridades de las empresas de tendencia, la legislación laboral contempla la suspensión del contrato por detención preventiva y por prisión provisional [art. 45.1.g) ET], y los tribunales han interpretado que las faltas al trabajo en caso de condena definitiva son motivo de despido disciplinario³⁶⁸.

³⁶⁵ Vid. F. DE VICENTE PACHÉS, *El derecho del trabajador al respeto de su intimidad*, CES, Madrid, 1998, pp. 94-96.

³⁶⁶ Cfr. STSJ de Cataluña de 6-10-2004 (recurso de suplicación 3608/2004), en relación con un operario que había sido condenado por un delito relacionado con la violencia de género contra su pareja.

³⁶⁷ Cfr. STSJ de Valencia de 8-5-2007 (recurso de suplicación 2739/2006).

³⁶⁸ «Desde el momento en que adquirió firmeza la sentencia penal la ausencia al trabajo dejó de tener la cobertura de la situación suspensiva para configurarse como un incumplimiento del contrato sancionable por el empresario en virtud del artículo 54.1.a) del Estatuto de los Trabajadores»; cfr. STS de 28-2-1990 (recurso de casación por infracción de ley).

También se ha admitido que la ausencia al trabajo por cumplimiento de condena penal, máxime cuando tal circunstancia no se comunica al empleador, permite al empresario interpretar que se ha producido un abandono de la relación laboral por parte del trabajador, sin que el intento de reincorporación a la finalización de la pena permita restablecer el vínculo³⁶⁹, incluso aunque la conducta hubiera sido despenalizada³⁷⁰. Esta solución, aunque no es unánime por cierto³⁷¹, parece plenamente aplicable a los supuestos de prisión provisional en los que el empresario no haya sido informado; aunque la suspensión del contrato durante la prisión provisional es consecuencia de la presunción de inocencia, el conocimiento de la situación por parte del empresario parece requisito *sine qua non* del efecto suspensivo. En cualquiera de los casos, si tras el período de suspensión el trabajador no se reincorpora el empresario puede entender que se ha producido abandono³⁷².

Por supuesto, si la condena penal consiste en una medida que hace inviable la continuación de la relación laboral por ausencia de un elemento esencial para su ejecución —pérdida del permiso de circulación para un conductor³⁷³—, la empresa puede extinguir lícitamente el contrato (despido objetivo por ineptitud sobrevenida); y si el trabajador sigue prestando servicios sin comunicar a la empresa las consecuencias de la condena penal, podría ser posible el despido disciplinario por transgresión de la buena fe contractual³⁷⁴. Sea como fuere, en estas situaciones en las que a pesar de la condena penal el trabajador manifiesta su deseo de que la relación laboral continúe, la empresa no puede considerar que dicha condena —no privativa de libertad, sino de inhabilitación para determinados puestos o funciones— equivalga a una dimisión, sino que tiene que formalizar la extinción, si lo desea, a través de alguna de las modalidades de despido³⁷⁵.

Conviene poner de manifiesto que en este ámbito los convenios colectivos pueden condicionar la respuesta del empleador, previendo explícitamente las consecuencias de la sentencia condenatoria. A modo de ejemplo, el art. 49 b) IV Convenio colectivo del personal laboral de la Agencia Estatal de

³⁶⁹ Vid. STSJ de Cataluña de 17-5-2006 (recurso de suplicación 1064/2006).

³⁷⁰ Vid. STSJ de Galicia de 19-1-2004 (recurso de suplicación 6303/2003), en relación con un exrecluso condenado por su negativa a realizar el servicio militar.

³⁷¹ Considera admisible el despido ante la falta de comunicación, pero no lo acepta como dimisión, la STSJ de Cataluña de 19-11-2003 (recurso de suplicación 989/2002).

³⁷² Vid. STSJ de Cataluña de 25-1-2006 (recurso de suplicación 5927/2005), en relación con un extranjero en situación irregular detenido por tal condición un solo día, y que no acudió a su puesto el día siguiente.

³⁷³ No cabe extinguir el contrato cuando a pesar de la retirada del permiso el trabajador puede continuar realizando las tareas esenciales de su puesto; vid. STSJ de Valencia de 11-5-2004 (recurso de suplicación 496/2004), en relación con un vendedor que «únicamente debe coger el coche cuando lo pida el cliente para probarlo, durante cinco minutos, sólo para subirle el coche del taller o del garaje donde esté aparcado».

³⁷⁴ Vid. STSJ de Castilla y León/Burgos de 30-10-2007 (recurso de suplicación 676/2007) y de Madrid de 17-9-2002 (recurso de suplicación 2445/2002).

³⁷⁵ Vid. STSJ del País Vasco de 9-11-2004 (recurso de suplicación 2192/2004).

Administración Tributaria, tras reconocer como causa suspensiva la «privación de libertad del trabajador, mientras no exista sentencia condenatoria firme, incluidas tanto la detención preventiva como la prisión provisional», advierte que «si, existiendo sentencia condenatoria firme de privación de libertad, restara por cumplir parte de la pena, la suspensión del contrato pasará a serlo sin reserva de puesto de trabajo».

En otros casos se distingue en función del momento de comisión del hecho delictivo, de modo que las consecuencias laborales son diferentes en atención a si la condena responde a un hecho anterior al inicio de la relación laboral, o si es debida a una conducta posterior a la contratación, aunque no esté vinculada al trabajo. En este sentido, el IV Convenio Colectivo de la Entidad Pública Empresarial Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea (AENA) prevé explícitamente el paso a excedencia forzosa, sin cómputo de antigüedad, del trabajador condenado en virtud de hechos previos al ingreso como empleado de esa entidad.

Finalmente, aunque todos los actos que motivan una sanción penal pueden resultar susceptibles de reproche, no sólo jurídico, sino también moral, la repulsa frente a ciertos comportamientos podría motivar una sanción empresarial. A modo de hipótesis, cabe plantear si un empresario puede despedir a un trabajador condenado por pedofilia o por homicidio, aunque demuestre aptitud para el trabajo. Tradicionalmente la jurisprudencia admitía la procedencia del despido, advirtiendo que «la empresa puede exigir a sus empleados una vida privada no desmerecedora en el concepto público, a partir del modo normal, corriente, de entenderse las buenas costumbres, por obvias razones, entre las que destaca el interés legítimo del patrono en mantener el prestigio de la empresa a través de una moral usual de los trabajadores»³⁷⁶. En el contexto presente, sin embargo, salvo que se acredite un interés empresarial o comercial concreto y legítimo, parece claro que las valoraciones morales del empresario sobre la conducta extralaboral de sus empleados no legitiman una decisión perjudicial en el marco de la relación de trabajo.

8. Limitaciones de acceso —o de mantenimiento— del empleo por la idiosincrasia empresarial o la línea de negocio

Aunque en líneas generales podría deducirse de lo expuesto en epígrafes y capítulos anteriores, conviene precisar brevemente el alcance de los poderes de dirección en particular, y de la libertad de empresa en general, cuando el interés empresarial o comercial aconseja que los trabajadores profesen —o cuando menos exterioricen— determinadas creencias o formas de pensamiento. Las empresas ideológicas encajan, desde luego, en ese escenario, pero debe adoptarse una perspectiva más amplia, pues las empresas de tendencia se caracterizan por defender determinados valores que conforman un ideario explícito, características que concurren en escasos supuestos. Sin embargo, la exigencia de que el trabajador pertenezca a determinada colectividad puede estar basada no

³⁷⁶ Cfr. STS de 27-10-1965 (Ar. 4816), en relación con un trabajador, varón, que había abusado sexualmente de un menor.

en la ideología o creencias que el empresario trata de promocionar o difundir, sino en la línea de negocio, en el interés o beneficio empresarial o comercial más estrictamente considerado.

La estrategia empresarial, en un mercado global y competitivo, requiere un análisis de los potenciales destinatarios, pues los productos o servicios pueden ofertarse a grupos o segmentos de consumidores o usuarios particularizados, y con ello, el propio producto y las técnicas de publicidad y venta deben adaptarse al colectivo al que van dirigidos, para aumentar, en la medida de lo posible, la expectativa de éxito.

En ese contexto, es razonable suponer que el empresario tendrá preferencia por determinados trabajadores, y en concreto por aquellos con los que el colectivo de destinatarios se identifique, de modo que los trabajadores puedan contribuir decisivamente al éxito del producto o servicio. Desde otra perspectiva, podría ocurrir que un trabajador «inadecuado» en atención a los destinatarios perjudicase los intereses empresariales, y todo ello con independencia de la formación y capacidad del trabajador y del cumplimiento estricto de sus cometidos laborales.

Los ejemplos de esta clase de situaciones resultan notoriamente heterogéneos, y prácticamente imposibles de reducir a una sola categoría. Prescindiendo de la eventual relevancia de la orientación sexual, que será objeto de tratamiento específico en el capítulo siguiente, las decisiones empresariales sobre contratación pueden tomar en consideración factores tales como el aspecto estético, la edad —e incluso el sexo—, el lenguaje y otra serie de circunstancias que necesariamente habrán de valorarse a partir de los principios de igualdad y no discriminación. Es más, junto a todos esos elementos tampoco cabe desdeñar la pertenencia a una determinada comunidad o grupo con cierta identidad ideológica que da lugar al fenómeno, cada vez más extendido, de las tribus urbanas, de las que forman parte principalmente los jóvenes³⁷⁷, y que, como manifestación de identidad personal y de grupo, se caracterizan por una determinada apariencia estética y unos hábitos también particulares.

En tales casos, y desde una perspectiva estrictamente laboral, se plantean dos cuestiones básicas. La primera de ellas obliga a determinar si el empleador puede excluir del proceso de selección a todos los trabajadores que no pertenezcan a ese grupo o colectivo, aunque en abstracto cuenten con suficiente capacitación —incluso con mayor formación y experiencia— para desempeñar la actividad satisfactoriamente. En cuanto a la segunda, debe también dilucidarse si el empresario podría proceder lícitamente a la extinción del contrato por esas mismas razones.

³⁷⁷ Vid. M. GAMERO ALIAGA, *La metáfora de las tribus urbanas y tribus urbanas como metáforas*, Intersticios. Revista sociológica de pensamiento crítico, vol. 2, nº 1, 2008. Puede consultarse en <http://www.intersticios.es/article/viewFile/2346/1896>; A. PADAWER, *Nuevos esencialismos para la antropología: las bandas y tribus juveniles, o la vigencia del culturalismo*, KAIRÓS, Revista de Temas Sociales, nº 14, 2004, susceptible de consulta en la siguiente página web: <http://www2.fices.unsl.edu.ar/~kairos/k14-archivos/ana%20padawer.pdf>.

En el contexto actual de la legislación laboral es claro que el grueso de la tutela que el ordenamiento proporciona se despliega una vez que el contrato se ha perfeccionado y la prestación de servicios se ha iniciado, de modo que las garantías para los aspirantes o candidatos a un puesto de trabajo resultan escasas. Difícilmente se puede exigir a un empleador que contrate a una determinada persona, incluso en supuestos de acción positiva a favor de ciertos colectivos, y el incumplimiento de esa clase de preferencias, o la exclusión por alguna razón especialmente prohibida, y que derive en la apreciación de discriminación, podría provocar, a lo sumo, que el trabajador tuviera derecho a una indemnización por los daños y perjuicios causados, de cuantía no demasiado elevada, porque el daño moral, de ordinario, tampoco será relevante. Los resortes legales no parecen suficientes como para exigir que el empresario contrate efectivamente a una persona en contra de su voluntad, y no cabe condena a la readmisión de quien nunca ha sido admitido como trabajador.

En efecto, la doctrina judicial que hasta el momento se ha enfrentado con tal clase de situaciones ha debido apostar por soluciones innovadoras, pues la eventual apreciación de discriminación exige una reparación adecuada. En cuanto a la indemnización, normalmente se limita a cubrir los costes del proceso judicial, porque las bases para probar el daño, como se dijo, no resultan claras. Respecto de la situación laboral tras la exclusión del proceso de selección, la respuesta puede depender del momento en el que tal circunstancia se produjo, pues aunque la discriminación resulta intolerable en todo caso, las expectativas no son las mismas para todos los candidatos perjudicados. En efecto, no puede valorarse del mismo modo, ni siquiera desde la perspectiva de la indemnización, la situación de quien ni siquiera participó en el proceso de selección, en comparación con la de quien superó varias pruebas y fue excluido en el momento final por una de las causas de discriminación. Mientras que en el primer caso no parece haber más posibilidad que ordenar el cese en la actitud empresarial y reconocer el derecho del perjudicado a presentarse a otros procesos de selección en condiciones de igualdad, en el segundo los tribunales han atribuido en alguna ocasión un derecho preferente a incorporarse a la empresa en futuros procesos de provisión de puestos de trabajo³⁷⁸.

³⁷⁸ «Precisando respecto a la segunda que la contratación directa de quien fue excluida en la entrevista personal puede afectar a los demás trabajadores seleccionados que no han sido convocados al proceso, de manera que se estima la pretensión subsidiaria, consideración de candidata en reserva, para su contratación preferente en las contrataciones previstas para los años 2005 y 2006, a quien superó las pruebas anteriores, incluida la psicotécnica y fue excluida en la entrevista personal. Respecto a la indemnización, no probado el perjuicio sindical, en el que se insiste en el recurso (ordinal octavo), no cabe la indemnización reclamada porta/concepto. Si en cambio se reconoce el pago del coste estimado del procedimiento, dada la necesidad de contratar una Letrada y en concepto de perjuicio patrimonial motivado por la circunstancia extraprocesal, no procesal (las costas, por ejemplo) de tener que acudir a sus servicios para defender con éxito la pretensión estimada. Reconocido tal daño en la cantidad que se reclama de 1.202,02 euros»; cfr. STSJ de Cantabria de 14-11-2005 (recurso de suplicación 905/2005).

En cualquier caso, la exclusión de candidatos durante el proceso de selección sólo genera esta clase de consecuencias cuando la razón es contraria al ordenamiento jurídico, y no siempre puede estimarse que el motivo empresarial es rechazable. Lógicamente, deberá probarse que la línea de negocio, globalmente o en la parcela a la que el trabajador se dedicará, requiere la pertenencia a un colectivo concreto, con el propósito de que se favorezca la identificación con los potenciales clientes.

Más delicada, sin duda, se presenta tal justificación en supuestos de extinción del contrato (despido objetivo por causas organizativas), ya que, como se dijo, el ordenamiento laboral despliega todo su arsenal tuitivo respecto de quien ya es trabajador. Mientras que en el proceso de selección el empresario cuenta con mayor margen de apreciación, y la justificación de la línea de negocio o del interés empresarial puede resultar más sencilla, durante la vigencia de la relación laboral la prueba de la necesidad organizativa que legitima la extinción del contrato exige un análisis más riguroso.

Desde luego, el empresario habrá de demostrar una razón de suficiente peso, normalmente basada en un cambio de la política comercial que conlleve variaciones estructurales en relación con los bienes o servicios ofrecidos y con los potenciales beneficiarios, de modo que el trabajador que hasta entonces venía prestando satisfactoriamente servicios para la empresa no resulte idóneo, y ni siquiera adecuado, en ese nuevo contexto.

La actividad probatoria debe exigirse y valorarse de manera rigurosa, y no necesariamente debe versar sobre un cambio en la línea de negocio, sino que podría fundamentarse en una variación del perfil de la clientela, y en la difícil posición para hacer frente a la competencia sin acometer modificaciones en la organización de la actividad. En este sentido, si es posible demostrar que los usuarios o clientes —que pertenecen a colectivos determinados— prefieren acudir a otras empresas porque son atendidos por trabajadores que estiman más próximos a su filosofía de vida, el empresario, aun sin variar la línea comercial, podría extinguir procedentemente la relación (por la vía del art. 52.c ET) con el fin de contratar a un trabajador más afín con la clientela. Desde luego, si el nuevo trabajador no se ajusta a las pautas que el empresario alega para justificar la extinción del contrato, el despido habría de calificarse como improcedente.

A la postre, y desde una perspectiva más amplia que la de los negocios estrictamente dirigidos a tribus urbanas, resulta evidente que el interés comercial o empresarial debe permitir contratar a quien más se ajuste al perfil de la clientela, especialmente en actividades de venta. A modo de ejemplo, ni el principio de no discriminación ni el principio de igualdad se oponen de manera absoluta a que un empresario contrate exclusivamente a mujeres —excluyendo expresamente a los varones— para un puesto de trabajo que consista en la venta de cosméticos o de productos de higiene o belleza exclusivamente femeninos; ni a que se contraten trabajadores jóvenes con determinada apariencia estética y lenguaje para la venta de cierto tipo de ropa o complementos dirigidos a jóvenes; o a personas sin sobrepeso en tiendas de venta de material deportivo.

En este sentido, la especialidad o generalidad del negocio constituye un elemento de valoración, porque el trabajo en un centro comercial o en unos grandes almacenes no puede merecer la misma consideración que en un establecimiento especializado, ya que en este último caso la necesidad de crear una imagen de marca, de diferenciarse del resto de negocios que pueden proporcionar bienes o servicios similares, permite justificar más fácilmente la opción empresarial por determinado tipo de trabajador.

Por otra parte, podría constituir lícita causa de extinción (más por la vía de las causas organizativas, que por la de la ineptitud sobrevenida) que el trabajador dejase de pertenecer al colectivo al que el producto o servicio se dirige, modificando su apariencia estética o sus hábitos. Ello puede provocar reticencias o reacciones negativas de los clientes o usuarios, y desde luego puede ser incompatible con la imagen de marca que se pretende transmitir. Más allá de la pertenencia a determinado grupo caracterizado por una estética determinada (punks, heavys, grunges etc.), este tipo de situaciones podrían acontecer al margen de esas tribus urbanas, y tener relación con condiciones físicas de marcado carácter individual, como el peso. A modo de ejemplo, y como ya se advirtió³⁷⁹, es claro que una empresa dedicada a la venta de ropa para personas con sobrepeso («tallas grandes») podría justificar, con base en un evidente interés comercial, la contratación como vendedor de quien debe vestir prendas de una de esas tallas, y, en sentido contrario, podría extinguir lícitamente el contrato si el trabajador adelgaza significativamente.

Finalmente, conviene plantearse las consecuencias de que el trabajador, conocedor de la línea de negocio, adopte una determinada apariencia estética y una forma de proceder con el único propósito de fingir su pertenencia a un colectivo, y aumentar sus posibilidades de contratación. Si tal circunstancia es descubierta una vez iniciada la relación laboral, la mera potencialidad de que los clientes o usuarios lo conozcan, con el perjuicio comercial que podría suponer si ello provoca una desconfianza, justifica una actuación del empleador, aunque podría tolerarlo y actuar solamente en el momento en que la información fuera de dominio público³⁸⁰. El despido disciplinario por vulneración de la buena fe podría constituir una opción legítima, aunque en ciertos supuestos podría defenderse la nulidad del contrato de trabajo por vicio del consentimiento.

9. Relación laboral e idioma

El contexto social del Estado español, por un lado, y la inmigración creciente en los últimos años, por otro, propician que el idioma pueda convertirse en un elemento conflictivo en la dinámica de la

³⁷⁹ IV.3.

³⁸⁰ Una situación similar acontecía en la STC 128/2007, de 4 de junio, en relación con un sacerdote secularizado que pese a haber contraído matrimonio y tener cinco hijos había sido habilitado como docente de religión en centros públicos por el Obispado. Dicha habilitación fue retirada cuando el sacerdote hizo pública su situación familiar. A juicio del Tribunal, tal decisión no vulnera los derechos constitucionales del trabajador.

relación laboral. En efecto, y en referencia a la primera de esas circunstancias, la lengua ha adquirido un valor de reivindicación cultural y territorial, que ha servido, y sirve, para defender determinadas posiciones políticas, algunas de ellas extremas³⁸¹. No resultaría extraño, por tanto, que una empresa pudiera condicionar la contratación, o en su caso el mantenimiento de la relación laboral, a la acreditación del conocimiento de una determinada lengua. Por otro lado, también conviene plantear si el trabajador puede libremente decidir en qué lengua se expresa.

En línea de principio, parece evidente que el poder de dirección habilita a la empresa para exigir el conocimiento y uso de una lengua cuando exista un interés empresarial legítimo, y en particular cuando se trate de actividades que consistan en atender al público. Ese idioma, desde luego, puede coincidir con una de las lenguas cooficiales en España o podría tratarse de un idioma extranjero, cuando la atención a los usuarios o a la clientela lo exija; esa aptitud se traduce en ocasiones en ventajas retributivas, pues algunos convenios colectivos prevén explícitamente un plus de idiomas³⁸².

Como ya se dijo, a efectos de contratación el empresario cuenta habitualmente con un mayor margen de maniobra, aunque en este caso habrá de acreditar fehacientemente que el puesto de trabajo requiere tales competencias lingüísticas, pues de lo contrario el art. 3 CE, reforzado por los derechos a la intimidad, al libre desarrollo de la personalidad e incluso a la libertad de expresión —aunque su objetivo no es exactamente ese—, facultan al trabajador para decidir libremente el idioma en el que prefiere comunicarse. La inclusión del idioma en el perfil del puesto es, en principio, una decisión legítima en actividades de atención al público, e inherente en determinados trabajos (*v.gr.*, guía turístico), y por ello el empresario podría exigir la superación de una prueba de aptitud lingüística como requisito previo a la contratación³⁸³. Esa exigencia no queda desvirtuada cuando el puesto vacante hubiera correspondido con anterioridad a un trabajador que no cumplía tal requisito, siempre que objetivamente el empresario justifique la necesidad de conocimiento de un concreto idioma³⁸⁴. Cuestión distinta es que el nivel de dominio previsto sea desorbitado para el puesto a de-

³⁸¹ Acerca de los límites constitucionalmente impuestos, vid. SSTC 82, 83 y 84/2006, de 26 de junio.

³⁸² *V.gr.*, art. 48 Convenio colectivo estatal del sector de Contact Center.

³⁸³ Vid. STSJ de Madrid de 27-12-2002 (recurso de suplicación 4096/2002).

³⁸⁴ Vid. STSJ de Madrid de 5-3-1998 (recurso de suplicación 724/1998), en relación con la pretensión empresarial de contratar a una persona con conocimiento del inglés para cubrir un puesto en un hotel cuyas funciones consistían en planchar y coser, recibiendo llamadas de clientes y auxiliando a la gobernanta. Se declara probado que la trabajadora anterior, que cesó por jubilación, desconocía la lengua inglesa, pero también que el ochenta por ciento de la clientela era angloparlante, por lo que la sentencia confirma la licitud de la oferta empresarial.

sempañar, o se exija una acreditación muy peculiar que únicamente se puede conseguir en un determinado territorio³⁸⁵, pues en tales casos podrían vulnerarse tanto los derechos constitucionales³⁸⁶, como el derecho de libre circulación reconocido en el ordenamiento comunitario³⁸⁷.

Desde luego, la necesidad de conocer las lenguas cooficiales en el territorio donde se prestan servicios cuenta con especial significación en el empleo público, pues la obligación deriva de la propia Constitución, que «reconoce la realidad plurilingüe de la Nación española y, viendo en ella un valor cultural no sólo asumible, sino también digno de ser promovido, obtiene de dicha realidad una serie de consecuencias jurídicas en orden a la posible atribución de carácter oficial a las diversas lenguas españolas, a la protección efectiva de todas ellas y a la configuración de derechos y deberes individuales en materia lingüística»³⁸⁸.

En consonancia, «el propio principio de mérito y capacidad supone la carga para quien quiera acceder a una determinada función pública de acreditar las capacidades, conocimientos e idoneidad exigibles para la función a la que aspira. Por lo que la exigencia del conocimiento del idioma que es oficial en el territorio donde actúa la Administración a la que se aspira a servir es perfectamente incluíble dentro de los méritos y capacidades requeridas. No debe entenderse la exigencia de conocimiento del catalán un requisito *ad extra*, independiente del mérito y capacidad acreditadas, sino, al igual que cualquier otro conocimiento o condición exigida para el acceso a la función pública, una exigencia con cuya acreditación se da satisfacción a dichos principios constitucionales, en la medida en que se trata de una capacidad y un mérito que, según el art. 34 de la Ley catalana 17/1985, ha de acreditarse y valorarse en relación con la función a desempeñar, y por tanto guarda la debida relación con el mérito y capacidad, tal como impone el art. 103 C. E.»³⁸⁹.

³⁸⁵ «El artículo 48 del Tratado CE (actualmente artículo 39 CE, tras su modificación) se opone a que un empleador obligue a los candidatos a un proceso de selección de personal a que acrediten sus conocimientos lingüísticos exclusivamente mediante un único diploma, expedido en una sola provincia de un Estado miembro»; cfr. STJCE Angonese (de 6-6-2000, asunto C-281/98).

³⁸⁶ «Sería contrario al derecho a la igualdad en el acceso a la función pública, exigir un nivel de conocimiento del catalán sin relación alguna con la capacidad requerida para desempeñar la función de que se trate»; cfr. STC 46/1991, de 28 de febrero.

³⁸⁷ «Un empleo de profesor permanente a tiempo completo en centros públicos de enseñanza profesional es un empleo cuya naturaleza puede justificar la exigencia de conocimientos lingüísticos, en el sentido propio del apartado 1, in fine, del artículo 3 del Reglamento nº 1612/68 del Consejo, siempre y cuando la exigencia lingüística de que se trata se inscriba dentro de una política de promoción de la lengua nacional que, al mismo tiempo, sea la primera lengua oficial, y que esta exigencia se ponga en práctica respetando los principios de proporcionalidad y no discriminación»; cfr. STJCE Groener (de 28-9-1989, asunto C-379/87).

³⁸⁸ Cfr. STC 82/1986, de 26 de junio.

³⁸⁹ Cfr. STC 46/1991, de 28 de febrero.

El deber de que el empleado público conozca y, en su caso, utilice lenguas cooficiales también ha sido impuesto legalmente. En efecto, el art. 54.11 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, incluye entre los «principios de conducta» de ese colectivo la obligación de garantizar la «atención al ciudadano en la lengua que lo solicite siempre que sea oficial en el territorio»³⁹⁰, en consonancia con el derecho de los interesados a dirigirse «a los órganos de la Administración General del Estado con sede en el territorio de una Comunidad Autónoma» en «la lengua que sea cooficial en ella»³⁹¹. De ahí que esté justificada la negativa empresarial al reingreso en el mismo puesto tras una excedencia voluntaria si el trabajador no cumple el perfil lingüístico, con independencia de que previamente viniera prestando servicios en la misma actividad sin conocer el idioma³⁹².

Más dificultades plantea la licitud de la extinción del contrato por desconocimiento de una determinada lengua, aunque en la práctica se produce³⁹³, en la medida que el empresario era consciente de esa circunstancia en el momento de la contratación. En principio, si el trabajador ha prestado servicios con anterioridad en la empresa, en el mismo puesto de trabajo, y no han variado las circunstancias, la mera alegación de desconocimiento de un idioma no justifica la extinción del contrato³⁹⁴; y con mayor motivo debe sostenerse igual conclusión si superó un período de prueba. En cambio, si efectivamente se hubiera producido alguna variación significativa —como sucede en el sector educativo con la implantación de determinados modelos lingüísticos que exigen al profesorado

³⁹⁰ Vid. J.M. MIRANDA BOTO, *Siempre la lengua fue compañera del imperio. A propósito del deber del empleado público de atender al ciudadano en la lengua que éste solicite*, comunicación presentada al XIX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y Seguridad Social.

³⁹¹ Art. 36 Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

³⁹² Vid. STSJ del País Vasco de 5-5-1998 (recurso de suplicación 255/1997), en la que se matiza que «una situación consiste en ser titular de un puesto de trabajo de la plantilla administrativa que tiene exigido un perfil lingüístico no demostrado para cuando es preceptivo, respecto a la que la obligatoriedad de una condición que no concurre no depara irrestrictamente la separación del puesto, sino que existe un elemento de mecanismos de exención cuya eficacia mitigadora se ha diferido en Decreto 86/1997, de 15 abril, hasta el 31 de diciembre del año 2001, y otra situación consiste en ser titular del derecho expectante a verse reintegrado en un puesto de trabajo de la categoría profesional de auxiliar administrativo, cuando antes de surgir tal expectativa no se cumplía con la exigencia del perfil lingüístico del nivel 2, obligado para un puesto en cuestión que se reclama, aunque fuera el primitivamente ocupado y aunque no esté cubierto o amortizado». En un sentido análogo —denegación de reingreso tras excedencia por requerir el puesto, consistente en la docencia del euskera, una aptitud que el solicitante no poseía—, vid. STS de 30-10-1985 (recurso de casación en interés de ley).

³⁹³ En relación con el médico de una mutua, vid. http://www.abc.es/hemeroteca/historico-07-02-2008/abc/Nacional/despiden-a-un-medico-en-gerona-por-no-hablar-catalan_1641620501596.html.

³⁹⁴ Vid. STSJ de Cataluña de 15-10-2002 (recurso de suplicación 4061/2002), en relación con una teleoperadora cuyo contrato fue extinguido durante el período de prueba por no conocer la lengua catalana. La sentencia considera injustificada la decisión empresarial —que califica como despido improcedente— porque no había razón para exigir un período de prueba, pues la trabajadora había prestado servicios para la misma empresa con anterioridad realizando la misma actividad, sin que en ningún momento le hubiera sido requerido el conocimiento de la lengua catalana.

dominar cierto idioma—, la empresa podría recurrir a un despido objetivo por ineptitud sobrevenida³⁹⁵ aunque alguna sentencia considera más adecuado el recurso a la falta de adaptación a las modificaciones técnicas, causa de despido objetivo prevista en el art. 52.b) ET³⁹⁶.

En un sentido análogo, pueden plantearse dificultades cuando existe una causa de despido colectivo y para seleccionar a los trabajadores afectados se acude al criterio de la cualificación profesional; si el conocimiento de la lengua es un requisito de aptitud, como sucede en el ámbito de la educación, ese criterio no resulta contrario a los derechos constitucionales³⁹⁷.

Por supuesto, también podría derivar en despido objetivo el cambio en la línea de negocio, o una notable variación en el perfil de la clientela, de modo que el conocimiento de una determinada lengua resultara imprescindible para proporcionar una atención adecuada. Los sectores de la hostelería y la restauración, por ejemplo, son susceptibles de ese tipo de variaciones, por la influencia en ese ámbito del turismo en general, y del lugar de origen de los turistas en particular.

Por otro lado, podría parecer obvio que en situaciones donde la empresa no pruebe un interés comercial o empresarial de entidad para exigir el conocimiento de la lengua, o en puestos donde dicho dominio no sea imprescindible, el trabajador puede decidir en qué idioma expresarse, siempre, por supuesto, que sea cooficial en el territorio donde se prestan los servicios. Sin embargo, dicha conclusión no resulta tan evidente, pese a que algunos convenios colectivos introducen explícitamente como causa de discriminación (equiparada a las tradicionales del sexo, estado civil, raza, discapacidad etc.) la lengua³⁹⁸, y tipifican como falta muy grave la discriminación por ese motivo³⁹⁹. Es más, algún convenio colectivo exige al empresario que facilite «el acceso a cursos para el personal contratado que desee el aprendizaje de la lengua de la Comunidad Autónoma donde radique la empresa educativa»⁴⁰⁰.

³⁹⁵ Y no por la amortización del puesto prevista en el art. 52.c) ET, pues en tal caso, de no probarse una verdadera supresión del puesto, el despido debería calificarse como improcedente; vid. STSJ del País Vasco de 11-5-1999 (recurso de suplicación 569/1999).

³⁹⁶ Vid. STSJ de Madrid de 14-5-1996 (recurso de suplicación 98/1995), en relación con una trabajadora sin conocimientos de idiomas que desempeñaba tareas administrativas en un departamento que asumió atribuciones en materia de relaciones internacionales.

³⁹⁷ Vid. STSJ de Cataluña de 20-1-1999 (recurso de suplicación 5325/1998).

³⁹⁸ *V.gr.*, art. 48 III Convenio colectivo estatal de despachos técnicos tributarios y asesores fiscales; art. 21 Convenio colectivo estatal del sector de Contact Center; art. 41 V Convenio colectivo estatal del sector de desinfección, desinsectación y desratización; art. 11 Convenio Colectivo para el sector de recuperación de residuos y materias primas secundarias; arts. 11 y 19 XV Convenio colectivo de la industria química; DA 2ª II Convenio colectivo estatal para las empresas de gestión y mediación inmobiliaria.

³⁹⁹ Art. 56 V Convenio colectivo del Instituto Español de Comercio Exterior.

⁴⁰⁰ Cfr. art. 42 V Convenio colectivo de empresas de enseñanza privada sostenidas total o parcialmente con fondos públicos, y art. 52 VIII Convenio Colectivo Nacional de Centros de Enseñanza Privada de Régimen General o Enseñanza Reglada sin ningún nivel concertado o subvencionado.

Prima facie, parece claro que el empresario puede impedir a sus trabajadores que utilicen un idioma extranjero, o una lengua que no sea cooficial en el lugar donde radique el centro de trabajo, para dirigirse a él, a sus compañeros o a los clientes o usuarios en todos los aspectos relacionados estrictamente con la prestación de servicios. Pero aun en caso de lenguas cooficiales, la adecuada prestación de servicios presupone una comunicación fluida, que no sólo redunde en materia de productividad, sino también en otros muchos aspectos, como la propia prevención de riesgos laborales. La utilización por parte del trabajador de un idioma que sus compañeros y sus superiores no entienden —o tienen dificultades para entender— podría constituir una vulneración del principio de buena fe contractual si entorpece la normal dinámica del proceso productivo, o si genera mayores riesgos para la seguridad y salud en el trabajo. Debe traerse a colación nuevamente la doctrina del uso inocuo, pues en la medida en que la actitud del trabajador no perjudique realmente el interés empresarial, y suponga una mera incomodidad personal para otros, no cabrá adoptar sanción; la tolerancia empresarial, la persistencia en el incumplimiento y la gravedad de las consecuencias (incluso en relación con la armonía y buen clima que debe reinar en el entorno laboral) son circunstancias a valorar.

Consideraciones análogas podrían efectuarse respecto de situaciones donde el empresario decida comunicarse con los trabajadores en un idioma que éstos no comprenden. Los trabajadores tienen derecho, lógicamente, a que el empresario se dirija a ellos en una lengua oficial o cooficial en el territorio donde se presten los servicios, de modo que vulnera la buena fe contractual que el empresario comunique a los trabajadores sus instrucciones u órdenes en un idioma no oficial en España, o —mejor— no oficial en la comunidad autónoma donde se prestan los servicios, salvo pacto en contrario o que del tipo de actividad realizada y la dinámica de la relación laboral se desprenda otra conclusión. Desde luego, y en todo caso, debe convenirse que resulta contrario a la buena fe que el empresario, consciente de que el trabajador no conoce una determinada lengua, se dirija a él en ese idioma. Tal conducta podría incurrir en vulneración de la buena fe, y en abuso de derecho, e incluso podría encajar en el acoso moral en función de la intención del empleador; una eventual imputación de desobediencia, o los daños producidos por una deficiente comprensión de las órdenes o instrucciones, deberían valorarse desde esa perspectiva, tanto para dilucidar la culpabilidad del trabajador, como para determinar el alcance de la responsabilidad del empresario.

10. Opciones personales de naturaleza familiar: decisión de concebir y estado civil

Como se advirtió en la introducción, las condiciones biológicas o físicas inherentes a la persona no forman parte de la esfera personal de decisión del trabajador, y muchas de ellas se encuentran especialmente protegidas, de modo que cualquier limitación, distinción o perjuicio por tales causas parece susceptible de incurrir en discriminación; en este sentido, ni el sexo ni la discapacidad forman parte de la esfera personal, ya que no son circunstancias que admitan modulación en atención al poder de dirección. A la postre, el empresario no puede ordenar al trabajador legítimamente que use o no prótesis para aumentar su limitada capacidad, ni, por supuesto, que se someta a una intervención quirúrgica, cualquiera que sea la razón.

Sin embargo, y aunque el sexo —o el género, como se ha dado en llamar en los últimos años— no pertenece estrictamente a la esfera personal, determinadas decisiones que sólo corresponden a una mujer pueden integrarse en ese concepto de «esfera personal». La mujer, por tal condición, no puede sufrir un trato discriminatorio, como se deriva del art. 14 CE, de la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, de los arts. 17, 53 y 55 ET, y de numerosas normas de Derecho Comunitario, como la tradicional Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, y la actual Directiva 2006/54/CE, de 5 de julio, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación.

La protección de esas normas no se extiende únicamente al trato diferente por la condición de mujer, sino a todas aquellas diferencias que perjudiquen a la mujer por hechos, circunstancias o actos que directamente —e incluso biológicamente— se vinculen a tal condición. La maternidad, desde ese punto de vista, presenta un especial interés, al menos la maternidad biológica, pues sólo la mujer puede concebir. El ordenamiento jurídico, a través de las normas previamente citadas, y de muchas otras, garantiza formalmente la protección de las mujeres trabajadoras en general, y de las embarazadas en particular, calificando como nulo todo tratamiento peyorativo que no esté fundado en una razón objetiva, razonable y proporcionada.

Prescindiendo de los derechos relativos a la conciliación de la vida laboral y familiar, conviene poner de manifiesto que la protección de la mujer se ha extendido hasta un ámbito que entronca con la faceta más íntima de su vida personal —con su esfera personal en sentido estricto—, como es la decisión de concebir. En consecuencia, la protección del ordenamiento laboral frente a posibles injerencias empresariales alcanza a la mujer que manifiesta públicamente que quiere tener descendencia, aunque no esté embarazada, y puede que nunca se quede encinta.

Tal conclusión se extrae de la STJCE de 26-2-2008⁴⁰¹, en relación con una camarera austriaca que se estaba sometiendo a un tratamiento de fecundación *in vitro*, con motivo del cual debía permanecer cinco días de baja médica. En el transcurso de ese período de suspensión de la relación laboral fue despedida, mediando un preaviso de 16 días. Al recibir la comunicación de despido, la trabajadora informó por escrito a la empresa de que tres días después, y por tanto todavía vigente el contrato, estaba programada la implantación de los óvulos, intervención que se produjo efectivamente en la fecha prevista.

⁴⁰¹ Caso Mayr, asunto C506/06.

El TJCE niega la equiparación de este supuesto con un embarazo, pues aunque «la fecha que debe tenerse en cuenta para garantizar la seguridad y la protección de las trabajadoras embarazadas es la fecha más precoz posible de la existencia de un embarazo» (FJ 40º), es obvio que para acogerse a la protección contra el despido reconocida por la Directiva 92/85 «el embarazo de que se trate debe haber comenzado» (FJ 37º). En caso de fecundación *in vitro* la sentencia entiende que la fecha de embarazo, a efectos de la garantía frente al despido, coincide con la implantación de los óvulos fecundados, que no había tenido lugar todavía en el momento de la notificación del despido. No cabe tomar como *dies a quo* el momento de fecundación de los óvulos, pues con los actuales medios tecnológicos pueden conservarse durante varios años, y por tanto no resulta jurídicamente admisible la coincidencia de la protección por embarazo con el tiempo en que los óvulos se mantengan fecundados.

Ahora bien, la sentencia afirma que la medida empresarial podría incurrir en discriminación directa por razón de sexo si el despido está motivado por la pretensión de la trabajadora de quedarse embarazada. Comoquiera que la extinción del contrato se comunicó durante un período de incapacidad temporal, el tribunal concreta que si la decisión empresarial es consecuencia simplemente de la baja médica —sin atención a la causa que la motiva— el despido no es discriminatorio (y por tanto no sería nulo), aunque pudiera ser ilícito (improcedente) y dar lugar a la pertinente indemnización; por el contrario, si el motivo real estuviera relacionado con la intención de la trabajadora de comenzar un embarazo, sí debería calificarse la extinción del contrato como medida discriminatoria⁴⁰².

El resultado final debe compartirse, y quizá la interpretación también resulta adecuada para el caso concreto, pero es evidente que quedan cuestiones por resolver, pues tomar como punto de apoyo la prohibición de discriminación de la mujer, y en su caso, la eliminación de cualquier trato peyorativo a la mujer embarazada, obliga a aventurar la respuesta en casos con notables similitudes, como la decisión de la mujer no de concebir, sino de adoptar un hijo. Podría ser factible en tal caso recurrir a la discriminación por razón de sexo, pero es necesaria una construcción más general que permita sancionar con la nulidad cualquier trato peyorativo por tal circunstancia a un varón, que evidentemente también puede adoptar y no se encuentra protegido por normas únicamente aplicables a la mujer. En cualquier caso, tampoco resulta claro si para que entre en juego esta protección es suficiente que la trabajadora haya manifestado su voluntad de ser madre, o es imprescindible que se pruebe una voluntad decidida en tal sentido, con actos que confirmen esa decisión (trámites de adopción, procedimiento de inseminación, etc.).

⁴⁰² Vid. B. GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, *Tratamiento de fecundación in vitro de la trabajadora desconocido por el empresario y despido*, RL, nº 11, 2008, pp. 39 y ss.

En relación con el estado civil, es conocido que durante el siglo pasado, y en particular durante la Dictadura, aunque no se estableció expresamente una prohibición general de trabajo de la mujer —pero sí limitaciones concretas⁴⁰³—, los poderes públicos promovieron políticas tendentes a desincentivar el empleo femenino. En principio, la mujer podía desempeñar un trabajo remunerado con independencia de su estado civil, si bien se establecieron ciertas restricciones para las mujeres casadas —incluso una excedencia forzosa por matrimonio⁴⁰⁴—, que, a la postre, impregnaban de peculiaridades artificiales el contrato de trabajo⁴⁰⁵, e incluso impedían el acceso a algunos mecanismos de previsión social⁴⁰⁶. Con el propósito de potenciar la familia «tradicional», la voluntad política se limitaba a no fomentar el trabajo femenino —e incluso el trabajo de la mujer embarazada era calificado de antiestético⁴⁰⁷—, pero no se prohibía expresamente, salvo supuestos especiales como el trabajo nocturno o el prestado en condiciones de peligrosidad, penosidad o toxicidad⁴⁰⁸.

Superadas esas restricciones, los principios de igualdad y no discriminación vedan los tratamientos peyorativos por razón de matrimonio. En el contexto presente, el estado civil podría ser tenido en cuenta, sobre todo, a efectos de conciliación de la vida laboral y familiar⁴⁰⁹, pero la evolución del concepto de familia provocaría que la atención exclusiva a las familias matrimoniales derivase en un reduccionismo que perjudicaría la efectividad de las normas, e incluso podría resultar discriminatoria.

⁴⁰³ Vid. A.V. SEMPERE NAVARRO, *Discriminación y trabajo femenino en la minería*, RL, Tomo I, 1987, pp. 108 y ss.; M.A. CASTRO ARGÜELLES, *Normas internacionales y norma constitucional. A propósito del trabajo de la mujer en las minas*, REDT, nº 63, 1994, pp. 157 y ss.; A. DURÁN HERAS, *Trabajo femenino contra salario al ama de casa*, Revista de Trabajo, nº 53, 1976, pp. 59 y ss.

⁴⁰⁴ «La mujer, en general, y la mujer casada en particular, ha sido objeto históricamente de limitaciones importantes [...]. La autorización expresa o tácita del marido fue una exigencia tradicional, así como la necesidad de dicha autorización, o al menos falta de oposición del marido, para que los salarios fuesen pagados a la mujer. Se le exigieron requisitos adicionales para la admisión al trabajo, como el certificado de vacunación y no padecer enfermedad contagiosa; se les prohibieron determinados trabajos por razones fisiológicas no siempre consistentes; se le fijó un régimen jurídico distinto en cuanto a disponer de un asiento (Ley de silla), a las jornadas y descanso, el trabajo nocturno, las horas extraordinarias, etc. Su función en la familia, el matrimonio y la maternidad conllevó un régimen jurídico discriminado para la mujer [...]»; cfr. C. MOLERO MANGLANO y P. CHARRO BAENA, *Para una perspectiva actualizada de la noción de trabajador*, RTSS, nº 3, 1991, pág. 43.

⁴⁰⁵ Vid. F. SUÁREZ GONZÁLEZ, «Contrato de trabajo de las mujeres», en AA.VV., *Catorce lecciones sobre contratos especiales de trabajo*, Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid, Madrid, 1965, pp. 21 y ss.; G. DIÉGUEZ CUERVO, *La autorización marital para el trabajo en Derecho español*, RPS, nº 63, 1964, pp. 133 y ss.; M. BOU VIDAL, *El contrato de trabajo de las mujeres*, Bosch, Barcelona, 1962, pp. 77 y ss.; M. FRAGA IRIBARNE, *El trabajo de la mujer casada*, Cuadernos de Política Social, nº 53, 1962, pp. 5 y ss.

⁴⁰⁶ Como ocurría con el Montepío Nacional del Servicio Doméstico; vid. D. CLEOFÉ SÁNCHEZ, «Régimen Especial de Empleados del Hogar», en AA.VV., *Diecisiete Lecciones sobre regímenes especiales de la Seguridad Social*, Universidad de Madrid, Madrid, 1972, pág. 422.

⁴⁰⁷ Vid. F. SUÁREZ GONZÁLEZ, «Contrato de trabajo de las mujeres», en AA.VV., *Catorce lecciones sobre contratos especiales de trabajo*, Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid, Madrid, 1965, pp. 31 y 32.

⁴⁰⁸ Vid. M.R. MARTÍNEZ BARROSO, *Sistema jurídico de la Seguridad Social de la Minería del Carbón*, Universidad de León, León, 1997, pp. 80 y ss.

⁴⁰⁹ En general, vid. A.R. ARGÜELLES BLANCO, C. MARTÍNEZ MORENO y P. MENÉNDEZ SEBASTIÁN, *Igualdad de oportunidades y responsabilidades familiares*, CES, Madrid, 2004, pp. 21 y ss.

En relación con la repercusión del poder de dirección, no cabe que el empresario decida, influya o condicione la decisión del trabajador en orden a contraer o no matrimonio —ni en la elección de la pareja, desde luego—, y cualquier decisión peyorativa por razón de estado civil habría de calificarse como nula. El empresario, como también se advirtió⁴¹⁰, no puede indagar sobre el estado civil del trabajador, que podría mentir ante una pregunta de tal calibre durante el proceso de selección o durante el transcurso de la relación de trabajo, sin que tal circunstancia pueda justificar una represalia, ya que el empresario puede tener, a lo sumo, y en casos excepcionales, el «interés de informarse», pero no el «derecho a indagar» en la vida privada de sus empleados⁴¹¹.

Claro está, en ocasiones el trabajador se ve obligado a comunicar su estado civil, o su situación familiar al empresario, pues es condición previa para disfrutar de ciertas ventajas o derechos, como el permiso por matrimonio o determinadas ayudas sociales que pretenden colaborar en el coste de escolarización de los hijos, por ejemplo. En cualquier caso, conozca o no la situación personal o familiar del trabajador, el ordenamiento prohíbe al empresario tomar cualquier decisión discriminatoria.

Hay circunstancias, no obstante, donde decisiones personales conectadas con el estado civil pueden repercutir decisivamente en la imagen de la empresa, como sucede cuando un empleado de un hotel o un restaurante decide celebrar el banquete de boda en otro lugar. La STSJ de Asturias de 17-10-2008 (Recurso de suplicación 1188/08) declaró nulo el despido por tal motivo de un director de hotel, aunque podría argüirse que en vista de su cargo—además tenía un porcentaje del capital social— y sus funciones —entre ellas la captación de clientes para banquetes de boda— la decisión de la empresa contaba con cierta justificación. Ahora bien, y sin perjuicio de otros muchos argumentos, no es esa una decisión unilateral, sino que requiere el consentimiento del otro contrayente, y por consiguiente no resulta jurídicamente admisible la represalia empresarial, contraria al derecho a la intimidad. Cuestión distinta es que el trabajador difunda públicamente que la elección de otro lugar se debe a deficiencias en el servicio, aunque entonces la eventual sanción derivaría del daño que pueden acarrear esos comentarios o informaciones, y no del mero hecho de su preferencia por otro lugar.

⁴¹⁰ II.3.

⁴¹¹ Cfr. J.L. GOÑI SEIN, *El respeto a la esfera privada del trabajador*, Civitas, Madrid, 1988, pág. 64. En el mismo sentido, vid. J.L. GIL Y GIL, *La esfera de intangibilidad del trabajador*, Tribuna Social, nº 47, 1994, pp. 21 y ss.

VII. EN PARTICULAR, LA REPERCUSIÓN EN LA RELACIÓN LABORAL DE LA OPCIÓN SEXUAL DEL TRABAJADOR

Al igual que con el resto de circunstancias u opciones personales, la orientación sexual del trabajador debería resultar indiferente en el marco de la relación laboral, por quedar integrada en la esfera personal, y al margen por tanto del ámbito de decisión empresarial. Igual sucede con la condición de transexual, que no parece que pueda verse afectada por el poder de dirección. Esas reglas generales deben matizarse, como sucede con las demás circunstancias pertenecientes a la esfera personal, cuando un interés empresarial o comercial de suficiente entidad obligue a efectuar la pertinente modulación.

1. La dimensión laboral de la orientación sexual

Pese a que «las actitudes hacia los homosexuales se han relajado en muchos países occidentales y tanto en los medios de comunicación como en la prensa se han hecho más frecuentes las imágenes positivas de las relaciones homosexuales»⁴¹², es claro que la sociedad no contempla todavía la homosexualidad como una opción del mismo nivel que la heterosexualidad, y ello ha quedado reflejado en la reacción de un sector de sociedad —y parece incluso que de la propia Jefatura del Estado— ante el reconocimiento del derecho a contraer matrimonio entre personas del mismo sexo⁴¹³.

El contexto social trasciende, a menor escala lógicamente, a la situación laboral. En principio, la opción u orientación sexual es una decisión personal sin relevancia aparente en el devenir de la relación laboral, porque ni el empresario está legitimado para conocer o preguntar sobre las tendencias afectivas o sexuales del trabajador, ni la ejecución de la prestación laboral resulta condicionada por ese factor; a la postre, ni la orientación sexual repercute *a priori* en la aptitud laboral, ni el empresario puede basar sus decisiones en convicciones morales basadas en estereotipos que originen un prejuicio, pues incurre en discriminación prohibida⁴¹⁴; se ha superado, sin duda, la añeja doctrina

⁴¹² Cfr. A. GIDDENS, *Sociología*, Cuarta Edición, Alianza Editorial, Madrid, 2005, pág. 183.

⁴¹³ Vid. D. ÁLVAREZ ALONSO, *Despido discriminatorio por razón de orientación sexual*, Aranzadi Constitucional, nº 10, 2006, pp. 14 y ss. Una aproximación más general en A. RIVAS VAÑÓ y M.C. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, *Orientación sexual y no discriminación: el debate en Europa*, Temas Laborales, nº 52, 1999, pp. 3 y ss.

⁴¹⁴ Vid. J.M. MORALES ORTEGA, *Nuevos fenómenos discriminatorios: homosexualidad y transexualidad*, RL, Tomo II, 1999, pp. 452 y ss.

tanto del TS⁴¹⁵ como del TCT⁴¹⁶ que legitimaban el despido por razón de homosexualidad (aunque en casos de pederastia, lo que introduce un componente de reprobación moral mucho más intenso). En consecuencia, el trabajador podría lícitamente negarse a responder a tal clase de preguntas durante un proceso de selección, e incluso mentir, sin la amenaza de una futura sanción, pues ese dato pertenece a su esfera personal y está protegido por el derecho a la intimidad⁴¹⁷. No conviene olvidar que el art. 4.2.c) ET reconoce a los trabajadores el derecho a no ser discriminados directa o indirectamente para el empleo, o una vez empleados, por razón de orientación sexual⁴¹⁸.

Sea como fuere, la orientación sexual de un trabajador puede crear una situación conflictiva en la empresa, que no aflora en ocasiones por el desconocimiento de las inclinaciones sexuales del trabajador, pero que sí podría activarse, desde varios frentes, una vez pública la condición de homosexual. Básicamente, esos dos frentes se vinculan a la reacción ante tal descubrimiento del empresario, por un lado, y del resto de trabajadores, por otro.

Comenzando por esta segunda situación, la reacción de los compañeros del trabajador que declara su homosexualidad puede ser diversa. Resulta palmario que el empresario no debe aceptar, ni tampoco tolerar, una conducta que diferencie a las personas por razón de orientación sexual sin que concurra una justificación razonable, objetiva y proporcionada. Entre esas conductas cabría mencionar una hipotética negativa a compartir espacios o lugar neutros, como la oficina, un despacho, o el entorno de trabajo habitual. Es más, comportamientos de esa índole podrían encajar en el tipo delictivo previsto en el art. 314 CP⁴¹⁹.

⁴¹⁵ Vid. STS de 27-10-1965 (Ar. 4816).

⁴¹⁶ Vid. STCT de 24-1-1977 (Ar. 266).

⁴¹⁷ Vid. C. CHACARTEGUI JÁVEGA, *El principio de no discriminación por razón de orientación sexual del trabajador*, Lex Nova, Valladolid, 2001, pp. 99 y ss.

⁴¹⁸ La STSJ de Madrid de 25-3-1998 (recurso 1283/1998) rechazó la pretensión del demandante de disfrutar de quince días de permiso por matrimonio tras la inscripción de su unión de hecho con una persona del mismo sexo en el correspondiente registro. Aunque en su momento la prohibición de matrimonio homosexual pudiera conducir a otras reflexiones, tras ese reconocimiento es claro que el permiso por matrimonio es un derecho del trabajador con independencia de su orientación sexual, y que no se extiende a las parejas de hecho salvo reconocimiento convencional. A la postre, se trataría de un problema de equiparación entre matrimonio y pareja de hecho, y no de discriminación por orientación sexual. Más delicada es la denegación de una ventaja social (reducción en el precio de los transportes a favor de los trabajadores de una empresa de ferrocarril y de sus cónyuges o parejas de hecho) a los convivientes de hecho homosexuales, reconociéndose en cambio a parejas heterosexuales. La STJCE Grant (de 17-2-1998, asunto C-249/96) declaró que tal decisión empresarial no constituía una discriminación por razón de sexo; pero el Tribunal no se pronunció, porque en aquel momento el Derecho Comunitario no lo permitía, sobre una eventual —y parece que evidente— discriminación por razón de orientación sexual. En la actualidad, y asentada tal causa en el marco del Derecho Comunitario, la exclusión de tales beneficios por la opción sexual es discriminatoria, como advierte la STJCE Maruko (de 1-4-2008, asunto C267/06).

⁴¹⁹ «Los que produzcan una grave discriminación en el empleo, público o privado, contra alguna persona por razón de su ideología, religión o creencias, su pertenencia a una etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía, por ostentar la representación legal o sindical de los trabajadores, por el parentesco con otros trabajadores de la empresa o por el uso de alguna de las lenguas oficiales dentro del Estado español, y no restablezcan la situación de igualdad ante la ley tras requerimiento o sanción administrativa, reparando los daños económicos que se hayan derivado, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a dos años o multa de 12 a 24 meses».

Sin embargo, tal conclusión no resulta automáticamente extrapolable a otros espacios o dependencias, como por ejemplo los vestuarios. La actuación del empresario —obligando al trabajador homosexual a utilizar un vestuario distinto, por ejemplo— podría ser considerada como una discriminación directa (e incluso como un delito por la citada vía del art. 314 CP), pero es menester conciliar la prohibición de discriminación por razón de orientación sexual con el derecho a la intimidad del resto de trabajadores, y con las facultades empresariales de organización de sus recursos.

En este sentido, no resulta dudoso que una persona puede negarse a compartir vestuario con otra de sexo distinto. Motivos culturales, prejuicios y valores se entremezclan para justificar esa separación completamente admitida, tolerada, e incluso exigida socialmente, como indirectamente ha puesto de manifiesto la OIT, al advertir que «el ser hombre o mujer puede considerarse un requisito legítimo para ocupar empleos que implican una proximidad física»⁴²⁰.

Las mismas consideraciones podrían ser de aplicación al supuesto de vestuario compartido con personas cuya orientación sexual les lleva a sentirse atraídas por otras del mismo sexo. Desde luego, podría argüirse que el empresario únicamente estaría facultado para actuar cuando el trabajador mostrase una conducta inapropiada (comentarios, miradas lascivas, etc.). No obstante, tal actitud previa no se exige en relación con los vestuarios mixtos, sino que se presume la idoneidad de compartir ese tipo de instalaciones, y por ello se ha declarado procedente el despido de un trabajador que se ocultaba en el vestuario femenino para espiar a sus compañeras⁴²¹.

En lugares como los vestuarios o las duchas el derecho a la intimidad colisiona con los principios de igualdad y no discriminación, y no es claro que estos últimos prevalezcan de forma absoluta sobre el primero, que también es un derecho fundamental. El derecho a la intimidad, derecho individual que en estos casos se convertiría en plural —porque puede haber varios trabajadores afectados—, pero no estrictamente en colectivo, se ve reforzado por el interés empresarial, que debe velar por el buen ambiente laboral.

Como sucede en general en caso de trabajadores que presenten singularidades específicas, el empresario debe adaptar las condiciones y el entorno de trabajo a esas características peculiares. El problema, seguramente, puede producirse en situaciones en las que no resulte materialmente posible atender a la diferencia, o económicamente tal atención resulte desproporcionadamente costosa. El supuesto, desde luego, resulta excepcional y extraordinario, y probablemente más teórico que real, porque extremando la diligencia el empresario debe encontrar una fórmula para compatibilizar las legítimas expectativas y derechos de sus trabajadores (parece suficiente con establecer turnos de utilización del vestuario).

⁴²⁰ Cfr. OIT, *La igualdad en el trabajo: afrontar los retos que se plantean*, Ginebra, 2007, pág. 10. El informe puede consultarse en http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/-dgreports/-dcomm/-webdev/documents/publication/wcms_082609.pdf.

⁴²¹ Vid. STSJ del País Vasco de 13-1-2004 (recurso de suplicación 2442/2003).

Debería traerse a colación la doctrina relativa a la libertad religiosa, pues las creencias u opciones personales no pueden imponerse al interés empresarial, como se dijo⁴²². En este caso, junto al interés empresarial y comercial entran en juego derechos fundamentales de otros trabajadores, lo que refuerza el argumento. Además, en tales situaciones debe valorarse el momento en el que se descubre la orientación sexual del trabajador (antes o después de celebrar el contrato) y cuál ha sido la actitud del resto de trabajadores tras el descubrimiento, pues la protección del derecho a la intimidad no justifica en ningún caso el acoso moral del trabajador con diferente orientación sexual; a la postre, todo trabajador tiene derecho, a tenor del art. 4.2.e) ET, al respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad, comprendida la protección frente al acoso por razón de orientación sexual. Si tal acoso tuviera lugar, el empresario estaría legitimado para sancionar a los acosadores, incluso con el despido, como reconoce el art. 54.2.g) ET⁴²³, so pena de incurrir —el propio empresario— en una infracción administrativa muy grave (arts. 8.12 y 8.13.bis LISOS)⁴²⁴, o incluso en responsabilidad penal (arts. 22.4⁴²⁵ y 314 CP). El trabajador acosado, por su parte, podría extinguir el contrato por la vía del art. 50 ET⁴²⁶. En cualquier caso, para imputar algún tipo de responsabilidad al empresario —incluso desde la perspectiva de la prevención de riesgos laborales (psicosociales)— sería menester que éste conociera efectivamente la situación, lo que difícilmente sucede si el trabajador no ha manifestado su orientación sexual⁴²⁷.

Prescindiendo de eventuales conflictos internos, es claro que el empresario no está legitimado para imponer ningún tipo de medida que suponga un trato peyorativo al trabajador por razón de su

⁴²² V.1 y 2.

⁴²³ Conclusión que trasciende nuestro ordenamiento, y que ha derivado, por ejemplo, en la decisión empresarial de prescindir de un actor de una serie estadounidense de notable éxito internacional por aludir despectivamente a la orientación sexual de un compañero, que conservó su papel; vid. <http://www.elpais.com/articulo/gente/Isaiah/Washington/liga/despido/Anatomia/Grey/racismo/elpepugen/20070630elpepuage/4/Tes>.

⁴²⁴ El art. 8.12 LISOS tipifica como infracción muy grave «las decisiones unilaterales de la empresa que impliquen discriminaciones directas o indirectas desfavorables por razón de edad o discapacidad o favorables o adversas en materia de retribuciones, jornadas, formación, promoción y demás condiciones de trabajo, por circunstancias de sexo, origen, incluido el racial o étnico, estado civil, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación sexual, adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con otros trabajadores en la empresa o lengua dentro del Estado español, así como las decisiones del empresario que supongan un trato desfavorable de los trabajadores como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción administrativa o judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación»; el art. 8.13 bis hace lo propio con «el acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad y orientación sexual y el acoso por razón de sexo, cuando se produzcan dentro del ámbito a que alcanzan las facultades de dirección empresarial, cualquiera que sea el sujeto activo del mismo, siempre que, conocido por el empresario, éste no hubiera adoptado las medidas necesarias para impedirlo». El art. 40 LISOS establece las sanciones —que sólo cabe imponer al empresario—, que consisten en multa, «en su grado mínimo, de 6.251 a 25.000 euros; en su grado medio de 25.001 a 100.005 euros; y en su grado máximo de 100.006 euros a 187.515 euros»; todas esas cuantías se duplican en caso de reincidencia (art. 41 LISOS).

⁴²⁵ Este precepto considera agravante cometer el delito por razones de orientación sexual.

⁴²⁶ Vid. STSJ de Madrid de 12-12-2006 (recurso 4848/2006).

⁴²⁷ Vid. STSJ de Cataluña de 19-1-2006 (recurso 6253/2005).

orientación sexual. No obstante, esa condición podría resultar determinante tanto para el acceso al trabajo, como, eventualmente, para la extinción del contrato cuando el interés empresarial exija, precisamente, una determinada orientación sexual del trabajador.

Determinadas empresas de tendencia podrían constituir un claro ejemplo, y en particular aquellas con una ideología que defienda la heterosexualidad⁴²⁸. En este sentido, un colegio religioso católico podría condicionar la contratación —aunque un sector doctrinal, con base en la jurisprudencia constitucional, parece decantarse por la ilicitud de la indagación sobre elementos que forman parte de la esfera personal del trabajador durante el proceso de selección, limitando las facultades del empleador a la reacción frente a ataques al ideario⁴²⁹—, o en su caso podría decidir la extinción del contrato —despido objetivo por causas organizativas—, en función de la orientación sexual del trabajador. No conviene olvidar que la jurisprudencia constitucional ha advertido que «en los centros docentes privados donde estén establecidos los profesores están obligados a respetar el ideario educativo propio del centro»⁴³⁰. Podría argüirse, en sentido contrario, que un despido por orientación sexual incurriría, y de hecho encaja perfectamente, en conducta discriminatoria, máxime cuando el propio TC ha recordado que «la simple disconformidad de un profesor respecto al ideario del centro no puede ser causa de despido si no se ha exteriorizado o puesto de manifiesto en alguna de las actividades educativas del centro»⁴³¹, de modo que la orientación sexual no explicitada en el contexto educativo no legitimaría una reacción empresarial.

Sin embargo, debe traerse a colación la doctrina sentada por el propio TC en las SSTC 38/2007, de 15 de febrero⁴³², y 128/2007, de 4 de junio, relativas en principio a los profesores de religión en

⁴²⁸ En contra, C. CHACARTEGUI JÁVEGA, "La tutela de la discriminación por la orientación sexual del trabajador en el ordenamiento comunitario", en AA.VV., *La Igualdad ante la Ley y la no discriminación en las relaciones laborales*, MTAS, Madrid, 2005, pág. 551.

⁴²⁹ Vid. T. SALA FRANCO, "El derecho a la intimidad y a la propia imagen y las nuevas tecnologías de control laboral", en E. BORRAJO DACRUZ (Dir.), *Trabajo y libertades públicas*, La Ley, Madrid, 1999, pág. 208, quien matiza que «cabe no obstante dudar de lo anterior en el caso de notorias actitudes contrarias al ideario mantenidas por el candidato». Admite la indagación en la vida privada durante el proceso de selección, pero con cautelas, J.L. GÓÑI SEIN, *El respeto a la esfera privada del trabajador*, Civitas, Madrid, 1988, pp. 71 y ss.

⁴³⁰ Cfr. STC 47/1985, de 27 de marzo, que a continuación añade que «para que el despido por motivos de carácter ideológico fuese lícito habría que demostrar que hubo no sólo disconformidad, sino fricciones, contra los criterios del centro, consistentes en actos concretos de la profesora y en una actividad contraria (o al menos no ajustada) al ideario».

⁴³¹ Cfr. STC 106/1996, de 12 de junio, que diferencia entre actividades «ideológicas» y «neutras» a estos efectos, de modo que no cabe sanción frente a la discrepancia manifestada por un auxiliar de clínica de un hospital privado, puesto que realiza «una actividad exclusivamente de carácter técnico sanitario, cuyas obligaciones laborales venían determinadas en su contrato laboral en atención a esa categoría profesional. Por tanto, no cabe desconocer que su actividad laboral no guardaba una relación directa con el ideario de la entidad titular del centro hospitalario. Y si el carácter de esa actividad claramente excluye que pueda ser equiparada a la que desarrolla un docente en una escuela privada, la consecuencia obligada es que no son trasladables al trabajador que en la empresa cumple funciones meramente neutras en relación con la ideología de su empresario las limitaciones que el ideario del centro, en el sentido antes indicado, pueden imponer a un profesor en el ejercicio de sus libertades».

⁴³² Sentencia a la que se remiten las posteriores SSTC 89/2007 y 90/2007, ambas de 19 de abril.

centros públicos, pero con una vocación más general en algunos aspectos, que pueden predicarse sin dificultad de cualesquiera labores ideológicas en empresas de tendencia. El TC aclara que no solamente es legítima la reacción empresarial frente a ataques directos y expresos al ideario, sino que es exigible una determinada conducta personal —inclusive extralaboral— compatible con el mismo.

En este sentido, el TC recuerda que «también ha de corresponder a las confesiones la competencia para el juicio sobre la idoneidad de las personas que hayan de impartir la enseñanza de su respectivo credo. Un juicio que la Constitución permite que no se limite a la estricta consideración de los conocimientos dogmáticos o de las aptitudes pedagógicas del personal docente, siendo también posible que se extienda a los extremos de la propia conducta en la medida en que el testimonio personal constituya para la comunidad religiosa un componente definitorio de su credo, hasta el punto de ser determinante de la aptitud o cualificación para la docencia, entendida en último término, sobre todo, como vía e instrumento para la trasmisión de determinados valores. Una trasmisión que encuentra en el ejemplo y el testimonio personales un instrumento que las Iglesias pueden legítimamente estimar irrenunciable».

Más allá de las empresas de tendencia, el interés comercial o empresarial puede justificar también una limitación por razón de orientación sexual, aunque en este caso la restricción nunca puede perjudicar a la persona homosexual. En este sentido, no se aprecia, o es difícil imaginar, una actividad o servicio exclusivamente dirigido a heterosexuales que no suponga una discriminación directa, y por tanto prohibida; no cabría, por tanto, establecer limitaciones a la contratación por orientación sexual, ni otras medidas restrictivas, máxime cuando el art. 17.1 ET califica como «nulos y sin efecto los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos⁴³³, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que contengan discriminaciones directas o indirectas desfavorables por razón de [...] orientación sexual». A la postre, y como ha advertido la STC 41/2006, de 13 de febrero, apoyándose en la jurisprudencia del TEDH⁴³⁴ y en el Derecho Comunitario (art. 13 TCE, Carta de los Derechos Fundamentales de la UE y numerosas directivas⁴³⁵), la «orientación homosexual, si bien no aparece expresamente mencionada en el art. 14 CE

⁴³³ Sobre la equiparación de parejas de hecho heterosexuales y homosexuales en relación con beneficios derivados de la negociación colectiva, vid. SSTSJ de Madrid de 19-6 y 16-7-2002 (recursos 1272/2002 y 552/2002).

⁴³⁴ Vid. SSTEDH Salgueiro Da Silva Mouta vs. Portugal, de 21-12-1999, L. y V. vs. Austria, de 9-1-2003, SL vs. Austria, de 9-1-2003, o Karner vs. Austria, de 24-7-2003, B.B. vs. Reino Unido, de 10-2-2004, *Woditschka y Willing vs. Austria*, de 21-10-2004; Ladner vs. Austria, de 3-2-2005, Wolfmeyer vs. Austria, de 26-5-2005, y H.G y G.B. vs. Austria, de 2-6-2005.

⁴³⁵ A saber: Directiva 2005/71/CE del Consejo, de 12 de octubre de 2005, relativa a un procedimiento específico de admisión de nacionales de terceros países a efectos de investigación científica; Directiva 2004/114/CE del Consejo, de 13 de diciembre de 2004, relativa a los requisitos de admisión de los nacionales de terceros países a efectos de estudios, intercambio de alumnos, prácticas no remuneradas o servicios de voluntariado; Directiva 2004/83/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida; Directiva 2004/81/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa a la expedición de un permiso de residencia a nacionales de terceros países que sean víctimas de la trata de seres humanos o hayan sido objeto de

como uno de los concretos supuestos en que queda prohibido un trato discriminatorio, es indubitablemente una circunstancia incluida en la cláusula “cualquier otra condición o circunstancia personal o social” a la que debe ser referida la interdicción de la discriminación»⁴³⁶.

Sin embargo, tal dificultad no se presenta a la inversa, pues ciertos locales o negocios (*v.gr.*, bares de copas) están dirigidos a un público mayoritariamente homosexual, y en tal caso, y precisamente para crear una determinada imagen y consolidar el negocio, resulta plenamente legítimo condicionar la contratación en puestos de cara al público —camareros, principalmente— a la condición de homosexual del candidato. El derecho a la intimidad debe ceder en tales casos frente al interés empresarial, como se advirtió en el capítulo anterior.

Más incierta resulta la extinción del contrato por razón de orientación sexual en estos supuestos. Es claro que con carácter general toda extinción basada en esa causa, o con indicios —que necesariamente deben existir⁴³⁷— no destruidos⁴³⁸, como se ha encargado de precisar la STC 41/2006, de

una acción de ayuda a la inmigración ilegal, que cooperen con las autoridades competentes; Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración; Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar; y Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000.

⁴³⁶ El TC añade a continuación: «conclusión a la que se llega a partir, por un lado, de la constatación de que la orientación homosexual comparte con el resto de los supuestos mencionados en el art. 14 CE el hecho de ser una diferencia históricamente muy arraigada y que ha situado a los homosexuales, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, en posiciones desventajosas y contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10.1 CE, por los profundos prejuicios arraigados normativa y socialmente contra esta minoría; y, por otro, del examen de la normativa que, *ex art.* 10.2 CE, debe servir de fuente interpretativa del art. 14 CE».

⁴³⁷ «Ciertamente no aparece, ni del relato fáctico, ni de la fundamentación jurídica de la resolución impugnada, prueba alguna de la orientación sexual del trabajador, como tampoco de que la misma fuera manifiesta ni de que, no siéndolo, la empresa la hubiera descubierto en un determinado momento, ni que, habiendo sucedido esta revelación haya cambiado efectivamente la actitud den entorno empresarial hacia el actor, no habiendo indicio alguno en autos al respecto, basándose el Magistrado a quo exclusivamente en la declaración del Coordinador del programa de información y atención a homosexuales y transexuales que se limita a testificar lo que el actor le comunicó en una fecha indeterminada, lo cual nada prueba, al ser una mera manifestación no constatada por su interlocutor, debiéndose haber presentado al menos indicios de ese cambio de actitud acontecidos en el seno de la empresa, bien mediante la prueba de la alegada discriminación a la hora de subirle el sueldo, bien respecto de otras conductas que pudiera haberse tenido en cuenta y, si bien es cierto, que pudiera resultar difícil obtener testimonios que avalen su tesis, no es menos cierto que si estaba a su alcance la aportación de sus nóminas y las de sus compañeros, requiriendo a la empresa, a través del Juzgado al efecto, no habiendo, en fin, aportado a los autos indicio alguno de la pretendida discriminación, cuando debió y pudo hacerlo, por lo que no puede invertirse la carga de la prueba y obligar a la empresa a que acredite la no discriminación, por lo que el recurso ha de prosperar en cuanto a su petición subsidiaria, declarándose la improcedencia del despido»; cfr. STSJ de Madrid de 15-6-2004 (recurso 1237/2004).

⁴³⁸ A modo de ejemplo, el despido se califica como procedente si se prueban «irregularidades a la hora de hacer los ingresos de las recaudaciones en el banco» de la suficiente gravedad»; vid. STSJ de Madrid de 29-6-2007 (recurso 2252/2007). Por su parte, la STSJ de Cataluña de 29-11-2004 (recurso 4953/2004) califica como improcedente el despido de un trabajador homosexual durante una situación de IT, puesto que la empresa ya había despedido a más trabajadores —no homosexuales— en las mismas circunstancias, y no constaba que la orientación sexual hubiera sido ni siquiera una causa mediata de la decisión.

13 de febrero⁴³⁹, es nula —y no sólo en el marco de la relación laboral, sino también de la funcional, inclusive en las Fuerzas Armadas⁴⁴⁰—, pero la conclusión no puede extrapolarse automáticamente a las empresas de tendencia o a aquellas donde el interés comercial o empresarial haga recomendable la contratación de un trabajador homosexual. La licitud de la extinción del contrato del empleado con funciones ideológicas en una empresa de tendencia cuando se descubra que su orientación sexual es incompatible con el ideario —despido objetivo, como se dijo, por razones organizativas— parece avalada por la jurisprudencia constitucional relativa a los profesores de religión.

En cuanto al segundo supuesto, el control sobre la legitimidad del interés comercial o empresarial siempre debe ser riguroso cuando colisione con derechos de los trabajadores, pero aunque resulta evidente que deben extremarse las cautelas una vez vigente el contrato, es cierto que en las fases de selección y reclutamiento las facultades del empleador son más amplias⁴⁴¹. Un cambio de política empresarial mediante el que se decida la contratación de personal exclusivamente homosexual —sólo legitimado para puestos de cara al público, en principio— debe justificarse con mucho rigor, pero la prueba debe ser concluyente cuando supone la extinción del contrato de un trabajador heterosexual. Si tal prueba existe (normalmente basada en preferencias de la clientela), el despido objetivo habrá de ser calificado como procedente. Cuestión distinta es que el trabajador heterosexual, conocedor de la política empresarial, fingiese su homosexualidad para ser contratado; en tal caso el contrato podría ser nulo ante la existencia de un vicio del consentimiento⁴⁴².

2. La incidencia de la transexualidad en la relación de trabajo

Como es sabido, la transexualidad ha planteado desde hace décadas problemas jurídicos de notable envergadura, como los relacionados con la capacidad matrimonial de los transexuales. La prohibición del matrimonio homosexual conducía también a la negación del *ius connubii* al transexual que pretendía contraer matrimonio con una persona de su mismo sexo biológico. Los principios de igualdad y no discriminación fundamentaron sentencias del TJCE⁴⁴³ y del TEDH⁴⁴⁴ favorables a la

⁴³⁹ Los hechos probados constataban una «relación conflictiva entre el trabajador y su superior, motivada por la orientación homosexual de aquél. En efecto, el relato de hechos de las resoluciones judiciales declara probados los comportamientos despectivos del superior del trabajador respecto de su orientación homosexual, así como la existencia de una organización y distribución del trabajo que le perjudicaba, sobrecargando sus obligaciones».

⁴⁴⁰ Vid. SSTEDH Lustig-Preaux y Beckett vs. Reino Unido, de 27-9-1999, y Perkins y R. vs. Reino Unido, de 22-10-2002.

⁴⁴¹ Vid. M.F. MIALON, *Les pouvoirs de l'employeur*, LGDJ, París, 1996, pp. 68 y ss.

⁴⁴² VI.8.

⁴⁴³ Vid. STJCE Richards (de 27-4-2006, asunto C423/04).

⁴⁴⁴ Vid. A.J. ADRIÁN ARNAIZ, *La Sentencia K.B. del TJCE de 7 de enero de 2004: un paso fundamental para la perspectiva de la ciudadanía europea y la construcción de una Europa social*, Información Laboral (Jurisprudencia), nº 10, 2005, pp. 3 y ss.; C. SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, *Coordenadas de la protección social de los migrantes: el marco comunitario, nacional y del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Laborum, Murcia, 2005, pp. 54 y ss.; X.M. CARRIL VÁZQUEZ, "El matrimonio como «presupuesto» del derecho a la pensión de viudedad en la jurisprudencia del TJCE", en E. BORRAJO DACRUZ (Dir.), *Nueva sociedad y Derecho del Trabajo*, La Ley, Madrid, 2004, pp. 39 y ss.

equiparación de derechos tras el cambio de sexo, y, por extensión, al matrimonio entre un transexual y una persona de su mismo sexo biológico⁴⁴⁵, doctrina que fue acogida por la STS (Civil) de 6-9-2002⁴⁴⁶ para superar el tradicional criterio cromosómico.

El último paso fue dado por la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, cuyo art. 1 reconoce que «toda persona de nacionalidad española, mayor de edad y con capacidad suficiente para ello, podrá solicitar la rectificación de la mención registral del sexo», así como que «la rectificación del sexo conllevará el cambio del nombre propio de la persona, a efectos de que no resulte discordante con su sexo registral». Desde luego, la rectificación presupone el cumplimiento de una serie de requisitos (establecidos en el art. 4 Ley 3/2007)⁴⁴⁷, entre los que no se exige la cirugía de reasignación sexual⁴⁴⁸, aunque sí un tratamiento médico, salvo que «concurran razones de salud o edad que imposibiliten su seguimiento y se aporte certificación médica de tal circunstancia».

Desde la perspectiva jurídico-laboral (y prescindiendo por tanto de la función pública, y en particular del acceso a las Fuerzas Armadas, donde se ha convertido *de facto* en causa —no parece que legítima— de exclusión⁴⁴⁹), la transexualidad no debería repercutir en modo alguno en el contexto de la relación de trabajo, y resulta complejo encontrar razones que justifiquen un trato diferente —y peyorativo— por esa circunstancia; solamente en situaciones extraordinarias y excepcionales podría

⁴⁴⁵ Vid. STJCE K.B v. National Health Service Pensions Agency de 7-1-2004 (asunto C-117/2001) y SSTEDH Christine Goodwin v. Reino Unido de 11-7-2002, I. v. Reino Unido, de la misma fecha, y Van Kück v. Alemania de 12-9-2003. En sentencias anteriores sobre la situación de los transexuales, las decisiones del TEDH, y los votos particulares que las acompañan, demuestran las dificultades a las que se ha tenido que enfrentar el Tribunal: vid. STEDH Sheffield y Horsham v. Reino Unido, de 30-7-1998, B. v. Francia, de 25-3-1992 y Rees v. Reino Unido, de 17-10-1986.

⁴⁴⁶ Recurso de casación 247/1997.

⁴⁴⁷ A saber: «a) Que le ha sido diagnosticada disforia de género. La acreditación del cumplimiento de este requisito se realizará mediante informe de médico o psicólogo clínico, colegiados en España o cuyos títulos hayan sido reconocidos u homologados en España, y que deberá hacer referencia: 1. A la existencia de disonancia entre el sexo morfológico o género fisiológico inicialmente inscrito y la identidad de género sentida por el solicitante o sexo psicossocial, así como la estabilidad y persistencia de esta disonancia. 2. A la ausencia de trastornos de personalidad que pudieran influir, de forma determinante, en la existencia de la disonancia reseñada en el punto anterior. b) Que ha sido tratada médicamente durante al menos dos años para acomodar sus características físicas a las correspondientes al sexo reclamado. La acreditación del cumplimiento de este requisito se efectuará mediante informe del médico colegiado bajo cuya dirección se haya realizado el tratamiento o, en su defecto, mediante informe de un médico forense especializado. 2. No será necesario para la concesión de la rectificación registral de la mención del sexo de una persona que el tratamiento médico haya incluido cirugía de reasignación sexual. Los tratamientos médicos a los que se refiere la letra b) del apartado anterior no serán un requisito necesario para la concesión de la rectificación registral cuando concurran razones de salud o edad que imposibiliten su seguimiento y se aporte certificación médica de tal circunstancia».

⁴⁴⁸ «La persona que, mediante informe de médico colegiado o certificado del médico del Registro Civil, acredite haber sido sometida a cirugía de reasignación sexual con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley, quedará exonerada de acreditar los requisitos previstos por el artículo 4.1»; cfr. DT Única Ley 3/2007.

⁴⁴⁹ Vid. <http://www.elmundo.es/elmundo/2008/07/07/espana/1215394239.html>.

admitirse que el interés empresarial justifica la contratación o la extinción del contrato en atención a la condición de transexual (*v.gr.*, campaña publicitaria en la que el modelo deba transmitir una acentuada imagen de feminidad o masculinidad). Como ha señalado la doctrina, «una cosa es que no se pueda casar el transexual con persona de su mismo sexo biológico, pese a la “reasignación” de sexo contrario, y otra cosa distinta es que se pueda despedir al transexual que tiene un sexo “reassignado” distinto del biológico»⁴⁵⁰.

La transexualidad, desde esta perspectiva, podría constituir una causa autónoma de discriminación —«identidad sexual»⁴⁵¹— que se encuadrara en la cláusula abierta del art. 14 CE («cualquier otra condición o circunstancia personal o social»), porque sería un *tertium genus*, a medio camino entre la discriminación por razón de sexo y la discriminación por orientación sexual (esta última tampoco mencionada explícitamente en dicho art. 14 CE).

Desde luego, deben traerse a colación nuevamente la neutralidad de la conducta empresarial en relación con las distintas opciones personales y el deber de vigilancia frente a eventuales situaciones de acoso o que puedan perjudicar la integridad física o psíquica de sus trabajadores en el contexto laboral. Ante una situación de esa índole, el empresario puede —y debe— tomar medidas disciplinarias frente al acosador, como se desprende de la STSJ de Canarias de 16-5-2002⁴⁵², relativa a un docente de un curso de formación profesional ocupacional para reclusos que dirigía comentarios ofensivos a uno de los asistentes, que era transexual. El despido decidido por el empleador, el Organismo Autónomo Trabajo y Prestaciones Penitenciarias, basado en la transgresión de la buena fe contractual, así como en el abuso de confianza, fue declarado procedente por el tribunal.

Desde similar óptica, y como es lógico, cuando los tribunales han debido pronunciarse acerca de la calificación de un despido motivado por la condición de transexual del trabajador no han tenido dudas para declarar su nulidad, sin que las alegaciones genéricas de la empresa relativas al perjuicio a la imagen de la compañía derivado de la transexualidad del empleado fueran admitidas⁴⁵³. Tal posición no solamente es defendida por los tribunales españoles, sino que el TJCE ha advertido que «cuando una persona es despedida por tener intención de someterse o haberse sometido a una operación de cambio de sexo, recibe un trato desfavorable frente a las personas del sexo al que se consideraba que pertenecía antes de la citada operación»; el propio Tribunal de Luxemburgo añade que «tolerar tal discriminación supondría atentar contra el respeto a la dignidad y la libertad a que esa persona tiene derecho y que el Tribunal de Justicia debe proteger»⁴⁵⁴.

⁴⁵⁰ Cfr. M. ALONSO OLEA, *El despido de un transexual*, REDT, nº 87, 1998, pp. 18-19.

⁴⁵¹ Cfr. Y. CANO GALÁN, “Discusión en torno a la aplicación del principio de igualdad a los transexuales”, en AA.VV., *La Igualdad ante la Ley y la no discriminación en las relaciones laborales*, MTAS, Madrid, 2005, pp. 431 y ss.

⁴⁵² Recurso de suplicación 951/2001.

⁴⁵³ Vid. STSJ de Cataluña de 19-1-2006 (recurso de suplicación 6953/2005).

⁴⁵⁴ Cfr. STJCE P. y S. (de 30-4-1996, asunto C-13/94).

La neutralidad o indiferencia que debe mostrar el empleador puede encontrar una dificultad adicional, cual es la de identificar el régimen jurídico aplicable a un transexual cuando las normas o ciertos beneficios distinguen en función del sexo. Ya se ha advertido que tales diferencias pueden resultar determinantes a efectos de contratación (*v.gr.*, altura)⁴⁵⁵, o de la aplicación de beneficios ligados a programas de fomento del empleo, e incluso habría de valorarse la eventual entrada en juego de las medidas dirigidas a víctimas de violencia de género⁴⁵⁶ o de discriminación positiva.

La seguridad jurídica exige precisar el momento en el que jurídicamente el cambio de sexo tiene efectos, pues la apariencia física no puede ser suficiente. El art. 5 Ley 3/2007 resulta definitivo, por cuanto dispone, en su apartado 1, que «la resolución que acuerde la rectificación de la mención registral del sexo tendrá efectos constitutivos a partir de su inscripción en el Registro Civil», y a continuación aclara, en su apartado 2, que «la rectificación registral permitirá a la persona ejercer todos los derechos inherentes a su nueva condición». Lógicamente, y a tenor del apartado 3 del mismo precepto, «el cambio de sexo y nombre acordado no alterará la titularidad de los derechos y obligaciones jurídicas que pudieran corresponder a la persona con anterioridad a la inscripción del cambio registral».

Por consiguiente, tras la rectificación registral el transexual habrá cambiado su sexo a todos los efectos, y tanto el ordenamiento jurídico como el empresario deben proporcionar un tratamiento acorde a tal condición. Ello supone que si el transexual, tras el cambio de sexo, es un varón, le serán de aplicación los requisitos de acceso al empleo o las bonificaciones o reducciones de cuotas de Seguridad Social dirigidas a hombres, no podrá acceder a las medidas tuitivas a favor de las víctimas de violencia de género (y podrá ser agresor en los términos de la LO 1/2004), y, en general, le será de aplicación el régimen jurídico previsto para los hombres. No cabe, en este punto, el espiguelo, es decir, la elección de las medidas que resulten más favorables a la condición de hombre y a la de mujer, porque la transexualidad, desde la perspectiva del ordenamiento, no es una situación híbrida, sino un pleno cambio de sexo que no permite elegir los derechos y obligaciones más favorables, sino los que correspondan a la identidad sexual.

En el mismo sentido, quien se convierte en mujer tendrá los derechos y obligaciones laborales aparejados a tal condición, cuando exista diferencia por razón de género. A esta interpretación coadyuva la jurisprudencia tanto del TJCE⁴⁵⁷ como del TEDH⁴⁵⁸, que han reconocido que los transexuales que cambian su sexo convirtiéndose en mujer pueden acceder a la pensión de jubilación a una edad más reducida que los varones, cuando el sistema de Seguridad Social en cuestión fija edades diferentes por razón de sexo.

⁴⁵⁵ **IV.2.**

⁴⁵⁶ Vid. LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

⁴⁵⁷ Vid. STJCE Richards (de 27-4-2006, asunto C423/04).

⁴⁵⁸ Vid. STEDH Christine Goodwin vs. Reino Unido de 11-7-2002.

No obstante esta conclusión, que parece obvia, la práctica ha demostrado que es necesaria cierta flexibilidad, máxime cuando personas que originariamente eran mujeres y tras el pertinente cambio de sexo se han convertido en varones deciden iniciar un embarazo biológico⁴⁵⁹. Esta situación, que constituye una evidente anomalía, exige una respuesta particular del ordenamiento, de modo que el transexual varón deba ser considerado mujer a los exclusivos efectos de la maternidad y lactancia una vez que se encuentra en período de gestación.

En cambio, la capacidad potencial para la procreación de un transexual varón no parece que obligue al empresario a prever un eventual embarazo, de modo que difícilmente se le podrá imputar responsabilidad —porque tampoco parece surgir ninguna obligación— ante la imprevisión de tal circunstancia a efectos, por ejemplo, de la prevención de riesgos laborales. Únicamente si conociera las pretensiones del transexual le sería exigible una actuación en este sentido, porque resulta evidente que en el contexto actual la maternidad es un bien jurídico cuya tutela excede del mero interés empresarial. Ahora bien, el empleador tiene un interés legítimo en conocer el embarazo tan pronto como sea posible, pues el deber empresarial de proteger a sus trabajadores frente a los riesgos laborales se intensifica en relación con los empleados especialmente sensibles (art. 26 LPRL).

⁴⁵⁹ Así ha sucedido en EEUU, donde un transexual —que había nacido mujer— decidió procrear sometiéndose a un proceso de inseminación artificial, pues su compañera sentimental no podía quedarse embarazada; la noticia puede consultarse en las siguientes direcciones: http://www.elpais.com/articulo/sociedad/transexual/varon/logra/quedarse/embarazado/EE/UU/elpepusoc/20080326elpepusoc_13/Tes; también, <http://www.elmundo.es/elmundosalud/2008/03/26/medicina/1206561500.html>.

VIII. PODER DE DIRECCIÓN EMPRESARIAL Y CIRCUNSTANCIAS O CARACTERÍSTICAS PERSONALES

Prescindiendo del sexo, respecto del que únicamente se admiten diferencias —objetivas, razonables y justificadas— relacionadas estrictamente con hechos biológicos que exigen un trato distinto —maternidad—, y de la nacionalidad, donde el empleador sólo está legitimado para dispensar un trato diferente en supuestos muy tasados —restricciones de acceso a determinados puestos en los que se ejercen potestades públicas, límite máximo de extracomunitarios para participar en competiciones deportivas o prohibición de contratación en ausencia de la autorización administrativa para trabajar—, otros factores o condiciones personales pueden motivar decisiones empresariales que afecten a los trabajadores que presentan tales características. Algunas de ellas, como la edad o la raza —y el parentesco, que ha planteado problemas⁴⁶⁰, e incluso indirectamente ha sido considerado como causa de discriminación⁴⁶¹—, son consustanciales e inherentes a la persona del trabajador (y no pertenecen en puridad a la esfera personal), pero otras —como la enfermedad o la falta de higiene personal— son coyunturales y en ellas incide un elemento volitivo, y por tanto su protección transita por vías diferentes. Respecto de las primeras, el principio de no discriminación juega con toda su intensidad, porque el elemento peyorativo para un colectivo perfectamente determinado es evidente, mientras que en relación con las circunstancias coyunturales el poder de dirección empresarial cuenta con un radio de acción más amplio.

1. La etnia como factor de modulación de las facultades empresariales

El ordenamiento laboral prohíbe toda diferencia de trato no justificada por razón de origen racial o étnico (art. 17 ET), al considerar que una distinción basada en esas circunstancias conduce a la discriminación, que en muchos casos se agudiza por la combinación del origen con la nacionalidad,

⁴⁶⁰ Vid. STSJ de Cantabria de 7-3-2002 (recurso de suplicación 330/2001), que declara legítima una preferencia de empleo para «hijos y hermanos de trabajadores fijos» porque «constituye incentivo y acicate para los jóvenes de la zona siempre que sean hijos o hermanos de otros trabajadores de la empresa que redundará en protección de la plantilla, de la empresa y de la comarca en que está instalada todo llevado a cabo dentro de la libertad de la empresa y sin alterar el principio de igualdad».

⁴⁶¹ Vid. STJCE Coleman (de 17-7-2008, asunto C303/06), en relación con una trabajadora madre de un hijo discapacitado que había sido perjudicada en su relación de trabajo (cambio de puesto tras la reincorporación posterior al descanso por maternidad, denegación de reducción de jornada, comentarios despectivos, etc.), contexto en el que dimitió, aunque solicitó judicialmente la calificación de despido por acoso. La sentencia considera que la tutela que el ordenamiento comunitario proporciona frente a la discriminación por razón de discapacidad ampara no sólo al trabajador discapacitado, sino también al trabajador no minusválido que sufre un trato peyorativo por dispensar cuidados a una persona con discapacidad.

como ha puesto de manifiesto la OIT⁴⁶². El propio TC ha advertido que la diferencia basada en el origen racial o étnico es un «criterio sospechoso», que tiene «carácter odioso y de perversión jurídica contrario tanto al art. 14 de la Constitución española como al art. 14 del Convenio europeo de derechos humanos»⁴⁶³. Aunque habitualmente se citen agrupadas, porque algunos rasgos son comunes y la protección del art. 14 CE se extiende a ambas⁴⁶⁴, conviene distinguir entre raza y etnia, conceptos «imprecisos y ambiguos»⁴⁶⁵, en la medida que las razas difieren en atención a una serie de rasgos de carácter biológico, mientras que la etnia distingue a una comunidad de personas en virtud de ciertas prácticas culturales⁴⁶⁶.

Desde esa perspectiva, la raza no forma parte de la esfera personal del individuo, pues es una circunstancia inherente a su condición de ser humano, sobre la que el propio trabajador no puede disponer, ni el empresario limitar en ejercicio de su poder de dirección. La etnia, aunque participa de algunos rasgos similares, se vincula a una manifestación cultural, y por tanto a la pertenencia a un determinado grupo o colectivo.

Las diferencias de trato que perjudican a las minorías (raciales o étnicas) constituyen una discriminación, porque se basan en un prejuicio hacia una determinada colectividad, pero es menester plantearse si el empresario puede fundamentar la contratación, o en su caso la extinción del contrato, en el origen étnico del trabajador, y la respuesta no siempre puede ser negativa. Evidentemente, y como regla general, debe reiterarse que la diferencia que se asienta en el prejuicio por origen racial o étnico ha de conducir a la declaración de nulidad de la decisión peyorativa por discriminatoria.

Sin embargo, el interés empresarial o comercial puede justificar la contratación de personas de un determinado origen (sea étnico o racial), como sucede, por ejemplo, en el sector de la hostelería.

⁴⁶² «La intensificación de las migraciones por motivos laborales y los sentimientos de ansiedad que éstas han generado en las sociedades de acogida han atizado el racismo en todo el mundo. Las expresiones de hostilidad contra los trabajadores migrantes y contra los trabajadores, nacionales o no nacionales, de origen extranjero se han generalizado en muchos países»; cfr. OIT, *La igualdad en el trabajo: afrontar los retos que se plantean*, Ginebra, 2007, pág. 26. Puede consultarse en la página web de la propia OIT: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/-/dgreports/-/dcomm/-/webdev/documents/publication/wcms_082609.pdf.

⁴⁶³ Cfr. 69/2007, de 16 de abril, si bien el tribunal concluye que es compatible con el texto constitucional que el matrimonio celebrado por el rito gitano no sea uno de los enlaces que permiten acceder a la pensión de viudedad. Un comentario a esta sentencia por I.A. RODRÍGUEZ CARDO, *Forma matrimonial y pensión de viudedad: en particular, el matrimonio por el rito gitano*, Aranzadi Constitucional, nº 16, 2008, pp. 13 y ss.

⁴⁶⁴ Vid. M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER y M.F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, *Igualdad y no discriminación*, Tecnos, Madrid, 1986, pp. 184-186.

⁴⁶⁵ Vid. A. ÁLVAREZ DEL CUVILLO, "Géneros o categorías humanas y discriminación racial en el trabajo", en AA.VV., *La igualdad ante la Ley y la no discriminación en las relaciones laborales*, MTAS, Madrid, 2005, pág. 97.

⁴⁶⁶ Vid. A. GIDDENS, *Sociología*, Cuarta Edición, Alianza Editorial, Madrid, 2005, pp. 319 y ss.

Los denominados restaurantes étnicos —y en general los negocios destinados a promocionar la cultura de un determinado país en el extranjero, regidos por oriundos de ese Estado que conforman lo que se ha dado en llamar «empresariado étnico»⁴⁶⁷ o «negocio étnico»⁴⁶⁸— se caracterizan no sólo por ofrecer productos típicos de otros países, sino porque su personal de atención al público pertenece mayoritariamente o completamente a la etnia o raza correspondiente. Aunque en puridad no sería necesaria esa coincidencia, sí parece conveniente, pues de ella depende en buena medida la confianza de los clientes en relación con el respeto a las costumbres autóctonas en la elaboración de los productos; y se justifica de ese modo que la situación nacional de empleo no juegue con tanto rigor a efectos de que el extranjero obtenga una autorización de trabajo⁴⁶⁹.

Difícilmente se puede considerar discriminatoria esta política empresarial, pues ni existe un colectivo especialmente perjudicado (no es admisible la apreciación de discriminación ante una exclusión que no resulta peyorativa para un colectivo concreto e identificable, pues no es suficiente la exclusión de «todos los demás»), ni se enmarca en un contexto verdaderamente discriminatorio. En este sentido, el legítimo interés empresarial (*legitimate business interest*) puede convertirse en una excepción a la aplicación de la normativa antidiscriminatoria, como se ha puesto de manifiesto en Estados Unidos al clarificar el alcance del Título VII de la *Civil Rights Act*⁴⁷⁰, la norma básica de tutela frente a este tipo de decisiones empresariales⁴⁷¹.

⁴⁶⁷ Vid. A. ARJONA, *Empresariado étnico en España*, publicado en el siguiente sitio web: http://www.cidob.org/es/content/download/4582/46021/file/07_arjona.pdf.

⁴⁶⁸ Vid. AA.VV., *El negocio étnico en la ciudad de Barcelona: el caso de los locutorios en el barrio de Ciutat Vella*, disponible para su consulta en la siguiente dirección web: <http://www.cexeci.org/IX%20CONFIBSIG/Comunicaciones/turismo.%20estudios%20sociales%20y%20geomarketing/serra.%20p2.pdf>.

⁴⁶⁹ «Sin embargo, como se expone en la demanda, y ya se indicaba en la memoria descriptiva de las características de la empresa y perfil del puesto de trabajo, el puesto de trabajo de cocinero lo era para un restaurante especializado en comida paquistaní, y por ello es importante que el cocinero conozca tal cocina así como las especias usadas. Dadas las específicas características de la comida paquistaní, ciertamente alejada de las costumbres culinarias españolas, el dato de que existan solicitantes de empleo como cocineros en la provincia de Alicante, incluso en la propia localidad de Denia, no sería suficiente para denegar el permiso de trabajo solicitado, pues evidentemente un cocinero que desconozca el modo de preparar los platos propios de la cocina paquistaní no cubriría las necesidades de la empresa»; cfr. STS (Cont-Adv.) de 8-7-2003 (recurso de casación 6268/1999). En el mismo sentido, vid. SSTS (Cont-Adv.) de 20-3-2003 (recurso de casación 11351/1998), en relación al puesto de cocinero en un restaurante de comida hindú, y de 13-2-2003 (recurso de casación), relativo al puesto de cocinero en un restaurante chino.

⁴⁷⁰ A tenor de ese Título VII «*it shall not be an unlawful employment practice for an employer to hire and employ employees, for an employment agency to classify, or refer for employment any individual, for a labor organization to classify its membership or to classify or refer for employment any individual, or for an employer, labor organization, or joint labor management committee controlling apprenticeship or other training or retraining programs to admit or employ any individual in any such program, on the basis of his religion, sex, or national origin in those certain instances where religion, sex, or national origin is a bona fide occupational qualification reasonably necessary to the normal operation of that particular business or enterprise*»; vid. <http://www.eeoc.gov/policy/vii.html>.

⁴⁷¹ Vid. <http://www.eeoc.gov/types/race.html>.

Al margen de tales supuestos, el empresario debería mostrar indiferencia por el origen étnico de los trabajadores, aunque la OIT ha puesto de manifiesto que tal circunstancia constituye una causa real de discriminación, en particular respecto de la etnia gitana, que «es la principal minoría étnica de Europa, pues cuenta con unos 10 millones de personas, y la desatención que sufre junto con su extremada pobreza es uno de los problemas sociales y de derechos humanos más acuciantes que debe afrontar la Europa en expansión. Esta situación desembocó en la declaración de la Década para la Inclusión Romaní (2005-2015), primera materialización del afán transnacional de cooperación por cambiar la vida de los romaníes en esa región del mundo»⁴⁷².

Las decisiones peyorativas —ya se trate del despido o de cualquier otro perjuicio— basadas en la etnia (o en la raza) deben calificarse como conductas discriminatorias, que no sólo dan lugar a la nulidad de la decisión, sino también en su caso, al derecho a la reparación por daño moral, una vez probada la conducta lesiva⁴⁷³. Por supuesto, la responsabilidad empresarial puede derivar de la tolerancia frente al acoso al que el trabajador perteneciente a la minoría étnica se ve sometido en razón de su origen; si el empresario no adopta las medidas pertinentes para poner fin a tal situación, que incluso pueden consistir en el despido disciplinario de los acosadores por la vía del art. 54.2.g) ET⁴⁷⁴, incurre asimismo en conducta discriminatoria⁴⁷⁵. No en vano, el art. 8 LISOS no se limita a calificar como infracción muy grave las decisiones unilaterales de la empresa que impliquen discriminaciones por razón de origen racial o étnico (apartado 12), sino que también tipifica como infracción muy grave, considerando sujeto activo al empresario, el acoso por razón de origen racial o étnico cuando tenga lugar «dentro del ámbito a que alcanzan las facultades de dirección empresarial, cualquiera que sea el sujeto activo del mismo, siempre que, conocido por el empresario, este no hubiera adoptado las medidas necesarias para impedirlo» (apartado 13).

⁴⁷² Cfr. OIT, *La igualdad en el trabajo: afrontar los retos que se plantean*, Ginebra, 2007, pág. 29. El informe puede consultarse en http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---webdev/documents/publication/wcms_082609.pdf.

⁴⁷³ Vid. R. SENRA BIEDMA, «Las responsabilidades civiles por las extralimitaciones del poder de dirección del empresario», en J. CABEZA PEREIRO, J.F. LOUSADA ROCHENA y M. MOVILLA GARCÍA (Coord.), *Las limitaciones de los poderes empresariales y las responsabilidades por su utilización ilegítima*, Comares, Granada, 2002, pp. 53 y ss.

⁴⁷⁴ Vid. E. RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, «La nueva causa de despido del artículo 54.2.g) ET», en AA.VV., *La Igualdad ante la Ley y la no discriminación en las relaciones laborales*, MTAS, Madrid, 2005, pp. 1145 y ss.

⁴⁷⁵ La STSJ de Canarias/Santa Cruz de Tenerife de 8-9-2006 (recurso de suplicación 317/2006), aunque relativa a la discriminación racial, constituye un claro ejemplo, al advertir que «la tolerancia (al menos, si no llega a autoría) en la colocación de una nota de burla aludiendo a la raza del actor, nota que se mantuvo, durante varios días (dato relevante) en un tablón de anuncios colocado a la salida del despacho del mismo mando intermedio, hechos que el Juzgador obtiene de la probanza testifical (soberano en su valoración «ex» art. 191.b y 194.3 LPL, pese a que diera más credibilidad a testigos que hace años abandonaron la empresa frente a testigos como los representantes de los trabajadores, por lo que las críticas que al respecto formula la empresa en su recurso deben ser repelidas) y estos hechos sí que son imputables a la empresa, tanto por provenir de un mando intermedio, situado además, jerárquica y funcionalmente sobre el actor como por la publicidad o permanencia (varios días) de la nota con alusiones de burla a la raza del trabajador».

En fin, las consideraciones precedentes no deben limitarse exclusivamente a la discriminación por razón de etnia, sino que debe utilizarse una perspectiva más amplia, que proscriba la discriminación por todos los aspectos relacionados con el «origen nacional», pues como se ha puesto de manifiesto en otros países, y en particular en Estados Unidos, el trato peyorativo por origen nacional (*national origin*) se ha extendido desde la etnia a otros factores conexos, como el acento extranjero, la nacionalidad de los antepasados (lo que podría dar lugar a discriminación por apellidos) o incluso el matrimonio con alguien de una determinada nacionalidad⁴⁷⁶. En principio, y salvo que exista una razón empresarial legítima —interpretada restrictivamente desde luego—, las decisiones empresariales peyorativas basadas en ese tipo de causas deben considerarse discriminatorias.

El alcance de las legítimas razones empresariales, por consiguiente, no puede justificar una discriminación directa —ni tampoco indirecta, aunque en este caso es menester aplicar el canon de proporcionalidad y razonabilidad— frente a un colectivo identificable, sean los integrantes de una determinada etnia o raza, sean los nacionales de un Estado, como ha manifestado el TJCE en el caso Feryn⁴⁷⁷, en relación con la negativa de un empresario belga a contratar trabajadores marroquíes para su negocio (instalación de puertas en viviendas privadas) por el recelo de sus clientes hacia las personas de tal nacionalidad, decisión que hizo pública en una entrevista en televisión. Las limitaciones en el empleo que derivan de esta clase de prejuicios encajan indudablemente en el concepto de discriminación directa, como advierte el Tribunal, y como también defendían las conclusiones del Abogado General⁴⁷⁸.

En cualquier caso, resultaría de interés conocer la respuesta del Tribunal si pudiera acreditarse no sólo un mero perjuicio económico, sino también que la viabilidad económica de la empresa, su propia subsistencia, sería imposible, por ausencia de clientes, si sus trabajadores pertenecieran mayoritariamente a una etnia, raza o nacionalidad. En un supuesto como ese, sin lugar a dudas extremo, quizá debería admitirse la medida empresarial —pues el cierre de la empresa no sólo perjudica al empresario, sino también al resto de trabajadores—, pero habría de resultar viable exigir una reparación al Estado, responsable principal de no haber adoptado las medidas necesarias para superar esos prejuicios. A la postre, el empresario merece reproche por las acciones y omisiones derivadas

⁴⁷⁶ Vid. <http://www.eeoc.gov/origin/index.html>.

⁴⁷⁷ De 10-7-2008, asunto C54/07.

⁴⁷⁸ «La alegación del Sr. Feryn de que los clientes están mal dispuestos hacia empleados de determinado origen racial o étnico es totalmente irrelevante para la cuestión de si la Directiva es aplicable. Aunque fuera cierta tal afirmación, sólo ilustraría la idea de que “los mercados no sanarán la discriminación” y de que la intervención normativa es esencial. Además, la adopción de medidas de regulación a nivel comunitario ayuda a resolver un problema de actuación colectiva de los empleadores, al impedir la distorsión de la competencia que —precisamente a causa de ese fracaso del mercado— podría surgir si existieran a nivel nacional diferentes niveles de protección contra la discriminación»; cfr. apartado 18 Conclusiones del Abogado General Sr. M. Poiares Maduro presentadas el 12 de marzo de 2008.

de sus propios prejuicios, pero su responsabilidad debería reducirse cuando el daño es causado por los prejuicios ajenos, en la medida que la decisión de no contratar o prescindir de determinados trabajadores se adopta por razones económicas fundamentadas en el principio de conservación de la empresa, que, en ciertas —y sin duda extraordinarias— circunstancias debe permitir una modulación de los principios de igualdad y no discriminación en el exclusivo ámbito de las decisiones empresariales. Es claro que los trabajadores —marroquíes en este caso— han sido discriminados y tienen derecho a la oportuna reparación, pero la responsabilidad no siempre ha de resultar imputable al empresario, especialmente cuando la decisión peyorativa no responde a un propósito discriminatorio, sino que se configura como último recurso de subsistencia para la empresa.

2. La edad como fuente de distinciones

Al igual que sucede con la raza o el sexo, la edad tampoco pertenece en sentido estricto a la esfera personal, pues no es un elemento sobre el que la persona tenga capacidad de disposición. Sin embargo, parece conveniente efectuar una somera referencia a ella, porque a diferencia de la raza y el sexo —donde en la actualidad la discriminación indirecta parece haber ganado terreno a las discriminaciones directas, mucho menos frecuentes—, la edad es una causa de discriminación que no disfruta de una tutela en grado máximo, de modo que permite una mayor capacidad de decisión —y de distinción— para el empresario⁴⁷⁹.

La perspectiva del poder de dirección obliga a prescindir de las prohibiciones o limitaciones al trabajo de menores (arts. 6 y 7 ET y Decreto de 26 de julio de 1957), y de la licitud de las cláusulas de jubilación forzosa⁴⁸⁰ (compatibles con el Derecho Comunitario, como ha puesto de manifiesto el TJCE⁴⁸¹, pese a que implican «un sacrificio muy directo de bienes personales con vistas a obtener unos resultados un tanto inciertos y que, en todo caso, deberían perseguirse por otros cauces menos incisivos para los derechos individuales»⁴⁸²), pues se trata de restricciones impuestas por los poderes públicos, y no por el empresario en el ejercicio de su poder de dirección⁴⁸³. Es cierto que la extinción del contrato por razón de edad es decisión última del empresario, pero habilitado por la negociación colectiva —legitimada a su vez por disposición legal—, de modo que en su caso habrá que cuestionar la licitud de la cláusula convencional, y de la legislación de la que trae causa, y no el mero acto de aplicación.

⁴⁷⁹ Vid. J. APARICIO TOVAR y A.M. OLMO GASCÓN, *La edad como factor de tratamientos desiguales en el trabajo*, Bomarzo, Albacete, 2007, pp. 29 y ss.

⁴⁸⁰ Vid. A.V. SEMPERE NAVARRO, L. MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE y P. GÓMEZ CABALLERO, *Apuntes sobre la jubilación forzosa*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2006, pp. 19 y ss.

⁴⁸¹ Vid. STJCE Palacios de la Villa (de 16-10-2007, asunto C411/05).

⁴⁸² Cfr. J. GARCÍA MURCIA, "Igualdad y no discriminación en las relaciones laborales", en M.E. CASAS BAAMONDE, F. DURÁN LÓPEZ y J. CRUZ VILLALÓN (Coord.), *Las transformaciones del Derecho del Trabajo en el marco de la Constitución Española*, La Ley, Madrid, 2006, pág. 409.

⁴⁸³ Vid. P. MENÉNDEZ SEBASTIÁN, *Aptitud legal y capacidad en el contrato de trabajo*, CES, Madrid, 2003, pp. 193 y ss.; F. LOZANO LARES, *La regulación del trabajo de menores y jóvenes*, Mergablum, Sevilla, 2000, pp. 122 y ss.

La OIT ha puesto de manifiesto que la edad puede constituir un factor de discriminación en las relaciones de trabajo, y en particular para los jóvenes, cuyos salarios resultan más reducidos y los períodos de prueba más amplios⁴⁸⁴. No obstante, la discriminación en atención a las diferencias laborales por razón de edad no se aprecia tan nítidamente como en otras circunstancias personales expresamente listadas (sexo o raza), porque el legítimo interés patronal que puede justificar el trato distinto concurre con más frecuencia en relación con la edad.

En este sentido, las facultades empresariales se despliegan habitualmente con toda su intensidad en el momento de la contratación, y de ahí las excepciones a la discriminación por edad contenidas en el art. 6 de la Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación⁴⁸⁵. Dicho precepto admite, en primer lugar, «el establecimiento de condiciones especiales de acceso al empleo y a la formación profesional, de empleo y de trabajo, incluidas las condiciones de despido y recomendación, para los jóvenes, los trabajadores de mayor edad y los que tengan personas a su cargo, con vistas a favorecer su inserción profesional o garantizar la protección de dichas personas». En segundo lugar, «el establecimiento de condiciones mínimas en lo que se refiere a la edad, la experiencia profesional o la antigüedad en el trabajo para acceder al empleo o a determinadas ventajas vinculadas al mismo»; y, finalmente, «el establecimiento de una edad máxima para la contratación, que esté basada en los requisitos de formación del puesto en cuestión o en la necesidad de un período de actividad razonable previo a la jubilación».

Las limitaciones por razón de edad resultan especialmente significativas, y también frecuentes, en el acceso al empleo, tanto público como privado. En contra de lo que a primera vista pudiera parecer, las ofertas de empleo dirigidas a colectivos de edades concretas no resultan discriminatorias *per se*, pues debe valorarse la existencia de un interés empresarial legítimo, como pone de manifiesto la STS de 27-12-1999⁴⁸⁶, que debía decidir sobre la licitud de ciertos requisitos que exigía Iberia para la contratación de auxiliares de vuelo, y entre ellos la edad, pues la oferta se dirigía a personas de entre 18 y 25 años.

En la sentencia constaba como hecho probado no discutido que el promedio de edad de la plantilla de auxiliares de vuelo, compuesta por 2.741 trabajadores, se situaba en 41,3 años para los fijos y en 29,2 para los eventuales, de forma que la edad media de la plantilla ascendía a 40,1 años. En

⁴⁸⁴ Vid. OIT, *La igualdad en el trabajo: afrontar los retos que se plantean*, Ginebra, 2007, pp. 42 y ss. El informe puede consultarse en http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/-/dgreports/-/dcomm/-/webdev/documents/publication/wcms_082609.pdf.

⁴⁸⁵ Vid. J. GARCÍA MURCIA y P. MENÉNDEZ SEBASTIÁN, "Marco general para la igualdad de trato", en J. GARCÍA MURCIA (Dir.), *La transposición del Derecho Social Comunitario al ordenamiento español*, MTAS, Madrid, 2005, pp. 156 y ss.

⁴⁸⁶ Rcd. 1959/1999.

ese escenario, la sentencia considera como interés empresarial legítimo el de rejuvenecer la plantilla de auxiliares de vuelo, máxime cuando la actividad que desarrollan «requiere notoriamente unas condiciones psicofísicas especiales, dada la singular naturaleza de la actividad aérea, derivada del medio y condiciones en que se lleva a cabo», en la medida que «las referidas condiciones del trabajo a llevar a cabo, los desplazamientos, los cambios horarios, la atención al pasaje en todas sus facetas, incluso las que se refieren a situaciones de emergencia o catástrofe, hacen que el requisito de edad constituya una distinción objetiva, seria, abstracta y razonable, lo que le priva del carácter discriminatorio».

Es claro que el empresario privado cuenta con un mayor margen de maniobra que la Administración Pública, porque en el empleo público es mayor la fuerza del principio de igualdad de trato, y deben respetarse los principios de mérito y capacidad, pero aun así sería posible establecer distinciones por razón de edad —claramente por ejemplo en el Ejército, donde los prolongados períodos de formación justifican el interés por garantizar una permanencia relativamente extensa—, aunque con muchas cautelas, como advierte la STC 37/2007, de 11 de marzo. Sin embargo, esas más amplias facultades no pueden derivar en una distinción que ocasione un efecto discriminatorio, como sucede con una exclusión general de los mayores de cierta edad por la presunción de su falta de capacidad para el trabajo.

En este sentido, el hecho de que una determinada actividad requiera aptitudes físicas especiales —y sólo ese hecho—, no justifica una exclusión por razón de edad, porque habrá que valorar caso por caso si un trabajador puede o no desempeñar las tareas correspondientes⁴⁸⁷. De lo contrario, la misma presunción que sirve para excluir a los mayores de determinada edad permitiría, por ejemplo, restringir la oferta de empleo a los hombres, por estimar que las mujeres carecerían de la aptitud física necesaria⁴⁸⁸; y es claro que una argumentación de este calibre resulta impertinente en el momento actual.

El interés empresarial legítimo exige una prueba mucho más elaborada, que puede consistir, por ejemplo, en la necesidad de amortización de un período de formación previo, o en una actividad a largo plazo que preferiblemente debe ser desempeñada por un solo trabajador. Por supuesto, el rejuvenecimiento de la plantilla —que era uno de los argumentos de la sentencia citada, y que a estos efectos puede contar con más valor— también podría constituir un interés empresarial legítimo.

⁴⁸⁷ Vid. STSJ de Baleares de 23-6-1997 (AS 2403), que considera discriminatoria una exigencia de edad máxima de cuarenta años para acceder a un puesto de estibador portuario.

⁴⁸⁸ Vid. J.M. GALIANA MORENO y A. CÁMARA BOTÍA, "Igualdad y no discriminación en las relaciones laborales: las decisiones discriminatorias del empresario", en A.V. SEMPERE NAVARRO (Dir.), *El modelo social en la Constitución española de 1978*, MTAS, Madrid, 2003, pp. 339-340.

Como se advirtió en su momento⁴⁸⁹, incluso la línea de negocio, dirigida a la clientela de un determinado perfil, podría justificar limitaciones por razón de edad en la contratación de personas que desarrollan su actividad de cara al público.

3. Poder de dirección y enfermedades de los trabajadores

El padecimiento de una enfermedad es una de las circunstancias personales que pueden contar con una repercusión más directa sobre el normal desarrollo de una relación laboral, pues la enfermedad no sólo motiva la suspensión del contrato, sino que puede requerir adaptaciones para el correcto desempeño de la actividad, e incluso puede dar lugar a la extinción contractual, bien por la imposibilidad de recuperación (incapacidad permanente), bien por la negativa del empleador a continuar asumiendo las dificultades de organización, y en definitiva el exceso de coste, que supone un trabajador con frecuentes procesos de enfermedad que interrumpen su prestación laboral. El legislador ha admitido que las bajas por enfermedad podrían constituir justa causa de despido objetivo, siempre que la ausencia de un trabajador se combine con cierto nivel de absentismo global en la empresa (art. 52.d ET), pero es cada vez más habitual que el empresario decida recurrir a un despido basado exclusivamente en la ausencia reiterada al trabajo, que pese a su eventual calificación de improcedente le resulta más económico que el mantenimiento de la relación laboral.

El despido por enfermedad constituye, por tanto, una práctica que se ha generalizado en los últimos años, y los tribunales han debido dilucidar si ese motivo supone una discriminación prohibida, o si, en cambio, da lugar simplemente a un despido improcedente, pues es claro que, salvo la aludida modalidad de despido objetivo, la decisión empresarial de extinguir el contrato con base en la enfermedad del trabajador, o en las ausencias por enfermedad en mejor expresión, no resulta procedente.

La jurisprudencia ha resultado unánime en este punto, advirtiendo que la enfermedad no es *per se* una causa de discriminación, ni puede equipararse con la discapacidad, de modo que el despido de un trabajador por encontrarse en situación de incapacidad temporal no es nulo, sino improcedente. En este sentido, la enfermedad, genéricamente considerada, no constituye una de las causas de discriminación, ya que estas se caracterizan por derivar de contextos históricos o culturales que dan lugar a un tratamiento peyorativo de determinados colectivos, mientras que la enfermedad es un proceso biológico. Tampoco cabe equiparar al enfermo con el minusválido, porque ni el enfermo es tal, ni la duración de esas situaciones coincide, en la medida que la enfermedad suele ser coyuntural o contingente, una mera alteración de la salud, mientras que la discapacidad suele ser más prolongada y conlleva pérdidas o reducciones anatómicas o funcionales diferentes a las de la mera enfermedad. A la postre, ni la enfermedad provoca necesariamente una discapacidad, ni el discapacitado

⁴⁸⁹ VI.8.

tiene por qué padecer una enfermedad⁴⁹⁰, aunque los puntos de conexión son evidentes, porque las enfermedades psíquicas derivan frecuentemente en discapacidad, y determinadas enfermedades crónicas o degenerativas también podrían dar lugar, por agravación, a una discapacidad.

Esta conclusión no se ve alterada por el Derecho Comunitario, pues la STJCE de 11-7-2006⁴⁹¹ se encargó de aclarar que el «artículo 13 TCE, que menciona la discriminación por motivos de discapacidad, no contempla además la discriminación por motivos de enfermedad en cuanto tal y, por consiguiente, ni siquiera puede constituir el fundamento jurídico de medidas del Consejo destinadas a combatir ese tipo de discriminación». Por consiguiente, «no cabe deducir que el ámbito de aplicación de la Directiva 2000/78 deba ampliarse por analogía a otros tipos de discriminación además de las basadas en los motivos enumerados con carácter exhaustivo en el artículo 1 de la propia Directiva».

La nulidad del despido, por cierto, tampoco podría fundamentarse, en opinión del Tribunal Supremo, en la lesión del derecho a la vida o del derecho a la integridad física (art. 15 CE), ni por supuesto en el derecho a la salud individualmente considerado (art. 43 CE), pues este, por sí mismo, carece de la condición, y de la protección, de los derechos fundamentales, tutela que sólo podría recibir indirectamente mediante su integración en los derechos reconocidos por el art. 15 CE. Del mismo modo, queda excluido como fundamento de nulidad el art. 10 CE, pues en la misma dinámica argumentativa se advierte que la dignidad de la persona no constituye un derecho fundamental susceptible de protección autónoma⁴⁹².

A esa interpretación coadyuvan varias circunstancias, aunque la principal, sin duda, es que el despido de un trabajador en situación de incapacidad temporal no atiende habitualmente a la causa que motiva la baja, que puede no ser una enfermedad, sino un accidente. A la postre, la verdadera motivación del empresario no es prescindir de un trabajador porque está enfermo, sino reducir el coste económico y las dificultades organizativas que el proceso de incapacidad temporal le genera.

En ese escenario, nuestro ordenamiento parece haberse decantado por la irrelevancia constitucional de los despidos derivados del padecimiento de enfermedades, conclusión que requiere ser matizada, como ha puesto de manifiesto la STC 62/2008, de 26 de mayo, que en su FJ 6º admite que la enfermedad podría quedar incluida en la cláusula abierta del art. 14 CE, y por tanto constituir una causa de discriminación, «cuando el factor enfermedad sea tomado en consideración como un ele-

⁴⁹⁰ «Las razones que justifican la tutela legal antidiscriminatoria de los discapacitados en el ámbito de las relaciones de trabajo no concurren en las personas afectadas por enfermedades o dolencias simples. Estos enfermos necesitan curarse lo mejor y a la mayor brevedad posible. Los discapacitados o aquejados de una minusvalía permanente, que constituyen por ello un grupo o colectivo de personas de composición estable, tienen en cambio, como miembros de tal grupo o colectividad, unos objetivos y unas necesidades particulares de integración laboral y social que no se dan en las restantes dolencias o enfermedades»; cfr. SSTS de 18-12-2007 (rcud. 4194/2006) y de 22-1-2008 (rcud. 3995/2006), entre otras.

⁴⁹¹ Caso Chacón Navas, asunto C-13/05.

⁴⁹² Vid. STS de 22-11-2007 (rcud. 3907/2006).

mento de segregación basado en la mera existencia de la enfermedad en sí misma considerada o en la estigmatización como persona enferma de quien la padece, al margen de cualquier consideración que permita poner en relación dicha circunstancia con la aptitud del trabajador para desarrollar el contenido de la prestación laboral objeto del contrato».

En consecuencia, desde esta perspectiva el despido de trabajadores por el padecimiento de enfermedades concretas (SIDA, cáncer, enfermedades venéreas, etc.) es susceptible de la calificación de nulidad, por su carácter discriminatorio, como ha puesto de manifiesto, en relación con el SIDA⁴⁹³, la OIT⁴⁹⁴, y como han reconocido, aunque sea *obiter dicta*, los tribunales españoles⁴⁹⁵. Lógicamente, no es suficiente el padecimiento de esa enfermedad, sino que debe probarse que la medida empresarial responde precisamente a dicha circunstancia⁴⁹⁶.

Tampoco prosperará la alegación de discriminación cuando el despido (por ineptitud sobrevenida) responda a que esa enfermedad ha provocado una reducción de capacidad o una pérdida de la aptitud necesaria para continuar desempeñando el mismo puesto de trabajo⁴⁹⁷; claro está, para ello es menester que la situación psicofísica del sujeto haya sufrido variación —sin que sea exigible el reconocimiento formal de una discapacidad⁴⁹⁸—, pues de lo contrario no cabrá apreciar que la presunta ineptitud es «sobrevenida»⁴⁹⁹. Las enfermedades mentales, desde luego, pueden justificar

⁴⁹³ VI.3.

⁴⁹⁴ «La discriminación en el empleo sigue prevaleciendo en todo el mundo, incluso en los países que hace tiempo instauraron políticas y programas en materia de SIDA. Los casos de discriminación en la contratación son corrientes, especialmente en las fuerzas armadas y en el sector de la salud. Sin embargo, la discriminación en este último sector va mucho más allá de la cuestión de someterse a pruebas. En efecto, también pueden ejercerla los trabajadores de la salud con respecto a otros trabajadores del sector o a los pacientes, y también los empleadores con respecto a los trabajadores. La discriminación reviste diversas formas, como un tratamiento aplazado o inadecuado, el no respeto de la confidencialidad, o conductas contrarias a la ética»; cfr. OIT, *La igualdad en el trabajo: afrontar los retos que se plantean*, Ginebra, 2007, pp. 50 y ss.. El informe puede consultarse en la web de la propia OIT: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---webdev/documents/publication/wcms_082609.pdf.

⁴⁹⁵ «En última instancia, porque la doctrina de referencia permite una interpretación que no lleva necesariamente a la idea de que todo despido de trabajador que se encuentra en situación de baja médica debe declararse nulo. Tal decisión puede corresponder en casos singulares en los que se aprecie unas circunstancias particularmente relevantes a partir de las cuales se deduzca una segregación u otro tipo de circunstancia similar (caso, por ejemplo, de personas afectadas por SIDA): cfr. STSJ de Madrid de 5-11-2007 (recurso de suplicación 3100/2007).

⁴⁹⁶ Vid. STSJ de Valencia de 11-10-2005 (recurso de suplicación 3082/2005), en relación con el despido disciplinario (procedente por la existencia de causa) de un trabajador homosexual portador del virus del VIH.

⁴⁹⁷ Vid. STSJ de Murcia de 16-7-2007 (recurso de suplicación 900/2007), en relación con un vigilante de seguridad que padecía SIDA y que fue declarado no apto para la profesión tras el pertinente examen médico.

⁴⁹⁸ Sobre las diferentes situaciones, vid. R. ESTEBAN LEGARRETA, *Contrato de trabajo y discapacidad*, Ibidem, Madrid, 1999, pp. 452 y ss.

⁴⁹⁹ Vid. STSJ de Cataluña de 8-1-2004 (recurso de suplicación 81/2003), que declara improcedente el despido de un vigilante de seguridad con obesidad mórbida según el informe médico, puesto que ya se encontraba en tales condiciones desde el comienzo de la prestación de servicios, y no se había probado ninguna variación relevante en su estado físico ni en su rendimiento profesional.

extinciones contractuales por esta vía, porque no sólo el rendimiento del trabajador, sino también el de sus propios compañeros, y la armonía y convivencia en el centro de trabajo, pueden verse afectados por las modificaciones de conducta que son frecuentes en quien sufre una enfermedad mental⁵⁰⁰.

Al margen de las decisiones discriminatorias basadas en enfermedades determinadas, nuestro ordenamiento no parece ofrecer una respuesta completamente satisfactoria para los despidos motivados por la delicada salud del trabajador, ya que la calificación de improcedencia no siempre parece acorde con los derechos constitucionales que legítimamente le asisten. Es claro que en la generalidad de los casos un despido basado en el coste económico que al empresario le supone soportar los repetidos procesos de incapacidad temporal de un trabajador carece de entidad constitucional. Sin embargo, el contexto en que dicho despido se produce, y la concreta situación del trabajador, podrían merecer ciertas valoraciones desde la perspectiva de los derechos fundamentales, aunque hasta el momento el Tribunal Constitucional ha rechazado tal interpretación.

En este sentido, la citada STC 62/2008, de 26 de mayo, debía pronunciarse en relación con el despido disciplinario de un trabajador —oficial de primera albañil— al que la empresa acusaba de no haber comunicado que sufría problemas de espalda desde hacía varios años. En concreto, el trabajador, con carácter previo a la celebración del contrato con su último empleador, había disfrutado de varios procesos de incapacidad temporal, e incluso había solicitado la declaración de incapacidad permanente, que le fue denegada. La empresa, a los diez días de la expedición de la primera baja laboral desde que se había celebrado el contrato, extinguió la relación alegando la transgresión de la buena fe contractual porque no había sido informada de los problemas físicos preexistentes. A mayor abundamiento, la empresa advertía que de haber conocido los padecimientos físicos del tra-

⁵⁰⁰ En relación con un trabajador que padecía de esquizofrenia, vid. STSJ del País Vasco de 14-11-2006 (recurso de suplicación 2474/2006), en la que se advierte que «no es necesario exigir a la empresa que pruebe en qué medida el trabajador ha devenido inepto para la actividad laboral en relación a su rendimiento anterior, puesto que es evidente que quien ha perdido profundamente el control de su conducta y de sus facultades mentales, se muestra tanto en el trabajo como fuera del mismo incapaz para realizar con normalidad sus tareas y cumplir las órdenes que reciba por sí mismo y en relación a los demás trabajadores. Y frente a estas apreciaciones no sirve el argumento de que un período de incapacidad temporal pudiera servir para restablecer la normalidad en la mente del trabajador, puesto que la baja del mismo se produjo sólo escasos días antes de que la empresa extinguiera el contrato, siendo lo cierto es que la conducta habitual del demandante incompatible con el trabajo ya venía siendo una realidad desde varios meses atrás sin por ello permanecer de baja transitoria». En cambio, la STSJ del País Vasco de 26-4-2005 (recurso de suplicación 655/2005) declara improcedente un despido que la empresa había basado en la toxicomanía con repercusión laboral, pero la sentencia considera que la disminución del rendimiento se debía a una enfermedad psíquica que provocaba en el afectado un cuadro de insomnio, agitación, disminución de peso y anorexia. Un supuesto similar, también con declaración de improcedencia del despido, resuelve la STSJ de Madrid de 10-4-2004 (recurso de suplicación 5644/2002): se imputaba al trabajador un anormal comportamiento por embriaguez, que el Tribunal considera causado por un trastorno bipolar.

bajador, y los períodos de incapacidad temporal disfrutados en otras empresas del sector, no habría procedido a la contratación (con lo que quizás podría haber tratado de invocar la nulidad del contrato por vicio del consentimiento).

En consecuencia, la extinción del contrato no se debía a los perjuicios económicos que la incapacidad temporal del trabajador conllevaba, sino que tenía como propósito evitar potenciales daños futuros, no probados. La causa de este despido, por consiguiente, es la enfermedad en sí misma, que se estima como un factor de riesgo intolerable para el interés empresarial. La sentencia, en su FJ 7^o, convalida, en cierto modo, la decisión empresarial, pues aunque no niega la improcedencia del despido, entiende que no existe un panorama discriminatorio ni ningún elemento que motive reproche desde una perspectiva constitucional, de modo que es una cuestión de mera legalidad ordinaria.

La doctrina de los tribunales parece cada vez más consolidada en ese sentido, con lo que comienza a aparecer el riesgo de automatizar la respuesta sin atender suficientemente al caso concreto. Si la enfermedad no es causa de discriminación, cada vez parece más factible que las empresas procedan a realizar, con un evidente propósito de optimizar la rentabilidad económica, no sólo exámenes médicos para comprobar si los trabajadores padecen una enfermedad, sino también análisis genéticos para averiguar el riesgo de que las contraigan en el futuro (*v.gr.*, enfermedades cardiovasculares, diabetes, etc.)⁵⁰¹.

Sin perjuicio de las valoraciones que procedan desde la perspectiva del derecho a la intimidad y del consentimiento informado para realizar tales pruebas —y que deben conducir a la conclusión de que el empresario no está legitimado para obtener información por esa vía ni para adoptar ninguna decisión perjudicial con base en tales datos de índole «predictiva y probabilística»⁵⁰², salvo que se demuestre una conexión con la prevención de riesgos laborales⁵⁰³—, no puede olvidarse que el tan

⁵⁰¹ Extensamente, vid. J.J. FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, *Pruebas genéticas en el Derecho del Trabajo*, Civitas, Madrid, 1999, pp. 87 y ss.

⁵⁰² Cfr. S.I. PEDROSA ALQUÉZAR, *La vigilancia de la salud en el ámbito laboral*, CES, Madrid, 2005, pág. 81. En el mismo sentido, A. ARIAS DOMÍNGUEZ y F. RUBIO SÁNCHEZ, *El derecho de los trabajadores a la intimidad*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2006, pp. 118 y ss.; J. SÁNCHEZ MOLERO y P. SOLER MATUTES, *El Derecho del Trabajo ante el proyecto Genoma Humano: obtención, acceso y utilización de la información genética en las relaciones laborales*, RTSS, nº 212, 2000, pp. 38 y ss.

⁵⁰³ Vid. A. ARIAS DOMÍNGUEZ y F. RUBIO SÁNCHEZ, *El derecho de los trabajadores a la intimidad*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2006, pp. 118 y ss.; F.A. FERNÁNDEZ JIMÉNEZ, *La aptitud psico-física como requisito obligatorio para acceder al empleo: retos para los derechos fundamentales y propuestas de reforma*, RTSS (CEF), nº 276, 2006, pp. 32 y ss.

citado último informe de la OIT sobre la igualdad en el empleo ha advertido que las pruebas genéticas —causa incipiente de discriminación según la propia OIT— «pueden conducir fácilmente a despidos improcedentes o a la denegación de empleo. El hecho de que un empleador contrate o no contrate a una persona atendiendo a la propensión que esta tenga a contraer cierta enfermedad, y no a su capacidad para realizar el trabajo, es un acto constitutivo de discriminación⁵⁰⁴. Además, la prueba puede indicar que un individuo podría tener cierta enfermedad, pero no cuándo ni cuán grave podría ser ésta»⁵⁰⁵.

En consecuencia, la enfermedad en sí misma —y no necesariamente una enfermedad concreta— podría tener trascendencia laboral en este tipo de situaciones donde la empresa adopta una decisión contraria a los intereses de un trabajador que la padece —o que es propenso a contraerla—, y no sólo desde la perspectiva de los derechos a la igualdad y a la no discriminación, sino también a partir del derecho a la salud, que está conectado, sin duda, con los derechos a la vida y a la integridad física reconocidos en el art. 15 CE⁵⁰⁶.

Por supuesto, esta clase de interpretaciones requiere un escenario peculiar, caracterizado por cierta excepcionalidad, y en el que se pruebe un tratamiento peyorativo de carácter colectivo para todo trabajador en situación de incapacidad temporal, y no sólo derivada de enfermedad, pues el accidente no laboral podría merecer unas consideraciones análogas. Por consiguiente, si en el contexto de una determinada empresa se probase que los trabajadores (todos ellos, o los de un determinado grupo o categoría), con independencia del coste real que las previas bajas hayan causado a la empresa, son despedidos por el mero hecho comenzar un período de incapacidad temporal, y con ello que los trabajadores se ven compelidos a continuar su actividad laboral en condiciones médicamente no recomendables, con riesgo de agravar su estado de salud, la conducta empresarial —al margen de las eventuales sanciones administrativas o del recargo por incumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales (que sin duda podría imponerse)— no sólo podría incurrir en discriminación —por estado de salud, incluyendo esta circunstancia en la cláusula abierta del art. 14 CE—, sino también en vulneración del derecho a la salud, como componente de los derechos a la integridad física y a la vida reconocidos en el art. 15 CE.

⁵⁰⁴ Una postura más ecléctica mantiene T. SALA FRANCO, "El derecho a la intimidad y a la propia imagen y las nuevas tecnologías de control laboral", en E. BORRAJO DACRUZ (Dir.), *Trabajo y libertades públicas*, La Ley, Madrid, 1999, pp. 212-213.

⁵⁰⁵ Cfr. OIT, *La igualdad en el trabajo: afrontar los retos que se plantean*, Ginebra, 2007, pág. 53 y ss. El informe puede consultarse en: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/—dgreports/—dcomm/—webdev/documents/publication/wcms_082609.pdf.

⁵⁰⁶ Vid. S. GONZÁLEZ ORTEGA, "Derecho a la integridad física y a la prevención de riesgos laborales", en M.E. CASAS BAAMONDE, F. DURÁN LÓPEZ y J. CRUZ VILLALÓN (Coord.), *Las transformaciones del Derecho del Trabajo en el marco de la Constitución Española*, La Ley, Madrid, 2006, pp. 791 y ss.

En última instancia, resulta complejo admitir que en un supuesto como el resuelto por la STC 62/2008, donde el trabajador padece sin duda problemas físicos, pero no está ni incapacitado ni discapacitado, y se declara probado que «el motivo real del cese fueron las bajas médicas del empleado previas a la contratación y su ocultación a la empresa, que hacían que su prestación de trabajo no fuera rentable para la misma» (FJ 3º), de modo que la empresa afirmaba que «de haber conocido dicha circunstancia con anterioridad a la contratación no habría procedido a efectuarla» (FJ 6º) —la exigencia de que el trabajador comunique su estado físico podría resultar incompatible con el derecho a la intimidad, aunque si la condición física fuera impedimento real para el ejercicio de la profesión la ocultación podría conducir a la nulidad—, sea resuelto sobre la base de que el conflicto «no desborda el ámbito de la legalidad» (FJ 4º).

Seguramente la conclusión pueda compartirse —aunque el despido por el daño potencial no probado que a la empresa le puede suponer el problema físico de un trabajador no debería ventilarse sin al menos justificar con mayor detenimiento la ausencia de dimensión constitucional, máxime cuando es presumible que en el examen médico previo a la prestación de servicios el trabajador fuera declarado apto (y si la empresa no detectó la dolencia debe imputársele cierto grado de responsabilidad)—, porque no hay prueba sobre un contexto discriminatorio, ni tratamiento peyorativo para un colectivo, y porque el Tribunal no entra a conocer —por motivos procesales— de la eventual vulneración de los derechos a la vida o a la integridad física. Pero la doctrina que sienta esa sentencia deberá aquilatarse en el futuro, máxime si se generaliza, como así parece que está sucediendo en la práctica a la vista de los cada vez más numerosos litigios que tales situaciones plantean, el despido de cualquier trabajador que acceda a una incapacidad temporal. Prueba de que la respuesta de la sentencia podría requerir matices es la posición tanto del Ministerio Fiscal⁵⁰⁷ como del voto particular⁵⁰⁸, ambos favorables a la apreciación de conducta contraria al art. 14 CE.

⁵⁰⁷ En opinión del Ministerio Fiscal, «se hace preciso distinguir entre la mera enfermedad, como alteración transitoria más o menos grave de la salud y que por lo tanto es susceptible de afectar a lo largo de su vida a cualquier ser humano, de aquel otro concepto que pudiera acaso denominarse como enfermedad avanzada o enfermedad recurrente, en la cual se alcanza un cierto grado de irreversibilidad, ya que la recuperación de la salud no resulta plena y definitiva (dentro de la natural evolución biológica de la vida), o al menos un cierto grado de permanencia en el tiempo. Existiría entonces una categoría intermedia situada entre la simple enfermedad y la discapacidad, caracterizándose ese *tertium genus* como una suerte de disfuncionalidad periódica, con base en una patología facilitadora de la cíclica aparición de la enfermedad, sin que ésta, no obstante, llegue a poseer un carácter definitivamente invalidante».

⁵⁰⁸ «La igualdad es un valor superior del ordenamiento jurídico, consustancial a la definición de Estado social y democrático de Derecho que se consagra en el art. 1.1 CE. En esa concepción del Estado el principio de igualdad no rige sólo en las relaciones verticales, entendidas como aquéllas en las que interviene un poder público, sino también en las relaciones horizontales, entendidas como de particular a particular, si bien la determinación de la intensidad, inmediata o mediata, con la que rige o se irradia dicho principio en las relaciones entre particulares está modulada. En el ámbito del Derecho del trabajo la respuesta a la cuestión enunciada implica establecer una línea divisoria muy delicada entre el principio de autonomía de la voluntad, o de libertad del empresario en sus poderes de dirección y gestión del patrimonio privado que ha destinado a empresa productiva, y la vigencia del mandato/derecho a la igualdad en el ámbito de dicha empresa»; cfr. FJ 4º del voto particular.

4. Falta de aseo o higiene personal de los trabajadores

La falta de aseo o higiene personal, aunque en ocasiones puede ser confundida con la apariencia estética (especialmente cuando el trabajador presenta un aspecto desaliñado), es una situación con entidad propia desde la perspectiva del poder de dirección, y que permite actuar al empresario aunque el trabajador no preste servicios de cara al público, a diferencia del aspecto estético. En este sentido, mientras las limitaciones a la apariencia estética deben fundamentarse en la existencia de un interés comercial o empresarial, la falta de aseo o higiene personal entronca directamente con la buena fe contractual, y está implícita en toda relación contractual, con las matizaciones, obviamente, que necesariamente deben efectuarse respecto de aquellas actividades donde la naturaleza o el lugar de prestación de servicios imposibilitan que el trabajador mantenga una elemental pulcritud⁵⁰⁹.

Desde luego, también merecería consideraciones diversas el incumplimiento de las condiciones de aseo e higiene que el trabajador debe respetar cuando preste servicios en actividades con riesgo, por la exposición a sustancias peligrosas; no obstante, en tales casos no se genera un conflicto entre el poder de dirección y la esfera personal, sino que se produce el incumplimiento de obligaciones que tienen su origen en preceptos legales, de forma que entra en juego la normativa de prevención de riesgos, y el contexto difiere radicalmente. Y en un sentido análogo, la falta de aseo resulta de por sí una conducta grave cuando se manejan alimentos, por el riesgo a la salud de terceros que tal conducta genera, como se advirtió en un capítulo precedente en relación con la indumentaria⁵¹⁰.

Al margen de estos últimos supuestos, la falta de aseo o higiene personal constituye una transgresión de la buena fe contractual, por tratarse de una elemental norma de convivencia. Por ello, la actuación del empleador es, sustancialmente, disciplinaria, razón que explica que la falta de aseo o limpieza personal se tipifique frecuentemente en los convenios colectivos, normalmente como infracción leve⁵¹¹, aunque si tiene lugar de forma reiterada, y especialmente si motiva quejas de los compañeros de trabajo o de los clientes, la gravedad aumenta⁵¹²; no obstante, en ocasiones, e incluso

⁵⁰⁹ «Una cosa es la propia forma de vestir y de ser y otra muy distinta descuidar el aspecto exterior y la limpieza exigibles en quien ha de trabajar y convivir con otras personas»; cfr. STCT DE 10-5-1988 (Ar. 3641).

⁵¹⁰ III.6.

⁵¹¹ Vid. art. 60 Convenio colectivo estatal para la fabricación de helados, para el período 2007-2008; art. 10 Convenio colectivo estatal de artes gráficas, manipulados de papel, manipulados de cartón, editoriales e industrias auxiliares; art. 57 V Convenio colectivo marco estatal de servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal; art. 52 V Convenio colectivo estatal de empresas de trabajo temporal.

⁵¹² Vid. art. 27 XV Convenio colectivo nacional de empresas de ingeniería y oficinas de estudios técnicos; art. 36 Convenio Colectivo marco para los establecimientos financieros de crédito; art. 61 XV Convenio colectivo de la industria química; art. 31 Convenio Colectivo Estatal de Estaciones de Servicio; arts. 68 y 70 Convenio colectivo estatal del sector de *Contact Center*; art. 22 Convenio colectivo estatal de pastas, papel y cartón; arts. 60 y 61 VI Convenio colectivo estatal de elaboradores de productos cocinados para su venta a domicilio.

en actividades de cara al público, la infracción grave requiere previa advertencia o sanción⁵¹³. Algún convenio colectivo, por cierto, supedita la sanción a que la falta de limpieza y aseo personal «pueda afectar al proceso productivo e imagen de la empresa»⁵¹⁴. En consecuencia, y en su formulación más amplia, la negociación colectiva permite sancionar «la falta de aseo y limpieza personal cuando sea de tal índole que afecte al normal desarrollo del trabajo, a la imagen de la empresa, o produzca queja justificada y reiterada de los compañeros» o de terceros⁵¹⁵. Desde esa perspectiva, en actividades que no se desarrollan de cara al público y se realizan en solitario la mera falta de aseo o higiene no parece teóricamente sancionable —no se encuentra un perjuicio de suficiente entidad—, aunque en la práctica resulta difícil imaginar que esa desatención de las pautas básicas de limpieza no genere incomodidad en el supervisor, encargado o en el propio empresario.

En cualquier caso, resulta evidente que una sanción por estas circunstancias requiere la pertinente prueba, de modo que no bastan las alegaciones de falta de higiene o desaliño, puesto que son imputaciones genéricas que dificultan la defensa del trabajador y por eso motivan la declaración de improcedencia del despido⁵¹⁶. En todo caso, si tales pruebas —que pueden consistir, por ejemplo, en declaraciones de los compañeros de trabajo— se presentan, y la falta de aseo o limpieza es reiterada, no es necesario que se concreten las fechas «porque se trataría de una falta continuada que, desde luego, de ser cierta, crea un grave malestar a quienes han de compartir el espacio vital en el puesto de trabajo, perjudicando incluso la integridad física y moral de los trabajadores que han de soportar la falta de higiene de un compañero y que tiene una gran importancia en la convivencia social y en el rendimiento»⁵¹⁷. La sanción, por supuesto, ha de ser proporcional a la falta, y la reincidencia, como se ha dicho, juega un rol decisivo para dilucidar si procede o no el despido disciplinario.

Obviamente, la falta de aseo o higiene personal no puede presumirse, y, en consecuencia, resulta incompatible con los principios de igualdad y no discriminación consagrados en el art. 14 CE una decisión empresarial que limite la contratación a personas de un determinado sexo o de una determinada raza porque otros colectivos son más propensos a la sudoración o tienen un olor corporal más fuerte, como en ocasiones ha sucedido en algunos sectores (*v.gr.*, hostelería).

⁵¹³ Art. 38 III Acuerdo laboral de ámbito estatal para el sector de hostelería; art. 17 Acuerdo Estatal del Sector del Metal.

⁵¹⁴ Arts. 56 y 57 Convenio colectivo interprovincial de las empresas minoristas de droguerías, herboristerías, ortopedias y perfumerías; arts. 62 y 64 Convenio colectivo de Grandes Almacenes.

⁵¹⁵ Cfr. art. 63 Convenio colectivo de ámbito estatal del sector de mediación en seguros privados.

⁵¹⁶ Vid. STSJ de Madrid de 18-10-2005 (recurso de suplicación 3032/2005).

⁵¹⁷ Cfr. STSJ de Madrid de 28-3-2007 (recurso de suplicación 6023/2006).

IX. CONSIDERACIONES FINALES

El reconocimiento de los derechos fundamentales a las personas en general, y el mantenimiento de su titularidad y de la posibilidad de su ejercicio también en el marco de la relación de trabajo, no supone, paradójicamente, que el trabajador cuente con las suficientes garantías como para evitar las injerencias empresariales en ámbitos que en principio corresponden a su esfera personal. Desde la otra perspectiva, el poder de dirección, y la propia libertad de empresa, atribuyen al empresario ciertas facultades que le permiten limitar o mediatizar conductas de los trabajadores que, en principio, no interfieren directamente en la ejecución de la actividad.

Por consiguiente, la realidad demuestra que la esfera personal colisiona más a menudo de lo deseable con las pretensiones empresariales, y es menester encontrar un adecuado equilibrio entre los diversos intereses en juego. En el contexto actual, y pese a que «España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho» (art. 1 CE), es claro que la esfera personal del trabajador no puede prevalecer en todo caso sobre los intereses empresariales, por muchos motivos. Incluso los derechos fundamentales carecen de fuerza absoluta, pues aunque despliegan una tutela de intensidad máxima en su vertiente pasiva (defensa frente a ataques ilegítimos externos), resultan bastante más limitados en cuanto a su dimensión activa (ejercicio del derecho fundamental que implica un cambio en conductas de terceros). Mientras en la primera situación el titular del derecho fundamental debe contar con una protección prácticamente plena para ver respetado el contenido esencial, en el segundo escenario quien provoca la colisión con otros derechos o expectativas es el propio titular del derecho fundamental, y por ello la valoración requiere tomar en consideración otra serie de factores.

No obstante, la condición de trabajador obliga a matizar esta aproximación inicial. En la medida que los intereses empresariales podrían llegar a justificar decisiones en atención a la conducta extralaboral del trabajador, a sus creencias religiosas o a su estado civil, por ejemplo, parece claro que la vertiente pasiva de los derechos fundamentales —de la intimidad fundamentalmente— no protege completamente de intromisiones externas. Con todo, la dimensión activa de los derechos fundamentales es la que provoca los mayores puntos de fricción, en la medida que el ejercicio de las facultades que en principio corresponden al trabajador colisionan a menudo con los intereses empresariales.

No cabe defender, desde luego, ni el alcance absoluto de los derechos del trabajador —fundamentales o no—, ni la prevalencia de los intereses empresariales en todo caso, sino que es menester encontrar un adecuado equilibrio, operación compleja en el contexto actual, donde los derechos fundamentales han alcanzado un notable nivel de reconocimiento y desarrollo, pero en el que las con-

diciones de vida de los ciudadanos están vinculadas a la situación económica. Comoquiera que la globalización y la libre competencia provocan graves dificultades de subsistencia para las empresas de determinados sectores, es probable que la mejor forma de proteger a las personas consista en mejorar las condiciones de trabajo y de acceso al empleo, y para ello la buena marcha de las empresas es fundamental. En esa coyuntura, el sacrificio de determinadas parcelas que deberían estar tuteladas bajo el manto protector de los derechos fundamentales se torna en un mal necesario para la conservación del empleo.

Desde esa perspectiva, el interés comercial y el más general interés empresarial son dos argumentos recurrentes para limitar la esfera personal del trabajador (y pueden condicionar la posibilidad de dedicarse a otras actividades profesionales, aunque es claro que el pluriempleo y la pluriactividad pertenecen a la esfera profesional, y no exactamente a la personal)⁵¹⁸. Mientras que el interés empresarial puede llegar a constituir una alegación vaga y genérica, y requiere en todo caso concreción y prueba fehaciente del eventual perjuicio, el interés comercial resulta más fácilmente visible, y suele traducirse en un daño para la imagen de la empresa o de uno de los productos o servicios que ofrece.

Por consiguiente, la intromisión en la esfera personal del trabajador sólo puede justificarse si concurre algún interés —empresarial y/o comercial— legítimo, que se manifiesta no sólo en un perjuicio económico directo, sino también potencial, y no se relaciona exclusivamente con la pérdida de clientes o usuarios, ni estrictamente con las opiniones de estos o con la voluntad de promocionar un producto o servicio, sino que puede estar basado en la convivencia interna dentro de la empresa.

Más allá de reglas o pautas generales, la realidad demuestra que los límites a las facultades empresariales en este ámbito resultan difusos, porque el interés empresarial colisiona con derechos de distinto signo —algunos fundamentales y otros no—, y la afectación a tales derechos no siempre se produce con la misma intensidad, lo que obliga a aproximaciones cautelosas por la heterogeneidad propia de la casuística.

Ciertamente, la amplitud de los poderes empresariales está en directa relación con la extensión de los conceptos de «interés empresarial» o «interés comercial». Cuanto más amplios sean estos, más reducida será la esfera personal inviolable que el trabajador puede mantener en el contexto de la relación de trabajo, y viceversa. El tipo de derecho afectado resultará también determinante para dilucidar la legitimidad de la decisión empresarial, que en todo caso requiere prueba fehaciente que justifique que la medida adoptada —o que pretende adoptarse— responde a un propósito objetivo y razonable, y que resulta proporcionada para alcanzar dicha finalidad.

⁵¹⁸ Vid. STS de 15-7-1986, que declara incompatible la actividad de croupier en un casino con la dirección de una agencia de detectives (Ar. 4144).

Las dificultades se agudizan en función de la clase de empleador, y en particular cuando el interés empresarial está basado en un ideario, que se defiende y promociona a través de la actividad desarrollada. Las empresas de tendencia constituyen, por tanto, una anomalía, y han recibido por ello una respuesta jurisprudencial peculiar, que admite una injerencia de grado máximo en la esfera personal del trabajador. Precisamente por ello, tal tipo de empleador debe considerarse como una excepción, porque la fiduciariadad no es consustancial a la relación de trabajo —no cabe exigir un deber de fidelidad, entendido rigurosamente, más allá de lo que se deriva del principio de buena fe⁵¹⁹, ya que tal concepción derivaría en una situación de empleo a voluntad (*employment at will*) propia del ordenamiento estadounidense⁵²⁰—, y de ahí que sea menester una interpretación restrictiva en dos vertientes diversas. En primer lugar, deberían determinarse fehacientemente las clases de empresas de tendencia que existen en nuestro ordenamiento, elaborando, con carácter de *numerus clausus*, un catálogo de actividades susceptibles de posicionamiento ideológico. En segundo lugar, también resulta imprescindible delimitar —adoptando una exégesis estricta— el radio de acción de los poderes empresariales, máxime cuando la intromisión en la esfera privada —y extra-laboral— del individuo cada vez tiene lugar con mayor frecuencia, y los medios utilizados para ello son más invasivos, gracias, en parte, al avance de la tecnología.

Conviene recordar, a estos efectos, que la modalización de los derechos fundamentales no puede implicar que éstos se vean privados de su contenido esencial, pues, en palabras de la STC 88/1985, de 19 de julio, «las manifestaciones de "feudalismo industrial" repugnan al Estado social y democrático de Derecho y a los valores superiores de libertad, justicia e igualdad a través de los cuales ese Estado toma forma y se realiza».

A todos esos factores cabe añadir el grado de tolerancia empresarial, muy distinto en función del contexto, y que da lugar a escenarios diferentes, e incluso antagónicos. Por un lado, los poderes empresariales pueden contar con una finalidad profiláctica, en la medida que uno de los objetivos fundamentales consista en la prevención —evitación— de ciertas conductas por parte de los trabajadores, reduciendo el margen de libertad; ello supondría en teoría la limitación máxima de la esfera personal por colisión con los intereses empresariales. Por otro, no es extraño que en tanto se garanticen ciertos estándares de productividad el empresario actúe con amplia permisividad en relación con facetas relativas a la esfera personal, aunque se manifiesten en el contexto del trabajo.

Mientras en el primer supuesto la intromisión en la esfera personal del trabajador podría considerarse ilegítima, especialmente si no se prueba el interés empresarial o comercial que justifica las limita-

⁵¹⁹ Vid. A. MARTÍN VALVERDE, "Ideologías jurídicas y contrato de trabajo", en AA.VV., *Ideologías jurídicas y relaciones de trabajo*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1978, pp. 92 y ss.; L. GAETA, "La dignidad del trabajador y las "perturbaciones" de la innovación", en J. APARICIO TOVAR y A. BAYLOS GRAU, *Autoridad y democracia en la empresa*, Trotta, Madrid, 1992, pp. 72-74; S. GONZÁLEZ ORTEGA, *La fidelidad a la empresa como obligación del trabajador: sentido y alcance en el marco de la relación laboral*, RPS, nº 118, 1978, pp. 247 y ss.

⁵²⁰ Vid. Y. CANO GALÁN, *El despido libre y sus límites en el derecho norteamericano*, CES, Madrid, 2000, pp. 71 y ss.

ciones a los derechos de los trabajadores, en el segundo la cuestión se traslada a los requisitos y consecuencias de una eventual modificación de la política empresarial. En efecto, el interés empresarial legítimo permite adoptar decisiones que reduzcan el margen de tolerancia, y por tanto también las manifestaciones de la esfera personal en el lugar de trabajo. En todo caso, no sólo es menester la mera voluntad empresarial y la concurrencia de tal interés, sino que la eventual imposición de sanciones ha de venir precedida de una advertencia fehaciente a los trabajadores sobre el cambio de política empresarial. Conviene poner de manifiesto, no obstante, que los tribunales están admitiendo la licitud de sancionar en estos supuestos de reconsideración de la tolerancia empresarial, y utilizan ese dato —la tolerancia previa— con el único objetivo de graduar la sanción impuesta, que no puede elevarse hasta el grado máximo, y por tanto no justifica el despido disciplinario.

En suma, la pluralidad de intereses en juego y la heterogeneidad de las situaciones que pueden acontecer en la práctica aconsejan prescindir de soluciones absolutistas y valorar caso por caso todos los elementos que confluyen, pues resulta inviable ofrecer una respuesta universal cuando cada situación cuenta con matices muy particulares, y el contexto puede predeterminar la solución (*v.gr.*, relación laboral especial de empleados de hogar, donde las presuntas intromisiones en la esfera personal deben valorarse desde una perspectiva muy diferente a la ordinaria). Los tribunales, inevitablemente, tienen la misión de ofrecer una respuesta lo más aquilatada posible que, respetando los derechos del trabajador —máxime si cuentan con la protección constitucional otorgada a los derechos fundamentales—, valore también la entidad del interés empresarial o comercial que justifica una determinada medida restrictiva.

A la postre, y en aras de la consecución de un adecuado equilibrio, debe concederse un significativo valor al principio de conservación de la empresa, pues la mayor garantía de estabilidad en el empleo para el trabajador es que la empresa subsista; y ciertas concepciones que otorgan un valor cuasi absoluto a los derechos fundamentales, y en particular a los principios de igualdad y no discriminación, ponen en grave riesgo la continuidad de determinadas actividades empresariales, sometidas a los rigores de la competencia, cada vez mayor y más global.

Comoquiera que resulta utópico no admitir las necesarias modulaciones derivadas del nuevo contexto socioeconómico, y que no puede descansar exclusivamente sobre el empresario la responsabilidad de efectuar todos los ajustes pertinentes valorando hasta el último extremo las repercusiones que pueden producirse en la esfera personal de los trabajadores, los poderes públicos han de asumir un papel activo de promoción, orientación, vigilancia y control para garantizar que en ese nuevo escenario, donde la competencia está exigiendo paulatinamente sacrificios en los derechos laborales, se mantenga el equilibrio —ya precario— de intereses entre el empleador y sus trabajadores. Una actuación del legislador en ese sentido, de producirse, facilitaría la eliminación de incertidumbres y permitiría precisar con mucha mayor exactitud —aunque siempre subsistirán zonas grises— los límites respectivos del poder de dirección empresarial y del derecho del trabajador a manifestar y desarrollar actitudes, comportamientos y formas de pensar correspondientes, en principio, a su esfera personal.

BIBLIOGRAFÍA

AA.VV., *El negocio étnico en la ciudad de Barcelona: el caso de los locutorios en el barrio de Ciutat Vella*, <http://www.cexeci.org/IX%20CONFIBSIG/Comunicaciones/turismo,%20estudios%20sociales%20y%20geomarketing/serra.%20p2.pdf>.

ABARCA JUNCO (Dir.), A.P., *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Segunda Edición, UNED, Madrid, 2004.

ADRIÁN ARNAIZ, A.J., *La Sentencia K.B. del TJCE de 7 de enero de 2004: un paso fundamental para la perspectiva de la ciudadanía europea y la construcción de una Europa social*, Información Laboral (Jurisprudencia), nº 10, 2005.

AGRA VIFORCOS, B., *El derecho del trabajador a la libre determinación de su aspecto externo. La propia imagen en sentido positivo*, RTSS (CEF), nº 275, 2006.

AGUT GARCÍA, C., "Las facultades empresariales de vigilancia y control sobre útiles y herramientas de trabajo y otros efectos de la empresa", en J.I. GARCÍA NINET (Dir.), *El control empresarial*, CISS, Valencia, 2005.

ALENDÁ SALINAS, M., "Poligamia musulmana y unión de hecho", en AA.VV., J.M. MARTINELL y M.T. ARECES PIÑOL (Ed.), *Uniones de hecho*, Universidad de Lérida, Lérida, 1998.

ALONSO OLEA, M., *Jurisprudencia constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social. Tomo III (1985)*, Civitas, Madrid, 1986.

ALONSO OLEA, M., "Contrato de trabajo y prácticas religiosas. El descanso dominical según la tradición del país", en M. ALONSO OLEA, *Jurisprudencia constitucional sobre trabajo y seguridad social*, Tomo III (1985), Civitas, Madrid, 1986.

ALONSO OLEA, M., *El despido de un transexual*, REDT, nº 87, 1998.

ÁLVAREZ ALONSO, D., *Despido discriminatorio por razón de orientación sexual*, Aranzadi Constitucional, nº 10, 2006.

ÁLVAREZ ALONSO, D., y ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A., *Nuevas reflexiones sobre la noción de discriminación y la eficacia de la tutela antidiscriminatoria*, REDT, nº 132, 2006.

ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A., "Géneros o categorías humanas y discriminación racial en el trabajo", en AA.VV., *La Igualdad ante la Ley y la no discriminación en las relaciones laborales*, MTAS, Madrid, 2005.

ANCEL, B, y LEQUETTE, Y., *Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, Tercera Edición, Dalloz, 1998.

ANTONMATTEI, P.H., *NTIC et vie personnelle au travail*, Droit Social, nº 1, 2002.

APARICIO TOVAR, J., "Relación de trabajo y libertad de pensamiento en las empresas ideológicas", en AA.VV., *Lecciones de Derecho del Trabajo en homenaje a los profesores Bayón Chacón y Del Peso y Calvo*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1980.

APARICIO TOVAR, J., "Empresas ideológicas y derechos fundamentales del trabajador", en J. APARICIO TOVAR y A. BAYLOS GRAU, *Autoridad y democracia en la empresa*, Trotta, Madrid, 1992.

APARICIO TOVAR, J., y OLMO GASCÓN, A.M., *La edad como factor de tratamientos desiguales en el trabajo*, Bomarzo, Albacete, 2007.

ARAGÓN REYES, M., "El contenido esencial del derecho constitucional a la libertad de empresa", en F. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL (Dir.), *Libertad de empresa y relaciones laborales en España*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 2005.

ARGÜELLES BLANCO, A.R., MARTÍNEZ MORENO, C., y MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P., *Igualdad de oportunidades y responsabilidades familiares*, CES, Madrid, 2004.

ARIAS DOMÍNGUEZ, A., y RUBIO SÁNCHEZ, F., *El derecho de los trabajadores a la intimidad*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2006.

ARJONA, A., *Empresariado étnico en España*, http://www.cidob.org/es/content/download/4582/46021/file/07_arjona.pdf.

AUVERGNON, P., *Poder de dirección y respeto a la persona asalariada*, RL, nº 19-20, 2005.

DÍAZ AZNARTE, M.T., *Acción protectora de la Seguridad Social por muerte y supervivencia*, Bosch, Barcelona, 2003.

BALLESTER PASTOR, I., *Facultades de control empresarial sobre el aspecto exterior del trabajador: límites a la expresión del derecho a su propia imagen en el desarrollo de la prestación laboral*, Tribuna Social, nº 169, 2005.

BARRIOS BAUDOR, G.L., y JIMÉNEZ-AYBAR, I., *La conciliación entre la vida laboral y la práctica de la religión musulmana en España*, RTSS (CEF), nº 274, 2006.

BAYLOS GRAU, A.P., "En torno al Estatuto de los Trabajadores: la prohibición de inquirir sobre la ideología, creencias y vida privada del trabajador", en AA.VV., *Lecciones de Derecho del Trabajo en homenaje a los profesores Bayón Chacón y Del Peso y Calvo*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1980.

BAYLOS GRAU, A.P., *Algunas consideraciones sobre la embriaguez como causa de despido*, RPS, nº 129, 1981.

BAYLOS GRAU, A.P., "La autotutela del trabajador frente a las extralimitaciones del poder de dirección del empresario", en J. CABEZA PEREIRO, J.F. LOUSADA ROCHENA y M. MOVILLA GARCÍA (Coord.), *Las limitaciones de los poderes empresariales y las responsabilidades por su utilización ilegítima*, Comares, Granada, 2002

BENEYTO CALABUIG, D., *Incidencia de la Ley Antitabaco en las empresas*, RTSS (CEF), nº 275, 2006.

BENLLOCH SANZ, P., *¿Trabajadores del sexo? En torno al carácter laboral de la actividad de «alterne»*, AS, nº 17, 2004.

BLASCO PELLICER, A. "El deber empresarial de vigilancia de la salud y el derecho a la intimidad del trabajador", en E. BORRAJO DACRUZ (Dir.), *Trabajo y libertades públicas*, La Ley, Madrid, 1999.

BLAT GIMENO, F.R., *Relaciones laborales en empresas ideológicas*, MTSS, Madrid, 1986.

BORRAJO DACRUZ, E., *Derechos fundamentales y relación de trabajo: casos judiciales significativos*, AL, nº 3, 2004.

BOU VIDAL, M., *El contrato de trabajo de las mujeres*, Bosch, Barcelona, 1962.

BURGOS GINER, M.A., "Facultades empresariales de control en la fase de acceso al empleo y formalización del contrato de trabajo", en J.I. GARCÍA NINET (Dir.), *El control empresarial*, CISS, Valencia, 2005.

CAMAS RODA, F., *La influencia del correo electrónico y de internet en el ámbito de las relaciones laborales*, RTSS (CEF), nº 224, 2001.

CALVO CARAVACA, A.L., y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (Dir.), *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Cuarta Edición, Comares, Granada, 2003.

CALVO GALLEGO, F.J., *Contrato de trabajo y libertad ideológica*, CES, Madrid, 1995.

CÁMARA BOTÍA, A., *Poder del empresario y prohibición de discriminación en el empleo*, RMTAS, nº 33, 2001

CANO GALÁN, Y., *El despido libre y sus límites en el derecho norteamericano*, CES, Madrid, 2000.

CANO GALÁN, Y., "Discusión en torno a la aplicación del principio de igualdad a los transexuales", en AA.VV., *La Igualdad ante la Ley y la no discriminación en las relaciones laborales*, MTAS, Madrid, 2005.

CARDENAL CARRO, M., *Desdramatizando el uso de internet en el trabajo*, AS, nº 15, 2001.

CARDONA RUBERT, B., *Datos sanitarios y relación laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.

CARDONA RUBERT, B., *Informática y contrato de trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., "Matrimonio y parejas de hecho", en A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho de familia internacional*, Colex, Madrid, 2003.

CARRIL VÁZQUEZ, X.M., "El matrimonio como «presupuesto» del derecho a la pensión de viudedad en la jurisprudencia del TJCE", en E. BORRAJO DACRUZ (Dir.), *Nueva sociedad y Derecho del Trabajo*, La Ley, Madrid, 2004.

CASTRO ARGÜELLES, M.A., *El régimen disciplinario en la empresa. Infracciones y sanciones laborales*, Aranzadi, Pamplona, 1993.

CASTRO ARGÜELLES, M.A., *Normas internacionales y norma constitucional. A propósito del trabajo de la mujer en las minas*, REDT, nº 63, 1994.

CHACARTEGUI JÁVEGA, C., *El principio de no discriminación por razón de orientación sexual del trabajador*, Lex Nova, Valladolid, 2001.

CHACARTEGUI JÁVEGA, C., "La tutela de la discriminación por la orientación sexual del trabajador en el ordenamiento comunitario", en AA.VV., *La Igualdad ante la Ley y la no discriminación en las relaciones laborales*, MTAS, Madrid, 2005.

CHACARTEGUI JÁVEGA, C., "La pensión de viudedad ante la diversidad social y la sociedad multicultural: la poligamia y las parejas del mismo sexo como supuestos paradigmáticos", en J. LÓPEZ LÓPEZ y C. CHACARTEGUI JÁVEGA (Coord.), *Las últimas reformas (2004) y el futuro de la Seguridad Social*, Bomarzo, Albacete, 2005.

CLEOFÉ SÁNCHEZ, D., "Régimen Especial de Empleados del Hogar", en AA.VV., *Diecisiete Lecciones sobre regímenes especiales de la Seguridad Social*, Universidad de Madrid, Madrid, 1972.

DE ELENA Y PEÑA, J., y GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, L., "La gestión de recursos humanos ante la diversidad", en J. DE ELENA Y PEÑA (Ed.), *Desigualdad social y relaciones de trabajo*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2004.

DE NO VÁZQUEZ, M.F., *Poligamia y pensión de viudedad*, AL, Tomo II, 2004.

DE SOUSA MACEDO, P., *Poder disciplinar patronal*, Livraria Almedina, Coimbra, 1990.

DE VICENTE PACHÉS, F., *El derecho del trabajador al respeto de su intimidad*, CES, Madrid, 1998.

DE VICENTE PACHÉS, F., "Las facultades empresariales de vigilancia y control en las relaciones de trabajo: concepto y fundamento. Una primera aproximación a las diversas formas de control empresarial", en J.I. GARCÍA NINET (Dir.), *El control empresarial*, CISS, Valencia, 2005.

DEL REY GUANTER, S., *Derechos fundamentales de la persona y contrato de trabajo: notas para una teoría general*, RL, Tomo I, 1995.

DEL REY GUANTER, S., "Los límites del control por el empresario en el centro de trabajo mediante mecanismo auditivos", en M. ALONSO OLEA y A. MONTOYA MELGAR (Dir.), *Jurisprudencia constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social. Tomo XVIII (2000)*, Civitas, Madrid, 2001.

DEL REY GUANTER, S., "La prohibición de fumar en los centros de trabajo en la Ley 28/2005: aspectos más relevantes", en M.E. CASAS BAAMONDE, F. DURÁN LÓPEZ y J. CRUZ VILLALÓN (Coord.), *Las transformaciones del Derecho del Trabajo en el marco de la Constitución Española, La Ley*, Madrid, 2006.

DEL VALLE VILLAR, J.M., *El derecho a la intimidad del trabajador durante la relación de trabajo*, AL, nº 39, 1991.

DIÉGUEZ CUERVO, G., *La autorización marital para el trabajo en Derecho español*, RPS, nº 63, 1964

DURÁN HERAS, A., *Trabajo femenino contra salario al ama de casa*, Revista de Trabajo, nº 53, 1976.

DURÁN LÓPEZ, F., *El poder disciplinario del empresario como facultad de ejercicio renunciante*, RPS, nº 118, 1978.

ESTEBAN, J., *El derecho a la ebriedad*, Amargord, Madrid, 2007.

ESTEBAN LEGARRETA, R., *Contrato de trabajo y discapacidad*, Ibidem, Madrid, 1999.

ESTRADA ALONSO, E., *Las uniones extramatrimoniales en el Derecho Civil español*, Segunda Edición, Civitas, Madrid, 1986.

FALGUERA I BARÓ, M.A., *Uso por el trabajador del correo electrónico de la empresa para fines extraproductivos y competencias de control del empleador*, RL, nº 22, 2000.

FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J., *Pruebas genéticas en el Derecho del Trabajo*, Civitas, Madrid, 1999.

FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R., TASCÓN LÓPEZ, R., ÁLVAREZ CUESTA, H. y QUIRÓS HIDALGO, J.G., *Implicaciones jurídicas del consumo de tabaco en el ámbito de las relaciones laborales: ¿Quo vadis?*, RTSS (CEF), nº 273, 2005.

FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R., TASCÓN LÓPEZ, R., ÁLVAREZ CUESTA, H. y QUIRÓS HIDALGO, J.G., *Credo religioso y prestación laboral: ¿ora et labora?*, RTSS (CEF), nº 284, 2006.

FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R., TASCÓN LÓPEZ, R., ÁLVAREZ CUESTA, H. y QUIRÓS HIDALGO, J.G., *Inmigración, religión y trabajo en Andalucía*, CES de Andalucía, Sevilla, 2007.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., *Libertad ideológica y prestación de servicios*, RL, nº 5, 1985.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., "La intimidad del trabajador y su tutela en el contrato de trabajo", en M.E. CASAS BAAMONDE, F. DURÁN LÓPEZ y J. CRUZ VILLALÓN (Coord.), *Las transformaciones del Derecho del Trabajo en el marco de la Constitución Española*, La Ley, Madrid, 2006.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., y CALVO GALLEGOS, F.J., *La Directiva 78/2000/CE y la prohibición de discriminación por razones ideológicas: una ampliación del marco material comunitario*, Temas Laborales, nº 59, 2001.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., y RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., *Igualdad y no discriminación*, Tecnos, Madrid, 1986.

FERNÁNDEZ JIMÉNEZ, F.A., *La aptitud psico-física como requisito obligatorio para acceder al empleo: retos para los derechos fundamentales y propuestas de reforma*, RTSS (CEF), nº 276, 2006.

FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, O., *Libertad religiosa y trabajo asalariado: condiciones y criterios de articulación*, REDT, nº 133, pp. 75 y ss.

FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, S., *Variaciones sobre el poder de control a distancia: el espejo de la madrastra*, RL, nº 19-20, 2005.

FERNÁNDEZ VILLARINO, R., *El alterne y la prostitución: la legítima asociación de sus protagonistas y los efectos de su consideración laboral*, TL, nº 74, 2004.

FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L.A., *Las facultades empresariales de control de la actividad laboral*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2003.

FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L.A., *Vigilancia de la salud y derechos de la persona del trabajador*, REDT, nº 82, 1997.

FOBLETS, M.C., "Conflicts of Law in Cross-Cultural Family Disputes in Europe Today. Who will reorient conflicts law?", en F. STRIJBOSCH y M.C. FOGLETS, *Relations familiales interculturelles*, Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati, Oñati, 1999.

FRAGA IRIBARNE, M., *El trabajo de la mujer casada*, Cuadernos de Política Social, nº 53, 1962.

GAETA, L., "La dignidad del trabajador y las «perturbaciones» de la innovación", en J. APARICIO TOVAR y A. BAYLOS GRAU, *Autoridad y democracia en la empresa*, Trotta, Madrid, 1992.

GALIANA MORENO, J.M., y CÁMARA BOTÍA, A., "Igualdad y no discriminación en las relaciones laborales: las decisiones discriminatorias del empresario", en A.V. SEMPERE NAVARRO (Dir.), *El modelo social en la Constitución española de 1978*, MTAS, Madrid, 2003.

GAMERO ALIAGA, M., *La metáfora de las tribus urbanas y tribus urbanas como metáforas*, Intersticios. Revista sociológica de pensamiento crítico, vol. 2, nº 1, 2008.

GARCÍA JIMÉNEZ, M., *La prohibición de fumar en los centros de trabajo. Las implicaciones jurídico-laborales y de Seguridad Social de la Ley 28/2005 -«Ley Antitabaco»-*, RTSS (CEF), nº 276, 2006.

GARCÍA MURCIA, J., "Igualdad y no discriminación en las relaciones laborales", en M.E. CASAS BAAMONDE, F. DURÁN LÓPEZ y J. CRUZ VILLALÓN (Coord.), *Las transformaciones del Derecho del Trabajo en el marco de la Constitución Española*, La Ley, Madrid, 2006.

GARCÍA MURCIA, J., y MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P., "Marco general para la igualdad de trato", en J. GARCÍA MURCIA (Dir.), *La transposición del Derecho Social Comunitario al ordenamiento español*, MTAS, Madrid, 2005.

GARCÍA NINET, J.I., *Sobre el uso y abuso del teléfono, del fax, del ordenador y del correo electrónico de la empresa para fines particulares en lugar y tiempo de trabajo. Datos para una reflexión en torno a las nuevas tecnologías*, Tribuna Social, nº 127, 2001.

GARCÍA NINET, J.I., "De los registros del trabajador y del respeto máximo a la dignidad e intimidad de éste", en J.I. GARCÍA NINET (Dir.), *El control empresarial*, CISS, Valencia, 2005.

GARCÍA VIÑA, J., *Relaciones laborales e internet*, RTSS (CEF), nº 223, 2001.

GARCÍA VIÑA, J., *Hacia los centros de trabajo libres de humo: un elemento más de la salud laboral*, RTSS (CEF), nº 249, 2003.

GARRIGUES GIMÉNEZ, A., "Vigilancia de la salud *versus* intimidad del trabajador: condiciones de realización de los reconocimientos médicos previos", en J.I. GARCÍA NINET (Dir.), *El control empresarial*, CISS, Valencia, 2005.

GIDDENS, A., *Sociología*, Cuarta Edición, Alianza Editorial, Madrid, 2005.

GIL SUÁREZ, L., "Validez e invalidez del contrato de trabajo", REDT, nº 100, Tomo I, 2000.

GIL Y GIL, J.L., *Autotutela privada y poder disciplinario en la empresa*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1994.

GIL Y GIL, J.L., *La esfera de intangibilidad del trabajador*, Tribuna Social, nº 47, 1994.

GIL Y GIL, J.L., *Principio de buena fe y poderes del empresario*, CARL, Sevilla, 2003.

GIL Y GIL, J.L., *El deber del empresario de salvaguardar los derechos fundamentales del trabajador*, AS, nº 13, 2003.

GIL Y GIL, J.L., *Poder directivo y apariencia externa del trabajador*, RL, nº 19-20, 2005.

GIL Y GIL, J.L., y SAGARDOY BENGOCHEA, J.A., "Los derechos constitucionales del empresario", en A.V. SEMPERE NAVARRO (Dir.), *El modelo social en la Constitución española de 1978*, MTAS, Madrid, 2003.

GONZÁLEZ BIEDMA, E., "La apariencia física del trabajador y el contrato de trabajo: una aproximación al problema", en M.E. CASAS BAAMONDE, F. DURÁN LÓPEZ y J. CRUZ VILLALÓN (Coord.),

Las transformaciones del Derecho del Trabajo en el marco de la Constitución Española, La Ley, Madrid, 2006.

GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, L., y DE ELENA Y PEÑA, J., "La gestión de recursos humanos ante la diversidad", en J. DE ELENA Y PEÑA (Ed.), *Desigualdad social y relaciones de trabajo*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2004.

GONZÁLEZ ORTEGA, S., *La fidelidad a la empresa como obligación del trabajador: sentido y alcance en el marco de la relación laboral*, RPS, nº 118, 1978

GONZÁLEZ ORTEGA, S., "Derecho a la integridad física y a la prevención de riesgos laborales", en M.E. CASAS BAAMONDE, F. DURÁN LÓPEZ y J. CRUZ VILLALÓN (Coord.), *Las transformaciones del Derecho del Trabajo en el marco de la Constitución Española*, La Ley, Madrid, 2006.

GOÑI SEIN, J.L., *El respeto a la esfera privada del trabajador*, Civitas, Madrid, 1988.

HAMERMESH, D.S., y BIDDLE, J., *Beauty and the labour market*, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=226751.

LÁZARO GONZÁLEZ, I., *Las uniones de hecho en el Derecho Internacional Privado español*, Tecnos, Madrid, 1999.

LOY, G. *El dominio ejercido sobre el trabajador*, RL, nº 19-20, 2005.

LOZANO LARES, F., *La regulación del trabajo de menores y jóvenes*, Mergablum, Sevilla, 2000.

LUJÁN ALCARAZ, J., *Las notas de laboralidad. Una aproximación en clave jurisprudencial*, AS, nº 16, 2000.

LUJÁN ALCARAZ, J., *Uso y control en la empresa de los medios informáticos de comunicación*, AS, nº 3, 2001.

LUQUE PARRA, M., *Los límites jurídicos de los poderes empresariales en la relación laboral*, Bosch, Barcelona, 1999.

MARTÍN AGUADO, A., *Actuaciones irregulares que afectan a la libertad, dignidad o vida privada del trabajador*, RL, nº 19, 1989.

MARTÍN VALVERDE, A., "Ideologías jurídicas y contrato de trabajo", en AA. VV., *Ideologías jurídicas y relaciones de trabajo*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1978.

MARTÍN VALVERDE, A., *El ordenamiento laboral en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, RPS, nº 137, 1983.

MARTÍN VALVERDE, A., *Libertad religiosa, contrato de trabajo y docencia de religión*, REDT, nº 138, 2008.

MARTÍN VALVERDE, A., RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F., y GARCÍA MURCIA, J., *Derecho del Trabajo*, Decimosexta Edición, Tecnos, Madrid, 2007.

MARTÍNEZ BARROSO, M.R., *Sistema jurídico de la Seguridad Social de la Minería del Carbón*, Universidad de León, León, 1997.

MARTÍNEZ BARROSO, M.R., *La tutela jurídica de los riesgos psicosociales por la Seguridad Social. Cuestiones pendientes*, RTSS (CEF), nº 303, 2008.

MARTÍNEZ FONS, D., *El poder de control del empresario en la relación laboral*, CES, Madrid, 2002.

MARZAL, A., "Intimidad y trabajo", en M. NEBRERA (Coord.), *Intimidad y seguridad*, ISEGS, Barcelona, 2001

MATEU CARRUANA, M.J., *Facultades de control fuera del centro de trabajo: medidas de control sobre las conductas extralaborales del trabajador*, Tribuna Social, nº 169, 2005.

MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P., *Aptitud legal y capacidad en el contrato de trabajo*, CES, Madrid, 2003

MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P., y VELASCO PORTERO, T., *La incidencia de la violencia de género en el contrato de trabajo*, Cinca, Madrid, 2006.

MERCADER UGUINA, J.R., *Derechos fundamentales de los trabajadores y nuevas tecnologías: ¿hacia una empresa panóptica?*, RL, Tomo I, 2001.

MERCADER UGUINA, J.R., *Derecho del Trabajo, nuevas tecnologías y sociedad de la información*, Lex Nova, Valladolid, 2002.

MIALON, M.F., *Les pouvoirs de l'employeur*, LGDJ, París, 1996.

MIRANDA BOTO, J.M., *Siempre la lengua fue compañera del imperio. A propósito del deber del empleado público de atender al ciudadano en la lengua que éste solicite*, comunicación presentada al XIX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y Seguridad Social.

MOLERO MANGLANO, C., *Inviolabilidad de la persona del trabajador*, REDT, nº 100, 2000.

MOLERO MANGLANO, C., y CHARRO BAENA, P., *Para una perspectiva actualizada de la noción de trabajador*, RTSS, nº 3, 1991.

MOLINA HERMOSILLA, O., *Poligamia del trabajador extranjero y consiguiente reconocimiento de la pensión de viudedad a favor de sus dos cónyuges supérstites*, AS, nº 8, 2001.

MOLINS GARCÍA-ATANCE, J., *Aspectos críticos de la pensión de viudedad. Especial mención al matrimonio polígamo y homosexual*, AS, nº 10, 2005.

MOLINS GARCÍA-ATANCE, J., "La protección por muerte y supervivencia", en J.M. GARCÍA DE LA SERRANA (Dir.), *Aspectos y cuestiones actuales de Seguridad Social*, CGPJ, Madrid, 2005.

MONTOYA MELGAR, A., *El poder de dirección del empresario*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1965.

MONTOYA MELGAR, A., "La frontera entre libertad de expresión del trabajador y ofensas al empresario; y la posible vulneración por aquél de derechos fundamentales de éste", en M. ALONSO OLEA y A. MONTOYA MELGAR (Dir.), *Jurisprudencia constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social. Tomo XIV (1996)*, Civitas, Madrid, 1997.

MONTOYA MELGAR, A., *El poder de dirección del empresario*, REDT, nº 100, 2000.

MONTOYA MELGAR, A., "Ficheros de datos automatizados sobre la salud del trabajador y derechos a la intimidad y la libertad informática", en M. ALONSO OLEA y A. MONTOYA MELGAR (Dir.), *Jurisprudencia constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social. Tomo XVII (1999)*, Civitas, Madrid, 2000.

MONTOYA MELGAR, A., "Control del trabajador desleal y alcance del derecho de éste a la intimidad", en M. ALONSO OLEA y A. MONTOYA MELGAR (Dir.), *Jurisprudencia constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social. Tomo XVIII (2000)*, Civitas, Madrid, 2001.

MORALES ORTEGA, J.M., *Nuevos fenómenos discriminatorios: homosexualidad y transexualidad*, RL, Tomo II, 1999.

MOTILLA DE LA CALLE, A. (Coord.), *El matrimonio islámico y su eficacia en el Derecho Español*, Universidad de Córdoba, Córdoba, 2003.

OIT, *La igualdad en el trabajo: afrontar los retos que se plantean*, Ginebra, 2007, pág. 26. http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---webdev/documents/publication/wcms_082609.pdf .

ORTIZ LALLANA, M.C., *Derechos fundamentales y relación laboral*, RMTAS, nº 13, 1998.

PACHECO ZERGA, L., *La dignidad humana en el Derecho del Trabajo*, Civitas, Madrid, 2007.

PADAWER, A., *Nuevos esencialismos para la antropología: las bandas y tribus juveniles, o la vigencia del culturalismo*, KAIROS, Revista de Temas Sociales, nº 14, 2004, <http://www2.fices.unsl.edu.ar/~kairos/k14-archivos/ana%20padawer.pdf>

PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., "Derechos fundamentales generales y relación laboral: los derechos fundamentales inespecíficos", en A.V. SEMPERE NAVARRO (Dir.), *El modelo social en la Constitución española de 1978*, MTAS, Madrid, 2003.

PALOMINO LOZANO, R., *Objeción de conciencia y relaciones laborales en el Derecho de los Estados Unidos*, REDT, nº 50, 1991.

PARDELL VEÀ, A., "La igualdad ante la Ley", en AA.VV., *La igualdad ante la Ley y la no discriminación en las relaciones laborales*, MTAS, Madrid, 2005.

PEDRAJAS MORENO, A., *Los derechos fundamentales de la persona del trabajador y los poderes empresariales: la Constitución como marco y como límite de su ejercicio*, AL, nº 4, 2000.

PEDRAJAS MORENO, A., y SALA FRANCO, T., *La indumentaria del trabajador y otros elementos que afectan a su aspecto e imagen externa durante el trabajo (miscelánea jurisprudencial)*, AL, nº 12, 2008.

PEDROSA ALQUÉZAR, S.I., *La vigilancia de la salud en el ámbito laboral*, CES, Madrid, 2005.

PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., *Nuevas tecnologías y relación de trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1990.

PIÑAR MAÑAS, J.L., "Protección de datos y relaciones laborales", en A. FARRIOLS I SOLÁ, *La protección de datos de carácter personal en los centros de trabajo*, Cinca, Madrid, 2006.

RADÉ, C., *Nouvelles technologies de l'information et de la communication et nouvelles formes de subordination*, Droit Social, nº 1, 2002.

RAMOS MORAGUES, F., *Fumar en el centro de trabajo y ejercicio del poder disciplinario*, AS, nº 17, 2007.

REY MARTÍNEZ, F., MATA MARTÍN, R., y SERRANO ARGÜELLO, N., *Prostitución y Derecho*, Aranzadi, Pamplona, 2004.

RIVAS VAÑÓ, A., y RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.C., *Orientación sexual y no discriminación: el debate en Europa*, Temas Laborales, nº 52, 1999.

RODRÍGUEZ CARDO, I.A., *Ley personal vs. Ley territorial en el orden laboral: puntos significativos*, AL, nº 9, 2007.

RODRÍGUEZ CARDO, I.A., *Las zonas de frontera del campo de aplicación de la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

RODRÍGUEZ CARDO, I.A., *Forma matrimonial y pensión de viudedad: en particular, el matrimonio por el rito gitano*, Aranzadi Constitucional, nº 16, 2008.

RODRÍGUEZ COPÉ, M.L., *El derecho a la intimidad del trabajador como límite al poder de dirección empresarial*, Temas Laborales, nº 62, 2001.

RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., "Vigilancia y control en la relación de trabajo: la incidencia de las nuevas tecnologías", en A. FARRIOLS I SOLÁ, *La protección de datos de carácter personal en los centros de trabajo*, Cinca, Madrid, 2006.

RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M., *Constitución, derechos fundamentales y contrato de trabajo*, RL, nº 1-2, 1996.

RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M., *Libertad ideológica, contrato de trabajo y objeción de conciencia*, Relaciones Laborales, Tomo II, 2003.

RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M., "La integración de los derechos fundamentales en el contrato de trabajo", en A.V. SEMPERE NAVARRO (Dir.), *El modelo social en la Constitución española de 1978*, MTAS, Madrid, 2003.

RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M., *Intimidad del trabajador y contrato de trabajo*, RL, nº 8, 2004.

RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M., *Poder de dirección y derecho contractual*, RL, nº 19-20, 2005.

RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., *Igualdad y no discriminación*, Tecnos, Madrid, 1986.

RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E., "La nueva causa de despido del artículo 54.2.g) ET", en AA.VV., *La igualdad ante la Ley y la no discriminación en las relaciones laborales*, MTAS, Madrid, 2005.

ROIG BATALLA, A., «El uso de internet en la empresa: aspectos constitucionales», en A. ROIG BATALLA (Coord.), *El uso laboral y sindical del correo electrónico e internet en la empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

ROMÁN DE LA TORRE, M.D., *Poder de dirección y contrato de trabajo*, Grapheus, Valladolid, 1992.

RUANO ALBERTOS, S., "Facultades de control por medios informáticos", en J.I. GARCÍA NINET (Dir.), *El control empresarial*, CISS, Valencia, 2005.

RUBIO SÁNCHEZ, F., "El dopaje y la normativa de salud laboral", en L.M. CAZORLA PRIETO y A. PALOMAR OLMEDA (Dir.), *Comentarios a la Ley antidopaje en el deporte*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2007.

SÁEZ LARA, C., "Igualdad de trato y de oportunidades en el Derecho Social Comunitario", en AA.VV., *La Igualdad ante la Ley y la no discriminación en las relaciones laborales*, MTAS, Madrid, 2005.

SAGARDOY BENGOCHEA, J.A., y GIL Y GIL, J.L., "Los derechos constitucionales del empresario", en A.V. SEMPERE NAVARRO (Dir.), *El modelo social en la Constitución española de 1978*, MTAS, Madrid, 2003.

SALA FRANCO, T., "El derecho a la intimidad y a la propia imagen y las nuevas tecnologías de control laboral", en E. BORRAJO DACRUZ (Dir.), *Trabajo y libertades públicas*, La Ley, Madrid, 1999.

SALA FRANCO, T., y PEDRAJAS MORENO, A., *La indumentaria del trabajador y otros elementos que afectan a su aspecto e imagen externa durante el trabajo (miscelánea jurisprudencial)*, AL, nº 12, 2008.

SAMPEDRO GUILLAMÓN, V., "Facultades empresariales de vigilancia y control en el centro de trabajo", en J.I. GARCÍA NINET (Dir.), *El control empresarial*, CISS, Valencia, 2005.

SÁNCHEZ MOLERO, J., y SOLER MATUTES, P., *El Derecho del Trabajo ante el proyecto Genoma Humano: obtención, acceso y utilización de la información genética en las relaciones laborales*, RTSS, nº 212, 2000.

SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C., *Coordenadas de la protección social de los migrantes: el marco comunitario, nacional y del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Laborum, Murcia, 2005.

SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. *El Tribunal Supremo zanja el caso «Mesalina»*, AS, nº 21, 2005.

SEMPERE NAVARRO, A.V., *Discriminación y trabajo femenino en la minería*, RL, Tomo I, 1987.

SEMPERE NAVARRO, A.V., y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C., *Nuevas tecnologías y relaciones laborales*, Aranzadi, Pamplona, 2002.

SEMPERE NAVARRO, A.V, y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C., "Los derechos fundamentales (inespecíficos) de los trabajadores", en AA.VV., *Nuevos problemas de la negociación colectiva*, XVI Jornadas de estudio sobre la negociación colectiva, MTAS, Madrid, 2004.

SEMPERE NAVARRO, A.V., MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, L., y GÓMEZ CABALLERO, P., *Apuntes sobre la jubilación forzosa*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2006.

SENRA BIEDMA, R., "Las responsabilidades civiles por las extralimitaciones del poder de dirección del empresario", en J. CABEZA PEREIRO, J.F. LOUSADA ROCHENA y M. MOVILLA GARCÍA (Coord.), *Las limitaciones de los poderes empresariales y las responsabilidades por su utilización ilegítima*, Comares, Granada, 2002.

SERRA CALLEJO, J., *La discriminación laboral por causas atípicas: el aspecto físico y la posesión de enfermedades contagiosas*, RTSS (CEF), nº 127, 1993.

SERRANO OLIVARES, R., *El derecho a la intimidad como derecho de autonomía personal en la relación laboral*, REDT, nº 103, 2001.

SUÁREZ GONZÁLEZ, F., "Contrato de trabajo de las mujeres", en AA.VV., *Catorce lecciones sobre contratos especiales de trabajo*, Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid, Madrid, 1965.

TASCÓN LÓPEZ, R., *El poder de control empresarial en la era tecnológica: visión panorámica de una cuestión inacabada*, RTSS (CEF), nº 267, 2005.

TATARELLI, M., *I poteri del datore di lavoro privato e pubblico*, Cedam, Pádova, 1996.

VALDÉS DAL-RÉ, F., *Poderes del empresario y derechos de la persona del trabajador*, RL, nº 8, 1990.

VALDÉS DAL-RÉ, F., "Persona del trabajador, Constitución, principio de igualdad", en AA.VV., *La igualdad ante la Ley y la no discriminación en las relaciones laborales*, MTAS, Madrid, 2005.

VALDÉS DAL-RÉ, F., "Libertad religiosa y contrato de trabajo", en M.E. CASAS BAAMONDE, F. DURÁN LÓPEZ y J. CRUZ VILLALÓN (Coord.), *Las transformaciones del Derecho del Trabajo en el marco de la Constitución Española*, La Ley, Madrid, 2006.

VALDÉS DE LA VEGA, B., *El derecho a la intimidad y su expectativa de respeto en el uso personal de las tecnologías de la información y comunicación en el trabajo: un comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 2007 y a la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, RDS, nº 42, 2008.

VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, M., *Matrimonio poligámico, orden público y extranjería*, AL, nº 33, 2003.

VELASCO PORTERO, T., y MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P., *La incidencia de la violencia de género en el contrato de trabajo*, Cinca, Madrid, 2006.

VICENTE PALACIO, A., "El control de la incapacidad temporal: el control en el ámbito de la relación laboral individual y en el ámbito de la Seguridad Social", en J.I. GARCÍA NINET (Dir.), *El control empresarial*, CISS, Valencia, 2005.

ZAMORA, J., *El Derecho Internacional Privado ante el matrimonio poligámico: experiencias francesa y británica y su eventual repercusión en España*, Revista de Derecho Privado, 1982.

