



A S O C I A C I O N
DE JUEGES Y MAGISTRADOS
FRANCISCO DE VITORIA



Dirección
Natalia Velilla Antolín

Coordinación
Ramón Gimeno Lahoz

 **Santander**

JUSTICIA



www.ajfv.es

BOLETÍN DIGITAL SOCIAL

NÚMERO 16. JUNIO 2017

PRINCIPIOS DE LA POTESTAD DISCIPLINARIA

RAMÓN GIMENO LAHOZ

Magistrado

Juzgado de lo Social nº 5 Santander

PAÑUELO ISLÁMICO (HIYAB). DERECHO FUNDAMENTAL A LA LIBERTAD RELIGIOSA Y RELACIÓN LABORAL.

Sentencias TJUE de 14-3-17

JESÚS GÓMEZ ESTEBAN

Magistrado

Juzgado de lo Social nº 20 Barcelona

1.- PRINCIPIOS DE LA POTESTAD DISCIPLINARIA

RAMÓN GIMENO LAHOZ

Magistrado

VOCES: Facultad empresarial disciplinaria, límites, principios

NORMATIVA: Art.114 y 115 LRJS

La potestad disciplinaria empresarial es la manifestación máxima de lo que supone la prestación de servicios por cuenta ajena, dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona (art.1 ET). Pero esta potestad legal no es omnímoda; es una potestad sometida a una serie de principios o límites, que adecúan su uso a la finalidad legislativa.

COMENTARIO

En materia de facultad disciplinaria concurren una serie de principios que deben ser respetados, y que pueden sistematizarse a efectos de seguridad jurídica, de la siguiente manera:

1) Principio de imputación personal.- El también denominado principio de personalidad en la sanción, significa que el trabajador sólo puede ser sancionado por los actos propios, expulsándose así las sanciones por comportamientos de terceras personas a nivel interno (ej. compañeros de trabajo) o a nivel externo (ej. familiares o amigos). Este principio tiene una excepción, que es la concurrencia de nexo causal entre el trabajador y la acción llevada a cabo por tercero, pero tal nexo

causal no se presume y la carga de la prueba debe resolverse conforme al art.217 LEC.

2) Principio de no antijuridicidad.- La facultad disciplinaria empresarial no legitima comportamientos antijurídicos. El deber de obediencia en la empresa está acotado, y ello es así porque, si bien es cierto que el trabajador tiene como deber el cumplir las órdenes del empresario y que el trabajador no puede erigirse en auto-organizador de su prestación -pues así lo disponen expresamente los art.5-c y 20-1 del E.T., además de desprenderse claramente del art.1-1 E.T., y haberlo manifestado reiteradamente la jurisprudencia (ver S.T.S. 10-4-86)- , no es menos cierto que este sometimiento de obediencia tiene dos límites: la orden que -por arbitraria, por abusiva, ...etc.- es contraria a la dignidad del trabajador (en este sentido pueden verse las Ss. T.S. 28-11-89, 28-12-89, 10-4-90), y la orden que es claramente antijurídica, porque lo contrario sería validar la arbitrariedad frente a la legalidad (en este sentido puede verse la S.T.S. 15-3-91). Por lo tanto, no basta que el empresario haya dado una orden y el trabajador se haya negado a cumplirla, para afirmar que estamos ante una desobediencia sancionable; hace falta que la orden supere el filtro de no ser contraria a la dignidad del trabajador, y de no ser claramente antijurídica.

3) Principio de tipicidad.- Principio recogido en el art.115-1-a) y sobre todo el apartado d) in fine LRJS, y por el cual la infracción sancionada debe encontrarse recogida en el ordenamiento jurídico. El principio de tipicidad responde a la voluntad de los interlocutores sociales para que exista por un lado una proporción entre la infracción y la reacción empresarial, y por otro exista una mayor seguridad jurídica -de tal forma que no tengan que ser los Tribunales de justicia quienes tengan que ir ponderando el reproche de cada conducta- .

Es fundamento del elenco disciplinario que contienen los convenios colectivos, y está directamente vinculado a la interdicción de

la indefensión. Sin embargo la no mención del artículo en la carta de sanción debe calibrarse en sus justos términos, y no en términos radicales e interesados, que conducirían a imponer la obligación al empresario de utilizar siempre asesoramiento jurídico, en contra de la regla general que rige el proceso laboral. Es por ello que si esta inconcreción en la tipificación, una vez explicada en el acto de juicio y determinada, siguiera generando indefensión a la parte actora, procederá la suspensión para una defensa correcta, pero no la anulación radical de la sanción. Obsérvese en este sentido que el art.115 L.R.J.S. prevé únicamente el incumplimiento de esta formalidad como causa de nulidad, si se hubiese establecido expresamente como requisito a cumplir, lo que rara vez ocurre.

4) Principio de libertad de sanción entre las previstas para una falta.- Subsumida la infracción en un tipo de falta, el empresario es libre de elegir la concreta sanción a imponer entre todas las previstas para dicha falta. Perceptible en el art.115-1-c LRJS -al facultar a la empresa para imponer la sanción que considere dentro de la nueva graduación judicial establecida en la revocación parcial-, dimana del art.58-1 ET, y es la manifestación máxima de la libertad empresarial en este ámbito reglado. Los límites empresariales en la facultad disciplinaria están en la graduación de la falta y no en la elección de la concreta sanción entre las previstas. (Ver Ss. TS 7-3-88, 13-11-00)

5) Principio gradualista o de proporcionalidad.- Principio recogido en el art.115-1-a LRJS, con la expresión “así como su entidad”, y supone una superación del principio de tipicidad. Como dijera las SsTS 17-11-88 ó 2-4-92, la teoría gradualista de la sanción obliga a un examen individualizado de cada caso concreto en que han de ponderarse todos los elementos concurrentes en él, tanto objetivos como subjetivos: intención del infractor, circunstancias concurrentes, posibilidad de la existencia de provocación previa, etc. Esto conlleva en

esos casos la minoración de la sanción, sobre la resultante de una simple subsunción de los hechos en los tipos.

6) Principio de congruencia sanción/falta.- No es de aplicación la máxima “quien puede lo más puede lo menos”, y de ahí que no se admitan en los convenios colectivos cláusulas del estilo: “estas sanciones y cualquiera otra inferior”. La facultad disciplinaria empresarial está reglada, y es la causa de que los convenios colectivos establezcan los listados de infracciones leves, graves o muy graves, con sus correlativos listados de sanciones en compartimentos estancos y nunca superpuestos. El hecho de que no esté permitida la superposición de sanciones para los distintos grados de faltas, ni el extremo máximo de la falta sin sanción, conduce al principio de congruencia entre la sanción y la gravedad de la falta, o lo que es más expresivo, al aforismo “la sanción determina la falta”.

7) Principio de ejecución (que determina la caducidad).- La impugnación de una sanción exige que haya sido ejecutada o se haya producido, y tal como dispone el art.103-1 LRJS por remisión del art.114-1 LRJS, este es el momento a partir del cual se inicia el cómputo del plazo de caducidad para su impugnación. Consecuentemente toda sanción que no fija plazo para su efectividad o condiciona ésta a su firmeza, es nula por incumplimiento del art.115-1-d L.R.J.S. -defectos de tal gravedad que no permitan alcanzar la finalidad- , al no existir sanción sin privación de derecho. La potestad disciplinaria consiste en la potestad de sancionar, y no en la potestad de declarar que se ha cometido una infracción por la que será, en su caso, sancionado. Segregar carta y sanción, supondría convertir la impugnación de la primera en “sentencia dictamen” -vetado por TS en sus sentencias 71/1991, 210/1992, 20/1993- , supondría que el uso de la potestad sancionadora por parte de la empresa no tuviera riesgos con la eventual revocación -ej. abono de salarios dejados de percibir por la suspensión de empleo y sueldo- desequilibrando la potestad

otorgada, supondría abrir dos procesos judiciales para una misma infracción -la impugnación de la carta y la posterior impugnación de la ejecución de la sanción para el caso de que se llevara a cabo- , y además el Legislador ha reafirmado esta postura con la L.R.J.S., dejando sin cobertura pretéritos pronunciamientos judiciales que no detectaron el problema de la impugnación de las cartas de sanción y no de las sanciones ejecutadas, al haber incorporado en el art. 115-1-b expresamente que la sentencia que revoque -total o parcialmente- la sanción, condenará al pago de los salarios dejados de abonar en cumplimiento de la sanción; con lo que para que se produzca esta condena, se hace preciso el cumplimiento de la sanción. La consecuencia de todo lo anterior es que no hay sanción sino hay privación de derecho, y sólo cuando se ha producido éste, cuando se ha terminado de producir éste si dura varios días, es cuando comienza el plazo del art. 114 L.R.J.S. para accionar contra la sanción. (En igual sentido se puede ver la S.T.S.J. Extremadura 30-3-06).

2.- PAÑUELO ISLÁMICO (HIYAB). DERECHO FUNDAMENTAL A LA LIBERTAD RELIGIOSA Y RELACIÓN LABORAL. SENTENCIAS TJUE DE 14 DE MARZO DE 2017.

JESÚS GÓMEZ ESTEBAN

Magistrado

VOCES: Pañuelo islámico, hiyab, derecho a la libertad religiosa, derecho a la libertad empresarial

NORMATIVA: Directiva 2000/78 del Consejo de 27 de noviembre de 2000

En las sentencias TJUE de 14 de marzo de 2017, se analizan las cuestiones prejudiciales C-157/15 y C-188/15, donde distintas trabajadoras fueron despedidas por incumplir la prohibición empresarial de portar símbolos religiosos en la prestación de servicios laborales (pañuelo islámico-hiyab). Aplicación de la Directiva 2000/78. Discriminación directa o indirecta en la aplicación de la norma de neutralidad interna empresarial (art. 2.2 a) Directiva, cuestión prejudicial belga C-157/15). Decisión de cliente de la empresa empleadora de no aceptar a trabajadora que usa velo islámico en su prestación de servicios, valoración como requisito profesional esencial y determinante (art. 4.1 Directiva, cuestión prejudicial francesa C-188/15).

COMENTARIO

El derecho fundamental a la libertad ideológica, religiosa y de culto recogido en el art. 16 CE plantea en ocasiones problemas en su ejercicio y manifestación pública en el desarrollo del contenido prestacional de la relación laboral. Por el TJUE en fecha 14 de marzo de 2017 han sido

dictadas 2 sentencias en las que a la luz del derecho comunitario, en concreto la Directiva 2000/78 del Consejo de 27 de noviembre de 2000 relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, se examinan los límites y alcance de dicho derecho fundamental, manifestado en el uso de un signo religioso como el pañuelo islámico (hiyab) por parte de 2 mujeres, durante su prestación de servicios laborales.

Las cuestiones prejudiciales planteadas parten de dos supuestos de hecho distintos; en la primera, C-157/2015, una trabajadora musulmana presta servicios como recepcionista en una empresa desde el año 2003, empresa en la que existe una norma no escrita con arreglo a la cual los trabajadores no pueden llevar signos visibles de sus convicciones políticas, filosóficas o religiosas en el lugar de trabajo. En abril de 2006 la trabajadora comunica a sus superiores su intención de llevar un pañuelo islámico durante las horas de trabajo, a lo que se opuso la empresa alegando que el uso de tal pañuelo supondría ostentar signos políticos, filosóficos o religiosos contrarios a la neutralidad que la empresa se había impuesto seguir. En mayo de 2006 el comité de empresa de la empleadora aprobó una modificación del reglamento interno prohibiendo a los trabajadores portar signos visibles de sus convicciones políticas, filosóficas o religiosas u observar cualquier rito derivado de éstas en el lugar de trabajo. La trabajadora persiste en su voluntad como musulmana de portar el pañuelo islámico en su lugar de trabajo y es despedida. La demanda de la trabajadora fue desestimada en el tribunal de instancia y de apelación belga. El Tribunal de Casación belga plantea la cuestión prejudicial en interpretación del art. 2.2 letra a) de la Directiva 2000/78, a los efectos de valorar la existencia de una discriminación en dicha norma interna. En la segunda cuestión prejudicial, C-188/2015, se parte de un supuesto de hecho en el que una trabajadora que inicia en una empresa periodo de prácticas en febrero de 2008 comienza a usar el pañuelo islámico, siendo contratada como ingeniera de proyectos de

forma indefinida en julio de 2008. Fue despedida en junio de 2009 alegando la empresa que, asignado un trabajo en una empresa cliente en mayo de 2009, éste pidió que la trabajadora no usara velo ya que a algunos de sus empleados les había molestado que lo portara. Tras reuniones empresa-trabajadora en las que aquélla pidió reiteradamente la necesidad de respetar la neutralidad religiosa, lo que implicaba no usar el velo, la trabajadora se negó, siendo despedida. En el tribunal laboral se desestimó la demanda de la trabajadora, confirmándose la resolución en apelación. Por el Tribunal de Casación francés se plantea cuestión prejudicial al TJUE en interpretación del artículo 4.1 de la Directiva 2000/78, a los efectos de valorar si el deseo manifestado por la empresa cliente constituye un requisito profesional esencial y determinante, debido a la naturaleza de la actividad profesional concreta a realizar.

En ambas sentencias el TJUE parte de la no inclusión en la Directiva 2000/78 examinada de un concepto de “religión”, aplicando el contenido en el art. 9 del CEDH de Roma de 1950 así como de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, como principios generales del Derecho de la Unión, reafirmados en el art. 10.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, tomando como base un concepto amplio de “religión” que supone interpretarlo en aplicación del artículo 1 de la Directiva tanto en el *forum internum*, a saber, el hecho de tener convicciones, como en el *forum externum*, a saber, la manifestación pública de la fe religiosa.

Respecto de la cuestión prejudicial belga, el TJUE concluye que la norma valorada no supone una diferencia de trato directa basada en la religión o convicciones de las previstas en el art. 2.2 de la Directiva 2000/78, al tratar por igual a todos los trabajadores de la empresa, imponiéndose de forma general e indiferenciada especialmente una neutralidad indumentaria que se opone al uso de signos visibles que

evidencien convicciones políticas, filosóficas o religiosas de cualquier tipo.

En cuanto a la posible diferencia de trato de la norma basada indirectamente en la religión o las convicciones en el sentido del artículo 2.2 b) de la Directiva 2000/78, el TJUE ofrece al órgano interno una serie de indicaciones: 1) en cuanto al requisito de la existencia de una **finalidad legítima**, “ha de considerarse legítima la voluntad de seguir un régimen de neutralidad política, filosófica o religiosa en las relaciones con los clientes tanto del sector público como del sector privado”, vinculado a la libertad de empresa que permite restringir, con ciertos límites, la libertad de religión (TEDH sentencia de 15 de enero de 2013, Eweida y otros c. Reino Unido); 2) En cuanto al **carácter adecuado** de los medios para conseguir dicha finalidad legítima “el hecho de prohibir a los trabajadores el uso visible de signos de convicciones políticas, filosóficas o religiosas es apto para garantizar la correcta aplicación de un régimen de neutralidad, *siempre que dicho régimen se persiga realmente de forma congruente y sistemática*”. Por ello el tribunal interno debe valorar si, con anterioridad al despido de la trabajadora, la empresa estableció un régimen general e indiferenciado de prohibición del uso visible de signos de convicciones políticas, filosóficas o religiosas para los miembros de su personal que estaban en contacto con sus clientes; 3) finalmente, y resulta de especial importancia por su conclusión; en cuanto al **carácter necesario** de los medios para conseguir dicha finalidad legítima “ha de comprobarse si la prohibición del uso visible de cualquier signo o prenda de vestir que pueda asociarse a una creencia religiosa o a una convicción política o filosófica atañe únicamente a los trabajadores de la empresa que están en contacto con los clientes. En tal caso, dicha prohibición deberá considerarse estrictamente necesaria para alcanzar la meta perseguida”, concluyendo el TJUE que, ante la negativa de la trabajadora a renunciar a portar el pañuelo islámico durante su trabajo en contacto con clientes, el tribunal belga deberá comprobar si “la

empresa tenía la posibilidad, ante tal negativa, de ofrecer a la trabajadora un puesto de trabajo que no conllevara un contacto visual con los clientes en lugar de proceder a su despido”.

Dicha conclusión, respecto de la valoración del “carácter necesario” de los medios para conseguir la finalidad legítima vinculado al hecho de que la empresa pueda ofrecer a la trabajadora un puesto que no esté en contacto con los clientes de la empresa al manifestar mediante un signo, en este caso el hiyab, su pertenencia a una determinada religión puede dar lugar a distintas situaciones de complejo encaje en nuestro derecho; piénsese en un cambio de puesto o lugar de trabajo, pasando de realizar tareas ante el público a realizarlas en puestos alejados de clientes y la posible reacción de la trabajadora alegando la nulidad de dicha medida, fundada en la manifestación externa de un símbolo religioso que encontraría amparo tanto en el contenido del art. 16 CE como en el concepto de “religión” aplicado por el TJUE en la interpretación de la Directiva examinada.

Respecto de la cuestión prejudicial francesa, en aplicación del art. 4.1 de la Directiva 2000/78, el TJUE distingue el supuesto en el que existiera en la empresa una norma interna en vigor de neutralidad en el uso de cualquier signo visible de convicciones políticas, filosóficas o religiosas (supuesto de la cuestión belga), del supuesto en el que el despido no se basara en la existencia de una norma interna, que exigiría examinar “si la voluntad de un empresario de tener en cuenta el deseo de un cliente de que los servicios no sigan siendo prestados por una trabajadora que ha sido enviada por ese empresario al centro de trabajo del cliente y lleva un pañuelo islámico **constituye un requisito profesional esencial y determinante**, en el sentido del artículo 4, apartado 1, de la Directiva 2000/78”; al respecto el TJUE concluye el carácter excepcional de considerar una circunstancia vinculada en particular a la religión como un requisito profesional esencial y determinante, “**no pudiendo cubrir consideraciones subjetivas,**

como la voluntad del empresario de tener en cuenta los deseos particulares del cliente”, concluyendo el TJUE que “el artículo 4, apartado 1, de la Directiva 2000/78 debe interpretarse en el sentido de que la voluntad de un empresario de tener en cuenta los deseos de un cliente de que los servicios de dicho empresario no sigan siendo prestados por una trabajadora que lleva un pañuelo islámico **no puede considerarse un requisito profesional esencial y determinante en el sentido de esta disposición”.**

El segundo de los supuestos examinados no parte por tanto de una posible afectación del derecho fundamental a la libertad religiosa directa por la empresa, prohibiendo el uso por una trabajadora del hiyab en su centro de trabajo, sino de plegarse la empleadora a un requerimiento de la empresa cliente al respecto. Conviene en la materia recordar pronunciamientos en los que la posible vulneración del derecho fundamental de los trabajadores de una empresa se vincula a una conducta de una empresa principal cliente. Así la **STC 75/2010 de 19 de octubre**, otorgando amparo y declarando la nulidad de un despido por vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva y huelga al producirse la extinción del contrato de trabajo por la previa rescisión por la empresa principal de la contrata mercantil que le ligaba con la contratista, empresaria directa del trabajador, rescisión debida a las movilizaciones desarrolladas por los trabajadores de la contratista, denunciando una cesión ilegal de mano de obra entre ambas empresas y reivindicando una mejora de sus condiciones de trabajo; en sentido diverso la STS **de 16 de noviembre de 2016 (RC 59/2016)**, casando una sentencia de la Sala de lo Social de la AN que declaró la nulidad de una modificación sustancial colectiva de condiciones de trabajo entendiéndola ajustada a derecho la medida por no vulnerar la empleadora el derecho a la huelga de sus trabajadores al consistir su actuación consistente únicamente en comunicar a todos sus clientes que no podía realizar los trabajos comprometidos, sin tener vinculación con ellos que le permita codecidir la realización de esos trabajos por

terceras empresas de la competencia ni estar la empleadora en condiciones de impedir que sus clientes los contratasen con terceros, ni beneficiarse de ello.

