

UNIVERSIDAD DE
MURCIA



<http://revistas.um.es/analesderecho>

ANALES de **DERECHO**

LA VELADA DISCRIMINACIÓN INDIRECTA

Comentario de las SSTJUE de 14 de marzo de 2017

JOAQUINA GARCÍA HERNANDEZ

Investigadora en formación

Resumen

El 14 de marzo de 2017 el TJUE dictó dos sentencias que dieron respuesta a cuestiones referidas a la interpretación de distintos preceptos de la Directiva 2000/78/CE, relacionadas con la discriminación por motivos religiosos en el ámbito laboral. En ambos supuestos las trabajadoras demandantes se negaron a prescindir del velo islámico durante la realización de actividades que implicaran una relación personal con clientes, motivo por el que fueron despedidas. Se plantean, entre otras cuestiones, qué motivos son susceptibles de justificar una conducta discriminatoria por parte del empleador y qué consecuencias puede producir para empresa la manifestación de las creencias religiosas del trabajador en el ámbito contractual, analizándose en concreto el eventual incumplimiento contractual de aquélla con sus clientes.

Palabras clave: *Discriminación por motivos religiosos, régimen de neutralidad religiosa, despido improcedente, incumplimiento contractual, actuación diligente.*

The indirect veiled discrimination

Abstract

On 14th March 2017, the European Court of Justice made two decisions which solved some questions regarding the interpretation of different articles of the Directive 2000/78. These questions are related to religious discrimination in the workplace. Both employees were dismissed on account of their denial to do without the Islamic headscarf the activities which implied an interaction with customers. It is put forward, among other matters, which reasons can justify a discriminatory behaviour by the employer and what consequences can produce for the company the worker showing of outward signs of religious beliefs within the contractual sphere. It is particularly analyzed the possible contractual default of the company with its customers.

Palabras clave: *Discrimination based on religion or belief, policy of religious neutrality, unjustified dismissal, contractual default, diligent behaviour.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. HECHOS. III. LA DISCRIMINACIÓN POR MOTIVOS RELIGIOSOS DIRECTA E INDIRECTA. 1. La naturaleza de las actividades profesionales. 2. El contexto en que las actividades se desarrollan. IV. OBJETO Y RESPUESTA DE LAS CUESTIONES PREJUDICIALES. V. EL RIESGO DE LA DISCRIMINACIÓN AJENA Y LA NEUTRALIDAD COMO POSIBLE CONTENIDO DEL DEBER DE DILIGENCIA. VI. TABLA DE JURISPRUDENCIA CITADA.

I. INTRODUCCIÓN.

El derecho a la libertad religiosa, que abarca *ex* artículo 9 CEDH su manifestación pública¹, no es ilimitado y en determinadas circunstancias puede colisionar con el derecho a la libertad de empresa (Art. 16 CEDH)², que no sólo permite al empresario acceder libremente al mercado, sino desarrollar su actividad económica con arreglo a los criterios de gestión y eficiencia que crea más convenientes³, siempre que respeten los derechos laborales y fundamentales de sus trabajadores. Por ello, se ha de precisar el alcance y posible limitación de la vertiente externa de la libertad religiosa en el ámbito laboral, a efectos de determinar en qué supuestos y bajo qué circunstancias puede considerarse que una determinada conducta es discriminatoria y el despido que causa improcedente.

¹ SALAS PORRAS, M. “Ponderación y modulación del ejercicio del derecho a la libertad religiosa en el contexto obligacional laboral: una mirada a la jurisprudencia española”, *Revista crítica de historia de las relaciones laborales y de la política social*, n.º 9, 2014, p. 48. «De otro lado, también existe una dimensión externa –el denominado *agere licere*- que permite a los ciudadanos externalizar ese claustro íntimo, actuando con arreglo a sus propias convicciones y manteniéndolas frente a terceros (STC 137/1990, de 19 de julio)». También el TEDH se ha referido a ese *forum externum* que el propio artículo 9 CEDH contempla, entre otras, en su sentencia de 10 de noviembre de 2005, Leyla Şahin c. Turquía, CE:ECHR:2005:1110JUD004477498, § 105.

² VALDÉS DAL-RÉ, F. en “Libertad religiosa y contrato de trabajo”, *Las transformaciones del derecho de trabajo en el marco de la Constitución Española*, Editorial LA LEY, Madrid, 2006, p. 14 «el ejercicio de la elección religiosa efectuada por el trabajador lleva asociado de manera ineludible el reconocimiento y respeto externos (...) ese ejercicio incide en la ejecución de la prestación laboral, provocando, esta vez sí, una colisión entre derechos: el derecho del trabajador a la observancia de las prácticas que impone su credo religioso entra o puede entrar en conflicto con el interés del empresario al desarrollo de su actividad económica con arreglo a sus opciones de eficiencia; confronta, en suma, con su libertad de empresa».

³ CONTRERAS MAZARÍO, J.M. lo pone de manifiesto en *La igualdad y la libertad religiosas en las relaciones de trabajo*, Ministerio de Justicia.Secretaría General Técnica, Madrid, 1991, p. 283 «(...) el derecho de libre empresa no supone sólo la libertad de acceso al mercado o emprender actividades económicas; implica también la libre gestión empresarial, sometida a las leyes de un mercado libre. Esta libertad del titular de la empresa se manifiesta –según Entrena Cuesta- tanto frente a los poderes públicos como frente a los consumidores y frente a los trabajadores de la propia empresa».

II. HECHOS.

El 14 de marzo de 2017, el TJUE dictó dos sentencias que dieron respuesta a las cuestiones prejudiciales planteadas por los Tribunales de Casación belga y francés, en relación con sendos procedimientos de impugnación de despido por discriminación religiosa. La causa de ambos despidos fue la negativa de las demandantes de prescindir del uso del velo islámico durante el desarrollo de funciones que implicaran una relación personal con clientes, conducta que las empresas entienden dañina para la imagen de neutralidad que pretenden proyectar.

La primera demandante trabajaba como recepcionista desde 2003 en una empresa belga de vigilancia y seguridad que no permite a sus trabajadores lucir símbolos políticos, filosóficos o religiosos durante la jornada laboral. Esta prohibición, que constituía inicialmente una norma no escrita, quedó reflejada tres años después en el reglamento de régimen interno de la empresa en los siguientes términos:

“Se prohíbe a los trabajadores llevar en el lugar de trabajo signos visibles de sus convicciones políticas, filosóficas o religiosas y/u observar cualquier rito derivado de éstas” (Asunto C-157/15).

La demandante cumplió desde su misma incorporación la norma empresarial referida y no llevó el velo durante el desarrollo de las funciones propias de su puesto de trabajo –que implicaban una relación directa y personal con clientes–, pero en mayo de 2006 comunicó a su superior que por razones religiosas pretendía llevar velo también durante la jornada laboral, razón por la que fue despedida el 12 de junio de ese mismo año.

Por su parte, la segunda demandante era ingeniera de proyectos de una empresa francesa especializada en consultoría e ingeniería. En agosto de 2008, cuando se produjo su incorporación, se le advirtió de que debería prescindir del velo cuando visitara a clientes o desarrollara cualquier otra actividad que supusiera contacto personal con los mismos, orden que se negó a cumplir. El 15 de mayo de 2009 la empresa recibió una queja de uno de sus clientes y decidió prescindir de sus servicios. (Asunto C-188/15).

III. LA DISCRIMINACIÓN POR MOTIVOS RELIGIOSOS DIRECTA E INDIRECTA.

En la Directiva 2000/78/CE conviven discriminación directa e indirecta, cada una sustentada en un fundamento relacionado pero distinto. La primera se da cuando el sujeto recibe un peor trato por su religión (artículo 2.2. a) y la segunda cuando, a pesar de recibir un trato similar al resto, el criterio o práctica aplicada le resulta especialmente gravosa en razón de su concreta religión (artículo 2.2.b).

Prohibir la ostentación o exteriorización de cualquier tipo de simbología religiosa, política o filosófica durante el desempeño de la actividad laboral no constituiría una discriminación directa para nadie con tales creencias religiosas, políticas o filosóficas. La trabajadora musulmana no sería peor –ni mejor- tratada que el resto por serlo. Como bien apunta la abogada general⁴, tal prohibición no se traduce ni en una discriminación *entre religiones* (pues afecta a todas) ni *de la religión* (pues alcanza también a los símbolos ideológicos o políticos y antirreligiosos). Por el contrario, sí que supondría una discriminación directa la prohibición que sólo afectara a los símbolos de una determinada religión, como la musulmana, o ideología política, como la comunista.

No obstante, tal prohibición –aparentemente neutral- puede desembocar en una discriminación indirecta si afecta de forma más acusada a una determinada persona por su concreta religión. En este sentido, la mujer musulmana, obligada por su religión a observar un determinado código de vestimenta, queda como consecuencia de la norma en una posición más comprometida que, por ejemplo, la cristiana que no ha de vestir de una concreta forma para mantenerse fiel a sus creencias.

La calificación es jurídicamente relevante ya que las causas de justificación de una y otra difieren: la discriminación directa por motivos religiosos sólo puede justificarse a través de los motivos tasados previstos por la Directiva (la protección de los derechos y

⁴ En los apartados 49-53 de sus conclusiones del asunto C-157/15, la abogada general expresa lo siguiente: «En primer lugar procede subrayar que la prohibición controvertida afecta por igual a todos los símbolos religiosos visibles. Por lo tanto, no existe ninguna discriminación entre religiones. (...) Se ha de admitir que la Directiva (...) no sólo prohíbe la discriminación por razón de una religión, sino toda discriminación por razón de la religión (...). Pero tampoco desde este punto de vista un caso como el presente ofrece razones para apreciar una discriminación religiosa directa. (...) una norma de empresa como la de G4S (...) prohíbe también expresamente llevar signos visibles de convicciones políticas o filosóficas. (...) Este principio de neutralidad afecta a un trabajador religioso exactamente igual que a un ateo convencido que quiera expresar su postura antirreligiosa en su vestimenta, o que a un trabajador políticamente activo que manifieste su predilección por un partido o determinados planteamientos políticos mediante elementos de la indumentaria (...)».

libertades de los ciudadanos *ex* artículo 2.5 y el cumplimiento de requisitos profesionales especiales *ex* artículo 4.1); mientras que la indirecta la justifica la existencia de cualquier fin legítimo -si los medios utilizados son adecuados y necesarios- (artículo 2.2. b.i).⁵

El apartado primero del artículo 4 de la Directiva establece que podrá justificarse la discriminación basada en cualquier característica relacionada con los motivos del artículo 1 -entre los que se encuentra la religión- cuando por *la naturaleza de la actividad profesional concreta* o por *el contexto en el que se lleve a cabo, dicha característica constituya un requisito profesional esencial y determinante*.

Por otra parte, la **naturaleza de las actividades profesionales** que ocupaban a las demandantes no parece excluir de forma necesaria la utilización de símbolos religiosos en general o del velo en concreto. El desempeño de las actividades propias de una recepcionista y de una ingeniera no se ve condicionado por el uso o no del velo, la prestación relativa a la atención al público; o la prestación relativa al diseño propio de la ingeniería no se obstaculizan ni dificultan, en cuanto los actos naturales para su realización diligente, por una concreta vestimenta, ni por llevar un velo o una cruz. Sin embargo, ha de repararse en que la redacción del artículo en cuestión presenta tanto la naturaleza de la actividad como el contexto de realización de la misma como motivos susceptibles de convertir una determinada característica en requisito profesional esencial y determinante. La conjunción “o” dota de autonomía a los motivos enunciados, por lo que ha de entrarse también en el estudio de si la vestimenta neutral puede constituir en uno y otro caso un requisito profesional esencial y determinante por **el contexto en el que las actividades se desarrollan**.

⁵ Así lo ha puesto de manifiesto la jurisprudencia del TJUE en numerosas ocasiones y Kokot, Julianne, abogada general en sus conclusiones sobre el asunto C-157/15 «(...) las posibles justificaciones pueden variar en función de si la diferencia de trato guarda relación directa o indirecta con la religión. En particular, los posibles objetivos que pueden invocarse para justificar una diferencia de trato directa por motivos religiosos no son tan amplios como los que pueden justificar una diferencia de trato indirecta.» Y de igual modo en sus conclusiones del asunto Andersen (C-499/08) «El artículo 2, apartado 2, letra b), inciso i), de la Directiva 2000/78 recoge en términos muy generales las posibilidades de justificar una *diferencia de trato indirecta* por razón de la edad («pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima»), mientras que una *diferencia de trato directa* por razón de la edad únicamente puede justificarse por consideraciones de política social en el sentido del artículo 6, apartado 1,» justificación que la Directiva prevé de forma específica para la discriminación por razón de edad «por requisitos profesionales específicos en el sentido del artículo 4, apartado 1, de la Directiva o por exigencias de *orden público* en el sentido del artículo 2, apartado 5, de la Directiva.»

Existen supuestos en los que es patente la necesidad de exigir una determinada indumentaria por razones de seguridad o higiene, así la propia de los médicos y demás personal hospitalario⁶ o la de los bomberos⁷, pero no sólo en casos de estricta necesidad pueden los empleadores establecer normas relativas a la vestimenta en el lugar de trabajo. Es perfectamente lícito que una empresa en ejercicio de las facultades organizativas que le atribuye el derecho a la libertad de empresa⁸ defina una política en virtud de la cual sus trabajadores deban vestir de una determinada forma⁹. No es inusual que se fije un uniforme o estilo (formal) por motivos de imagen –y no de utilidad-, pero lo que se habría de dilucidar en uno y otro caso es si la observancia de las normas relativas a la indumentaria constituye un requisito esencial y determinante de la actividad profesional por el contexto en que se lleva a cabo.

Por su parte, el apartado quinto del artículo 2 de la Directiva prevé el segundo de los motivos tasados que sirven para justificar cualquier tipo de actuación discriminatoria estableciendo que «*La presente Directiva se entenderá sin perjuicio de las medidas establecidas en la legislación nacional que, en una sociedad democrática, son necesarias para (...) la protección de los derechos y libertades de los ciudadanos*». Se hace así referencia a medidas comprendidas en la legislación nacional por lo que, a diferencia de los requisitos profesionales del artículo 4, tales medidas han de ser de carácter público o al menos estar basadas en una habilitación pública¹⁰.

⁶ Confeccionada con materiales que no producen electricidad para evitar explosiones en quirófano y de determinados colores (azul o verde normalmente) para evitar el deslumbramiento y reflejo que producen las luces brillantes sobre la tela, entre otras muchas particularidades.

⁷ Que está confeccionada con tejidos concretos, como el algodón, que absorbe bien la transpiración y la humedad, expulsa el calor corporal, no genera electricidad estática, es aislante y soporta temperaturas más altas que otros.

⁸ Ver Cita 3. GIL GIL, JL. en “Poder directivo y apariencia externa del trabajador”, *Relaciones Laborales, N° 19/20, Sección Monografías, Octubre 2005, Año XXI, pág. 211, tomo 2, Editorial LA LEY*, «La libertad de apariencia externa del trabajador, protegida por los derechos fundamentales que acaban de mencionarse, y por la noción de vida personal del trabajador, puede colisionar con las facultades organizativas del empresario, garantizadas por el principio constitucional de la libertad de empresa (art. 38 CE (LA LEY 2500/1978))» y más adelante hace referencia a la STS de 23 de enero de 2001, que recuerda que «A falta de una regulación legal o convencional, de un uso o costumbre o de un pacto individual, el empresario puede restringir de forma unilateral la libertad de apariencia externa del trabajador».

⁹ Así lo puso de manifiesto la sentencia del TEDH Eweida y otros/Reino Unido (asunto n° 48420/10, CE:ECHR:2013:0115JUD004842010) al calificar en su apartado 94 el deseo del empresario de transmitir una determinada imagen de empresa («the employer’s wish to project a certain corporate image») de indudablemente legítimo («this aim was undoubtedly legitimate»).

¹⁰ La STJUE de 13 de septiembre de 2011, Priggy y otros (C 447/09:EU:C:2011:573) lo señala en sus apartados 59 a 61 de la siguiente forma: «en cuanto a si una medida adoptada mediante convenio colectivo puede constituir una medida establecida en la legislación nacional, procede señalar, como lo

Estos motivos tasados, que justifican la discriminación directa, evidentemente constituyen fines legítimos en el sentido del artículo 2.2.b.i de la Directiva, pero no son los únicos que pueden justificar la discriminación si ésta es indirecta. Así, una norma que exigiera una determinada altura para optar a un puesto de guarda de seguridad constituiría una discriminación indirecta por razón de sexo y raza y, como tal, podría justificarse a través de la alegación de que tal rasgo o característica constituye un requisito profesional esencial y determinante; ero también a través de cualquier otro fin que se considerara legítimo a pesar de no estar expresamente previsto en la Directiva.

IV. OBJETO Y RESPUESTA DE LAS CUESTIONES PREJUDICIALES.

Las cuestiones prejudiciales planteadas por los órganos remitentes se refieren a la interpretación de distintos preceptos de la Directiva 2000/78/CE 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, pero ambas adolecen de una cierta falta de precisión en su formulación pues ninguna de ellas pregunta lo necesario para resolver el asunto del que derivan.

La **cuestión prejudicial del tribunal belga** plantea al TJUE si «¿Debe interpretarse el artículo 2, apartado 2, letra a), de la Directiva 2000/78 en el sentido de que la prohibición de llevar un pañuelo como musulmana en el lugar de trabajo no constituye una discriminación directa si la norma en vigor en la empresa prohíbe a todos los trabajadores llevar en el lugar de trabajo signos externos de convicciones políticas, filosóficas o religiosas?».

Una respuesta negativa no significa que el despido sea procedente, pues tal práctica podría suponer una discriminación indirecta injustificada. Una respuesta positiva tampoco conduciría indefectiblemente a calificar el despido de improcedente, pues a

hace el Abogado General en el punto 51 de sus conclusiones, que el legislador de la Unión se refirió en el artículo 2, apartado 5, de la Directiva 2000/78 a las medidas comprendidas en la «legislación nacional» mientras que tanto el artículo 4, apartado 1, como el artículo 6, apartado 1, de dicha Directiva no se refieren a ningún instrumento jurídico concreto. El Tribunal de Justicia ya ha declarado que los interlocutores sociales no constituyen entidades de Derecho público (...). Esta consideración no impide, sin embargo, que los Estados miembros autoricen a los interlocutores sociales, mediante normas de habilitación, a adoptar medidas, en el sentido del artículo 2, apartado 5, de la Directiva 2000/78, en las materias mencionadas en dicha disposición que pertenezcan al ámbito de la negociación colectiva. Tales normas de habilitación deben ser suficientemente precisas para garantizar que dichas medidas respeten las exigencias enunciadas en el citado artículo 2, apartado 5.

diferencia de lo que parece que asume el órgano remitente¹¹, la discriminación directa también puede estar justificada. No existe respuesta posible a la pregunta planteada por el tribunal belga que sirva para resolver la adecuación o no del despido; y es el planteamiento defectuoso de una pregunta errada lo que entraña un peligro mayor.

Si el TJUE se hubiera limitado a responder a lo que se le planteaba, su contestación habría sido considerada suficiente por el tribunal belga, que habría sustentado su fallo sobre una motivación errónea. Quizá por ello el TJUE no se limita a resolver sobre lo estrictamente preguntado, sino que, además de negar que tal conducta constituya una discriminación directa, extiende su resolución hasta el ámbito de la discriminación indirecta, advirtiendo que tal conducta podría encajar en dicha categoría. Precisa en este caso, que podría estar justificada de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2.2.b,i de la Directiva siempre que los medios empleados fueran adecuados y necesarios, pues considera que el seguimiento por la empresa de un régimen de neutralidad política, filosófica o religiosa es un fin legítimo.

Por último, la sentencia señala que la **adecuación** de los medios habrá de corroborarse mediante la comprobación de que la política de neutralidad que la empresa opone como fundamento de su conducta fue efectivamente impuesta a la generalidad de trabajadores con anterioridad al despido de la demandante; y su **necesidad** a través de la constatación de que tal prohibición únicamente opera en los supuestos en que deviene estrictamente necesaria para la consecución del fin perseguido: aquéllos en que existe contacto con clientes.

Por su parte, la **cuestión prejudicial del tribunal francés** plantea si «¿Debe interpretarse el artículo 4, apartado 1, de la Directiva 2000/78 en el sentido de que el deseo manifestado por *un cliente* de una empresa de consultoría informática de que, en lo sucesivo, los servicios informáticos contratados no sean prestados por una asalariada

¹¹ La abogada general también deduce de la genérica e insuficiente cuestión planteada que el tribunal belga parte de una errónea premisa, y así lo apunta en los apartados 26 y 27 de sus conclusiones: «(...) en el presente procedimiento prejudicial sólo se pregunta al Tribunal de Justicia por el concepto de discriminación directa con arreglo al artículo 2, apartado 2, letra a), de la Directiva 2000/78 y, por tanto, en último término también por la diferencia entre discriminación directa e indirecta, pero no por la posible justificación de una discriminación (o diferencia de trato) del tipo que sea. Tal discriminación puede residir en el hecho de que, a juicio del Hof van Cassatie (Tribunal de Casación) belga, según parece entender, una discriminación indirecta puede estar justificada en un caso como el presente, mientras que una discriminación directa no (...) No obstante, tal y como voy a exponer a continuación, en determinadas circunstancias una diferencia de trato directa también puede estar perfectamente justificada».

de dicha empresa, ingeniero de proyectos, que usa un pañuelo islámico constituye un requisito profesional esencial y determinante, debido a la naturaleza de la actividad profesional concreta de que se trata o al contexto en que se lleva a cabo?».

Su cuestión sólo se refiere a la concurrencia de uno de los motivos tasados que sirven para justificar cualquier tipo de actuación discriminatoria, lo que evidencia que, o partía de la base de que la conducta constituía una discriminación directa, o asumía erróneamente que sólo el artículo 4 de la Directiva puede justificar una conducta discriminatoria. Esta vez, el TJUE se limita a afirmar que el interés de un cliente de ser atendido por persona que no manifieste sus convicciones religiosas a través de su vestimenta no convierte la vestimenta neutral en requisito profesional esencial y determinante. Esto no significa, empero, que no constituya un fin legítimo capaz de justificar una discriminación indirecta, lo único que descarta el presente pronunciamiento es que tal motivo pueda justificar una discriminación directa.

Además, tanto la cuestión prejudicial francesa como la sentencia del TJUE que la responde se refieren al deseo particular de “un cliente”, no a los deseos de la generalidad de los clientes como interés empresarial abstracto, lo que suscita la duda de si el fallo habría variado de ser éste el último el objeto de la pregunta planteada. En este mismo sentido, uno de los argumentos utilizados por la abogada general en sus conclusiones consiste en afirmar que no existe base alguna en virtud de la cual “*el interés comercial de su empresa en sus relaciones con los clientes pudiera justificar la aplicación de la excepción establecida en el artículo 4, apartado 1*”, afirmando a continuación que constituye doctrina del TJUE que “*la discriminación directa (...) no puede estar justificada por motivos basados en el perjuicio económico que pueda ser causado al empresario*”.

Sin embargo, el artículo 4 que la abogada general cita abre la puerta a que tales intereses empresariales dispensen la discriminación directa al convertir en motivo justificador la concurrencia de requisito profesional esencial y determinante. Ello evita que el empresario haya de soportar los perjuicios económicos producidos por los defectos que la expresión de la libertad religiosa genere en la prestación del servicio. Una agencia de relaciones públicas no tendría que asumir la limitación visual e interactiva que el burka o el *yashmak* suponen para respetar el derecho a la libertad religiosa, y ello precisamente por *el perjuicio económico que puede ser causado al*

empresario. La oposición de tal doctrina jurisprudencial es claramente insuficiente a efectos de concluir si es posible o no justificar la conducta enjuiciada a través del artículo 4.1 de la Directiva.

Empero, dado el carácter restrictivo con el que se ha de interpretar y aplicar el artículo 4¹², que no regula sino excepciones al principio de igualdad de trato, así como la evidencia de que la calidad del servicio prestado por la demandante no se veía afectada de forma objetiva por su vestimenta, parece que el fallo debería haber sido el mismo.

Sí se debería en cambio considerar, en aras de conciliar ambos pronunciamientos, que tales deseos -como interés empresarial abstracto- constituyen fin legítimo que podría justificar la discriminación indirecta. Y es que, no es posible desvincular el seguimiento de una política de neutralidad de la voluntad de la empresa de tener en consideración los deseos de sus clientes, pues la primera es instrumento creado por y para la satisfacción de los segundos. Si el seguimiento de una política de neutralidad es fin legítimo *ex* artículo 2.2.b.i, la finalidad que la misma persigue también ha de serlo.

V. EL RIESGO DE LA DISCRIMINACIÓN AJENA Y LA NEUTRALIDAD COMO POSIBLE CONTENIDO DEL DEBER DE DILIGENCIA.

El uso de símbolos religiosos por parte de empleados durante el desarrollo de sus actividades profesionales puede perjudicar económicamente al empresario. Ese perjuicio puede derivar bien de la disminución de la calidad con la que el trabajador presta el servicio -causada por la concreta forma en que manifiesta sus creencias religiosas-; bien de la manifestación religiosa en sí, es decir, de la pérdida de clientes producida por la expresión de las creencias religiosas del trabajador. El uso de burka por la encargada de las relaciones públicas de una empresa disminuiría objetivamente la calidad del servicio que presta y el empresario podrá alegar que no llevar cubierto el

¹² Así lo señala el considerando 23 de la Directiva refiriéndose al artículo 4.1: «En muy contadas circunstancias, una diferencia de trato puede estar justificada cuando una característica vinculada a la religión o convicciones, a una discapacidad, a la edad o a la orientación sexual constituya un requisito profesional esencial y determinante, cuando el objetivo sea legítimo y el requisito, proporcionado.», habiéndolo apuntado también el TJUE en muchas de sus sentencias, entre otras, las SSTJUE de 13 de septiembre de 2011, Prigge y otros (C-447/09, EU:C:2011:573), apartado 72, y de 13 de noviembre de 2014, Vital Pérez (C-416/13, EU:C:2014:2371), apartado 47. Y en relación con el artículo 2.5, las Sentencias de 12 de enero de 2010, Petersen (C-341/08, EU:C:2010:4), apartado 60; de 13 de septiembre de 2011, Prigge y otros (C-447/09, EU:C:2011:573), apartado 56, y de 12 de diciembre de 2013, Hay (C-267/12, EU:C:2013:823), apartado 46.

rostro constituye en ese caso un requisito profesional esencial y determinante. Sin embargo, cuando el perjuicio económico que el empleador sufre no viene dado por la peor realización del trabajo y se debe a la decisión de terceros de no contratar por la religión del empleado, se plantea la cuestión de quién ha de soportar el riesgo de la conducta discriminatoria de los clientes: el empresario, sufriendo el impacto económico que la pérdida de los mismos acarrearía, o el empleado, desprendiéndose de los símbolos propios de su religión.

Ello parece que ha sido esclarecido por la STJUE, que afirma que el seguimiento de una política de neutralidad por parte de la empresa es fin legítimo susceptible de justificar la discriminación indirecta. La finalidad de tal política no es otra que evitar el perjuicio económico que supondría que ciertos clientes decidieran contratar menos o dejar de contratar con la empresa por las creencias religiosas de sus trabajadores. A su evidencia además coadyuva el que la sentencia reconozca que tal neutralidad únicamente sería exigible a los empleados que fueran a interactuar con los clientes¹³, lo que carecería de sentido si el objetivo de la política fuera otro. Parece que ante la certeza de que un cierto sector actuará de forma discriminatoria y ante la imposibilidad de evitar tal tendencia conductual, se opta por que sean los trabajadores los que soporten el peso de esa discriminación, y ello se traduce en la nuda conclusión de que el empleado ha de desprenderse de los símbolos propios de su religión para evitar ser discriminado y optimizar así su rendimiento.

De lo expuesto se desprende que el empresario no debe cargar el con riesgo de la pérdida de negocio que resulte de la efectiva discriminación que sus potenciales clientes vayan a ejercer, y ello a pesar de que parece más razonable que fuera el sector empresarial y no el individuo quien asumiera el riesgo, absorbiera el daño económico y acabara socializándolo mediante la repercusión que supondría en los precios finales para sus clientes. No sólo asumiría el riesgo el sujeto mejor preparado para afrontarlo, sino que, desde una perspectiva más pública, podría suponer asimismo una legítima imposición para desincentivar la discriminación y potenciar la libertad.

¹³ STJUE asunto C-157/15 (parr. 38) «(...) el deseo de un empresario de ofrecer una imagen neutra ante sus clientes (...) tiene, en principio, un carácter legítimo, en particular cuando el empresario sólo incluye en la persecución de esa finalidad a los trabajadores que, en principio, van a estar en contacto con sus clientes.»

El empresario podrá prohibir a sus empleados que luzcan símbolos religiosos o políticos durante el ejercicio de las funciones propias de su puesto (discriminación indirecta) para evitar que le perjudique que sus clientes los discriminen, pero no se ha aclarado si ello también podría justificar una discriminación directa. Si así fuera, el empresario –consciente de que en la zona en la que opera se discrimina especialmente a los musulmanes- podría prohibir únicamente el uso de símbolos propios de esa religión para evitar que la discriminación a este grupo concreto de personas le afecte negativamente. Parece que tal conducta no podría ampararse en el artículo 4 de la Directiva, pues habría que afirmar que “el no usar símbolos propios de la religión musulmana constituye un requisito profesional esencial y determinante”, y no existe profesión alguna –al margen de las desarrolladas en el seno de empresas de tendencia¹⁴-, en la que ocultar que se es musulmán o musulmana, en concreto, sea una cuestión «(...) *estrictamente necesaria para el desempeño de la actividad profesional*»¹⁵.

Sin embargo, sí que existen prestaciones esencialmente relacionales, como las del mediador, agente o abogado, en las que por la naturaleza del servicio que se presta, podría discutirse si el proyectar una imagen de neutralidad constituye parte de la diligencia que se debe al cliente. Se trata de determinar si en los supuestos en los que la empresa proporcionara uno de esos servicios, la permisión por su parte del uso de símbolos religiosos por los empleados podría tener algún tipo de consecuencias en el ámbito contractual. La STJUE comentada faculta al empresario para exigir neutralidad a sus empleados pero podría optar por no hacerlo, y procede determinar si ello podría suponer en algún caso un incumplimiento contractual con sus clientes. Es decir, si el cliente final –consumidor en hipótesis- podría resolver el contrato con el empresario porque el mediador, por ejemplo, que pretende vender su vivienda, en una zona objetivamente intolerante, utiliza símbolos religiosos patentes ¿Podría considerarse que forma parte de su obligación de actuar diligentemente el no lucir símbolos religiosos y políticos que pudieran disminuir las posibilidades de acercamiento y celebración del

¹⁴ CAMÓS VICTORIA, I. “La gestión de la diversidad religiosa en el ámbito del empleo y de las empresas de tendencia”, *El ejercicio del derecho de libertad religiosa en el marco laboral*, CAMAS RODA, F. (Coord.), Editorial Bomarzo, Albacete, 2016, p.60: «(...) un límite legítimo el ejercicio del derecho fundamental de expresión del trabajador y de defensa de sus propias ideas, puede derivar de su ingreso voluntario en una organización productiva “de tendencia”, en el que el respeto a esta tendencia puede considerarse como una exigencia organizativa y como una salvaguarda de la subsistencia de la estructura empresarial».

¹⁵ Párrafo 96 de las conclusiones de Eleanor Sharpston, abogada general del caso C-188/15.

contrato? ¿Podría la expresión de esos símbolos facultar al cliente para resolver el contrato que celebró con la empresa?

Hasta ahora se ha afirmado que un empresario puede restringir la expresión religiosa de sus trabajadores por unas pérdidas potenciales de clientes –y de ingresos-. Ello se proyecta, conceptualmente, en una fase precontractual, en la que el cliente *discriminador* sencillamente no contrataría con tal empresa. Pero no es lo mismo asumir pérdidas por no contratar, que incumplir contratos perfeccionados.

Cabría entender que efectivamente supone un componente esencial de la prestación diligente para este tipo de obligaciones de hacer proyectadas en la relación –y, en cierto sentido, captación de simpatías y voluntades- de otros. Se plantea con este argumento, por ejemplo, el alcance de la obligación de actuación diligente del mediador, y, en general, de todo sujeto obligado contractualmente a procurar la colaboración o acercamiento de un tercero.

Todo lo anterior podría enfrentarse al límite de la moral o incluso del orden público, que se identifica con los valores y principios esenciales del sistema¹⁶, pues supondría configurar un incumplimiento que asumiera la discriminación como referencia efectiva. Si se considerara que el derecho fundamental a la libertad religiosa admite tal incumplimiento contractual, habría de aceptarse también que en el seno de contratos similares se exigiera al prestador del servicio que ocultara –con su conducta y vestimenta- cualquiera de sus tendencias o posicionamientos ideológicos, religiosos y personales –como su orientación sexual- si la persona cuya colaboración se requiriera discriminara por alguno de esos motivos. Ello supondría que ante la posibilidad- o probabilidad- de que un sujeto sea discriminado, éste debería optar bien por ocultar aquéllos rasgos de su personalidad por los que pueda ser discriminado bien por incurrir en incumplimiento contractual.

Parece, por tanto, que existen ciertas conductas –como la manifestación de creencias religiosas- que han de tolerarse en el seno de toda relación contractual en aras de la libertad, de la no discriminación, de la igualdad y del libre desarrollo de la

¹⁶ «el respeto a los derechos fundamentales y libertades públicas garantizadas por la Constitución es un componente esencial del orden público» Tribunal Constitucional (Sala Segunda), STC 19/1985, de 13 de febrero, [RTC 1985/19] y en el mismo sentido, el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), STS 706/1992, de 9 de julio, [RJ 1992/6273].

personalidad –como contenidos del orden público *ex* 1255 CC-, no pudiendo en ningún caso suponer un incumplimiento por parte del que las realiza ni, por tanto, amparar el ejercicio de ninguna facultad que pudiera tener su realización como presupuesto, en especial la resolución de un contrato por un incumplimiento que no lo es.

JURISPRUDENCIA CITADA

Jurisprudencia comunitaria

Número y fecha	Asunto	Magistrado Ponente/Presidente
STEDH de 10 de noviembre de 2005	44774/1998	<i>L. Wildhaber</i>
STJUE de 12 de enero de 2010	341/08	<i>K. Lenaerts</i>
STJUE de 12 de octubre de 2010	499/08	<i>V. Skouris</i>
STJUE de 13 de septiembre de 2011	447/09	<i>V. Skouris</i>
STEDH de 15 de enero de 2013	48420/10	<i>David Thór Björgvinsson</i>
STJUE de 12 de diciembre de 2013	267/12	<i>T. von Danwitz</i>
STJUE de 13 de noviembre de 2014	416/13	<i>R. Silva de Lapuerta</i>
STJUE de 14 de marzo de 2017	157/15	<i>K. Lenaerts</i>
STJUE de 14 de marzo de 2017	188/15	<i>K. Lenaerts</i>

Jurisprudencia nacional

Tribunal, N° de resolución y Fecha	Sección ó Sala	Magistrado Ponente
STC 19/1985, de 13 de febrero	Sala Segunda	<i>Jerónimo Arozamena Sierra</i>
STS 706/1992, de 9 de julio	Sala Primera	<i>Jaime Santos Briz</i>
STS 308/2001, de 23 de enero	Sección Primera	<i>Mariano Sampedro Corral</i>

BIBLIOGRAFÍA

CAMÓS VICTORIA, I. “La gestión de la diversidad religiosa en el ámbito del empleo y de las empresas de tendencia”, *El ejercicio del derecho de libertad religiosa en el marco laboral*, CAMAS RODA, F. (Coord.), Editorial Bomarzo, Albacete, 2016, pp. 58-63.

CONTRERAS MAZARÍO, J.M. *La igualdad y la libertad religiosas en las relaciones de trabajo*, Ministerio de Justicia. Secretaría General Técnica, Madrid, 1991, pp. 282-287.

GIL GIL, JL. “Poder directivo y apariencia externa del trabajador”, *Relaciones Laborales*, N° 19/20, Sección Monografías, Año XXI, Editorial LA LEY, Octubre 2005.

SALAS PORRAS, M. “Ponderación y modulación del ejercicio del derecho a la libertad religiosa en el contexto obligacional laboral: una mirada a la jurisprudencia española”, *Revista crítica de historia de las relaciones laborales y de la política social*, n° 9, 2014, pp. 40-48.

VALDÉS DAL-RÉ, F. en “Libertad religiosa y contrato de trabajo”, *Las transformaciones del derecho de trabajo en el marco de la Constitución Española*, Editorial LA LEY, Madrid, 2006, pp. 13-18.