



UNIVERSIDADE DA CORUÑA

Facultad de Derecho

Trabajo de
fin de grado

Despido laboral por el uso del velo islámico

Sara Barcia Rodríguez

Tutor: Rafael Colina Garea

**Doble Grado en Administración y Dirección de Empresas y
Derecho**

Año 2017

ÍNDICE

Abreviaturas.....	p.3
Supuesto de hecho.....	p.5
I. Consideraciones previas.....	p.6
II. Estudio sobre la interposición de la demanda, argumentación y análisis de la procedencia o improcedencia del despido.	p.6
1. Base jurídica para interponer la demanda.....	p.6
2. Argumentos defensa Laura González.....	p.10
3. Análisis de la procedencia o improcedencia del despido.....	p.13
III. Estudio sobre la interposición de la demanda por daños y perjuicios psicológicos contra Maca S.A.....	p.17
IV. Estudio sobre la utilización del burka o nikab en el puesto de trabajo.....	p.23
1. Tratamiento del velo islámico integral en España y en Europa.....	p.23
2. Velo islámico integral como posible símbolo religioso.....	p.24
3. Velo islámico integral en el ámbito laboral.....	p.26
V. Estudio sobre la utilización de la kipá judía y de la cruz cristiana en el puesto de trabajo.....	p.27
1. Análisis sobre la kipá judía.....	p.27
2. Análisis sobre la cruz cristiana.....	p.28
VI. Análisis de las posibles vías para demandar a la asociación para la defensa del velo islámico y sus perspectivas de éxito.....	p.32
1. Vía de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal para demandar a la asociación para la defensa del velo islámico.....	p.32
A). Ámbito subjetivo.....	p.33
B). Ámbito objetivo.	p.33
C). Calificación del acto y acciones derivadas de la competencia desleal.....	p.36
2. Vía de la responsabilidad civil extracontractual para demandar a la Asociación para la Defensa del Velo Islámico.....	p.40
3. Vía de la responsabilidad por la LO 1/1982, de 5 de mayo, para demandar a la Asociación para la Defensa del Velo Islámico.....	p.41
VII. Conclusiones finales.....	p.43
VIII. Bibliografía.....	p.45
IX. Jurisprudencia.....	p.49

ABREVIATURAS

AA.VV	Autores Varios.
art.	Artículo.
CC	Real Decreto de 24 de julio de 1889, texto de la edición del Código civil mandada publicar en cumplimiento de la Ley 26 de mayo último.
CE	Constitución Española de 1978.
CEDHLF	Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.
CP	Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.
dir.	Director.
Directiva 2000/78	Directiva 2000/78/CE del Consejo de 27 de noviembre de 2000.
Ed.	Editorial.
ET	Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.
FJ	Fundamento Jurídico.
LCD	Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal.
LGSS	Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.
LO 1/1982	Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.
LO	Ley Orgánica.
LOTC	Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional.
LRJS	Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora Jurisdicción Social.
p.(pp.)	página(s).
SJS	Sentencia del Juzgado de lo Social.
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional.

STEDH	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
STS	Sentencia del Tribunal Supremo.
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia.
TC	Tribunal Constitucional.
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
TS	Tribunal Supremo.
TSJ	Tribunal Superior de Justicia.

SUPUESTO DE HECHO

Laura González, nacida en Lugo hace 30 años, trabaja como dependienta en los almacenes de ropa Maca, S.A., empresa que exige el uso de uniforme a sus trabajadores.

A mediados de verano, Laura decide casarse con su novio Alí, nacido en Marruecos y musulmán. A raíz de su matrimonio, Laura se convierte al islam, por lo que decide adoptar el uso de velo islámico (hiyab) en todos los ámbitos de su vida.

Antes de ir a trabajar por primera vez con el velo islámico, Laura decide hablar con Sandra López, encargada de recursos humanos, y le comenta la situación, a lo que esta última le asegura que no hay ningún tipo de problema ni impedimento en que use el velo islámico en el lugar de trabajo.

Laura González sigue desempeñando su trabajo como había hecho siempre. Sin embargo, “la atmósfera laboral” cambia y las relaciones con el resto de sus compañeros se vuelven muy tensas. Laura recibe burlas, comentarios a sus espaldas y quejas de sus compañeros, lo que le ocasiona una serie de episodios de ansiedad que influyen en su rendimiento laboral.

Tras una semana utilizando velo islámico en el trabajo, Sandra llama a Laura para comentarle que su jefe directo le había explicado que la política de la empresa prohibía cualquier tipo de indumentaria que no formase parte del uniforme.

Laura trató de explicar que el velo islámico no era una simple indumentaria, sino algo que simbolizaba su fe y su religión, y que era perfectamente equiparable su elección de usar hiyab a la de sus otros compañeros, que portaban colgantes de cruces en alusión a la religión cristiana. Sin embargo, Sandra reiteró su postura y le informó tajantemente de que el incumplimiento de las normas de la empresa podría acarrear en una sanción o amonestación e incluso el despido, tal y como estaba estipulado en la normativa interna de la empresa.

Pese a esto, Laura siguió usando el velo islámico, y, tras recibir varias sanciones y seguir desobedeciendo las indicaciones de Sandra, recibe finalmente una carta de despido alegando falta de disciplina y bajo rendimiento.

A raíz de esta situación, semanas después, Laura, que sufre de nuevo episodios de ansiedad que cada vez se agudizan más, decide acudir al médico donde le diagnostican depresión aguda.

A su vez, y durante esas semanas, la Asociación para la Defensa del Velo Islámico emprende una campaña de boicot a los productos distribuidos por Maca, S.A., lo que conlleva un descenso de las ventas de la sociedad del 50%.

Tras consultar con un abogado, Laura decide emprender acciones legales contra la empresa Maca, S.A., alegando despido improcedente por razones de discriminación religiosa. La empresa, por su parte, contacta con sus abogados para emprender acciones contra la Asociación para la Defensa del Velo Islámico.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS.

A lo largo de la exposición el lector va a encontrar diferentes materias dentro de las cuales se desarrollan distintas cuestiones.

Respecto al derecho constitucional se analizará en concreto el derecho fundamental a la libertad religiosa en el ámbito laboral frente a los derechos de los que disfruta el empresario en el marco de su actividad. El derecho de libertad religiosa se tratará con objeto de analizar los diversos símbolos que podría portar el trabajador ya sea el *hiyab*, el *burka*, el *niqab*, la *kipá* y la cruz cristiana.

Respecto al derecho laboral se examinará la calificación del despido de la empleada. Además se estudiarán los posibles daños y perjuicios psicológicos que Laura habría sufrido.

Respecto al derecho mercantil, se analizará si Maca S.A podría presentar una demanda contra la Asociación para la Defensa del Velo Islámico bajo el marco de la Ley de Competencia Desleal.

Respecto al derecho civil, se estudiará la posibilidad de presentar una demanda por parte de Maca S.A contra la Asociación para la Defensa del Velo Islámico por responsabilidad civil extracontractual.

II. ESTUDIO SOBRE LA INTERPOSICIÓN DE LA DEMANDA, ARGUMENTACIÓN Y ANÁLISIS DE LA PROCEDENCIA O IMPROCEDENCIA DEL DESPIDO.

1. Base jurídica para interponer la demanda.

Antes de comenzar es necesario conceptualizar y diferenciar la variedad de prendas religiosas, con el fin de identificar cada una de ellas correctamente en cada uno de los apartados a tratar. A grandes rasgos, debemos distinguir entre el *hiyab* que se refiere a un velo que permite dejar completamente visible la zona de la cara, el *chador*, que se refiere al vestido entero hasta los pies, que cubre la cabeza y deja el rostro a la vista, el *niqab* que cubre el cuerpo dejando libre únicamente la zona de los ojos y el *burka*, prenda que cubre a la mujer por entero y en la zona de los ojos se cubre con una rejilla.¹

La utilización del velo islámico ha sido fuente de conflicto en diversas áreas, siendo la más conocida el ámbito de la educación llegando a tener que pronunciarse el TEDH en diversas ocasiones. Sin embargo, ha sido también un tema debatido en relación con el ámbito sanitario o con el ámbito laboral, tanto público como privado². El derecho en este ámbito es, como se ha señalado en numerosas ocasiones por la doctrina, un derecho fundamentalmente jurisprudencial, un derecho de casos.³

¹ GARCÍA VÁZQUEZ, S. “El derecho a la libertad religiosa y el uso del velo islámico. Marco constitucional, normativo y jurisprudencial”. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, nº17, 2013, p.377.

² MOTILLA DE LA CALLE, A. “El problema del velo islámico en Europa y en España”. *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, nº20, 2004, p.119.

³ CÁMARA BOTÍA, A. “La libertad de vestir del trabajador”. *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, nº6, 2013, p.17.

Para comenzar, es necesario tener presente que la libertad religiosa constituye un derecho fundamental recogido no sólo a nivel constitucional, sino también a nivel europeo y mundial. Para más detalle, el contenido esencial del derecho a la libertad religiosa protege el “derecho a actuar según las propias convicciones y a manifestar las creencias religiosas”⁴.

La Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas 217 A (III), el 10 de diciembre de 1948 en París, refleja en su artículo 18 el derecho que tiene toda persona a “la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de cambiar de religión o de creencia, así como la libertad de manifestar su religión o su creencia, individual y colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia”.

La protección de la libertad religiosa, también encuentra su amparo en el Pacto Internacional de Derechos civiles y Políticos, adoptado y abierto para ser firmado, ratificado y adherido el día 16 de diciembre de 1966, en el artículo 18⁵, elaborando el Comité para los Derechos Humanos, respecto al referido precepto, un Comentario bastante extenso en el que se refleja que “la observancia y la práctica de la religión o de las creencias pueden incluir no sólo actos ceremoniales sino también costumbres tales como la observancia de normas dietéticas, el uso de prendas de vestir o tocados distintivos (...)”⁶, señal de que la libertad religiosa, recoge también la protección hacia los símbolos y prendas religiosas⁷. Motilla en relación con la STS de 14 de febrero de 2013 (RJ 2013, 2613) que traeremos a colación posteriormente, define como símbolos religiosos “aquellos llevados por la persona como manifestación de su identidad y pertenencia religiosa”⁸. Es por ello que la utilización de símbolos religiosos se entiende como una manifestación del derecho fundamental de la libertad religiosa.

El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (en adelante CEDH) regula la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión en su artículo 9, expresando literalmente que “toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho implica la libertad de cambiar de religión o de convicciones, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, por medio del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos”. Asimismo el CEDH hace alusión a la prohibición de discriminación por motivos religiosos en su artículo 14.

También constituye un importante referente a nivel europeo, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que regula en su artículo 10, la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, teniendo el derecho de toda persona a la

⁴ MOTILLA DE LA CALLE, A. “El problema del velo islámico...”, cit. p. 119.

⁵ “Artículo 18: 1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección, así como la libertad de manifestar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, mediante el culto, la celebración de los ritos, las prácticas y la enseñanza. 2. Nadie será objeto de medidas coercitivas que puedan menoscabar su libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección. 3. La libertad de manifestar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos, o los derechos y libertades fundamentales de los demás (...).”

⁶ Observación General núm. 22, apartado 4.

⁷ MOTILLA DE LA CALLE, A. “Vestimentas y símbolos religiosos en el Derecho laboral español”. *Derecho y religión*, nº11, 2016, p. 254.

⁸ MOTILLA DE LA CALLE, A. “Vestimentas y símbolos religiosos...”, cit. p. 256.

libertad de religión, en términos similares al CEDH. Asimismo prohíbe en su artículo 21 toda discriminación y en particular, “la ejercida por razón de (...) religión o convicciones”.

Aunque la regulación a nivel internacional y europeo contiene en sus disposiciones más importantes una alusión a la libertad religiosa, no existe una legislación específica sobre los símbolos en las empresas privadas.⁹ Ha adquirido relevancia la Directiva 2000/78/CE del Consejo de 27 de noviembre de 2000¹⁰, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, que tiene por objeto establecer un marco general para luchar contra la discriminación por motivos, entre otros, de religión o convicciones en el ámbito del empleo y la ocupación¹¹, manifestando en el artículo segundo, apartado segundo, dos conceptos que es menester traer a colación:

- En primer lugar, establece lo que se entiende por discriminación directa, existiendo esta, y cito textualmente, “cuando una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra en una situación análoga por alguno de los motivos mencionados en el artículo 1” siendo uno de ellos la religión. Aunque la Directiva 2000/78 no define el concepto de religión, basta con remitirse a la normativa mencionada anteriormente, para realizar una interpretación amplia del término “religión”, cubriendo tanto “el *forum internum*, a saber, el hecho de tener convicciones, como el *forum externum*, a saber, la manifestación pública de la fe religiosa”¹².
- En segundo lugar, entiende por discriminación indirecta “cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pueda ocasionar una desventaja particular a personas con una religión o convicción (...) determinadas, respecto de otras personas (...)”. Si bien establece en una de sus salvedades, que la disposición, práctica o criterio anterior se podría justificar mediante la existencia de una finalidad legítima, y siempre que los medios para la obtención de la finalidad sean adecuados o necesarios.

Por último y para terminar con el marco regulatorio, la Constitución Española¹³ refleja el factor religioso en dos preceptos íntimamente ligados, que figuran recogidos en el Capítulo Segundo, Título I. El primero de ellos, es el artículo 16.1 que reconoce de la siguiente manera que: “Se garantiza 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”. Nos encontramos ante un derecho fundamental vinculado a la dignidad del ser humano, perteneciendo su titularidad a toda persona. Y el segundo de ellos es el artículo 14, donde expresa en relación con el principio de igualdad religiosa, que “los españoles son iguales ante la Ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de (...) religión”. En el ámbito laboral, el derecho a la libertad religiosa del artículo 16 no puede

⁹ MOTILLA DE CALLE, A. “Vestimentas y símbolos religiosos...”, cit. p. 263.

¹⁰ DOUE núm. 303, de 2 de diciembre de 2000; en adelante, Directiva 2000/78/CE. Esta directiva ha sido transpuesta al ordenamiento español a través de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social (BOE núm. 313 de 31 de diciembre de 2003).

¹¹ Artículo 1 Directiva 2000/78/CE.

¹² STJUE Caso GS Secure Solutions, 14 marzo 2017 (TJCE 2017, 23) Fundamento 28.

¹³ BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978; en adelante CE.

ser alejado del tratamiento no discriminatorio del artículo 14¹⁴. Se parte de la premisa de que, como expresa Barrero Ortega, la libertad religiosa no es factible, si su ejercicio puede acarrear perjuicios a quienes la ejerzan o sitúen a quienes los padecen en una situación de desventaja¹⁵.

El derecho de libertad religiosa, en cuanto derecho subjetivo, tiene dos dimensiones, una interna y otra externa¹⁶. Según expresa la STC 11 de noviembre de 1996 (RTC 1996, 177)¹⁷ en su FJ 9º, la interna se fundamenta en un “claustró íntimo de creencias y, por tanto un espacio de autodeterminación intelectual ante el fenómeno religioso, vinculado a la propia personalidad y dignidad individual” y la dimensión externa se basa en la manifestación de esas creencias - un “*agere licere*” - que permite a los ciudadanos “actuar con arreglo a sus propias convicciones y mantenerlas frente a terceros” que se traduce “en la posibilidad de ejercicio, inmune a toda coacción de los poderes públicos, de aquellas actividades que constituyen manifestaciones o expresiones del fenómeno religioso”.¹⁸ Asimismo Jaime Rosell sólo habla de la existencia de límites a la dimensión externa, no a la interna, por tener ésta última un carácter prácticamente ilimitado. Es pues, en la dimensión externa de la libertad religiosa, donde encuentra su lugar, la utilización de vestimentas religiosas en el ámbito laboral, en este caso el hiyab¹⁹.

Esta doble dimensión conlleva la protección tanto de la vertiente positiva como de la vertiente negativa, es decir tanto la manifestación de sus creencias y su comportamiento respecto a las mismas, de forma individual o colectiva, pública o privada, en la vertiente positiva, como en la vertiente negativa de la esfera de autonomía interna del propio sujeto, para profesar la creencia que desee, o elegir no profesar ninguna²⁰.

En el ámbito laboral, este derecho forma parte de los denominados derechos constitucionales laborales inespecíficos, por no ser éstos específicos de la relación laboral propiamente dicha (sí serían específicos, por ejemplo, el derecho a la huelga y a la libertad sindical²¹), pero sí se permite el ejercicio de los mismos en la dimensión laboral. Son derechos del ciudadano – trabajador que ejerce como trabajador – ciudadano²². Junto con la libertad ideológica y religiosa, se engloban en el mismo la libertad de expresión y la igualdad y no discriminación, entre otros.

La plena vigencia de los derechos laborales inespecíficos en la relación laboral viene establecida según la doctrina constitucional de la eficacia horizontal de los derechos y libertades fundamentales (doctrina *Drittwirkung*), que permite que sean ejercitados no

¹⁴ SALIDO LÓPEZ, M.M. “Libertad religiosa y no discriminación en el ámbito laboral en España: legislación y convenios colectivos”. *Derecho y religión*, nº11, 2016, p. 168.

¹⁵ BARRERO ORTEGA, A. *La libertad religiosa en España*. Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid 2006, p. 138.

¹⁶ STC 5 noviembre 2011 (RTC 2011, 34).

¹⁷ Véase también STC 2 junio 2004 (RTC 2004, 101).

¹⁸ ROSSELL GRANADOS, J. “Imprudencia de sanción laboral por uso de vestimenta religiosa”. *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, nº 11, 2003. p.3.

¹⁹ SJS Palma de Mallorca 6 febrero 2017 (AS 2017,8).

²⁰ SALIDO LÓPEZ, M. M. “Libertad religiosa y no discriminación...”, cit. p.171.

²¹ GONZÁLEZ-CASTRO, G. G. “Libertad religiosa y contrato de trabajo en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: una propuesta armonizadora”. *Lex Social: revista de los derechos sociales*, nº1, 2016, p. 327.

²² PALOMEQUE LÓPEZ, M. C. y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M. *Derecho del Trabajo*. Ed. Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid 2016, p. 104.

sólo frente a los poderes públicos, sino también en el ámbito de las relaciones privadas.²³

Lo anterior, conecta con la fundamentación de nuestro TC, en la STC 19 julio 1985 (RTC 1985, 88), estableciendo que “la celebración de un contrato de trabajo no implica en modo alguno la privación para una de las partes, el trabajador, de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano”. Continúa expresando el TC que “ni las organizaciones empresariales forman mundos separados y estancos del resto de la sociedad ni la libertad de empresa que establece el artículo 38 del texto constitucional legitima el que quienes presten servicios en aquélla por cuenta y bajo la dependencia de sus titulares deban soportar despojos transitorios o limitaciones injustificadas en sus derechos fundamentales y libertades públicas, que tiene un valor central y nuclear en el sistema jurídico”. Todo lo anterior se trae a colación por ser similar al caso en cuestión, si bien, aunque en la Sentencia de 19 de julio de 1985 nos encontramos ante una vulneración de un derecho fundamental, no es éste el de libertad religiosa, sino el de libertad de expresión, pero por ser ambos derechos fundamentales, la argumentación parece apropiada para el caso en cuestión.

Es por todo lo expuesto por lo cual Laura González dispone de una base jurídica para poder interponer demanda para defender los derechos fundamentales constitucionalmente protegidos, que no pierden su esencia por el hecho de encontrarse en el marco de una relación laboral.

2. Argumentos defensa Laura González.

Para establecer la argumentación de Laura debemos realizar una interpretación de los hechos, puesto que existen términos que no resultan claros, ya que lo único que sabemos es que la empresa exige la utilización de uniforme.

Por un lado, partiremos de la base de que la norma que establece la empresa se fundamenta en imponer un uniforme determinado considerándolo algo meramente estético en ejercicio de su derecho a la libertad de empresa (art.38 CE) y con objeto de ofrecer una buena imagen corporativa.

Para fundamentar la defensa de Laura, es necesario comenzar por la ponderación que probablemente realizaría el tribunal entre el derecho de la empresa y el derecho de Laura a manifestar su religión, para que la misma se incline hacia la trabajadora. Laura en este caso debería basar su defensa en que la empresa no habría sufrido perjuicio alguno a su imagen empresarial ni pérdida de clientela por el hecho de que portase el hiyab. De igual modo, tampoco se observaría la existencia de motivos de seguridad o salud que permitan limitar el ejercicio de su derecho.

Es de destacar un supuesto que merece especial mención por su similitud con el caso presente. El Juzgado de lo Social de Palma de Mallorca en la Sentencia de 6 de febrero de 2017 (AS 2017, 8), estima una demanda interpuesta por una trabajadora contra su empresa (Acciona Airport Services S.A.U.) constituyendo un hito importante en nuestro marco jurisprudencial, puesto que el tribunal dictamina a favor de la trabajadora “considerando que el uso del hiyab es una manifestación de la creencia religiosa de la

²³ CARO MUÑOZ, A. I. y CUEVA PUENTE, M. C. “Multiculturalismo y contrato de trabajo. Algunos desafíos de la integración laboral de los extranjeros en España”. *Revista jurídica de Castilla y León*, nº9, mayo 2006, pp. 253-254.

trabajadora, que la empresa no mantiene ninguna política de neutralidad religiosa obedeciendo la prohibición impuesta a aquélla a una exigencia meramente estética, que no es comparable el uso de meros adornos a la utilización en este caso del velo, y que no se ha siquiera invocado ni acreditado por la empresa la causación de perjuicio alguno en su imagen derivado del uso del hiyab, sin que además hubiera en la empresa norma prohibitiva alguna, pues el manual de imagen personal y uniformidad, tantas veces reclamado a la empresa por la propia trabajadora y por miembros del Comité de empresa y no entregado, no puede tenerse por existente a la fecha del inicio del conflicto y durante el mismo, lo que ha sido asimismo aceptado por la empresa -manual que no prohíbe además el uso de símbolos religiosos-”. Es por todo lo anterior por lo que el tribunal resuelve que se ha producido discriminación con la consiguiente lesión al derecho a la libertad religiosa de la empleada (discriminación que también se refleja en el caso de Laura). Es ésta conclusión del tribunal, un acierto para la argumentación de nuestra trabajadora.

De igual modo en la Sentencia del TSJ de Islas Baleares de 9 de septiembre de 2003 (AS 2003, 2) se presenta un supuesto conflictivo en el cual un empleado de la Empresa Municipal de Transportes utiliza una gorra para cubrirse la cabeza por motivos religiosos (practicante de la religión judía, religión que considera necesario mantener la cabeza cubierta para mostrar respeto), no figurando la misma incluida dentro de lo que la empresa considera el uniforme laboral. El TSJ expresa que no consta que la conducta llevada a cabo por el empleado haya causado daños o menoscabos a la imagen de la empresa, incidentes, trastornos ni perjuicios durante la ejecución del servicio. Es por ello que concluye que no se ve ningún motivo que justifique “herir los sentimientos religiosos de uno de sus empleados constitucionalmente tutelados”.

Además como establece Agustín Motilla²⁴ también hay que considerar, la buena fe que obliga al empresario a valorar los derechos fundamentales de los empleados, y tratar de acomodarlos siempre que ello no le perjudique gravemente y sea posible una correcta adaptación. La jurisprudencia estadounidense ha utilizado la llamada doctrina de la acomodación razonable (reasonable accommodation), para adaptar y coordinar las necesidades empresariales a los derechos del trabajador²⁵. Para ello, el trabajador debería acreditar tres requisitos: tenencia de una creencia religiosa de buena fe que colisiona con las obligaciones derivadas del contrato, informar al empresario de la existencia de la creencia y, que se le haya sancionado por ese motivo. Posteriormente será el empresario el que deba demostrar que no es posible una acomodación razonable por ocasionar un gravamen excesivo. Como expresa Panizo Romo de Arce “consistirá pues, en tomar las medidas razonables para evitar que las personas competentes y aptas para desempeñar su trabajo, sean injustamente excluidas a causa de una característica personal, que no tiene relación con la ejecución y el desempeño eficaz de las responsabilidades profesionales”. A esta acomodación también se hace referencia en la STEDH en el Caso Eweida y otros contra Reino Unido, de 15 de enero de 2013 (TEDH 2013, 12) que trataremos a posteriori, mencionado que “dada la importancia en una sociedad democrática de la libertad de religión, el Tribunal considera que, cuando una persona alega una restricción a la libertad de religión en el lugar de trabajo, en lugar de declarar que la posibilidad de cambiar de trabajo evitaría cualquier injerencia con el

²⁴ MOTILLA DE LA CALLE, A. “Vestimentas y símbolos religiosos...”, cit. p. 274.

²⁵ PANIZO ROMO DE ARCE, A. “Relación laboral y discriminación religiosa”. *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº177, 2015, pp. 3 y 4.

derecho, la mejor aproximación sería sopesar la posibilidad de considerar en el balance total si la restricción era proporcionada o no” (párr.83).

En el caso de Laura, no fue posible comunicar a la empresa previa contratación, su adhesión a una serie de creencias religiosas que implicaban una vestimenta determinada, ya que ésta se produjo a posteriori, una vez se encontraba en el curso de su contrato laboral. Pero sí existió buena fe en el aspecto de que realizó una comunicación a su superior de las circunstancias en las que se encontraba, buscando un correcto acomodo que el empresario a posteriori no le proporcionó ni valoró.

Un buen apoyo jurisprudencial es la STEDH en el Caso Eweida y otros contra Reino Unido, de 15 de enero de 2013 (TEDH 2013, 12) en la cual una auxiliar de vuelo de la compañía aérea privada British Airways, demanda a la empresa, por considerar que sufre una discriminación indirecta, que impedía manifestar su derecho fundamental a la libertad religiosa en virtud del artículo 9 del CEDH. En este caso, como en el que estamos conociendo, se exigía a todos los empleados en contacto con el público, que llevasen uniforme, manifestando que, debería quedar cubierto todo aquel accesorio o prenda de vestir que el empleado portase por motivos religiosos, y, en el supuesto de que fuese imposible, se requería la aprobación a través de la jefatura. En un primer momento, se dio autorización a una serie de símbolos religiosos (por citar alguno, se permitió a los hombres sijs llevar turbante y mostrar una pulsera sij y a las mujeres musulmanas llevar hijab), entre los cuales no figuraba la cruz cristiana que portaba la demandante. Cuando la compañía decide modificar el uniforme, la cruz que portaba saltaba a la vista, siendo requerida por sus superiores para retirarla. Después de una serie de contactos mutuos entre la compañía y la empleada, llegando a ser enviada a casa sin sueldo por no cumplir con la normativa, el revuelo saltó a la prensa, lo que provocó que British Airways modificase su política, autorizando la cruz cristiana. Sin embargo, la empresa no indemnizó a la trabajadora por los ingresos perdidos durante el tiempo que decidió no acudir al trabajo. Finalmente el TEDH da la razón a la empleada, considerando que no se había protegido por parte de las autoridades nacionales de manera suficiente el derecho de la demandante a manifestar su religión, concediendo demasiado peso al deseo de la empresa de proyectar una cierta imagen corporativa.

Laura en base a todo lo anterior debería fundamentar que no se habría ocasionado perjuicio de ningún tipo a la empresa por el hecho de que porte el hiyab, que ni la imagen empresarial ni la clientela habrían sufrido daños, ni que tampoco existían motivos de seguridad o higiene que impidiesen que la empleada utilizase el hiyab.²⁶ Sí se daría en el caso planteado por la Señora Chaplin²⁷ por el riesgo que suponía portar un símbolo religioso (en ese caso una cruz cristiana) en el ámbito hospitalario, o incluso cuando se trata de manipular una determinada maquinaria o instrumental que pudiera poner en peligro su seguridad o la de las personas que se encuentren a su alrededor. No se justifica que hayan sufrido ni la actividad laboral ni los intereses de la empresa por el uso del velo islámico por parte de la empleada.

Retomando el punto anterior, no existe ninguna justificación objetiva y razonable de la medida empresarial, la empresa no sufre ningún tipo de daño aparente, ni disminuye sus ingresos, ni su clientela, ni se fundamenta en motivos de salud pública u orden público y además existe buena fe por parte de la empleada algo que Laura debería argumentar

²⁶ MOTILLA DE LA CALLE, A. “El problema del velo islámico...”, cit. p. 120.

²⁷ STEDH en el Caso Eweida y otros contra Reino Unido, 15 enero 2013 (TEDH 2013, 12).

para conseguir que la ponderación se incline hacia su derecho fundamental a la libertad religiosa.

Por otro lado, con objeto de contemplar todas las posibilidades y al contrario que lo anterior, en donde se deja al margen cualquier involucración de la religión de la empresa, si se manifestase que la política general de uniformidad prohíbe símbolos religiosos de manera expresa y además se basa en ofrecer expresamente y de manera firme una imagen neutra respecto a la religión, debería de hacerlo de manera congruente, sistemática e indiferenciada. En este caso Laura debería basar su defensa en el hecho de que la motivación de la empresa respondería únicamente a situarla en una postura discriminatoria por razón de su religión en el ámbito laboral, puesto que existe una cercana relación de causalidad entre su manifestación externa del derecho fundamental y la prohibición de la empresa (a la vista de que parece creada ad hoc para el supuesto de Laura). La prohibición no se estaría persiguiendo de forma congruente ni sistemática, ni se habría establecido un régimen general e indiferenciado. Lo apreciamos también en el hecho de que se les permite portar símbolos religiosos en alusión a la religión cristiana al resto de sus compañeros, sin ser sancionados al respecto.

Ya lo viene afirmando la doctrina, la existencia de un tratamiento distinto de los símbolos musulmanes respecto a otros símbolos de religiones asentadas (véase la cruz cristiana o el yamulke judío) es, en palabras de Motilla “una discriminación no justificable en nuestro ordenamiento”²⁸. Se estaría vulnerando así el derecho fundamental de libertad religiosa de Laura en su vertiente de no discriminación por razón de religión.

3. Análisis de la procedencia o improcedencia del despido.

La extinción del contrato de trabajo, conlleva la ruptura del vínculo jurídico – laboral, lo que implica el cese de las prestaciones por ambas partes, y en definitiva, el cese de la relación laboral.²⁹ Nos encontramos ante una extinción por voluntad unilateral del empresario, siendo identificadas las causas que llevan a su extinción con el término de *despido*.³⁰

En primer lugar, para analizar la calificación del despido, demos remitirnos al Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores³¹ y a la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social.³² Debemos recordar que nos hallamos ante un despido procedente (art.55.4 ET y art.108.1 LRJS) cuando conste correctamente acreditado el incumplimiento que alega el empresario en su escrito de comunicación. El hecho de que el incumplimiento anterior no quede acreditado, o se hubieren incumplido los requisitos formales del art. 55.1 ET nos llevaría a calificar el despido como improcedente (art.55.4 y art.108.1 LRJS).

Si bien, lo que nos interesa en este momento, es la calificación del despido como nulo, que viene tipificado en el art. 55.5 ET y en el art.108.2 LRJS. Ambas normativas establecen una serie de supuestos para poder calificar el despido como nulo, pero hemos

²⁸ MOTILLA DE LA CALLE, A. “El problema del velo islámico...”, cit. p. 129.

²⁹ BARBANCHO TOVILLAS, F. “La extinción del contrato de trabajo”, en AA.VV *Derecho del trabajo*. J. I. García Ninet (dir). Ed. Aranzadi, S.A. Pamplona 2014, p. 965.

³⁰ BARBANCHO TOVILLAS, F. “La extinción del contrato de trabajo”, cit. p. 968.

³¹ BOE núm. 255, de 24 de octubre de 2015; en adelante ET.

³² BOE núm. 245, de 11 de octubre de 2011; en adelante, LRJS.

de quedarnos con que “será nulo el despido que tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la ley, o bien se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador”.³³

La primera de las causas de nulidad se refiere a la discriminación por alguna de las causas “prohibidas en la Constitución o en la Ley”. Lo que nos lleva a conectar esta parte del precepto con el art. 14 CE y con la versión laboral del mencionado precepto en el ET, en concreto, en el artículo 4.2 apartado c), se expresa que, en la relación de trabajo, los trabajadores tienen derecho a no ser discriminados directa o indirectamente una vez empleados, por razones de religión o convicciones. Igualmente bajo la rúbrica de “No discriminación en las relaciones laborales”, del artículo 17 ET, se alude, en su apartado primero que “se entenderán nulos y sin efecto los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que den lugar en el empleo, así como en materia de retribuciones, jornada y demás condiciones de trabajo, a situaciones de discriminación directa o indirecta desfavorables por razón de (...) religión o convicciones (...) dentro del Estado español”. Por consiguiente, el despido cuyo móvil discriminatorio se base en las creencias religiosas del trabajador será calificado como nulo.³⁴

Asimismo el TSJ de Andalucía, en la Sentencia de 26 de marzo de 2008 (AS 2008, 2112) declara nulo un despido por aplicación del artículo 14 CE, artículos 4.2 c y 17.1 del ET en relación con el artículo 55.5 y 6 del ET.

En la segunda de las causas, se refiere a que se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador. Lo que nos lleva a los preceptos 15 a 29 de nuestra Carta Magna, interesándonos en este caso concreto el artículo 16.

Como iremos viendo a posteriori, en los pronunciamientos de la jurisprudencia que hoy en día vemos lejana, los tribunales han hecho referencia a este tipo de despido como “nulo por nulidad radical”. No obstante lo anterior, actualmente basta con calificarlas con “nulidad” a secas.³⁵ Otro rasgo que también ha sido modificado con el paso del tiempo llevándolo a su extinción fue el concepto de despido nulo por defectos formales, recibiendo hoy día la calificación de improcedente.

Es pertinente volver a recordar aquí la STC de 19 de julio de 1985 (RTC 1985, 88) anteriormente manifestada en relación con la libertad de empresa, en la cual el Tribunal expone en el FJ 4º que, y cito textualmente, “se debió amparar al demandante en su libertad de expresión y declarar el despido nulo con nulidad radical, que es el tipo de ineficacia predicable de todos los despidos vulneradores o lesivos de un derecho fundamental”.

Será la STC de 20 de septiembre de 2004 (RTC 2004, 151) la que exponga la necesidad de realizar una ponderación en la cual se respete la valoración constitucional del derecho fundamental, atendiendo a cada particular circunstancia, “juicio que permitirá determinar si la reacción empresarial que ha conducido al despido del trabajador es legítima o, por el contrario, éste fue sancionado disciplinariamente por el lícito ejercicio de sus derechos fundamentales, en cuyo caso el despido no podría dejar de calificarse como nulo” (FJ 7º).

³³ Artículo 55.5 Estatuto de los Trabajadores.

³⁴ ALBIOL MONTESINOS, I. “Despido Disciplinario”, en AA.VV *Extinción del contrato de trabajo*. J. Albiol Montesinos (dir). Ed. Tirant Lo Blanch. 2011, p. 208.

³⁵ MONTOYA MELGAR, A., *Derecho del trabajo*. Ed. Tecnos, Madrid 2014, p. 485.

Es necesario traer a colación algunos supuestos similares que se han dado en la jurisprudencia en relación con la vulneración de diferentes derechos fundamentales. Una muestra de ello, es la consideración como nulo del despido de una trabajadora por participación activa en una huelga (STSJ de Galicia de 2 de febrero de 2012 [JUR 2012, 68140]), manifestando la existencia de “indicios suficientes para abrir razonablemente la hipótesis de la vulneración del derecho fundamental”(FJ 2º) viniendo a desestimar el recurso de suplicación impuesto por la empresa, y a confirmar íntegramente la sentencia recurrida en la cual se calificaba como nulo el despido en base a los artículos 55.5 ET y 108.2 LRJS.

Otro ejemplo de ello es la STSJ de País Vasco de 30 de noviembre de 2011 (AS 2012, 1047)³⁶, en la cual el TSJ desestimó el recurso de la empresa ante la sentencia anterior en la que se declaraba el despido como nulo, y no improcedente de la trabajadora por vulneración de derecho a la libertad ideológica. Respecto a la valoración de la prueba³⁷, el trabajador lo que debería alegar es un “indicio razonable de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental, que no consiste en la mera alegación de la vulneración constitucional, sino que debe permitir deducir la posibilidad de que aquélla se haya producido” (FJ 3º) y la parte demandada deberá probar que las actuaciones que llevó a cabo “tiene causas reales extrañas a la pretendida vulneración de derechos fundamentales”. Es decir, en un primer momento el peso recae sobre el trabajador, no exonerándosele de probar, y en un segundo paso, la mirada va hacia el empresario, que debe poner de manifiesto la existencia de causas reales, serias y suficientes. No se trata de que éste último pruebe un hecho negativo (la no discriminación o no lesión de un derecho fundamental), sino que aquél debe probar que el despido, responde a motivos razonables y ajenos a la vulneración de un derecho fundamental (SJS de Palma de Mallorca de 6 de febrero de 2017 [AS 2017, 8]).

Esta cuestión se encuentra regulada en los artículos 96.1 y 181.2 de la LRJS. Sin embargo, los cimientos de estas reglas tienen sus orígenes en la ya lejana STC de 23 de noviembre de 1981 (RTC 1981, 38). Esta regla de distribución de la carga de la prueba, cuando se ve involucrado un derecho fundamental “se explica tanto por la preeminencia de los derechos fundamentales (*ex art. 10 CE*) como por evitar (*ex art. 9.2 y 24 CE*) los problemas que supondría exigir al trabajador acreditar la motivación de la decisión empresarial, debido a su dificultad probatoria absoluta o al menos excesiva o especialmente agravada.”³⁸

³⁶ Según nuestra abundante jurisprudencia, el despido acordado con vulneración de derechos fundamentales debe calificarse como nulo, entre otras la STC 11 abril 1994 (RTC 1994, 99) relativa al derecho a la propia imagen del artículo 18.1 CE, o la STC 13 octubre 1998 (RTC 1998, 197) relativa al derecho a la libertad de información o la STC 12 abril 1999 (RTC 1999, 57). También reconoce el despido nulo por vulneración de un derecho fundamental, en este caso la libertad sindical, la STC 12 enero 2009 (RTC 2009, 2), o en el caso de vulneración de la libertad ideológica, como expone la STSJ de Cataluña 13 marzo 2013 (AS 2013, 1412), en la cual se desestima el recurso de suplicación interpuesto por la empresa contra la Sentencia de instancia que estimaba la demanda de la trabajadora en reclamación de despido nulo e indemnización por daños y perjuicios, viniendo a confirmarla íntegramente.

³⁷ MARTÍNEZ GIRÓN, J. “No discriminación, derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador”, en AA.VV *Derecho del trabajo*. J. Martínez Girón (dir). Ed. Netbiblo. 2006, p. 265.

³⁸ COSTA REYES, A. “Nulidad del despido por vulneración de la libertad ideológica. Sobre los límites del recurso de suplicación y el alcance de la llamada inversión de la carga de la prueba”. *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, Vol.5, nº6, octubre 2012, p. 4.

Las consecuencias que implicaría la calificación del despido como nulo sería la readmisión inmediata del trabajador, con abono de los salarios dejados de percibir (art.55.6 ET).

Considero que el despido debe calificarse como nulo por trato discriminatorio por motivos religiosos en el ámbito laboral, vulnerando también el derecho de libertad religiosa del trabajador, como expresé anteriormente, a donde me remito. Ciertamente es, que la empresa alega “falta de disciplina y bajo rendimiento”, si bien tras ello lo que se esconde a mi parecer es una discriminación o vulneración de sus derechos fundamentales.

Aun considerando lo anterior, realizaré en los párrafos siguientes, un breve análisis de las alegaciones aparentes que invoca el empresario para proceder a su despido (recordemos que el empresario fundamenta el despido en falta de disciplina y bajo rendimiento).

Para apreciar el bajo rendimiento del trabajador, además de que deba efectivamente existir, debe ser continuado y sobre todo, voluntario (art. 54.2.e) ET). No conocemos si se ha acreditado mediante algún elemento probatorio que la trabajadora haya bajado su rendimiento, sin embargo, si así hubiera sido, no se ha producido de manera voluntaria. La trabajadora no habría bajado su rendimiento de manera intencionada, sino que ha sido debido a problemas psicológicos provocados por el entorno laboral que la propia empresa habría propiciado, decayendo así la nota de voluntariedad citada.³⁹

Para apreciar la falta de disciplina, es necesario en primer lugar, definir lo que se entiende por “indisciplina”, y es que según Barbancho Tovillas⁴⁰ estamos ante un incumplimiento que “constituye una actitud de rebeldía y resistencia respecto del cumplimiento de las órdenes del empresario o de las obligaciones impuestas por las normativas vigentes”. Si bien, como continúa explicando el mismo autor, “las órdenes e instrucciones empresariales deben ser legítimas”, sin embargo, aun cuando estas tienen *presunción de legitimidad* “se admite que el trabajador pueda negarse a cumplirlas cuando las órdenes o instrucciones sean antijurídicas o manifiestamente irregulares; constituyan un supuesto de arbitrariedad o abuso manifiesto; atenten a la dignidad por ser una orden vejatoria; exista un peligro grave e inminente o impliquen un riesgo para la seguridad y salud del propio trabajador o de terceras personas”.

El incumplimiento que alega el empresario no quedaría acreditado (por tanto descartamos su calificación de procedente) y nos llevaría a la calificación de improcedente. Si bien, considero que, a lo que se enfrenta es a una decisión empresarial que en realidad encubre u oculta una discriminación o vulneración de un derecho fundamental, en el que se aplicarán las reglas probatorias anteriormente explicadas, lo que nos llevaría a calificarlo como nulo y no improcedente.

³⁹ BARBANCHO TOVILLAS, F. “La extinción del contrato de trabajo”, cit. p. 977.

⁴⁰ BARBANCHO TOVILLAS, F. “La extinción del contrato de trabajo”, cit. p. 980.

III. ESTUDIO SOBRE LA INTERPOSICIÓN DE LA DEMANDA POR DAÑOS Y PERJUICIOS PSICOLÓGICOS CONTRA MACA S.A.

El camino a seguir en las siguientes líneas se fundamenta en la posibilidad de plantear una demanda contra la empresa Maca S.A. por la vía de la vulneración de derechos fundamentales a través del acoso sufrido en el ámbito laboral.

Poquet Catalá⁴¹ se refiere al mobbing o acoso moral laboral como “aquellos episodios sistemáticos y reiterados de agresión psicológica urdidos con la finalidad de destruir a la víctima por una o varias personas”. Se basa en comportamientos humillantes y descalificadores, ya sean conductas activas u omisivas (véase agresiones verbales u negaciones de comunicación e ignorancia).

La jurisprudencia por su parte ha definido el mobbing o acoso moral⁴² como “una forma de acoso en el trabajo, por medio de agresiones verbales, aislamiento social, difusión de críticas o rumores contra esa persona, que crea un entorno laboral intimidatorio, hostil o humillante para el trabajador objeto de la misma” (SJS de Vigo de 28 de febrero de 2002 [AS 2002, 634]).

El acoso psicológico como expresa Sánchez Pérez⁴³ es, por tanto, un viejo fenómeno presente en muchos lugares de trabajo que encuentra su fundamento en el progresivo deterioro de las relaciones interpersonales, así como en las “disfunciones en la organización del trabajo”.

Como se desprende de los conceptos anteriores, se necesita de la concurrencia de ciertos elementos estructurales para constituir el acoso moral laboral. El primero de ellos se refiere a la existencia de conductas abusivas, humillantes o degradantes, el segundo trae a colación la reiteración de la conducta de acoso y el último elemento estructural viene relacionado con la intencionalidad en el trato vejatorio o humillante.⁴⁴

Con la conducta de acoso moral se atenta directamente contra el derecho a la dignidad de la persona, dignidad que, nuestra Carta Magna refleja en su artículo 10.1. En la misma línea el artículo 15 CE consagra “el derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes”, derecho que podría verse transgredido por conductas como las mencionadas. Desde la vertiente constitucional se ha venido protegiendo las situaciones de hostigamiento psicológico, cualquiera que sea el ámbito en el que se produzca, incluida la organización de trabajo⁴⁵. El comportamiento de acoso laboral además de alcanzar derechos como los regulados en los artículos 10 y 15 de la CE, también podría perturbar otros derechos fundamentales como el derecho al honor y a la intimidad personal regulado en el art.18 CE.

⁴¹ POQUET CATALÁ, R. “Las dificultades probatorias del acoso laboral”. *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº10, 2016, p. 2.

⁴² Para más detalle la Sentencia del TSJ de Navarra de 30 de abril de 2001 (AS 2001, 1878) en su FJ 3º expresa lo que entiende por mobbing manifestándolo como “una forma de acoso en el trabajo en el que una persona o un grupo de personas se comportan abusivamente con palabras, gestos o de otro modo que atenta a los empleados con la consiguiente degradación del clima laboral”.

⁴³ SÁNCHEZ PÉREZ, J. “El acoso laboral y los mecanismos para su tutela jurídica”. *Revista de Información Laboral*, nº5, 2014, p. 3.

⁴⁴ NAVARRO NIETO, F. “Impulsos y resistencias judiciales en la tutela frente al acoso moral”. *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, nº21, 2010, p. 2.

⁴⁵ CORDERO SAAVEDRA, L. “El acoso moral u hostigamiento psicológico en el trabajo. Un problema laboral con incipiente respuesta jurídica”. *Revista española de Derecho del Trabajo*, nº110, 2002, p. 5.

Como se desprende de lo anterior el acoso moral posee un carácter pluriofensivo, es decir, pueden verse vulnerados a través de su actuación varios derechos fundamentales⁴⁶. Sin embargo, como bien establece el precepto 53.2 CE, “cualquier ciudadano puede recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y en la Sección primera del Capítulo segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad(..)”. Es por ello que la fundamentación de la demanda debe basarse en la vulneración de un derecho que se considere fundamental, puesto que basarla únicamente en la dignidad de la persona no constituye ningún derecho fundamental acorde con los requisitos fijados por el artículo 53.2 CE, sino que es simplemente un principio inspirador del ordenamiento jurídico, lo que llevaría a un posible rechazo de la misma⁴⁷.

Al respecto el artículo 55.1 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional⁴⁸, señala alguno o algunos de los pronunciamientos que contendrá la sentencia, indicando en su apartado c) el relativo al “restablecimiento del recurrente en la integridad de su derecho o libertad con la adopción de las medidas apropiadas, en su caso, para su conservación”. Pese a que el criterio anterior se plantea ante el amparo constitucional, éste “ha de ser trasladado al amparo ordinario que brinde la sentencia en el orden social de la jurisdicción a través del proceso especial de tutela de derechos fundamentales”⁴⁹.

La tutela de los derechos anteriores, se puede recabar a través de la modalidad establecida en los preceptos 177 a 184 LRJS ante la jurisdicción competente, en este caso, a tenor del artículo 2 f) de la LRJS, conocerán los órganos jurisdiccionales del orden social, de las cuestiones litigiosas sobre tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas, incluida la prohibición de discriminación y acoso.⁵⁰

La legitimación para su ejercicio corresponde al trabajador que, invocando un derecho o interés legítimo, considere lesionado sus derechos fundamentales y libertades públicas, incluido, como mencioné en el párrafo anterior, el acoso (art.177 LRJS).

Cuestión importante es establecer contra quién dirigir la demanda de acoso laboral. Si Laura decidiese demandar por acoso laboral en su entorno de trabajo, nos apoyaríamos en la vertiente doctrinal y jurisprudencial que aboga por un litisconsorcio pasivo necesario. Como expresa la STSJ de Canarias de 27 de marzo de 2013 (JUR 2013, 320552) “el litisconsorcio pasivo necesario (...), obedece a la necesidad de integrar en el proceso a cuantos sean titulares de la relación jurídico-material controvertida, bien porque su llamamiento venga impuesto por una norma legal, bien porque dicha necesidad se desprenda de la propia relación jurídico material que da soporte al litigio”. La sentencia anterior trae a causa un supuesto basado en el acoso de un trabajador por

⁴⁶ ARAMENDI SÁNCHEZ, P. “Acoso Moral: su tipificación jurídica y su tutela judicial”. *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, nº12, 2002, p. 13.

⁴⁷ ARAMENDI SÁNCHEZ, P. “Acoso Moral: su tipificación...”, cit. p. 17.

⁴⁸ BOE núm. 239, de 5 de octubre de 1979; en adelante LOTC.

⁴⁹ RIVAS VALLEJO, P. *Violencia psicológica en el trabajo: su tratamiento en la jurisprudencia. Estudio, jurisprudencia y formularios*. Ed. Aranzadi S.A. Cizur Menor 2005, p. 73.

⁵⁰ En cuanto a la naturaleza del proceso, el TS en la sentencia de 30 de enero de 2008 (RJ 2008, 2777) anterior señala que “el acoso moral que la actora denuncia en la demanda origen de este proceso, tiene una naturaleza indiscutiblemente laboral, toda vez que el mismo se produjo en la realización del propio trabajo de la actora; y no como algo tangencial o accesorio, sino constituyendo parte de la estructura esencial y básica de las actividades laborales que tenía que desarrollar la demandante”.

parte de sus compañeros por el simple hecho de ser homosexual. El acoso consistía en insultos, acusaciones falsas, gestos despectivos y de burla y trato vejatorio, lo que le había provocado continuas crisis de ansiedad. El TSJ señaló que “denunciándose conducta de hostigamiento en lugar y tiempo de trabajo por trabajadores del mismo centro de trabajo, necesariamente el empresario ha de ser demandado en cuanto garante de la seguridad y salud de los trabajadores a su servicio en todos los aspectos relacionados con el trabajo (...), del respeto de la intimidad de sus trabajadores y a la consideración debida a su dignidad, comprendida la protección frente al acoso por razón de origen social o étnico, religión, convicciones, (...)”. Afirmando que “ha de ser en juicio donde se dilucide, con los necesarios elementos de conocimiento y asegurando las posibilidades de contradicción y defensa, sobre quien o quienes han de recaer, finalmente, las resultas del proceso”.

El TS en la Sentencia de 30 de enero de 2008 (RJ 2008, 2777) ha expuesto en relación al litisconsorcio pasivo necesario la necesidad de demandar a la empresa y a los agresores que ejerzan el daño en un supuesto de acoso a una trabajadora que alegaba habersele vulnerado el derecho a la dignidad, a la integridad física y moral, al honor, a la integridad personal y a la propia imagen.

En la demanda, se deberá expresar “los hechos constitutivos de la vulneración, el derecho o libertad infringidos y la cuantía de la indemnización pretendida, en su caso, con la adecuada especificación de los diversos daños y perjuicios, a los efectos de lo dispuesto en los artículos 182 y 183, y que, salvo en el caso de los daños morales unidos a la vulneración del derecho fundamental cuando resulte difícil su estimación detallada, deberá establecer las circunstancias relevantes para la determinación de la indemnización solicitada, incluyendo la gravedad, duración y consecuencias del daño, o las bases de cálculo de los perjuicios estimados para el trabajador”(art.179.3 LRJS).

El actor deberá establecer los indicios de que se ha producido la violación alegada, y será el demandado el que justifique objetiva y razonablemente las medidas adoptadas y su proporcionalidad (art.181.2 LRJS).

Según el art.182.1 LRJS la sentencia declarará haber lugar o no al amparo judicial solicitado y, en caso de que se estime la demanda, según las pretensiones ejercidas, declarará la existencia o no de la vulneración del derecho fundamental, la nulidad radical de la conducta lesiva, el cese inmediato de la actuación contraria a derechos fundamentales o la prohibición de interrumpir una conducta o la obligación de realizar una actividad omitida y finalmente repondrá al demandante a la situación anterior a producirse la lesión del derecho fundamental además de la “reparación de las consecuencias derivadas de la acción u omisión del sujeto responsable, incluida la indemnización que procediera en los términos señalados en el artículo 183”.

Con respecto a la indemnización, establece el art. 183.1 que el juez se deberá pronunciar sobre la cuantía de la indemnización, en función tanto del daño moral unido a la vulneración del derecho fundamental, como de los daños y perjuicios adicionales derivados.

No obstante, cuando se haya ejercitado la acción de daños y perjuicios derivada de delito o falta en el ámbito penal, no podrá reiterarse la petición indemnizatoria ante el orden social, mientras no se desista de su ejercicio o se produzca sobreseimiento o absolución en resolución penal firme, quedando mientras tanto interrumpido el plazo de prescripción de la acción en vía social (art. 183.4 LRJS), pues iría en contra del

principio *non bis in ídem*, que lo que prohíbe es una duplicidad de sanciones cuando existe identidad de hecho, sujeto responsable y fundamento punitivo, figurando en este caso preeminente el proceso penal sobre el resto⁵¹.

Como establece Oteros Valcarce⁵² “dicha indemnización, sobre cuya cuantía se tiene que pronunciar el juez, según dispone el art. 183 LRJS es la responsabilidad civil por daños y perjuicios prevista en los arts. 1902 y 1903 del Código Civil, a fin de reparar los daños causados por acción u omisión, interviniendo culpa o negligencia, y en los que expresamente se contempla la responsabilidad de los dueños o directores de una empresa respecto de los perjuicios causados por sus empleados con ocasión de la prestación de sus servicios”.

Sin embargo, esta indemnización sí es compatible con la que pudiese corresponder al empleado por la modificación o extinción del contrato de trabajo, o en otros supuestos establecidos en el ET y demás normas laborales (art.183.3 LRJS).

La sentencia que considere que existe vulneración de derecho fundamental, deberá restablecer al reclamante en la integridad de su derecho, para lo cual, la indemnización de daños y perjuicios que, en su caso, se fije por sentencia ha de ser omnicompreensiva (manteniendo al margen las prestaciones a reclamar en el procedimiento de Seguridad Social) “de la reparación íntegra de los daños físicos y morales, en su caso, del valor del lucro cesante y daños en la esfera personal, social y familiar”⁵³. Continúa señalando Viñeta i Roca que, “la restitución íntegra de daños y perjuicios, por aplicación supletoria del CC, debe reparar la totalidad de daños y perjuicios de la persona agraviada”, lo que no imposibilita que, “en la fijación de la indemnización totalizadora, se efectúe un desglose por conceptos en función de la prueba aportada por el reclamante, acreditados daños o perjuicios en las distintas esferas de la persona agraviada”.

Es pertinente traer a colación la STSJ de Galicia de 3 de julio de 2009 (AS 2009, 2308) en referencia a un supuesto en el cual se le reconoce a una trabajadora de Hipercor S.A. estar sometida a una conducta constitutiva de acoso y vulneradora de los derechos fundamentales a la integridad física y moral y del derecho al honor. Por un lado, el Tribunal dictamina la responsabilidad hacia el jefe de departamento de la sección donde la demandante desempeñaba su función y, por otro, condena a la empresa a resarcir una parte de la indemnización que se debía de abonar a la empleada. La argumentación para proceder a la condena de la empresa se basa en que, conociendo el problema, la conducta del jefe de departamento merecía una respuesta sancionadora por parte de la compañía, manteniendo ésta una conducta omisiva y, en cierto modo permisiva con la situación.

En relación con el punto de vista del empleador, éste por una parte debe proteger los derechos del trabajador, en este caso, el empleado tiene derecho según el artículo 4.2 apartado e) ET “al respecto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad, comprendida la protección frente al acoso por razón de origen racial o étnico, religión o

⁵¹ OTEROS VALCARCE, G. “Tutela judicial. Cuestiones judiciales y procesales”, en AA.VV *Tratamiento integral del acoso*. P. Rivas Vallejo (dir). Ed. Aranzadi S.A. Cizur Menor 2015, p.1369.

⁵² OTEROS VALCARCE, G. “Tutela judicial...”, cit. p. 1369.

⁵³ VIÑETA I ROCA, F. “Derecho fundamental a la integridad física y salud en el trabajo”. *Boletín Aranzadi Laboral*, nº7, 2003, p. 6.

convicciones (...). Por otro lado, como bien señala Cavas Martínez⁵⁴ “el empleador puede (y hasta debe) ejercer su poder disciplinario para atajar los comportamientos hostigadores realizados por sus subordinados”.

Gran parte de la doctrina coincide en que el conjunto de obligaciones, entre las que se encuentran las mencionadas anteriormente, impuestas al empresario, son de naturaleza esencialmente preventiva y no meramente resarcitoria⁵⁵ (SJS de Sevilla de 26 de diciembre de 2003 [AS 2003, 3044]). Si bien, como correctamente señala la Sentencia anterior, no desde el punto de vista del riesgo, sino que, “una vez causado y publicitado el daño debe el empresario adoptar algún tipo de medida sancionadora frente al trabajador o trabajadores agresores, y ya que en el empresario reside la potestad sancionadora y que por tanto nadie puede ejercerla por él o contra él, por ello no se le exime de las consecuencias de su pasividad”. Continúa señalando la sentencia anterior en relación con la utilización de la vía de tutela de derechos fundamentales en torno a la responsabilidad del empresario cuando éste no es él que lleva a cabo el acoso moral, pero permite, pasivamente que el mismo se produzca que “es adecuada utilizar esta vía procesal en el supuesto en que el empresario no causase directamente el acoso moral, pero permitiese que un trabajador de la empresa lo hiciera, ya que ha vulnerado con su pasividad el art. 4.2.d) y e) ET , y su reflejo constitucional, arts. 10 y 15 CE”.

Igualmente, la STSJ de Galicia de 17 de julio de 2008 (AS 2008, 1945), en relación con una vulneración por acoso moral y su correspondiente indemnización, en su FJ 9º señala que la responsabilidad de la empresa se deriva en el caso en cuestión de una “actuación desidiosa” frente a las situaciones de violencia, debido a que no había tomado medidas ni se había esforzado en indagar el problema en el cuál se encontraba la trabajadora, que simplemente había manifestado descontento contra el trabajador que ejercía el acoso contra su persona (una mínima diligencia, como señala el Tribunal, bastaba para comprobar los términos de la queja anterior).

Como afirma Viñeta i Roca⁵⁶ “el sujeto pasivo de la obligación constitucional de garantía de la integridad física, en el ámbito de las relaciones de trabajo, es el empresario” y añade que “el derecho a la integridad física se halla conectado con el derecho a la salud”.⁵⁷ Es la STC de 27 de junio de 1990 (RTC 1990, 120) la que establece que mediante el derecho a la integridad física y moral, se protege la inviolabilidad de la persona, “no sólo contra ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o espíritu, sino también contra toda clase de intervención en esos bienes que carezca del consentimiento de su titular”.

Laura se encuentra no ante un simple conflicto, sino ante una situación de acoso laboral. La doctrina manifiesta que para calificar la conducta de acoso moral, no es suficiente un mero acto aislado de carácter abusivo, sino que debe existir una reiteración continuada de la conducta para que pueda constituir acoso, algo que según los hechos expuestos parece que se ha cumplido, reiterando la conducta por parte de sus compañeros. Los actos llevados a cabo por sus compañeros constituyen actos de hostigamiento, con

⁵⁴ CAVAS MARTÍNEZ, F. “El acoso moral en el trabajo “mobbing”: delimitación y herramientas jurídicas para combatirlo”. *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº555, 2002, p. 9.

⁵⁵ ARAMENDI SÁNCHEZ, P. “Acoso Moral: su tipificación...”, cit. p. 28.

⁵⁶ VIÑETA I ROCA, F. “Derecho fundamental a la integridad física...”, cit. p. 2.

⁵⁷ La STC de 27 de marzo de 2007 (RTC 2007, 62) indica que “en las relaciones de trabajo nacen una serie de derechos y deberes de protección y prevención, legalmente contemplados, que reclaman una lectura a la luz de la Constitución”.

intención de generar un daño a la salud mental de la actora⁵⁸, buscando la disminución de su autoestima, produciéndole un deterioro de la salud y de la vida familiar⁵⁹ lo que le ha derivado en episodios de ansiedad que le han llevado a un diagnóstico de depresión aguda.

La empresa además no ha protegido el derecho a la integridad del trabajador ni de la seguridad y salud del mismo (íntimamente conectados), ni impidiendo que se genere la conducta de acoso moral, ni atajándola cuando se desarrollaba, ni ejerciendo poder disciplinario alguno en la problemática suscitada. El empresario ha desarrollado una situación de pasividad frente al acoso, lo que genera que también recaiga sobre el mismo una responsabilidad.

Aunque considero que la vía idónea es la reflejada hasta ahora, las posibilidades de obtener una indemnización por daños, no se circunscriben únicamente a la vulneración de un derecho fundamental, sino que como afirma Rodríguez Cardo⁶⁰ “esa clase de resarcimiento puede originarse, asimismo, ante las consecuencias aparejadas a la actualización de una contingencia profesional”. Podría intentar acudir por la vía de la calificación del acoso laboral como accidente de trabajo o enfermedad profesional, a través del precepto 156 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social⁶¹ y de la acción protectora del art.155 LGSS, que deberá repararse con las prestaciones previstas.

No obstante, habría que elegir su encaje en alguno de los apartados del mencionado art. 156 LGSS, pues la doctrina y la jurisprudencia no resulta unánime en este aspecto. Puede tener su encaje tanto en el apartado 156.1, como en el 156.2. e) como en el art. 156.3 (siendo más difícil la aplicación de este último). El riesgo laboral figura desde el momento en el cual se manifiesta la posibilidad de que un empleado sufra un determinado daño, como expresa Cordero Saavedra⁶² “considerando como tal las lesiones y trastornos psíquicos que tienen origen en el trabajo, si tenemos en cuenta que está superado el concepto de lesión corporal incorporado por la legislación de la Seguridad Social para calificar los accidentes de trabajo”. Es por ello que se ha concebido el término “corporal” en un sentido amplio, incluyendo en el mismo tanto estados físicos, como menoscabos psíquicos.⁶³

No considero que la entidad de los hechos pueda ser encuadrada en un procedimiento por vía penal, a través del artículo 173.1 párrafo 2º de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal⁶⁴, por dos motivos: la dificultad de que prospere la acción por estar prevista para conductas de “grave acoso” y la falta de intencionalidad que se desprende de la cuestión planteada para el caso de Laura en la búsqueda de una condena penal.

⁵⁸ JURADO SEGOVIA, A. “Enfermedades psicológicas y accidente de trabajo. A propósito de un supuesto de acoso sobre una trabajadora con dolencias previas”. *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, Vol.2, nº13, noviembre 2009, p. 4.

⁵⁹ SÁNCHEZ PÉREZ, J. “El acoso laboral y los mecanismos...”, cit. p. 7.

⁶⁰ RODRÍGUEZ CARDO, I. A. “El resarcimiento de los daños morales sufridos por el trabajador: concepto, valoración, y cuantificación (II)”. *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº169, 2014, p. 98.

⁶¹ BOE núm. 261, de 31 de octubre de 2015; en adelante LGSS.

⁶² CORDERO SAAVEDRA, L. “El acoso moral u hostigamiento psicológico en el trabajo...”, cit. p. 11.

⁶³ CORDERO SAAVEDRA, L. “El acoso moral u hostigamiento psicológico en el trabajo...”, cit. p. 14.

⁶⁴ BOE núm. 281, de 24 de noviembre de 1995; en adelante CP.

IV. ESTUDIO SOBRE LA UTILIZACIÓN DEL BURKA O NIKAB EN EL PUESTO DE TRABAJO.

1. Tratamiento del velo islámico integral en España y en Europa.

Como ya he tenido oportunidad de poner de manifiesto al comienzo de la primera cuestión, tanto el burka como el nikab además de cubrir el cuerpo por entero dejan cubierto el rostro provocando que la persona que lo porte sea irreconocible⁶⁵. En el caso del burka recordemos que la zona de los ojos queda cubierta con una rejilla tupida y en el caso del nikab sólo queda libre la zona de los ojos. Este tipo de velo integral (tanto el burka como el nikab) ha sido el que más motivos de reproche jurídico ha propiciado, argumentándose por parte de la doctrina desde muy diversas perspectivas.

No se pueden equiparar los dos tipos de velo islámico que hemos tratado (el hiyab y el velo integral) puesto que las diferencias existentes entre ambos son muy significativas, así como también las consecuencias que derivadas de cada uno de ellos, “tanto para la mujer que lo lleva, como para el resto de los ciudadanos”⁶⁶.

En relación con el planteamiento del velo integral en España todavía no se han producido supuestos en el ámbito laboral por la utilización de los mismos. No obstante sí existe casuística por la utilización del burka o el nikab en espacios públicos⁶⁷, cuestión que también ha sido tratada por algunos Estados miembros de la Unión Europea.

Por un lado, en países como Francia con la Ley 2010 – 1192, de 11 de octubre de 2010⁶⁸ o Bélgica con la Ley de 1 de junio de 2011 han procedido a la prohibición del uso de prendas de vestir diseñadas para ocultar el rostro en lugares públicos, incluidos por tanto, el burka y el nikab.

Por otro lado, en España hubo un intento de regulación por parte del Ayuntamiento de Lleida mediante una Ordenanza municipal prohibiendo, entre otros elementos, la utilización del velo integral en los espacios municipales. La Ordenanza fue recurrida por la Asociación Watani por la Libertad y la Justicia ante el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, que desestimó el recurso interpuesto contra el Acuerdo del Ayuntamiento de Lleida que modificaba la citada Ordenanza. Si bien, se recurrió posteriormente ante el Tribunal Supremo, el cual en Sentencia de 14 de febrero de 2013 (RJ 2013, 2613) anuló la prohibición del uso del velo integral en los espacios municipales. La posición que toma el TS se basa en una extralimitación de las competencias asignadas, ya que el ejercicio de un derecho fundamental sólo se puede regular mediante ley. No encontraremos una respuesta a la prohibición del velo integral islámico por parte de nuestros tribunales puesto que como expresa el TS “esta sentencia no tiene en modo

⁶⁵ ALÁEZ CORRAL, B. “Reflexiones jurídico-constitucionales sobre la prohibición del velo islámico integral en Europa”. *Teoría y realidad constitucional*, nº28, 2011, p. 484.

⁶⁶ ARECES PIÑOL, M. T. *La prohibición del burka en Europa y en España*. Ed. Aranzadi S.A. Cizur Menor 2014, p.173.

⁶⁷ PANIZO ROMO DE ARCE, A. “Relación laboral y discriminación...”, cit. p. 15.

⁶⁸ La aprobación de la Ley francesa no estuvo exenta de polémica, lo que le ha conllevado que a TEDH a pronunciarse en relación con una demanda presentada por una mujer musulmana que protestaba contra dicha ley (STEDH de 1 de julio de 2014 Caso S.A.S. contra Francia [TEDH 2014, 36]). El TEDH falló a favor de la ley francesa admitiendo sólo uno de los motivos expuestos por el gobierno francés, el relativo a garantizar las exigencias mínimas de la vida en sociedad, justificando la prohibición establecida en la ley francesa en base a la convivencia en sociedad y a la necesidad de cumplir unos requisitos mínimos de civismo necesarios para la relación social.

alguno el sentido de respuesta del Tribunal a si en España y en el marco de nuestra Constitución cabe o no una prohibición del uso del velo integral islámico en los espacios públicos al estilo de la ley francesa” (FJ 2º).

Lo que sí se ha planteado en sede parlamentaria, en el Senado, ha sido una moción para instar al Gobierno a prohibir la utilización del burka en espacios públicos, “al suponer esa práctica una discriminación contraria a la dignidad de las personas y lesiva de la igualdad real y efectiva de los hombres y mujeres”⁶⁹. Si bien, como correctamente menciona la sentencia anterior, no se han adoptado soluciones legislativas a dicha moción.

Aunque no podía dejar de hacer referencia a lo que ocurre en el espacio público en torno al velo integral, no debemos de olvidar que dentro del ámbito privado hemos de tomar en consideración otros aspectos que veremos en el tercer apartado. El espacio público y el espacio privado gozan cada uno de ellos de un carácter propio. El espacio público debe “dar acogida razonable a todos, con independencia de la orientación circunstancialmente mayoritaria en ellos presente; han de permanecer abiertos, en suma, al pluralismo interno que permita el ordenamiento jurídico general”, sin embargo, en lo que al espacio privado se refiere se define legítimamente por una opción vital y “requiere la correspondiente adhesión explícita o implícita de quienes en él se desenvuelvan, o al menos un adecuado respeto”⁷⁰.

2. Velo islámico integral como posible símbolo religioso.

Debido a las discrepancias existentes en la doctrina en relación con la consideración del velo islámico integral como símbolo religioso, encuentro conveniente preguntarnos en primer lugar si el burka o el nikab son símbolos religiosos impuestos por la ley islámica⁷¹.

Areces Piñol⁷² manifiesta que “no parece que pueda afirmarse sin más, que el velo integral islámico en sus diversas formas, sea un signo religioso islámico” y, por lo tanto amparado bajo la manifestación del derecho fundamental de libertad religiosa. Añade además que el burka nada tiene que ver con la cuestión religiosa, debiendo encuadrarse en un contexto distinto a este ámbito. De la lectura de los textos del Corán según expresa nuevamente Areces Piñol⁷³ no se desprende una “prescripción expresa” a cubrirse con un velo integral.

Argumenta una parte de la doctrina que detrás del velo integral se esconde una situación en la que la mujer se ubica en un plano de inferioridad, afectando a la dignidad de la persona y a la igualdad de la mujer, por lo que “la justificación de su existencia debe pasar por un estricto test de proporcionalidad”⁷⁴. La finalidad de este tipo de vestimenta, consiste en “ocultar el rostro y los rasgos expresivos de la mujer, para evitar que puedan

⁶⁹ BOCG. Senado. Serie 8 núm. 484, de 21 de junio de 2010.

⁷⁰ PRIETO ÁLVAREZ, T. *Libertad religiosa y espacios públicos: laicidad, pluralismo, símbolos*. Ed. Aranzadi, S.A. Cizur Menor 2010, p. 214.

⁷¹ ARECES PIÑOL, M. T. *La prohibición del burka en Europa y en España*, cit. p. 71.

⁷² ARECES PIÑOL, M. T. “¿El velo integral, burka y niqab, queda amparado por el legítimo ejercicio de la libertad religiosa?”. *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, nº26, 2011, p.28.

⁷³ ARECES PIÑOL, M. T. “¿El velo integral, burka y niqab, queda amparado...?”, cit. p. 28.

⁷⁴ ARENAS RAMIRO, M. “Corramos un tupido velo. A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 2013, sobre el uso del burka”. *Anuario de derecho eclesiástico del Estado*, nº30, 2014, p.140.

ser objeto de deseo por parte de los varones que no sean sus padres o legítimos esposos”⁷⁵.

Se ha convertido en un signo de identidad de “Estados intolerantes en donde se vulneran sistemáticamente los derechos humanos, especialmente de las mujeres”⁷⁶ a las cuáles se relega y priva de los derechos fundamentales. Estamos ante una vestimenta que “denigra a la mujer y su papel en la sociedad”⁷⁷, es por ello que resulta difícilmente concebible que sean libres las decisiones de llevar este tipo de velo.

Del mismo modo que cuando se vulnera un derecho fundamental los tribunales solicitan determinadas pruebas para corroborarlo, no se concibe muy bien que en el caso del velo islámico integral no se soliciten pruebas para determinar si se vulnera o no el derecho a la libertad religiosa o se cuestionen el hecho de que el burka o nikab responda más a una “interpretación integrista impuesta por el poder político y social en algunas sociedades musulmanas”⁷⁸.

Desde mi punto de vista, resulta difícilmente encuadrable la utilización del burka como un símbolo religioso y por tanto cubierto bajo la protección del derecho fundamental a la libertad religiosa. Sin embargo atendiendo a los escasos pronunciamientos jurisprudenciales existentes en nuestro país al respecto, en el supuesto de que un Tribunal se manifestase sobre la cuestión posiblemente adoptaría el criterio expuesto por el TS en la Sentencia de 14 de febrero de 2013 (RJ 2013, 2613), en la que, aunque en un principio no aclara si el velo integral es una manifestación de la libertad religiosa, a posteriori lo acepta dotándolo de protección en este sentido, puesto que ya en el FJ 9º parte del hecho de que el velo integral constituye una manifestación de su ejercicio.

El Tribunal en la sentencia anterior expresa que no entrará a argumentar si las fuentes de la religión islámica “consideran o no como deber el uso del velo integral por las mujeres”, añadiendo que “no cabe que se pueda inmiscuir en debates de carácter estrictamente dogmáticos o de moral religiosa” (FJ 8º). Asimismo basa su razonamiento en el Caso Eweida y otros contra el Reino Unido (STEDH de 15 de enero de 2013 [TEDH 2013, 12]), en concreto en el párrafo 81 según el cual “el deber del Estado de neutralidad e imparcialidad, será incompatible con cualquier poder por parte del Estado de valorar la legitimidad de las creencias religiosas o las formas de expresión de las mismas”.

No obstante, existe una segunda alternativa para el caso en el que no se considere que quede amparado bajo el paraguas de la libertad religiosa y es que, como expresa Aláez Corral “estaría abstractamente protegida por el derecho fundamental a la propia imagen”⁷⁹, regulado en el artículo 18 de nuestra Carta Magna.

⁷⁵ ARECES PIÑOL, M. T. *La prohibición del burka en Europa y en España*, cit. p. 76.

⁷⁶ RAMÍREZ NAVALÓN, R. M. “La prohibición del uso del burka en lugares públicos. El asunto S.A.S. contra Francia, sentencia del TEDH de 1 de julio de 2014, rec. 43835/2011”. *Actualidad jurídica iberoamericana*, nº2, 2015, p. 452.

⁷⁷ ARENAS RAMIRO, M. “Corramos un tupido velo...”, cit. p. 135.

⁷⁸ ARECES PIÑOL, M. T. *La prohibición del burka*, cit. pp. 78 y 79.

⁷⁹ ALÁEZ CORRAL, B. “Reflexiones jurídico-constitucionales sobre la prohibición...”, cit. p. 506.

3. Velo islámico integral en el ámbito laboral.

A diferencia del hiyab, como expresa García Pascual⁸⁰ resulta extremadamente difícil, hacer compatible el velo integral, ya sea el burka o el nikab, con la vida laboral.

En opinión de Areces Piñol⁸¹, la cual comparto, manifiesta que la utilización del velo integral genera perturbación en la tranquilidad, afirmando que “es indudable que la ocultación de la cara por el uso del velo integral islámico incide en la tranquilidad de los otros ciudadanos que comparten un espacio con las mujeres que lo llevan, causándoles perturbación al no saber con quién están hablando o compartiendo dicho espacio”. Éste último aspecto se puede enlazar en el ámbito de la organización con la identificación de la persona tanto por parte del empresario como por parte de los clientes. Por un lado, al encontrarse la empleada oculta bajo el burka o el nikab resultaría difícil que la persona fuese reconocible, lo que a su vez obstaculizaría saber a quién se dirigen tanto el empresario como los clientes, con la complejidad añadida de no poder detectar por parte del empresario que es realmente la trabajadora la que acude al puesto de trabajo y no se produce un fraude de identidad. Por otro lado, también se podrían originar distorsiones en el proceso de comunicación entre todos ellos, dificultando la interacción entre los mismos, aspecto relevante sobre todo al encontrarse en contacto con el público.

En este caso si se realizase una ponderación de los derechos del empresario y del trabajador, el comportamiento del empleado portando el velo integral probablemente no resultaría inocuo para los intereses de la empresa, llegando a ser posiblemente incompatible con los mismos. Si el empresario consiguiese acreditar el perjuicio en los intereses empresariales y en la imagen empresarial (aspecto que no resulta suficientemente claro, motivo por el cuál este argumento resultó válido también para la defensa de Laura frente al hiyab) por interferir negativamente en la prestación del servicio, probablemente en la ponderación de derechos el Tribunal concedería al empresario la razón en virtud del artículo 38 CE. Por consiguiente, creo que en el supuesto de que portase burka o nikab en vez del hiyab es probable que no se hubiese otorgado la autorización en un primer momento.

Considero que en el supuesto de que la empleada llevase un burka o un nikab, estaríamos ante un símbolo distintivo muy visible, que no podría tratarse como he mencionado anteriormente, de igual modo que el hiyab. Es obvio que no se puede otorgar la misma valoración a cubrirse el cabello que a cubrirse el rostro⁸². Si interpretamos a sensu contrario la Sentencia de 15 de enero de 2013 (TEDH 2013, 12) en la que el TEDH argumenta respecto a la cruz cristiana que la misma era “discreta” y con ella “no se deterioraba su aspecto profesional”, el velo integral no se caracteriza precisamente por su discreción y puede llevar a deteriorar el aspecto profesional, algo que correspondería demostrar a la empresa en cuestión. Se observa en el simple hecho de que las prohibiciones en el ámbito público se restringen básicamente al velo integral, por la problemática que conlleva la naturaleza y características de la propia vestimenta y no se fundamentan en la prohibición de otros símbolos, como el hiyab.

Desde la perspectiva de la proporcionalidad, para que la limitación del derecho sea legítima debe ser conforme con el principio de proporcionalidad. El TC concede una

⁸⁰ GARCÍA PASCUAL, M. C. “Ciudadanía y vida social bajo el velo integral”. *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, nº33, 2016, p. 62.

⁸¹ ARECES PIÑOL, M. T. *La prohibición del burka en Europa y en España*, cit. p. 187.

⁸² GARCÍA PASCUAL, M. C. “Ciudadanía y vida social...”, cit. p. 17.

importancia considerable a este principio como criterio fundamental para juzgar la constitucionalidad de las medidas que conciernen a derechos fundamentales⁸³. La STC de 28 de enero de 2003 (RTC 2003, 14) expresa que “la constitucionalidad de cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales viene determinada por la estricta observancia del principio de proporcionalidad”, para demostrar 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 la 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)”. Probablemente, considerar en este caso la medida de no permitir la utilización del velo integral se fundamentarían en una necesidad objetiva y proporcionada, acorde con los derechos del empresario, siempre y cuando lo justificase en base a los tres requisitos anteriores.

Por último y no tan destacable podría ser el hecho de la seguridad, mediante la cual el empresario debe asegurar que en el marco de su actividad, el trabajador y su entorno se encuentren en condiciones seguras. Desconozco si en la labor que realiza la empleada, dificultaría de algún modo portar un velo integral (engancharse en objetos peligrosos por la holgura de la vestimenta) por lo que, si así se pudiese acreditar sería otro argumento a aportar por la empresa en cuestión.

Por tanto, si las medidas tomadas por el empresario son justificadas objetiva y razonablemente, proporcionadas y basadas en los argumentos anteriormente expuestos, lo más posible es que el Tribunal realizando una ponderación de los derechos confrontados, apoye la postura de Maca S.A.

V. ESTUDIO SOBRE LA UTILIZACIÓN DE LA KIPÁ JUDÍA Y DE LA CRUZ CRISTIANA EN EL PUESTO DE TRABAJO.

1. Análisis sobre la kipá judía.

Para comenzar al igual que en los apartados anteriores es necesario realizar una breve descripción del símbolo ante el que nos encontramos. Según la RAE, la kipá se refiere a un “casquete redondo, semejante al solideo, usado por los judíos practicantes, especialmente en los actos religiosos”. Se trata de un símbolo que deja visible el rostro y el cuerpo, únicamente cubriendo una parte de la cabeza, como si fuese una especie de gorro.

En este caso, no es objeto de análisis el propio símbolo religioso, pues no ocurre como el velo islámico integral, ante el cual se habían formulado diversas posturas doctrinales sobre su encaje como símbolo religioso. Incluso para mayor concreción, en el ámbito laboral como hacía referencia en la primera cuestión se otorgó protección bajo el derecho fundamental a la libertad religiosa a un trabajador practicante de la religión judía, que utilizaba una gorra “como señal de respeto a la divinidad” (FJ 2º)⁸⁴.

⁸³ ARECES PIÑOL, M. T. *La prohibición del burka en Europa y en España*, cit. p. 187.

⁸⁴ STSJ de Islas Baleares de 9 de septiembre de 2003 (AS 2003, 2).

La argumentación a seguir sería similar a la expuesta para el caso de que utilizase el hiyab. La empresa seguiría permitiendo unos símbolos religiosos y otros no, siendo diferentes de nuevo a los que portan sus compañeros en alusión a otra religión (la cristiana). Existiría por tanto una desventaja no justificada para Laura si portara la kipá.

Nuevamente es necesario volver a poner de manifiesto el pronunciamiento dictado por el TEDH en la sentencia del Caso Eweida y otros contra Reino Unido, de 15 de enero de 2013 (TEDH 2013, 12). Aplicando los argumentos del tribunal al supuesto de que portase kipá, nos encontramos que también es un símbolo religioso discreto y no afecta al aspecto profesional. Además se entendería que no existieran pruebas de que el uso de la kipá tuviese consecuencias negativas en la imagen de la empresa, ni tampoco de la invasión real de los intereses o la clientela del empresario. En cuanto a la seguridad o la salud, no parece que pueda afectar, como hemos visto ya que ocurría en el caso Chaplin, de la sentencia anterior.

Como bien señala el Tribunal en la Sentencia del Caso Eweida⁸⁵, en el párrafo 94, “no había pruebas de que el uso de otras prendas de vestir religiosas, previamente autorizadas, como turbantes y hijabs, por parte de otros empleados, tuviera consecuencias negativas en la imagen o marca de British Airways”, argumento a aportar por la empleada para el caso de la kipá.

En la sentencia del TSJ de Baleares de 9 de septiembre de 2003 (AS 2003, 2) en relación con la colisión del derecho fundamental a la libertad religiosa por portar kipá y el derecho de la empresa, se resuelve el conflicto por el hecho de que no se había acreditado ningún perjuicio a la actividad laboral ni a los intereses empresariales, por lo que no estaría justificada la limitación del derecho a la libertad religiosa, hiriendo los sentimientos religiosos de uno de sus empleados (FJ 2º).

Para concluir, nos encontramos pues ante una argumentación similar a la llevada a cabo para el caso en el que Laura portase hiyab. Igual que en ese supuesto se estarían permitiendo unos símbolos religiosos y otros no, por lo que por probablemente también se decantarían los pronunciamientos en este caso a favor de la empleada. Si tampoco existiese perjuicio a los intereses ni a la imagen ni a la actividad laboral, ni la empresa lo justificase por razón de salud o de seguridad, es probable que el tribunal otorgue la protección en la ponderación al derecho fundamental del trabajador.

2. Análisis sobre la cruz cristiana.

La cruz cristiana imagen central de esa creencia, se trata de una práctica reconocida del cristianismo⁸⁶. En este caso, podemos observar como en el supuesto se expresa que se permite a sus compañeros colgar colgantes de cruces en alusión a la religión cristiana. Puede que los símbolos sean sino iguales, muy parecidos, pero lo que parece claro es que ambos son expresiones de una determinada religión, la cristiana, manifestada en forma de cruz. Es por ello que parece que nos encontramos ante dos situaciones que parten de un mismo punto y que son tratadas de manera diferente por parte de la empresa.

⁸⁵ STEDH en el Caso Eweida y otros contra Reino Unido, 15 enero 2013 (TEDH 2013, 12).

⁸⁶ HALL, H. y GARCÍA OLIVA, J. “Simbología religiosa en el ámbito laboral. A propósito del Caso Chaplin y sus implicaciones en el derecho británico”. *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, nº 32, 2013, p. 13.

La argumentación llevada a cabo por los tribunales en aquellos casos en los que ante unos mismos hechos se realiza un trato desigual, la podemos observar en la STSJ de Cataluña de 13 de octubre de 1999 (AS 1999, 3345). En ella un trabajador que ejercía la profesión de vigilante para su empresa, la cual establecía para sus trabajadores la utilización de uniforme, incluyendo dentro del mismo una gorra, es despedido por su negativa a llevar dicha prenda. El inspector de la empresa informó de la conducta del demandante, pero no existió constancia de que informase de idéntica actitud por parte de los demás trabajadores, siendo únicamente despedido otro trabajador más al igual que el demandante. El Tribunal, confirmando la sentencia que declaraba el despido nulo, se basó en la existencia de “una decisión empresarial extintiva de la relación laboral contraria al principio de igualdad y no discriminación consagrado en el art. 14 de la CE”, puesto que el actor habría aportado indicios suficientes de la existencia de que un número relevante de la plantilla incumplía la misma obligación, pero la empresa sólo habría despedido a dos de ellos, tolerando el comportamiento del resto.⁸⁷ Como sigue manifestando el tribunal “ello coloca a la recurrente en la situación de tener que ofrecer una justificación objetiva y razonable de su trato desigual” y ajena por tanto a un propósito discriminatorio, algo que la empresa no había conseguido probar. Por consiguiente, la compañía “actuó de modo absolutamente desigual ante conductas análogas”.

Igualmente al segundo trabajador anterior por sentencia del TSJ de Cataluña de 3 de diciembre de 1999 (AS 1999, 3974) la argumentación aplicada fue similar a la sentencia de su compañero, siendo constantes las referencias a la misma. Sin embargo en este caso el despido se calificó como improcedente por el hecho de que el trabajador no impugnó ese aspecto respecto a la sentencia de instancia. Hay que destacar que la sentencia de éste segundo trabajador fue casada posteriormente por el TS en sentencia de 30 de octubre de 2000 (RJ 2000, 9659) no por la licitud o ilicitud de la decisión de la empresa, sino por la titularidad de la opción entre readmisión e indemnización.

Un supuesto similar ha sido el dictado por la STSJ de Galicia de 3 de marzo de 1997 (AS 1997, 885), en el cual se había sancionado sólo al trabajador despedido por incumplimiento de indumentaria, existiendo otros empleados que al igual que él, no respetaban la recomendación de la empresa no constando que se les sancionase por ello. Posteriormente se procede a despedir al trabajador, alegando motivos de bajo rendimiento, ocultando el verdadero motivo de su despido, puesto que el trabajador no sólo no había bajado su rendimiento, sino que lo había incrementado. El tribunal señala que el actor ostenta legítimo derecho a reclamar “invocando su derecho a la igualdad y a la no discriminación el mismo trato que el dado por la empresa a los demás trabajadores afectados por la recomendación en torno a la vestimenta”. El hecho de que la sanción sólo se produjera contra él y no se hubiese tomado ningún tipo de represalia contra sus compañeros, que habían cometido igualmente la infracción, conlleva a calificar por el Tribunal el despido como nulo por vulneración del art. 14 CE.

Aunque no sobre indumentaria, los tribunales también se han manifestado respecto a la discriminación por trato desigual en la sentencia del TSJ de Cantabria de 11 de febrero de 2004 (AS 2004, 1408) desestimando el recurso interpuesto por la empresa contra la sentencia dictada por el Juzgado de los Social de Santander y confirmando esta última en su integridad, reafirmando de nuevo que el trabajador había sido víctima de una

⁸⁷ RODRÍGUEZ CARDO, I. A. *Poder de dirección empresarial y esfera personal del trabajador*. Ed. Consejo Económico y Social del Principado de Asturias. Oviedo 2009, p. 80.

conducta contraria al art. 14 CE, por haberle impuesto una sanción diferente ante unos mismos hechos a unos y otros trabajadores, no justificando la empresa argumentos suficientes ajenos a un móvil atentatorio de los derechos fundamentales del empleado.

Para cerrar la relación de jurisprudencia de nuestros tribunales⁸⁸ cabe mencionar la STSJ del País Vasco de 23 de mayo de 2006 (AS 2007, 767) referida al despido de un trabajador de Eusko Instelec 2000, S.A., por haberse negado a realizar una guardia que le había sido asignada, al igual que habían hecho otros dos empleados, éstos últimos sin haber sido sancionados. La sentencia de instancia declara el despido nulo por el trato discriminatorio proporcionado al demandante, por no haber ofrecido la empresa razón alguna para el distinto tratamiento. Rebatida la resolución anterior por la empresa lo interesante es la contestación del tribunal a las alegaciones de la compañía. Por un lado la empresa argumenta que no había existido trato discriminatorio hacia el trabajador, basado en los motivos legalmente establecidos (ni por razón de sexo, estado civil, edad, raza, condición social, ideas políticas o religiosas, afiliación o no a un sindicato, lengua, ni tampoco originada como respuesta a una reclamación hacia la empresa o por una acción judicial provocada por la exigencia del principio de igualdad de trato y no discriminación). Además la empresa entiende que “el hecho de que ante unos mismos incumplimientos de los trabajadores, únicamente haya procedido (...) a sancionar al actor, y con el despido, y no a los otros dos trabajadores que han obrado exactamente igual, (...) no es constitutivo de despido nulo puesto que la actuación empresarial no se basa en las circunstancias constitutivas de discriminación expuestas”. Argumenta pues, que al no basarse en las causas de discriminación, puede obrar como había hecho despidiendo a un trabajador y a los otros dos no, pese a haber actuado del mismo modo.

Por otro lado, el tribunal afirma que “de admitirse la tesis de la mercantil sería tanto como permitir toda arbitrariedad en la facultad disciplinaria de las empresas, con tal de que ésta no se incardine de modo directo en las causas de desigualdad expresamente previstas por el legislador en los preceptos del ET (...), lo que entendemos no se puede mantener seriamente” y continúa añadiendo “una cosa es que no todo acto de diferencia implique un trato desigual que alcance a calificar el despido como nulo, y otra, muy diferente, que pueda el empresario no sólo imponer sanciones diferenciando claramente entre los trabajadores, sino además implantar la máxima sanción a uno y dejar impune la misma conducta respecto de otros, puesto que denota no solo un despido contrario a la legalidad ordinaria, sino además a la tutela de derechos fundamentales”.

El tribunal considera que no puede compartir las apreciaciones de la compañía, puesto que “lo acreditado es el trato a todas luces desigual, dispensado por la empresa al actor respecto de sus compañeros de trabajo”, afirmando que “no es que estemos ante indicios de ese desigual tratamiento, sino ante la fehaciente constatación del mismo” sin haber intentado la compañía justificar al menos su distinto trato, ni alegando ningún tipo de justificación objetiva y razonable. Finalmente la Sala considera que se encuentran ante una prohibición de discriminación del art. 14 de nuestra Carga Magna, cuando prohíbe ésta por razón de “cualquier otra condición o circunstancia personal o social” desestimando el recurso de suplicación interpuesto por la empresa y confirmado la sentencia de instancia.

⁸⁸ No obstante, también cabe realizar una breve alusión a la STSJ del País Vasco de 25 de septiembre de 2007 (AS 2008, 42) en la que se declara un despido nulo por sancionar al trabajador demandante por unos hechos que habían sido realizados de forma similar por otros trabajadores, sin ser sancionados estos últimos. Asimismo expresa el tribunal que “no puede buscarse a un trabajador para aleccionar al resto”, existiendo por tanto nulidad por quiebra de un principio fundamental del art. 14 CE.

Las diferencias de trato entre trabajadores han sido gestionadas de manera muy cautelosa por los tribunales. Como bien expresa Rodríguez Cardo⁸⁹ la discrecionalidad del empresario le faculta para sancionar o no una determinada conducta, si bien, si decide hacerlo debe otorgar el mismo trato a todos los empleados, salvo claro está que la gravedad de las conductas sea distinta. Es por ese motivo por el cuál “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 discriminación”⁹⁰. La diferencia arbitraria y carente de fundamento puede llegar a ser vejatoria y lesiva de la dignidad del trabajador.⁹¹

Con ello no se pretende que en el marco de un contrato laboral el principio de igualdad se aplique totalmente y en todas sus consecuencias, pues no hay que negar que se limitaría en gran medida el poder de dirección del empresario. Pero por otro lado, tampoco se puede negar totalmente su aplicación, pues eso implicaría dejar al trabajador a las “eventuales arbitrariedades del empresario”⁹².

En esta situación como mencionamos anteriormente, la analogía respecto a los símbolos utilizados tiene un componente mayor que en los símbolos anteriores, puesto que parece, según la descripción de los hechos, que estamos ante un mismo símbolo religioso (el que portan los compañeros y la que portaría Laura) o al menos, ante la misma religión. Por consiguiente resultaría mucho más difícil en este caso que la argumentación que la compañía alegase llegase a buen cauce, puesto que si no considera que los empleados que ya portan dicho símbolo, dañan la imagen empresarial, sus intereses, la seguridad o la salud (citando los motivos más relevantes), difícilmente podría sostener que se mantenga cuando la empleada decide portar la cruz cristiana.

Probablemente lo que se esconda detrás sea una diferencia de trato caprichosa o arbitraria, lo que le habría llevado a sancionar a Laura y no a sus compañeros, que se entiende que expresan la misma religión y la manifiestan externamente, incumpliendo también lo establecido por la empresa. Parece pues, que la gravedad de las conductas sería similar y no estaría justificado aparentemente por la compañía el trato desigual respecto a Laura, ni parece que existan razones objetivas que razonablemente lo demuestren.

La conclusión es que en el caso de que Laura portase una cruz cristiana, el camino a seguir no iría en torno a una u otra religión, pues la empresa al no sancionar a los empleados que portan símbolos religiosos cristianos, incumpliendo lo establecido por ella misma, no parece que el motivo por el que sanciona a Laura por mostrar la cruz tenga que ver con el hecho de que pertenezca a la religión cristiana. Es por ello que la vía por la que considero que se podría acudir sería la discriminación de Laura, impidiéndole manifestar su derecho fundamental a la libertad religiosa en su vertiente externa, por el simple hecho de ser ella la que lo lleve. El efecto desproporcionado sufrido parece que no resultaría justificado. Si bien la última palabra en este caso la tomarán los tribunales, que valorarán si los criterios que alegue la empresa para otorgar

⁸⁹ RODRÍGUEZ CARDO, I. A. *Poder de dirección empresarial*, cit. pp. 77 y 78.

⁹⁰ RODRÍGUEZ CARDO, I. A. *Poder de dirección empresarial*, cit. p. 78.

⁹¹ RODRÍGUEZ-PIÑEIRO Y BRAVO-FERRER, M. “Igualdad y no discriminación en el empleo”. *Derecho y conocimiento: anuario jurídico sobre la sociedad de la información y del conocimiento*, nº 1, 2001, p. 473.

⁹² RODRÍGUEZ-PIÑEIRO Y BRAVO-FERRER, M. “Igualdad y no discriminación...”, cit. p. 472.

una diferencia de trato son aceptables y si existen motivos razonables para dicha distinción.

VI. ANÁLISIS DE LAS POSIBLES VÍAS PARA DEMANDAR A LA ASOCIACIÓN PARA LA DEFENSA DEL VELO ISLÁMICO Y SUS PERSPECTIVAS DE ÉXITO.

Resulta imprescindible antes de abordar el estudio del boicot definir a que nos enfrentamos. Aunque no se proporciona ni en nuestro derecho, ni en ningún otro en este aspecto una definición concreta del fenómeno del boicot, Emparanza Sobejano⁹³ apoyándose en multitud de estudios doctrinales y jurisprudenciales de países más avanzados en este ámbito ha logrado ofrecer una aproximación a su terminología.

Por un lado, el término “boicot” suele expresarse de manera coloquial para indicar aquella situación de no adquisición de los productos que comercializa un sujeto determinado. Por otro lado, la noción técnica-económica se refiere al boicot económico como “el suceso en el que un sujeto o grupo de sujetos rescinde, o se niega a iniciar total o parcialmente relaciones económicas con otro u otro grupo de sujetos, como consecuencia de un requerimiento recibido en tal sentido por una tercera parte, la cual tiene la intención de irrogarle un perjuicio al inquirido directo o indirecto, de no llevar a cabo la conducta encomendada”⁹⁴.

Lo que está claro es que se produce una intromisión en las relaciones comerciales, con el objetivo de la ruptura de tales vínculos, si bien lo relevante, a estos efectos, es que “el boicot ha de repercutir de algún modo en la situación económica del operador económico contra quién se dirige, con independencia de los fines que persiga su instigador (políticos, religiosos, sociales, culturales, etc.)”⁹⁵.

Las actuaciones llevadas a cabo en este ámbito y con estas características se pueden observar bajo distintas perspectivas. En primer lugar, se analizará la conducta bajo la perspectiva de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal⁹⁶, puesto que el análisis sobre la determinación del ámbito, en concreto el objetivo, de la LCD proporcionará un marco preciso para “delimitar las fronteras con el campo de aplicación de la responsabilidad civil”⁹⁷, que se analizará a posteriori.

1. Vía de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal para demandar a la Asociación para la Defensa del Velo Islámico.

La LCD⁹⁸ introduce un cambio de perspectiva desde la orientación clásica del derecho de competencia desleal, dejando de estar únicamente dirigido a la problemática entre competidores, para “instaurarse como un instrumento de ordenación y control de los

⁹³ EMPARANZA SOBEJANO, A. *El boicot como acto de competencia desleal contrario a la libre competencia*. Ed. Civitas. Madrid 2000, pp. 29 y 30.

⁹⁴ EMPARANZA SOBEJANO, A. *El boicot como acto de competencia desleal*, cit. p. 31.

⁹⁵ EMPARANZA SOBEJANO, A. *El boicot como acto de competencia desleal*, cit. p. 30.

⁹⁶ BOE núm. 10, de 11 de enero de 1991; en adelante LCD.

⁹⁷ SUÑOL LUCEA, A. “Los elementos estructurales que definen la conducta sometida a la ley de competencia desleal”. *Revista de Derecho Mercantil*, nº284, 2012, p. 2.

⁹⁸ La LCD tiene por objeto “la protección de la competencia en interés de todos los que participan en el mercado, y a tal fin establece la prohibición de los actos de competencia desleal, incluida la publicidad ilícita en los términos de la Ley General de Publicidad.” (art. 1 LCD).

comportamientos desenvueltos en el mercado y relacionados con el intercambio de bienes y servicios a través del mismo”⁹⁹. Así se toma en consideración no sólo los intereses de los competidores directamente implicados, sino también los de los consumidores y el interés general de todos los que participan en el mercado¹⁰⁰.

Es necesario analizar en primer lugar, el ámbito de aplicación de la LCD, el cual figura en dos preceptos, uno referido al ámbito de aplicación subjetivo y otro al objetivo.

A). *Ámbito subjetivo.*

Desde el punto de vista subjetivo, no sólo se reduce la aplicación de la ley a los empresarios y profesionales, sino a todas aquellas personas físicas o jurídicas que participen en el mercado (art. 3.1 LCD). De igual modo se ha ido “desvinculando la persecución del acto del tradicional requisito de la relación de competencia”¹⁰¹, no pudiendo supeditarse la aplicación de la ley a la existencia de una relación de competencia (art. 3.2 LCD).

Reflejo de lo anterior es la sentencia del TS de 18 de octubre de 2000 (RJ 2000, 8809) que señala basándose en el Preámbulo de la LCD que “no es preciso que los sujetos – agente y paciente– del acto sean empresarios (...) ni se exige que entre ellos medie una relación de competencia” (FJ 3º). En términos similares se ha pronunciado la SAP de Asturias de 11 de junio de 2002 (JUR 2002, 251302) estableciendo que “la aplicación de la ley no podrá supeditarse a la existencia de una relación de competencia entre sujeto activo y pasivo del acto de competencia desleal” (FJ 5º).

B). *Ámbito objetivo.*

A la hora de delimitar el ámbito de aplicación objetivo, la LCD establece dos condiciones para poder hablar de acto de competencia, la primera de ellas se refiere a que el acto se realice en el mercado, y la segunda a que se lleve a cabo con fines concurrenciales (art.2.1 LCD)¹⁰². Partiendo de la realización de una interpretación sistemática de la LCD comprobar que se cumplen estos dos requisitos constituye el “primer filtro”¹⁰³ antes de entrar a examinar los tipos establecidos y la cláusula general de la LCD. Estos dos requisitos permitirán determinar si estamos ante un acto de competencia y resulta de aplicación la LCD, si bien nos encontraremos ante un acto de competencia desleal si la conducta encaja en alguno de los tipos recogidos por la misma (art. 4 referido a la cláusula general o alguno de tipos recogidos del 5 al 18 LCD).¹⁰⁴

La LCD es de aplicación a todo comportamiento “que se realice en el mercado” (art.2 LCD). Cuando se refiere al término “mercado”, nuestra doctrina lo ha entendido como “el espacio institucional en el que se encuentran la oferta y la demanda, en el que se forman y se desenvuelven las relaciones económicas”¹⁰⁵. La jurisprudencia¹⁰⁶ también

⁹⁹ SUÑOL LUCEA, A. “Los elementos estructurales...”, cit. p. 26.

¹⁰⁰ MÁRTINEZ SÁNZ F. y PUETZ, A. “Ámbito de aplicación y cláusula general de competencia desleal”. *Revista de derecho de la competencia y la distribución*, nº7, julio 2010, p.2.

¹⁰¹ Preámbulo LCD.

¹⁰² La SAP Barcelona de 30 de mayo de 2005 (JUR 2006, 228362), establece que “basta, o es preciso, que se cumplan las dos condiciones previstas en el apartado 1 del art.2” (FJ 1º).

¹⁰³ GARCÍA PÉREZ, R. “El ámbito objetivo de aplicación de la Ley de Competencia Desleal”. *Derecho de los negocios*, nº200, mayo 2007, p.8.

¹⁰⁴ GARCÍA PÉREZ, R. *Ley de Competencia Desleal*. Ed. Aranzadi, S.A. Cizur Menor 2008, p.38.

¹⁰⁵ MASSAGUER FUENTES, J. *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*. Ed. Civitas. Madrid 1999, p.120.

se ha referido a este término en vocablos similares, como en la STS de 19 de mayo de 2008 (RJ 2008, 3089) “el mercado a que se refiere el artículo 2 de la Ley 3/1991 no es sólo el relevante, sino cualquiera en el que confluyan las leyes de la oferta y la demanda” (FJ 2º). Asimismo se extiende a todas las actividades que se desarrollan en el mercado, es decir, a todas las actividades económicas en sentido amplio¹⁰⁷.

Realizando una lectura del art.2 LCD y del Preámbulo de la LCD, al que se ha remitido también la jurisprudencia, como ha hecho nuevamente el TS en sentencia de 18 de octubre de 2000 (RJ 2000, 8809) citando el Preámbulo anterior que indica que “para que exista acto de competencia desleal basta, en efecto, con que se cumplan las dos condiciones previstas en el párrafo primero del artículo 2” siendo la primera condición “que el acto «se realice en el mercado» (es decir, que se trate de un acto dotado de trascendencia externa)” (FJ 3º).

Es por ello que este requisito, tanto doctrina¹⁰⁸ como jurisprudencia¹⁰⁹ exponen que es necesario concebirlo como “una mera exigencia de que la conducta enjuiciada tenga trascendencia externa, en el sentido de que haya trascendido o esté encaminada a trascender la esfera meramente privada de su autor o, si se prefiere, de que se proyecte externamente, o cuanto menos, que esté encaminada a proyectarse al exterior, sin que se exijan ulteriores condiciones”.

Como expone Iraculis Arregui¹¹⁰ en relación a la STS de 22 de noviembre de 2010 (RJ 2011, 561), “no hay prácticamente ninguna duda de que tenía trascendencia externa”, debido a que “sus consecuencias afectan de algún modo al ámbito del mercado, llegando a sus destinatarios en sentido amplio o estricto”.

Por consiguiente, “el requisito de que el acto se realice en el mercado obliga al juez a analizar si el bien jurídico protegido (la competencia entendida como proceso en el que participan los competidores, los consumidores y otros participantes en el mercado, y no como la relación entre competidores) puede resultar afectado (...) por la conducta enjuiciada”¹¹¹.

Por otro lado y dejando aparte por el momento el primer requisito, en relación con el segundo de ellos, la finalidad concurrencial, la LCD inserta una presunción iuris tantum, según la cual existe “cuando, por las circunstancias en que se realice, se revele

¹⁰⁶ Véase la Sentencia de la AP de Madrid de 13 de mayo de 2011 (AC 2011, 1246), en la que en su FJ 1º define “en el mercado” cuando “trascendiendo del ámbito puramente privado, incide, como cualquier otro producto ofertado al público, en el entramado institucional en el que el juego de la oferta y la demanda consiste” y la STS de 22 de noviembre de 2010 (RJ 2011, 561) en la que hace referencia a la sentencia de 19 de mayo de 2008 (RJ 2008, 3089) para adoptar la definición de mercado allí establecida, entendiéndolo por mercado “cualquiera en el que confluyen las leyes de la oferta y la demanda” (FJ 2º).

¹⁰⁷ MASSAGUER FUENTES, J. *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*, cit. p. 120.

¹⁰⁸ SUÑOL LUCEA, A. “Los elementos estructurales...”, cit. p. 11.

¹⁰⁹ SAP Valladolid de 26 de mayo de 1997 (AC 1997, 1047) expresa que en el caso en cuestión se había producido un acto de mercado “en cuanto su trascendencia no ha quedado reducida al ámbito de los propios demandados, sino que ha trascendido al exterior de los mismos” (FJ 6º).

¹¹⁰ IRÁCULIS ARREGUI, N. “Sentencia de 22 de noviembre de 2010: Aplicación de la Ley de Competencia Desleal: ámbito objetivo: acto de competencia: existencia de sus elementos estructurales: carta o comunicación publicada en diversos foros de Internet relativos al sector del mercado náutico, cuyas páginas son visitadas por potenciales clientes de la entidad arrendadora”. *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, nº86, 2011, p.3.

¹¹¹ GARCÍA PÉREZ, R. “El ámbito objetivo de aplicación...”, cit. p.10

objetivamente idóneo para promover o asegurar la difusión en el mercado de las prestaciones propias o de un tercero” (art.2.2 LCD).¹¹²

Como señalábamos anteriormente en referencia a la STS de 18 de octubre de 2000 (RJ 2000, 8809) y al Preámbulo de la LCD, respecto a este requisito se señalaba que la conducta se lleve a cabo con “fines concurrenciales (es decir, que el acto – según se desprende del párrafo segundo del citado artículo - tenga por finalidad «promover o asegurar la difusión en el mercado de las prestaciones propias o de un tercero»)” (FJ 3º).¹¹³

Cuando el acto que se lleva cabo “es objetivamente idóneo para promover o asegurar las prestaciones propias o de un tercero se presume que el acto tiene esa finalidad, pero la presunción puede destruirse”¹¹⁴. Es posible que un determinado sea idóneo para promover o asegurar las prestaciones propias o las de un tercero, pero que esa no sea su finalidad.

La presunción anterior admite prueba en contrario. Como establece García Pérez¹¹⁵ “una vez probada la idoneidad objetiva de la conducta para la promoción o aseguramiento de las prestaciones propias o ajenas, será el demandado quien tenga que demostrar que no existe, en el caso de que se trate, el enlace que ha de haber entre el hecho que se presume y el hecho probado o admitido que fundamenta la presunción” y continúa señalando “habrá de probar en el caso concreto, por las circunstancias en las que se realiza (...) del hecho de que se promuevan objetivamente las prestaciones propias o de un tercero, no se deriva que esa fuese la finalidad del demandado, pues a la vista de las circunstancias que rodean su comportamiento se deduce que su finalidad era otra”.

Aunque habrá que estar a cada caso en cuestión analizando los requisitos anteriores (que el acto se realice en el mercado y que exista finalidad concurrencial, puesto que no se necesita ningún requisito adicional ya que no es preciso que sean empresarios ni que exista una relación de competencia entre los mismos) cuando, por ejemplo, las asociaciones de consumidores, que buscan la protección de estos últimos, promueven un boicot, “en principio no es un acto de competencia desleal”¹¹⁶ por el hecho de que estas asociaciones, cuando instigan este tipo de actuaciones, suelen carecer de finalidad concurrencial (presupuesto establecido en el art. 2 LCD). Si bien no es una afirmación tajante puesto que puede existir algún caso en el que cumplan los requisitos exigidos para la aplicación de la LCD, sin embargo suele reducirse a supuestos puntuales. Como expresa Emparanza Sobejano “es lógico que se presuma que a estas asociaciones no les mueve ningún móvil competencial para llevar a cabo su tarea”¹¹⁷.

Igualmente, determinadas manifestaciones pueden estar al amparo de la libertad de expresión, el derecho de información o la libertad religiosa, y además “de manera

¹¹² El TS en sentencia de 28 de septiembre de 2007 (RJ 2007, 8620) establece que “la finalidad concurrencial del acto se presume cuando, por las circunstancias en que se realice, se revele objetivamente idóneo para promover o asegurar la difusión en el mercado de las prestaciones propias o de un tercero (art. 2º.2 LCD), sin que pueda supeditarse la aplicación de la Ley a la existencia de una relación de competencia entre el sujeto activo y el sujeto pasivo del acto de competencia desleal (art. 3.1 LCD)” (FJ 4º).

¹¹³ De igual modo SAP Barcelona de 30 de mayo de 2005 (JUR 2006, 228362) (FJ º1).

¹¹⁴ GARCÍA PÉREZ, R. “El ámbito objetivo de aplicación...”, cit. p. 11.

¹¹⁵ GARCÍA PÉREZ, R. “El ámbito objetivo de aplicación...”, cit. p.12.

¹¹⁶ EMPARANZA SOBEJANO, A. *El boicot como acto de competencia desleal*, cit. p. 117.

¹¹⁷ EMPARANZA SOBEJANO, A. *El boicot como acto de competencia desleal*, cit. p. 119.

incidental pueden ser aptas para promover o difundir determinados productos de terceros”¹¹⁸. En ese sentido Gualde Capó¹¹⁹ manifiesta en una relación de ejemplos que la conducta en la que se producen “boicots de determinados productos por motivos religiosos, políticos, etc.” aunque benefician a los productos que ofrezca la competencia, “se trataría de conductas realizadas en el mercado, con trascendencia externa, y que resultan idóneas para promover prestaciones de terceros, sin que por ello se pueda considerar que tengan una finalidad concurrencial”.

No obstante, como expresaba al comienzo de este párrafo, hay que estar a cada caso en cuestión. En el supuesto de la conducta llevada a cabo por la Asociación para la Defensa del Velo Islámico, entendemos que se cumpliría el primero de los requisitos (trascendencia externa), si bien aunque parece que no habría finalidad concurrencial, analizaré el siguiente paso, la conducta en la cual se podría incluir el acto de concurrir los requisitos anteriores.

C). *Calificación del acto y acciones derivadas de la competencia desleal.*

La LCD establece por un lado una cláusula general, mediante la cual “se reputa desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe” (art 4.1 LCD) y por otro, una serie de supuestos concretos de competencia desleal específicamente prohibidos.

La cláusula general como ya establece el Preámbulo de la LCD, está diseñada para dar respuesta “a la siempre cambiante fenomenología de la competencia desleal”. No está concebida para acoger a toda conducta concurrencial en disputa, sino para permitir que “aquellas conductas que por su rareza o acaso por su novedad no han encontrado adecuado reflejo en un tipo específico puedan someterse al control de deslealtad”.¹²⁰

Para aplicar la cláusula general, no hay que olvidar que tendrían que concurrir los requisitos expuestos en los dos apartados anteriores, como han proclamado nuestros tribunales.¹²¹

El TS en sentencia de 24 de noviembre de 2006 (RJ 2007, 262) establece que, en primer lugar, “la cláusula general del artículo 5 LCD [actual artículo 4 LCD] no formula un principio abstracto que sea objeto de desarrollo y concreción en las normas siguientes en las que van a ser tipificados los actos o comportamientos de competencia desleal en particular, sino que establece lo que la doctrina ha identificado como «una norma jurídica en sentido técnico», esto es, «una norma completa de la que se derivan deberes jurídicos precisos para los particulares, tal y como sucede con el artículo 7.1 del Código civil»” además añade que “la cláusula general tipifica un acto de competencia desleal en sentido propio, dotado de sustantividad frente a los actos de competencia desleal que la

¹¹⁸ GUALDE CAPÓ, P. y BARRERA BECERRA, E. *Memento dossier: competencia desleal*. Ed. Francis Lefebvre, S.A. Madrid 2011, p.20.

¹¹⁹ GUALDE CAPÓ, P. y BARRERA BECERRA, E. *Memento dossier*, cit. p. 20.

¹²⁰ SUÑOL LUCEA, A. “La aplicación de la cláusula general prohibitiva de actos de competencia desleal a los actos de obstaculización”. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, nº10, 2003, p.4.

¹²¹ STS de 15 de octubre de 2001 (RJ 2001, 9441), expresa que “debiendo el acto incardinable en el art. 5 (actual art. 4 LCD) reunir los requisitos establecidos en el art. 2 de la Ley, que el acto se realice en el mercado, es decir, que se trate de un acto de trascendencia externo, y que se lleve a cabo con fines concurrenciales, presumiéndose esta finalidad concurrencial - art. 2.2 de la Ley - cuando, por las circunstancias en que se realice, se revele objetivamente idóneo para promover o asegurar la difusión en el mercado de las prestaciones propias o de un tercero”(FJ 5º). En el caso en cuestión cumplía los requisitos y se analiza si procede aplicar el actual art.4, siendo la respuesta afirmativa.

Ley ha estimado tipificar en concreto” . Además, es preciso dejar claro, como también establece el TS que esta cláusula “no puede aplicarse de forma acumulada a las normas que tipifican en particular, sino que la aplicación ha de hacerse en forma autónoma, especialmente para reprimir conductas o aspectos de conductas que no han podido ser subsumidos en los supuestos contemplados en la tipificación particular” (FJ 2º).

En el supuesto de Maca S.A., sólo sabemos que la Asociación para la Defensa del Velo Islámico “emprende una campaña de boicot” a los productos distribuidos por la empresa. Si atendemos a la literalidad “boicot”, definido como al comienzo de esta cuestión, Emparanza Sobejano, considera que el mismo debe tener acogida dentro del art. 4 LCD, porque “es contraria objetivamente a las exigencias de la buena fe”, vulnerando el principio de competencia eficiente, afirmando que “no hay ningún precepto que contemple expresamente este supuesto en la LCD” por lo que “el único medio de declarar su deslealtad es, de acuerdo con la función que cumple la cláusula general” incluyendo por tanto el boicot dentro del precepto 4 LCD.

De igual modo, Barona Vilar¹²² considera para que se produzca un acto considerado de boicot, además de ser necesario una trilogía de elementos (boicoteador, boicoteado y el que con su conducta favorece el boicot), es preciso también “la incitación a obstaculizar la provisión o las compras en grado suficiente como para determinar el comportamiento del boicoteado”, descartando así del boicot desleal conductas que simplemente constituyan una amenaza de boicot. Igualmente Barona Vilar¹²³ considera que el acto debería encuadrarse bajo la cláusula general.

Respecto a la trilogía mencionada aplicada al caso en cuestión, por un lado el boicoteador viene referido al que “promueve o instiga a otra persona a que lleve a cabo la labor obstaculizadora sobre un tercero”¹²⁴ que, en este caso podría tener ese papel la Asociación para la Defensa del Velo Islámico. Por otro lado el boicoteado se refiere al sujeto que soporta las consecuencias (la propia empresa). Finalmente figura el que con su conducta favorece el boicot, recibe el requerimiento y hace efectiva “la actuación obstruccionista pretendida por el boicoteador”¹²⁵, siendo indiferente que sea un grupo definido de personas que una esfera indeterminada de personas (cuando se traslada a la opinión pública en general).

Si bien atendiendo no tanto a la literalidad, sino a las circunstancias que podrían haber ocurrido (puesto que no sabemos al detalle son meras suposiciones), podemos analizar si en los supuestos específicos que regula la LCD existe algún precepto en el que encaje. Lo anterior no quiere decir que por no cumplirse todos los requisitos para encuadrarlo en un tipo específico se quiera aplicar la cláusula general. Simplemente que, a raíz de la falta de concreción de los hechos, no conocemos si estamos ante una conducta que por su “rareza o acaso por su novedad” debe encuadrarse en la cláusula general (como ha considerado la doctrina) o si por el contrario los hechos pueden encajar en un tipo específico.

Una posibilidad sería a través del acto de denigración, regulado en el art. 9 LCD, que establece que “se considera desleal la realización o difusión de manifestaciones sobre la

¹²² BARONA VILAR, S. *Competencia desleal: tutela jurisdiccional – especialmente proceso civil – y extrajurisdiccional: doctrina, legislación y jurisprudencia*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia 2008, p.333.

¹²³ BARONA VILAR, S. *Competencia desleal*, cit. p. 333.

¹²⁴ EMPARANZA SOBEJANO, A. *El boicot como acto de competencia desleal*, cit. p. 39.

¹²⁵ EMPARANZA SOBEJANO, A. *El boicot como acto de competencia desleal*, cit. p. 39.

actividad, las prestaciones, el establecimiento o las relaciones mercantiles de un tercero que sea aptas para menoscabar su crédito en el mercado, a no ser que sean exactas verdaderas y pertinentes”.

Es importante el hecho de que se trate de manifestaciones pertinentes¹²⁶, pues como continúa estableciendo el art.9 LCD, no serían pertinentes “las manifestaciones que tengan por objeto la nacionalidad, las creencias o ideología, la vida privada o cualesquiera otras circunstancias estrictamente personales del afectado”.

La AP de Barcelona en sentencia de 26 de enero de 2000 (AC 2000,688) establece que este comportamiento del artículo 9 exige los siguientes elementos: “(a) de mera emisión, de difusión o divulgación de manifestaciones; (b) inexactas, absolutamente (no verdaderas) o relativamente, e impertinentes (en consideración a las circunstancias, a la participación en el mercado de los afectados y a la adopción, por el destinatario, de conscientes decisiones en el mercado); (d) sobre las prestaciones, el establecimiento o relaciones mercantiles de un tercero; (c) ha de ser apto o adecuado, objetivamente, cualquiera que sea el propósito que anime al autor; (e) para menoscabar el crédito en el mercado del competidor, esto es, para lesionar su reputación o prestigio” (FJ 9º).

De igual modo, la SAP de Barcelona de 14 de enero de 2003 (JUR 2004, 14172) resolviendo un conflicto entre Freixenet, S.A. y Codorniu, interpreta el art. 9, manifestando que “ese comportamiento de mera emisión, de difusión o divulgación de manifestaciones inexactas, absolutamente (no verdaderas) o relativamente, e impertinentes (...) sobre las prestaciones, el establecimiento o relaciones mercantiles de un tercero, ha de ser apto o adecuado, objetivamente, cualquiera que sea el propósito que anime al autor, para menoscabar el crédito en el mercado del competidor, esto es, para lesionar su reputación o prestigio”. Posteriormente establece una interpretación más pormenorizada del mismo expresando que, “el bien jurídico protegido no es la reputación en sí misma considerada, sino la competencia económica”, cayendo fuera del ámbito del precepto los meros juicios de valor u opiniones, tolerando el menoscabo del crédito en el mercado “si está amparado por la exceptio veritatis en términos de exactitud y veracidad y además es pertinente” (FJ 5º)¹²⁷.

Aplicando lo establecido por la SAP de Barcelona de 26 de enero de 2000 (AC 2000, 688) al caso en cuestión, parece que se podrían haber difundido una serie de manifestaciones, que no debieran de ser exactas ni verdaderas ni pertinentes (aspecto que no conocemos) y que parece que han menoscabado el crédito en el mercado de Maca S.A. No obstante, sin conocer cómo y cuáles habrían sido las manifestaciones es muy difícil suponer que cumplierse los elementos establecidos para este tipo normativo, si bien parece que la conducta podría ser propia de un acto de denigración regulado en el art. 9 LCD.

Contra los actos de competencia desleal, incluida la publicidad ilícita, podrán ejercitarse una serie de acciones que aparecen reguladas en el art. 32 LCD¹²⁸. Aún sin conocer

¹²⁶ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. *Apuntes de derecho mercantil: derecho mercantil, derecho de la competencia y propiedad industrial*. Ed. Aranzadi, S.A. Cizur Menor 2016, p. 430.

¹²⁷ La SAP también entra a valorar lo que se entiende por exactitud y veracidad. Exactitud “entendida en el sentido de que la información difundida se corresponda con la realidad de las cosas” y veracidad “implica que en todo caso provoque en sus destinatarios una representación fiel de la realidad de las cosas” (FJ 5º).

¹²⁸ “Artículo 32: 1. Contra los actos de competencia desleal, incluida la publicidad ilícita, podrán ejercitarse las siguientes acciones:

exactamente los hechos, considero que las acciones que más se podrían adaptar al supuesto en cuestión son las reguladas en el art. 32.1. 2º, 32.5. 5º y 32.1. 4º de la LCD. La primera de ellas, referida a la declaración de la conducta como desleal, suele entenderse como “un requisito previo al de estimación del resto de las acciones”¹²⁹, aunque la ley permite que se ejerza de forma autónoma, “se trata de una acción de carácter adjetivo que generalmente sólo se utilizará como presupuesto para el ejercicio de otras pretensiones o cuando no puedan utilizarse otras acciones”¹³⁰. La segunda de ellas, viene referida al resarcimiento de los daños y perjuicios, que sólo puede ejercitarse si ha concurrido dolo o culpa y media relación causal entre el acto llevado a cabo y el efecto producido.¹³¹

También podría haber lugar a la acción de rectificación (art. 32. 1. 4º LCD) que trataría de paliar los efectos de los actos de competencia desleal basados en informaciones engañosas, incorrectas o falsas. Como expresa la ya citada SAP Barcelona de 14 de enero de 2003 (JUR 2004, 14172) “la acción de rectificación tiene por objeto remover los efectos perjudiciales de los actos desleales que han consistido en la difusión de informaciones engañosas, incorrectas o falsas, lo que presupone la persistencia de sus lesivos efectos más allá de la cesación del acto, y exige en todo caso que la exactitud y veracidad de las indicaciones que incluya la rectificación haya quedado plenamente demostrada en el proceso” (FJ 12º).

Por lo que se refiere a la legitimación activa, se legitima a “cualquier persona física o jurídica que participe en el mercado, cuyos intereses económicos resulten directamente perjudicados o amenazados por la conducta desleal” (art. 33 LCD), no cabe entrar aquí, pues la que quiere ejercitar la acción en este caso es la empresa, pero también se faculta a muchos otros entes su ejercicio, entre ellos, a las asociaciones y corporaciones profesionales o representativas de intereses económicos, con una serie de matices.

En relación con la legitimación pasiva podrá ejercitarse “contra cualquier persona que haya realizado u ordenado la conducta desleal o haya cooperado a su realización” (art. 34 LCD).

Hay que tener en cuenta también que las acciones previstas en el art. 32 prescriben por el transcurso de un año “desde el momento en que pudieron ejercitarse y el legitimado tuvo conocimiento de la persona que realizó el acto de competencia desleal; y, en

1.ª Acción declarativa de deslealtad.

2.ª Acción de cesación de la conducta desleal o de prohibición de su reiteración futura. Asimismo, podrá ejercerse la acción de prohibición, si la conducta todavía no se ha puesto en práctica.

3.ª Acción de remoción de los efectos producidos por la conducta desleal.

4.ª Acción de rectificación de las informaciones engañosas, incorrectas o falsas.

5.ª Acción de resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por la conducta desleal, si ha intervenido dolo o culpa del agente.

6.ª Acción de enriquecimiento injusto, que sólo procederá cuando la conducta desleal lesione una posición jurídica amparada por un derecho de exclusiva u otra de análogo contenido económico.

2. En las sentencias estimatorias de las acciones previstas en el apartado anterior, números 1.ª a 4.ª, el tribunal, si lo estima procedente, y con cargo al demandado, podrá acordar la publicación total o parcial de la sentencia o, cuando los efectos de la infracción puedan mantenerse a lo largo del tiempo, una declaración rectificadora”.

¹²⁹ GARCÍA PÉREZ, R. *Ley de Competencia Desleal*, cit. p. 442.

¹³⁰ ALONSO SOTO, R. “Derecho de la competencia (II)”, en AA.VV *Lecciones de derecho mercantil Volumen I*. A. Menéndez Menéndez y A. Rojo Fernández- Río (dir). Ed. Civitas-Thomson Reuters. Cizur Menor 2016, p. 352.

¹³¹ ALONSO SOTO, R. “Derecho de la competencia (II)”, cit. p. 352.

cualquier caso, por el transcurso de tres años desde el momento de la finalización de la conducta” (art. 35 LCD)

En el supuesto de que Maca S.A. decida emprender acciones contra la Asociación para la Defensa del Velo islámico considero que la vía de la competencia desleal probablemente no sería la que tuviese más éxito puesto que difícilmente, como hemos visto anteriormente, podrá cumplir el requisito necesario para poder aplicar la LCD referido a la finalidad concurrencial. Aunque la vía se puede ejercer, lo que probablemente estimaría el tribunal sería que, faltando el requisito anterior, ya no cabría que entrase a analizar y calificar la conducta por la vía de la LCD.

2. Vía de la responsabilidad civil extracontractual para demandar a la Asociación para la Defensa del Velo Islámico.

Si partimos del hecho de que la conducta no tenga una finalidad concurrencial, no significa que el acto realizado sea siempre totalmente válido, pudiendo quedar sujeto a la responsabilidad del art.1902 del CC¹³². El perjudicado podrá reclamar la reparación del daño por la vía de la responsabilidad civil extracontractual, que según el art.1902 CC viene referida a que “el que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado”. Esta responsabilidad tiene como presupuesto la causación de un daño “sin que entre dañante y dañado medie una relación contractual previa, o preexistiendo ésta, el daño es por completo ajeno al ámbito que le es propio”¹³³.

Este tipo de responsabilidad según la jurisprudencia exige el cumplimiento de una serie de requisitos: la realización de una acción u omisión considerada ilícita, la causación de un daño y un nexo causal entre la conducta dañosa y el resultado¹³⁴. Como expresa Plaza Penadés¹³⁵ “el requisito que siempre debe probarse en todos los casos de responsabilidad extracontractual es la determinación de la existencia de una relación de causalidad o enlace preciso y directo entre la «acción u omisión» (causa) y el «daño» o perjuicio resultante (efecto), o «relación de causalidad»”. No es posible que la fundamentación se base en meras conjeturas, sino que es necesario que exista “una prueba terminante relativa al nexo entre la conducta del agente y la producción del daño”.

El TS en sentencia de 28 de febrero de 1995 (RJ 1995, 686) procedió a otorgar el derecho a indemnizar a la empresa Gasur por el art.1902 CC por el hecho de haber realizado una serie de manifestaciones denigrantes mediante cartas remitidas a organismos públicos y la posterior difusión a través de diversos periódicos, acreditándose el requisito de causalidad, siendo evidente que se produjo un desprestigio comercial apreciable, expresando el tribunal que “tal conducta atribuida a la parte demandada, que debía ser calificada como ilícita (en expresión clásica constitutiva de los llamados actos de denigración del competidor), ha de abocar necesariamente, en determinar, si por las circunstancias de los hechos imputados, los mismos afectan o no a

¹³² EMPARANZA SOBEJANO, A. *El boicot como acto de competencia desleal*, cit. p. 119.

¹³³ REGLERO CAMPOS, L. F. “Conceptos generales y elementos de delimitación”, en AA.VV *Tratado de responsabilidad civil*. L.F. Reglero Campos y J.M. Busto Lago (dir). Ed. Aranzadi S.A. Cizur Menor 2014, p. 44.

¹³⁴ PLAZA PENADÉS, J. “Artículo 1902. Responsabilidad extracontractual”, en AA. VV *Código Civil Comentado*. A. Cañizares Laso. Ed. Aranzadi S.A. Cizur Menor 2016, p. 1364.

¹³⁵ PLAZA PENADÉS, J. “Artículo 1902. Responsabilidad extracontractual”, cit. p. 1365.

la propia actividad comercial, por cuanto que, sin discutir que esa antijuridicidad margina al propio prestigio comercial del ente del actor, deviene consecuentemente la ineludible disminución de posibles beneficios económicos, en el ejercicio de su actividad lícita” (FJ 2º).

El TS en la Sentencia de 3 de febrero de 2005 (RJ 2005, 1458) resuelve un caso en el que se publica en una revista destinada a consumidores que el queso fabricado por la empresa demandante en instancia y recurrente en casación contenía un germen determinado, sin que esa información hubiese sido proporcionada por Eroski, Sociedad Cooperativa (empresa demandada). Aunque la fundamentación empleada por el tribunal para rechazar la existencia de fines concurrenciales ha sido criticada por la doctrina¹³⁶, nos interesa la parte en la que la empresa demandante alega alternativamente la infracción del artículo 1902 CC, siendo desestimado este motivo por derecho a la defensa de una información veraz. Se había declarado probado en instancia que no había nexo causal entre la información y el daño patrimonial que había sufrido la empresa demandante, y se afirmó que “no hay nexo de causalidad entre la publicación y el descenso de venta”. Es por ello que el TS expresa que “no se ha dado acción ilícita por parte de la sociedad cooperativa de consumidores y usuarios demandada, ni hay nexo causal entre la acción y el supuesto daño; no hay, pues, responsabilidad civil del artículo 1902 del CC”, confirmando la sentencia dictada por la Audiencia Provincial. El hecho de rechazar la pretensión no fue una cuestión conceptual, sino que en el caso analizado no se acreditó la relación de causalidad entre la conducta en cuestión y el daño que el actor alegaba haber sufrido.

Considero que la vía de la responsabilidad civil extracontractual sería la más factible para este caso en cuestión. Sin embargo, no hay que olvidar que si el supuesto se llegase a reputar desleal y se le aplicase la LCD, “no cabría invocar el régimen del art.1902 CC”¹³⁷.

3. Vía de la responsabilidad por la LO 1/1982, de 5 de mayo, para demandar a la Asociación para la Defensa del Velo Islámico.

Con objeto de abarcar las posibles vías cabe hacer una breve remisión a la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen¹³⁸.

El derecho al honor de las personas jurídicas comienza a entrecruzar en la STC de 26 de septiembre de 1995 (RJ 1995, 139) en la que el tribunal establece que “si el objetivo y función de los derechos fundamentales es la protección del individuo, sea como tal individuo o sea en colectividad, es lógico que las organizaciones que las personas naturales crean para la protección de sus intereses sean titulares de derechos fundamentales, en tanto y en cuanto éstos sirvan para proteger los fines para los que han sido constituidas” y continúa añadiendo, “en consecuencia, las personas colectivas no actúan, en estos casos, sólo en defensa de un interés legítimo en el sentido del art. 162.1.b) de la CE, sino como titulares de un derecho propio” (FJ 4º). Si bien “dada la propia sistemática constitucional, el significado del derecho al honor ni puede ni debe excluir de su ámbito de protección a las personas jurídicas” concluyendo por tanto que

¹³⁶ RUBÍ PUIG, A. “Competencia desleal y libertad de expresión: Comentario a la STS, 1ª, de 3.2.2005”. *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, nº 3, 2005, p.7.

¹³⁷ EMPARANZA SOBEJANO, A. *El boicot como acto de competencia desleal*, cit. p. 120.

¹³⁸ BOE núm. 115, de 14 de mayo de 1982; en adelante LO 1/1982.

la persona jurídica puede ver lesionado su derecho al honor “a través de la divulgación de hechos concernientes a su entidad, cuando la difame o la haga desmerecer en la consideración ajena (art. 7.7 L.O. 1/1982)” (FJ 5º).

Esta línea jurisprudencial fue confirmada a posteriori por la STC de 11 de diciembre de 1995 (RJ 1995, 183) en relación con el derecho al honor de una discoteca y aludiendo a la STC mencionada en el párrafo anterior expresa que, “que las personas jurídicas pueden ser titulares del derecho al honor no supone, como pretenden los recurrentes, el establecimiento de un límite ilegítimo al derecho de información, sino, por el contrario, una interpretación constitucionalmente adecuada del alcance subjetivo del derecho al honor que reconoce el artículo 18.1 de la Constitución” (FJ 2º).

La LO 1/1982, recoge en su art.1.1 que “el derecho fundamental al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, garantizado en el artículo dieciocho de la Constitución, será protegido civilmente frente a todo género de intromisiones ilegítimas, de acuerdo con lo establecido en la presente Ley Orgánica”. La posible fundamentación encontraría su apoyo a través del art. 7.7 de la LO 1/1982 que establece que tendrán la consideración de intromisiones ilegítimas, “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”, en relación con el art.9 de la LO 1/1982.

Como bien expresa Yzquierdo Tolsada¹³⁹, en la mayor parte de los casos en los cuales la demandante es una entidad comercial, recurrir para proteger su prestigio profesional y su credibilidad a la LO 1/1982, suele realizarse no por el hecho de encaje totalmente dentro de la LO 1/1982, sino porque en el resto de vías pueden encontrar “importantes dificultades probatorias” y continúa añadiendo “como en el ámbito de la Ley del Honor el daño moral se presume con la sola demostración de la intromisión ilegítima (art. 9.3 LO 1/1982), los demandantes prefieren ahorrarse los inconvenientes que tendría utilizar, los probablemente más correctos mecanismos, ajenos a la dogmática de los derechos de la personalidad”.

Cabe señalar que los actos denigratorios anteriormente tratados en la LCD “van más allá de un mero atentado al prestigio de un empresario” y la LO 1/1982 “no tutela de forma satisfactoria el bien jurídico y los intereses lesionados con la denigración”¹⁴⁰. Señala además Rodríguez Guitián¹⁴¹ que “en el acto denigratorio la lesión del honor (o descrédito) es un mero instrumento para dañar la competencia, que es el bien jurídico tutelado en la normativa de deslealtad”.

A este respecto cabe aclarar que, como expresa Lara González¹⁴², ciertos ataques al prestigio mercantil han de tutelarse únicamente por la vía civil, por el hecho de que no constituyen actos de competencia desleal (por carecer por ejemplo de la finalidad concurrencial). Sin embargo existen otros que no encuentran amparo en esta última vía

¹³⁹ YZQUIERDO TOLSADA, M. “Daños a los derechos de la personalidad (honor, intimidad y propia imagen)”, en AA.VV *Tratado de responsabilidad civil*. L.F. Reglero Campos y J.M. Busto Lago (dir). Ed. Aranzadi S.A. Cizur Menor 2014, p. 55.

¹⁴⁰ RODRÍGUEZ GUITIÁN, A. M. “Derecho al honor y persona jurídica”, en AA.VV *Derecho al honor: tutela constitucional, responsabilidad civil y otras cuestiones*. J.R. de Verda y Beamonte (dir). Ed. Aranzadi, S.A. Cizur Menor 2015, p. 12.

¹⁴¹ RODRÍGUEZ GUITIÁN, A. M. “Derecho al honor y persona jurídica”, cit. p. 12.

¹⁴² LARA GONZÁLEZ, R. “El ilícito concurrencial por denigración tras la reforma del régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad”. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, nº3, 2011, p.4.

de la LO 1/1982 por el hecho de que no está en juego el honor empresarial. No obstante, previamente a la invocación de la LO 1/1982 habría que comprobar los hechos concretamente producidos a la luz de lo manifestado en líneas anteriores.

VII. CONCLUSIONES FINALES.

1º. La base jurídica para interponer la demanda por las manifestaciones de carácter religioso en el ámbito laboral son tanto internacionales como europeas como nacionales. Además de la Declaración Universal de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos civiles y Políticos, los arts.9 y 14 CEDH, art.10 y art.21 Carta de Derechos Fundamentales de la UE y la Directiva 2000/78/CE transpuesta al ordenamiento español a través de la Ley 62/2003, es fundamental también lo dispuesto en los art.16 y 14 de Nuestra Carta Magna. Por cuanto las organizaciones empresariales no forman mundos separados y estancos del resto de la sociedad, los derechos que la Constitución le reconoce a cada individuo como ciudadano no pierden su esencia por el hecho de encontrarse en el marco de una relación laboral. Es por ello que en función de lo anterior Laura en ejercicio de su derecho fundamental a la libertad religiosa y a la no discriminación por motivos religiosos dispone de una base jurídica para interponer la demanda correspondiente.

2º. En el caso de que de la norma de la empresa base su actuación en motivos meramente estéticos y de imagen corporativa, la ponderación entre el derecho a la libertad de empresa y el derecho fundamental a la libertad religiosa debería de inclinarse hacia Laura si argumenta que la empresa no ha sufrido daño o perjuicio alguno por el hecho de que utilizase hiyab ni en su imagen ni en su clientela ni en sus ingresos, no existiendo motivos de salud o seguridad, acreditando además su buena fe y viéndose sometida a una discriminación y lesión de su derecho fundamental a la libertad religiosa.

3º. En el caso de que la empresa siga una política basada en ofrecer expresamente una imagen neutra respecto a la religión y prohíba expresamente símbolos religiosos por el hecho de su neutralidad (habría que ver el manual interno), Laura argumentaría que ésta no estaría realizada de forma congruente, sistemática e indiferenciada puesto que se habría creado ad hoc en el momento que Laura decide manifestar su derecho, y no estaría persiguiéndose de forma indiferenciada, pues permite a sus compañeros portar símbolos religiosos en alusión a la religión cristiana, situando a Laura en una postura discriminatoria por su religión.

4º. El despido de la trabajadora debería de calificarse como nulo por trato discriminatorio por motivos religiosos en el ámbito laboral, vulnerando también el derecho de libertad religiosa del trabajador, basado en lo establecido en los art.55.5 ET y 108.2 LRJS. Ciertamente es, que la empresa alega “falta de disciplina y bajo rendimiento”, si bien tras ello lo que se esconde a mi parecer es una discriminación o vulneración de sus derechos fundamentales.

5º. En el caso de los daños y perjuicios psicológicos Laura podría acudir por la vía de la vulneración de derechos fundamentales a través del acoso sufrido en el ámbito laboral. Dispone de legitimación para su ejercicio en virtud del art.177 LRJS, pudiendo recabar su tutela a través del procedimiento previsto en los art.177 a 184 LRJS ante los órganos jurisdiccionales del orden social. A través del acoso Laura estaría en una situación de

agresión psicológica, sometida a comportamientos humillantes y descalificadores que vulnerarían los derechos establecidos en los art.10, 15 y 18 CE.

6°. En virtud de la vertiente doctrinal y jurisprudencial que aboga por un litisconsorcio pasivo necesario, se integraría en el proceso a los titulares de la relación jurídico-material controvertida, ya sea porque su llamamiento venga impuesto por una norma legal, ya sea porque se desprenda de la propia relación jurídico material que da soporte al litigio, demandando tanto al empresario como a los trabajadores. La empresa no habría protegido su derecho a la integridad ni habría impedido o atajado la conducta de acoso moral a la que se estaba viendo sometida. Tampoco habría ejercido poder disciplinario alguno contra los otros trabajadores que llevaron a cabo tal conducta, por lo que el empresario se habría colocado en una posición de pasividad frente al acoso, lo que generaría que también recayese sobre él una responsabilidad.

7°. Aunque podría ejercitar la demanda por daños y perjuicios psicológicos a través del cauce anterior, la vía de la calificación del acoso laboral como accidente de trabajo o enfermedad profesional o la vía penal también estarían a su disposición si bien esta última parece menos idónea por la dificultad de éxito, pues está prevista para conductas de “grave acoso” y no parece que se desprenda que Laura busque una condena penal ante los hechos citados.

8°. Las discrepancias existentes en torno a la consideración del burka o nikab como símbolo religioso se han manifestado por la doctrina en numerosas ocasiones. No obstante, lo más probable es que el tribunal no entre a argumentar si estamos o no ante un símbolo religioso, por lo que lo que probablemente ocurriría es que sería extremadamente difícil hacer compatible el velo integral con la vida laboral. En el caso en cuestión, si Laura portase un velo integral se podrían manifestar problemas de identificación de la persona tanto por parte del empresario como de los clientes pudiendo originar también distorsiones de comunicación entre los mismos. Además realizando una ponderación de los intereses en cuestión probablemente portar velo integral no resultaría inocuo para los intereses e imagen empresariales, es por ello que en el caso de que la empleada portase un burka o un nikab la ponderación se inclinaría hacia el derecho de la empresa.

9°. En el caso de la kipá el argumento a seguir sería similar al llevado a cabo para el caso de que Laura portase hiyab.

10°. En el caso de que Laura portase una cruz cristiana, la situación se asimilaría en mayor medida a la que ya se está permitiendo en la empresa, puesto que no se sanciona a los empleados que aparentemente portan el mismo símbolo religioso (lo que haría mucho más difícil que la argumentación que alegase la compañía llegase a buen cauce, pues no estaría considerando que las cruces dañen su imagen o la seguridad o la salud). Parece pues que el motivo por el que se sanciona a Laura por mostrar la cruz cristiana no tiene que ver con el hecho de que profese dicha religión, pues la religión la permite expresar a sus compañeros sin ser sancionados por esa razón, ni a motivos estéticos, sino que parece que se sanciona a Laura por el simple hecho de ser ella la que lo lleve. Estaríamos pues ante una diferencia de trato caprichosa o arbitraria no existiendo aparentemente justificación objetiva y razonable para tal diferencia.

11°. Maca S.A. dispone de diferentes vías para demandar a la asociación para la defensa del velo islámico, aunque no todas ellas tendrán éxito. Acudiendo por la LCD el primer análisis para su aplicación nos conduce a que probablemente no concurra el requisito

referido a la finalidad concurrencial necesario para poder continuar calificando el acto de competencia desleal. No obstante, que la conducta no tenga finalidad concurrencial no quiere decir que el acto sea válido, sino que podría acudir por la vía de la responsabilidad civil extracontractual (art.1902 CC) siempre y cuando consiga acreditar de manera suficiente el nexo entre la conducta en cuestión y el daño sufrido. Por último aunque no conocemos cuales han sido los hechos concretos que ha realizado la Asociación para la Defensa del Velo Islámico, en caso de que esté en juego la lesión al honor, también podría utilizar esta última vía.

VIII. BIBLIOGRAFÍA.

ALÁEZ CORRAL, B. “Reflexiones jurídico-constitucionales sobre la prohibición del velo islámico integral en Europa”. *Teoría y realidad constitucional*, nº28, 2011.

ALBIOL MONTESINOS, I. “Despido Disciplinario”, en AA.VV *Extinción del contrato de trabajo*. J. Albiol Montesinos (dir). Ed. Tirant Lo Blanch. 2011.

ALONSO SOTO, R. “Derecho de la competencia (II)”, en AA.VV *Lecciones de derecho mercantil Volumen I*. A. Menéndez Menéndez y A. Rojo Fernández- Río (dir). Ed. Civitas-Thomson Reuters. Cizur Menor 2016.

ARAMENDI SÁNCHEZ, P. “Acoso Moral: su tipificación jurídica y su tutela judicial”. *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, nº12, 2002.

ARECES PIÑOL, M. T. “¿El velo integral, burka y niqab, queda amparado por el legítimo ejercicio de la libertad religiosa?”. *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, nº26, 2011.

ARECES PIÑOL, M. T. *La prohibición del burka en Europa y en España*. Ed. Aranzadi S.A. Cizur Menor 2014.

ARENAS RAMIRO, M. “Corramos un tupido velo. A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 2013, sobre el uso del burka”. *Anuario de derecho eclesiástico del Estado*, nº30, 2014.

BARBANCHO TOVILLAS, F. “La extinción del contrato de trabajo”, en AA.VV *Derecho del trabajo*. J. I. García Ninet (dir). Ed. Aranzadi, S.A. Pamplona 2014.

BARONA VILAR, S. *Competencia desleal: tutela jurisdiccional – especialmente proceso civil – y extrajurisdiccional: doctrina, legislación y jurisprudencia*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia 2008.

BARRERO ORTEGA, A. *La libertad religiosa en España*. Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid 2006.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. *Apuntes de derecho mercantil: derecho mercantil, derecho de la competencia y propiedad industrial*. Ed. Aranzadi, S.A. Cizur Menor 2016.

CÁMARA BOTÍA, A. “La libertad de vestir del trabajador”. *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, nº6, 2013.

CARO MUÑOZ, A. I. y CUEVA PUENTE, M. C. “Multiculturalismo y contrato de trabajo. Algunos desafíos de la integración laboral de los extranjeros en España”. *Revista jurídica de Castilla y León*, nº9, mayo 2006.

CAVAS MARTÍNEZ, F. “El acoso moral en el trabajo “mobbing”: delimitación y herramientas jurídicas para combatirlo”. *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº555, 2002.

CORDERO SAAVEDRA, L. “El acoso moral u hostigamiento psicológico en el trabajo. Un problema laboral con incipiente respuesta jurídica”. *Revista española de Derecho del Trabajo*, nº110, 2002.

COSTA REYES, A. “Nulidad del despido por vulneración de la libertad ideológica. Sobre los límites del recurso de suplicación y el alcance de la llamada inversión de la carga de la prueba”. *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, Vol.5, nº6, octubre 2012.

EMPARANZA SOBEJANO, A. *El boicot como acto de competencia desleal contrario a la libre competencia*. Ed. Civitas. Madrid 2000.

GARCÍA PASCUAL, M. C. “Ciudadanía y vida social bajo el velo integral”. *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, nº33, 2016.

GARCÍA PÉREZ, R. “El ámbito objetivo de aplicación de la Ley de Competencia Desleal”. *Derecho de los negocios*, nº200, mayo 2007.

GARCÍA PÉREZ, R. *Ley de Competencia Desleal*. Ed. Aranzadi, S.A. Cizur Menor 2008.

GARCÍA VÁZQUEZ, S. “El derecho a la libertad religiosa y el uso del velo islámico. Marco constitucional, normativo y jurisprudencial”. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, nº17, 2013.

GONZÁLEZ-CASTRO, G. G. “Libertad religiosa y contrato de trabajo en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: una propuesta armonizadora”. *Lex Social: revista de los derechos sociales*, nº1, 2016.

GUALDE CAPÓ, P. y BARRERA BECERRA, E. *Memento dossier: competencia desleal*. Ed. Francis Lefebvre, S.A. Madrid 2011.

HALL, H. y GARCÍA OLIVA, J. “Simbología religiosa en el ámbito laboral. A propósito del Caso Chaplin y sus implicaciones en el derecho británico”. *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, nº 32, 2013.

IRÁCULIS ARREGUI, N. “Sentencia de 22 de noviembre de 2010: Aplicación de la Ley de Competencia Desleal: ámbito objetivo: acto de competencia: existencia de sus elementos estructurales: carta o comunicación publicada en diversos foros de Internet relativos al sector del mercado náutico, cuyas páginas son visitadas por potenciales

clientes de la entidad arrendadora”. *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, nº86, 2011.

JURADO SEGOVIA, A. “Enfermedades psicológicas y accidente de trabajo. A propósito de un supuesto de acoso sobre una trabajadora con dolencias previas”. *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, Vol.2, nº13, noviembre 2009.

LARA GONZÁLEZ, R. “El ilícito concurrencial por denigración tras la reforma del régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad”. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, nº3, 2011.

MARTÍNEZ GIRÓN, J. “No discriminación, derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador”, en AA.VV *Derecho del trabajo*. J. Martínez Girón (dir). Ed. Netbiblo. 2006.

MÁRTINEZ SÁNZ F. y PUETZ, A. “Ámbito de aplicación y cláusula general de competencia desleal”. *Revista de derecho de la competencia y la distribución*, nº7, julio 2010.

MASSAGUER FUENTES, J. *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*. Ed. Civitas. Madrid 1999.

MONTOYA MELGAR, A., *Derecho del trabajo*. Ed. Tecnos, Madrid 2014.

MOTILLA DE LA CALLE, A. “El problema del velo islámico en Europa y en España”. *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, nº20, 2004.

MOTILLA DE LA CALLE, A. “Vestimentas y símbolos religiosos en el Derecho laboral español”. *Derecho y religión*, nº11, 2016.

NAVARRO NIETO, F. “Impulsos y resistencias judiciales en la tutela frente al acoso moral”. *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, nº21, 2010.

OTEROS VALCARCE, G. “Tutela judicial. Cuestiones judiciales y procesales”, en AA.VV *Tratamiento integral del acoso*. P. Rivas Vallejo (dir). Ed. Aranzadi S.A. Cizur Menor 2015.

PALOMEQUE LÓPEZ, M. C. y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M. *Derecho del Trabajo*. Ed. Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid 2016.

PANIZO ROMO DE ARCE, A. “Relación laboral y discriminación religiosa”. *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº177, 2015.

PLAZA PENADÉS, J. “Artículo 1902. Responsabilidad extracontractual”, en AA. VV *Código Civil Comentado*. A. Cañizares Laso. Ed. Aranzadi S.A. Cizur Menor 2016.

POQUET CATALÁ, R. “Las dificultades probatorias del acoso laboral”. *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº10, 2016.

- PRIETO ÁLVAREZ, T. *Libertad religiosa y espacios públicos: laicidad, pluralismo, símbolos*. Ed. Aranzadi, S.A. Cizur Menor 2010.
- RAMÍREZ NAVALÓN, R. M. “La prohibición del uso del burka en lugares públicos. El asunto S.A.S. contra Francia, sentencia del TEDH de 1 de julio de 2014, rec. 43835/2011”. *Actualidad jurídica iberoamericana*, nº2, 2015.
- REGLERO CAMPOS, L. F. “Conceptos generales y elementos de delimitación”, en AA.VV *Tratado de responsabilidad civil*. L.F. Reglero Campos y J.M. Busto Lago (dir). Ed. Aranzadi S.A. Cizur Menor 2014.
- RIVAS VALLEJO, P. *Violencia psicológica en el trabajo: su tratamiento en la jurisprudencia. Estudio, jurisprudencia y formularios*. Ed. Aranzadi S.A. Cizur Menor 2005.
- RODRÍGUEZ CARDO, I. A. “El resarcimiento de los daños morales sufridos por el trabajador: concepto, valoración, y cuantificación (II)”. *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº169, 2014.
- RODRÍGUEZ CARDO, I. A. *Poder de dirección empresarial y esfera personal del trabajador*. Ed. Consejo Económico y Social del Principado de Asturias. Oviedo 2009.
- RODRÍGUEZ GUITIÁN, A. M. “Derecho al honor y persona jurídica”, en AA.VV *Derecho al honor: tutela constitucional, responsabilidad civil y otras cuestiones*. J.R. de Verda y Beamonte (dir). Ed. Aranzadi, S.A. Cizur Menor 2015.
- RODRÍGUEZ-PIÑEIRO Y BRAVO-FERRER, M. “Igualdad y no discriminación en el empleo”. *Derecho y conocimiento: anuario jurídico sobre la sociedad de la información y del conocimiento*, nº 1, 2001.
- ROSSELL GRANADOS, J. “Imprudencia de sanción laboral por uso de vestimenta religiosa”. *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, nº 11, 2003.
- RUBÍ PUIG, A. “Competencia desleal y libertad de expresión: Comentario a la STS, 1ª, de 3.2.2005”. *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, nº 3, 2005.
- SALIDO LÓPEZ, M.M. “Libertad religiosa y no discriminación en el ámbito laboral en España: legislación y convenios colectivos”. *Derecho y religión*, nº11, 2016.
- SÁNCHEZ PÉREZ, J. “El acoso laboral y los mecanismos para su tutela jurídica”. *Revista de Información Laboral*, nº5, 2014.
- SUÑOL LUCEA, A. “La aplicación de la cláusula general prohibitiva de actos de competencia desleal a los actos de obstaculización”. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, nº10, 2003.
- SUÑOL LUCEA, A. “Los elementos estructurales que definen la conducta sometida a la ley de competencia desleal”. *Revista de Derecho Mercantil*, nº284, 2012.

VIÑETA I ROCA, F. “Derecho fundamental a la integridad física y salud en el trabajo”. *Boletín Aranzadi Laboral*, nº7, 2003.

YZQUIERDO TOLSADA, M. “Daños a los derechos de la personalidad (honor, intimidad y propia imagen)”, en AA.VV *Tratado de responsabilidad civil*. L.F. Reglero Campos y J.M. Busto Lago (dir). Ed. Aranzadi S.A. Cizur Menor 2014.

IX. JURISPRUDENCIA.

1. Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

STEDH Caso Eweida y otros contra Reino Unido de 15 de enero de 2013 (TEDH 2013, 12)

STEDH Caso S.A.S. contra Francia de 1 de julio de 2014 (TEDH 2014, 36)

2. Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

STJUE Caso GS Secure Solutions de 14 marzo 2017 (TJCE 2017, 23)

3. Tribunal Constitucional.

STC de 23 de noviembre de 1981 (RTC 1981, 38)

STC de 19 de julio de 1985 (RTC 1985, 88)

STC de 27 de junio de 1990 (RTC 1990, 120)

STC de 11 de abril de 1994 (RTC 1994, 99)

STC de 26 de septiembre de 1995 (RJ 1995, 139)

STC de 11 de diciembre de 1995 (RJ 1995, 183)

STC de 11 de noviembre de 1996 (RTC 1996, 177)

STC de 13 de octubre 1998 (RTC 1998, 197)

STC de 12 de abril de 1999 (RTC 1999, 57)

STC de 28 de enero de 2003 (RTC 2003, 14)

STC de 2 de junio de 2004 (RTC 2004, 101)

STC de 20 de septiembre de 2004 (RTC 2004, 151)

STC de 5 de noviembre de 2005 (RTC 2011, 34)

STC de 27 de marzo de 2007 (RTC 2007, 62)

STC de 12 de enero de 2009 (RTC 2009, 2)

4. Tribunal Supremo.

STS de 28 de febrero de 1995 (RJ 1995, 686)

STS de 18 de octubre de 2000 (RJ 2000, 8809)

STS de 30 de octubre de 2000 (RJ 2000, 9659)

STS de 15 de octubre de 2001 (RJ 2001, 9441)

STS de 3 de febrero de 2005 (RJ 2005, 1458)

STS de 24 de noviembre de 2006 (RJ 2007, 262)

STS de 28 de septiembre de 2007 (RJ 2007, 8620)

STS de 30 de enero de 2008 (RJ 2008, 2777)

STS de 19 de mayo de 2008 (RJ 2008, 3089)

STS de 22 de noviembre de 2010 (RJ 2011, 561)

STS de 14 de febrero de 2013 (RJ 2013, 2613)

5. Tribunales Superiores de Justicia.

STSJ de Galicia de 3 de marzo de 1997 (AS 1997, 885)
STSJ de Cataluña de 13 de octubre de 1999 (AS 1999, 3345)
STSJ de Cataluña de 3 de diciembre de 1999 (AS 1999, 3974)
STSJ de Islas Baleares de 9 de septiembre de 2003 (AS 2003, 2)
STSJ de Cantabria de 11 de febrero de 2004 (AS 2004, 1408)
STSJ del País Vasco de 23 de mayo de 2006 (AS 2007, 767)
STSJ de Andalucía de 26 de marzo de 2008 (AS 2008, 2112)
STSJ de Galicia de 17 de julio de 2008 (AS 2008, 1945)
STSJ de Galicia de 3 de julio de 2009 (AS 2009, 2308)
STSJ de País Vasco de 30 de noviembre de 2011 (AS 2012, 1047)
STSJ de Galicia de 2 de febrero de 2012 (JUR 2012, 68140)
STSJ de Cataluña 13 marzo 2013 (AS 2013, 1412)
STSJ de Canarias de 27 de marzo de 2013 (JUR 2013, 320552)

6. Audiencias Provinciales.

SAP de Valladolid de 26 de mayo de 1997 (AC 1997, 1047)
SAP de Barcelona de 26 de enero de 2000 (AC 2000, 688)
SAP de Asturias de 11 de junio de 2002 (JUR 2002, 251302)
SAP Barcelona de 14 de enero de 2003 (JUR 2004, 14172)
SAP de Barcelona de 30 de mayo de 2005 (JUR 2006, 228362)
SAP de Madrid de 13 de mayo de 2011 (AC 2011, 1246)

7. Juzgados de lo social.

SJS de Vigo de 28 de febrero de 2002 (AS 2002, 634)
SJS de Sevilla de 26 de diciembre de 2002 (AS 2003, 3044)
SJS de Palma de Mallorca de 6 de febrero de 2017 (AS 2017, 8)