

DESPIDO LABORAL POR EL USO DE VELO ISLÁMICO



UNIVERSIDADE DA CORUÑA

Alumna: Patricia Novo Gago

Tutora: Pilar Álvarez Barbeito

Grado en Derecho

4º curso

0. SUMARIO

1.ÍNDICE DE ABREVIATURAS.....	pp.3
2. ANTECEDENTES DE HECHO.....	pp.4
3. ¿TIENE BASE JURÍDICA LAURA PARA INTERPONER DEMANDA DE DESPIDO IMPROCEDENTE POR DISCRIMINATORIO?.....	pp. 5
3.1. ARGUMENTOS EN DEFENSA DE LA DEMANDANTE.....	pp.5
3.2. PROCEDENCIA O IMPROCEDENCIA DEL DESPIDO.....	pp.10
3.3. POSIBLE NULIDAD DEL DESPIDO POR SER VULNERADOR DE DERECHOS FUNDAMENTALES.....	pp.14
3.4. POSIBLES INFRACCIONES DE LA EMPRESA POR DISCRIMACIÓN LABORAL.....	pp.15
3.5. CONCLUSIÓN.....	pp.18
4. ADEMÁS DE ALEGAR DESPIDO INJUSTIFICADO, LAURA INTERPONE UNA DEMANDA CONTRA MACA S.A. POR DAÑOS Y PERJUICIOS.....	pp.18
4.1 ¿SERÍA JURÍDICAMENTE OPORTUNA LA DEMANDA POR DAÑOS Y PERJUICIOS PSICOLÓGICOS?.....	pp.18
4.2. DEMANDA POR DAÑOS Y PERJUICIOS DERIVADOS DEL TRATO DISCRIMINATORIO Y VULNERACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES.....	pp.19
4.2.1. FUNDAMENTO DE LA DEMANDA: ANÁLISIS DEL SUPUESTO TRATO DISCRIMINATORIO.....	pp.19
4.2.2 DIFICULTAD DE CUANTIFICAR LOS DAÑOS DERIVADOS DE TAL VULNERACIÓN.....	pp.23
4.2.3. CAUCE PROCESAL PARA LA DEMANDA DE DAÑOS Y PERJUICIOS.....	pp.24
4.3. CONCLUSIÓN.....	pp.25
5. MISMO SUPUESTO SI SE TRATASE DE USO DE NIKAB O BURKA.....	pp.25
5.1. HIPOTÉTICA SITUACIÓN DE USO DE BURKA O NIKAB EN EL LUGAR DE TRABAJO.....	pp.25
5.2. CONCLUSIÓN.....	pp.26
6. MISMO SUPUESTO SI SE TRATASE DE CRUZ CRISTIANA O KIPPA JUDÍA.....	pp.27
6.1. HIPOTÉTICA SITUACIÓN DE USO DE CRUZ CRISTIANA O KIPPA JUDÍA EN EL PUESTO DE TRABAJO.....	pp.27
6.2. CONCLUSIÓN.....	pp.28

7. POSIBLES VÍAS PARA DEMANDAR A LA ASOCIACIÓN PARA LA DEFENSA DEL VELO ISLÁMICO Y SUS PERSPECTIVAS DE ÉXITO.....	pp. 29
7.1. PÉRDIDAS OCASIONADAS A RAÍZ DE LA CAMPAÑA DE BOICOT A PRODUCTOS DE MACA S.A. POR PARTE DE LA ASOCIACIÓN POR LA DEFENSA DEL VELO: VÍAS PARA DEMANDAR.....	pp.29
7.2. CONCLUSIÓN.....	pp.32
8. CONCLUSIÓN FINAL.....	pp.32
9. BIBLIOGRAFÍA.....	pp.34
10. APÉNDICE JURISPRUDENCIAL.....	pp.35

1.ÍNDICE DE ABREVIATURAS

ADVI:	Asociación para la Defensa del Velo Islámico
AS:	Aranzadi Social
BOE:	Boletín Oficial del Estado
CE:	Constitución Española
CC:	Código Civil
CDFUE:	Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea
CP:	Código Penal
Dña.:	Doña
DOUE:	Diario Oficial de la Unión Europea
ET:	Estatuto de Trabajadores
LJS:	Ley Reguladora de la Jurisdicción Social
LISOS:	Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social
LO:	Ley Orgánica
LPRL:	Ley de Prevención de Riesgos Laborales
Núm.:	Número
PP:	Página
RRHH:	Recursos Humanos
RTC:	Repertorio del Tribunal Constitucional
S.A:	Sociedad Anónima
SS.:	Siguientes
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
STJUE:	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TEDH:	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TC:	Tribunal Constitucional
TJCE:	Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
TJUE:	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TS:	Tribunal Supremo

2. ANTECEDENTES DE HECHO.

En este Trabajo de Fin de Grado nos encontramos ante un caso de despido laboral que debemos resolver en el cual aparecen de por medio cuestiones religiosas que, claramente, inciden en el desenlace del supuesto y que, como veremos, pueden suponer una violación de derechos fundamentales de la empleada.

Desarrollaremos este informe describiendo, en primer lugar, los hechos en cuestión, los cuales se desenvuelven de la siguiente manera. La protagonista, Dña. Laura González, desempeña su trabajo como dependienta en un establecimiento de ropa, MACA S.A., que exige el uso de uniforme a sus trabajadores, sin ningún tipo de inconveniente, en un primer momento. Tiempo después, y a raíz de su matrimonio, Dña. Laura se convierte al islam y decide adoptar el uso del velo islámico, en concreto, el *hiyab*, en todos los ámbitos de su vida. Dicho atuendo puede describirse como un velo que cubre la cabeza y el cuello de la mujer, en señal de sometimiento a Allah, el dios musulmán. También tiene un significado de protección para las mujeres árabes y de expresión de su identidad.

Pues bien, tras tomar esta decisión, y al reincorporarse a su puesto de trabajo, Laura comunica su intención de utilizar dicha indumentaria durante su jornada laboral a la encargada de recursos humanos de la empresa, Dña. Sandra, quien le asegura que no hay ningún tipo de problema en ello. Días después, las relaciones con los compañeros de trabajo cambian, recibiendo la empleada burlas, comentarios e incluso quejas de sus compañeros. Estos hechos le ocasionan ansiedad, lo que influye en su rendimiento laboral. Pasada una semana tras haber comenzado la empleada a portar este símbolo religioso, Dña. Sandra le comunica a Dña. Laura, cambiando la actitud que aquélla había manifestado inicialmente, que la política de empresa prohíbe utilizar cualquier indumentaria que no forme parte del uniforme. A pesar de que la empleada explica que no se trata de un simple atuendo, sino de un símbolo de su fe, equiparable a las cruces que portan algunos compañeros suyos católicos, Dña. Sandra le informa de que el incumplimiento de estas directrices le puede acarrear una sanción por ese motivo. No obstante, la empleada siguió llevando al trabajo su *hiyab*. Tras varias sanciones, justificadas por la empresa en base a que estaba desobedeciendo las directrices antes señaladas por RRHH, recibe una Carta de despido en la cual se alega falta de disciplina y bajo rendimiento. A raíz de esta situación Dña. Sandra continúa sufriendo episodios de ansiedad que desembocan en un diagnóstico de depresión aguda.

Por otro lado, la Asociación para la Defensa del Velo Islámico (en adelante, ADVI), emprende una campaña de boicot a los productos distribuidos por MACA S. A., lo que supone un descenso del 50% de sus ventas. Finalmente, Dña. Laura inicia acciones legales frente a la empresa alegando despido improcedente por razones de discriminación religiosa, a su vez, la empresa emprende acciones contra la ADVI.

En atención a los hechos antes expuestos, es evidente que estamos ante un supuesto en el que existen claras implicaciones religiosas, que son principalmente las desencadenantes de todos los sucesos que desembocan en el despido de Dña. Laura, cuestión principal que nos ocupa. Por ello, debemos esclarecer si existe algún tipo de discriminación en el caso hacia la empleada y su muestra de fe islámica, además de aclarar también todos los aspectos que rodean dicho despido. En ese sentido, hemos de plantear, por ejemplo, qué ocurriría si se tratase de un símbolo de otra religión el que originase la polémica o, por su parte, si el boicot de la ADVI frente a la empresa puede constituir un ilícito en atención a las pérdidas causadas.

3. ¿TIENE BASE JURÍDICA LAURA PARA INTERPONER DEMANDA DE DESPIDO IMPROCEDENTE POR DISCRIMINATORIO?

3.1. ARGUMENTOS EN DEFENSA DE LA DEMANDANTE.

Dña. Laura interpone la demanda alegando un despido improcedente por razones de discriminación religiosa, para ello, ha de ampararse principalmente en el artículo 16 de la Constitución Española¹, relativo al derecho a la libertad religiosa, es decir se trata de un derecho fundamental, lo cual implica que no se puede legislar contra él, ni, por su puesto vulnerarlo.

Para empezar, vamos a referirnos el despido disciplinario, figura en la cual, se entiende que se ampara la empresa, es aquel que consiste en la extinción del trabajo “*por decisión del empresario*” a tenor del artículo 54 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores², debiendo tratarse de un “*incumplimiento grave y culpable del trabajador*”, MACA SA alega “*falta de disciplina y bajo rendimiento*” por lo cual se acoge a dos de los motivos recogidos en el artículo 54.2, el b) y el e) del ET³.

En orden a considerar la improcedencia del despido han de incumplirse una de las siguientes circunstancias: que se produzca en la forma adecuada; que se prueben en el pleito los hechos alegados en la Carta de despido; o que estos hechos tengan la entidad suficiente para considerarlos graves y culpables, en base al mencionado artículo 54 del ET. Estimamos que, en este caso, fallan los dos últimos, pues no se puede considerar desobediencia o falta de disciplina el hecho de que la empleada siga acudiendo al trabajo con un símbolo de su fe que utiliza en todos los ámbitos de su vida. Se observa que la prohibición, claramente, suponía una vulneración de sus derechos ideológicos que implicaba forzarla a ir en contra de sus creencias, mientras que el bajo rendimiento parece evidente que no fue voluntario. Éste fue, manifiestamente, causado a raíz de las burlas y quejas de sus compañeros todo ello unido a las sanciones que tuvo que soportar porque, simplemente, decidió acudir a su trabajo con este símbolo. Lo cual semeja que tiene clara relación con el posterior diagnóstico de

¹ “Artículo 16 de la CE”1. *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.*

2. *Nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias.*

3. *Ninguna confesión tendrá carácter estatal. Los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española y mantendrán las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones.”*

² Publicado en BOE núm. 255 de 24 de Octubre de 2015, en adelante, ET.

³ En virtud del artículo 54 del ET “1. *El contrato de trabajo podrá extinguirse por decisión del empresario, mediante despido basado en un incumplimiento grave y culpable del trabajador.*

2. *Se considerarán incumplimientos contractuales:*

a) *Las faltas repetidas e injustificadas de asistencia o puntualidad al trabajo.*

b) *La indisciplina o desobediencia en el trabajo.*

c) *Las ofensas verbales o físicas al empresario o a las personas que trabajan en la empresa o a los familiares que convivan con ellos.*

d) *La transgresión de la buena fe contractual, así como el abuso de confianza en el desempeño del trabajo.*

e) *La disminución continuada y voluntaria en el rendimiento de trabajo normal o pactado.*

f) *La embriaguez habitual o toxicomanía si repercuten negativamente en el trabajo.*

g) *El acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual y el acoso sexual o por razón de sexo al empresario o a las personas que trabajan en la empresa.”*

depresión aguda que sufre, según la demandante, a causa de estos hechos. De acuerdo con lo anterior, habría base jurídica para sustentar la improcedencia de su despido.

Del mismo modo, es un dato a reseñar y que debemos tener en cuenta, el hecho de que la demandada comunicase antes de acudir al trabajo con el velo su intención de llevarlo, momento en el que la responsable de RRHH, Dña. Sandra, le aseguró que no suponía ningún problema. Sin embargo pasada una semana, esta postura cambia radicalmente comunicándole que está prohibido su uso. Todo ello, curiosamente, después de que compañeros de trabajo se hayan burlado e, incluso, quejado por el simple hecho de verla portar dicho símbolo, actitud que la empresa ignora absolutamente. Esta conducta debe de considerarse intolerable en un ambiente de trabajo y contraria al deber de protección que tiene el empleador, del cual hablaremos detenidamente más adelante.

De acuerdo con todo lo anterior, estimamos que debe considerarse que se muestra un claro menosprecio y discriminación hacia la empleada, llegando al punto de actuar contra ella y, de algún modo, coaccionarla mediante sanciones, a no usar este símbolo si pretendía mantener su puesto de trabajo. Mientras que, a su vez, se le acusa de bajo rendimiento por una ansiedad causada obviamente por ese ambiente laboral de burlas y ataques a la libertad de mostrar su fe por su religión, tan respetable como la creencia en cualquier otra. Todo parece indicar que nos encontramos ante una aberrante vulneración de libertad ideológica.

Casualmente encontramos un precedente de este mismo año, con la Sentencia del Juzgado de lo Social de Palma de Mallorca, nº 31/2017 de 6 de febrero⁴, la cual aborda un caso muy similar. Prácticamente idéntico pues la empleada es igualmente despedida por portar el velo en su trabajo. El pronunciamiento da la razón a la demandante alegando que *“el uso del velo no es solo una moda o un complemento estético”* y declarando que se ha vulnerado el mencionado artículo 16.1 de la CE, pues se ha producido una discriminación religiosa en el ámbito laboral. Por tanto, se ha vulnerado la dimensión externa de esta libertad, evidentemente, un derecho como este no puede ser objeto de restricciones, así se afirma en la sentencia. Se declara también, su derecho a percibir una indemnización por los importes dejados de recibir a raíz de las sanciones además del importe correspondiente al perjuicio personal, es decir, daños psicológicos. En pocas palabras, el fallo viene a sentenciar: que el uso del *hiyab* es una manifestación de una creencia religiosa; que la empresa no contaba con una política de neutralidad religiosa, con lo cual se trataba de una exigencia meramente estética; que no se puede comparar su uso al de adornos o complementos; que no se había invocado en esta causa perjuicio alguno para la empresa por el uso del velo; que la norma prohibitiva (el reglamento al respecto) es posterior y además no prohíbe uso de símbolos religiosos y, por lo tanto, declara que hubo discriminación y lesión en la libertad religiosa de la demandante.

En otro orden de cosas, con respeto a la conducta discriminatoria que fundamentaría la demanda de Dña. Laura, es doctrina del Tribunal Constitucional (,en adelante, TC) declarar nulos radicalmente aquellos despidos basados en una conducta discriminatoria o lesiva de derechos fundamentales, como es el de libertad religiosa, nulidad a la que conduce por mandato y derivación directa de la CE, remitiéndonos al artículo 14 de la misma y a la prohibición de trato discriminatorio que consagra que los españoles somos *“iguales ante la ley sin que prevalezca discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión u otra circunstancia personal o social”*. El término

⁴ Sentencia del Juzgado de lo Social de Palma de Mallorca, núm. 31/2017 de 6 de febrero (AS 2017/8).

discriminación se refiere en este caso a "*situaciones y actos cuya existencia se ha considerado que estaba en contra de la propia dignidad humana*"⁵ en las que esencia misma de los derechos humanos se ha visto afectada por esa discriminación

Por su parte, recientemente el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (, en adelante, TJUE), ha fallado a favor de la prohibición del uso de estos símbolos, mediante la STJUE (Gran Sala) de 14 de marzo de 2017⁶, siempre y cuando esa prohibición se "*ampare en una neutralidad religiosa*". Sin embargo, en el caso que nos ocupa, no se prohíben símbolos como la cruz católica que otros compañeros portaban, esto nos muestra que la empresa no tiene una política de neutralidad religiosa. Solamente se impide que esta empleada, en concreto, porte su velo, lo cual sitúa su fe en situación perjudicada y menospreciada al ser la única cuyos símbolos se prohíben. Más en concreto, semeja que estamos ante un grave caso de xenofobia.

Es importante señalar, en defensa de Dña. Laura diferentes directivas a las que podemos acudir y las cuales protegen sus derechos y son las siguientes: Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico⁷ o , también podemos hacer referencia al artículo 1 de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación⁸. Este precepto prohíbe la discriminación laboral por religión o convicciones, concepto integrado por un conjunto de ideas religiosas o éticas o políticas a las que una persona puede estar fuertemente unida, en concreto el precepto reza así "*La presente Directiva tiene por objeto establecer un marco general para luchar contra la discriminación por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual en el ámbito del empleo y la ocupación, con el fin de que en los Estados miembros se aplique el principio de igualdad de trato*".

Ciñéndonos, por su parte a lo atinente al derecho al trabajo, nos encontramos, en este caso concreto, con una palmaria injerencia en el mencionado derecho de la afectada, y nos encontramos también, ante un derecho con un reconocimiento constitucional, recogido en el artículo 35.1 de la CE⁹. Por su parte, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea¹⁰ reconoce en su artículo número 15 el derecho de toda persona "*a trabajar y ejercer libremente la profesión elegida o aceptada*", derechos sociales que se vinculan a la igualdad material y a la dignidad de la persona.

En todo caso, estamos ante un derecho que proclama una igualdad de condiciones en un puesto de trabajo, y, una vez obtenido este, un derecho a la continuidad y estabilidad en el empleo, derecho que abiertamente ha sido vulnerado con Dña. Laura. En concreto, se trata de la vertiente individual del mismo. En ocasiones éste puede limitarse, concretamente, en los casos donde esté en contraposición con el derecho colectivo, pero no es para nada el que nos ocupa. En definitiva, el aspecto individual se centra en "*el derecho a no ser despedidos sin justa causa*", es decir, la igualdad de oportunidades

⁵ Concepto extraído de PÉREZ AMOVÓS, F.: *La extinción del contrato de trabajo*, Bomarzo, Albacete, 2006, pp. 107 y ss.

⁶ TJCE 2017/23, Caso G4S Secure Solutions.

⁷ Publicado en: «DOUE» núm. 180, de 19 de julio de 2000, páginas 22 a 26 (5 págs.)

⁸ Publicado en: «DOUE» núm. 303, de 2 de diciembre de 2000, páginas 16 a 22 (7 págs.)

⁹ A tenor del artículo 35.1 de la CE "*Todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo.*"

¹⁰ Publicado en: «DOUE» núm. 83, de 30 de marzo de 2010, en adelante, CDFUE.

siempre que se acredite la capacitación necesaria y profesional. Conlleva, por tanto, una manifestación también del principio de estabilidad en el empleo, es decir, el “*derecho del trabajador a no ser expropiado arbitrariamente de su puesto de trabajo*”¹¹. Sin lugar a ninguna duda, a Dña. Laura se le despidió sin alguna causa objetiva que se pueda razonar, todo lo alegado son razones ideológicas. Cabe reseñar que, el hecho de despedir sin causa es inconstitucional y así lo apoyan la doctrina en la materia del TC, a la cual se hará mención más adelante.

En lo tocante a la doctrina del TEDH sobre el velo islámico y su uso, el mismo reconoce a toda persona la libertad de manifestar su religión o convicciones, individual o colectivamente, en público o privado pues considera que, “*la libertad de pensamiento, conciencia y de religión representa una de las bases de una sociedad democrática.*” El tribunal considera una forma de manifestación de la religión, entre otras, portar determinadas prendas, incluyendo el uso del velo o *hiyab*. Esto ha dado pie a diversas sentencias acerca del tema, estableciendo así su doctrina. Se debe precisar, en este punto, la limitación a este derecho, presente en el artículo 9.2 del Convenio para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades,¹² en el cual se mencionan las cuestiones de salud pública, por ejemplo, como límites a esa manifestación. Esta doctrina considera que no se debe “*cubrir todo acto motivado o influenciado por la religión o creencia ni considerarse como acciones necesarias para el cumplimiento de una determinada creencia o religión*”¹³. Es decir, que se reconoce ese derecho a manifestar la libertad de creencias pero no amparando cualquier acto relacionado con la misma. Entre sus pronunciamientos sosteniendo esta doctrina, destacan, entre otros, la STEDH de 26 de noviembre de 2015¹⁴, la cual trata la no renovación de contrato a una asistente social por negarse a quitar el velo islámico. Se justifica la medida en base a los principios de laicidad del Estado y de neutralidad de las instituciones públicas.

Otra sentencia a destacar sería el supuesto turco, el caso Leyla Çahin contra Turquía¹⁵, al que más adelante se vuelve a hacer referencia, en el cual se invocaban los derechos de terceros y el orden público (literalmente el TEDH señala como fundamento “*proteger así el orden público y las creencias ajenas*”) como límite al uso del símbolo, en especial, porque se menciona que “*El Tribunal no pierde de vista que existen en Turquía movimientos políticos extremistas que se esfuerzan en imponer a toda la sociedad sus símbolos religiosos*”. Personalmente, no se observa relación entre la última apreciación y el hecho de que cualquier persona individualmente reclame su derecho a portar el símbolo de su fe. La última apreciación mencionada del TEDH, semeja traspasar la línea de lo íntimo y personal que engloba la religión y la ideología

¹¹ Definición extraída de VVAA.: *La protección de derechos fundamentales en el orden social*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005, pp. 19 y ss.

¹² Publicado en BOE núm. 108 de 06 de Mayo de 1999 mediante Resolución de 5 de abril de 1999, de la Secretaría General Técnica, por la que se hacen públicos los textos refundidos del Convenio para la protección de los derechos y de las libertades fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950; el protocolo adicional al Convenio, hecho en París el 20 de marzo de 1952, y el protocolo número 6, relativo a la abolición de la pena de muerte, hecho en Estrasburgo el 28 de abril de 1983. En adelante, CEDH.

¹³ Véase GARCÍA URETA, A.: “El velo islámico ante los tribunales británicos. Comentario a The Queen on the application of SB v. Headteacher and Governors of Denbigh High School, Sentencia de la Court of Appeal (Civil Division)”, de 2 de marzo de 2005.”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 666/, Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor, 2005, pp. 1 y ss.

¹⁴ Caso Ebrahimian contra Francia (TEDH 2015/129).

¹⁵ Sentencia del TEDH de 29 de junio de 2004 (TEDH 2004/46).

además de inmiscuirse en cuestiones políticas que no deben afectar a la libertad individual de las personas.

En lo tocante a la doctrina de nuestros tribunales sobre el uso de simbología religiosa en el ámbito laboral, es conveniente mencionar la jurisprudencia del Tribunal Supremo (, en adelante, TS) sobre la necesidad de una armonización entre los derechos del trabajador y, así mismo, los del empresario a la libertad de empresa¹⁶. El TC, en su STC núm. 204/1997, Sala Primera, de 25 de noviembre¹⁷, señala que las relaciones laborales crean un entramado de derechos y obligaciones entre empresario y trabajador que condicionan el ejercicio de los derechos fundamentales del trabajador y, así mismo, el ejercicio de derechos fundamentales del empleado. Es, por lo tanto, conveniente conseguir un equilibrio entre esas obligaciones que derivan del contrato y su ámbito de libertad constitucional. La posición de los derechos fundamentales, como tales, es preeminente. Salvo que sea estrictamente imprescindible y se justifique en un legítimo interés empresarial, no se podrán limitar.

En atención a lo anterior, encontramos ejemplos como las siguientes sentencias, relativas también a la uniformidad en el trabajo. La primera, es una STSJ de Madrid del 27 de octubre de 1997¹⁸ y trata la negativa de una trabajadora al portar un uniforme que incluye una falda corta, pues sus creencias y convicciones no le permiten usarla. En este caso, cabe destacar, y así lo señala el Tribunal, que, mediante contrato, se asumen una serie de compromisos. La trabajadora ejerce sus derechos en el marco de una empresa y debe respetar los compromisos adquiridos al firmar, de este modo, sus derechos pueden ser objeto de modulación. Sería conveniente, según la sentencia que la mujer hubiese comentado sus pretensiones al solicitar empleo, aunque estas pueden cambiar, como ocurre con el caso de Laura. Sin embargo, en la causa objeto del pronunciamiento se está pidiendo una modificación del uniforme que llevan todos expresamente para ella, lo cual ya parece excesivo. Una cosa es una adaptación o algo complementario, que no interfiera en la integridad del mismo, que es lo que supone el simple uso de un *hiyab*, y otra muy distinta cambiar ese mismo uniforme. Otro caso a señalar sería el de la STSJ de Islas Baleares, nº 457/2002 de 9 septiembre de 2002¹⁹, la cual se comentará detenidamente más adelante, ésta trata el caso de un hombre que decide acudir al trabajo cubriéndose la cabeza, en señal de su fe judía. El tribunal se pronuncia afirmando que la determinación de la ropa en el ambiente laboral corresponde, naturalmente, al empresario. Sin embargo, el poder de dirección no es absoluto, y en casos como este, debe ponderarse las creencias del trabajador, su derecho a mostrarlas y el interés de la empresa, así lo señaló el TSJ. Claramente, el hecho de que se cubra la cabeza no causa perjuicio alguno a la empresa ni a la actividad que el empleado desarrolle, deben tutelarse ante todo, sus sentimientos religiosos. Resulta interesante el contenido de esta sentencia y la analogía que puede establecerse con el caso de Laura, similar en prácticamente todo. Lo único que cambia en la indumentaria del conductor, es que se cubre solo una parte de la cabeza, y lo que nos planteamos es, realmente, en qué puede afectar o perjudicar esto al trabajo que ellos llevan a cabo.

En la cuestión que nos ocupa, acerca del fundamento de la demanda por despido improcedente por discriminatorio, no se sostiene que haya motivos suficientes para

¹⁶ Véase CAÑAMARES ARRIBAS, S.: "El empleo de simbología religiosa en España", en Osservatorio delle libertà ed istituzioni religiose, abril 2005, pp. 12 y ss.

¹⁷ STC núm. 204/1997, Sala Primera, de 25 de noviembre (RTC 1997/204).

¹⁸ AS 1997/3751.

¹⁹ AS 2003/2.

fundamentar el despido sin que esté presente la discriminación por motivos religiosos durante todo el proceso sancionador que desemboca finalmente en el despido. De principio a fin, desde que Dña. Laura decide usar *hiyab*, es notoria la discriminación por parte de toda la plantilla de la empresa.

En orden a todo lo anteriormente expuesto, Laura tiene evidentemente base jurídica para iniciar acciones solicitando la improcedencia de su despido, pues no se han cumplido los requisitos legales para considerarlo procedente y, por tanto, acudir al correspondiente procedimiento previsto en los artículos 103 y ss. de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social²⁰. Sin embargo, al tratarse de la vulneración de un derecho fundamental y un trato discriminatorio, lo más adecuado sería solicitar la nulidad del mismo, a tenor del artículo 55, punto 5²¹, del ET. De todos modos, la cuestión de la procedencia la vamos a tratar más minuciosamente en el siguiente apartado.

3.2. PROCEDENCIA O IMPROCEDENCIA DEL DESPIDO.

Para comenzar, volvemos a referirnos al concepto de despido disciplinario²², en que nos vamos a centrar. Aparece en el artículo 49.1.k) del ET²³, ampliándose en cuanto causas y efectos en el 54 del ET, por tanto, se trata de aquel “*acto unilateral, constitutivo y receptivo en el que el empresario procede a la extinción del contrato de trabajo*” mediante el cual, como señala el mencionado artículo, el “*contrato de trabajo podrá extinguirse por decisión del empresario, mediante despido basado en un incumplimiento grave y culpable del trabajador*”. Este incumplimiento debe producirse en el marco de una relación de trabajo, obviamente, donde el trabajador incumpla obligaciones que se deriven del contrato laboral. En el caso que nos ocupa, y como ya se ha hecho referencia previamente, se alega “*bajo rendimiento y falta de disciplina*”.

Se debe tener en cuenta también que el comportamiento ha de tener vinculación con las obligaciones laborales de modo que no se pueden sancionar conductas que no tengan relevancia con la relación laboral, como pueden ser hechos ocurridos fuera del ámbito laboral, es decir, no deberían tenerse en cuenta aspectos que se refieran a la vida personal e íntima, en este caso, de Laura. Algo que, en nuestra opinión, en parte se hace, al sancionarla por expresar sus creencias religiosas, incluso los compañeros la juzgan y la dirección lo aplaude, en lugar de castigarlo. Se debe atender, por lo tanto, a aquello que se ciña única y exclusivamente a su actividad laboral y a como incide ésta en la empresa.

Es fundamental dejar claro que, para considerar el despido procedente, ha de tratarse de un despido basado en un incumplimiento grave y culpable del trabajador, como señala el artículo 54 del ET. En atención a esto, vamos a hacer especial hincapié en la cuestión de la gravedad.

En orden a considerar la gravedad, en concreto, es necesario que el incumplimiento perjudique al empresario de una manera excesivamente onerosa, utilizándose diversos

²⁰ Publicado en BOE núm. 245 de 11 de Octubre de 2011, en adelante, LJS.

²¹ A tenor del artículo 55.5 del ET “5. 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.”

²² Noción extraída de GOERLICH PESET, J.M.: *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores. Libro Homenaje a Tomás Franco.*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 1067 y ss.

²³ Véase el artículo 49.1.k) del ET, a tenor del cual “El contrato de trabajo se extinguirá: (...) k) por despido del trabajador.”

criterios para graduar la intensidad. Se debe atender a circunstancias concurrentes y atendiendo en todo momento a que exista una adecuada proporcionalidad entre los hechos (portar el velo) y las sanciones que se imponen. Ese ejercicio de valoración de la gravedad se trata en la STS 10 de mayo de 1990²⁴, en cuyo fundamento jurídico segundo se dice que “ *La valoración de las circunstancias del caso, para ponderar la mayor o menor gravedad de la infracción del trabajador a efectos de apreciar si concurre o no el requisito establecido con carácter general en el art. 54.1²⁵ del Estatuto de los Trabajadores para la justificación del despido, debe hacerse desde una perspectiva más próxima al perfil concreto de los hechos enjuiciados. Es esa labor de ponderación la que abordamos a continuación.*”

En atención a lo anterior, vamos a hacer una breve referencia al principio de proporcionalidad como garantía de legitimidad de una sanción disciplinaria y como instrumento de control de la discrecionalidad empresarial.²⁶ El artículo 58 del ET recoge la previsión de la graduación que se debe observar entre faltas y sanciones. En el caso de una medida limitadora de cualquier derecho, como puede ser el derecho a trabajar, ésta, para ser idónea, necesita una causalidad de las sanciones en relación a los fines a los que va destinada. En opinión de la autora mencionada, “ *para determinar si una actuación que lleve aparejada una sanción supera el juicio de proporcionalidad, habrá que examinar finalmente si la medida en cuestión es ponderada o equilibrada, además de derivarse de ella más beneficios o ventajas que para el interés general, que perjuicios sobre otros bienes en conflicto.*” En pocas palabras, la medida debe someterse a una adecuada y razonable proporción de medio a fin y, como es natural, para que se lleve a cabo esa adecuada ponderación, ha de tenerse en cuenta todas las circunstancias presentes en cada caso, es decir, llevar a cabo un examen valorativo, esta labor le correspondería al juez. Para considerar adecuada la sanción, sería conveniente que fuese “ *acorde con la voluntad objetiva de la ley, no aquella conocida por su conformidad con aquel que ejerce el poder disciplinario*”.²⁷

La proporcionalidad, en este caso, no se observa de ninguna manera en el hecho de imponer sanciones constantes a Dña. Laura, justificando las mismas en simple acto de portar un símbolo de devoción religiosa durante la jornada laboral que solamente tapa el pelo y el cuello.

En este sentido, la jurisprudencia del TS sostiene una doctrina gradualista²⁸ basada en criterios de proporcionalidad y adecuación entre el hecho sancionado y la entidad de esa sanción. Así se resalta y desarrolla en diversas sentencias, un ejemplo de ello es la STS del 7 de julio del 1988²⁹, en la cual se trata el caso de un trabajador que alega que la

²⁴ RJ 1990/3992.

²⁵ A tenor del artículo 54.1 del ET “*El contrato de trabajo podrá extinguirse por decisión del empresario, mediante despido basado en un incumplimiento grave y culpable del trabajador.*”

²⁶ Véase la definición del principio en TERRADILLOS ORMAETXEA, E.: *El poder disciplinario empresarial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 41 y ss.

²⁷ Véase TERRADILLOS ORMAETXEA, E.: *El poder disciplinario empresarial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 128 y ss.

²⁸ En la STS de 24 de febrero de 1990[RJ 1990/1222] el TS señala “*Esta Sala en aplicación de la llamada teoría gradualista ha declarado que por ser la sanción de despido la última por su trascendencia y gravedad de entre todas las que puede imponer el empresario en virtud de su poder disciplinario, ha de responder a las exigencias de proporcionalidad y adecuación entre el hecho cometido y la sanción impuesta, teniendo en cuenta todas las circunstancias concurrentes, llevando a cabo una tarea individualizadora de la conducta del trabajador a fin de determinar si procede o no mantener la sanción impuesta.*”

²⁹ RJ 1988\5774

sanción es desproporcionada con su conducta. Sin embargo, se prueba que corresponde el despido después de la conducta del trabajador, quien estaba de baja por depresión y, al mismo tiempo, servía copas en un local del que era propietario. Destacan a su vez, otros pronunciamientos como la STS del 16 de enero de 1990³⁰, en esta última el trabajador despedido alude a que la impuntualidad no es motivo suficiente para el despido, mientras que el TS considera que la conducta no supone ese incumplimiento grave y culpable que exige el ET para suponer la extinción de la relación laboral, declarando improcedente el mismo.

Del mismo modo, para considerar que existe gravedad en la conducta del empleado debe tratarse de un incumplimiento que ha de imputarse al trabajador por dolo, culpa o negligencia, es decir, un incumplimiento culpable, no es necesario que sea deliberado pero deben ponderarse una serie de elementos. A pesar de que no se requiere que haya esa intención concreta de infringir esos deberes tiene que haber una “*carencia de atención y falta de cuidado en la actividad objeto de reproche*”³¹.

Con respecto a la alegación de la disminución de rendimiento, a la que ya se ha hecho referencia, vamos a hacer una aproximación más concreta. Según el criterio del TS debe tenerse en cuenta que, “*(...), conforme reiteradamente se ha resuelto por esta Sala, que no todo incumplimiento tipificado, genera sin más el despido, sino que se hace preciso el examen de las circunstancias concurrentes en la comisión del ilícito que se juzga(...)*” así se señala en la STS de 18 de abril de 1991³². Para ello puede establecerse una comparación con el rendimiento que tuvo con anterioridad. Sin embargo ese incumplimiento no será sancionable de concurrir circunstancias atenuantes, justificativas o eximentes de la responsabilidad del trabajador, así se sostiene por el TS en las STS de 17 de mayo de 1991³³ y STS de 27 de febrero de 1987³⁴, en este último supuesto el despido es procedente y la disminución de rendimiento injustificable.

Según se ha visto, Laura no ha disminuido su rendimiento de forma voluntaria y la prueba de ello es el diagnóstico médico. Todo parece indicar, que lo que ha producido tal disminución han sido los diversos sucesos de ansiedad. Además se trata de algo transitorio, no prolongado en el tiempo y, justificado, en todo caso, por el diagnóstico mencionado.

En el presente supuesto que nos ocupa, no estamos hablando de que Dña. Laura haya descuidado para nada su trabajo por falta de atención o indiferencia. Ha sido el propio

³⁰ RJ 1990\128

³¹ Véase GOERLICH PESET, J.M.: *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores. Libro homenaje a Tomás Sala Franco*, Tirant lo Blanch, Valencia, 216, pp. 1067 y ss.

³² RJ 1991\3375. En este supuesto existe un expediente sancionador debido a disminución de rendimiento, se declara el despido como improcedente. El TS señala que, para examinar la gravedad del incumplimiento “*(...)se atiende tanto a las circunstancias objetivas de duración del ilícito, diferencia cuantitativa, que es medible en este caso, y no resulta excesiva en relación con el rendimiento que venía obteniendo aun cuando la disminución es clara; así como atiende a los antecedentes en que se observa una falta de advertencia o indicación que pudiere hacer sugerir al trabajador el riesgo de seguir con una conducta dudosamente aceptable en cuanto a la labor realizada y a la vez, no deja de atender a las circunstancias personales, que si no disculpan plenamente la conducta, sí atenúan su gravedad, pues si no puede admitirse que la antigüedad en el puesto sea la génesis de la impunidad, no puede olvidarse que al producirse el cambio de puesto y labor, parece lógico pensar que se produce un acierta resistencia, humanamente disculpable, hasta que el transcurso de un mayor lapso, haga habituar al cambio efectuado.*”

³³ RJ 1991\3916. La STS trata una disminución de rendimiento que motiva un despido, luego declarado improcedente.

³⁴ RJ 1987\1134.

ámbito laboral el que le ha ocasionado ese bajo rendimiento debido al tratamiento recibido y al cambio en la “atmósfera laboral”. Sucesos que, lógicamente, le han afectado debido a ataques que se dirigen directamente hacia ella. Afirmar que ese comportamiento es culpable o que medie culpa o negligencia en el hecho de que sufra ansiedad por los sucesos anteriormente descritos, y, que ésta afecte a su rendimiento se estima, cuanto menos, cruel. Habiendo podido ocuparse la empresa de acabar con estas actuaciones de compañeros o de dialogar con la trabajadora sobre los motivos que la conducen a llevar el *hiyab* y sus creencias o, por último, buscar un acuerdo, se inclinan por sancionarla constantemente, agravando, de este modo, más su estado anímico, lo cual se observa como una conducta particularmente deleznable.

De la misma manera, en lo tocante a la indisciplina, recogida como causa de despido en el artículo 54.2.b) ³⁵ del ET, que se alega cabe destacar que, obviamente, se debe referir a faltas de disciplina y actos de desobediencia que se produzcan frente a normas laborales y órdenes del empresario, que pueden consistir, por ejemplo, en el incumplimiento del deber de obediencia, falta de diligencia, no colaboración, etc... Actos que, se deben tener en cuenta siempre y cuando, y esto es fundamental, se trate, de la misma manera que ocurre con el rendimiento, de conductas graves y culpables.

Si atendemos a la Doctrina del TS se considera “*sancionable la conducta que sea calificada como actitud de resistencia decidida, persistente y reiterada al cumplimiento de las órdenes del empresario*” ,así se recoge en la STS del 9 de junio del 1987,³⁶ no bastando, por tanto, la “*simple desobediencia que no suponga una actitud abiertamente indisciplinada y que no se traduzca en un perjuicio para la empresa o en la que concurra una causa incompleta de justificación*” como se afirma en la STS del 19 de diciembre de 1988³⁷. Además de requerirse que “*la culpabilidad -sea a título de dolo o negligencia inexcusable- resalte de modo patente, no cuando resulte atenuada o atemperada en virtud de las circunstancias concurrentes*, así se refleja en la STS de 24 de febrero de 1990³⁸.

Por lo tanto, si nos ceñimos a la jurisprudencia del TS citada, la actitud de la ex empleada de MACA S.A. no podría encuadrarse en esa indisciplina que la empresa alega. Dña. Laura simplemente está ejerciendo su libertad religiosa, sin que ello pueda interferir en ningún momento en la actividad de la empresa, no causando ningún perjuicio en el transcurso de su trabajo. Por su parte, no se ha alegado perjuicio alguno por la propia empresa, siendo solamente las opiniones personales de los empleados de la misma y de los propios superiores además de sus ideales, los que se ven ofendidos y motivan, del mismo modo, tales sanciones y el consiguiente despido. Lo cual, a nuestro juicio, se habría solucionado rápidamente habiendo sancionado a los trabajadores que se

³⁵ En virtud del artículo 54 del ET “1. *El contrato de trabajo podrá extinguirse por decisión del empresario, mediante despido basado en un incumplimiento grave y culpable del trabajador.*

2. *Se considerarán incumplimientos contractuales:*

(...).

b) *La indisciplina o desobediencia en el trabajo.*

(...)

e) *La disminución continuada y voluntaria en el rendimiento de trabajo normal o pactado.”*

³⁶ RJ 1987\5125, esta sentencia trata una indisciplina y desobediencia graves por parte del empleado.

³⁷ RJ 1988\9853, aquí nos encontramos con un despido que se declara finalmente como improcedente, pues la conducta del trabajador no se considera lo suficientemente grave para ser motivo de despido, esa supuesta desobediencia.

³⁸ RJ 1990\1222 en este supuesto el despido se califica como improcedente, la desobediencia no es suficientemente grave.

encargaron de hacer burlas y comentarios a raíz de que Dña. Laura decidiese portar dicho símbolo, por tratarse claramente de una conducta discriminatoria.

Por otro lado, cabe hacer una referencia también al *principio de presunción de legitimidad* de las órdenes de la empresa, aunque se reconoce al trabajador un derecho de resistencia excepcionalmente cuando concurren ciertas circunstancias de peligrosidad, riesgo para la salud, resulten vejatorias o constituyan un abuso manifiesto. Un ejemplo de lo anterior lo encontramos en la STS de 25 de abril de 1991.³⁹ En ese mismo sentido, se puede considerar que las órdenes que la invitan a dejar de portar el *hiyab* resultan vejatorias, de algún modo, para Dña. Laura.

En definitiva, como ya se ha descrito, el despido improcedente es aquel que, o bien, en su forma no se ajusta a los requisitos previstos en el artículo 55.1 del ET; o bien, aquel en el que no se acreditan los incumplimientos imputados a los trabajadores, o los acreditados no tienen entidad suficiente. Esto último se conoce como improcedencia por motivos de fondo.

En este supuesto hemos visto que no es posible probar las causas que se alegan como incumpliendo para justificar el despido, es más, son causados por el propio ambiente laboral, en el supuesto de considerarse que los ha habido. Y, en todo caso, no tienen entidad para justificar un despido, por todo ello el mismo no sería procedente de ningún modo, al no cumplirse lo previsto en el artículo 55.4 del ET.⁴⁰ Por su parte, en lo que atañe al procedimiento, Dña. Laura debe acudir a los artículos 103 y ss., en lo referente a la demanda y efectos por despido disciplinario.⁴¹

3.3. POSIBLE NULIDAD DEL DESPIDO POR SER VULNERADOR DE DERECHOS FUNDAMENTALES.

A tenor del artículo 55.5 del ET, otra opción a considerar sería que nos encontramos ante un despido nulo, pues “*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.*” (De igual forma se recoge en el artículo 108.2 de LJS) Para ello Laura debería aportar indicios de la conducta denunciada y el empleador deberá justificar la racionalidad del despido, así se señala en la STC 266/1993⁴², es decir, el TC destaca como doctrina ya consolidada y señalada en varias ocasiones, que “*en los casos en que se alegue que el despido es discriminatorio o lesivo de algún derecho fundamental del trabajador, y tal alegación tenga reflejo en hechos de los que resulte una presunción o apariencia de aquella discriminación o lesión, el empresario tiene la carga de probar la existencia de causas suficientes, reales y serias para calificar de razonable la decisión extintiva*” y es decir, debe probar la existencia de causas que no tengan relación alguna con una vulneración de derechos fundamentales. Lo cual, en atención a todo lo anteriormente expuesto, es una tarea complicada, pues claramente las únicas razones que se han considerado de cara despido han sido de origen ideológico. Si Dña. Laura acierta a

³⁹ RJ 1991\3387, en este caso hay una extralimitación en las órdenes empresariales.

⁴⁰ A tenor del mencionado artículo será el despido considerado procedente “*cuando quede acreditado el incumplimiento alegado por el empresario en su escrito de comunicación. Será improcedente en caso contrario o cuando en su forma no se ajustara a lo establecido en el apartado 1.*”

⁴¹ En concreto, el artículo 103 de la LJS señala que “*1. El trabajador podrá reclamar contra el despido, dentro de los veinte días hábiles siguientes a aquél en que se hubiera producido. Dicho plazo será de caducidad a todos los efectos y no se computarán los sábados, domingos y los festivos en la sede del órgano jurisdiccional.*”

⁴² RTC 1993\266, la mencionada resolución trata un despido nulo de trabajador.

probar esa vulneración el despido sería declarado radicalmente nulo, en este caso se la readmitirá en el trabajo, por el contrario, de ser declarado improcedente tendrá la empresa la opción de readmitirla o indemnizar a la empleada.

Centrando la cuestión en esta posibilidad, la de solicitar la nulidad del despido sin causa sobre la base de que vulnera el derecho al trabajo en su perspectiva individual, debemos apoyarnos para ello en el contenido del artículo 35 de la CE, ya mencionado. Teniendo en cuenta lo anterior, estaríamos ante el conocido como “*despido pluricausal*”⁴³, se trata de aquel despido frente al cual existen indicios de lesión del derecho fundamental pero empresario sostiene que obedece a una concurrencia de incumplimientos contractuales que justifican el mismo. A esto hace referencia la STC núm. 7/1993 de 18 de enero⁴⁴. En estos casos, el empresario debe probar, como señala la STC citada, que “*cuando se ventila un despido “pluricausal”, en el que confluyen, una causa, un fondo o panorama discriminatorio, y otros eventuales motivos concomitantes de justificación, es válido para excluir que el mismo pueda considerarse discriminatorio o contrario a los derechos fundamentales que el empresario acredite que la causa alegada tiene una justificación razonable que, con independencia de que merezca la calificación de procedente, permita excluir cualquier propósito discriminatorio o contrario al derecho fundamental invocado*”. Otras STC a destacar acerca del despido pluricausal serían la STC 41/2006 de 13 de febrero⁴⁵, la STC 138/2006 de 8 de mayo⁴⁶ o la STC núm. 104/1987 de 17 de junio⁴⁷, entre otras. Sin embargo, Dña. Laura no ha acudido a la opción de solicitar la nulidad del despido por vulnerar sus derechos fundamentales, aunque semeja la opción más recomendable y con más expectativas de éxito.

3.4. POSIBLES INFRACCIONES DE LA EMPRESA POR DISCRIMINACIÓN LABORAL.

En otro orden de cosas, esta presunta conducta discriminatoria tanto por la empresa como por sus compañeros, se encuentra tipificada en el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social⁴⁸, en cuyo artículo 8, apartado 12⁴⁹, se menciona como infracción muy grave, dentro de las infracciones en materia de

⁴³ Véase VVAA.: *La protección de derechos fundamentales en el orden social*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005, pp. 204 y ss.

⁴⁴ RTC 1993/7.

⁴⁵ RTC 2006/41. En la mencionada sentencia no se llega a demostrar por parte del empresario que la razones del despido fueran ajenas al móvil discriminatorio”.

⁴⁶ RTC 2006/138. En este pronunciamiento se alegan unos incumplimientos contractuales que, finalmente, no logran probarse. Hay vulneración y tampoco se prueban motivos ajenos a un móvil vulnerador de derechos fundamentales.

⁴⁷ RTC 1987/104. En esta sentencia se resalta que el despido en cuestión se debió haber declarado nulo por su propósito discriminatorio sindical, pese a la falta de la trabajadora que se pudo sancionar de otra forma.

⁴⁸ Publicado en: «BOE» núm. 189, de 08/08/2000, en adelante, LISOS.

⁴⁹ A tenor del apartado 12º del artículo 8 de la LISOS, se consideran infracciones muy graves en materia de relaciones laborales “*Las decisiones unilaterales de la empresa que impliquen discriminaciones directas o indirectas desfavorables por razón de edad o discapacidad o favorables o adversas en materia de retribuciones, jornadas, formación, promoción y demás condiciones de trabajo, por circunstancias de sexo, origen, incluido el racial o étnico, estado civil, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación sexual, adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con otros trabajadores en la empresa o lengua dentro del Estado español, así como las decisiones del empresario que supongan un trato desfavorable de los trabajadores como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción administrativa o judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación.*”

relaciones laborales, “*las decisiones unilaterales de la empresa que impliquen discriminaciones directas o indirectas desfavorables en materia de retribuciones, jornadas, formación, promoción y demás condiciones de trabajo (...) por circunstancias de sexo, origen, incluido el racial o étnico, estado civil, condición social, religión o convicciones, (...)*” así como en su apartado 13 bis” “*El acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad y orientación sexual y el acoso por razón de sexo, cuando se produzcan dentro del ámbito a que alcanzan las facultades de dirección empresarial, cualquiera que sea el sujeto activo del mismo, siempre que, conocido por el empresario, éste no hubiera adoptado las medidas necesarias para impedirlo.*”

Con respecto a las decisiones unilaterales, en este precepto se encuadrarían tanto las diferentes sanciones que recibió por la supuesta desobediencia que implicaría portar el velo a pesar de los avisos de MACA S.A., como, finalmente la del despido. Pues éstas implican un trato diferente en base a sus convicciones, y, del mismo modo, afectan a sus condiciones de trabajo sin ningún tipo de justificación, de forma abiertamente discriminatoria, siendo el único fundamento el uso del símbolo religioso. Esto implicaría una responsabilidad administrativa del empresario que le comportaría una sanción de “*multa, en su grado mínimo, de 6.251 a 25.000 euros; en su grado medio de 25.001 a 100.005 euros; y en su grado máximo de 100.006 euros a 187.515 euros.*” Así se prevé en el artículo 40.1,c) de la misma LISOS.

En lo que atañe al apartado 13 bis sería aplicable de considerar la conducta como de acoso, y se sancionaría igualmente al empresario, en relación a aquel ambiente laboral que se comenzó a crear, con las consiguientes burlas, quejas y demás por parte de sus compañeros de trabajo. Como ya se ha reiterado en varias ocasiones, estos hechos le causaron los primeros episodios de ansiedad, que luego influirían en su rendimiento laboral. Tal como reza el precepto, habiendo sido conocidos estos sucesos por la dirección empresarial de MACA S.A., no se adoptaron medidas para frenarlos, al contrario. En base a eso, es también deber del empresario frenar cualquier tipo de conducta discriminatoria por parte de la plantilla hacia uno de sus miembros, pues de lo contrario, como podemos ver, será el también el responsable de permitir esa conducta en su lugar de trabajo. La sanción que se impondría a esta infracción muy grave sería la misma que a la anterior, prevista en el artículo 40.1,c) de la LISOS. En lo referente a la legitimación activa para denunciar estas infracciones, la denuncia es pública. No se podrá alegar la condición de interesado, salvo si sus derechos o intereses están en juego. Por su parte le corresponde a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social llevar a cabo la investigación y el procedimiento sancionador.

Del mismo modo, en el artículo 314 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal⁵⁰, se encuentra la previsión del tipo penal consistente en producir “*una grave discriminación en el empleo, público o privado, contra alguna persona por razón de su ideología, religión o creencias (...) y no restablezcan la situación de igualdad ante la ley tras requerimiento o sanción administrativa...*”⁵¹. Es decir aquí se

⁵⁰Publicado en: «BOE» núm. 281, de 24/11/1995, en adelante, CP.

⁵¹La dicción completa del artículo 314 del CP es la siguiente “*Los que produzcan una grave discriminación en el empleo, público o privado, contra alguna persona por razón de su ideología, religión o creencias, su pertenencia a una etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o discapacidad, por ostentar la representación legal o sindical de los trabajadores, por el parentesco con otros trabajadores de la empresa o por el uso de alguna de las lenguas oficiales dentro del Estado español, y no restablezcan la situación de igualdad ante la ley tras requerimiento o*

encuentra el supuesto de haber causado una grave discriminación laboral y, además de ello, no proceder a la reparación de los daños tras haber sido sancionado administrativamente. Estamos ya ante un ilícito penal, que implica consecuencias más graves. Sin embargo, para poder hablar de que se ha cometido dicho tipo, pues no será punible cualquier conducta que genere una discriminación en el trabajo, la doctrina entiende que solo podrán ser punibles las conductas directas, que son las que implican una ejecución dolosa⁵²;” *la discriminación indirecta se caracteriza por ser resultado de normas o medidas formalmente neutrales, adoptadas por un sujeto que desconoce estos efectos negativos*”.

En este punto, habría que entrar a valorar si la dirección empresarial de MACA S.A. desconocía esos efectos o actuaba indirectamente, lo cual me parece casi imposible, al contrario. Ya anteriormente se ha explicado que, la empresa, en lugar de frenar la conducta discriminatoria de los otros empleados hacia Dña. Laura, lo que hizo fue sancionarla y despedirla sin ningún tipo de justificación más allá que el uso de símbolos religiosos que representan la religión musulmana, completamente equiparables a las cruces que otros compañeros portaban. Amparándose en que no se permitía el uso de prendas ajenas al uniforme, todo parece indicar que se tomó una decisión arbitraria.

De igual forma, el resultado debe ser, según el precepto legal mencionado, “*una grave discriminación*”, por lo tanto se debe tratar de un efecto discriminatorio de una entidad importante, no toda conducta discriminatoria está incluida. Así encontramos diferentes posturas en la doctrina para valorar esa gravedad. Hay corrientes que consideran que nos debemos remitir a lo que la legislación laboral considere infracciones graves, en este caso la LISOS las consideraría muy graves, mientras que otras posturas sostienen que será tarea del juzgador valorar esa gravedad. En definitiva, no hay una postura clara para cuantificar esa gravedad.⁵³ Si atendemos a la LISOS, la conducta de MACA S.A. se encuadraría en el tipo, pues las infracciones son calificadas como de “muy graves”. Por otro lado, para considerar que el ilícito del 314 del CP se ha cometido es necesario también que haya una infracción del deber de reestablecer la situación de igualdad y de reparación de daños económicos causados por dicha conducta discriminatoria. Sin que se cumpla el mencionado requisito no es posible acudir a este precepto.

Con respeto a esto último, para que los hechos previstos por el artículo sean penalmente relevantes, se requiere que previamente hubiese una “respuesta extrapenal” de carácter administrativo o judicial. Por lo tanto, el trabajador previamente ha debido acudir al procedimiento de despido o, por su parte, una inspección de trabajo ha debido dictar un Acta de inspección de los cuales haya resultado una sanción o requerimiento, luego ignorado. Un ejemplo de lo anterior sería un incumplimiento de una sentencia dictada en el orden social o contencioso-administrativo. Es, por tanto, necesario, en primer lugar, que se produzca un trato discriminatorio grave en el trabajo o ambiente laboral, y en segundo lugar, que se mantenga dolosamente esa situación. La autora mencionada apoya la postura de que, en realidad, lo que se penaliza no es la desobediencia, si no el mantenimiento en el tiempo de la lesión.

sanción administrativa, reparando los daños económicos que se hayan derivado, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a dos años o multa de 12 a 24 meses.”

⁵² Véase TAPIA BALLESTEROS, P.: *La discriminación laboral: análisis del artículo 314 del Código Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 217 y ss.

⁵³ Estas posturas doctrinales son desdeñadas en TAPIA BALLESTEROS, P.: *La discriminación laboral: análisis del artículo 314 del Código Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 218 y ss.

Por su parte, en lo que atañe a la autoría solo se podría imputar a sujetos que ostente un “*determinado poder de dirección o decisión dentro de la empresa o negocio*”,⁵⁴ nunca a la persona física. Con respecto a la cuestión de la responsabilidad que pudiese tener la encargada de RRHH, Dña. Sandra, en el ilícito, esta opción no se considera. Teniendo en cuenta que los encargados de RRHH suelen actuar cumpliendo órdenes o mandatos del empresario, no se admitiría considerarlos responsables penalmente. Todo ello teniendo en cuenta que actúe bajo las órdenes de su superior, de lo contrario podría ser cómplice.

3.5. CONCLUSIÓN

Tras todo lo expuesto, consideramos que, si Dña. Laura ha sufrido discriminación laboral por motivos religiosos, debe alegar entonces que el despido es nulo por esa misma razón, y que, por tanto, comete un error al demandar la improcedencia, pues estamos ante un claro caso de despido nulo previsto en el artículo 55.5 del ET por haberse producido “*con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador.*” De todos modos, le corresponde al juez declarar nulo el despido si considera que se ha dado dicha vulneración.

4. ADEMÁS DE ALEGAR DESPIDO INJUSTIFICADO, LAURA INTERPONE UNA DEMANDA CONTRA MACA S.A. POR DAÑOS Y PERJUICIOS.

4.1 ¿SERÍA JURÍDICAMENTE OPORTUNA LA DEMANDA POR DAÑOS Y PERJUICIOS PSICOLÓGICOS?

La principal cuestión a dilucidar en esta segunda pregunta es si, además de la demanda de despido improcedente por discriminación religiosa, sería jurídicamente oportuna otra demanda por daños y perjuicios derivados de la vulneración de su derecho fundamental a la libertad religiosa y del trato discriminatorio recibido.

Acerca de la compatibilidad de indemnizaciones, el TS ha ido pronunciándose a lo largo de los años, en un principio, y hasta no hace mucho, consideraba que la indemnización que implica el despido improcedente ya cubría todos los daños que se le hubiesen causado al empleado. Por el contrario, la doctrina actual admite que, en caso de lesionar un derecho fundamental se debe indemnizar ese daño como tal, pues la indemnización por despido improcedente solamente cubre el daño derivado de la pérdida de empleo derivada del incumplimiento del empresario. De la misma manera, de haber vulneración de derechos fundamentales, el daño producido da derecho a la víctima a la indemnización recogida en el artículo 1101 del Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil⁵⁵, es decir, se trata de cuestiones distintas.

La protección de la que son objeto los derechos fundamentales en el ámbito laboral encuentra su tutela en los artículos 177-184 de la LJS. Sin embargo, no basta con esa vulneración para acudir a este precepto, si no que la demandante ha de acreditar que se han infringido sus derechos para que se acepte tal pretensión. No bastando con esta prueba de la cuantía solicitada, la doctrina jurisprudencial se ha ido volviendo más rígida, y el actual artículo 179 de la LJS en su punto 3º, exige que se deberán expresar con claridad “*los hechos constitutivos de la vulneración, el derecho o libertad infringidos y la cuantía de la indemnización pretendida, en su caso, con la adecuada*

⁵⁴ Véase lo relativo a la autoría del ilícito previsto en el 314 del CP, TAPIA BALLESTEROS, P.: *La discriminación laboral: análisis del artículo 314 del Código Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 312 y ss.

⁵⁵ Publicado en BOE núm. 206, de 25 de julio de 1889, en adelante, CC.

especificación de los diversos daños y perjuicios, (...)” En base a lo anterior podemos afirmar que ya no basta con que haya una vulneración de un derecho fundamental. En el caso de que Dña. Laura pretenda solicitar la demanda de daños y perjuicios pertinente, debe alegar los tres aspectos descritos por el artículo mencionado. En otro orden de cosas, una sentencia que sentó precedente respecto a indemnizaciones por vulneración de derechos fundamentales en el trabajo, sería la STC 247/2006⁵⁶, que anula la STS de 21 de julio de 2003⁵⁷, según la cual no bastaba con la vulneración, pues habría que probar las bases y los elementos clave de la indemnización solicitada, además de la justificación de que tal indemnización deba de ser aplicada a ese caso. El TS, finalmente, reconoció su derecho a la indemnización apoyándose, para ello, en la suficiencia de indicios presentados, y en los daños sufridos que alegó el trabajador.

En base a lo anterior, tanto si se declara improcedente como nulo el despido, la reclamación de daños y perjuicios, además de la de despido, es jurídicamente oportuna, pues no es lo mismo que se trate de una infracción contractual, que es la cual justifica la indemnización inherente al despido improcedente, que una vulneración de los derechos reconocidos en la CE. Esa lesión justifica, lógicamente, una indemnización propia que se centre en esa vulneración, pero, para ello, Laura deberá cumplir los requisitos que exige la LJS para su solicitud, antes mencionados. Por su parte, todo ello debe solicitarse en la misma demanda de despido, pues al alegar lesión de derechos, como son el de libertad religiosa, no se aplica el procedimiento de tutela de los derechos fundamentales, sino que su modalidad procesal específica, en este caso la del despido, a la cual se acumula la pretensión de tutela de derechos. El fundamento jurídico de esta acumulación la encontramos en los artículos 26.2⁵⁸ de la LJS, y, más concretamente, en el 184⁵⁹ de la misma ley.

4.2. DEMANDA POR DAÑOS Y PERJUICIOS DERIVADOS DEL TRATO DISCRIMINATORIO Y VULNERACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES.

4.2.1. FUNDAMENTO DE LA DEMANDA: ANÁLISIS DEL SUPUESTO TRATO DISCRIMINATORIO.

⁵⁶RTC 2006/247. En esta sentencia se comenta la necesidad de aportar al proceso los elementos necesarios para sustentar la condena indemnizatoria.

⁵⁷RJ 2003/6941. Este fallo fue anulado por la RTC 2006/247 y en ella se recogían los requisitos para que la indemnización de daños y perjuicios esté justificada.

⁵⁸A tenor del artículo 26.2 de la LJS 2 ”Lo dispuesto en el apartado anterior se entiende sin perjuicio de la posibilidad de reclamar en los anteriores juicios, cuando deban seguirse dichas modalidades procesales por imperativo de lo dispuesto en el artículo 184, la indemnización derivada de discriminación o lesión de derechos fundamentales y libertades públicas y demás pronunciamientos propios de la modalidad procesal de tutela de tales derechos fundamentales y libertades públicas, conforme a los artículos 182, 183 y 184.”

⁵⁹En virtud del artículo 184 de la LJS “No obstante lo dispuesto en los artículos anteriores y sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 178, las demandas por despido y por las demás causas de extinción del contrato de trabajo, las de modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, las de suspensión del contrato y reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o derivadas de fuerza mayor, las de disfrute de vacaciones, las de materia electoral, las de impugnación de estatutos de los sindicatos o de su modificación, las de movilidad geográfica, las de derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral a las que se refiere el artículo 139, las de impugnación de convenios colectivos y las de sanciones impuestas por los empresarios a los trabajadores en que se invoque lesión de derechos fundamentales y libertades públicas se tramitarán inexcusablemente, con arreglo a la modalidad procesal correspondiente a cada una de ellas, dando carácter preferente a dichos procesos y acumulando en ellos, según lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 26, las pretensiones de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas con las propias de la modalidad procesal respectiva.”

En lo que atañe a la pretensión de la demandada está más que claro que la ansiedad y el cuadro de depresión aguda que se le ha diagnosticado viene claramente causado a raíz de una discriminación vivida en el trabajo, tras haber decidido portar este símbolo religioso. En mi opinión, la propia empresa ha propiciado esto, mediante las sucesivas sanciones interpuestas, y además, al no actuar frente a burlas y quejas xenófobas de compañeros de trabajo. Actitud que, no se debería permitir bajo ningún pretexto en un ambiente de trabajo, dando alas a un trato diferente por el simple hecho de procesar una religión concreta y demostrarlo, lo cual debe respetarse por encima de todo. Por lo tanto, queda demostrado que se ha causado un gran perjuicio económico y, ante todo, psicológico a Dña. Laura.

En este caso se puede plantear que nos encontremos con un supuesto de acoso horizontal e, incluso, de vertical, a pesar de que se traten de sucesos de poca duración en el tiempo, tan sólo unas semanas, causaron un grave daño psicológico a la demandante.

El acoso vertical, por su parte, es aquel que "*procede directamente del empresario o de la persona en quien recae la potestad de dirección empresarial*"⁶⁰ se incluye aquí también la "*actuación de trabajadores con capacidades de gestión efectiva de recursos humanos*", es decir, aquí se podría encuadrar el caso de Sandra, la encargada de RRHH que le comunica primero la no objeción al velo, y una semana más tarde la prohibición. Está claro que, en esta situación Dña. Laura siente una vulnerabilidad frente a "acosador" por las consecuencias que su poder le pueda ocasionar de cara a su futuro laboral, a la pérdida de empleo. En este supuesto no tendría mecanismo de defensa, y se podría considerar que la amenaza de pérdida de su puesto de trabajo implícita que supone cada sanción empeora el rendimiento del que tanto se acusa de haber bajado "voluntariamente". Por otro lado para establecer el alcance de las responsabilidades indirecta del titular de la empresa se debe atender a las potestades que se le hayan atribuido a la gestora de recursos humanos, Dña. Sandra. Si el control de los superiores es menor, mayor es la responsabilidad. Habría que ponderar en qué situación se encuentra ella en relación con los cargos jerárquicamente superiores. Podemos considerar también que, en esta situación, en concreto, las repetidas sanciones por llevar el velo, parecen dirigirse a obtener el fin de provocar el abandono permanente o temporal de la trabajadora, para así también la empresa poder eludir las indemnizaciones correspondientes.

En relación con esto último, cabe destacar la obligación del empresario de "*proteger a trabajador de atentados a su integridad física y psicológica generados en el lugar de trabajo*".⁶¹ Este es el principio o deber de protección de seguridad y salud del trabajo que tiene el empresario. Es ya habitual que haya conexión entre los casos de acoso o discriminación y una deficiente organización en ese entorno laboral. El empresario, a tenor de Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales⁶², debe

⁶⁰ Concepto extraído de BALLESTER PASTOR, M.A., *Guía sobre el acoso moral*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales), 2006, pp. 17 y ss.

⁶¹ Véase BALLESTER PASTOR, M.A., *Guía sobre el acoso moral*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2006, pp. 21 y ss.

⁶² Publicado en BOE de 10 de Noviembre de 1995, en adelante, LPRL, cuyo artículo 14 reza así, "*1. Los trabajadores tienen derecho a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo. El citado derecho supone la existencia de un correlativo deber del empresario de protección de los trabajadores frente a los riesgos laborales.*

Este deber de protección constituye, igualmente, un deber de las Administraciones públicas respecto del personal a su servicio.

garantizar la integridad física y psíquica en los aspectos relacionados con el trabajo. Esto implica que ,el mismo, debe adoptar las medidas que sean necesarias en atención a asegurar ese deber, por lo que es de su responsabilidad evitar que aparezca y se desarrolle una discriminación o acoso que pueda dañarlo. Atendiendo al desarrollo del caso que nos ocupa, todo lo anterior se incumple.

En lo concerniente al acoso horizontal, lo que coloquialmente conocemos como el "mobbing", éste sería el que proviene de trabajadores que no pertenecen a la entidad empresarial. En estos casos, el elemento social puede provocar un grave perjuicio, pues esas simples " bromas, comentarios, etc..." crean un clima hostil frente a la víctima. Sin embargo, en el caso que nos ocupa no consideramos que se pueda hablar de "mobbing" como tal, pues para ello es necesario que estas conductas perduren en el tiempo, y en el caso concreto de Dña. Laura no es así porque tras pocas semanas es despedida. A tenor del artículo 28.1 de Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social⁶³, el acoso se define como "*toda conducta no deseada relacionada con el origen racial o étnico, la religión o convicciones, la discapacidad, la edad o la orientación sexual de una persona, que tenga como objetivo o consecuencia atentar contra su dignidad y crear un entorno intimidatorio, humillante u ofensivo.*"⁶⁴ En el cual también se hace referencia al principio de igualdad de trato y a la discriminación.

Los derechos de información, consulta y participación, formación en materia preventiva, paralización de la actividad en caso de riesgo grave e inminente y vigilancia de su estado de salud, en los términos previstos en la presente Ley, forman parte del derecho de los trabajadores a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo.

2. En cumplimiento del deber de protección, el empresario deberá garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores a su servicio en todos los aspectos relacionados con el trabajo. A estos efectos, en el marco de sus responsabilidades, el empresario realizará la prevención de los riesgos laborales mediante la adopción de cuantas medidas sean necesarias para la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores, con las especialidades que se recogen en los artículos siguientes en materia de evaluación de riesgos, información, consulta y participación y formación de los trabajadores, actuación en casos de emergencia y de riesgo grave e inminente, vigilancia de la salud, y mediante la constitución de una organización y de los medios necesarios en los términos establecidos en el capítulo IV de la presente Ley.

El empresario desarrollará una acción permanente con el fin de perfeccionar los niveles de protección existentes y dispondrá lo necesario para la adaptación de las medidas de prevención señaladas en el párrafo anterior a las modificaciones que puedan experimentar las circunstancias que incidan en la realización del trabajo.

3. El empresario deberá cumplir las obligaciones establecidas en la normativa sobre prevención de riesgos laborales.

4. Las obligaciones de los trabajadores establecidas en esta Ley, la atribución de funciones en materia de protección y prevención a trabajadores o servicios de la empresa y el recurso al concierto con entidades especializadas para el desarrollo de actividades de prevención complementarán las acciones del empresario, sin que por ello le eximan del cumplimiento de su deber en esta materia, sin perjuicio de las acciones que pueda ejercitar, en su caso, contra cualquier otra persona.

5. El coste de las medidas relativas a la seguridad y la salud en el trabajo no deberá recaer en modo alguno sobre los trabajadores."

⁶³ Publicado en: «BOE» núm. 313, de 31/12/2003, en adelante, Ley 62/2003.

⁶⁴ Véase artículo 28 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, a tenor del cual "1. A los efectos de este capítulo se entenderá por:

Se entiende, por tanto, que se trata de conductas que se suceden durante un tiempo y que causan una *“lesión de la integridad moral de la persona y la degradación de su ambiente de trabajo y, en su caso, otras condiciones de trabajo.”* Desde el punto de vista jurídico está claro que la vulneración se puede producir aunque las conductas no tengan mucha frecuencia ni duración temporal. Obviamente no hablamos de un hecho puntual, pues la *“atmósfera laboral”* y el trato con los compañeros ha cambiado bruscamente. Se debe tratar, para considerarlo acoso, de burlas, quejas y demás conductas que, *“valoradas en su conjunto, denoten una lesividad en la esfera personal del trabajador”*.⁶⁵ Podemos apreciar esta postura en la doctrina del TS al respecto, un ejemplo sería la STS de 23 de julio del 2001⁶⁶ de la sala de lo Contencioso Administrativo, en la cual se sostiene que *“actuaciones como las que describe la Sala (...) constituyen una forma de acoso moral sistemáticamente dirigido contra el funcionario público reclamante carentes de toda explicación.”*

Resulta oportuno, además, mencionar que, para determinar la conducta y su gravedad debemos atender al daño sufrido y constatarlo. Lo habitual para ello es acudir a un centro médico, esa constancia del daño tiene una finalidad importante, más tratándose de una depresión aguda que ha sido diagnosticada por un facultativo tras los hechos. Debe atenderse también a las circunstancias personales de la víctima, conforme a las exigencias de equidad de gravedad de manera que, para hacer un cálculo de una posible indemnización no se produzca tampoco un enriquecimiento injusto, es decir, que la situación no sea más favorable que la anterior a los daños sufridos. Es, por tanto, imprescindible que conste objetivamente la entidad de los daños provocados. La constancia de la patología puede ser considerada como un indicio de acoso.

En otro orden de cosas, en el momento en que se alega la vulneración de derechos fundamentales, se produce una modificación de la carga de la prueba y el empresario está obligado a justificar la razón de ese supuesto "trato diferente", como ya se ha mencionado previamente.

a) Principio de igualdad de trato: la ausencia de toda discriminación directa o indirecta por razón del origen racial o étnico, la religión o convicciones, la discapacidad, la edad o la orientación sexual de una persona.

b) Discriminación directa: cuando una persona sea tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual.

c) Discriminación indirecta: cuando una disposición legal o reglamentaria, una cláusula convencional o contractual, un pacto individual o una decisión unilateral, aparentemente neutros, puedan ocasionar una desventaja particular a una persona respecto de otras por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, siempre que objetivamente no respondan a una finalidad legítima y que los medios para la consecución de esta finalidad no sean adecuados y necesarios.

d) Acoso: toda conducta no deseada relacionada con el origen racial o étnico, la religión o convicciones, la discapacidad, la edad o la orientación sexual de una persona, que tenga como objetivo o consecuencia atentar contra su dignidad y crear un entorno intimidatorio, humillante u ofensivo.

2. Cualquier orden de discriminar a las personas por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual se considerará en todo caso discriminación.

El acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual se consideran en todo caso actos discriminatorios.”

⁶⁵ Véase SERRANO OLIVARES, R.: *El acoso en el trabajo*, Consejo Económico y Social, Madrid, 2005, pp. 21 y ss.

⁶⁶ RJ 2001/8027.

En todo caso, el acoso es el más alto grado de discriminación, y puede que en este caso no estemos hablando de ello, lo que no significa que Dña. Laura no haya sufrido los daños y perjuicios referidos por causa de tal discriminación. Se habla también de acoso causal por razón del sexo, lo que también se podría considerar, pues todo lo ocurrido, claramente, no le pasaría de no ser una mujer, pero, en esta ocasión, no nos vamos a centrar en ello

Con respecto al concepto de daño moral, existen varias teorías un ejemplo sería la que sostiene el autor Álvarez Vigaray según el cual se trataría del "*perjuicio que no implica una pérdida de dinero*", es decir, que no supondría para Dña. Laura ninguna consecuencia pecuniaria o disminución de su patrimonio⁶⁷. Al no poder evaluarse con dinero es más complicado, pues debe ser el juez quién lo delimite equitativamente. En la STS de 23 de julio de 2001⁶⁸, los daños morales se manifiestan como "*secuelas en el plano emocional que le afectan en el ámbito familiar y social, en definitiva, en la relación que mantiene con su entorno.*" De este modo, la reparación sobre ese daño solo podrá ser aproximada, mientras que si el daño es producto de la lesión de derechos se presume de forma implícita.

4.2.2 DIFICULTAD DE CUANTIFICAR LOS DAÑOS DERIVADOS DE TAL VULNERACIÓN.

En lo atinente a la cuantificación económica de los daños y perjuicios derivados de la lesión del derecho fundamental a la libertad religiosa, principalmente, se trata ésta de una cuestión bastante compleja. En ese sentido se ha de considerar, tanto el daño moral en sí, como los daños y perjuicios derivados, entre los que se encuentran los materiales, como podrán ser las consultas médicas, el lucro cesante derivado de la pérdida del puesto de trabajo, etc...

En este caso, se debe atender a las pérdidas ocasionadas, en principio, por las sanciones que se le hayan impuesto, y, más adelante, la ausencia de remuneración económica que supuso el despido. El lucro cesante requiere "*que el órgano realice cálculos sobre proyecciones futuras empleando datos probables, carentes de certeza.*"⁶⁹ Es este sentido, la LJS exige que se aporten las bases y los elementos empleados para fijar la cantidad que se demanda, de no hacerlo se puede denegar la pretensión.

En el momento que se declare que existe una vulneración de derechos fundamentales, el juez debe pronunciarse sobre la cuantía de la indemnización, valorando el daño moral unido a la lesión del derecho, así como los daños y perjuicios adicionales que originados por la discriminación. En el caso de que la prueba del importe exacto sea costosa o difícil, para resarcirla y reestablecerse en la medida que se pueda el Tribunal resolverá sobre la cuantía con prudencia, así lo recoge el artículo 183⁷⁰ de la LJS. Todo ello, del mismo modo, con la finalidad de prever un daño mayor.⁷¹

⁶⁷ Véase NAVARRO ESPIGARES, J.L., MARTÍN SEGURA J.A., *Valoración económica del daño moral*, Consejo Económico y Social, Madrid, 2008, pp. 49 y ss.

⁶⁸ RJ 2001/8027.

⁶⁹ Véase MANEIRO VÁZQUEZ, Y.: "El derecho a la indemnización", *Revista Derecho*, Volúmen 22, númext.:245-263,2013, pp. 250 y ss.

⁷⁰ En lo concerniente a la indemnización, el artículo 183 de LJS reza así "*1. Cuando la sentencia declare la existencia de vulneración, el juez deberá pronunciarse sobre la cuantía de la indemnización que, en su caso, le corresponda a la parte demandante por haber sufrido discriminación u otra lesión de sus derechos fundamentales y libertades públicas, en función tanto del daño moral unido a la vulneración del derecho fundamental, como de los daños y perjuicios adicionales derivados.*

Consideramos que, en este caso, debe atenderse a la atención médica que Dña. Laura ha tenido que recibir, el diagnóstico de la depresión, la medicación que conlleva, etc. Y, en definitiva, todo lo que esto supone para una persona a la que, a nuestro modo de ver, injustamente se le ha arrebatado su puesto de trabajo por motivos religiosos y además, causando en ella un grave daño psicológico. De alguna manera hay que, por lo menos, intentar resarcir ese daño, aunque, obviamente, eso no suponga la reparación del mismo. Al menos, supondría un reconocimiento de que se ha causado esa lesión y la consiguiente reparación, aunque sea ésta simbólica

4.2.3. CAUCE PROCESAL PARA LA DEMANDA DE DAÑOS Y PERJUICIOS.

Respeto a la cuestión de si esta pretensión debe incluirse en otra demanda, como previamente se ha mencionado, en atención a los artículos 26.2 y 184 de la LJS, ya mencionados, no se aplica el procedimiento de tutela de derechos fundamentales previsto en el capítulo XI de la LJS, si no que se resolverá en el la modalidad del despido. A la misma se acumulará la pretensión de tutela de los derechos vulnerados⁷². En base a lo cual Dña. Laura no debe interponer otra demanda por daños y perjuicios psicológicos, como nos plantea la segunda cuestión del supuesto, por lo que no sería jurídicamente oportuna, siempre que nos refiramos a resolverlo en otro proceso distinto. Sin embargo, sí es oportuno que acuda a la tutela del capítulo XI de la LJS. Debe, así, resolverse mediante una única acción procesal, que será la del despido, mediante la cual también se solicitará la tutela de los derechos fundamentales lesionados.

En base a todo lo anterior, en una demanda de despido donde las acciones impuestas por, en este caso, la trabajadora implican que se invoque una lesión de derechos fundamentales y libertades públicas, ésta última se resolverá en el proceso propio del despido, eso sí, con todas las reglas y garantías previstas para la tutela de tales derechos en el 178.2 de la LJ. Entre estas garantías propias nos encontramos con las de carácter preferente, debe citarse al Ministerio Fiscal (que velará por la integridad en la reparación de las víctimas), se invierte la carga de la prueba y hay acceso al recurso de suplicación.

En lo que atañe a la legitimación, podrá invocar la tutela el trabajador que considere lesionado su derecho. De igual manera, podrán presentarse como partes coadyuvantes aquellas entidades entre cuyos fines se encuentren la promoción y defensa de los intereses lesionados. Dicho lo cual, se entiende que la ADVI podría acudir, pero sólo con el consentimiento de Dña. Laura. La interesada podrá interponer la acción contra el

2. El tribunal se pronunciará sobre la cuantía del daño, determinándolo prudencialmente cuando la prueba de su importe exacto resulte demasiado difícil o costosa, para resarcir suficientemente a la víctima y restablecer a ésta, en la medida de lo posible, en la integridad de su situación anterior a la lesión, así como para contribuir a la finalidad de prevenir el daño.

3. Esta indemnización será compatible, en su caso, con la que pudiera corresponder al trabajador por la modificación o extinción del contrato de trabajo o en otros supuestos establecidos en el Estatuto de los Trabajadores y demás normas laborales.

4. Cuando se haya ejercitado la acción de daños y perjuicios derivada de delito o falta en un procedimiento penal no podrá reiterarse la petición indemnizatoria ante el orden jurisdiccional social, mientras no se desista del ejercicio de aquella o quede sin resolverse por sobreseimiento o absolución en resolución penal firme, quedando mientras tanto interrumpido el plazo de prescripción de la acción en vía social.”

⁷¹ Véase VVAA.: *Memento Práctico. Social*, Lefevre-El derecho, Madrid, 2017, pp.1358 y ss.

⁷² Véase acerca de la tutela de derechos fundamentales y libertades públicas en el orden social VVAA.: *Memento Práctico. Social*, Lefevre-El derecho, Madrid, 2017, pp.1355 y ss.

empresario así como contra cualquier sujeto responsable, sin importar la relación que le una a la empresa. Está facultada también la víctima para elegir la clase de tutela a la que quiere acudir.

Del mismo modo, en el supuesto de declararse la nulidad, como consecuencia de una violación de derechos fundamentales, la reclamación de la indemnización adicional por daños y perjuicios cabe junto con la acción del despido en virtud de los artículos 26.2 y 184 de la LJS

4.3. CONCLUSIÓN.

En definitiva, el acoso moral en el trabajo se considera un tipo de hostigamiento que requiere una reiteración en el tiempo, persistencia, que haya un líder, y demás requisitos que, atendiendo a los datos que nos aporta el supuesto de hecho y el poco tiempo que se tarda en despedir a la trabajadora tras haber decidido llevar el *hiyab*, no podemos dilucidar o afirmar que se trate de acoso moral o *moobing*. Sin embargo, esto no implica que no estemos ante una clara conducta de discriminación laboral, contra la cual en el empresario debe actuar, pues la ley así lo exige, y queda probado que se debe compensar o resarcir de alguna manera a la empleada, puesto que se le ha diagnosticado un gran daño psicológico en razón de estos hechos. El fundamento legal de esta pretensión lo encontramos en el capítulo XI de la LJS, en donde se encuentra la tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas en el orden social. Respecto al cauce procesal a seguir, no será el mencionado procedimiento especial de tutela, sino que deberá acumularse a la acción de despido, en atención a los artículos 26.2 y 184 de la LJS

5. MISMO SUPUESTO SI SE TRATASE DE USO DE NIKAB O BURKA

5.1. HIPOTÉTICA SITUACIÓN DE USO DE BURKA O NIKAB EN EL LUGAR DE TRABAJO

La tercera cuestión que se nos plantea es a hipotética situación que se daría si nos encontrásemos con el mismo caso, pero en lugar de *hiyab* estuviésemos hablando de un *nikab* o *burka*, que cubren todo el cuerpo salvo los ojos. Evidente, en este caso se observa que la situación cambia mucho.

Estamos hablando de un trabajo que requiere una uniformidad obligatoria, y, así como el hecho de cubrirse el pelo es irrelevante en la integridad y visión que tendremos del uniforme que llevan el resto de empleados, de tratarse de estos otros velos, se cubriría todo por completo. Esto supone la imposibilidad siquiera de llevar el uniforme, pues no hay forma de adaptarlo a un *burka* o un *nikab*. Otra cuestión fundamental a tener en cuenta es que, al cubrir el rostro totalmente, a pesar de que el *nikab* deja los ojos al descubierto, es imposible que ello permita la adecuada identificación de la persona, lo cual ya interfiere, incluso, en la seguridad pública. Lógicamente, no se puede tener empleados, y más de cara al público, a los que ni se pueda identificar. De este modo, es imposible que se adapten sus condiciones personales al puesto de trabajo, no es viable ese uso de símbolos religiosos. Más en este caso de uniformidad obligatoria, donde el uso de esa vestimenta responde a un criterio de imagen corporativa que se encuentra dentro de las facultades directivas del empresario, por lo cual no habría solución posible y existiría una imposibilidad de llevar a cabo esta actividad laboral.

A pesar de que no se ha dado un caso similar en España, podemos referirnos a alguna sentencia acerca del velo integral para hacernos a una idea de lo que podría ocurrir. Destaca la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª) del 14 de febrero

de 2013⁷³, que supone la anulación de una prohibición municipal de usar velo integral en determinados lugares público. En esta determinación se hace especial referencia al velo integral, que, al ocultar el rostro, puede incidir en la seguridad u orden público. Se hace referencia también a la jurisprudencia del TEDH, de la cual el TS extrae, entre otras conclusiones, que hay una inexistencia de consenso jurídico sobre el tema, y, a su vez, se da primacía en las sentencias a la regulación nacional correspondiente. En algunos casos con trascendencia mediática como el de Turquía o Francia se hace énfasis en la “*consagración del laicismo*” en sus constituciones. En pocas palabras, no encuentran pauta a seguir en la doctrina europea. Destaca la mención que hace a la Recomendación 1927 (2010) sobre Islam, Islamismo e Islamofobia, de 23 de junio de 2013, de la Asamblea Parlamentaria del Consejo, en la cual la Asamblea Parlamentaria hace peticiones a Ministros y además añade restricciones a la libertad religiosa que podrían justificarse en motivos como el que se da “*cuando las funciones públicas o profesionales de los individuos requieran su neutralidad religiosa o que su cara pueda verse*”. Si nos apoyamos en esto último, podríamos sustentar tal argumento y trasladarlo al uso de un *nikab* o *burka* en un ámbito laboral, está claro que por motivos profesionales, y más de cara al público, el rostro debe poder verse y permitir la identificación y así también la interacción, que el trabajo de Laura requiere, es fundamental que el rostro se vea, cosa que el *hiyab* no impide de ningún modo. Por otro lado, siendo el uniforme obligatorio, es de todo punto absurdo plantear que por motivos religiosos se cubra el mismo o directamente no se use, siendo requisito indispensable para desempeñar ese puesto de trabajo.

Por otro lado, continúa la STS refiriéndose a que la prohibición se quería extender a todo el espacio municipal “*donde se desenvuelve la vida de los ciudadanos*” esta limitación atiende al contraste cultural que implicaba el uso del velo, por lo que solo se sustenta en creencias personales, opiniones, y no en el derecho, vulnerando así el principio de legalidad. Del mismo modo el TS señala “*solo cuando se ha acreditado en sede judicial el peligro cierto en una sociedad democrática se pide invocar el orden público.*” De lo que, finalmente, extraemos que la medida era discriminatoria y vulneradora de derechos fundamentales, y no se observa ninguna finalidad, más allá que la de condenar a las mujeres que lo portasen a quedar recluidas en sus casas solo por motivos estéticos, políticos y todo ello movido por una clara animadversión hacia la religión musulmana. Aspectos todos ellos, que, en definitiva, están presente en todo momento en el caso que nos ocupa. A pesar de que Laura no porte un velo que la cubra entera, los motivos que llevan a los compañeros a apartarla y quejarse, y a la empresa a sancionarla hasta el despido son exactamente los mismos.

5.2. CONCLUSIÓN

En base a todo lo anterior descrito, consideramos que la suposición de esta hipótesis es inimaginable, pues el uso de velo integral en España es caso inexistente, y más en un ámbito laboral como en el que se desenvuelve el caso. Lógicamente en un trabajo que exige una uniformidad obligatoria para todos sus empleados y una interacción con los clientes es impensable la posibilidad de que una empleada pueda acudir cubriéndose el cuerpo completo, sin posibilidad ni siquiera de llevar uniforme visible, ni tampoco de identificar su rostro, lo que también entraña un peligro para el orden público. En definitiva, esto es una posibilidad que actualmente no cabe ni plantearse.

⁷³ Véase la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª) del 14 de febrero de 2013 (RJ 2013/2613).

6. MISMO SUPUESTO SI SE TRATASE DE CRUZ CRISTIANA O KIPPA JUDÍA.

6.1. HIPOTÉTICA SITUACIÓN DE USO DE CRUZ CRISTIANA O KIPPA JUDÍA EN EL PUESTO DE TRABAJO.

En esta cuarta pregunta que se nos plantea, sobre qué ocurriría si el símbolo religioso que se portase en el trabajo fuese una cruz o una kippa, la situación cambia mucho que en la anterior cuestión, pues aquí se trata de símbolos cuya incidencia o visibilidad es similar al *hiyab*, lo que cambia fundamentalmente es la religión que representan

En el supuesto de que, en lugar de tratarse de un *hiyab*, se tratase de una *kippa* judía, la cual, supone una injerencia en el uniforme similar a la del velo ya que cubre también parte de la cabeza, o de una cruz cristiana, debemos atender a los ejemplos o casos que ya se han dado. De todas formas, es de sobra conocido que ninguna de las religiones a las cuales representan estos dos símbolos sufre la persecución y discriminación que sufre la musulmana, al menos en nuestro estado, por lo que es de prever que cambie mucho la situación.

Un ejemplo de lo anterior lo ilustra el caso sobre el que se resuelve en la Sentencia del Tribunal de Justicia de Baleares, de 9 de septiembre de 2002⁷⁴, al que ya he hecho anteriormente una pequeña mención, aquí se entra a deliberar si un conductor que decide acudir a su trabajo con la cabeza cubierta por motivos religiosos, está en su derecho a hacerlo. El caso en cuestión estaba protagonizado por un conductor de autobús que acudía a trabajar con una gorra que no formaba parte del vestuario oficial. La determinación de la uniformidad compete al empresario, en defecto de pacto colectivo o individual *“salvo que atente a la dignidad y al honor del trabajador”*. Por lo que la empresa tenía derecho a exigir esa uniformidad, era un uso de gorra que en principio no estaba autorizado. EL TS señala que *“el empeño de llevar gorra mientras conduce el autobús no obedece a un mero capricho o al seguimiento de modas”* pues lo hace en señal de su fe judía, que considera necesario cubrirse la cabeza, como muestra de *“respeto a la divinidad”*. Ponderando así el derecho del empresario a dirigir su actividad y la libertad religiosa del empleado se llega a la conclusión de que el hecho de que se cubra la cabeza no afecta en nada a actividad laboral que desempeña, ni a la imagen de la empresa, ni tampoco a sus intereses. Lo que hace el empleado entra dentro de una esfera del derecho que supone una *“autodeterminación intelectual ante el fenómeno religioso”*.

Se debe tener en cuenta que el poder del empresario, aunque lo ateniende la determinación de la ropa le corresponda, no es absoluto, por lo que se deben ponderar, por un lado los intereses de la empresa, y, por otro, las creencias del empleado. En definitiva, se deliberó que, la prenda que cubría la cabeza del trabajador *“por respeto a la divinidad”*, no supone perjuicio alguno para la empresa, pues la actividad laboral no se ve afectada y lo fundamental siempre son los sentimientos religiosos del afectado.⁷⁵

Este caso, sin duda nos traslada al de Laura, pues en ambos se cubre la cabeza como gesto de devoción religiosa, y, del mismo modo, en los dos el hecho de cubrirse la cabeza no causa ningún perjuicio a la empresa ni a la actividad que ejerce el trabajador.

⁷⁴ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Islas Baleares (Sala de lo Social, Sección 1ª) nº457/2002 de 9 de septiembre (AS2003/2).

⁷⁵ Véase CAÑAMARES ARRIBAS, S.: "El empleo de simbología religiosa en España", en Osservatorio delle libertà ed istituzioni religiose, abril 2005, pp. 15 y ss.

Sin embargo, se les da un trato diferente, está claro que la razón es el trato discriminatorio que reciben los musulmanes y todo lo que atañe a su religión en España, y el hecho de que sea mujer tampoco la beneficia de cara a una posible discriminación por su atuendo y los motivos que lo justifican. Se trata por tanto, de supuestos de hecho casi idénticos al tratarse de dos empleados que acuden cubriéndose la cabeza al trabajo, por motivos religiosos, a pesar de tener un uniforme obligatorio que no incluye esas prendas, lo cual no supone ninguna injerencia en su actividad laboral. Sin embargo, el primero, el hombre judío no sufre burlas ni el ambiente laboral cambia del modo que lo hace en el caso de Laura. El motivo solo puede estar relacionado con la islamofobia.

En lo que atañe al uso del crucifijo en el ámbito laboral, si atendemos a la jurisprudencia europea puede ser contradictoria, como ocurrió con los casos de Nadia Eweida y el de Shirley Chaplin, las dos fueron despedidas por portar un crucifijo en horas de trabajo. Por su parte, en España su uso en un ambiente laboral está completamente normalizado.

En el caso de Nadia, recogido en la STEDH de 15 de enero de 2013⁷⁶ la Corte sostiene que *“los tribunales no respetaron el equilibrio entre el deseo de la demandante de manifestar sus creencias y el del empleador de proyectar una imagen corporativa determinada”*, estamos también ante un caso prácticamente idéntico al de Laura. Destaca aquí, en contraposición con el caso español que nos ocupa, que otros empleados portaban turbantes o el propio *hiyab* sin que supusiera un impacto negativo sobre la imagen de la compañía. Lo que prueba que dependiendo del país o la cultura en el que nos encontremos, aunque sea dentro de la misma Unión, unas religiones se encuentran en mayor desventaja que otras, pues cambia mucho la perspectiva que se tiene de ellas.

Con respecto al caso de Shirley, cuyo supuesto se recoge en la misma STEDH de 15 de enero de 2013 (pues las dos son demandantes en el mismo) trata el despido de la enfermera que alegó que quería dar testimonio de su fe cristiana mediante la exhibición de la cruz en horas de trabajo. El hospital alega en su defensa *“la protección de la salud o seguridad de sus pacientes”* y argumenta que la cruz *“podría entrar en contacto directo con una herida abierta”*. Lo cual aunque pueda sonar retorcido, podría ocurrir. Según el criterio del TEDH supone, efectivamente, una amenaza a la salud de los demás.

En definitiva, y atendiendo al pronunciamiento del TEDH, solamente se podría limitar la libertad religiosa que supone exhibir estos símbolos cuando afecten a seguridad pública o derechos de los demás.

De todos modos, está más que claro, que cuando los símbolos son musulmanes esos límites cambian, mientras que, en el caso de símbolos referentes a la religión católica, y, en menor medida, la judía nos encontramos con un rechazo mucho menor y mayor aceptación social. En gran medida, debido a que son las religiones que predominan en el continente y con mayor influencia, siendo la católica la oficial de muchos estados europeos, incluido el español. Parece complicado que esto no influya en el trato que se le dé a quienes porten sus símbolos, cuando hasta hace relativamente poco incluso era obligatorio portarlos y siguen estando presentes en muchos centros públicos. Sin duda, la diferencia de trato es abismal

6.2. CONCLUSIÓN.

⁷⁶ Caso Eweida y otros contra Reino Unido (TEDH 2013/12).

Respeto a la hipótesis del mismo supuesto de hecho, pero cambiando los símbolos que se portasen por la cruz cristiana y la *kippa* judía, estaríamos en teoría en casos prácticamente similares, por la injerencia que tienen estos símbolos religiosos en nuestro aspecto físico. De hecho, la *kippa* también tapa la cabeza, aunque no de la misma manera. Sin embargo, teniendo en cuenta los casos y la jurisprudencia que encontramos en nuestro país y en Europa, está claro que lo que finalmente se tiene en cuenta es la consideración que tengan las religiones representadas por los símbolos en el lugar donde se ejerza el trabajo, es más una cuestión de cultura y con implicaciones políticas, así lo vemos en el caso del TSJ de Islas Baleares, donde la cuestión del gorro se resuelve sin grandes incidentes, mientras que el uso de crucifijo en España está muy normalizado y no llama la atención. Por el contrario nos encontramos con casos de otros países, como el de Eweida o Shirley, en los que el uso de la cruz sí les supone grandes conflictos hasta llegar al TEDH. Por lo tanto, parece evidente que el problema no está en el símbolo en sí, sino en la religión o fe que represente y las implicaciones culturales que esto conlleve, lo cual, en nuestra opinión, resulta muy injusto y discriminatorio.

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

7.1. PÉRDIDAS OCASIONADAS A RAÍZ DE LA CAMPAÑA DE BOICOT A PRODUCTOS DE MACA S.A. POR PARTE DE LA ASOCIACIÓN POR LA DEFENSA DEL VELO: VÍAS PARA DEMANDAR.

Por su parte, MACA SA, ha estado siendo víctima durante este tiempo de una campaña de boicot a sus productos, dirigida por la “Asociación para la Defensa del Velo”, en adelante, ADV, campaña que les ocasiona un descenso en sus ventas de un cincuenta por ciento. Esto sin duda supone un gran perjuicio para la sociedad.

En vista de barajar las posibles vías para demandar a la ADVI debido a las pérdidas y al grave perjuicio causado, no solo económico, pues se entiende que al iniciar esa campaña se daña la imagen de la empresa al atribuirle la dichosa discriminación a trabajadores por motivos religiosos, lo cual afecta al buen nombre y reputación de MACA SA y a toda empresa, viéndose, por ello, su prestigio profesional lesionado, por lo cual debe contar con mecanismos de protección.

Sea cual sea la denominación “crédito comercial”, “prestigio mercantil”, o “reputación empresarial”, se trata de una expresión más amplia de la reputación económica, se debate si ésta forma parte del derecho al honor o es algo que deriva del mismo. En mi opinión, se debe englobar dentro del derecho al honor que MACA SA tiene como persona jurídica, considerándose como el “*derecho del empresario* (como persona jurídica, en este ejemplo) *en cuanto a su fama y crédito*”⁷⁷.

Por ello es importante que ese prestigio reciba una tutela, ya que, obviamente, sin ese prestigio o si éste se ve dañado, el éxito de la actividad comercial o económica lo hará también. De lesionarse la misma hay una incidencia directa en la reputación y los resultados de la actividad, así se refleja en esas pérdidas, de nada más y nada menos que, la mitad de ganancias que supone el boicot a los productos de MACA S.A. Además, la campaña de veto a sus productos, puede ocasionar en el futuro también un grave perjuicio e incluso obstáculos o frenos a su actividad o a la expansión de la misma.

⁷⁷ Así define la “reputación empresarial” RODRIGUEZ QUITIAN, A. M.: *El derecho al honor de las personas físicas*, Montecorvo, Madrid, 1996, pp. 153 y ss.

Una campaña pública de boicot hacia una marca, establecimiento o sociedad puede marcar a la misma para siempre, ejemplos manifiestos son los de Inditex o Coca Cola, pues, a pesar de que finalmente aquello no les suponga pérdidas importantes, el buen nombre de la marca se verá afectado siempre, y será por muchos asociado a la explotación laboral o al máximo desprecio por los derechos de los trabajadores.

En lo que atañe a las diferentes vías a las que podemos acudir, debe quedar claro que en este caso no estamos ante una práctica de competencia desleal, pues el boicot proviene de un tercero ajeno al mercado no empresario, y sin ningún ánimo de concurrencia en el mercado. No es una conducta anticompetitiva, pues la intención de la ADVI es dejar claro la discriminación que lleva a cabo, en su opinión, MACA SA a las personas con velo, es decir, a su colectivo. No hay en ningún momento ningún fin relacionado con la competencia porque la asociación no tiene fines mercantiles.

Por otro lado, las intromisiones ilegítimas en derechos de la personalidad encuentran tutela por judicial por la vía del artículo 1902 del CC, que atañe a la responsabilidad civil extracontractual⁷⁸, ésta sería una opción a tener en cuenta de no considerar que una persona jurídica sea titular del derecho al honor. Pues un sector de la doctrina niega que se pueda causar daño moral a una empresa y pueda por tanto ser titular del mismo, mientras que otro se posiciona por considerar que cuando una persona jurídica pierde el prestigio profesional y buen nombre, se entiende también que se ocasiona un daño moral. En este sentido las personas jurídicas son titulares de derecho al honor entendido como buen nombre o reputación.⁷⁹ Para lograr llegar a esta consideración ha tenido que ser la doctrina jurisprudencial la que considerase que las personas jurídicas ostentan estos derechos, a través de una larga evolución y de unas cuantas sentencias, entre las cuales destacan la histórica STS de 31 de marzo del 1930, Sala 1ª, en la cual da lugar el concepto de “honor mercantil” por vez primera. A partir de la misma se inicia esta doctrina. Más adelante sentencias como la STC negarían ese derecho a cualquier entidad que no fuese una persona física.

Finalmente destaca la STC 139/1995 del 26 de septiembre⁸⁰, en la cual se sigue manteniendo el concepto personalista del honor pero incluyendo a personas jurídicas. A tenor de la misma “*la persona física también puede ver lesionado su derecho al honor a través de la divulgación de hechos concernientes a su entidad, cuando la difamen o la haga desmerecer en la consideración ajena*” Aquí se cita la dicción original del artículo 7.7 de 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 imagen⁸¹ y reconoce que se lesiona ese honor “*cuando es agredida esa esfera de intereses organizados*” Refiriéndose a los intereses de los que goza la persona física como ente individual, los cuales difieren de

⁷⁸ A tenor del artículo 1902 del CC “*El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado.*”

⁷⁹ Véase CASADO ANDRÉS, B.: “El daño moral en las personas jurídicas” [http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4760-el-dano-moral-en-las-personas-juridicas/-/](http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4760-el-dano-moral-en-las-personas-juridicas/)

⁸⁰ En la mencionada STC 139/1995, de 26 de septiembre (RTC 1995\139) se sostiene que “*resulta evidente, pues, que, a través de los fines para los que cada persona jurídica privada ha sido creada, puede establecerse un ámbito de protección de su propia identidad y en dos sentidos distintos: tanto para proteger su identidad cuando desarrolla sus fines como para proteger las condiciones de ejercicio de su identidad, bajo las que recaería el derecho al honor. En tanto que ello es así, la persona jurídica también 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*”.

⁸¹ Publicado en «BOE» núm. 115, de 14/05/1982, en adelante LO 1/1982.

los de sus integrantes. Esta sentencia supone una nueva visión jurisprudencial del tema en cuestión. En definitiva, las personas jurídicas, en este caso la sociedad anónima MACA SA, son titulares de derechos fundamentales vinculados a sus propios fines.⁸²

De atenernos a la postura que sí reconoce a las personas jurídicas la titularidad del derecho al honor, éste encuentra su protección en la LO 1/1982, cuyo artículo 7, en su punto 7º reconoce como vulneración de derechos entre los que se incluye honor “*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.*” Apoyándose MACA S.A. en esta redacción, podrá atenerse al mismo como fundamento para la demanda a la ADVI, pues mediante la campaña de boicot de alguna forma se le imputan hechos a la empresa que lesionan su dignidad y menoscaban su fama y estimación, siendo causadas, a raíz de la misma campaña, unas pérdidas de un 50%.

En el artículo 9⁸³ de la LO 1/1982, se encuentran las vías mediante las cuales se puede poner fin a la intromisión ilegítima alegada y entre ellas se encuentran la del restablecimiento, que en este caso se produciría con el cese o abstención de la conducta,

⁸² En VERA SANTOS, J.M.: *Las personas jurídicas como titulares del derecho al honor en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998, pp.22 y ss., el autor llega a la conclusión de que varias sentencias han ido definiendo este derecho de la forma señalada, pues no hay una norma que lo reconozca de forma expresa, tales como STC 137/1985, STC 241/1992, STC 34/1994, STC 52/1995, etc...

⁸³ Acudiendo al artículo 9 de 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 imagen*, donde encontramos las medidas de las que disponemos para reestablecer el daño al honor causado, que son las siguientes: “1. *La tutela judicial frente a las intromisiones ilegítimas en los derechos a que se refiere la presente Ley podrá recabarse por las vías procesales ordinarias o por el procedimiento previsto en el artículo 53.2 de la Constitución. También podrá acudir, cuando proceda, al recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.*

2. *La tutela judicial comprenderá la adopción de todas las medidas necesarias para poner fin a la intromisión ilegítima de que se trate y, en particular, las necesarias para:*

a) *El restablecimiento del perjudicado en el pleno disfrute de sus derechos, con la declaración de la intromisión sufrida, el cese inmediato de la misma y la reposición del estado anterior. En caso de intromisión en el derecho al honor, el restablecimiento del derecho violado incluirá, sin perjuicio del derecho de réplica por el procedimiento legalmente previsto, la publicación total o parcial de la sentencia condenatoria a costa del condenado con al menos la misma difusión pública que tuvo la intromisión sufrida.*

b) *Prevenir intromisiones inminentes o ulteriores.*

c) *La indemnización de los daños y perjuicios causados.*

d) *La apropiación por el perjudicado del lucro obtenido con la intromisión ilegítima en sus derechos.*

Estas medidas se entenderán sin perjuicio de la tutela cautelar necesaria para asegurar su efectividad.

3. *La existencia de perjuicio se presumirá siempre que se acredite la intromisión ilegítima. La indemnización se extenderá al daño moral, que se valorará atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se tendrá en cuenta, en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido.*

4. *El importe de la indemnización por el daño moral, en el caso de los tres primeros apartados del artículo cuarto, corresponderá a las personas a que se refiere su apartado dos y, en su defecto, a sus causahabientes, en la proporción en que la sentencia estime que han sido afectados. En los casos del artículo sexto, la indemnización se entenderá comprendida en la herencia del perjudicado.*

En el caso del apartado cuatro del artículo cuarto, la indemnización corresponderá a los ofendidos o perjudicados por el delito que hayan ejercitado la acción. De haberse ejercitado por el Ministerio Fiscal, éste podrá solicitar la indemnización para todos los perjudicados que hayan resultado debidamente identificados y no hayan renunciado expresamente a ella.

5. *Las acciones de protección frente a las intromisiones ilegítimas caducarán transcurridos cuatro años desde que el legitimado pudo ejercitarlas.”*

o la vía del resarcimiento del daño provocado a través de la indemnización que corresponda.

En casos así, la declaración de responsabilidad civil y por lo tanto la indemnización sueña ser lo más servicial. Al haberse lesionado el honor de la empresa se deriva de ello que hay un daño indemnizable, que habrá que cuantificar. Mientras que el daño patrimonial es muy fácil de probar aportando documentos contables y demás, en este caso, los beneficios han caído hasta la mitad, son unas pérdidas notorias. Por su parte, cuantificar el daño que supone lesionar el buen nombre de la empresa ya es una cuestión mucho más compleja. Se debe tener en cuenta además de esos daños patrimoniales reales y efectivos y además, los potenciales, es decir, cómo va a afectare este ataque a la actividad de la sociedad en el futuro⁸⁴. Es de destacar además, que, no solo basta con una simple crítica para dañar el honor, sino que tiene que ir más allá, lo que con el boicot a MACA es obvio, pues se inicia una campaña de boicot que no es más que una campaña de desprestigio, con ese mismo fin, empujando a que la gente deje de comprar sus productos y, por consiguiente, las pérdidas que esto ocasiona durante ese tiempo son del 50%, en solo unas semanas.

Por otro lado, respecto a esa intromisión, si son veraces las acusaciones que se vierten, un sector de la doctrina considera que exime de responsabilidad a quien las realiza, pero debe atenderse también al contexto. En el caso de MACA SA, mientras no se ha probado que ese despido no fuese procedente, ya se ha causado un grave perjuicio económico y al buen nombre de la empresa.

7.2. CONCLUSIÓN.

Desde nuestro punto de vista, una sociedad o empresa sí es titular del derecho al honor. Está claro que el buen nombre o la reputación mercantil de la misma se pueden ver seriamente afectados por acciones o campañas de terceros en su contra. Así se ha demostrado con muchos ejemplos de casos en los que la reputación de una empresa ha quedado marcada para siempre por campañas del tipo de la que realiza ADVI. Sin embargo, también consideramos que, como asociación que se dedica a defender a su colectivo, entre sus funciones está luchar contra empresas que discriminan a personas por procesar su religión y mostrarlo en público. Siendo cierto que se ha dado esa discriminación, no se observa un comportamiento delictivo en llamar al boicot a una empresa que actúa de ese modo, por mucho que las pérdidas hayan sido grandes. Se entiende que están en su derecho de quejarse de una conducta vulneradora de derechos fundamentales y ayudar así a una compañera. Por lo tanto MACA S.A. está en su derecho de interponer las acciones previstas en la LO 1/82, pero no se prevén muchas perspectivas de éxito, más si finalmente se declara que ha habido una conducta discriminatoria y vulneradora de derechos fundamentales hacia una de sus empleadas.

8. CONCLUSIÓN FINAL.

De acuerdo con las conclusiones que hemos ido adelantando a lo largo de todo el informe, podemos concluir que en el supuesto analizado se produce un claro caso de trato discriminatorio por motivos religiosos en el trabajo, lo que implica una clara vulneración del derecho a la libertad religiosa de Dña. Laura, recogido en el artículo 16 de la CE. Sin embargo, ella decidió interponer una demanda por despido improcedente, cuando lo correcto hubiera sido solicitar la nulidad del despido, por ser éste vulnerador

⁸⁴ Véase GÓMEZ GARRIDO, J.: “Derecho al honor y persona jurídica- privada”, *Redur*, núm.8, 2010, pp. 214 y ss.

de sus derechos fundamentales. Por otra parte, el daño moral derivado de la lesión de sus derechos, faculta a Dña. Laura acudir a la tutela especial de la que gozan estos derechos en la LJS. De ser así, la correspondiente demanda por daños y perjuicios debe acumularse a la propia acción de despido, así se prevé en la LJS.

Por otro lado, hemos analizado qué ocurriría de producirse el mismo supuesto de hecho, pero siendo otro el símbolo religioso objeto de controversia. Parece evidente que de tratarse de un burka o un *nikab* sería impensable la sola posibilidad de poder llevar a cabo el trabajo normalmente. Ni siquiera sería posible adaptarlo al uniforme, además de poder suponer un posible riesgo para el orden público, debido a la imposibilidad de identificar a la persona que lo lleva. De todos modos, ha de tenerse en cuenta que el uso de dicho atuendo en nuestro país es casi inexistente, por lo cual es una opción más inusual. En el caso de que se tratase de una cruz cristiana o *kippa* judía y según se ha visto, su uso y presencia en nuestra cultura está mucho más aceptado, sobre todo primero de ellos, ya que, su incidencia a efectos de alterar el uniforme en los trabajos en los que se éste se exige es mínima y, por otra parte, la tradición cultural y religiosa en nuestro país provoca que el posible rechazo a la utilización de un crucifijo cristiano en el trabajo sea casi inexistente. Todo ello nos conduce a la conclusión de que hay un importante elemento cultural que condiciona el efecto que puede tener sobre la sociedad el hecho de que determinadas personas decidan utilizar símbolos de carácter religioso identificadores de su fe. En ese sentido, la utilización de prendas como el velo islámico, objeto principal del supuesto aquí planteado, genera mayor reticencia que los elementos propios de otras religiones. Esta actitud se ha intensificado debido, por ejemplo, al incremento de los movimientos migratorios que han derivado en una gran afluencia a nuestro país de musulmanes, sobre todo en algunas comunidades autónomas, así como a los actos terroristas en desde hace unos años están protagonizando personas que se identifican con esta religión, situaciones éstas que han provocado en muchos casos que surjan actitudes de rechazo y xenofobia.

Desde otro punto de vista, también planteado en este trabajo, la empresa MACA S.A. sufre unas graves pérdidas a raíz de una campaña de boicot a sus productos promovido por la ADVI, y decide, por ello, iniciar acciones legales. Consideramos que tiene derecho a la tutela y a acudir a las acciones previstas en defensa de su honor y buena reputación mercantil en la LO 1/82. Sin embargo, esta opción no tendría muchas perspectivas de éxito, puesto que no se considera delictivo que una asociación lleve a cabo estas campañas, ya que, forman parte de su actividad. Más, teniendo en cuenta la posibilidad de ser declarados ciertos los hechos de discriminación religiosa, pues, de este modo tendría razón la ADVI en sus argumentos. De modo que, el haber defendido la asociación el derecho de portar el velo en el trabajo y señalado que la empleada haya sido discriminada y despedida por ese simple motivo, fue lo que motivó la campaña de boicot. De todas formas, cabe destacar que, como persona jurídica tiene derecho al honor y al buen nombre.

En definitiva, analizados todos los hechos expuestos a lo largo del trabajo, podemos concluir que, se observa una clara discriminación hacia la trabajadora de MACA S.A. tras haber decidido portar el *hiyab* en el trabajo, pero los cauces legales que sigue no son los correctos, mientras que MACA S.A. no tiene muchas opciones si finalmente se prueba esa discriminación.

9. BIBLIOGRAFÍA.

- BALLESTER PASTOR, M.A., *Guía sobre el acoso moral*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2006.
- CAÑAMARES ARRIBAS, S.: "El empleo de simbología religiosa en España", en Osservatorio delle libertà ed istituzioni religiose, abril 2005.
- CASADO ANDRÉS, B.: "El daño moral en las personas jurídicas". <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4760-el-dano-moral-en-las-personas-juridicas/> (Fecha de consulta: 09/05/2017)
- GARCÍA URETA, A.: "El velo islámico ante los tribunales británicos. Comentario a The Queen on the application of SB v. Headteacher and Governors of Denbigh High School, Sentencia de la Court of Appeal (Civil Division)", de 2 de marzo de 2005.", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 666/, Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor, 2005.
- GOERLICH PESET, J.M.: *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores. Libro Homenaje a Tomás Franco.*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- GÓMEZ GARRIDO, J.: "Derecho al honor y persona jurídica- privada", *Redur*, núm.8, 2010.
- MANEIRO VÁZQUEZ, Y.: "El derecho a la indemnización", *Revista Dereito*, Vol. 22, númext.:245-263,2013.
- NAVARRO ESPIGARES, J.L., MARTÍN SEGURA J.A., *Valoración económica del daño moral*, Consejo Económico y Social, Madrid, 2008.
- PÉREZ AMOVÓS, F.: *La extinción del contrato de trabajo*, Bomarzo, Albacete, 2006.
- RODRIGUEZ QUITIAN, A. M.: *El derecho al honor de las personas físicas*, Montecorvo, Madrid, 1996.
- SERRANO OLIVARES, R.: *El acoso en el trabajo*, Consejo Económico y Social, Madrid, 2005.
- TAPIA BALLESTEROS, P.: *La discriminación laboral: análisis del artículo 314 del Código Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.
- TERRADILLOS ORMAETXEA, E.: *El poder disciplinario empresarial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- VERA SANTOS, J.M.: *Las personas jurídicas como titulares del derecho al honor en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998.
- VVAA.: *La protección de derechos fundamentales en el orden social*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005.
- VVAA.: *Memento Práctico. Social*, Lefevre-El derecho, Madrid, 2017.

10. APÉNDICE JURISPRUDENCIAL.

1. Tribunal Constitucional

Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 104/1987 de 17 de junio de 1987 (1987/104).

Sentencia del Tribunal Constitucional 266/1993 de 20 de septiembre de 1993(RTC 1993/266).

Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 7/1993 de 18 de enero de 1993 (1993/7).

Sentencia del Tribunal Constitucional 139/1995 del 26 de septiembre de 1995 (RTC 1995/139).

Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 204/1997, Sala Primera, de 25 de noviembre de 1997(RTC 1997/204).

Sentencia del Tribunal Constitucional 41/2006 de 13 de febrero de 2006(RTC 2006/41).

Sentencia del Tribunal Constitucional 138/2006 de 8 de mayo de 2006 (RTC 2006/138).

Sentencia del Tribunal Constitucional 247/2006 de 24 de julio de 2006 (RTC 22006/247).

2. Tribunal Supremo

Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 1987 (RJ 1987/1134).

Sentencia del Tribunal Supremo del 9 de junio del 1987 (RJ 1987/5125).

Sentencia del Tribunal Supremo del 7 de julio del 1988 (RJ 1988/5774).

Sentencia del Tribunal Supremo del 19 de diciembre de 1988 (RJ 1988/9853).

Sentencia del Tribunal Supremo del 16 de enero de 1990 (RJ 1990/128).

Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 1990(RJ 1990/1222).

Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de mayo de 1990(RJ 1990/3992).

Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de abril de 1991(RJ 1990/3375).

Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de abril de 1991(RJ 1991/3387).

Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de mayo de 1991(RJ 1991/3916).

Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 2000 (RJ 2001/8027).

Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de julio del 2001 (RJ 2001/8027).

Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de julio de 2003 (RJ 2003/6941).

Sentencia del Tribunal Supremo del 14 de febrero de 2013(RJ 2013/2613).

3. Tribunales Superiores de Justicia

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid del 27 de octubre de 1997(AS 1997/3751).

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Islas Baleares, nº 457/2002 de 9 septiembre de 2002 (AS 2003/2).

4. Juzgados de primera instancia

Sentencia del Juzgado de lo Social de Palma de Mallorca, núm. 31/2017 de 6 de febrero de 2017(AS 2017/8).

5. Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de marzo de 2017 (TJCE 2017/23).

6. Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 29 de junio de 2004(TEDH 2004/46).

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 15 de enero de 2013 (2013/12).

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 26 de noviembre de 2015(TEDH 2015/129).