

Tribunal Superior de Justicia de La Rioja, Sala de lo Social, Sentencia 132/2017 de 22 Jun. 2017, Rec. 179/2017

Ponente: Muñoz Hurtado, María José.

Nº de Sentencia: 132/2017

Nº de Recurso: 179/2017

Jurisdicción: SOCIAL

Por sanidad alimentaria, la empresa puede obligar a una islámica a ocultar su velo bajo un gorro

DISCRIMINACIÓN RELIGIOSA EN EL TRABAJO. Es procedente el despido de una trabajadora musulmana de empresa comercializadora de champiñones, que pese a las múltiples advertencias de la empresa, se niega a meter su velo islámico de forma íntegra por debajo del gorro. La inobservancia de llevar gorro y bata puede conducir a una contaminación alimenticia, en tanto el champiñón es un producto muy poroso, y está establecido así por protocolo de seguridad impuesto a todos los trabajadores por igual. No hay discriminación directa o indirecta. La prohibición también alcanza al uso de capuchas de las sudaderas que queden fuera de la bata. Desobediencia reiterada y manifiesta de la empleada, que reincide en su actuación incluso después de incorporarse a su puesto tras haber sido sancionada por el mismo motivo.

El TSJ La Rioja desestima el recurso de suplicación interpuesto por la trabajadora, y confirmando la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3, declara procedente el despido disciplinario de la trabajadora.

T.S.J.LA RIOJA SALA SOCIAL

LOGROÑO

SENTENCIA: 00132/2017

C/ MARQUES DE MURRIETA 45-47

Tfno: 941 296 421

Fax: 941 296 595

NIG: 26089 44 4 2016 0001437

Equipo/usuario: MPF

Modelo: 402250

RSU RECURSO SUPLICACION 0000179 /2017

Procedimiento origen: DESPIDO/CESES EN GENERAL 0000464 /2016

Sobre: DESPIDO OBJETIVO

RECURRENTE/S D/ña Elsa

ABOGADO/A: ANTONIO GARCIA PETITE

PROCURADOR:

GRADUADO/A SOCIAL:

RECURRIDO/S D/ña: CULTIVOS RIOJAL, S.L., FONDO DE GARANTIA SALARIAL FOGASA , MINISTERIO FISCAL

ABOGADO/A: JOSE CARMELO ARRESE GARCIA, LETRADO DE FOGASA ,

PROCURADOR: , ,

GRADUADO/A SOCIAL: , ,

Sen t. Nº 132/17

Rec. 179/17

Ilma. Sra. D^a. M^a José Muñoz Hurtado. :

Presidenta. :

Ilmo. Sr. D. Cristóbal Iribas Genua. :

Ilma. Sra. D^a Mercedes Oliver Albuerne. :

En Logroño, a veintidós de junio de dos mil diecisiete.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja, compuesta por los Ilmos. Sres. citados al margen y

EN NOMBRE DEL REY

Ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación nº 179/17 interpuesto por Elsa asistido del Abogado D. Antonio García Petite, contra la sentencia núm.117/17 del Juzgado de lo Social núm. Tres de La Rioja de fecha veintiocho de marzo de dos mil diecisiete y siendo recurrido CULTIVOS RIOJAL S.L., asistido del abogado D. Carmelo Arrese, I MINISTERIO FISCAL y FONDO DE GARANTÍA SALARIAL asistido del letrado de FOGASA, ha actuado como PONENTE LA ILMA. SRA. D^{ña}. M^a José Muñoz Hurtado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRI MERO.- Según consta en autos, por Elsa se presentó demanda ante el Juzgado de lo Social nº Tres de La Rioja, contra CULTIVOS RIOJAL S.L., MINISTERIO FISCAL y FONDO DE GARANTÍA SALARIAL en reclamación de DESPIDO.

SEG UNDO.- Celebrado el correspondiente juicio, con fecha veintiocho de marzo de dos mil diecisiete, recayó sentencia cuyos hechos declarados probados y fallo son del siguiente tenor literal:

HECHOS PROBADOS:

PRI MERO.- La demandante venía prestando sus servicios por cuenta y órdenes de la demandada con una antigüedad del 8.07.2015, categoría profesional de peón y salario bruto diario de 44'92 € (ipp): todo ello en virtud de contrato de trabajo indefinido y a tiempo completo suscrito el 1.02.2016.

Desde el 16.05.2016 disfrutaba de una reducción de jornada por guarda legal, pasando a realizar una jornada semanal de 35 horas (87'5%). La retribución proporcional a esta jornada sería de 39'31 €/día (ipp).

SEG UNDO.- A la relación laboral existente entre las partes le es de aplicación el Convenio Colectivo de trabajo de la empresa Cultivos Riojal S.L. de Autol (La Rioja) para 2015-2017 (BOR nº 81 de 13.07.2016).

TER CERO .- La demandante ocupaba el puesto de peón de recolección de champiñón, producto a cuya comercialización se dedica la demandada.

CUARTO.- Con fecha 14.04.2016 la empresa le comunicó la imposición de sanción mediante carta del siguiente tenor literal:

« *Muy Sra Nuestra:*

En virtud de las facultades que ostenta la dirección de la empresa en el campo disciplinario y sancionador procede, en virtud del vigente Convenio Colectivo del Sector y equivalentes del Texto Refundido por el que se aprueba el Estatuto de los Trabajadores, comunicarle la imposición de sanción por FALTA GRAVE, por los hechos y circunstancias siguientes:

Cuando usted ingresó a trabajar en Cultivos Riojal, al igual que todo el personal nuevo, usted recibió la formación en prevención de riesgos laborales de su puesto de trabajo, así como el manual de acogida de la empresa. En dicho manual dice claramente El uniforme se debe llevar completo y limpio. Para ello se entrega bata y gorros a cada persona. No se pueden llevar otras prendas encima de la bata SIEMPRE DEBAJO. La redecilla o gorro cubrirá totalmente el pelo y será la misma para TODO EL PERSONAL .

La obligatoriedad de que la bata y el gorro sean las prendas más externas del uniforme, nos viene marcada por nuestra certificación del sistema de calidad, ya que trabajamos con alimentos, y son en virtud de evitar cualquier tipo de contaminación alimentaria todo en pro de la seguridad alimentaria.

La inobservancia de esta norma, puede conllevar la contaminación de una gran cantidad de champiñón, ya sea por un pelo, por restos de perfume u otros elementos ajenos al propio champiñón, pudiendo provocar la pérdida de gran cantidad de champiñón si se detecta en los controles de la empresa, e incluso algo peor, una alerta sanitaria si ese champiñón sale de la fábrica.

En Riojal trabajan muchas operarias Árabes, muchas de las cuales, al igual que usted, usan velo. Sin embargo, todas ellas, se quitan el velo para trabajar, o se cubren el velo totalmente con el gorro obligatorio.

Por el contrario, usted, pese a los múltiples requerimientos de las encargadas y jefe de cultivo, sigue presentándose en su puesto de trabajo con un velo que sale por fuera del gorro, cubriéndole la totalidad del cuello. Se le ha pedido por favor, que el gorro le cubra todo el velo, pero usted hace caso omiso a las indicaciones, y sigue llevando el velo por fuera del uniforme obligatorio.

El pasado martes día 15 D. Nicolas , Director técnico de la empresa, le llamó al despacho y le pidió por favor que se metiese el velo por dentro del gorro, o que se lo quitase, para cumplir las normas de la empresa al igual que el resto de sus compañeras, ante lo cual su respuesta fue no me voy a quitar el velo, no puedo, y debo cubrirme todo el cuello . D. Nicolas le explicó que de no quitarse el velo o metérselo íntegramente por dentro del gorro, se vería obligado a tomar medidas más drásticas, ante lo cual su respuesta fue: No me puedo quitar el velo, asumiré cualquier decisión .

Dicho todo esto, y ante su negativa, ya no a quitarse el velo, sino simplemente a ocultarlo plenamente dentro del gorro, la empresa se ve obligada a sancionarla, con el simple objetivo que cambie su conducta.

Es obligación de la empresa velar por el cumplimiento de las normas, mucho más cuando está en juego la seguridad alimentaria.

Que tales hechos suponen un incumplimiento contractual y una infracción GRAVE tipificada en el art. 36.f del Convenio de cultivo de champiñón y otros hongos la desobediencia a los superiores en cualquier materia de trabajo, siempre que la orden no implique condición vejatoria para el trabajador y entrañe riesgo para la vida o la salud, tanto de él como de otros trabajadores , y de la letra c) del mismo precepto, que dice: No prestar la diligencia o la atención debidas en el trabajo encomendado, que pueda suponer riesgo o perjuicio de cierta consideración para el propio trabajador, sus compañeros, la empresa o terceros . Hecho sancionado en el artículo 38.b) del citado convenio con suspensión de empleo y sueldo entre 1 y 15 días. (Falta grave también tipificada en el artículo 31.f) y c) del vigente convenio colectivo propio de la empresa Riojal, y sancionada del mismo modo en el artículo 33.b del citado convenio colectivo de empresa)

Que siendo usted responsable de dichos hechos, haciendo uso de las facultades disciplinarias que le ordenamiento laboral le otorga al empresario el acuerdo de imponerle la sanción consistente en suspensión de empleo y sueldo de 15 días.

La sanción será efectiva entre el 15 de Abril y el 29 de Abril de 2016, ambos días incluidos.

Lo que le trasladamos para su conocimiento y efectos ».

La actora cumplió la sanción en las fechas previstas.

QUINTO.- Con fecha 11.07.2016 la empresa le comunicó su despido mediante carta del siguiente tenor literal:

« *Muy Sra Nuestra:*

En virtud de las facultades que ostenta la dirección de la empresa en el campo disciplinario y sancionador procede, en virtud del vigente Convenio Colectivo del Sector y equivalentes del texto Refundido por el que se aprueba el

Estatuto de los Trabajadores, comunicarle la imposición de sanción por FALTA MUY GRAVE por los hechos y circunstancias siguientes:

Cuando usted ingresó a trabajar en Cultivos Riojal, al igual que todo el personal nuevo, usted recibió la formación en prevención de riesgos laborales de su puesto de trabajo, así como el manual de acogida de la empresa. En dicho manual dice claramente El uniforme se debe llevar completo y limpio. Para ello se entrega bata y gorros a cada persona. No se debe llevar otras prendas encima de la bata SIEMPRE DEBAJO. La redecilla o gorro cubrirá totalmente el pelo y será la misma para TODO EL PERSONAL .

La obligatoriedad de que la bata y el gorro sean las prendas más externas del uniforme, nos viene marcada por nuestra certificación del sistema de calidad (Global-Gap), ya que trabajamos con alimentos, y son en virtud de evitar cualquier tipo de contaminación, todo en pro de la seguridad alimentaria.

La inobservancia de esta norma, puede conllevar la contaminación de una gran cantidad de champiñón, ya sea por un pelo, por restos de perfume u otros elementos ajenos al propio champiñón, pudiendo provocar la pérdida de gran cantidad de champiñón si se detecta en los controles de la empresa, e incluso algo peor, una alerta sanitaria si ese champiñón sale de la fábrica.

En Riojal trabajan muchas operarias Árabes, muchas de las cuales, al igual que usted usan velo fuera del horario de trabajo. Sin embargo, todas ellas se presentan a su puesto de trabajo cumpliendo las normas de vestuario y seguridad alimentaria, bien cubriendo esa prenda con el gorro reglamentario, o directamente no usándolo en las horas de trabajo. La empresa no tiene ninguna intención de que usted deje de usar velo, siempre y cuando dicha prenda sea cubierta completamente por el gorro, tal y como marcan nuestras normas.

Por el contrario, usted, pese a los múltiples requerimientos de las encargadas y jefe de cultivo, sigue presentándose en su puesto de trabajo con prendas (velo) que sale por fuera del gorro, cubriéndole la totalidad del cuello. Independientemente de que las normas de la empresa dejan muy claro que las prendas más externas deben ser el gorro y la bata, tanto las encargadas como los responsables del cultivo le han pedido por favor, que no lleve ninguna prenda por fuera de la bata y del gorro, pero usted sigue haciendo caso omiso a las indicaciones de ellos.

Usted ya fue sancionada con una falta grave el pasado 14 de Abril, con suspensión de empleo y sueldo de 15 días por estos mismos hechos. Sin embargo, y pese a la sanción impuesta, usted sigue llevando prendas que sobresalen del gorro y la bata reglamentarios, que le cubren totalmente la cabeza y el cuello, sobresaliendo por fuera del gorro obligatorio de trabajo. Por lo que sigue incumpliendo las normas de la empresa, no teniendo en cuenta que trabajamos con alimentos, y está usted poniendo en riesgo no solo a los clientes de la empresa, sino la salud de los consumidores.

Trabajamos con alimentos, estamos certificados en Global-Gap, certificación del sistema de calidad que exige una vestimenta y unos cuidados higiénicos en pro de la seguridad alimentaria.

No tenemos nada en contra de que use velo fuera de las horas de trabajo, como hacen el resto de trabajadoras que usan velo, ni tampoco nos importa que lo lleve durante su jornada de trabajo, siempre y cuando dicho velo sea totalmente cubierto por el gorro.

Tras la sanción impuesta el pasado 14 de Abril, usted ha vuelto a trabajar los días 30 de Abril al 3 de Junio (día en que cogió las vacaciones de verano). Durante todos estos días, usted ha vuelto a trabajar con prendas que le sobresalían del gorro y bata de trabajo. Tanto las encargadas de línea, como el propio jefe de cultivo (D. Sebastián) e incluso el Director Técnico D. Nicolas le han pedido por favor que cumpliera las normas de vestuario, ante lo cual usted respondió que no lo iba a hacer. D. Nicolas le advirtió que estaba usted desobedeciendo a sus superiores e incumpliendo las normas de la empresa, por lo que le pidió que se marchase a su casa, y por favor, volviese al día siguiente sin el velo. Usted volvió a trabajar el sábado día 14 de Mayo, y los días siguientes incumpliendo nuevamente las normas, con prendas que sobresalían por fuera del gorro y la bata.

Además, el martes 17 de Mayo, cuando la encargada D^a Raquel le pidió que cumpliera las normas de vestimenta, usted le contestó que no lo iba a hacer, y le amenazó con ir a la Guardia Civil en caso de que no la dejase en paz.

Trabajamos con alimentos, y estamos certificados en Global-Gap, certificación del sistema de calidad que exige una vestimenta y unos cuidados higiénicos en pro de la seguridad alimentaria.

No tenemos nada en contra de que use velo fuera de las horas de trabajo, como hacen el resto de trabajadoras que

usan velo, ni tampoco nos importa que lo lleve durante su jornada de trabajo, siempre y cuando dicho velo sea totalmente cubierto por el gorro.

Por si todo lo anterior no fuese suficiente, quiero destacar que en la certificación Global-Gap de este año, pasada con la empresa auditora SGS, y más concretamente por el auditor D. Victoriano el pasado 10 de Marzo de 2016, nos llamó la atención porque había una chica a la cual el pelo le salía ligeramente por fuera del gorro. No llegó a abrirnos no conformidad por ello, pero sí que nos lo dijo, y nos pidió que tuviésemos cuidado, pues todo lo que se refleja en el manual de calidad y buenas prácticas debe cumplirse escrupulosamente, entre todo lo que pide hace incapié en que la bata y el gorro deben ser las últimas prendas a la vista.

Hoy día 11 de Julio, usted se ha incorporado a su puesto de trabajo tras disfrutar su período vacacional a, y lo ha vuelto a hacer incumpliendo las normas establecidas en la empresa, hecho por el cual ya fue sancionada y que usted sigue incumpliendo pese a las múltiples advertencias.

En el día de hoy, a las 8:30 de la mañana, el responsable de Cultivos Riojal, D. Jose Augusto se ha dirigido usted para recordarle que no puede llevar ninguna prenda que sobresalga del gorro reglamentario de trabajo, ante lo cual usted le ha contestado que no está de acuerdo, y que puede llevar la prenda que lleva aunque sobresalga del gorro reglamentario. El responsable del cultivo no ha querido entrar en discusión, le ha advertido que no lo puede llevar puesto, y ha comunicado su actitud a la dirección, la cual, ante su actitud, no tiene otro remedio que tomar medidas.

Visto todo esto, y ante su desobediencia continuada no solo ante las normas higiénicas de la empresa, sino también su continuada desobediencia en esta materia a las indicaciones de sus superiores, nos vemos obligados a tomar medidas más contundentes.

Que tales hechos suponen un incumplimiento contractual y una infracción MUY GRAVE tipificada en el artículo 31.I del Convenio Colectivo de cultivo de champiñón y otros hongos La desobediencia continuada o persistente . Hecho sancionado también como falta MUY GRAVE tipificada en el artículo 32.I del vigente convenio propio de empresa de Cultivos Riojal La desobediencia continuada o persistente . Hecho sancionado en el artículo 38.c del vigente convenio colectivo de empresa, con suspensión de empleo y sueldo de 16 a 90 días, o con despido disciplinario.

Del mismo modo, estos hechos constituyen una infracción GRAVE tipificada en el art. 36.c del Convenio de cultivo de Champiñón y otros hongos, que dice. No prestar la diligencia o la atención debidas en el trabajo encomendado, que pueda suponer riesgo o perjuicio de cierta consideración para el propio trabajador, sus compañeros, la empresa o terceros . En este caso, al ser la segunda vez que comete falta grave, habiéndole sancionado anteriormente por escrito, de acuerdo con lo estipulado en el Art. 37.p) del Convenio Colectivo de sector, existe reincidencia, por lo que la falta merece la calificación de MUY GRAVE.

Que siendo usted responsable de dichos hechos, haciendo uso de las facultades disciplinarias que el ordenamiento laboral le otorga al empresario, hemos adoptado el acuerdo de imponerle la sanción consistente en DESPIDO DISCIPLINARIO, que tendrá efectos desde el mismo día de recepción de la presente comunicación.

Lo que le trasladamos para su conocimiento y efectos ».

SEXTO.- La empresa tiene instaurada como norma que durante la ejecución de las labores de recolección y corte los trabajadores deben llevar puesta sobre su ropa de calle una bata que cubra ésta totalmente y un gorro que haga lo propio con todo el pelo. Si llevan barba o bigote deben llevar cubrebarbas.

Está prohibido llevar cualquier tipo de joyas (pendientes, anillos, relojes...) y cualquier tipo de esmalte en uñas.

Todos los trabajadores reciben formación específica al respecto y previo al inicio de su prestación de servicios se les hace entrega de manual acogida con la correspondiente información.

La empresa facilita a los trabajadores los gorros (desechables) y las batas de trabajo que deben llevar siempre dentro del recinto de fabricación y no sacarla fuera de las instalaciones salvo para su lavado. Tiene también a su disposición batas desechables, que pueden utilizar siempre que quieran y en todo caso cuando cambien de sala. Los vestuarios se ubican al lado de la nave de trabajo, para que puedan cambiarse antes y después de acceder a su puesto. Si en el tiempo de descanso van con la bata de trabajo al comedor deben cambiársela al regresar al trabajo.

SÉPTIMO.- En Marzo 16 visitó la empresa un auditor de empresa certificadora (Global GAP) que les advirtió

verbalmente sobre la contravención constatada de su normativa en materia de higiene, en concreto, que la ropa de algunos trabajadores sobresalía por fuera de la bata, apercibiéndoles de que de comprobarse continuaban tolerando esa situación, podrían perder esa certificación de calidad.

Se trataba de trabajadoras que llevaban velo islámico que les cubría también el cuello y la bata de trabajo no tapaba y de otras, con sudadera con capucha que llevaban por fuera de la bata.

Seguidamente el responsable de producción D. Sebastián reunió a las encargadas de línea para comunicarles la situación y la obligación desde entonces de cumplir escrupulosamente la antedicha norma, para que procedieran a corregir las contravenciones advertidas.

Las encargadas de línea se lo comunicaron así a las trabajadoras, lo que acataron todas excepto dos, la demandante y otra, pese a indicarles que podían seguir llevando el velo, si bien recogiendo todo por dentro del gorro, de forma que no quedara expuesta y sin protección la parte que cubre su cuello, lo que les reiteró el responsable de planta en reunión individual. Por la actora y en contestación se dijo entonces que esa era su vestimenta y no la iba a variar.

Reincorporada a la empresa después de cumplir la sanción impuesta, persistió en su conducta.

OCTAVO.- La actora no ostentaba cargo de representación de los trabajadores.

NOV ENO .- Con fecha 27.07.2016 se celebró el correspondiente acto previo a la vía jurisdiccional con el resultado de SIN AVENENCIA.

La actora había instado el mismo mediante papeleta presentada el 15.07.2016 en la que impugnaba su despido por nulo o subsidiariamente improcedente.

FALLO.- Que desestimando la demanda interpuesta por D^a Elsa contra la empresa CULTIVOS RIOJAL S.L., debo declarar y declaro procedente el despido disciplinario producido con efectos del 11.07.2016, absolviendo a la demandada de las pretensiones formuladas en su contra, sin costas.

TER CERO.- Contra dicha Sentencia se interpuso recurso de Suplicación, por Elsa , siendo impugnado de contrario. Elevados los autos a este Tribunal, se dispuso el pase de los mismos al Ponente para su examen y resolución.

CUA RTO.- En la tramitación del presente recurso se han observado todas las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO- D^a Elsa impugnó judicialmente el despido disciplinario de que fue objeto con efectos al 11/07/16 por la comisión de una falta muy grave de desobediencia tipificada en el Art. 31.1 del Convenio Colectivo de champiñón y otros hongos, interesando su calificación como nulo por vulnerar el derecho fundamental a la libertad religiosa, o subsidiariamente como improcedente, dictándose por el Juzgado de lo Social nº 3 sentencia desestimatoria de la demanda.

Discrepando de tal pronunciamiento, la trabajadora se alza en suplicación, articulando dos motivos de censura jurídica, encauzados procesalmente a través del apartado c del Art. 193 LRJS , en los que denuncia las siguientes infracciones normativas:

- Contravención, por indebida aplicación, del Art. 4.2.c ET , en relación con los Arts. 10.1.2 y 16 CE y con el Art. 1.2 LO 7/80
- Conculcación, por indebida aplicación, del Art. 55.1 y 2.b ET .

SEGUNDO.- La sentencia de instancia ha desechado que el despido disciplinario de la Sra. Elsa por haberse negado pertinaz y continuadamente a cumplir la orden empresarial de recoger el velo islámico que forma parte de su indumentaria por debajo del gorro que ha de emplear durante la ejecución de su trabajo cercene su derecho constitucional a la libertad religiosa, razonando al efecto que dicha decisión resulta completamente ajena y extraña a la utilización del hiyad como signo externo de una determinada confesión religiosa, al responder a razones de higiene en el trabajo la exigencia de que ningún elemento de las prendas de vestir de las empleadas que prestan servicios en el departamento de producción quede por fuera de la bata y gorro de trabajo, pues de tal forma se minimiza el riesgo de contaminación del champiñón que manipulan y por su naturaleza porosa es especialmente sensible.

En el primer motivo destinado al examen del derecho aplicado, se reprocha a la decisión del Juzgado, la omisión de cualquier razonamiento sobre la posible existencia de lesión al derecho a la dignidad de la trabajadora y no haber

enjuiciado la medida adoptada con criterios de proporcionalidad, atendiendo a las siguientes consideraciones: a) La desaparición de la laxitud que se produjo tras la auditoría de la certificadora de calidad, hubiera requerido informar debidamente a las trabajadoras sobre la nueva situación y darles la posibilidad de buscar soluciones alternativas, habiendo quedado acreditado a través de la fotografía incorporada al folio 208 que se permite la utilización de pañuelos y bufandas cubriendo el cuello en el comedor por fuera de la ropa de trabajo, y todo indica que dicha ropa de trabajo es la misma que usarían de nuevo en el trabajo; b) La empresa hubo de haber ofrecido a las trabajadoras musulmanas, que son una parte importante de la plantilla, otras medidas alternativas, de forma que, solo tras haber proporcionado la correspondiente información y otorgado dichas opciones sería, en su caso, procedente el recurso a medidas disciplinarias; c) Con cita de la Sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de Palma de Mallorca de 6/02/17 , manifiesta que, en una sociedad democrática no confesional, las singularidades culturales y las tendencias religiosas de los trabajadores han de ser consideradas como una limitación al poder de organización empresarial, y merecen pleno respeto, sin que se pueda incurrir en discriminación, ni antes ni durante la vigencia de la relación laboral.

A) Cuando se invoca la lesión de derechos fundamentales en el ámbito de las relaciones laborales, desde la STC 38/81 , copiosa y unánime doctrina constitucional, de la que son muestra, entre otras muchas, sus sentencias 10/11 de 28 de febrero , 2/09 de 12 de enero y 125/08 de 20 de octubre , ha establecido los siguientes criterios respecto a las reglas sobre la distribución de la carga de la prueba, que tienen reflejo legal en los Arts. 96.1 y 181.2 LRJS :

a) Partiendo de la especial dificultad de probar la lesión de derechos fundamentales que normalmente se materializa en conductas enmascaradas y ocultas bajo una apariencia de legitimidad, y de la situación de especial privilegio de los derechos fundamentales y libertades públicas dentro de nuestro ordenamiento jurídico, para garantizar su adecuada protección, se establece una modulación o flexibilización de la carga de la prueba que normalmente recae sobre el demandante, exigiéndosele solo la aportación de indicios de que se ha producido una lesión del derecho fundamental, y una agravación de la que pesa sobre el demandado, al que, una vez cumplido el anterior presupuesto, corresponde la aportación de una justificación objetiva y razonable suficientemente probada de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad.

b) Así, corresponde al trabajador aportar un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental, estando dirigido dicho principio de prueba a poner de manifiesto, en su caso, el motivo oculto de aquél. Indicio que no consiste en la mera alegación de la vulneración constitucional, sino que debe permitir deducir la posibilidad de la lesión, admitiéndose diversos grados de intensidad en tal prueba indiciaria, de modo que al efecto tienen aptitud probatoria, tanto los hechos que sean claramente indicativos de la probabilidad de la agresión del derecho fundamental, como aquellos otros que, pese a no generar una conexión tan patente y resultar más fácilmente neutralizables, sean de entidad suficiente para abrir razonablemente la hipótesis de que la vulneración se ha producido.

Pero, en cualquier caso, deberá superarse inexcusablemente el umbral mínimo de aquella conexión necesaria, pues de otro modo, si se funda la demanda en alegaciones meramente retóricas o falta la acreditación de elementos cardinales para que la conexión misma pueda distinguirse, haciendo verosímil la inferencia, no se podrá pretender el desplazamiento del onus probandi al demandado.

Cuando la sospecha o apariencia de la violación del derecho fundamental se pretende hacer descansar en una inferencia derivada de la relación entre diversos hechos, será exigible una conexión lógica entre todos ellos que encuentre fundamento en algún nexo causal.

c) Sólo una vez que resulte cumplido ese primer e inexcusable deber por parte del demandante, recaerá sobre la parte demandada la carga de probar que su actuación tuvo causas reales absolutamente extrañas a la pretendida vulneración, así como que tenían entidad suficiente para justificar la decisión adoptada.

Se trata de una auténtica carga probatoria que debe llevar a la convicción del juzgador que tales causas han sido las únicas que han motivado la decisión empresarial, de forma que ésta se hubiera producido verosímelmente en cualquier caso y al margen de todo propósito vulnerador de derechos fundamentales, exigiéndose, en definitiva, que el empleador acredite que tales causas explican objetiva, razonable y proporcionadamente por sí mismas su decisión, neutralizando los indicios de que aquélla ocultaba la lesión de un derecho fundamental del trabajador.

Como consecuencia de ello, la ausencia de prueba trasciende el ámbito puramente procesal y determina que los

indicios aportados por el demandante desplieguen toda su operatividad para declarar la lesión del derecho fundamental del trabajador.

2.- La anterior doctrina constitucional ha sido recogida por la Jurisprudencia de la Sala Cuarta del TS en innumerables sentencias (14/04/11, Rec. 164/10 ; 22/12/09, Rec. 286/09 ; 28/01/09, Rec. 5706/08 ; 20/01/09, Rec. 1927/07)

B) 1.- Tal y como ha proclamado la doctrina constitucional, en cuanto derecho subjetivo, la libertad religiosa tiene una dimensión interna que garantiza un espacio de autodeterminación intelectual ante el fenómeno religioso, vinculado a la propia personalidad y dignidad individual (STC 177/96), y una faceta externa que faculta a los ciudadanos para obrar de acuerdo con sus propias convicciones y mantenerlas frente a terceros y se traduce en la posibilidad de ejercicio inmune a toda coacción de los poderes públicos de aquellas actividades que constituyen manifestaciones del fenómeno religioso (STC 46/01), tales como las que se relacionan en el Art. 2.1 LO 7/80 , relativas a los actos de culto, enseñanza religiosa, reunión o manifestación pública con fines religiosos, y asociación para el desarrollo comunitario de este tipo de actividades (STC 34/11).

2.- También ha puesto de relieve el máximo intérprete de la norma fundamental que la celebración de un contrato de trabajo no implica en modo alguno la privación para el trabajador, de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano, cuya protección queda garantizada frente a eventuales lesiones mediante el impulso de los oportunos medios de reparación, por cuanto, las organizaciones empresariales no forman mundos separados y estancos del resto de la sociedad ni la libertad de empresa que garantiza el art. 38 del Texto constitucional legitima que quienes prestan servicios en aquellas por cuenta y bajo la dependencia de sus titulares deban soportar despojos transitorios o limitaciones injustificadas de sus derechos fundamentales y libertades públicas, que tienen un valor central en el sistema jurídico constitucional (SSTC 88/85 , 106/96)

3.- Más singularmente, en relación a la prohibición empresarial de que las trabajadoras de su plantilla lleven el pañuelo islámico el TJUE (SS 14/03/17. Asuntos C-188/15 ; C-157/15) ha sentado la siguiente doctrina:

a) Aunque la Directiva 2000/78 no proporciona un concepto de religión, la definición de dicha noción que suministran tanto el Art. 9 CEDH , como el Art. 10.1 de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea , nos sitúan ante una acepción amplia comprensiva de su manifestación interna (el hecho de tener convicciones religiosas), y también de la externa (la manifestación pública de la fé religiosa)

b) En los casos en que una reglamentación interna de empresa privada impone a todos sus empleados de manera general e indiferenciada una neutralidad indumentaria impidiendo el uso de signos visibles de cualquier convicción religiosa, afectando de forma indistinta a cualquier manifestación de dichas creencias, en la medida en que se trata por igual a todos los trabajadores de la empresa, no se produce una discriminación directa en el sentido del Art. 2.2.a de la Directiva 2000/78 .

c) En los mencionados supuestos se podrá producir una discriminación indirecta en el sentido del Art. 2.2.b de la directiva, si la indicada prohibición aparentemente neutra ocasiona una desventaja particular a aquellas personas que profesan una determinada religión, lo que no sucederá, cuando debido a la naturaleza de la concreta actividad profesional de que se trate o el contexto en que se lleve a cabo, tal proscripción se refiera a un requisito profesional esencial y determinante y el objetivo perseguido sea legítimo y proporcionado, y tampoco en los casos en que se siga por parte del empresario un régimen de neutralidad religiosa en las relaciones con sus clientes.

C) A la hora de examinar la queja de la recurrente, la Sala debe atenerse al relato fáctico de la sentencia de instancia, sin que podamos tomar en consideración las afirmaciones vertidas en el escrito de formalización [basadas en un documento ya valorado en la instancia junto con los testimonios de los testigos que depusieron en la vista oral, extrayendo unas conclusiones de hecho contrarias a las que dicho litigante mantiene - FJ 3º-], que no tienen respaldo en el histórico, lo que nos sitúa ante el siguiente escenario:

- En la empresa demandada, dedicada a la comercialización de champiñón, existe una norma por la que, durante la ejecución de las tareas de corte y recolección, los trabajadores deben llevar una bata que cubra totalmente su ropa y un gorro que recoja todo el cabello, estando prohibido el uso de cualquier tipo de joyas o complementos

ornamentales y laca de uñas.

- La ropa de trabajo no puede sacarse de las instalaciones salvo para su lavado.

- En marzo de 2016 *el auditor de una empresa certificadora de calidad advirtió a la empresa demandada que constituía una contravención de su normativa en materia de higiene que podría llevarles a perder la certificación de calidad, el hecho de que la ropa de algunos trabajadores sobresaliese por fuera de la bata (capuchas de sudaderas y velo islámico cubriendo el cuello)*

- Siguiendo las indicaciones del responsable de producción, las encargadas de línea transmitieron a todas las trabajadoras que deberían cumplir escrupulosamente la instrucción de mantener toda su indumentaria cubierta bajo la bata y el pelo con el gorro, habiendo acatado todas ellas dicha norma salvo la demandante y otra trabajadora musulmana, que a pesar de haberseles indicado que podían llevar el velo recogiendo por dentro del gorro, manifestaron que esa era su indumentaria y no la iban a cambiar.

- *Sancionada la trabajadora con 15 días de suspensión de empleo y sueldo ante su oposición a cumplir la indicada instrucción empresarial, tras su reincorporación el día 14 de abril mantuvo idéntica actitud de rebeldía al acatamiento del mandato empresarial*

D) Desde la óptica jurídico sustantiva, no solo la trabajadora no ha aportado prueba indiciaria de la que quepa inferir con un cierto grado de solidez y contundencia que la medida adoptada por la empresa tenga cualquier tipo de vinculación o relación con el uso del velo islámico como signo externo de profesar la religión musulmana, sino que *la empresa demandada ha acreditado cumplidamente que su decisión es totalmente extraña y ajena a dicha circunstancia.*

En efecto, contrariamente a lo que se afirma en el escrito de formalización, *la norma vigente en la empresa en materia de ropa de trabajo, a cuyo cumplimiento la demandante ha mostrado frontal y abierta resistencia, no se dirige exclusivamente a las trabajadoras que usen el velo islámico o utilicen signos visibles de profesar cualquier otra creencia religiosa, y tampoco impide el uso del hiyab, sino que la prohibición alcanza a cualquier tipo de prenda de vestir que sobresalga de la bata de trabajo tenga o no connotación religiosa, estando permitido llevar el velo siempre y cuando se recoja bajo el gorro y no esté al descubierto en la zona del cuello, lo que excluye radicalmente que nos encontremos ante una actuación que dispense un trato desigual a las trabajadoras de religión musulmana, frente al resto de empleadas, y que el móvil que ha guiado tal proceder esté relacionado con las convicciones religiosas de las trabajadoras.*

No advertimos tampoco el más mínimo atisbo de discriminación indirecta, habida cuenta que la decisión patronal de exigir a las trabajadoras la estricta observancia de las normas sobre la vestimenta de trabajo, constituye un medio idóneo, proporcionado y necesario para la satisfacción de una finalidad absolutamente legítima, cual es la de cumplir los *protocolos en materia de higiene alimentaria impuestos por la empresa certificadora de calidad*, estando directamente vinculado con el tipo de actividad que desarrolla la empresa, en tanto en cuanto lo que a través de esa medida se persigue es, tal y como con claro valor fáctico se indica en el tercer fundamento de derecho, *reducir el riesgo de contaminación alimentaria con partículas elementos o sustancias adheridos a la ropa del trabajador, al ser el champiñón por su carácter poroso un elemento especialmente sensible, sin que se nos ocurra solución alternativa a la ofrecida por la empresa [recoger el velo dentro del gorro] que permita compaginar las exigencias de salubridad en la manipulación de alimentos conforme a la norma de calidad, y el derecho de la trabajadora a la utilización plena de ese signo externo de la religión musulmana como manifestación de la vertiente externa de su libertad religiosa.*

E) La anterior conclusión no se empaña por el signo de la sentencia del Juzgado de lo Social de Palma de Mallorca que se cita, pues no solo dicha resolución, conforme al Art. 1.6 CC no constituye jurisprudencia cuya infracción pueda fundamentar un motivo de censura en suplicación (SSTS 25/09/13, Rec. 3/13 ; 16/07/14, Rec. 2141/13), sino que además, las circunstancias concurrentes en el supuesto de hecho que en ella se resuelve (negativa de una empresa de handling a que una agente administrativo del departamento de servicio al pasajero utilizara el velo islámico alegando que no formaba parte de la uniformidad, sin que en el manual operativo vigente en cuanto a imagen personal existiera norma prohibitiva alguna respecto al uso del hiyab), son absolutamente diferentes de las que se dan en el caso enjuiciado.

No se ha producido la infracción jurídica denunciada. Se desestima el motivo.

TERCERO.- La segunda impugnación de la recurrente censura a la resolución recurrida, por un lado, que ante la previa actitud de tolerancia empresarial, quebranta el principio de buena fé contractual la imposición de la máxima sanción prevista en nuestro ordenamiento jurídico, máxime cuando no se ofreció a la trabajadora ninguna alternativa que permitiera cohonestar el interés empresarial con sus creencias religiosas, y, por otro, la no concurrencia de incumplimiento culpable por parte de la trabajadora al constituir su conducta objeto de represión disciplinaria manifestación del ejercicio de un derecho fundamental.

A) El regular ejercicio de las facultades disciplinarias del empresario respecto a sus empleados está sujeto, entre otros, al principio de buena fé, que impide un ejercicio abusivo, resultando quebrantado cuando las faltas laborales que se imputan al trabajador, eran una situación conocida y aceptada por las dos partes de la relación laboral, que suponía un régimen de tolerancia por parte de la empleadora, constitutiva de un uso de empresa que iba más allá de lo puramente interpretativo, insertándose en el sinalagma de la relación laboral, de modo que, aunque la tolerancia no genera un derecho a ser incumplidor, no justifica la sanción apoyada en actos realizados en dicho clima de condescendencia y permisividad y dentro del margen de la misma [SSTS 20 de julio de 1988 (RJ 6207) y 2 de enero de 1991 (RJ 44)], pues esa actitud de condescendencia y transigencia no puede dejarse de aplicar sorpresivamente - sin efectuar la previa advertencia sobre el particular a fin de dejar sin efecto tal autolimitación. (SSTS 31 de mayo de 1984 y de 20 de enero de 1987 , 24 de Septiembre de 1990 y 20 de Febrero de 1991).

B) Una de las obligaciones básicas del trabajador es el cumplimiento de las órdenes e instrucciones del empresario en el ejercicio regular de sus facultades directivas (Art. 5.c ET). Para que la contravención de dicho deber se erija en infracción laboral muy grave sancionable con el despido ex Art. 54.2.b ET , es necesario que concurran los siguientes requisitos:

1.- La existencia de una orden empresarial concreta, precisa y clara, de manera que el simple cuando no exista un mandato de tales características sino un mero ofrecimiento o propuesta rehusado o no aceptado por el trabajador falta la premisa básica para que exista incumplimiento del deber de obediencia (STS 26/04/88 , RJ 3028)

2.- Que esa orden haya sido impartida en el ejercicio regular del poder de dirección empresarial pudiendo negarse legítimamente el trabajador a su cumplimiento sin incurrir en desobediencia, cuando el empresario actúe con manifiesta arbitrariedad y abuso de derecho o atente contra la dignidad del trabajador (SSTS 28/11/89, RJ 8276 ; 28/12/89, RJ 9281 ; 10/04/90 , RJ 3449), la orden sea claramente antijurídica (STS 15/03/91 , RJ 1991) o existe peligro grave e inminente para su salud o integridad física

3.- Una abierta y franca negativa por parte del trabajador al cumplimiento de dicho mandato empresarial que evidencie una patente y pertinaz resistencia a su acatamiento (STS 17/12/90 , RJ 9799; 12/12/90 , RJ 9776; 5/11/90 RJ 8547)

4.- Que esa contravención de la orden patronal sea grave, trascendente e injustificada, sin que la simple desobediencia que no encierre una actitud exageradamente indisciplinada que no se traduzca en un perjuicio para la empresa o en la que concurra una causa incompleta de justificación pueda ser sancionada con la extinción del contrato (STS 23/01/191, RJ 172 ; 26/12/90 , RJ 9837)

C) Tampoco este motivo de impugnación puede merecer favorable acogida, toda vez que, tal y como pone de manifiesto el inalterado relato judicial, *no obstante la inicial actitud flexible y permisiva de la empresa* en cuanto al cumplimiento de las normas de higiene alimentaria en lo relativo al uso de la ropa de trabajo que desde siempre han regido en la empresa y están recogidas en el correspondiente manual de acogida (hecho probado sexto), *la advertencia de su incumplimiento por parte del certificador de calidad y de las consecuencias que dicha contravención podría acarrear, llevó a que a partir de que se produjera tal apercebimiento el responsable de producción comunicara a las responsables de línea el cambio de la anterior postura de laxitud y flexibilidad por una toma de posición absolutamente estricta y rigurosa en cuanto a su observancia que fue transmitida por la encargada de línea a todas las trabajadoras, incluida D^a Elsa , que desde ese mismo instante mostró abiertamente su negativa a acatar dicha decisión* (hecho probado séptimo), *habiendo persistido en dicha actitud incluso después de haber sido sancionada por la comisión de una falta grave.*

No cabe pues afirmar que se haya hecho un uso abusivo de las facultades disciplinarias, pues la trabajadora había sido debidamente informada por su superior jerárquica del abandono de la anterior actitud tolerante y de la inexcusable necesidad de que en lo sucesivo se cumpliesen escrupulosamente las normas de higiene alimentaria, no

habiendo sido por tanto sancionada de manera sorpresiva y contraria a las reglas de la buena fé.

D) Tampoco resulta de recibo el intento de escudarse en el ejercicio del derecho fundamental a la libertad religiosa para negar que se haya incurrido en una infracción laboral, habida cuenta que, el indicado derecho constitucional, como los restantes de la misma naturaleza no es absoluto, sino que en el ámbito de las relaciones laborales es susceptible de verse afectado por restricciones o limitaciones siempre que las mismas superen el test de proporcionalidad (SSTC 99/94 , 6/95 , 207/96 , 204/97 , 37/98 , 98/00 , 186/00); canon que, como hemos explicado en el fundamento de derecho que antecede, en el particularismo del caso resulta plenamente satisfecho.

E) Por las razones expuestas, y en consonancia con el criterio de nuestras sentencias de esta misma fecha dictadas en los recursos 178 y 181/17 , el motivo, y consiguientemente el recurso han de ser desestimados, confirmando la sentencia de instancia, por sus propios, amplios y acertados razonamientos.

CUARTO.- En aplicación de lo dispuesto en el Art. 235.1 LRJS (L 36/11), la desestimación del recurso no lleva aparejada la condena en costas a la parte recurrente al disfrutar la misma del beneficio de justicia gratuita.

QUINTO.- A tenor del Art. 218 LRJS (L 36/11) frente a esta resolución podrá interponerse recurso de casación para unificación de doctrina.

VISTOS: los artículos citados y los demás que son de general aplicación.

FALLAMOS

Se desestima el recurso de suplicación interpuesto por Elsa contra la sentencia Nº 117/17 del Juzgado de lo Social nº Tres de La Rioja de fecha 28-3-17 , **confirmando dicha resolución en su integridad.**

Notifíquese esta sentencia a las partes y al Ministerio Fiscal, haciéndoles saber que contra la misma pueden interponer Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, debiendo anunciarlo ante esta Sala en el plazo de DIEZ DIAS mediante escrito que deberá llevar firma de Letrado y en la forma señalada en los artículos 220 y siguientes de la Ley de Jurisdicción Social, quedando en esta Secretaría los autos a su disposición para su examen. Si el recurrente es empresario que no goce del beneficio de justicia gratuita y no se ha hecho la consignación oportuna en el Juzgado de lo Social, deberá ésta consignarse del siguiente modo:

a) Si se efectúa en una Oficina del **BANCO DE SANTANDER** se hará en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones que esta Sala tiene abierta con el nº 2268-0000-66-0179-17, Código de Entidad 0030 y Código de Oficina 8029.

b) Si se efectúa a través de transferencia bancaria o por procedimientos telemáticos, se hará en la cuenta núm.0049 3569 92 0005001274, código IBAN. ES55, y en el campo concepto: 2268-0000-66-0179-17.

Pudiendo sustituirse la misma por aval bancario, así como el depósito para recurrir de 600 euros que deberá ingresarse ante esta misma Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja, en la cuenta arriba indicada. Expídanse testimonios de esta resolución para unir al Rollo correspondiente y autos de procedencia, incorporándose su original al correspondiente libro de Sentencias.

Así por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos mandamos y firmamos.

E./