



Publicaciones CES.A
COLECCIÓN PREMIO DE INVESTIGACIÓN

Inmigración, Religión y Trabajo en Andalucía

Roberto Fernández Fernández
Rodrigo Tascón López
Henar Álvarez Cuesta
José Gustavo Quirós Hidalgo



**INMIGRACIÓN, RELIGIÓN Y TRABAJO
EN ANDALUCÍA**
**(Reflexiones sobre las implicaciones laborales
derivadas de la pluralidad religiosa)**

FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, Roberto
TASCÓN LÓPEZ, Rodrigo
ÁLVAREZ CUESTA, Henar
QUIRÓS HIDALGO, José Gustavo

Inmigración, religión y trabajo en Andalucía

(Reflexiones sobre las implicaciones laborales derivadas de la pluralidad religiosa)

Primera Edición: Consejo Económico y Social de Andalucía. Sevilla, Septiembre de 2007

160 páginas; 16x24 cm. (Colección Premio de Investigación)

Depósito Legal: SE-4502-2007

ISBN: 978-84-690-5198-6

© Roberto Fernández Fernández

Rodrigo Tascón López

Henar Álvarez Cuesta

José Gustavo Quirós Hidalgo

© Para esta edición: Consejo Económico y Social de Andalucía. Sevilla, 2007

AUTORES

Roberto Fernández Fernández

Rodrigo Tascón López

Henar Álvarez Cuesta

José Gustavo Quirós Hidalgo

EDITA

Junta de Andalucía

Consejo Económico y Social de Andalucía

C/ Gamazo, 30. Sevilla. 41001

Tlf: 95 506 62 51

Fax: 95 506 58 07

E-mail: biblioteca.ces.cem@juntadeandalucia.es

COORDINA

Área de Comunicación. CES Andalucía

MAQUETACIÓN

Textos y Formas, S.L.

FOTOGRAFÍA DE PORTADA

Luis Serrano

IMPRIME

Coria Gráfica, S.L.

ISBN: 978-84-690-5198-6

DEPÓSITO LEGAL: SE-4502-2007

Esta publicación está disponible para la consulta y préstamo en el Centro de Documentación del Consejo Económico y Social de Andalucía y accesible a texto completo en <http://www.juntadeandalucia.es/empleo/ces> (dentro del apartado "Trabajos y publicaciones").

Todos los derechos reservados. Prohibida la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier procedimiento (ya sea gráfico, electrónico, óptico, mecánico, fotocopia, etc.) y el almacenamiento o transmisión de sus contenidos en soportes magnéticos, sonoros, visuales o de cualquier tipo sin permiso expreso del editor.

La responsabilidad de las opiniones expresadas en la monografía *Inmigración, Religión y Trabajo en Andalucía (Reflexiones sobre las implicaciones laborales derivadas de la pluralidad religiosa)*, presentada al IV Premio de Investigación del Consejo Económico y Social de Andalucía, vincula exclusivamente a sus autores, Roberto Fernández Fernández, Rodrigo Tascón López, Henar Álvarez Cuesta, José Gustavo Quirós Hidalgo, y no significa que el CES de Andalucía se identifique necesariamente con ellas, si bien ha considerado conveniente la publicación y distribución de la misma.

**INMIGRACIÓN, RELIGIÓN Y TRABAJO
EN ANDALUCÍA**
**(Reflexiones sobre las implicaciones laborales
derivadas de la pluralidad religiosa)**

Roberto Fernández Fernández
Rodrigo Tascón López
Henar Álvarez Cuesta
José Gustavo Quirós Hidalgo



Índice

PRÓLOGO, por Juan José Fernández Domínguez	9
INTRODUCCIÓN	15
CAPÍTULO I: IMPLICACIONES DE LAS CREENCIAS RELIGIOSAS DE LOS TRABAJADORES EN EMPRESAS ORDINARIAS	23
I. EL CREDO RELIGIOSO DEL CANDIDATO EN EL ACCESO AL TRABAJO	28
II. EL DESARROLLO NORMAL DE LA RELACIÓN LABORAL	31
1. Categoría profesional, tareas a desarrollar y objeción de conciencia	31
2. El ejercicio ordinario del poder directivo empresarial	36
3. Modificación sustancial de condiciones de trabajo	38
4. Régimen de jornada y descansos	43
5. Prevención de riesgos laborales y uniformidad de los trabajadores	48
5.1. Uniformes de los trabajadores	48
5.2. Equipos de protección individual	57
6. Régimen disciplinario y extinción del contrato de trabajo	60
III. DERECHO COLECTIVO	66
CAPÍTULO II: LA PARTICULAR SITUACIÓN DEL TRABAJADOR EN LAS EMPRESAS DE TENDENCIA DE NATURALEZA CONFESIONAL	69
I. CONCEPTO DE EMPRESA DE TENDENCIA DE CARÁCTER RELIGIOSO	73
II. EL ACCESO AL EMPLEO EN LAS EMPRESAS DE TENDENCIA	75
III. ESPECIALIDADES EN LAS CONDICIONES LABORALES DENTRO DE ESTA CLASE DE UNIDADES PRODUCTIVAS	76
IV. LA EXTINCIÓN CONTRACTUAL DE LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS	79
V. UN SUPUESTO ESPECIAL DE TENDENCIA: LA ACTIVIDAD DOCENTE DE LOS PROFESORES DE RELIGIÓN CATÓLICA EN LOS CENTROS PÚBLICOS	84
1. Breve resumen de la normativa aplicable	85
2. El estatuto profesional del profesorado de religión	86
3. El peculiar régimen extintivo de su relación contractual	89

CAPÍTULO III: TRASCENDENCIA DEL CREDO RELIGIOSO EN EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL	97
I. ASISTENCIA SANITARIA	99
II. PENSIÓN DE VIUDEDAD	107
III. CONSIDERACIÓN DE UNA OFERTA DE COLOCACIÓN COMO ADECUADA EN EL CONTEXTO DE LA LIBERTAD RELIGIOSA	113
IV. EL RÉGIMEN DE SEGURIDAD SOCIAL APLICABLE A SACERDOTES, MINISTROS DE CULTO Y RELIGIOSOS	117
1. Inclusión y encuadramiento en el sistema de Seguridad Social	117
1.1. En el régimen general (RGSS)	117
1.2. En el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos (RETA)	125
2. La pensión de jubilación de sacerdotes y religiosos de la iglesia católica secularizados. Cómputo de períodos anteriores a su inclusión en el sistema de Seguridad Social	130
2.1. Cómputo para la obtención de la prestación	131
2.2. Cómputo para el incremento de la pensión	132
2.3. Competencia jurisdiccional en la materia	134
BIBLIOGRAFÍA	139

PRÓLOGO

Prólogo

Bajo el título “Inmigración, religión y trabajo en Andalucía (Reflexiones sobre las implicaciones laborales derivadas de la pluralidad religiosa)”, ve la luz una monografía de altísimo rigor técnico y, al tiempo, de gran valor práctico, en tanto proporciona contexto, texto y pautas de solución al derecho “inespecífico” reconocido en el art. 16 CE cuando ha de actuar en el seno de las relaciones de trabajo por cuenta ajena.

Atiende de modo preferencial, además, a la realidad jurídica de la Comunidad Autónoma de Andalucía, magnífico “laboratorio” para un análisis de contraste como el acometido, no sólo por ser un crisol histórico de culturas, sino por mantener tal papel en la actualidad con especial intensidad, en tanto receptora de gran parte de los inmigrantes, que en un alto volumen encuentran en esta tierra un lugar para trabajar y vivir.

Detectado el fenómeno social, y destacada su importancia, desde un punto de vista jurídico la clave queda situada de manera natural en la necesidad de superar un modelo tradicional, en el cual la norma laboral respondía (pese a la aconfesionalidad del Estado) al patrón dado por la Iglesia Católica, para acoger las reivindicaciones de cuantos recién llegados (en su mayor parte), o no, profesan otra religión distinta; cohonestando, también para ellos, las exigencias de eficiencia y productividad empresarial con las derivadas de esa fe dentro de la actividad cotidiana con la que se ganan la vida, a la cual dedican tantas horas al cabo del año y que no encuentra ya adecuada respuesta en previsiones como las contenidas en las Leyes 24, 25 y 26/1992.

La obra aparece articulada en tres grandes capítulos, destinados a valorar la incidencia del ejercicio de la libertad religiosa en las empresas “normales” (Capítulo II), en aquellas de tendencia y naturaleza confesional (Capítulo I) y en el Sistema de Seguridad Social (Capítulo III).

Al abordar la relación de empleo “ordinaria”, varios puntos cobran singular interés: la proscripción absoluta de cualquier discriminación por razón de credo en los procesos de acceso al empleo o de promoción profesional;

la necesidad de una “acomodación razonable” en el ejercicio del poder de dirección, en virtud del cual, si bien el empleado no podrá negarse a realizar ninguna actividad propia de su categoría por motivos religiosos, el empresario habrá de tener flexibilidad suficiente para salvaguardar, cuando pueda, los problemas éticos de aquél, encomendándosela a otro (“no-ideológico”), pero siempre preservando los derechos de este último y el interés de la unidad productiva; la defensa del derecho a descansos y festivos (referidos éstos a cuantos no tengan carácter estrictamente civil) en otras fechas distintas a las actualmente establecidas, excepto cuando existan razones económicas, técnicas, organizativas o de producción que hagan inviable el cambio; el derecho a vestir prendas características de su fe, salvo cuando afecte a la identificación de la imagen de la empresa, se acredite que le pueden ocasionar perjuicio económico o, sobre todo, quede referida a elementos destinados a la protección física; en fin, no cabrá despedir o sancionar a un trabajador por sus creencias, aun cuando sí por manifestaciones que afecten al necesario orden y rendimiento a considerar bajo las pautas precedentes.

Particulares problemas presenta el trabajo en empresas de tendencia y naturaleza confesional, donde el ideario, de una parte, y el principio de buena fe, de otra, deben llevar a matizar gran parte de las afirmaciones precedentes. La creencia religiosa propia del empleador signa de manera indeleble el objeto de la prestación, y únicamente respecto de tareas “neutras” cabría, y sólo en algunos aspectos, exigir la aplicación de una acomodación razonable.

En fin, y tras un excursus interesante (y por tal razón nunca superfluo en el marco del análisis propuesto) sobre los problemas generados por la actividad docente de los profesores de religión católica, el estudio concluye dando cuenta de cómo en el sistema nacional de Seguridad Social perviven aún numerosas previsiones que respondían a una concepción de la familia, religión y sociedad hoy claramente superada. Baste para la atención en una asistencia sanitaria que no ha sabido responder a cuestiones tan conocidas como las terapias sin transfusión de sangre reclamadas por los Testigos de Jehová; pensiones de viudedad sin extensión (aun cuando parece que la reacción aquí es firme) a formas de convivencia no reconocidas como válidas para generar el derecho a favor del superviviente; los problemas derivados de la exigencia de “colocación adecuada” para generar derecho al desempleo en zonas geográficas determinadas o la incompleta y desigual incorporación de ministros o religiosos de las distintas confesiones.

Según el esbozo aquí trazado, el lector puede inferir que se trata de una obra con envidia, escrita además de manera impecable, como en tantas ocasiones han tenido la oportunidad de mostrar los Dres. FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, TASCÓN LÓPEZ, ÁLVAREZ CUESTA y QUIRÓS HIDALGO. Así lo ha reconocido el CES de Andalucía, al acogerla para su publicación en la prestigiosa colección de estudios laborales que viene desarrollando.

Quien tiene el honor de escribir este prólogo sólo puede añadir el legítimo orgullo de ver cómo sus discípulos de antaño le enseñan en la actualidad día a día. En palabras de RULFO: “las palabras que hoy florecen en un límpido discurso son el fruto de pensarlas y trabajarlas con mimo”.

Juan José Fernández Domínguez

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de León*

INTRODUCCIÓN

*Qui orat et laborat,
cor levat ad Dominum cum manibus*

Introducción

La conocida regla de Benito de Nursia, fundador de la congregación religiosa católica de los monjes benedictinos, que aunaba trabajo y oración como binomio mágico capaz de conducir a la plena realización humana, ha encontrado tradicionalmente escasa virtualidad en el campo de las relaciones laborales.

Desde luego, la libertad religiosa es considerada como derecho fundamental tanto en tratados internacionales (por todos, artículo 9 de la Carta Europea de Derechos Fundamentales), como en normas internas (en el artículo 16 CE) donde “se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades”, y al tiempo, se declara la aconfesionalidad del Estado español.

La religión, tal y como está contemplada en los distintos textos legales, puede ser definida como creencia concerniente a lo sobrenatural, sagrado o divino y a los códigos morales, prácticas, rituales, valores e instituciones relacionadas con la misma¹, incluyendo todos los aspectos de la observancia y práctica religiosa².

En consecuencia, el derecho a la libertad religiosa protege tanto la vertiente positiva como negativa, e incluso el derecho a cambiar de credo³ [art. 2.1.a) Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa, en adelante, LOLR].

¹ Según el Diccionario de la RAE: “conjunto de creencias o dogmas acerca de la divinidad, de sentimientos de veneración y temor hacia ella, de normas morales para la conducta individual y social y de prácticas rituales, principalmente la oración y el sacrificio para darle culto”.

² MALONE, M.D.; HARTMAN, S.J. y PAYNE, D.: “Religión in the workplace: disparate treatment”, *Labour Law Journal*, junio, 1998, pág. 1099.

³ FAHLBECK, R.: “Ora et labora. On freedom of religion at the workplace: a stakeholder cum balancing factors model”, *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, vol. 20/1, núm. 27-64, 2004, pág. 35.

En este sentido es necesario recordar cómo, el derecho fundamental de libertad religiosa encuentra un marco de desarrollo en el RD Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, ET), cuyos artículos 4 y 17 proscriben cualquier discriminación, directa o indirecta por razones de religión, calificando como “nulos y sin efecto los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario”, vulneradores de tal regla de orden; todo ello en consonancia con lo preceptuado por la Directiva 2000/78/CE del Consejo de la Unión Europea, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, que en su constante lucha contra la desigualdad, también ampara la libertad religiosa en el seno de las relaciones laborales.

Con los anteriores mimbres legislativos, el derecho fundamental a la libertad religiosa se conforma definitivamente como una verdadera prerrogativa laboral por razón de los sujetos y la naturaleza jurídica del vínculo donde se hace valer⁴ —contrato de trabajo—, terreno especialmente apropiado para su aplicación⁵.

Más en concreto, merece su calificativo como “derecho laboral inespecífico”, por cuanto su generalidad va acompañada en esta sede de un contenido o dimensión sobrevenido propiciado por su impregnación laboral⁶. La anterior denominación no resulta baladí, al mostrar de modo determinante las posibilidades —en tantas ocasiones desestimadas— para su ejercicio, ofreciendo una “incuestionable y estimable vertiente laboral, en el sentido de que pueden emerger u ocurrir con manifestaciones típicas, en conexión con las relaciones individuales y colectivas de trabajo”⁷.

En un pasado no muy lejano, escasos eran los conflictos laborales suscitados —e imaginados— por la aplicación de los apuntados preceptos en un país tradicional y mayoritariamente católico, con un *corpus iuris* imbuido de los principios religiosos immanentes a tal confesión. Lo cierto es que sus implicaciones en el ámbito social en general y laboral en particular fueron más bien escasas en un país donde las dos opciones más comunes eran, bien profesar la religión católica mayoritaria (todavía hoy más del 50% de la población española y andaluza se declara católica), bien no profesar creencia alguna.

⁴ PALOMEQUE LÓPEZ, M.C. en ROJAS RIVERO, G.P.: *La libertad de expresión del trabajador*, Madrid (Trotta), 1991, pág. 7.

⁵ VALDÉS DAL-RÉ, F.: “Poderes del empresario y derechos de la persona del trabajador”, *RL*, núm. 8, 1990, pág. 11.

⁶ PALOMEQUE LÓPEZ, M.C.: *Los derechos laborales en la Constitución española*, Madrid (CES), 1991, pág. 31.

⁷ Siguiendo a M. ALONSO OLEA, MOLINA NAVARRETE, C.: “Bases jurídicas y presupuestos políticos para la eficacia social inmediata de los derechos fundamentales. El paradigma de la *Drittwirkung* laboral a propósito de la reciente jurisprudencia constitucional”, *RTSS*, núm. 3, 1991, pág. 87.

Tal situación, sin embargo, ha experimentado un giro copernicano en los últimos tiempos, debido a la abundante inmigración que España en general y Andalucía muy en particular acogen. No en vano, en los últimos años han llegado a España varios millones de inmigrantes, de los cuales un buen número (casi medio millón, según las estadísticas oficiales⁸; aunque el número real es prácticamente imposible de calcular) han tenido como destino la Comunidad Autónoma Andaluza y, repasando los datos (y echando una mirada a la realidad social que se respira) cabe apreciar cómo un importantísimo porcentaje de los mismos provienen de países como Marruecos, Mali o Sudán, donde se profesan religiones distintas a la católica (principalmente la musulmana), lo cual hace, de un lado, que la riqueza cultural de Andalucía crezca (no en vano se ha aludido con insistencia al necesario diálogo entre culturas⁹), pero también que puedan surgir algunos problemas de inserción social de estas personas con acervos muy distintos a los propios tradicionales (motivo por el cual resultan de todo punto conveniente las iniciativas desarrolladas por la Junta de Andalucía para tratar de informar a las minorías étnicas y culturales¹⁰), y, en particular por cuanto a este estudio interesa, que puedan surgir dificultades para que dichas personas integren de forma armónica el desarrollo de su trabajo con el cumplimiento de las exigencias de la fe que profesan¹¹.

En tal contexto cabe afirmar que en los últimos tiempos la realidad empresarial muestra la heterogeneidad de las plantillas, caracterizadas por incluir en su seno diversas tendencias religiosas, con las cuales los gestores de recursos humanos no están familiarizados, fiel reflejo del paralelo proceso sociológico consistente en abandonar la condición de país de emigrantes para convertirse en el paraíso de destino soñado por quienes anhelan dejar atrás su situación de pobreza —en algunos casos extrema— y alcanzar o mejorar su bienestar.

Las controversias surgidas fuera de nuestras fronteras constituyen un muestrario idóneo de la situación que se puede avecinar en el futuro; por resaltar los más llamativos, cabe hacer mención a cuanto ocurre con una camarera judía que se negó a cantar “Cumpleaños Feliz” porque su fe prohibía celebrar los nacimientos; un *sikh* con barba; un *mohawk* con pelo largo; un rastafari con

⁸ Datos obtenidos de la Estadística de Inmigración Internacional de Andalucía, elaborada por el Instituto de Estadística de la Junta de Andalucía (www.juntadeandalucia.es/iea/migracioninternacional).

⁹ Véase la muy interesante información contenida en www.unesco.org/culture/al-andalus.

¹⁰ Tan conveniente iniciativa aparece desarrollada en sus puntos esenciales en www.juntadeandalucia.es/cultura/ba/c/espanol/categorias.

¹¹ Sin entrar en mayores precisiones, basta recordar cómo un alto porcentaje de los inmigrantes desarrollarán su prestación de servicios de forma ilegal, lo cual puede conllevar situaciones precarias próximas a la servidumbre o, incluso, una nueva “esclavitud”; al respecto, FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ, J.: “El contrato de esclavo. Concepto de extranjero y su integración social a través de los derechos y libertades fundamentales en el ordenamiento español y europeo”, *REDT*, núm. 110, 2002, págs. 287 y ss. Las cuestiones sustantivas, además, determinan la necesidad de matizar la normativa aplicable y otras cuestiones procesales; por todos, FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.: “Consideración y prueba del derecho extranjero en el proceso social español”, *RL*, T. I, 2006, págs. 205 y ss. y FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ, J.: “La determinación de la normativa aplicable en el proceso social español en los litigios surgidos en el marco de los desplazamientos transnacionales de trabajadores. Alegación y prueba del Derecho extranjero”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 10, 2006, págs. 207 y ss.

dreadlocks; los pertenecientes a una secta cristiana que se niegan a trabajar en Domingo así como a ser sustituidos por otros¹².

En muchos casos, el conflicto de intereses no enfrenta a las partes de la relación laboral sino a quienes comparten subordinación: un empleado insiste en llevar un icono religioso que otro trabajador considera ofensivo para su credo¹³; un operario realiza proselitismo entre sus compañeros advirtiéndoles sobre las consecuencias adversas de su falta de fe y estos se quejan al empresario, el cual se ve entre la espada de la religión de un trabajador y la pared del respeto a las creencias de los otros¹⁴; o, por no seguir, enviar cartas admonitorias, sancionando conductas como la infidelidad matrimonial o concretas enfermedades¹⁵.

En este contexto, no cabe olvidar como el ejercicio de la libertad religiosa presenta otros matices (dejando a un lado la especificidad existentes en las Administraciones Públicas debido a la neutralidad que ha de guiar su comportamiento¹⁶) que en ningún caso pueden ser desdeñados. Así, por ejemplo, la discriminación religiosa puede estar ligada al origen racial por la eventual identificación entre etnia y confesión (conforme ocurre con los judíos), determinando, a la postre, que una medida contraria al credo religioso de ciertos trabajadores encubra una desigualdad racial indirecta¹⁷; por otra parte, la libertad analizada puede entrar en conflicto con el principio de igualdad, como sucedería si un trabajador se niega a prestar servicios junto a mujeres, o a compartir su espacio físico con ellas¹⁸.

Ante la heterogénea casuística, cabe preguntarse en qué medida quedan protegidas las convicciones éticas y la buena conciencia inherentes a la dignidad humana y, por ende, el sentimiento religioso subjetivo¹⁹. A fin de resolver el interrogante, la empresa se ha considerado como un espacio laico, refractario

¹² MALONE, M.D.; HARTMAN, S.J. y PAYNE, D.: "Religion in the workplace: specific accommodations for scheduling and personal appearance", *Labour Law Journal*, junio, 1998, pág. 1084.

¹³ En el *Caso Wilson v. U.S. West Communications* en 1995, un empleado había jurado ante Dios que llevaría una camiseta con la fotografía de un feto sometido a aborto, protestando el resto de trabajadores al empresario. Éste ofreció al operario las siguientes alternativas: llevar la camiseta únicamente en su despacho, cubrir la imagen durante el horario laboral o portar el mensaje sin la fotografía; el Tribunal consideró la segunda la opción más razonable.

¹⁴ DELPO, M.C.: "Never on Monday?! Workplace religious discrimination in the New Millennium", *Journal of Employment Discrimination Law*, vol. 2, núm. 1, 2000, págs. 99 y 100.

¹⁵ *Caso Chalmers v. Tulon Co.* en 1996.

¹⁶ Así, un empleado de un juzgado en Estados Unidos que leía la Biblia de cara al público en sus ratos de descanso y lo hacía también a los detenidos, fue amonestado por tal comportamiento, *Caso Kelly v. Municipal Courts of Marion County*, en 1996.

¹⁷ BRADNEY, A.: *Religions, rights and laws*, Londres (University of Leicester), 1993, pág. 110.

¹⁸ *Caso Miller v. Drennon* en 1992, recogido en MALONE, M.D.; HARTMAN, S.J. y PAYNE, D.: "Religion in the workplace: religious activities on the job", *Labour Law Journal*, junio, 1998, pág. 1097.

¹⁹ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: "Libertad ideológica, contrato de trabajo y objeción de conciencia", *RL*, núm. 19, 2003, pág. 11.

a cualquier cambio proveniente de las convicciones de los empleados²⁰; durante largo tiempo, “el trabajador, al atravesar la puerta de la fábrica, quedaba sometido a una ley propia y específica en la que se establecían preceptos obligatorios sobre su comportamiento en casa de su señor”²¹, de esta manera, “quedaba sometido a una suerte de poder despótico del empresario, que al regir la empresa podía hacer caso omiso de aquellas libertades, sin que ello provocase extrañeza o rechazo, por cuanto aparecía aceptado por el trabajador, mediante el mecanismo contractual legitimador”. En consecuencia, la suscripción de un vínculo laboral justificaría implícitamente la restricción de los derechos personales como consecuencia de una renuncia voluntaria a los mismos²².

Sin embargo, “los derechos fundamentales del trabajador, *uti cives*, se han abierto paso y han entrado en las fábricas... [y se contempla] la visión del poder empresarial como amenaza latente de especiales y mayores riesgos de conculcación o lesividad, [además de] la necesidad de una mínima coherencia en el tratamiento jurídico que recibe el trabajador fuera y que debe recibir dentro de la empresa”²³.

Cada vez más empleados, en una especie de nueva conquista individual y colectiva y anhelando una etapa superior de civilización y libre convivencia, exigen un pleno respeto a sus derechos constitucionales, ora laborales ora “inespecíficos”²⁴; en el caso concreto de la libertad religiosa, evitando renunciar a sus convicciones personales y a sus exigencias éticas por mor de la sujeción contractual²⁵. Sólo así quedará cumplido el trascendental papel que los derechos fundamentales han de desarrollar en la relación de trabajo, tanto para lograr un Estado democrático (“las manifestaciones de ‘feudalismo industrial’ repugnan al Estado social y democrático de Derecho y a los valores superiores de libertad,

²⁰ VALDÉS DAL-RÉ, F.: “La libertad religiosa y su problemática acomodación con la organización del trabajo”, *RL*, núm. 24, 2004, pág. 3.

²¹ BAYLOS GRAU, A.: *Derecho del Trabajo: modelo para armar*, Madrid (Trotta), 1991, pág. 95. En virtud, asimismo, del momento vivido en las sociedades capitalistas actuales, pues la creación e interpretación de las normas se dirigen a favorecerlas, fomentar este sistema así como a evitar su perturbación, potenciando, entre otros elementos, la autonomía de la voluntad, como expresión jurídica de la libertad social y de mercado, y con ello, a las posibles lesiones a estos derechos en virtud de la propia libertad, MOLINA NAVARRETE, C.: “Bases jurídicas y presupuestos políticos para la eficacia social inmediata de los derechos fundamentales. El paradigma de la *Drittwirkung* laboral a propósito de la reciente jurisprudencia constitucional”, cit., pág. 73.

²² PEDRAJAS MORENO, A.: “Los derechos fundamentales de la persona del trabajador y los poderes empresariales: la Constitución como marco y como límite de su ejercicio”, *AL*, núm. 4, 2000, pág. 54.

²³ MOLINA NAVARRETE, C. y OLARTE ENCABO, S.: “Los derechos de la persona del trabajador en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *RL*, núm. 17, 1999, págs. 17-18. “El deber de respetar la libertad y la dignidad humana del trabajador constituye un vínculo específico al desarrollo de la actividad empresarial y hace ilegítimo el uso de las prerrogativas y de los poderes empresariales de forma que dañe la igualdad y por ello la dignidad del trabajador”, FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑOZ, J.: “El derecho a la propia imagen del trabajador frente a los poderes empresariales: las garantías procesales”, *Locus Appellationis*, núm. 35, 2000, pág. 6 siguiendo a RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: “Principio de igualdad, autonomía contractual y poderes empresariales”, *RL*, núm. 17, 1991, pág. 6.

²⁴ GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: “Ley, convenio colectivo, contrato de trabajo y derechos fundamentales del trabajador”, *RDS*, núm. 4, 1998, págs. 50-51.

²⁵ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: “Libertad ideológica, contrato de trabajo y objeción de conciencia”, cit., pág. 13.

justicia e igualdad a través de los cuales ese Estado toma forma y se realiza"²⁶), como para alcanzar la efectiva aplicación de los principios y finalidades intrínsecos al Derecho del Trabajo.

Desde la atalaya descrita, el presente trabajo pretende observar las concomitancias que el ejercicio de la libertad religiosa presenta en el marco de las relaciones laborales, abordando a tal efecto tres ámbitos que se han conformado como especialmente litigiosos y merecedores de un tratamiento diferenciado.

En primer lugar, estudiar las implicaciones que el ejercicio de la libertad religiosa presenta en la relación laboral desarrollada en la empresa ordinaria, dando cuenta de los numerosos problemas que pueden plantearse, sobre todo a la luz de la masiva llegada a España en general —y a Andalucía en particular— de un ingente número de inmigrantes que en muchos casos profesan religiones distintas a la católica;

En segundo término, analizar la muy particular situación que de siempre ha presentado la cuestión en las conocidas como empresas de tendencia, las cuales han experimentado un notable auge en Andalucía en los últimos tiempos vinculadas al fenómeno reseñado de pluralidad religiosa;

Y, finalmente, las consecuencias del credo en el marco de la Seguridad Social, pues es posible descubrir con sorpresa cómo se mantienen algunos rasgos diferenciadores (*rectius*, discriminadores) que dificultan el derecho a prestaciones a partir de ciertos aspectos derivados del credo religioso del potencial beneficiario.

²⁶ SSTCo 120/1983, de 15 de diciembre y 88/1985, de 19 de julio.

CAPÍTULO I:

IMPLICACIONES DE LAS CREENCIAS RELIGIOSAS DE LOS TRABAJADORES EN EMPRESAS ORDINARIAS

Implicaciones de las creencias religiosas de los trabajadores en empresas ordinarias

Aun cuando probablemente las empresas de tendencia (de cuya problemática se dará cuenta en su oportuno momento) constituyan los enclaves laborales en los cuales la cuestión relativa a la libertad ideológica y religiosa del trabajador (y también del empresario) se muestra con mayor evidencia, lo cierto es que también presenta una importancia significativa (y, quizá, quepa añadir que creciente, a partir de la enriquecedora multiculturalidad derivada de la masiva inmigración que Occidente en general, y España y muy especialmente Andalucía en particular, están recibiendo en los últimos tiempos²⁷) en la empresa "ordinaria", esto es, aquella que no posee un ideario específico, pero en la cual los operarios quienes prestan servicios por cuenta ajena también son titulares (y por tanto, tienen derecho a disfrutar de su ejercicio) del inespecífico deber de libertad religiosa consagrado en el art. 16 CE²⁸.

No en vano es menester reconocer cómo la inmensa mayoría de trabajadores por cuenta ajena trabajan en este tipo de organizaciones no específicamente ideológicas y, de hecho, no falta quien pone de manifiesto cómo, en realidad, es muy frecuente el deseo del trabajador medio de conservar un espacio individual de desenvolvimiento en el seno de la empresa²⁹, el cual, si bien se manifiesta de modo más tangible y frecuente con relación a otros derechos fundamentales (tal y como la intimidad personal o la libertad de expresión), también presenta un campo de actuación evidente en lo tocante al derecho de libertad

²⁷ FAHLBECK, R.: "Ora et labora. On freedom of religion at the workplace cum balancing factors model", *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, Vol. 20, núm. 1, 2004, pág. 31; CUMPER, S.: "The public manifestation of religion or belief: challenges for a multi-faith Society in the twenty-first century", en AA.VV. (O'DAIR, P. y LEWIS, E., Eds): *Current legal Issues*, Vol. 4, Oxford (Oxford University Press), 2000, pág. 325 o DELPO, M.C.: "Never on Monday? Workplace religious discrimination in the new millennium", *Journal of Employment Discrimination Law*, Vol. 2, núm. 1, 2000, pág. 99.

²⁸ ADAMS, J.W.: "Employers' religious rights in the workplace", *Journal of Employment Discrimination Law*, Vol. 2, núm. 3, 2000, pág. 238.

²⁹ MALONE, M.D.; HARTMAN, S.J. y PAYNE, D.: "Religion in the workplace: how much is too much?", *Labor Law Journal*, Junio, 1998, págs. 1074 y ss.

religiosa, habida cuenta “la neutralidad ideológica de la empresa no implica una neutralización de las convicciones personales y éticas de los trabajadores”³⁰.

En efecto, cuando una persona tiene unas determinadas creencias acerca de una realidad trascendente y las canaliza a través de la profesión de una religión (sea ésta cual sea), encontrándose verdaderamente comprometida con ellas, la coherencia le lleva a desarrollar todos los aspectos de su vida (también el laboral) en concordancia con ese credo que considera como verdad trascendente que explica el sentido de la vida humana y, razonablemente, espera que la empresa para la que presta servicios acceda, en la medida de lo posible (y de forma más o menos expresa), a permitirle vivir (y trabajar) de modo acorde con tales creencias³¹.

Ahora bien, de igual modo, los intereses legítimos del empresario le llevarán a gestionar su organización productiva del modo más acorde con criterios de eficiencia técnica y económica, por lo que, en ocasiones, es más probable que las previsibles pretensiones del trabajador choquen, en este punto, con lo que el empresario considere en cada momento más conveniente para su empresa.

Se creará, así, de manera natural, un conflicto entre patrón y operarios (dialécticamente enfrentados en éste como en tantos otros asuntos relativos a las relaciones laborales³²) que exigirá un pormenorizado análisis de situaciones (que van desde el propio ingreso en la organización productiva a través de la perfección de un contrato de trabajo, hasta la definitiva extinción del vínculo, pasando por, virtualmente, todos los aspectos de desarrollo de la relación laboral) en la búsqueda del santo grial del orden social, cual es la manera de cohesionar los intereses de quien presta servicios por cuenta ajena y quien los retribuye, organiza y dirige.

Evidentemente, y desde criterios básicos de libertad ideológica y de pensamiento³³, en el plano interno el trabajador podrá albergar las creencias o ideas que deseé, sin que en modo alguno pueda resultar jurídicamente lícito (ni siquiera físicamente posible) condicionar la subsistencia del contrato a la profesión (o no) de una determinada religión. El problema vendrá dado por aquellas situaciones que exijan una manifestación externa y, por afectar de algún modo

³⁰ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: “Libertad ideológica, contrato de trabajo y objeción de conciencia”, *RL*, núm. 19, 2003, pág. 11.

³¹ MALONE, M.D.; HARTMAN, S.J. y PAYNE, D.: “Religion in the workplace: how much is too much?”, cit., págs. 1074 y ss.

³² FAHLBECK, R.: “Ora et labora. On freedom of religion at the workplace cum balancing factors model”, cit., pág. 56.

³³ “En cuanto derecho subjetivo, la libertad religiosa tiene una doble dimensión, interna y externa. Así, la libertad religiosa garantiza la existencia de un claustro íntimo de creencias y, por tanto, un espacio de autodeterminación intelectual ante el fenómeno religioso, vinculado a la propia personalidad y dignidad individual y, asimismo, junto a esta dimensión interna... incluye también una dimensión externa de *agere licere* que faculta a los ciudadanos para actuar con arreglo a sus propias convicciones y mantenerlas frente a terceros”, SSTCo 19/1985, de 13 de febrero; 120/1990, de 27 de junio; 177/1996, de 11 de noviembre y 101/2004, de 2 de junio.

al desarrollo de la prestación de servicios, entren en colisión con los intereses empresariales³⁴.

Conviene precisar, no obstante, cómo es también posible la hipótesis contraria, esto es, que sea el empresario ordinario (no el de tendencia) el que, movido por sus propias convicciones, trate de teñir su organización productiva con una serie de manifestaciones acordes con su propia moral religiosa³⁵, con el riesgo de convertirla en una "isla de exclusividad" que fácilmente lleve, de no adoptarse las cautelas adecuadas, a soterradas formas de discriminación³⁶, principalmente cuando trate de lograr que sus trabajadores vivan de acuerdo a sus propias exigencias morales, perjudicando laboralmente a quien no lo haga³⁷.

En este caso, por supuesto, el derecho de libertad religiosa del trabajador se manifestará en su vertiente negativa, exigiéndose al empresario un "principio de neutralidad"³⁸ a partir de la cual el operario no puede verse forzado a participar en prácticas en las que no crea conforme a su propia ideología [como por ejemplo participar en una procesión de semana santa³⁹], o hacerlo, si lo considera oportuno⁴⁰, pero siempre desde parámetros de libertad de elección⁴¹.

A la sutil y dificultosa cuestión de analizar cómo han de manifestarse esas creencias religiosas del trabajador (y también, cuando concurren, del empresario) en el marco de la organización productiva responden las páginas siguientes, tratando de analizar de manera objetiva, y desde patrones jurídicos, cómo y hasta dónde puede el trabajador desarrollar el ejercicio de sus creencias religiosas en el marco de la empresa, en qué medida pueden llegar a afectar al normal desarrollo de la prestación laboral y, en definitiva, en qué términos puede el empresario condicionar o limitar el ejercicio de dicho derecho fundamental a la libertad religiosa.

³⁴ FAHLBECK, R.: "Ora et labora. On freedom of religion at the workplace cum balancing factors model", cit., págs. 30-31.

³⁵ MALONE, M.D.; HARTMAN, S.J. y PAYNE, D.: "Religion in the workplace: religious activities on the job", *Labour Law Journal*, Junio, 1998, pág. 1090.

³⁶ ESAU, A.: "Islands of exclusivity: religious organizations and employment discrimination", *University British Columbia Law Review*, Vol. 33, 1993, pág. 719.

³⁷ VICKERS, L.: "Freedom of religion and the workplace: the draft employment equality (religion or belief) regulations 2003", *Industrial Law Journal*, Vol. 32, núm. 23, 2003, págs. 2 y ss.

³⁸ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: "Libertad ideológica, contrato de trabajo y objeción de conciencia", cit., pág. 7.

³⁹ STCo 101/2004, de 2 de junio.

⁴⁰ El empresario, en principio, puede desarrollar actos "oficiales" de empresa de cariz religioso, pero ha de quedar claro que su asistencia es absolutamente voluntaria y el trabajador tiene que tener claro que su asistencia o no a esos actos en modo alguno va a condicionar su permanencia en la empresa o sus eventuales opciones de promoción. ADAMS, J.W.: "Employers' religious rights in the workplace", cit., pág. 240 o MALONE, M.D.; HARTMAN, S.J. y PAYNE, D.: "Religion in the workplace: disparate treatment", cit., págs. 1101 y ss.

⁴¹ VALDÉS DAL-RÉ, F.: "Libertad religiosa y su problemática acomodación con la organización del trabajo", *RL*, núm. 24, 2004, pág. 1.

I. El credo religioso del candidato en el acceso al trabajo

Cuando una empresa demande mano de obra, y los candidatos al empleo concurran a las entrevistas o pruebas de selección convocadas al efecto, evidentemente, y desde criterios ineludibles de igualdad y no discriminación consagrados por el art. 14 CE [y recogidos también en las Employment Equality (Religion or Belief) Regulations dictadas en el año 2003 por la Unión Europea], tienen derecho a no ser postergados, en modo alguno⁴², por el hecho de profesar (o no profesar) una determinada religión o unas concretas ideas o creencias⁴³.

Ahora bien, resulta sumamente difícil resolver el problema relativo a cuál ha de ser la solución justa cuando el empresario no quiere contratar a un determinado trabajador porque profesa una determinada religión⁴⁴, o porque prefiere a otro que, aun no estando tan bien cualificado, se ajuste al perfil moral que el empresario desea⁴⁵.

En tal caso (y a salvo por supuesto el sector público, donde sus principios propios fuerzan a proveer la plaza conforme a los criterios de igualdad, mérito y capacidad⁴⁶), forzar al empresario a la contratación del trabajador se antoja difícil (aun cuando pudiera serlo bajo la forma de condena a emitir una declaración de voluntad para contratar al candidato más idóneo preterido por su credo religioso⁴⁷), y la solución más habitual quedará situada en la indemnización por los daños morales producidos⁴⁸.

⁴² No sólo, evidentemente, las más burdas formas de excluir a quien diga profesar un credo religioso no deseado por el empleador, sino también otras más sutiles formas de discriminación tan sólo de forma indirecta relacionadas con las creencias del candidato [contempladas en las Employment Equality (Religion or Belief) Regulations dictadas en el año 2003 por la Unión Europea], como podrían ser rechazar a quien mantuviera relaciones con miembros de un credo religioso determinado, o no viviera acorde con los criterios morales de la religión que profesa el empleador, por ejemplo por estar divorciado. VICKERS, L.: "Freedom of religion and the workplace: the draft employment equality (religion or belief) regulations 2003", cit., págs. 2 y ss.

⁴³ VALDÉS DAL-RÉ, F.: "Libertad religiosa y su problemática acomodación con la organización del trabajo", cit., pág. 1. No obstante, conviene advertir de cómo determinar quién es el sujeto protegido (por profesar una religión) resulta un extremo mucho más complicado de determinar que, por ejemplo, en los casos de discriminación por razón de sexo o de raza, MALONE, M.D.; HARTMAN, S.J. y PAYNE, D.: "Religion in the workplace: disparate treatment", cit., pág. 1099 o VICKERS, L.: "Approaching religious discrimination at work", *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, Vol. 20, núm. 2, 2004, págs. 177 y ss.

⁴⁴ DELPO, M.C.: "Never on Monday? Workplace religious discrimination in the new millennium", cit., pág. 97; ADAMS, J.W.: "Employers' religious rights in the workplace", cit., pág. 239; HENDRIKS, A.: "The expanding concept of employment discrimination in Europe: from direct and indirect discrimination to reasonable accommodation discrimination", *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, 2002, págs. 403 y ss.; WELLER, P., *et alii*: "Religious discrimination in England and Wales", *Home Office Research Studies*, núm. 220, 2001, págs. 185 y ss. o VICKERS, L.: "Approaching religious discrimination at work", cit., págs. 177 y ss.

⁴⁵ VICKERS, L.: "Freedom of religion and the workplace: the draft employment equality (religion or belief) regulations 2003", cit., pág. 6.

⁴⁶ En extenso, el discurso de ADAMS, J.W.: "Public Employees' religious rights in the workplace", *Journal of Employment Discrimination Law*, Vol. 3, núm. 1, 2001, págs. 61 y ss.

⁴⁷ Sobre esta posibilidad de condenas y su efectividad, TASCÓN LÓPEZ, R.: *La ejecución de obligaciones de hacer y no-hacer en el orden social de la jurisdicción*, Granada (Comares), 2005, págs. 125 y ss.

⁴⁸ DELPO, M.C.: "Never on Monday? Workplace religious discrimination in the new millennium", cit., pág. 97 o ADAMS, J.W.: "Employers' religious rights in the workplace", cit., pág. 239.

En cualquier caso, y como cauce para tratar de evitar que se produzcan discriminaciones, el punto de partida correcto es que el empresario no tiene derecho a conocer (y, en consecuencia, tampoco a valorar⁴⁹) el credo religioso del trabajador⁵⁰. Desde este punto de vista, conviene tener presente que, como manifestación capital del derecho de libertad ideológica en un estado “verdaderamente democrático”⁵¹, nadie está obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias (art. 16 CE).

Además, en dichos procesos de selección previos al inicio de la relación laboral, en principio, el empresario tan sólo podrá indagar sobre aspectos estrictamente laborales, es decir, sobre aquellas titulaciones, aptitudes o capacidades del trabajador necesarios para el correcto desempeño de la relación laboral a concertar entre las partes, pero nunca sobre otros aspectos de índole personal, tales como la afiliación sindical o política del trabajador, sus hábitos de vida o, en cuanto al presente trabajo hace, sus creencias religiosas.

En consecuencia, es fácil concluir, desde criterios tuitivos ínsitos al Derecho del Trabajo, no sólo ya que el trabajador no está obligado a responder sino que, en principio, al empresario le queda absolutamente prohibido efectuar todas aquellas preguntas o demandas de información dirigidas a indagar sobre cuál es el credo religioso del trabajador⁵².

Lo contrario (admitir que el trabajador no tiene porqué responder, pero que el empresario sí puede preguntar) es tanto como colocar en una situación de evidente inferioridad (rayana con la indefensión) a quien está tratando de conseguir un bien socialmente tan deseable como un empleo y, en dicha tesitura, tendrá verdaderamente poca fuerza moral para negarse a contestar a quien sabe que puede dárselo, so pena de perder sus posibilidades para obtener el puesto⁵³.

Item más, en situaciones análogas a la ahora descrita, los estudiosos del Derecho del Trabajo han venido a elaborar una construcción jurídica que ha ido ganando raigambre: el conocido como “derecho a mentir”. Esta prerrogativa del candidato al empleo (ampliable al trabajador cuando las indagaciones

⁴⁹ ESAU, A.: “Islands of exclusivity: religious organizations and employment discrimination”, cit., pág. 719.

⁵⁰ MALONE, M.D.; HARTMAN, S.J. y PAYNE, D.: “Religion in the workplace: disparate treatment”, cit., pág. 1099.

⁵¹ La prohibición de declarar sobre la propia ideología y creencias, consagrada en el art. 16.1 CE, “al igual que los derechos recogidos en el art. 20 CE...”, tienen un significado institucional y objetivo; constituyen un elemento estructural del sistema democrático que aseguran la libertad y el pluralismo, valores superiores del Estado Social y Democrático de Derecho consagrados por el artículo primero del texto constitucional, sin los cuales no podría decirse que un estado es verdaderamente democrático”, STCo 20/2000, de 14 de febrero.

⁵² Por clásico, BAYLOS GRAU, A.: “En torno al Estatuto de los Trabajadores. La prohibición de inquirir sobre la ideología, creencias y vida privada del trabajador”, en AA.VV.: *Lecciones de Derecho del Trabajo en homenaje a los profesores Chacón y Del Peso Calvo*, Madrid, 1980, págs. 307 y ss. Sobre la cuestión, imprescindibles los trabajos de GOÑI SEIN, J.L.: *El respeto a la esfera privada del trabajador*, Madrid (Civitas), 1988, págs. 94 y ss. y de VICENTE PACHÉS, F. (de): *El derecho del trabajador al respeto de su intimidad*, Madrid (CES), 1998, págs. 108 y ss.

⁵³ FAHLBECK, R.: “Ora et labora. On freedom of religion at the workplace cum balancing factors model”, cit., pág. 47.

se produjeran una vez perfeccionado el vínculo) consistiría, básicamente, en que, si el empresario le somete durante el proceso de selección a una pregunta impertinente, por abordar aspectos no laborales, sino personales del candidato, incluso manifiestamente privados o íntimos (piénsese, no sólo ya en la pregunta relativa a cuáles son las creencias religiosas del trabajador, sino en una amplia batería de otras "cuestiones odiosas" de naturaleza semejante que repudian el más elemental sentido de justicia, como, por ejemplo, cuál es la afiliación política o sindical del aspirante o si piensa tener hijos en los años futuros), podría dar una respuesta falsa conforme a cuanto considere que su interlocutor "quiere escuchar", de modo tal que el planteamiento de esa cuestión (y su respuesta expresa) no le llevarán a sufrir consecuencias perjudiciales a efectos de su no selección para el puesto de trabajo a proveer⁵⁴.

Es cierto que su justificación presenta un dudoso matiz ético, en tanto en cuanto se combate una actuación antijurídica con otra también contraria al ordenamiento, por contrariar el elemental principio de buena fe que debe presidir las relaciones entre las partes de cualquier contrato (arts. 7.1 y 1258 CC); no menos cierto resulta que se trata de la única manera de combatir en la práctica una fuente evidente de discriminación cuando el empresario quiere conocer aspectos que no tiene derecho a saber (como lo serían, sin duda, cuáles son las creencias religiosas que profesa el trabajador) y, además, pretende valorarlos de cara a tomar su decisión acerca de quién debe ocupar el puesto vacante.

Cosa distinta sería que el empresario, a través de sus preguntas, quisiera conocer aspectos que incidan directamente en el correcto desarrollo de la relación laboral, aun cuando de forma indirecta pudieran requerir un conocimiento acerca de las creencias religiosas del trabajador: por ejemplo, si el trabajador está dispuesto a cumplir con todas las tareas del puesto de trabajo (cuando alguna de ellas pudiera entrar en colisión con las exigencias derivadas de la religión que profesa) o si está en condiciones de cumplir el horario y jornada de trabajo que resulten de aplicación (cuando, de nuevo, las normas religiosas le obligaren a descansar o rendir culto en momentos coincidentes con los previstos para el trabajo en el calendario laboral de la empresa)⁵⁵.

En tales situaciones, desde luego, el interés del empresario, de evidente y estricto cariz laboral, fuerza al trabajador, desde el principio general de buena fe, a responder de forma veraz a estas manifestaciones y, aun cuando desde luego no esté obligado en modo alguno a declarar sobre cuáles son esas creencias que le impiden asumir las obligaciones laborales del puesto de trabajo (como erróneamente exige algún pronunciamiento de los Tribunales de Justi-

⁵⁴ BIBLE, J.D. y McWIRTER, D.A.: *Privacy in the workplace*, New York (Quorum books), 1990, pág. 135. En la doctrina española han aludido a este derecho a mentir, al respecto de las pruebas genéticas, FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.: *Pruebas genéticas y Derecho del Trabajo*, Madrid (Civitas), 1999, págs. 195 y ss.

⁵⁵ MALONE, M.D.; HARTMAN, S.J. y PAYNE, D.: "Religion in the workplace: disparate treatment", cit., pág. 1100.

cia⁵⁶), sí debe, al menos, poner de manifiesto, qué extremos de los exigidos en la oferta de empleo no se encuentra en condiciones de cumplir⁵⁷, debiendo añadir, quizá, que cabría esperar del empresario la buena predisposición de valorar en qué medida se pueden modular las obligaciones laborales para hacerlas compatibles con el comportamiento del candidato⁵⁸.

Si el trabajador ocultara esa imposibilidad de desarrollar determinados extremos de la relación laboral, pocas dudas pueden haber acerca de que luego no podría exigir del empresario su razonable adecuación⁵⁹. *Item* más, no resulta descabellado pensar en un error sobre las cualidades de la persona que, como vicio del consentimiento (art. 1269 CC), al manifestarse luego en el desempeño de la relación laboral, legitimaría al empresario para anular el contrato de trabajo bajo tales circunstancias suscrito.

II. El desarrollo normal de la relación laboral

1. Categoría profesional, tareas a desarrollar y objeción de conciencia

Una vez trabajador y empresario han suscrito el contrato de trabajo, de modo normal comenzará el desarrollo de la relación laboral, con todas sus vicisitudes. Como es natural, el empresario, en virtud de su poder directivo, tiene la facultad de proceder a determinar cuáles, dentro de las posibles, son las tareas concretas que ha de realizar el trabajador de entre aquellas correspondientes a la categoría profesional a la cual ha quedado adscrito por el común acuerdo de las partes en el momento de perfeccionar el vínculo laboral.

Por tal motivo, y en principio, al trabajador le es debido realizar todas aquellas tareas a las que, por contrato, se ha comprometido, sin que pueda alegar motivos de conciencia para oponerse a su desempeño; la libertad ideológica consagrada en el art. 16 CE, “por sí misma, no sería suficiente para liberar a los ciudadanos de deberes constitucionales o subconstitucionales por motivos de conciencia, con el riesgo de relativizar los mandatos jurídicos”⁶⁰.

⁵⁶ Para un caso en el que una trabajadora de religión musulmana, contratada para prestar servicios en las tiendas del Aeropuerto de Barajas, a los pocos días de ser contratada, remite carta a la empresa solicitando que se le permitiera utilizar un uniforme distinto y más largo al de sus compañeras, se le adecuara el horario de trabajo para poder descansar los viernes de 13,30 a 16,30 horas para cumplir con la obligación de rezo colectivo y se le revisaran sus tareas para que no se viera obligada a manipular productos con alcohol o derivados del cerdo. STSJ Madrid 27 octubre 1997 (AS 3751).

⁵⁷ MALONE, M.D.; HARTMAN, S.J. y PAYNE, D.: “Religion in the workplace: how much is too much?”, cit., págs. 1074 y ss.

⁵⁸ En este sentido, RIERA VAYREDA, C.: *El despido nulo*, Valencia (Tirant lo Blanch), 1999, págs. 168 y ss.

⁵⁹ Conclusión final de la STSJ Madrid 27 octubre 1997 (AS 3751).

⁶⁰ STCo 160/1987, de 14 de mayo.

Bien es verdad que, aun cuando no quepa obviar la escasa fuerza negociadora del trabajador individual, resulta posible que, en el momento de concertar el vínculo y dentro del respeto a las normas de orden público laboral y las buenas costumbres⁶¹, las partes hayan llegado a alguna clase de pacto singular que amparase las creencias religiosas del trabajador, pudiendo quedar eximido de alguna tarea u obligación propia de una determinada categoría profesional por motivos de conciencia aceptados por el empresario⁶².

En este sentido parece oportuno precisar cómo, en realidad, el empresario debería estar dispuesto en este momento inicial de la relación, al menos, a plantearse la posibilidad real de adecuar las condiciones de trabajo del puesto ofertado a las creencias religiosas del trabajador, siempre y cuando dicho cambio no afecte de manera sustancial al futuro desarrollo de la relación, pues lo contrario podría muy bien ser calificado como una forma de discriminación indirecta (también reprobada por el ordenamiento jurídico), al exigirse unas condiciones y requisitos que, si bien pueden aparecer perfiladas con carácter general, *de facto* perjudican al colectivo que profese unas determinadas creencias religiosas por hacerles virtualmente imposible su ingreso en la organización productiva⁶³.

Tampoco es ocioso recordar ahora, aun cuando se analizará con mayor detalle en su debido momento, cómo el Estado español ha tratado de fomentar esta deseable negociación singular de las condiciones de trabajo a través de los acuerdos alcanzados con varias confesiones religiosas, principalmente en materia de descansos laborales. Sea como fuere, si ambas partes han acordado libremente dicha exención, por tal compromiso han de estar y pasar a la hora de desarrollar la relación laboral.

No puede dejar de hacerse notar cómo, en sentido contrario, resulta de todo punto lesiva del derecho fundamental (y por tanto nula de pleno derecho, teniéndose por no puesta y siendo sustituida por los preceptos jurídicos apropiados, ex art. 9 ET) una eventual cláusula mediante la cual el empresario tratara de imponer al trabajador unas determinadas creencias o le forzara a realizar una serie de prácticas religiosas, y aun cuando (principio de irrenunciabilidad manda, ex art. 3 ET) el trabajador estuviera dispuesto a aceptarlas "voluntariamente" para evitar perder el empleo⁶⁴.

⁶¹ FAHLBECK, R.: "Ora et labora. On freedom of religion at the workplace cum balancing factors model", cit., págs. 47 y 48.

⁶² VALDÉS DAL-RÉ, F.: "Libertad religiosa y su problemática acomodación con la organización del trabajo", cit., pág. 3.

⁶³ HENDRIKS, A.: "The expanding concept of employment discrimination in Europe: from direct and indirect discrimination to reasonable accommodation discrimination", cit., págs. 403 y ss.; WELLER, P., *et alii*: "Religious discrimination in England and Wales", cit., pág. 177 y ss.; CUMPER, S.: "The public manifestation of religion or belief: challenges for a multi-faith Society in the twenty-first century", en AA.VV. (O'DAIR, P. y LEWIS, E., Eds): *Current legal Issues*, cit., pág. 2, pág. 325; DELPO, M.C.: "Never on Monday? Workplace religious discrimination in the new millennium", cit., pág. 97 o VICKERS, L.: "Approaching religious discrimination at work", cit., pág. 184.

⁶⁴ ADAMS, J.W.: "Employers' religious rights in the workplace", cit., pág. 240; FAHLBECK, R.: "Ora et labora. On freedom of religion at the workplace cum balancing factors model", cit., pág. 48 o MALONE, M.D.; HARTMAN, S.J. y PAYNE, D.: "Religion in the workplace: disparate treatment", cit., págs. 1101 y ss.

En ausencia de pacto expreso, la empresa parece convertirse “en un espacio laico, refractario a cualquier cambio proveniente de las convicciones de los trabajadores”⁶⁵ y resulta muy difícil justificar que el trabajador pueda tener con posterioridad un pretendido derecho de objeción de conciencia por motivos religiosos para negarse a realizar alguna de las tareas a las que contractualmente se encuentra obligado⁶⁶, aun cuando el Tribunal Constitucional lo ha venido a reconocer para el supuesto del personal sanitario de la Seguridad Social en relación con la práctica de abortos (mediante el cual los sujetos implicados podrían legítimamente oponerse a su realización por motivos ideológicos), y ello a pesar de su falta de reconocimiento legal⁶⁷; también para aquel caso en el que la policía nacional se negara a participar en una procesión de semana santa cuando se aprecie que la finalidad real de la intervención policial no es la de garantizar el orden público, sino contribuir a la solemnidad religiosa del acto⁶⁸.

Por lo demás, este derecho de objeción de conciencia sólo se encuentra expresamente reconocido por el ordenamiento jurídico (además de a nivel constitucional para oponerse al ya desaparecido servicio militar obligatorio, art. 30.2 CE) para los periodistas, como mecanismo de garantía de su independencia profesional, cuando la empresa de comunicación para la que trabajen cambien sustancialmente de línea editorial, pudiendo entonces el profesional de la información resolver su vínculo laboral con derecho a indemnización⁶⁹.

El aislado, y hasta cierto punto excepcional, pronunciamiento del Tribunal Constitucional respecto a la objeción de conciencia a la práctica de abortos por el personal médico de la Seguridad Social y el más genérico de la policía para participar en actos religiosos no demandado por necesidades de orden público podría llevar a cuestionarse si el planteamiento podría ser generalizado, para otorgar así carta de naturaleza a un pretendido derecho de incumplir por motivos de conciencia determinadas obligaciones laborales.

La respuesta, en principio, y desde criterios contractualistas ha de ser negativa (aun cuando no falten otros pronunciamientos constitucionales que, a partir de un respeto máximo de las facultades de autodeterminación del individuo, son capaces de abonar la tesis afirmativa, como por ejemplo aquel que permitió a los padres oponerse por razones religiosas a una transfusión de sangre

⁶⁵ VALDÉS DAL-RE, F.: “Libertad religiosa y su problemática acomodación con la organización del trabajo”, cit., pág. 3.

⁶⁶ “Los motivos de conciencia no liberan a los ciudadanos de los deberes laborales que derivan de un contrato libremente aceptado por el trabajador, y que son deberes que la persona conoce y voluntariamente asume”, RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: “Libertad ideológica, contrato de trabajo y objeción de conciencia”, cit., pág. 12.

⁶⁷ “El derecho de objeción de conciencia existe y puede ser ejercido con independencia de que se haya dictado o no una regulación legal. La objeción de conciencia forma parte del contenido del derecho fundamental a la libertad ideológica y, en cuanto derecho constitucional, es directamente aplicable”, STCo 53/1985, de 13 de febrero.

⁶⁸ STCo 101/2004, de 2 de junio.

⁶⁹ Dicho reconocimiento constitucional, que preexiste a su reconocimiento legal, aparece dirigido a garantizar la libertad del ejercicio profesional de los periodistas, “pieza esencial del Estado Democrático de Derecho, para garantizar la formación de una opinión pública libre”, SSTCo 173/1995, de 3 de septiembre y 240/1999, de 11 de noviembre.

necesaria para la supervivencia de su hijo⁷⁰), pues si el trabajador no puede desempeñar sus cometidos laborales debido a sus creencias, o bien debiera no haber aceptado en su momento un empleo en el que sabía que no iba a poder cumplir con todas sus obligaciones (para lo cual, cabalmente, debió haber recibido toda la información necesaria respecto a cuáles iban a ser sus obligaciones⁷¹), o bien debiera plantearse extinguir el vínculo contractual mediante su dimisión⁷².

Con todo, la negación de un derecho de objeción de conciencia del trabajador ha de ser matizado, de alguna manera, en atención al carácter preeminente que los derechos fundamentales tienen cuando entran en colisión con otros intereses legítimos (como en el caso ocurre con el interés empresarial a que el trabajador realice una determinada actividad profesional) y que fuerza a realizar una interpretación que permita el máximo desarrollo posible de dicho derecho fundamental, lo cual se concreta no sólo en remover todos los obstáculos que pudieran impedir su ejercicio, sino también en facilitarlos en la medida de lo posible⁷³.

En definitiva, si se acepta aquella tesis conforme a la cual “sobre el empresario pesa no sólo el deber negativo de no inmiscuirse en las creencias del trabajador, sino también el positivo de facilitar lo máximo posible la práctica religiosa de su personal”⁷⁴, será menester concluir que resulta posible exigir al empresario que, en la adopción de este tipo de decisiones en las que el trabajador haya alegado motivos de conciencia (y concediéndole aquí un espacio más amplio para verificar que las creencias del trabajador son “sinceras”⁷⁵), actúe desde criterios flexibles y capaces de conciliar sus intereses con el ejercicio del derecho fundamental⁷⁶.

En efecto, es cierto que el empresario tiene derecho a obtener del trabajador la prestación para la cual éste se ha comprometido. No menos verdad resulta que, en muchos casos, el perjuicio derivado para la empresa de que un

⁷⁰ STCo 154/2002, de 21 de mayo.

⁷¹ FAHLBECK, R.: “Ora et labora. On freedom of religion at the workplace cum balancing factors model”, cit., pág. 51.

⁷² Planteando la cuestión con toda crudeza, RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: “Libertad ideológica, contrato de trabajo y objeción de conciencia”, cit., pág. 7. En igual sentido, pero razonado desde la óptica de otros derechos fundamentales, PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: “Sobre el derecho a la propia imagen. A propósito de la STCo 170/1987, de 30 de octubre”, *Poder Judicial*, núm. 10, 1988, págs. 81 y ss.

⁷³ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a.F.: “Libertad ideológica y prestación de servicios”, *RL*, núm. 7, 1985, págs. 4 y ss.; REY GUANTER, S. DEL: “Contrato de trabajo y derechos fundamentales en la doctrina del Tribunal Constitucional”, en AA.VV. (ALARCÓN CARACUEL, M.R., Coord.): *Constitución y Derecho del Trabajo*, Madrid, Marcial Pons, 1992, págs. 48 y ss. o ORTIZ LALLANA, M^a.C.: “Derechos fundamentales y relación laboral”, *RMTAS*, núm. 13, 1998, págs. 15 y ss. Con carácter general, BILBAO UBILLOS, J.M.: *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Análisis de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Madrid (Tecnos), 1997, págs. 711 y ss.

⁷⁴ VALDÉS DAL-RÉ, F.: “Libertad religiosa y su problemática acomodación con la organización del trabajo”, cit., pág. 2.

⁷⁵ ADAMS, J.W.: “Employers’ religious rights in the workplace”, cit., pág. 239 o VICKERS, L.: “Approaching religious discrimination at work”, cit., pág. 184.

⁷⁶ MALONE, M.D.; HARTMAN, S.J. y PAYNE, D.: “Religion in the workplace: how much is too much?”, cit., pág. 1077.

trabajador no esté dispuesto a desarrollar, por motivos de conciencia, alguna de las tareas a que le obliga su puesto puede ser mínimo, incluso insignificante, y puede quedar resuelto con carácter interno si la propia empresa muestra su predisposición de realizar una mínima y razonable tarea re-organizativa para adecuar las funciones del trabajador a las necesidades de la empresa⁷⁷.

Ciertamente, no puede decirse que el empresario esté actuando del modo más respetuoso con el derecho fundamental a la libertad religiosa cuando exige de forma incondicionada y tajante la prestación debida en aquellos casos en los cuales el dilema moral del trabajador le impide realizar, no todas, ni siquiera las fundamentales, sino tan sólo algunas de las funciones tangenciales o cualitativa o cuantitativamente poco importantes dentro del conjunto de las funciones propias de su categoría profesional, y además, y por las circunstancias, al empresario le podría resultar sencillo asignar dicha tarea a algún otro trabajador (que no sufra el dilema ético por tener creencias distintas⁷⁸), con la consiguiente redistribución a modo de descarga de otras tareas de las cuales habrá de hacerse cargo como forma de compensación el objeto⁷⁹.

Los derechos fundamentales consagrados en la Constitución exigen de todos una interpretación lo más expansiva posible de las formas de su ejercicio y, en tales casos, cuando no existan perjuicios para la empresa ni para el compañero afectado, parece de recibo demandar del rector de la organización productiva el esfuerzo de realizar esta actividad organizativa, capaz de conciliar los intereses de las partes, en lugar de recurrir a la mucho más drástica solución de extinguir el vínculo contractual⁸⁰.

Aceptar lo contrario (que el empresario pudiera exigir incondicionalmente una actividad laboral que es contraria al credo religioso de un trabajador determinado y cuya realización, además, puede quedar debidamente solventada a través de otros mecanismos sin perjuicio tangible para la organización productiva), sería tanto como permitir una conducta empresarial que, amén de poco tolerante y escasamente sensible con la libertad religiosa, sería rayana con la arbitrariedad⁸¹.

⁷⁷ Esta es la tesis de fondo que parece abonar la STCo 101/2004, de 2 de junio. RIERA VAYREDA, C.: *El despido nulo*, cit., págs. 168 y ss.

⁷⁸ HAGER, M.: "Religious restraint?", *Journal of Employment Discrimination Law*, Vol. 2, núm. 3, 2000, pág. 220.

⁷⁹ MALONE, M.D.; HARTMAN, S.J. y PAYNE, D.: "Religion in the workplace: religious activities on the job", cit., pág. 1091.

⁸⁰ Tesis ampliamente desarrollada en RIERA VAYREDA, C.: *El despido nulo*, cit., págs. 168 y ss.

⁸¹ FAHLBECK, R.: "Ora et labora. On freedom of religion at the workplace cum balancing factors model", cit., pág. 50 o MALONE, M.D.; HARTMAN, S.J. y PAYNE, D.: "Religion in the workplace: disparate treatment", cit., pág. 1100.

2. El ejercicio ordinario del poder directivo empresarial

El poder de dirección del empresario le permite organizar y regir los destinos de la organización productiva y, en dicho contexto, impartir instrucciones, singulares o generales, acerca de cómo quiere que sean desarrolladas las prestaciones de servicios y, en general, como quiere que sea la actitud y comportamiento de los trabajadores en la empresa⁸².

Ahora bien, estas facultades directivas son de carácter estrictamente profesional, esto es, han de ceñirse a aspectos relacionados con el trabajo, sin que puedan afectar a otros de naturaleza personal o íntima. En este sentido, cabe recordar cómo la obediencia debida por el trabajador se mantiene en tanto en cuanto la orden empresarial sea regular y no puede decirse que merezca tal calificación una instrucción del empresario que, llevado por sus personales creencias (y en un acto de proselitismo mal entendido), impusiera al trabajador a profesar una determinada creencia, asistir a un determinado acto de culto o realizar una determinada práctica religiosa; tampoco aquella que prohibiera al trabajador profesar su religión o impusiera un cambio de ideas⁸³.

En general, el empresario ha de saber conjugar en esta faceta una doble vertiente, para llegar, más que a la "empresa laica"⁸⁴ a la "empresa neutral", que puede estar ideológicamente comprometida pero, a la vez, se muestra plenamente respetuosa con el derecho de libertad religiosa de los trabajadores⁸⁵.

De un lado, el empresario ostenta el derecho a profesar su religión, incluso a dotar a su organización productiva de unos principios o ética acordes con esa religión, organizando actos "oficiales" de culto u oración o haciendo constar en la sede de la empresa signos representativos de una determinada religión (siempre que no sean hostiles o agresivos de la dignidad humana⁸⁶).

De otro, el saber respetar en tales actuaciones el derecho de libertad religiosa de los trabajadores, lo cual supone permitirles tener sus propias convicciones y, más aún, no presionarles en modo alguno para que acepten el credo "oficial" de la empresa. Por tal motivo, aun cuando resulte razonable que pueda invitar a participar en dichos actos a todos los trabajadores, lo cierto

⁸² MALONE, M.D.; HARTMAN, S.J. y PAYNE, D.: "Religion in the workplace: religious activities on the job", cit., pág. 1091.

⁸³ VALDÉS DAL-RÉ, F.: "Libertad religiosa y su problemática acomodación con la organización del trabajo", cit., pág. 1.

⁸⁴ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: "Libertad ideológica, contrato de trabajo y objeción de conciencia", cit., pág. 7.

⁸⁵ FAHLBECK, R.: "Ora et labora. On freedom of religion at the workplace cum balancing factors model", cit., pág. 53.

⁸⁶ Aun cuando seguramente tales manifestaciones no tengan cabida en los centros de trabajo públicos de un Estado aconfesional, como ha sido declarado en Suecia o Alemania respecto del crucifijo en las escuelas públicas, FAHLBECK, R.: "Ora et labora. On freedom of religion at the workplace cum balancing factors model", cit., pág. 35.

es que en modo alguno puede obligarles a participar⁸⁷, ni siquiera invitarles tan encarecidamente como para hacer sentir al trabajador que su continuidad en la empresa, o su eventual promoción a un puesto superior, dependen de acatar dichas creencias y prácticas religiosas⁸⁸.

De igual modo, el empleador no puede pretender que los trabajadores a su servicio se comporten en su vida privada acorde con las exigencias morales de la religión que él profesa, y en modo alguno puede tratar de interferir en dichas decisiones, ni mucho menos perjudicar laboralmente a quien no decida acatar sus postulados (piénsese, por ejemplo, un empresario estricto que no fuera capaz de aceptar el divorcio de uno de sus operarios)⁸⁹.

Además, y en caso de excederse en tales facultades y tratar de impartir instrucciones que afecten a ese reducto personal del operario, en modo alguno el trabajador estaría obligado a asumir dichas órdenes, cabiéndole un particular *ius resistentiae* en virtud de la vertiente negativa del derecho de libertad religiosa (art. 16 CE)⁹⁰, que supone, no sólo que la persona (trabajador) pueda profesar las creencias que desee, sino también que no puede ser obligado a profesar ninguna⁹¹, pudiendo impugnarla ante los tribunales como lesiva de sus derechos fundamentales⁹², con las garantías, pues, del proceso especial para su tutela contempladas en los arts. 175 y ss. LPL.

Cosa distinta sería que el empresario impartiera órdenes de clara naturaleza laboral, aun cuando pudieran tener una repercusión indirecta en el plano moral o religioso, en cuyo caso podrían entenderse legítimas si resultan proporcionadas a la finalidad pretendida⁹³: por ejemplo, y para un policía nacional, acudir a una procesión de semana santa para garantizar el orden público⁹⁴; de igual modo, y con carácter más general, no blasfemar en el centro de trabajo (sobre todo si se ha de tener trato directo con clientes o proveedores) para evitar la mala impresión que el descortés uso del lenguaje provoca; en fin, y por no seguir, no llevar determinadas ropas o signos (tales como velos, turbantes,

⁸⁷ STCo 101/2004, de 2 de junio.

⁸⁸ ADAMS, J.W.: "Employers' religious rights in the workplace", cit., pág. 240 o DELPO, M.C.: "Never on Monday? Workplace religious discrimination in the new millennium", cit., pág. 97.

⁸⁹ VICKERS, L.: "Freedom of religion and the workplace: the draft employment equality (religion or belief) regulations 2003", cit., págs. 2 y ss.

⁹⁰ Según reconoce VALDÉS DAL-RÉ, F.: "Libertad religiosa y su problemática acomodación con la organización del trabajo", cit., pág. 1.

⁹¹ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: "Libertad ideológica, contrato de trabajo y objeción de conciencia", cit., pág. 7.

⁹² STCo 101/2004, de 2 de junio.

⁹³ CUMPER, S.: "The public manifestation of religion or belief: challenges for a multi-faith Society in the twenty-first century", en AA.VV. (O'DAIR, P. y LEWIS, E., Eds): *Current legal Issues*, Vol. 4, Oxford (Oxford University Press), 2000, pág. 325.

⁹⁴ A *contrario sensu*, STCo 101/2004, de 2 de junio.

crucifijos, etc) cuando pudieran perjudicar u obstaculizar el correcto desempeño de la prestación laboral (si bien la justificación de la orden desaparece cuando en modo alguno dificulten tal prestación, como habrá ocasión de comprobar en detalle en su momento oportuno)⁹⁵.

Por otro lado, y dentro del específico marco del desarrollo de la relación laboral, las facultades de control que, como correlato lógico al poder de dirección, el art. 20 ET asigna al empresario, en modo alguno justifican una indagación o investigación acerca de la opción ideológica del trabajador⁹⁶, en la cual cabe sin ninguna duda entender incluida la opción religiosa⁹⁷.

De igual modo, es menester poner de manifiesto cómo, dentro de las implicaciones en materia de credo religioso, al poder directivo empresarial no sólo le corresponde esta labor negativa de no injerencia en las creencias y comportamientos de los trabajadores, sino también una tarea positiva, cual es la de garantizar la pacífica y tolerante convivencia de sus trabajadores (objetivo difícil pero posible⁹⁸) en el seno de la organización productiva, sin cometer, pero también sin permitir el conocido como “acoso por motivos religiosos”, esto es, aquel en el que el propio empresario o un colectivo de trabajadores llevan a cabo un comportamiento no deseado relacionado con la religión o creencias de otro trabajador, con el propósito de crear un ambiente hostil y atentar contra su dignidad humana⁹⁹.

3. Modificación sustancial de condiciones de trabajo

Al ser el contrato de trabajo uno de esos calificados como de tracto sucesivo y desarrollarse sus prestaciones de forma continuada a lo largo de un período más o menos prolongado de tiempo, necesidades prácticas innegables han llevado a permitir que dicha relación pueda ser objeto de novación en su contenido por el empresario para ajustarla en todo momento a las necesidades prácticas de la organización productiva (art. 41 ET).

⁹⁵ MALONE, M.D.; HARTMAN, S.J. y PAYNE, D.: “Religion in the workplace: religious activities on the job”, cit., pág. 1091 o FAHLBECK, R.: “Ora et labora. On freedom of religion at the workplace cum balancing factors model”, cit. 61.

⁹⁶ STCo 292/1993, de 9 de diciembre.

⁹⁷ Sobre la cuestión, BAYLOS GRAU, A.: “En torno al Estatuto de los Trabajadores. La prohibición de inquirir sobre la ideología, creencias y vida privada del trabajador”, en AA.VV.: *Lecciones de Derecho del Trabajo en homenaje a los profesores Chacón y Del Peso Calvo*, cit., págs. 307 y ss.

⁹⁸ SMITH, S.D.: *A critical diagnostic of religious freedom in America*, New York (New York University Press), 2001, págs. 145 y ss.

⁹⁹ Esta nueva figura denominada “Acoso por motivos religiosos” aparece expresamente contemplada, en los términos descritos, en las Employment equality (religion or belief) regulations 2003. VICKERS, L.: “Freedom of religion and the workplace: the draft employment equality (religion or belief) regulations 2003”, cit., pág. 3.

Evidentemente, el ordenamiento jurídico no atribuye esta facultad novatoria al empresario de forma omnimoda. En este sentido, procede recordar cómo, aun cuando las modificaciones no sustanciales de las condiciones de trabajo quedan dentro del *ius variandi* ordinario del empresario, y no requieren especial justificación, deben ser realizadas sin tratos discriminatorios o lesivos de derechos fundamentales.

Por otro lado, cuando la modificación es sustancial, el ordenamiento laboral la sujeta a unos requisitos de forma y a la concurrencia de alguna de esas anfibológicas “causas económicas, técnicas, organizativas o de producción”, exigiendo, por tanto, que la modificación esté justificada desde el punto de vista de gestión empresarial y no resulte absurda o discriminatoria.

Así las cosas, puede suceder que el cambio de las condiciones de trabajo afecte al trabajador de forma perjudicial (entre otros muchos posibles aspectos) en materia religiosa, por ejemplo, si una modificación de jornada, horario o turnos le impide la asistencia a actos de culto o la conmemoración de festividades que podía llevar a cabo en las condiciones de trabajo no modificadas, o a partir de un cambio de funciones le son asignadas tareas nuevas que resultan incompatibles con sus creencias religiosas y que, cuando suscribió el vínculo laboral, no estaba obligado a efectuar.

En tal sentido, cabe sentar dos cosas: de un lado, que cuando la asignación de nuevas tareas choque con las creencias del trabajador resulta mucho más justificado un hipotético derecho de objeción de conciencia, pues, obviamente, no había habido aceptación expresa por parte del trabajador, sino que es una exigencia unilateral y *a posteriori* del empresario. Incluso el Tribunal Constitucional ha venido a reconocer, al menos en algunos casos (personal sanitario de la seguridad social en relación con la práctica de abortos), una suerte de derecho de objeción de conciencia, mediante el cual el trabajador podría legítimamente oponerse a su realización por motivos ideológicos¹⁰⁰.

De otro, que cuando el empresario vaya a proceder a una reasignación de tareas ha de valorar, además de cuantos extremos técnicos considere necesarios, la concreta situación del ejercicio de derechos fundamentales (entre ellos de libertad religiosa) de los trabajadores a su servicio, debiendo tratar de ajustar, dentro de lo posible, la modificación sustancial a las creencias de los trabajadores afectados (por ejemplo, asignando las tareas que puedan resultar éticamente comprometidas a aquellos trabajadores que no tengan creencias incompatibles), pues lo contrario podría llegar a ser constitutivo de discriminación indirecta, en

¹⁰⁰ “El derecho de objeción de conciencia existe y puede ser ejercido con independencia de que se haya dictado o no una regulación legal. La objeción de conciencia forma parte del contenido del derecho fundamental a la libertad ideológica y, en cuanto derecho constitucional, es directamente aplicable”, STCo 53/1985, de 13 de febrero.

tanto perjudican a un determinado trabajador (o colectivo) por detentar unas concretas creencias¹⁰¹.

Además, y desde las consecuencias jurídicas aparejadas a la modificación sustancial, procede recordar cómo, con carácter general, el ordenamiento laboral confiere al trabajador diversas opciones frente a la modificación sufrida: de un lado, aceptar la medida y continuar el desempeño de la prestación en las nuevas circunstancias. De otro, impugnarla si considera que no está debidamente justificada por no concurrir la causa demandada por el ordenamiento jurídico. En fin, rescindir el contrato cuando la modificación le perjudique y afecte a la jornada, horario o turnos, teniendo derecho a una indemnización de veinte días de salario por año de servicio con un tope de nueve mensualidades.

Como tiene sentado la jurisprudencia, ese “perjuicio del trabajador debe ser acreditado”¹⁰², lo cual ocurrirá cuando presente en juicio un panorama en el que se aprecien las mayores dificultades que, bajo las nuevas circunstancias, existen en su vida para continuar el normal ejercicio de sus creencias religiosas que hasta ese momento había venido realizando pacíficamente.

Además, hay que recordar cómo la indemnización aparejada a la rescisión del contrato se eleva hasta la máxima prevista por el ordenamiento laboral (45 días de salario por año de servicio con un tope de 42 mensualidades) cuando la modificación de las condiciones haya sido vejatoria o perjudique la formación profesional del trabajador [art. 50.1.a) ET], regla que también se aplica en fase de ejecución de sentencias cuando el empresario no haya querido reponer al trabajador a las anteriores condiciones de trabajo cuando la modificación hubiera sido declarada injustificada (art. 138 LPL).

Bien es cierto que, en principio, un cambio de condiciones de trabajo no es vejatoria por el hecho de dificultar la vida religiosa (extralaboral) del trabajador¹⁰³, pero sí podría llegar a serlo cuando el empresario, haciendo un uso torticero de sus facultades rectoras, haya elegido precisamente esta vía para “castigar” al trabajador, imponiéndole unas condiciones que sabe incompatibles con sus creencias religiosas para perjudicarlo y buscando, quizá en último término, su marcha de la empresa.

Por otro lado, y valorando la perspectiva contraria a la hasta ahora expuesta, resulta posible que sea, no ya el empresario, sino el propio trabajador quien demande una modificación de las condiciones de trabajo debido a un

¹⁰¹ HENDRIKS, A.: “The expanding concept of employment discrimination in Europe: from direct and indirect discrimination to reasonable accommodation discrimination”, cit., págs. 403 y ss.; WELLER, P., *et alii*: “Religious discrimination in England and Wales”, cit., pág. 177 y ss.; CUMPER, S.: “The public manifestation of religion or belief: challenges for a multi-faith Society in the twenty-first century”, en AA.VV. (O’DAIR, P. y LEWIS, E., Eds): *Current legal Issues*, cit., pág. 325; DELPO, M.C.: “Never on Monday? Workplace religious discrimination in the new millennium”, cit., pág. 97 o VICKERS, L.: “Approaching religious discrimination at work”, cit., pág. 184.

¹⁰² STS 18 marzo 1996 (RJ 2082).

¹⁰³ FAHLBECK, R.: “Ora et labora. On freedom of religion at the workplace cum balancing factors model”, cit., pág. 58.

cambio en sus creencias religiosas que trae consigo la imposibilidad de sujetarse a las mismas condiciones laborales aceptadas en el inicio de la relación¹⁰⁴.

En principio, tal facultad del trabajador parece absolutamente extraña al Derecho español, en tanto en cuanto el Tribunal Constitucional ha aceptado una perspectiva un tanto pobre en esta materia, para declarar, con claridad meridiana, que el empresario en modo alguno queda obligado a realizar la adaptación de las condiciones de trabajo a las nuevas creencias de la trabajadora, la cual, en el caso examinado por el alto Tribunal, se había convertido a la religión adventista del séptimo día y, en consecuencia, pretendía que, en virtud de su derecho de libertad religiosa, su descanso semanal fuera trasladado al sábado¹⁰⁵. Sí lo ha reconocido, en cambio, a aquel funcionario público que, alegando motivos religiosos pretendía no ser obligado a participar en un acto de naturaleza religiosa, como es una procesión de semana santa¹⁰⁶.

Con semejante doctrina, el máximo intérprete de la Constitución viene a reconocer que sobre el empresario pesa, tan sólo, un deber negativo de respeto y no injerencia en las creencias del trabajador, pero no da un paso más (como demandaría su natural vocación a velar por los derechos fundamentales de los ciudadanos) para establecer una suerte de deber positivo ordenado a permitir el mayor y mejor ejercicio de tal derecho en el seno de la empresa¹⁰⁷, lo cual podría ser muy calificado como una discriminación indirecta que el ordenamiento jurídico debería tratar de reparar¹⁰⁸.

La conocida doctrina de efectividad máxima de los derechos fundamentales, de la que se dio cuenta páginas atrás¹⁰⁹, demandaría, en este como en tantos otros casos, una interpretación más acorde con el disfrute real y efectivo del derecho fundamental de libertad religiosa¹¹⁰, requiriendo la actuación

¹⁰⁴ HENDRIKS, A.: "The expanding concept of employment discrimination in Europe: from direct and indirect discrimination to reasonable accommodation discrimination", cit., págs. 403 y ss.; DELPO, M.C.: "Never on Monday? Workplace religious discrimination in the new millennium", cit., pág. 97 o VICKERS, L.: "Approaching religious discrimination at work", cit., pág. 184.

¹⁰⁵ STCo 19/1985, de 13 febrero. En igual sentido, STCo 129/1989, de 17 de julio, y con similares criterios parece pronunciarse el Tribunal Europeo de Derechos humanos en su sentencia de 9 de abril de 1997, asunto *Stedman vs. Royaume-Uni*.

¹⁰⁶ STCo 101/2004, de 2 de junio.

¹⁰⁷ CASAS BAAMONDE, M^a.E.; BAYLOS GRAU, A. y ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: "El Estatuto de los Trabajadores. Diez años después: pervivencias, insuficiencias, desviaciones y reformas", *RL*, núms. 6-7, 1990, págs. 139 y ss.

¹⁰⁸ HENDRIKS, A.: "The expanding concept of employment discrimination in Europe: from direct and indirect discrimination to reasonable accommodation discrimination", cit., págs. 403 y ss.; WELLER, P., *et alii*: "Religious discrimination in England and Wales", cit., pág. 177 y ss.; DELPO, M.C.: "Never on Monday? Workplace religious discrimination in the new millennium", cit., pág. 97 o VICKERS, L.: "Approaching religious discrimination at work", cit., pág. 184.

¹⁰⁹ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a.F.: "Libertad ideológica y prestación de servicios", cit., págs. 4 y ss.; REY GUANTER, S. DEL: "Contrato de trabajo y derechos fundamentales en la doctrina del Tribunal Constitucional", cit., págs. 48 y ss. o ORTIZ LALLANA, M^a.C.: "Derechos fundamentales y relación laboral", cit., págs. 15 y ss.

¹¹⁰ "La principal crítica de esta orientación jurisprudencial es la renuncia que hacen los tribunales a buscar vías de adecuación y ajuste razonable entre el ejercicio del derecho fundamental que es la libertad religiosa y la organización del trabajo. Una cosa es sostener que al empresario no corresponde el establecimiento de aquellas medidas enderezadas a

positiva del empresario para tratar de lograr su conciliación con el desempeño de la prestación laboral¹¹¹, concediéndole, si acaso, un derecho a verificar que las creencias alegadas por el trabajador son “sinceras” y no esconden un mero propósito fraudulento de mejorar sus condiciones de trabajo¹¹².

En este sentido cabría apostar, de *lege ferenda*, por una especie de derecho a la “acomodación razonable de las condiciones de trabajo”¹¹³, similar al reconocido en el derecho anglosajón (países más sensibles hacia estas preocupaciones, quizá debido al notable pluralismo religioso que de siempre estas sociedades han tenido), mediante el cual el trabajador que, a través de su discurrir vital, ha cambiado sus creencias (o reforzado las que ya tenía), puede demandar del empresario un esfuerzo para que, en tanto no suponga un “gravamen excesivo” para los intereses de la organización productiva, proceda a una redefinición de las condiciones de trabajo que resulten acordes a su nueva ideología¹¹⁴.

Ahora bien, no es posible omitir cómo la instrumentación de este armazón teórico presenta, en la práctica, arduos problemas ínsitos a cualquier realidad en la que existan conceptos jurídicos indeterminados, sobre todo a la hora de proceder a precisar el contenido (reconducible en último extremo a su aspecto de coste económico¹¹⁵) de esas obligaciones del empresario, habiéndose decantado la práctica judicial norteamericana por exigir, tan sólo, unos niveles mínimos de adaptación razonable por parte del empleador¹¹⁶.

garantizar la efectividad del hecho religioso y otra bien distinta reducir el contenido de la libertad religiosa en el ámbito del contrato de trabajo a una prohibición de injerencia”, VALDÉS DAL-RE, F.: “Libertad religiosa y su problemática acomodación con la organización del trabajo”, cit., pág. 3.

¹¹¹ FAHLBECK, R.: “Ora et labora. On freedom of religion at the workplace cum balancing factors model”, cit., pág. 58.

¹¹² ADAMS, J.W.: “Employers’ religious rights in the workplace”, cit., pág. 239 o VICKERS, L.: “Approaching religious discrimination at work”, cit., pág. 184.

¹¹³ Sobre la construcción dogmática de un derecho que puede decirse que arranca jurídicamente en el célebre Tit. VII de la Civil Rights Act de 1964 en EE.UU, MALONE, M.D.; HARTMAN, S.J. y PAYNE, D.: “Religion in the workplace: how much is too much?”, cit., pág. 1077; HENDRIKS, A.: “The expanding concept of employment discrimination in Europe: from direct and indirect discrimination to reasonable accommodation discrimination”, cit., págs. 403 y ss.; WELLER, P., *et alii*: “Religious discrimination in England and Wales”, cit., pág. 177 y ss. o VICKERS, L.: “Approaching religious discrimination at work”, cit., págs. 177 y ss.

¹¹⁴ “Aun cuando tal perspectiva no sea aceptable desde una óptica contractualista, sí lo es desde una óptica organicista de la empresa, donde el eje de referencia sea el propio funcionamiento de la empresa. Por ello, se podrá obligar al empresario a que realice una adecuación de la prestación de servicios para hacerla mínimamente compatible con el ejercicio del derecho fundamental del trabajador, siempre que no suponga un grave trastorno para la organización de la empresa, pero no necesariamente esa adecuación tiene que ser la que haya solicitado el trabajador. El empresario está obligado a facilitar el ejercicio, pero no a soportar un sacrificio tal que deje sin sentido el contrato celebrado”, RIERA VAYREDA, C.: *El despido nulo*, cit., pág. 169.

¹¹⁵ HAGER, M.: “Religious restraint?”, *Journal of Employment Discrimination Law*, Vol. 2, núm. 3, 2000, pág. 220.

¹¹⁶ Para la procedencia de la “acomodación razonable” los tribunales vienen a exigir tres requisitos: de un lado, que el trabajador profese la creencia de buena fe; de otro, que haya informado al empresario sobre la incompatibilidad laboral que dicha creencia comporta; en fin, que los cambios necesarios en la organización productiva no supongan un gravamen excesivo para la empresa, lo cual suele provocar que el nivel de cambios exigidos sean realmente mínimos. HENDRIKS, A.: “The expanding concept of employment discrimination in Europe: from direct and indirect discrimination to reasonable accommodation discrimination”, cit., págs. 403 y ss. o, en la doctrina española, breve pero lúcido el discurso de VALDÉS DAL-RE, F.: “Libertad religiosa y su problemática acomodación con la organización del trabajo”, cit., págs. 4-5.

4. Régimen de jornada y descansos

Parece claro que el “derecho a conmemorar”¹¹⁷ resulta una manifestación capital indisolublemente unida al derecho de libertad religiosa (y así lo reconoce en el ordenamiento español el art. 2 de la LO de Libertad Religiosa), en tanto significa practicar externa y coherentemente aquellas creencias que se profesan en el fuero interno.

Evidentemente, su adecuado ejercicio hace necesario ostentar el derecho al descanso laboral que permita desarrollar las actividades demandadas [sea simplemente llevar a cabo unas determinadas prácticas de culto u oración en unos momentos puntuales (como ocurre, por ejemplo, con el rezo colectivo de los viernes en la religión musulmana, o la asistencia a la misa en la católica), sea santificar un día entero de la semana mediante el descanso (como sucede en el caso de las iglesias evangélicas)¹¹⁸] en cada situación sacra por la correspondiente religión que profese el trabajador, lo cual se convertirá en un interés de primer orden para el trabajador religiosamente comprometido¹¹⁹.

Es bien conocido cómo una de las manifestaciones del incipiente Derecho del Trabajo vino dada por las normas destinadas, precisamente, a tratar de poner freno en cuanto a los abusos de tiempo de trabajo que, en los albores de la edad industrial, se estaban produciendo. Ahora bien, el establecimiento de esos descansos (necesarios de todo punto de vista para garantizar la salud y el rendimiento del trabajador) no fueron establecidos de un modo aséptico o neutral, sino que, desde criterios de “quasi-confesionalidad”¹²⁰, fueron estructurados de modo acorde con las exigencias de la religión imperante (y casi única) en la Europa de finales del siglo XVIII y principios del siglo XIX¹²¹, obteniendo así una bastante satisfactoria conjunción entre el necesario derecho al descanso laboral y la práctica religiosa por los trabajadores, aun cuando el correr del tiempo hiciera del descanso mas un fenómeno social que religioso¹²².

¹¹⁷ DOMÍNGUEZ BARTOLOMÉ, R.: “El derecho de libertad religiosa y el derecho laboral”, en AA.VV. (VLADIMIR ZAMBRANO, C., Ed.): *Pluralismo religioso y libertad de conciencia. Configuraciones jurídicas y políticas en la contemporaneidad*, Bogotá (Universidad Nacional de Colombia), 2003, pág. 144.

¹¹⁸ “En unos casos, el contenido esencial lo constituye la práctica del culto, con lo cual el mínimo que el empresario debería respetar es el tiempo para practicar ese culto... En otros casos, y dada la rigidez de las normas confesionales, el contenido esencial quedaría quebrantado si no se respetara el derecho al descanso el día preceptuado por la religión”, CASTRO JOVER, A.: “Libertad religiosa y descanso semanal”, *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, Vol. VI, 1990, pág. 305.

¹¹⁹ Entre otros, FAHLBECK, R.: “Ora et labora. On freedom of religion at the workplace cum balancing factors model”, cit., pág. 33.

¹²⁰ CASTRO JOVER, A.: “Libertad religiosa y descanso semanal”, cit., págs. 299 y ss.

¹²¹ FAHLBECK, R.: “Ora et labora. On freedom of religion at the workplace cum balancing factors model”, cit., pág. 57.

¹²² “Los orígenes de la institución son sobradamente conocidos; el mandamiento religioso está en el Antiguo testamento y con el mismo sentido pasó al cristianismo el domingo como día de celebración, esto es, de inversión sacra o litúrgica de un ocio concebido justamente con esa finalidad. El descanso semanal dominical conserva la impronta de este su carácter originario, aunque el siglo haya hecho de él, para muchos, una institución secularizada; en cualquier caso, el profundo respeto de la naturaleza humana que implica es incomprensible sin el recuerdo de origen”, ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M^a.E.: *Derecho del Trabajo*, Madrid (Civitas), 1999, pág. 281.

Así, en la práctica totalidad de los ordenamientos occidentales, quedó establecido el domingo como día festivo de descanso semanal, y así ocurre todavía en el Derecho Español de conformidad con el art. 37.1 ET (que recoge, además de una tradición inveterada desde la célebre Ley de descanso dominical de 1905, la obligación internacionalmente asumida por España en el art. III de los Acuerdos con la Santa Sede de 15 de diciembre de 1979), al que se le ha de añadir la tarde del sábado o la mañana del lunes, si bien es posible acumular los descansos por periodos de catorce días, disfrutando entonces el trabajador de tres días de descanso de los cuales uno ha de ser domingo.

Es cierto que el propio art. 37.1 ET, *in fine*, permite a las disposiciones legales, el convenio colectivo, el contrato de trabajo o permiso expreso de la autoridad competente regular otro régimen de descanso laboral para actividades concretas, pero dicha previsión parece estar pensando más en las exigencias del sector productivo de la empresa, que en las exigencias derivadas de las creencias religiosas de los trabajadores, sin que, por lo demás, los convenios colectivos suelen aludir de modo expreso a la materia¹²³, previendo, por ejemplo, un descanso para que cuando el trabajador haya de prestar servicios el domingo pueda disfrutar una pausa por el tiempo imprescindible para cumplir con sus deberes religiosos¹²⁴.

Por otro lado, entre las 14 fiestas laborales anuales retribuidas reconocidas por la legislación laboral en el ordenamiento jurídico español varias presentan un claro tinte religioso de cariz católico (en tanto responden también al Acuerdo con la Santa Sede de 1979), permitiendo a los trabajadores, además de un siempre saludable descanso, la conmemoración de determinadas solemnidades¹²⁵.

Ya el Tribunal Constitucional había advertido de cómo un régimen de descansos así impregnado de aroma católico presentaba “el problema de si el descanso semanal, instituido, por lo general, en un período que comprende el domingo [igual argumento podría utilizarse para las fiestas laborales], tiene o no una conceptualización religiosa que pueda hacer cuestionable que la Ley establezca un régimen favorable para unos creyentes y desfavorable para otros..., partiendo de que la libertad religiosa comporta, en aplicación del principio de igualdad..., el tratamiento paritario de las distintas confesiones”. Sin embargo, en aquella

¹²³ CASTRO JOVER, A.: “Libertad religiosa y descanso semanal”, cit., pág. 302.

¹²⁴ MALONE, M.D.; HARTMAN, S.J. y PAYNE, D.: “Religion in the workplace: specific accommodations for scheduling and personal appearance”, *Labor Law Journal*, Junio, 1998, págs. 1082 y ss.

¹²⁵ De conformidad con el art. 37.2 ET, cada año habrá un máximo de 14 fiestas nacionales, de las cuales dos serán locales, y respetándose, en todo caso, las del día 25 de diciembre, natividad del Señor, 1 de enero, año nuevo, y 1 de mayo, fiesta del trabajo. El RD 2001/1983, de 28 de julio, incorpora con carácter necesario otras dos fiestas de carácter cívico, el 12 de octubre, día de la Hispanidad y fiesta nacional de España, y el 6 de diciembre, día de la Constitución. Además, en cumplimiento del art. 111 del Acuerdo del Estado español con la Santa Sede, de 3 de enero de 1979, se suman otras nueve fiestas de carácter católico, cuatro de ellas con carácter inamovible y otras cinco con carácter contingente, en tanto pueden ser sustituidas por las Comunidades Autónomas por otras que les sean propias. Sobre la evolución de estas festividades, FERNÁNDEZ-CORONADO GONZÁLEZ, A.: “La normativa del Estado sobre festividades religiosas”, *La Ley*, T. II, 1985, págs. 996 y ss.

oportunidad, no aceptó la pretensión de una trabajadora que, con posterioridad a la celebración del contrato de trabajo, se había convertido a la religión adventista del séptimo día, pretendiendo en consecuencia cambiar su día de descanso al sábado, algo a lo que la empresa no había accedido¹²⁶.

Con todo, resultaba inevitable que, atendiendo a razones de igualdad y libertad religiosa, el ordenamiento jurídico acogiera de algún modo los intereses de los fieles de otras religiones distintas a la mayoritaria conforme a cuyos patrones fueron diseñados los varios descansos laborales de los que se ha dado cuenta¹²⁷.

Así surgieron, más bien tarde que pronto (en desarrollo de la LO 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa) los distintos Acuerdos del Estado español con determinadas confesiones religiosas, plasmados en las Leyes 24, 25 y 26/1992, de 10 de noviembre, suscritos, respectivamente, con la Comisión Islámica de España, la Federación de Comunidades Israelitas de España y la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España.

Dichos acuerdos, en general, merecen una valoración positiva, en tanto han tratado de sentar las bases para permitir a cada persona el disfrute de su descanso laboral según sus propias convicciones religiosas, tratando así de dispensar un tratamiento igualitario a todos los credos, manifestación fundamental y necesaria en un Estado laico.

Ahora bien, no es posible dejar de poner de manifiesto también algunas objeciones. De un lado, que los acuerdos se centran en las religiones que cumplen con aquel requisito de "notorio arraigo" (exigido por el art. 7 de la LO de Libertad Religiosa), con la consiguiente exclusión de aquellas otras confesiones minoritarias¹²⁸, lo que muestra a las claras los problemas derivados de un sistema aconfesional que, en virtud de este modelo, se convierte en realidad en "pluriconfesional", sin amparar y respetar las creencias de todos y cada uno de los ciudadanos¹²⁹.

De otro, que los acuerdos no conceden derecho alguno al trabajador, sino que tan sólo le dan legitimidad para tratar de alcanzar un acuerdo con el empresario respecto al cambio de los días de su descanso para adecuarlos a las exigencias demandadas por la religión que profesa cuando lo permitan las circunstancias de la organización productiva¹³⁰, lo cual le sitúa de lleno en

¹²⁶ STCo 19/1985, de 13 de febrero.

¹²⁷ FAHLBECK, R.: "Ora et labora. On freedom of religion at the workplace cum balancing factors model", cit., pág. 52.

¹²⁸ CASTRO JOVER, A.: "Libertad religiosa y descanso semanal", cit., págs. 299 y ss.

¹²⁹ LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D.: "El principio de cooperación del Estado con las confesiones religiosas: fundamento, alcance y límites", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 3, 1989, págs. 199 y ss.

¹³⁰ Como pone de relieve CASTRO JOVER, A.: "Libertad religiosa y descanso semanal", cit., págs 302 y 307.

la tradicional situación de debilidad que *per se* un operario tiene frente a su empleador¹³¹.

Ahora bien, aludiendo a la consabida máxima expansión y efectividad de los derechos de los trabajadores¹³², una decisión del empresario denegatoria del cambio de los días de descanso solicitado debe estar debidamente justificada en una causa técnico-productiva a partir de la cual quede claro la verdadera imposibilidad del disfrute de ese descanso en días diferentes sin un notorio perjuicio para la empresa¹³³ o de igual modo, en la constatación de que las supuestas creencias religiosas del trabajador son notoriamente insinceras¹³⁴.

En caso contrario, una decisión arbitraria, que denegara la permuta del asueto sin un motivo real y suficientemente sólido, no podría ser calificada sino como discriminatoria¹³⁵ y lesiva del derecho fundamental de libertad religiosa y, en consecuencia, debería ser reconocida su nulidad en caso de ser impugnada ante los tribunales del orden social, forzando entonces al empresario a conceder el cambio, si bien es de sobra conocido cómo las obligaciones de hacer y no hacer resultan difícilmente coercibles, aun cuando no falten medios para tratar de lograr el objetivo¹³⁶.

Descendiendo al análisis concreto de los acuerdos, en cuanto se refiere a las personas que profesen la religión musulmana, "los miembros de las Comunidades Islámicas pertenecientes a la Comisión Islámica de España que lo deseen, podrán solicitar la interrupción de su trabajo los viernes de cada semana, día de rezo colectivo obligatorio y solemne de los musulmanes, desde las trece treinta hasta las dieciséis treinta horas, así como la conclusión de la jornada laboral una hora antes de la puesta de sol, durante el mes de ayuno (Ramadán). En ambos casos, el acuerdo entre las partes será posible siempre que el cumplimiento de dichos deberes islámicos sea compatible con la organización laboral respectiva. Las horas dejadas de trabajar deberán ser recuperadas sin compensación alguna"

¹³¹ FAHLBECK, R.: "Ora et labora. On freedom of religion at the workplace cum balancing factors model", cit., pág. 48.

¹³² FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a.F.: "Libertad ideológica y prestación de servicios", cit., págs. 4 y ss.; REY GUANTER, S. DEL: "Contrato de trabajo y derechos fundamentales en la doctrina del Tribunal Constitucional", cit., págs. 48 y ss. o ORTIZ LALLANA, M^a.C.: "Derechos fundamentales y relación laboral", cit., págs. 15 y ss.

¹³³ "El valor normativo inmediato de la Constitución en materia de derechos fundamentales... debería haber sido suficiente para el reconocimiento, por parte de los Tribunales, en caso de conflicto, del derecho a gozar del día de descanso semanal a que obliga la religión a la que pertenece el trabajador y la consiguiente obligación del empresario de adecuar la organización productiva a las exigencias que se deriven del derecho fundamental... La tensión entre poder de dirección y derecho fundamental se resuelve a favor del poder de dirección, lesionando así, gravemente, un derecho fundamental", CASTRO JOVER, A.: "Libertad religiosa y descanso semanal", cit., págs. 302 y 307.

¹³⁴ ADAMS, J.W.: "Employers' religious rights in the workplace", cit., pág. 239 o VICKERS, L.: "Approaching religious discrimination at work", cit., pág. 184.

¹³⁵ HENDRIKS, A.: "The expanding concept of employment discrimination in Europe: from direct and indirect discrimination to reasonable accommodation discrimination", cit., págs. 403 y ss.; WELLER, P., *et alii*: "Religious discrimination in England and Wales", cit., pág. 177 y ss.; DELPO, M.C.: "Never on Monday? Workplace religious discrimination in the new millennium", cit., pág. 97 o VICKERS, L.: "Approaching religious discrimination at work", cit., pág. 184.

¹³⁶ TASCÓN LÓPEZ, R.: *La ejecución de obligaciones de hacer y no-hacer en el orden social de la jurisdicción*, cit., págs. 13 y ss.

(art. 12.1 Ley 26/1992, de 10 de noviembre, por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Comisión Islámica de España).

No puede dejar de observarse cómo, para algún autor, el régimen de descanso establecido en el acuerdo para los fieles de esta religión, en caso de ver amparada su petición, sería sensiblemente peor que el día y medio fijado como mínimo de derecho necesario por el Estatuto de los Trabajadores [pues no se trata de un día festivo concreto sino de unas horas de rezo colectivo obligatorio o de dejar la actividad laboral en un momento concreto durante un período determinado (Ramadán)], sin que este cambio pueda suponer una merma real de ese derecho al descanso que todo trabajador tiene, por lo cual el restante período de descanso habría de ser disfrutado en otros momentos “normales” acordes con los criterios generales de la empresa¹³⁷.

Por otro lado, el acuerdo contiene las festividades y conmemoraciones que según la Ley Islámica tienen el carácter de religiosas, las cuales podrán sustituir a las establecidas con carácter general por el Estatuto de los Trabajadores, en su artículo 37.2, con el mismo carácter de retribuidas y no recuperables, a petición de los fieles de las Comunidades Islámicas pertenecientes a la Comisión Islámica de España y previo acuerdo con el empresario (art. 12.2 Ley 26/1992, de 10 de noviembre, por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Comisión Islámica de España)¹³⁸.

Por su parte, el Acuerdo de cooperación del Estado español con la Federación de Comunidades Israelitas de España, aprobado por la Ley 25 /1992, de 10 de noviembre, prevé como el descanso laboral semanal, para los fieles de las Comunidades Israelitas pertenecientes a la F.C.I., podrá comprender, siempre que medie acuerdo entre las partes, la tarde del viernes y el día completo del sábado, en sustitución del que establece el artículo 37.1 ET como regla general (art. 12.1 Ley 25/1992).

En cuando a las festividades que, según la Ley y la tradición judías, tienen el carácter de religiosas, podrán sustituir a las establecidas con carácter general por el Estatuto de los Trabajadores, en su artículo 37.2, con el mismo carácter de retribuidas y no recuperables, a petición de los fieles y previo acuerdo con el empresario (art. 12.2 Ley 25/1992)¹³⁹.

¹³⁷ DOMÍNGUEZ BARTOLOMÉ, R.: “El derecho de libertad religiosa y el derecho laboral”, en AA.VV. (VLADIMIR ZAMBRANO, C., Ed.): *Pluralismo religioso y libertad de conciencia. Configuraciones jurídicas y políticas en la contemporaneidad*, Bogotá (Universidad Nacional de Colombia), 2003, pág. 146.

¹³⁸ Tales días serían los siguientes: AL HIYRA, correspondiente al 1 de Muharram, primer día del Año Nuevo Islámico; ACHURA, décimo día de Muharram; IDU AL-MAULID, corresponde al 12 de Rabiul Awwal, nacimiento del Profeta; AL ISRA WA AL-MI'RAY, corresponde al 27 de Rayab, fecha del Viaje Nocturno y la Ascensión del Profeta; IDU AL-FITR, corresponde a los días 1, 2 y 3 de Shawwal y celebra la culminación del Ayuno de Ramadán; IDU AL-ADHA, corresponde a los días 10, 11 y 12 de Du Al-Hyyah y celebra el sacrificio protagonizado por el Profeta Abraham.

¹³⁹ Tales festividades serían: Año Nuevo (Rosh Hashaná), 1º. y 2º. día; Día de Expiación (Yom Kippur); Fiesta de las Cabañas (Succoth), 1º. 2º. 7º. y 8º. Día; Pascua (Pesaj), 1º. 2º. 7º. y 8º. Día; Pentecostés (Shavuot), 1º. y 2º. día.

Por último, el Acuerdo de Cooperación del Estado español con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España igualmente contiene un precepto referido al descanso laboral semanal para los fieles de la Unión de Iglesias Adventistas del Séptimo Día y de otras Iglesias evangélicas pertenecientes a la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España, cuyo día de precepto sea el sábado, podrá comprender, a petición del trabajador y siempre que medie acuerdo entre las partes, la tarde del viernes y el día completo del sábado, en sustitución del que establece el artículo 37.1 ET como regla general (art. 12.1 Ley 24/1992).

5. Prevención de riesgos laborales y uniformidad de los trabajadores

Algunas religiones imponen, aconsejan o alientan a sus acólitos la utilización de determinada vestimenta, llevar ciertos símbolos o dar una determinada imagen. Estos usos, además de su significado espiritual para los creyentes, identifican a la persona con una concreta fe; así, el hijab, chador o burka llevado por las mujeres musulmanas, la cruz para los cristianos, el turbante para los sikhs y fieles musulmanes, la estrella de David y la kippa para los judíos, no rasurarse barba y bigote para los hombres musulmanes, los dreadlocks para los rastafaris... Estos comportamientos, en tanto expresión de sus creencias, están amparados por el derecho fundamental a la libertad religiosa y a la propia imagen, pero pueden entrar en conflicto dentro de una empresa en dos aspectos fundamentalmente. Por un lado, cuando el empresario imponga un uniforme en abierta contradicción con los postulados de la religión del trabajador o bien le prohíba llevar una vestimenta o portar un símbolo religioso. Por otro, cuando tales costumbres redunden en perjuicio de la seguridad y salud de los trabajadores, tal sucede a la hora de llevar un equipo de protección individual.

5.1. Uniformes de los trabajadores

Comenzando por analizar el primero de los conflictos mencionados, esto es, el uniforme laboral y el derecho a la libertad religiosa y a la propia imagen, las discriminaciones tradicionales en países de nuestro entorno vienen motivadas por el enfrentamiento entre las normas empresariales sobre vestimenta y la religión de un trabajador, que puede sugerir o imponer determinada imagen para probar su reverencia hacia Dios. En España, y en concreto, en cuanto hace a este estudio, en Andalucía, empezarán, sin duda a surgir los conflictos en este momento debido al incremento en el número de religiones seguidas por los trabajadores fiel reflejo del pluralismo social existente¹⁴⁰.

En esta ocasión, los derechos a proteger del lado más débil serán dos; pues al derecho a la libertad religiosa se une el derecho a la propia imagen, es decir, la libertad que puede esgrimir cualquier persona para crear su propia

¹⁴⁰ Al igual que ha acontecido, por ejemplo, en Estados Unidos, en DELPO, M.C.: "Never on Monday?!. Workplace religious discrimination in the New Millennium", cit., págs. 97 y 98.

imagen externa, de acuerdo con sus gustos, creencias y características, que justifique su decisión¹⁴¹. Las causas que originan el enfrentamiento entre poder empresarial y derecho a la libertad religiosa y a la propia imagen son múltiples, pudiendo venir provocados por el uniforme pactado en convenio colectivo, impuesto unilateralmente por el empresario o bien por una orden concreta e individual del empleador a un trabajador para que modifique su imagen.

Sea cual sea la fuente de la uniformidad en la empresa, un código de vestuario obligará, en su caso, únicamente dentro de la jornada laboral, no puede invadir la vida privada del trabajador limitando su derecho a la libre personalidad¹⁴². Por tanto, ningún convenio u orden empresarial van a poder imponer legítimamente un determinado vestuario o apariencia física a los trabajadores durante su tiempo libre.

I.- Cuando el uso del uniforme durante la prestación de su servicio venga impuesto por una orden empresarial, esta obligación aparecería avalada por el poder de dirección empresarial¹⁴³, el cual le concede la facultad de organizar la actividad de su empresa y, por ende, de sus trabajadores. El empleador tiene derecho, ejercitado con buena fe, para imponer códigos de vestuario, en particular, "el estilo de la casa" (*the house-style*)¹⁴⁴.

De este modo, parece claro que la negativa de un empleado a llevar el uniforme de la empresa puede ser sancionada hasta con el despido disciplinario, al cual los Tribunales no han dudado en calificar como procedente, habida cuenta "la indisciplina del trabajador y su firme, decidida y constante voluntad de incumplir la orden de la empresa de emplear una vestimenta determinada durante el trabajo sin otra razón para desobedecer que su propio capricho, pues ninguna ha aducido para tratar de justificar su actitud. El comportamiento atenta de lleno contra el legítimo poder de dirección de la actividad laboral que es patrimonio del empresario [arts. 5 c) y 20.1 del ET] y merece a no dudar el despido en recta aplicación del art. 54.2 b) del ET"¹⁴⁵.

¹⁴¹ BALLESTER PASTOR, I.: "Facultades de control empresarial sobre el aspecto exterior del trabajador: límites a la expresión del derecho a su propia imagen en el desarrollo de la prestación laboral", *TS*, núm. 169, 2005, pág. 28. El derecho a la propia imagen constituye el "derecho a conformar con libertad la apariencia física personal. La imagen, la semejanza individual es uno de los modos del ser personal. La conformación de la misma, en lo que tiene de decisión personal sobre la apariencia física, es un reflejo, una manifestación de la personalidad", VICENTE PACHÉS, F. (de): "Doctrina Constitucional sobre el derecho del trabajador a su propia imagen. (Estudio de las Sentencias del Tribunal Constitucional 170/1987, de 30 de octubre y 99/1994, de 11 de abril)", *TS*, núm. 71, 1996, pág. 44 y PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: "Sobre el derecho a la propia imagen. (A propósito de la STCo 170/1987, de 30 de octubre)", *Poder Judicial*, núm. 10, 1988, pág. 78.

¹⁴² COLLINS, H.: *Employment Law*, Oxford (University Press), 2003, pág. 223.

¹⁴³ STS 23 enero 2001 (RJ 2063). Siguiendo la definición clásica ya del "conjunto de facultades jurídicas (decisorias, ordenadoras y de control) a través de cuyo ejercicio el empresario dispone del trabajo realizado por su cuenta y a su riesgo, ordenando las singulares prestaciones laborales y organizando el trabajo en la empresa", MONTOYA MELGAR, A.: *El poder de dirección empresarial*, Madrid (IEP), 1965, pág. 44.

¹⁴⁴ FAHLBECK, R.: "*Ora et labora*. On freedom of religion at the workplace: a stakeholder *cum* balancing factors model", cit., pág. 55.

¹⁴⁵ STSJ Baleares 5 febrero 2001 (AS 1348).

Sin embargo, conviene reflexionar sobre la adopción de tan tajante solución cuando el trabajador se niegue a vestir el uniforme de la empresa alegando su derecho fundamental a la libertad religiosa, en tanto determinadas vestimentas podrían contravenir preceptos de algunas creencias. No cabe olvidar en este punto cómo el poder de dirección empresarial aparece limitado por la CE, pues los derechos fundamentales en ella recogidos constituyen frontera infranqueable.

Los cauces para solucionar el enfrentamiento entre el poder y el derecho sin que desemboque en una extinción contractual, bien por dimisión del trabajador o bien como medida disciplinaria del empresario pasan por examinar las distintas variables en presencia:

a.- En primer lugar, y dejando a un lado la limpieza o higiene en el trabajo o la prevención de riesgos laborales analizadas a continuación, el quebrantamiento de la orden del empresario imponiendo un determinado uniforme podría ocasionar el despido disciplinario del creyente en aquellas profesiones en las cuales sea necesario un rápido reconocimiento de la empresa para la cual presta sus servicios el trabajador o las funciones por él desempeñadas¹⁴⁶, como ocurre con los auxiliares de vuelo, los guardas de seguridad o en el supuesto proporcionado por el deporte profesional —en su caso, también, los artistas en espectáculos públicos—¹⁴⁷, donde la pronta identificación forma parte de la propia actividad obligada del empleado. En ese supuesto, al empleado no le quedará más opción que dimitir si no quiere cumplir la orden empresarial o bien ver extinguido su contrato a través del despido disciplinario (debido a la desobediencia grave y culpable) si pretendiera acceder a la prestación de desempleo. Vía intermedia será intentar llegar a un acuerdo con el empresario para modificar en el caso el uniforme, por ejemplo, sustituyendo la gorra con la insignia de la empresa por un turbante o por un velo y llevando el resto.

De cualquier modo, esta obligación que tiene el trabajador de llevar el uniforme durante la jornada, y pese a su fe, no implica forzarle a llevar una vestimenta ridícula o degradante¹⁴⁸, pues la dignidad humana siempre aparecerá como límite infranqueable¹⁴⁹.

¹⁴⁶ DÄUBLER, W.: *Derecho del Trabajo*, Madrid (MTSS), 1994, pág. 617; DE TISSOT, O.: "Pour une analyse juridique du concept de dignité du salarié", *Droit Social*, núm. 12, 1995, pág. 976; BOSSU, B.: "Droits de l'homme et pouvoirs du chef d'entreprise: vers un nouvel équilibre", *Droit Social*, núms. 9/10, 1994, pág. 752 o SAVATIER, J.: "La liberté dans le travail", *Droit Social*, núm. 1, 1990, pág. 56.

¹⁴⁷ Supuestos en los cuales "la imagen muestra una relevancia tan significativa como para perfilar políticas salariales específicas"; además, ningún problema parece plantear "que el deportista se vea obligado a vestir una indumentaria uniforme y bajo una determinada marca que patrocina o esponsoriza al equipo", CORDERO SAAVEDRA, L.: "Derecho a la propia imagen y contrato de trabajo", *REDT*, núm. 101, 2000, págs. 249 y 258.

¹⁴⁸ VICENTE PACHÉS, F. (de): "Doctrina constitucional sobre el derecho del trabajador a su propia imagen", cit., pág. 49; DE TISSOT, O.: "Pour une analyse juridique du concept de dignité du salarié", cit., pág. 976 o DÄUBLER, W.: *Derecho del Trabajo*, cit., pág. 617.

¹⁴⁹ De la cual deriva el derecho a la propia imagen, según recuerda, entre otras, la STCo 231/1988, de 2 de diciembre.

En consecuencia, sólo cuando los empleados desempeñan su actividad de cara al público, su apariencia puede perjudicar los intereses económicos de la contraparte de su contrato¹⁵⁰, motivo por el cual “los deberes de buena conducta social se imponen con rigor característico a aquellos trabajadores que en la ejecución de su contrato de trabajo se hallan en contacto directo” con los destinatarios del bien o servicio proporcionado por la empresa¹⁵¹.

La justificación para imponer límites por parte de la organización empresarial a los derechos individuales radica en la consecución de la productividad, pues al fin y al cabo la libertad de empresa del artículo 38 CE legitima a su titular a ejercer sobre el trabajador determinados poderes orientados a tal fin. En consecuencia, los prejuicios del empresario no están amparados por la Constitución y sus poderes no pueden avalar las concepciones subjetivas que, como humano, acompañan al jefe de la empresa¹⁵², sólo si la imagen del trabajador daña la productividad el empresario podrá actuar mermando ese derecho¹⁵³.

b.- En segundo lugar, si el uniforme impuesto no obedece a la intención antedicha, esto es, el operario no presta servicios en contacto con los clientes y no responde a la imagen de empresa el uso del uniforme, no cabrá imponerle la sanción máxima del despido disciplinario por no acatar una orden que vulnera su derecho a la libertad religiosa. Así lo han considerado los Tribunales: “al margen de una genérica corrección y limpieza que es siempre exigible, no cabe imponer o rechazar sin más una determinada indumentaria, máxime cuando en el desarrollo de su labor el trabajador no tenía contacto alguno con el público, y, por lo tanto, su modo de vestir no trasciende, ni puede ante terceros afectar a la imagen de la empresa”¹⁵⁴.

Procede entonces aplicar aquí la tesis de la acomodación razonable al supuesto en concreto, procurar el acuerdo individual para modificar el uniforme, sin que quepa argumentar discriminación respecto al resto de empleados; tal acaecería, por ejemplo, permitiendo que las mujeres musulmanas pudieran llevar falda larga en lugar del mono de tarea en una cadena de producción en la fábrica. En este caso, cuatro son los aspectos que los Tribunales de los distintos países europeos han considerado: primero, la intensidad de la limitación al derecho; segundo, el contrato de trabajo que sirve para modular un derecho fundamental; tercero, la finalidad de la limitación; y cuarto, el específico signifi-

¹⁵⁰ AGRA VIFORCOS, B.: “El derecho del trabajador a la libre determinación de su aspecto externo. La propia imagen en sentido positivo”, *RTSS (CEF)*, núm. 275, 2006, págs. 3 y ss.

¹⁵¹ ALONSO OLEA, M.: *El despido (Un estudio de la extinción del contrato de trabajo por voluntad del empresario)*, Madrid (IEP), 1957, pág. 148.

¹⁵² GOÑI SEIN, J.L.: *El respeto a la esfera privada del trabajador*, Madrid (Civitas), 1988, pág. 69 o SERRA CALLEJO, J.: “La discriminación laboral por causas atípicas: el aspecto físico y la posesión de enfermedades contagiosas”, *RTSS (CEF)*, núm. 127, 1993, pág. 87.

¹⁵³ AGRA VIFORCOS, B.: “El derecho del trabajador a la libre determinación de su aspecto externo. La propia imagen en sentido positivo”, cit., págs. 3 y ss.

¹⁵⁴ SAN 30 septiembre 1999 (AS 4272) y STSJ Madrid 7 mayo 2002 (AS 2042).

cado y contenido del derecho fundamental; pero no hay necesidad de entrar a considerar este cuarto factor cuando el empresario no ha presentado justificación válida para la finalidad empresarial a que sirve el uniforme¹⁵⁵.

En Derecho comparado ya ha sido planteado —y resuelto— el dilema, sobre todo respecto a las mujeres pertenecientes a la religión musulmana y el pañuelo que portan, así, en algunas ocasiones ha sido despedida la trabajadora que se ha negado a trabajar sin pañuelo (hiyab)¹⁵⁶. El Tribunal alemán en primera instancia consideró que el empresario tenía derecho a exigir a sus trabajadores adaptarse al estilo de vestir conforme a la mayoría de los estándares en una ciudad pequeña, como era el caso, y estos no contemplaban el hiyab. La Corte de apelaciones precisó la necesidad de realizar un balance entre los intereses económicos del empresario y las creencias religiosas de la trabajadora: llevar el hiyab podría constituir una afirmación de su identidad cultural o étnica¹⁵⁷; argumentó cómo “es cierto que una empleada puede perder su capacidad y aptitud para realizar su trabajo a satisfacción del empresario, debido a impedimentos de conciencia fundamentales e invencibles. Sin embargo, en este caso, la empleada estaría en disposición de continuar cumpliendo satisfactoriamente con el debido rendimiento laboral, aunque en el desarrollo de su actividad portase el velo islámico. Esto resulta aún más válido al estar empleada, conforme a su contrato, como dependienta o vendedora, lo que permite que pueda estar ocupada en otro lugar que no sea específicamente la sección de perfumería”¹⁵⁸.

También los Tribunales suecos consideraron improcedente el despido de un taxista sikh por negarse a llevar la gorra del uniforme debido al turbante que su religión le imponía y por negarse a cambiar de puesto a otro que no fuera necesaria la gorra, al no haber considerado el factor religioso a la hora de intentar la acomodación razonable¹⁵⁹.

II.- En segundo lugar, en numerosas ocasiones no hay una orden afirmativa del empleador imponiendo un uniforme, sino una individual prohibiendo tal vestimenta o aspecto identificativo con una religión. Aquí parece aún más claro cómo el empresario podrá incurrir en discriminación, prohibiendo llevar un crucifijo y permitiendo una estrella de David, o vetando una kippa y tolerando un turbante o hijab; tampoco cabrá imponer la sanción máxima a un

¹⁵⁵ FAHLBECK, R.: “*Ora et labora*. On freedom of religion at the workplace: a stakeholder *cum* balancing factors model”, cit., pág. 54.

¹⁵⁶ El caso apuntado por SCHIEK, D.: “Just a piece of cloth? German Courts and employees with headscarves”, *Industrial Law Journal*, Vol. 33, núm. 1, 2004, pág. 68.

¹⁵⁷ SCHIEK, D.: “Just a piece of cloth? German Courts and employees with headscarves”, cit., pág. 71.

¹⁵⁸ LÓPEZ-SIDRO LÓPEZ, A.: “Despido improcedente de una dependienta de grandes almacenes por llevar velo islámico (Comentario a la Resolución del Tribunal Constitucional alemán de 30 de julio de 2003)”, *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 3, 2003.

¹⁵⁹ FAHLBECK, R.: “*Ora et labora*. On freedom of religion at the workplace: a stakeholder *cum* balancing factors model”, cit., pág. 55.

empleado cuando el empresario haya tolerado hasta ese momento la vestimenta en cuestión¹⁶⁰.

Pero aunque el empleador vete por igual cualquier manifestación religiosa dentro de su empresa, resulta difícil no considerarla vulneradora del derecho fundamental a la libertad religiosa, y más aún al carecer de un código de vestuario al respecto¹⁶¹. Por tanto, parece pertinente volver a acudir, para sancionar tal conducta, al posible y debidamente probado perjuicio del empresario si el trabajador sigue portando tal indumentaria de cara al público y en aras a la imagen de empresa que pretende conseguir; alegación que no será posible cuando éste trabaje sin contacto con el público, en cuyo caso la orden devendría ilegal y por tanto nula, en caso de vulneración sin motivo alguno del derecho a la libertad religiosa del operario.

III.- Dejando a un lado el poder de dirección del empresario, llevar un determinado uniforme puede venir exigido por la norma convencional aplicable a la relación laboral; así, resulta habitual que los convenios contengan cláusulas al efecto imponiendo una determinada ropa de trabajo¹⁶².

De nuevo las finalidades a cumplir por ésta, y dejando a un lado la protección de la seguridad y salud, son múltiples: lograr presentar una imagen cuidada de la empresa o una imagen de firma, facilitar el desarrollo de la prestación de servicios e identificar los trabajadores al cliente presentando una uniformidad¹⁶³, e incluso para mantener, como recoge algún pacto, el debido “decoro”¹⁶⁴.

¹⁶⁰ STSJ Cataluña 7 enero 2003 (JUR 54242).

¹⁶¹ SAN 30 septiembre 1999 (AS 4272) y STSJ Madrid 7 mayo 2002 (AS 2042).

¹⁶² Cabe mencionar algunas: “Con las lógicas exclusiones impuestas por la naturaleza del cometido a desempeñar, se facilitarán al personal las siguientes prendas de trabajo: a) Al ocupado en la limpieza y el lavado de pescado y en las cepilladoras del mismo, de petos mandiles de material impermeable, así como de botas de agua, chanclos o almadreñas, y guantes o manoplas. b) De igual forma, será obligatorio proveer de ropa y calzado impermeable al personal que haya de realizar labores continuadas a la intemperie en régimen de lluvias frecuentes, así como también a los que hubieran de actuar en lugares notablemente encharcados o fangosos. c) A las obreras se les proveerá igualmente de delantal impermeabilizado y guantes de goma, en las labores que lo precisen. d) El que haya de trabajar en cámaras será provisto de la ropa de abrigo necesaria para evitar el efecto de las bajas temperaturas, y el que haya de transportar hielo utilizará guantes o manoplas adecuadas. e) A todo trabajador se le entregará anualmente dos batas o buzos y, si su labor profesional lo requiriera, una tijera. f) A los conductores de automóviles, de turismos, conserjes, porteros, ordenanzas y botones, así como a los vigilantes, las empresas los dotarán de uniformes, así como de batas blancas al personal sanitario”, CC para el sector de conservas, semiconservas, ahumados, cocidos, secados, elaborados, salazones, aceites y harina de pescados y mariscos (art. 38); “las empresas facilitarán «monos» o batas a su personal, a razón de tres prendas cada dos años, entregando dos en el primer año y una en el segundo” CC industria textil y de la confección (art. 79); “a los trabajadores que tengan que realizar trabajos en zonas de humedad se les proporcionará ropa de agua adecuada” CC industria salinera (art. 55); “la empresa dotará semestralmente al personal a su servicio con un buzo de buena calidad, cuyo uso será obligatorio en la jornada laboral” CC Kaefer Aislamientos, S. A. (art. 68); “ventas y distribución (salvo acomodador) (Prendas de color azul); 2 pantalones de invierno; 2 pantalones de verano; 3 camisas de invierno; 3 camisas de verano; 2 corbatas (cada gerente determinará las fechas de uso); 2 chaquetas de tela o 1 chaqueta de tela más anorak o una chaqueta de nappel (a negociar en cada gerencia de ventas); 2 jersey tipo chaleco o pullóver; 1 traje de agua (pantalón y chaqueta impermeable); acomodadores de delegaciones (Prendas de color gris); 2 pantalones de invierno (uno puede ser de pana) y 2 de verano; 2 camisas; 2 chaquetas; 2 jerseys de cuello alto” III CC Bimbo Martínez Comercial, S.L. (Anexo II).

¹⁶³ CC Heso, España, S.A. (art. 32); CC Pauma, S.L. (art. 35).

¹⁶⁴ CC elaboradores de productos precocinados para su venta a domicilio.

Merece la pena destacar, no obstante, cómo no todos los acuerdos colectivos exigen unas concretas prendas, muchos no contienen previsión alguna al respecto¹⁶⁵ y otros optan por soluciones flexibles, capaces de adaptarse a las peculiaridades de cada trabajador y cumplir las finalidades del uniforme; éstas consisten en adoptar un modo de selección de la ropa de trabajo a utilizar, en el que interviene la empresa y la decisión libre de los empleados, mediante un listado pactado de una serie de puntos “pudiendo el/la trabajador/a escoger anualmente entre todas las prendas por un valor idéntico al total de puntos asignados a la dotación que se detalla en el Anexo II”¹⁶⁶.

Más libertad conceden, pero también menos uniformidad, aquéllos que contienen un elenco de prendas simplemente “orientativo”, pudiéndose cambiar una prenda por otra, dependiendo de la actividad del sector o bien el establecimiento de una cantidad extrasalarial para la compra del uniforme¹⁶⁷ —sólo para determinados trabajadores¹⁶⁸ o para determinadas prendas¹⁶⁹ o estableciendo un plus por su conservación o buen mantenimiento¹⁷⁰—.

La obligación de llevar esta ropa no queda al arbitrio del empleado, sino que constituye otra obligación más dentro de su prestación, no colisionando —en principio— con su derecho a la propia imagen y a la libertad religiosa¹⁷¹. En el caso de venir establecido en un convenio, el incumplimiento supondría una quiebra de lo acordado en el pacto colectivo y no una simple vulneración de una orden empresarial. Parece, por lo tanto, que el margen proporcionado a la libertad religiosa del trabajador y al ejercicio del derecho a su propia imagen es más escaso que en supuestos anteriores, debido a que el uniforme resulta consecuencia, no del poder unilateral sino fruto del pacto entre representantes de trabajadores y empresario o sus representantes.

No obstante, de nuevo volvería a ser aplicable aquí la doctrina de la razonabilidad de la restricción en el ejercicio de un derecho fundamental, realizando un balance, tal y como ha puesto de manifiesto la Corte Europea de Derechos Humanos, entre las necesidades religiosas y las laborales¹⁷². Así, la

¹⁶⁵ CC Taurino; CC Axion-Red Banda Ancha de Andalucía, como meros ejemplos.

¹⁶⁶ CC PANRICO (art. 34). El mencionado Anexo II del Convenio dispone: “pantalón- 1,00 puntos; camiseta-0,28; jersey-1,80; chaleco-1,80; gorro-0,18; TOTAL: 9,40”. No obstante, no señala qué sucedería si el trabajador elige gastar todos sus puntos en gorros, por ejemplo.

¹⁶⁷ CC DIFCALSA (art. 33); CC Grúas Móviles Autopropulsadas (art. 43).

¹⁶⁸ CC Aqualia gestión integral del agua (art. 23).

¹⁶⁹ CC Lufthansa Cargo A6 (art. 10.2).

¹⁷⁰ CC Seguriber, S.L. (art. 37).

¹⁷¹ BALLESTER PASTOR, I.: “Facultades de control empresarial sobre el aspecto exterior del trabajador: límites a la expresión del derecho a su propia imagen en el desarrollo de la prestación laboral”, cit., pág. 33.

¹⁷² SSTEDH , *asuntos Stedman v. UK y Knudsen v. Norway* y COLLINS, H.: *Employment Law*, cit., pág. 223.

variación en el caso concreto no debería ser entendida como quebrantamiento del convenio ni como falta laboral susceptible de sanción.

Antes de desarrollar tal criterio de adecuación, conviene aclarar cómo no es unánimemente aceptado en todos los países europeos, en el Reino Unido existe una corriente doctrinal que considera que si un trabajador acepta un puesto en el cual el contrato restringe un derecho fundamental, el empleado no puede luego quejarse por la interferencia. Tal opinión ha sido duramente criticada, habida cuenta otorga a los empresarios carta blanca para utilizar contratos que eliminen derechos fundamentales, y los trabajadores pueden —van a— sentirse compelidos a firmarlos debido a la situación económica¹⁷³.

Al final, el balance reseñado consiste en intentar adaptar ambas realidades, y el escollo más importante para el respeto al creyente, dejando a un lado la protección de la seguridad y salud de los empleados, vendrá dado por los usos sociales que repercutan en la productividad de la empresa. La propia Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, señala que el derecho a la propia imagen quedará delimitado por las leyes y los usos sociales, atendiendo al ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona reservado para sí misma o su familia (art. 2). Por tanto, en determinados puestos de trabajo, fundamentalmente aquéllos en que el empleado actúa cara al público, los usos sociales, pero también los prejuicios, imponen una determinada apariencia¹⁷⁴.

Los Tribunales españoles en pocas ocasiones han tenido oportunidad para expresar su opinión al respecto, y cuando lo han hecho, han “extremado su celo en lograr que las empresas permitan a los trabajadores el normal y cómodo cumplimiento de sus deberes religiosos, así como no imponerles conductas o funciones incompatibles con sus íntimas y respetables creencias”¹⁷⁵, y han rechazado proporcionar una respuesta unívoca e inalterable: “un conflicto de las características del que aquí se examina no admite una solución única. Dependerá de las circunstancias que concurren en cada situación concreta, ponderando hasta qué punto el comportamiento del trabajador a que le obligan sus convicciones religiosas resulta inocuo para los intereses de la empresa o, por el contrario, incompatible con ellos”¹⁷⁶; decidiendo ponderar los bienes en presencia: “hay que reconocer que el derecho [a la libertad religiosa y a la propia imagen] puede tener límites que vienen impuestos por la necesaria adecuación que debe existir

¹⁷³ COLLINS, H.: *Employment Law*, cit., pág. 213.

¹⁷⁴ Llevado al extremo, y conforme constata algún autor tras el análisis de diversos productos de la autonomía colectiva, a determinados convenios “solamente les falta medir con cuántos centímetros se entiende que una uña es larga o si el pintarse el rímel implica que la trabajadora... luce un ‘maquillaje exagerado’”, BALLESTER PASTOR, I.: “Facultades de control empresarial sobre el aspecto exterior del trabajador: límites a la expresión del derecho a la propia imagen en el desarrollo de la relación laboral”, cit., pág. 31 y AGRA VIFORCOS, B.: “El derecho del trabajador a la libre determinación de su aspecto externo. La propia imagen en sentido positivo”, cit., págs. 3 y ss.

¹⁷⁵ STSJ Madrid 27 octubre 1997 (AS 3751).

¹⁷⁶ STSJ Baleares 9 septiembre 2002 (AS 2/2003).

entre la función que realiza el titular y los presupuestos esenciales que le son exigibles en relación a las características de la actividad"¹⁷⁷.

En el caso, un conductor de autobús judío realiza su prestación de servicios con el uniforme impuesto por el convenio pero cubierta la cabeza por una gorra por motivos religiosos, siendo sancionado disciplinariamente por tal motivo. El Tribunal declara cómo "no consta que la conducta del empleado haya causado algún tipo de daño o menoscabo a la imagen de la empresa, incidente o trastorno cualquiera durante la ejecución del servicio o, más en general, ninguna clase de perjuicio... Luego, si ni la actividad laboral ni los intereses empresariales sufren en absoluto, no se ve razón atendible que justifique en derecho una decisión de la empresa, rayana, pues, en el autoritarismo, que hiere, sin provecho para sí, los sentimientos religiosos de uno de sus empleados constitucionalmente tutelados"¹⁷⁸. En este concreto supuesto, y en atención a las circunstancias concurrentes, se podría permitir, si no causa ningún trastorno a la empresa, ni perjuicio a la imagen de ésta, el que el trabajador pueda tomarse ciertas libertades¹⁷⁹.

En general, y referido a todos los supuestos analizados, no cabe invocar el principio de no injerencia por parte del empresario respecto a la faceta religiosa del personal a su servicio, habida cuenta encuentra difícil aplicación cuando la reivindicación aparece enfrentada a su derecho a la imagen de empresa¹⁸⁰. La imagen de la compañía se exterioriza a través de cómo se ofrece ante los clientes, cómo se presenta la fisonomía de su producto, la de sus instalaciones, y también la de sus empleados. Es en estos sectores donde se plasman el mayor número de exigencias de este tipo en detrimento de la posición del trabajador, cuya libertad aparece mucho más coaccionada que la de, por ejemplo, los empleados dedicados a tareas diferentes, sobre todo en aquéllas en las que no se trabaja en contacto o de cara al público, en las que una postura radical de la empresa respecto a la vestimenta del trabajador podría y debería considerarse desproporcionada¹⁸¹. Así, parece necesario un control de la indumentaria del trabajador en empresas que se dedican al comercio, aun cuando las reglas empresariales no deben resultar persecutorias del trabajador ni rayar en la manipulación de su aspecto de forma excesiva¹⁸².

¹⁷⁷ STSJ Madrid 26 marzo 1992.

¹⁷⁸ STSJ Baleares 9 septiembre 2002 (AS 2/2003). En cambio, en otro fallo, ciertamente criticado y criticable, ante una petición de una trabajadora musulmana para trabajar con una falda más larga, fue rechazada por no haberlo puesto en conocimiento de su empresario en el momento de celebrar el contrato, STSJ Madrid 27 octubre 1997 (AS 3751).

¹⁷⁹ BALLESTER PASTOR, I.: "Facultades de control empresarial sobre el aspecto exterior del trabajador: límites a la expresión del derecho a su propia imagen en el desarrollo de la prestación laboral", cit., pág. 35.

¹⁸⁰ CORDERO SAAVEDRA, L.: "Derecho a la propia imagen y contrato de trabajo", cit.

¹⁸¹ BALLESTER PASTOR, I.: "Facultades de control empresarial sobre el aspecto exterior del trabajador: límites a la expresión del derecho a su propia imagen en el desarrollo de la prestación laboral", cit., pág. 30 y STSJ Madrid 7 mayo 2002 (AS 2042).

¹⁸² BALLESTER PASTOR, I.: "Facultades de control empresarial sobre el aspecto exterior del trabajador: límites a la expresión del derecho a su propia imagen en el desarrollo de la prestación laboral", cit., pág. 31.

Una vez asumido este criterio general, y a la hora de su aplicación, el empresario debería demostrar que los términos restrictivos suponen una necesidad del negocio que podría no ser satisfactoriamente defendida si permitida la vestimenta religiosa en cuestión¹⁸³. De forma tal que toda restricción ha de ser, primero, excepcional y justificada¹⁸⁴, evitándola cuando sea posible, y segundo, proporcional al objetivo que se aspire a satisfacer, lo cual significa dar cumplimiento a los principios de adecuación (ocurrirá cuando el medio —limitación— “contribuya al logro del fin pretendido”), necesidad (en alusión a la inexistencia de otros cauces eficaces más respetuosos con el derecho afectado) y proporcionalidad en sentido estricto (destinado a “determinar si el sacrificio... se encuentra en una relación razonable... con la importancia del interés que se trata de proteger”)¹⁸⁵.

Por último, y como idea clave a reflexionar, merece destacar cómo los usos sociales alegados para recortar el derecho a la propia imagen y al ejercicio de la libertad religiosa presuponen cómo una concreta manifestación religiosa de cara al público podría perjudicar los beneficios empresariales, lo cual viene a significar defender o, al menos, apoyar, la discriminación religiosa, en tanto una determinada imagen difícilmente podrá incidir en la capacidad del empleado para el desarrollo de sus funciones¹⁸⁶, salvo supuestos excepcionales por todos conocidos. Por tanto, el razonamiento seguido, equiparando en algunos casos, llevar un símbolo religioso con un descenso en las ventas debido al rechazo de los clientes, equivale a un boicot a esa religión y a una forma de discriminación social, ésta amparada y permitida por los Tribunales, hasta el momento, esperando que en el futuro una mayor sensibilidad hacia las diversas creencias y haciendo realidad una sociedad plural e integradora.

5.2. Equipos de protección individual

Los equipos de protección individual son aquéllos destinados a ser llevados o sujetos por el trabajador para que le proteja de uno o varios riesgos que puedan amenazar su seguridad o su salud, así como cualquier complemento o accesorio destinado a tal fin, exceptuándose la ropa de trabajo corriente y los uniformes que no estén específicamente destinados a tal fin (art. 2 RD 773/1997). El empresario está obligado a proporcionarlos para proteger a los

¹⁸³ COLLINS, H.: *Employment Law*, cit., pág. 214. “Supone la exigencia de armonizar el sacrificio que se inflige al trabajador con el beneficio que con el mismo se genera a la empresa, lo cual comporta tomar en consideración todas las circunstancias relevantes del caso”, RIERA VAYREDA, C.: *El despido nulo*, Valencia (Tirant lo Blanch), 1999, pág. 177.

¹⁸⁴ STCo 98/2000, de 10 de abril, citando las SSTCo 57/1994, de 28 de febrero, y 143/1994, de 9 de mayo.

¹⁸⁵ VALDÉS DAL-RÉ, F.: “Contrato de trabajo, derechos fundamentales de la persona del trabajador y poderes empresariales: una difícil convivencia”, *RL*, núm. 22, 2003, págs. 12-13 y AGRA VIFORCOS, B.: “El derecho del trabajador a la libre determinación de su aspecto externo. La propia imagen en sentido positivo”, cit., págs. 3 y ss.; en la jurisprudencia constitucional, STCo 186/2000, de 10 de julio, citando las SSTCo 66/1995, de 8 de mayo; 55 y 207/1996, de 28 de marzo y de 16 de diciembre, y 37/1998, de 17 de febrero.

¹⁸⁶ SERRA CALLEJO, J.: “La discriminación laboral por causas atípicas: el aspecto físico y la posesión de enfermedades contagiosas”, *RTSS (CEF)*, núm. 127, 1993, pág. 104.

trabajadores adecuadamente frente a aquellos riesgos para su salud o su seguridad que no puedan evitarse o limitarse suficientemente mediante la utilización de los medios de protección colectiva o medidas de organización del trabajo (art. 16.3 Convenio núm. 155 OIT y RD 773/1997).

Respecto a las condiciones que deben tener dichos equipos, el legislador sólo ha atendido a las características del lugar de trabajo; en cuanto respecta al trabajador, ha considerado necesario tener en cuenta sus condiciones anatómicas y fisiológicas y su estado de salud, sin aparecer referencia alguna sobre la posible incompatibilidad con las creencias religiosas del empleado, únicamente determina su adecuación con el portador, tras los ajustes necesarios (art. 5 RD 773/1997). Esta última aseveración podría dar lugar a considerar incluido como criterio la religión del trabajador, aun cuando supondría forzar —quizá en demasía— el espíritu del RD; y en todo caso subordinada esta acomodación al fin fundamental del equipo cual es la protección.

No queda al arbitrio del trabajador la utilización de estos equipos, antes al contrario, el empresario debe velar por su uso efectivo cuando la naturaleza de la prestación de servicios así lo exija, debe obligar a sus trabajadores a utilizarlos¹⁸⁷ y dicho uso constituye también un deber para los empleados conforme al artículo 10.a RD 773/1997.

En este caso, los conflictos entre religión y equipos de protección deben resolverse en atención a asegurar convenientemente la protección frente a los riesgos concretos que existan en ese medio de trabajo¹⁸⁸. Bajo tales circunstancias, la decisión no puede venir dada por un balance entre ambos derechos (religión y vida), sino por proteger en primer lugar la vida y la seguridad de los trabajadores¹⁸⁹. Así pues, debe considerarse una limitación completamente legítima la derivada de las necesidades de seguridad y salud en el trabajo o de exigencias en materia de higiene¹⁹⁰.

Sin embargo, también caben soluciones que intenten conciliar ambos derechos fundamentales, así, en el caso de un trabajador sikh estadounidense con barba que le impedía la colocación de la mascarilla del respirador del oxígeno que necesitaba en su prestación de servicios, su empleador le ofreció distintos puestos con igual o parecido salario donde podría mantener su barba¹⁹¹. Tales

¹⁸⁷ STSJ Aragón 17 septiembre 1997 (AS 3334).

¹⁸⁸ BALLESTER PASTOR, I.: "Facultades de control empresarial sobre el aspecto exterior del trabajador: límites a la expresión del derecho a su propia imagen en el desarrollo de la prestación laboral", cit., pág. 33.

¹⁸⁹ DELPO, M.C.: "Never on Monday?!. Workplace religious discrimination in the New Millennium", cit., pág. 98.

¹⁹⁰ DÄUBLER, W.: *Derecho del Trabajo*, cit., pág. 617; DE TISSOT, O.: "Pour une analyse juridique du concept de dignité du salarié", cit., pág. 976 o BOSSU, B.: "Droits de l'homme et pouvoirs du chef d'entreprise: vers un nouvel équilibre", cit., pág. 752.

¹⁹¹ MALONE, M.D.; HARTMAN, S.J. y PAYNE, D.: "Religion in the workplace: specific accommodations for scheduling and personal appearance", cit., pág. 1089.

remedios quedan en la esfera de la autonomía de las partes, sin que norma alguna imponga la consecución de un acuerdo o el respeto a las creencias por encima de la libertad de organización del empresario y del respeto a la vida y salud del empleado, ni puede ser exigido tampoco por los Tribunales.

La negociación colectiva, por tanto, aparece como cauce idóneo para concretar las distintas condiciones, posibilidades y amparar las diversas sensibilidades. Algunos agentes sociales han desarrollado este contenido mediante la remisión a la participación de los trabajadores en la elección de los equipos¹⁹² o bien adjudicando la competencia para establecer los criterios generales sobre variedad, cantidad, periodicidad y calidad de los equipos de protección individual, recogiendo las necesidades y peculiaridades propias de los distintos colectivos al comité intercentros de seguridad y salud laboral¹⁹³. Algunos pactos contemplan la participación de los trabajadores a través de sus representantes sindicales “en la elaboración de los pliegos de prescripciones técnicas para la adquisición de material de protección personal”, habida cuenta se dará traslado, para su informe, a la representación sindical, pudiendo asistir a las reuniones de la mesa de contratación cuando en la misma se estudie la adjudicación o compra de bienes y servicios que afecten a las condiciones de trabajo en general, con voz pero sin voto. O bien atribuyen directamente su gestión a los encargados de la prevención junto con la participación de los representantes específicos en esta materia de los empleados: en cumplimiento de la legislación de riesgos laborales, la gestión de los equipos de protección individual se desarrollará como un elemento organizativo más por el servicio de prevención, en colaboración con los distintos servicios [existentes] y los representantes de los mismos¹⁹⁴.

Un supuesto concreto que vincula el aspecto personal, las creencias religiosas y la salud e higiene viene dada por aquellos empleos donde los trabajadores manipulen alimentos y el empresario les exija rasurarse y tal orden suponga una contradicción con los preceptos de determinadas prácticas religiosas que obligan a dejarse crecer la barba (musulmana, sikh,...). Tradicionalmente ha sido considerada en muchas regiones una costumbre laboral la prohibición de llevar barba en hostelería; en la actualidad, los Tribunales ya han contemplado tal situación, si bien no a la luz de la libertad religiosa sino del derecho a la propia imagen y a la correcta manipulación de los alimentos: “la decisión empresarial... no encuentra apoyo en normativa legal o convencional que prohíba a los cocineros llevar bigote y perilla cuando tales adornos capilares... están debidamente recortados y aseados [y] si bien es cierto que... los manipuladores de alimentos deberán conocer y cumplir las instrucciones de trabajo establecidas por la empresa para garantizar la seguridad y salud de los alimentos, tales instrucciones han de ser razonables y encontrar amparo legal, convencional o consuetudinario, lo que no sucede en este caso, al constatar... que el trabajador desarrolla

¹⁹² CC Trevenque Sistemas de Información, S.L.

¹⁹³ CC Agencia EFE, S.A. (art. 86).

¹⁹⁴ CC Hijos de Rivera, S.A. (art. 50).

su tarea con el debido aseo y cuidado”¹⁹⁵. De igual modo, en la legislación de otros países como Estados Unidos cuando tal decisión provenga únicamente de la política de la empresa y no obedezca a motivos de seguridad ni de higiene no ha lugar a ordenar su rasuración¹⁹⁶.

Por el contrario, en el Reino Unido los fallos judiciales han considerado no discriminatorio negarse a contratar a un sikh que se negaba a cortarse la barba, basando tal decisión en la protección de la salud e higiene de los clientes¹⁹⁷.

6. Régimen disciplinario y extinción del contrato de trabajo

La religión como causa de despido o de sanción puede ser abordada desde dos puntos de vista diferentes: por un lado, como razón última de la comisión de una falta; por otro, como causa para sancionar cuando se discrimine por tal motivo.

1.- En el primer caso, cuando el empresario pretende sancionar a un trabajador debido a una infracción laboral con origen en su creencia religiosa aparecen en conflicto dos derechos: el derecho del empresario a dirigir la actividad laboral (art. 20.1 ET) y el derecho fundamental a la libertad religiosa del empleado (art. 16.1 CE).

Tradicionalmente, se ha asumido cómo la libertad religiosa incide en el contrato de trabajo, pero sólo en el sentido de imponer la no discriminación por razones religiosas, de exigir al empresario un principio de neutralidad o no confesionalidad, que implica que éste no puede imponer al trabajador sus propias creencias, supone una exigencia mutua de neutralidad en el contrato, una empresa “laica”¹⁹⁸.

No obstante, y ante el pluralismo religioso imperante, los problemas comienzan a aparecer, y radican en determinar cuándo el ejercicio del derecho fundamental —su libertad religiosa— por parte del trabajador comienza a ser abusivo dejando de merecer protección jurídica y pudiendo, por tanto, ser objeto de sanción¹⁹⁹. De igual modo, los perfiles varían y se vuelven difusos al intentar

¹⁹⁵ STSJ Madrid 18 abril 2001 (AS 2341).

¹⁹⁶ MALONE, M.D.; HARTMAN, S.J. y PAYNE, D.: “Religion in the workplace: specific accommodations for scheduling and personal appearance”, cit., pág. 1089.

¹⁹⁷ *Caso Panesar v. Nestle Co Ltd.*, recogido en O’DEMPSEY, D.; ALLEN, A.; BELGRAVE, S. y BROWN, J.: *Employment Law and the Human Rights Act 1998*, Bristol (Jordans), 2001, pág. 160.

¹⁹⁸ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: “Libertad ideológica, contrato de trabajo y objeción de conciencia”, cit., pág. 7.

¹⁹⁹ ROSSELL GRANADOS, J.: “Improcedencia de sanción laboral por uso de vestimenta religiosa”, AS, núm. 1, 2003, pág. 21.

deslindar cuándo el poder disciplinario del empresario colisiona no sólo con su libertad religiosa sino también con los derechos fundamentales del trabajador a la igualdad y no discriminación por motivos de raza o etnia²⁰⁰.

Cabe mencionar como ejemplos de colisión las faltas de asistencia que tienen como origen respetar los días de descanso de las distintas religiones²⁰¹, el abandono del trabajo durante la jornada efectiva para rezar, la desobediencia o indisciplina a la hora de cumplir una determinada orden del empresario en contra de los preceptos de su religión o, supuesto anecdótico, el consumo de sustancias estupefacientes fomentado por algunas religiones si repercuten negativamente en la prestación de servicios.

Desde luego, la intención del empleado no radica en cometer estas infracciones laborales, ni tampoco “pretende la anulación total o parcial del mismo, sino que se le dispense del cumplimiento de las obligaciones que libremente aceptó y que considera ajustadas a derecho, de manera que no se extraiga de su incumplimiento la necesaria consecuencia del despido”, esto es, la modificación del vínculo suscrito²⁰².

De continuar con el principio de no injerencia, la invocación por el trabajador de su libertad religiosa sólo podría expresarse en una conducta de neutralidad, de no injerencia o intromisión en sus convicciones religiosas por parte del empresario²⁰³. Para los Tribunales europeos, esta obligación de neutralidad y no injerencia exige al empresario una conducta pasiva, sin llevar asociado un deber de acomodación del funcionamiento de la organización a las convicciones religiosas ni un deber de adaptar las obligaciones contractuales²⁰⁴.

Estos fallos judiciales renuncian a buscar vías de adecuación y ajuste razonables entre el ejercicio del derecho fundamental y la organización del trabajo, no cabría imponer ningún intento de solución acordada, habida cuenta la relación laboral tiene base consensual, a la hora de iniciar el vínculo ambas partes han conocido y mostrado su voluntad conforme de realizar lo pactado y al trabajador siempre le quedaría la salida de dimitir, sin que el empleado pueda invocar un derecho “de resistencia”²⁰⁵. Pero, y pese al impecable razonamiento

²⁰⁰ Al respecto, FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ, J.: *Poder disciplinario empresarial y proceso especial de impugnación de sanciones*, Oviedo (CES Asturias), 2005, págs. 61-62.

²⁰¹ STEDH 1997, *asunto Stedman V. UK*: el trabajador fue despedido no por motivos religiosos sino por faltar al trabajo.

²⁰² STCo 19/1985, de 13 de febrero.

²⁰³ VALDÉS DAL-RÉ, F.: “La libertad religiosa y su problemática acomodación con la organización del trabajo”, cit., pág. 1.

²⁰⁴ VALDÉS DAL-RÉ, F.: “La libertad religiosa y su problemática acomodación con la organización del trabajo”, cit., pág. 2.

²⁰⁵ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: “Libertad ideológica, contrato de trabajo y objeción de conciencia”, cit., pág. 7.

jurídico, esta opción de renunciar a la prestación de servicios en caso de conflicto es irreal, debido al alto desempleo sufrido no existe tal libertad²⁰⁶.

Esta visión estricta del comportamiento empresarial debido acaba resquebrajándose, dando entrada a un intento de conciliación entre el derecho a la libertad religiosa y el de organización empresarial. Asumiendo que “la solución ha de buscarse caso por caso”²⁰⁷, el Tribunal Constitucional ha admitido cómo otros valores o bienes constitucionales pueden limitar derechos del máximo nivel²⁰⁸; incluso valores no expresamente consagrados en la Carta Magna pero reconocidos cómo instrumento apto para alcanzar los fines de ésta²⁰⁹. Ante tal situación es necesario buscar un camino para lograr la coordinación de los bienes jurídicos en lid, admitiendo que cada derecho provoca un cierto recorte en el desarrollo de los demás²¹⁰ y favoreciendo en cuanto sea posible la subsistencia del contenido esencial de todos²¹¹.

La aplicación práctica de esta pretendida coordinación consiste en examinar la actuación empresarial previa (es decir, si intentó o no conciliar la fe de sus trabajadores con sus órdenes, si cabía una mínima adecuación o por el contrario el sacrificio que se exigía al empresario era tal que dejaba sin contenido el propio contrato²¹²) por los Tribunales con el fin de evaluar la procedencia o improcedencia de la sanción impuesta al trabajador. Así, sería declarada improcedente cuando el empleador no haya hecho un esfuerzo por acomodar el derecho fundamental del trabajador.

En Derecho comparado los Tribunales, ante incumplimientos del trabajador derivados de sus convicciones religiosas realizan un “balance razonable” entre ambos derechos, consistente en averiguar si el empresario ha intentado adoptar las medidas oportunas para que no se produzca la colisión y consiguiente consecuencia negativa para el trabajador. El uso del término “razonable” implica

²⁰⁶ BRADNEY, A.: *Religions, rights and laws*, cit., pág. 114.

²⁰⁷ DEL VALLE, J.M.: “El derecho a la intimidad del trabajador durante la relación de trabajo”, *AL*, núm. 39, 1991, págs. 492-493.

²⁰⁸ GOÑI SEIN, J.L.: *El respeto a la esfera privada del trabajador*, cit., págs. 25-26 o BORRAJO DACRUZ, E.: “Protección de los derechos fundamentales y casuismo”, *AL*, núm. 19, 2000, págs. 285 y ss. En la jurisprudencia constitucional, SSTCo 11/1981, de 8 de abril, o 2/1982, de 29 de enero.

“Ninguno de los derechos fundamentales [es absoluto], pudiendo ceder ante intereses constitucionalmente relevantes” [STCo 98/2000, de 10 de abril]. En cualquier caso, “el ejercicio de los derechos fundamentales del trabajador únicamente admite limitaciones o sacrificios en la medida en que se desenvuelve en el seno de una organización que refleja otros derechos reconocidos constitucionalmente [libertad de empresa (artículo 38 CE) y propiedad privada (artículo 33 CE)] y que impone, según los supuestos, la necesaria adaptabilidad para el ejercicio de todos ellos”, STCo 90/1997, de 6 de mayo.

²⁰⁹ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a.F.: “Libertad ideológica y prestación de servicios”, *RL*, núm. 7, 1985, pág. 61.

²¹⁰ MORO ALMARAZ, M^a.J.: “Derecho de expresión y libertad ideológica en el ámbito laboral”, *RL*, núm. 3, 1986, pág. 66.

²¹¹ AGRA VIFORCOS, B.: “El derecho del trabajador a la libre determinación de su aspecto externo. La propia imagen en sentido positivo”, cit., págs. 3 y ss.

²¹² RIERA VAYREDA, C.: *El despido nulo*, cit., pág. 96.

cooperación bilateral apropiada para buscar una conciliación aceptable entre las necesidades religiosas del trabajador y las empresariales, y la buena fe es exigible tanto al empleador como al operario²¹³.

La jurisprudencia estadounidense acude a las concretas circunstancias del caso, elaborando una serie de criterios a fin de evaluar los casos de acomodación razonable en atención a la religión de los empleados²¹⁴. En tal sentido, al trabajador demandante le corresponde acreditar: tener una creencia religiosa de buena fe (no siendo necesaria su pertenencia a una iglesia determinada²¹⁵) que entra en conflicto con las obligaciones contractuales²¹⁶; haber informado al empresario sobre dicha creencia, bien al comienzo, bien durante el desarrollo del vínculo²¹⁷; y, en fin, haber sido sancionado por negarse a cumplir las obligaciones derivadas del contrato. Ofrecidos estos indicios, al empresario le corresponde demostrar que no cabe una acomodación razonable (*reasonable accommodation*) sin incurrir en una dificultad excesiva (*undue hardship*). Un ejemplo de este poder disciplinario y corrector del empresario matizado por la libertad religiosa de sus empleados aparece en un fallo judicial estadounidense: dos empleados de un servicio de comidas saludaban o respondían a los clientes con las expresiones: "Dios te bendiga"; "si Dios quiere"; "gracias a Dios"; el empresario no las consideró apropiadas y les sugirió una más neutral: "hola, ¿qué puedo hacer por usted hoy?". El empresario sancionó tal conducta argumentando lesión a su interés empresarial y perjuicio a la corporación. El Tribunal no encontró evidencia ninguna de disminución de las ventas y consideró las anteriores manifestaciones espontáneas y que no implicaban ninguna tendencia al proselitismo o a imponer una determinada creencia²¹⁸.

En general, esta "acomodación razonable" de las condiciones de trabajo al ejercicio de los derechos fundamentales del trabajador conduce a aceptar la iniciativa tomada o la propuesta razonable efectuada por el empresario²¹⁹. En consecuencia, este deber de acomodación del empresario es mínimo, no estará obligado el empresario a soportar unos costes económicos o extraeconómicos superiores a los mínimos, este es el techo de la adaptación, el límite del gravamen, real, al que le basta con realizar una propuesta razonable, aunque no sea

²¹³ MALONE, M.D.; HARTMAN, S.J. y PAYNE, D.: "Religion in the workplace: specific accommodations for scheduling and personal appearance", cit., pág. 1084.

²¹⁴ Siguiendo en la exposición a VALDÉS DAL-RÉ, F.: "La libertad religiosa y su problemática acomodación con la organización del trabajo", cit., págs. 3-5.

²¹⁵ Caso *Frazer v. Employment Security Department* en 1973.

²¹⁶ Caso *Trans World Airlines v. Hardison* en 1967.

²¹⁷ Caso *Hobbie v. Unemployment Appeals Commission of Florida* en 1987.

²¹⁸ Caso *Banks v. Service America Corp.* en 1996, recogido en MALONE, M.D.; HARTMAN, S.J. y PAYNE, D.: "Religion in the workplace: religious activities on the job", cit., pág. 1095.

²¹⁹ ORTIZ LALLANA, C.: "Derechos fundamentales y relación laboral", *RMTAS*, núm. 13, 1998, pág. 32.

la preferida del trabajador²²⁰. Por tanto, no implicaría una completa preferencia por las prácticas religiosas del empleado²²¹, el empresario no tiene la obligación de asegurar a sus trabajadores la observancia de su religión a cualquier precio²²², exigiendo un acomodo absoluto²²³.

En último término, si las creencias no quieren ser vulneradas, el sacrificio debe soportarlo quien las tiene y no quien no las tiene²²⁴, esto es, al trabajador siempre le quedaría el recurso de dimitir para lograr una completa protección. Menos aún cuando el número de trabajadores con determinada creencia en su centro hace imposible un respeto absoluto —por ejemplo, si la empresa produce un determinado día, aun cuando fuere festivo para la religión, algún empleado deberá acudir—²²⁵.

2.- Por otro, y de acuerdo con el régimen constitucional, a todo trabajador le asiste un doble derecho: de un lado, resistir y no acatar las órdenes e instrucciones empresariales cuyo contenido sea bien la interdicción bien la imposición de una determinada creencia religiosa; de otro, el derecho a no ser discriminado por razones religiosas en el momento de la contratación, ejecución y extinción del contrato, esto es, a no sufrir daño alguno como consecuencia del ejercicio de su libertad de conciencia²²⁶, consistente ésta en una manifestación de la dimensión externa del derecho a la libertad religiosa, que faculta a los ciudadanos a actuar con arreglo a sus convicciones y mantenerlas frente a terceros²²⁷.

Así aparece recogido en los convenios colectivos, los cuales consideran como falta grave o muy grave "el uso repetido de palabras soeces o blasfemas u otras que puedan significar un desprecio o discriminación por razón de sexo, raza o religión"²²⁸; así como toda actuación que suponga discriminación por razón de raza, sexo, religión, lengua u opinión²²⁹.

²²⁰ VALDÉS DAL-RÉ, F.: "La libertad religiosa y su problemática acomodación con la organización del trabajo", cit., pág. 6 y Caso *Ansonia Board of Education v. Philbrook* en 1986.

²²¹ VALDÉS DAL-RÉ, F.: "La libertad religiosa y su problemática acomodación con la organización del trabajo", cit., pág. 6.

²²² MALONE, M.D.; HARTMAN, S.J. y PAYNE, D.: "Religion in the workplace: specific accommodations for scheduling and personal appearance", cit., pág. 1085.

²²³ MALONE, M.D.; HARTMAN, S.J. y PAYNE, D.: "Religion in the workplace: disparate treatment", cit., pág. 1105.

²²⁴ STCo 166/1996, de 28 de octubre.

²²⁵ DELPO, M.C.: "Never on Monday?!. Workplace religious discrimination in the New Millennium", cit., pág. 98.

²²⁶ VALDÉS DAL-RÉ, F.: "La libertad religiosa y su problemática acomodación con la organización del trabajo", cit., pág. 1.

²²⁷ SSTCo 19/1985, de 13 de febrero; 120/1990, de 27 de junio; 137/1990, de 19 de julio; 177/1996, de 11 de noviembre y 154/2002, de 18 de julio.

²²⁸ CC Mira Rubio (art. 42.10).

²²⁹ CC Cucart, S.L. (art. 4); CC Delegación de ESK, S.A. en Huelva (art. 39); CC gestión y mediación inmobiliaria (art. 55).

La última reforma introducida por el artículo 54.2.g) ET —disposición adicional 11ª. Trece LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres— recoge tal cláusula como supuesto para despedir disciplinariamente a un trabajador “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”, cuyo origen radica en la Directiva 2000/78/CEE, del Consejo, de 27 de noviembre, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. En cuanto a la definición de acoso, el artículo 28 de la Ley 62/2003 considera como tal “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”, esto es, ha de tratarse de una conducta a través de la cual se cree un entorno intimidatorio, humillante u ofensivo tomando —en el supuesto analizado— como causa la religión del trabajador acosado.

La finalidad que persiga el acosador no es relevante para su integración como causa de despido disciplinario, así, encajaría cuando tratara de humillar a su compañero y lo consiguiera; también aquéllas en las que pese a ser ése el objetivo, no lo logra; y por último, cuando no teniendo tal finalidad, el resultado es la violación de la dignidad del empleado (o, más raramente, del empresario)²³⁰.

La otra cara de la moneda radicaría en un despido sin justa causa, motivado por motivos religiosos, el cual sería calificado como nulo; de igual modo, una sanción impuesta por el empresario con idéntica fundamentación no será válida²³¹. Ante la simple constatación de indicios de discriminación, corresponde al empresario la aportación de una justificación objetiva y razonable²³²: “la dificultad probatoria de la motivación discriminatoria hubiera podido obviarse trasladando al empresario la prueba de la existencia de un motivo razonable de despido, cualquiera que fuera su justificación formal y la viabilidad sustancial para romper la relación de trabajo”²³³. En el fondo, se trata de una “inversión de la carga de la prueba cuando se aporten por el trabajador indicios de vulneración de sus derechos fundamentales, de suerte que en tales casos incumbe al empresario probar que la decisión empresarial que se impugna obedece a motivos razonables y ajenos a todo propósito atentatorio a un derecho fundamental”²³⁴.

²³⁰ GORELLI HERNÁNDEZ, J.: “Despido por acoso”, en AA.VV. (GORELLI HERNÁNDEZ, J., Coord.): *El despido. Análisis y aplicación práctica*, Madrid (Tecnos), 2004, pág. 157.

²³¹ Al respecto, FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ, J.: *Poder disciplinario empresarial y proceso especial de impugnación de sanciones*, cit.

²³² ORTIZ LALLANA, M^a.C.: “Causas, forma y efectos del despido disciplinario”, *REDT*, núm. 100, 2000, pág. 1156.

²³³ STCo 38/1981, de 23 de noviembre.

²³⁴ STCo 17/2005, de 1 de febrero.

El Tribunal Constitucional ha tenido oportunidad de entrar a valorar aquellas extinciones en relación con los trabajadores al servicio de empresas de tendencia²³⁵, y aplicada dicha doctrina más tarde por los Tribunales ordinarios para declarar la nulidad de los despidos contrarios a la libertad ideológica o religiosa consagrada en la CE²³⁶. Por ejemplo, fue considerado despido discriminatorio el realizado a una mujer por quedarse embarazada de un cura en un colegio religioso, pudiendo volver a enseñar²³⁷.

III. Derecho colectivo

El credo religioso del trabajador influye de manera determinante en varios aspectos del Derecho Colectivo; así, algunas religiones impiden a sus fieles acudir a las elecciones, sindicales o no, como electores o elegibles; otra les puede impedir apoyar cualquier clase de conflicto, la afiliación a un sindicato o vetar cualquier tipo de negociación con el empresario. Pero, en tales casos, al tratarse del libre ejercicio de estos derechos en su faceta negativa, ninguna medida puede adoptarse desde el Derecho, tan sólo reseñar el déficit de representación y defensa que ello les ocasiona.

En cuanto al papel a desempeñar por el pacto colectivo en materia religiosa, los distintos Acuerdos del Estado español con determinadas religiones han preferido pasar de puntillas sobre este tema y trasladar la concreta regulación de los descansos laborales y días festivos a la autonomía de la voluntad de trabajadores y empresarios. De esta manera, el empleador aparece como pieza "bisagra" del sistema, en la medida en que se traslada al ámbito privado de las relaciones laborales la concordancia entre plena satisfacción del derecho de libertad religiosa en el concreto aspecto de santificar el día semanal con el mantenimiento de la relación laboral²³⁸.

Debido a tal remisión, los convenios colectivos han demostrado constituir la vía más adecuada para adaptar las condiciones de trabajo en cada empresa o sector. Así, respecto a los descansos semanales, el horario de entrada y salida, los días festivos, la posibilidad de adaptación en determinadas épocas encontrarán oportuno acomodo en la regulación convencional.

²³⁵ SSTCo 47/1985, de 27 de marzo, y 106/1996, de 12 de junio.

²³⁶ SSTSJ Galicia 24 septiembre 1997 (AS 3060) y Aragón 29 febrero y 29 mayo 2000 (AS 1400 y 1601) recogidas por BADIOLA SÁNCHEZ, A.M^a.: *La nulidad de la extinción del contrato de trabajo*, Valladolid (Lex Nova), 2003, pág. 303.

²³⁷ STEDH 1997, asunto O'Neil v. Governors of St. Thomas More RC School. En la doctrina, un comentario en BOWERS, J. y LEWIS, J.: *Employment Law and Human Rights*, Londres (Sweet and Maxwell), 2001, págs. 87 y ss.

²³⁸ DOMÍNGUEZ BARTOLOMÉ, R.: "El derecho de libertad religiosa y el derecho laboral", en AA.VV. (VLADIMIR ZAMBRANO, C., Ed.): *Pluralismo religioso y libertad de conciencia. Configuraciones jurídicas y políticas en la contemporaneidad*, Bogotá (Universidad Nacional de Colombia), 2003, pág. 149.

Sin embargo, en esta materia, los agentes sociales no han mostrado su sensibilidad ante la diversidad de creencias que pueden coexistir en la misma empresa, reproduciendo la prohibición de discriminación en el trabajo de los artículos 4 y 17 ET, así “no se producirá discriminación alguna por razón de sexo, edad, religión, ideología”²³⁹; “las empresas no podrán condicionar la promoción de los trabajadores a cuestiones ideológicas, de sexo, de religión, por raza, filiación política o sindical”²⁴⁰.

Pese a que la mayoría de los convenios no introducen variación alguna en la norma estatutaria respecto a esta materia, se aprecia una tendencia a incrementar las posibilidades de distribución irregular de la jornada y de los descansos²⁴¹, atribuyendo a la propia empresa la fijación del concreto día de disfrute²⁴² o pudiendo pactar en supuestos individuales una reducción de jornada compensando las horas disfrutadas²⁴³. De este modo, encontrarían acomodo los creyentes de las distintas religiones en orden a poder practicar sus preceptos en cuanto hacen referencia a días festivos o a rezos durante el día sin perjudicar la productividad de su empresa. Tal flexibilización podría venir contemplada en un convenio supraempresarial, pero es a nivel de empresa o centro donde mejor pueden ser previstas y recogidas las peculiaridades a la hora de confeccionar el calendario laboral, por ejemplo, o en el acuerdo colectivo de ese ámbito.

Sin embargo, la mayoría de los convenios eluden tratar las posibles diferencias religiosas de sus empleados, y, en casos tan señeros como la concesión de permisos, ciertos pactos arrastran la herencia de un Estado confesional católico, concediendo igual permiso para el caso de primera comunión²⁴⁴ o bautizo²⁴⁵, si bien existen excepciones (igualan a todos los empleados concediendo el permiso para actos semejantes según la religión)²⁴⁶.

Incluso en la regulación de los días festivos, y a parte de los regulados por el Gobierno en el calendario laboral, los establecidos de modo particular por cada empresa corresponden con las festividades religiosas católicas de la

²³⁹ CC Mahou; CC interprovincial de empresas para el comercio de flores y plantas; XX CC Banca; II CC estatal del sector de prensa diaria; CC interprovincial de las empresas minoristas de droguerías, herboristerías, ortopedias y perfumerías .

²⁴⁰ CC para el sector del transporte y trabajos aéreos con helicópteros y su mantenimiento y reparación.

²⁴¹ CC Fabricación Conservas Vegetales (art. 34); CC Star Española (art. 21).

²⁴² CC Igualatorio Médico-Quirúrgico SA (art. 8); CC Giraud Logística SL (art. 4); CC FEVE (art. 63).

²⁴³ XIV CC ENAGAS, SA.

²⁴⁴ CC Cargill España, S.A. (art. 27); CC Almston (art. 21); CC Refrescos Envasados del Sur, S.A. (art. 16).

²⁴⁵ CC Cargill España, S.A. (art. 27); CC Banca (art. 27).

²⁴⁶ CC Saint-Gobain Vicosá (art. 33).

actividad en cuestión²⁴⁷ o bien de la localidad en la cual está ubicada²⁴⁸. En tal supuesto la solución a arbitrar pasaría, en aquellas actividades que exijan una producción continua, por prestar servicios los empleados cuya religión exija el descanso otro día, para que le sea compensado precisamente con ese día de descanso. Tal posibilidad no existirá en las empresas que paralicen la producción esos días, en ese caso la satisfacción no resultará posible.

En defecto de pacto colectivo, también la autonomía individual resulta mecanismo adecuado para incorporar la regulación de las peculiaridades en el caso concreto, así, en el momento de la celebración del contrato donde las partes pueden decidir dotar de relevancia jurídica a las creencias religiosas del trabajador, concertando las condiciones de trabajo (jornada, horario, descansos o tareas) que resulten compatibles con las creencias del empleado²⁴⁹.

²⁴⁷ CC Compañía Transmediterránea, S.A. (art. 10); CC Mahou (art. 52).

²⁴⁸ CC Nudenos, S.A. (art. 32). Por extenso en, ÁLVAREZ CUESTA, H. y QUIRÓS HIDALGO, J.G.: *Las condiciones laborales en la negociación colectiva leonesa en los últimos años*, León (Universidad), 2006, págs. 40-42.

²⁴⁹ VALDÉS DAL-RÉ, F.: "La libertad religiosa y su problemática acomodación con la organización del trabajo", cit., pág. 3.

CAPÍTULO II:

LA PARTICULAR SITUACIÓN DEL TRABAJADOR EN LAS EMPRESAS DE TENDENCIA DE NATURALEZA CONFESIONAL

La particular situación del trabajador en las empresas de tendencia de naturaleza confesional

El derecho fundamental reconocido en el artículo 16.1 CE puede ser fuente, conforme se acaba de analizar detalladamente, de ciertas controversias en el marco de las relaciones laborales por las implicaciones que las creencias pueden provocar en el seno de la prestación de servicios; estas consecuencias se hacen más patentes en el contexto de las denominadas empresas de tendencia de naturaleza religiosa o confesionales²⁵⁰, cuyo ideario o convicciones choca en numerosas ocasiones con el ejercicio de derechos por el trabajador empleado por ellas, un enfrentamiento capaz de requerir soluciones especiales desde el punto de vista de cuantos principios inspiran el Derecho del Trabajo²⁵¹. Atender semejante peculiaridad conlleva habitualmente una mayor restricción de sus prerrogativas si comparada con la situación presente en las relaciones laborales ordinarias, en tanto en numerosas ocasiones primará el derecho colectivo de la unidad productiva a organizar de manera autónoma su funcionamiento interno²⁵² en aras a alcanzar sus fines y salvaguardar su especificidad, aun cuando tal circunstancia vaya en detrimento de la faceta individual²⁵³.

²⁵⁰ Para algún autor, la calificación de las confesiones como empresas de tendencia no resulta del todo afortunada, habida cuenta "sin perjuicio, claro está, de que las Confesiones puedan incluirse, también, dentro de este tipo de organizaciones o empresas, entendemos que en nuestro ordenamiento adquieren una dimensión distinta, precisamente por su tipicidad religiosa, enmarcada en el derecho de libertad religiosa", CUBILLAS RECIO, L.M.: "La facultad normativa de las confesiones de establecer cláusulas de salvaguarda de su identidad en el ordenamiento español", *Laicidad y libertades. Escritos jurídicos*, núm. 0, 2000, pág. 234.

²⁵¹ En el acercamiento a esta cuestión "en las que otros bienes constitucionalmente protegidos pueden entrar en confrontación con los derechos fundamentales del trabajador, sin que sea posible encontrar una solución única y clara a dicho conflicto, sino que es preciso avanzar por la vía del equilibrio, siempre difícil, entre intereses constitucionales contrapuestos", PEDRAJAS MORENO, A.: *Despido y derechos fundamentales. Estudio especial de la presunción de inocencia*, Madrid (Trotta), 1992, pág. 44.

²⁵² Semejante facultad permite a la confesión aplicar un derecho específico para su propio personal y que en muchas ocasiones conlleva aparejada la existencia de "zonas exentas del cumplimiento del Derecho del Trabajo debido a las peculiaridades que estas entidades presentan", VIDAL GALLARDO, M.: "Régimen jurídico del personal al servicio de las Iglesias, confesiones y comunidades religiosas inscritas (Inciso primero del art. 6.1 de la LO 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa)", *Laicidad y libertades. Escritos jurídicos*, núm. 0, 2000, pág. 263.

²⁵³ Para algún autor, "los derechos fundamentales de libertad de los que la organización de tendencia es, en hipótesis, una forma concreta de ejercicio, son merecedores de tutela en una medida no inferior a cuanto se admite en favor del trabajador. Más aún, en caso de conflicto están destinados a prevalecer", ROMAGNOLI, U.: "Sulla rilevanza della reticenza del prestatore como *culpa in contrahendo*", *Giurisprudenza italiana*, T. I, 1970, pág. 1070.

El presente capítulo pretende, por tanto, analizar el régimen laboral aplicable, no a quienes tienen la condición de religiosos o miembros de una comunidad²⁵⁴, sino a los trabajadores contratados por dichas entidades sin estar vinculados por una relación jerárquica con la entidad al no formar parte en sentido estricto de la comunidad religiosa²⁵⁵, empleados para los cuales suele ser habitual introducir cláusulas de salvaguarda²⁵⁶, ex artículo 6 LOLR, cuya misión fundamental viene a ser excepcionar el Derecho del Trabajo general para aplicar unos criterios específicos en aras a garantizar la protección de la identidad religiosa del credo²⁵⁷ y cuya suscripción habrá de tener lugar al inicio de la prestación de servicios. Con todo, semejante prerrogativa no concede una patente de corso a la confesión para establecer una normativa propia, sino la posibilidad de implantar ciertas matizaciones a los derechos reconocidos a cualquier trabajador con la intención de preservar su identidad²⁵⁸, es decir, le permitiría modalizar algunas de las facultades reconocidas en la normativa laboral y añadir deberes adicionales a los previstos en una relación ordinaria.

²⁵⁴ Este personal debe tener la condición de ministro de culto, realizar actividades de carácter estrictamente religioso y por cuenta directa de la confesión y prestar los servicios bajo la dependencia jerárquica de una autoridad confesional [LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D.: *Derecho de la libertad de conciencia II. Libertad de conciencia, identidad personal y derecho de asociación*, 2ª ed., Madrid (Thomson-Civitas), 2003, pág. 485. Un estudio exhaustivo sobre estos criterios en VIDAL GALLARDO, M.: "Régimen jurídico del personal al servicio de las Iglesias, confesiones y comunidades religiosas inscritas...", cit., págs. 264 y ss.]; se trata de las denominadas "estructuras jurisdiccionales... En virtud de esta autonomía jurisdiccional, la Iglesia establece libremente sus propios órganos de gobierno y el régimen de lo que podríamos llamar el "personal a su servicio", que tiene naturaleza de subordinación jerárquica" [DE OTADUY GUERIN, J.: "Las cláusulas de salvaguarda de la identidad de las instituciones religiosas. Doctrina y jurisprudencia", en AA.VV.: *Las relaciones entre la Iglesia y el Estado. Estudios en Memoria del Profesor Pedro Lombardía*, Madrid (Universidad Complutense de Madrid-Universidad de Navarra-Edersa), 1989, pág. 375].

Según la doctrina judicial, "la relación jurídica establecida entre los Ministros de Culto y las distintas iglesias y confesiones religiosas no puede ser configurada, mientras se limite a la labor de asistencia religiosa y de culto y otras inherentes a sus compromisos religiosos, como relación laboral", STS, Cont.-Admvo., 14 mayo 2001 (RJ 4253), con cita de las STCo 63/1994, de 28 de febrero y SSTSJ Madrid 17 noviembre 1993 (AS 4770), 5 diciembre 1995 (AS 4790) y 12 mayo 1997 (AS 1578). Sobre la delimitación subjetiva de este personal a efectos exclusivos de Seguridad Social, STCo 128/2001, de 4 de junio.

²⁵⁵ Sobre la naturaleza laboral o no de la prestación de servicios de quienes desempeñan actividades relacionadas con la práctica del culto como sacristanes, cantores, organistas, campaneros, sepultureros, etcétera, BLAT GIMENO, F.R.: *Relaciones laborales en empresas ideológicas*, Madrid (MTSS), 1986, págs. 234 y ss.

²⁵⁶ "La cláusula de salvaguarda puede aplicarse a todas aquellas personas que tengan una relación laboral sometida al ET con la confesión, sean o no miembros de la misma, y realicen o no tareas ideológicas, ya que su finalidad es que no se ataquen las creencias y el carácter propio de la confesión, pudiendo en principio este ataque provenir de cualquier trabajador, sea o no miembro de la confesión y realice o no tareas de tendencia. Sobre esta base considero que la cláusula de salvaguarda es una facultad que tiene la confesión cuando contrata a un trabajador conforme al derecho estatal y supone la posibilidad de no aplicar algunas normas de la legislación laboral a la cual se somete el contrato entre la confesión y la persona que presta sus servicios en ella" [ODRIOZOLA IGUAL, C.: "Relaciones de trabajo en el contexto de organizaciones ideológicas y religiosas: La Directiva 2000/78/CE, de 27 de diciembre, sobre empleo y trabajo", *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 6, 2004, pág. 3]; "las cuestiones de personal son, por tanto, su específico campo de actuación, con particular incidencia en el personal laico" [BLAT GIMENO, F.R.: *Relaciones laborales en empresas ideológicas*, cit., pág. 241]. En contra, por considerarlas aplicables especialmente a los ministros de culto, CUBILLAS RECIO, L.M.: "La facultad normativa de las confesiones de establecer cláusulas de salvaguarda de su identidad en el ordenamiento español", cit., págs. 246 y ss.

²⁵⁷ El fundamento y función de semejante cláusula de salvaguarda de la propia identidad cabe situarlo en la defensa de la doctrina y de los principios de la propia confesión frente a injerencias extrañas, es decir, frente a cualquier ataque capaz de poner en peligro su ser y razón de existir, MORENO BOTELLA, G.: "El carácter propio de las entidades religiosas y sus consecuencias en el derecho laboral español", *REDCan.*, Vol. 44, núm. 123, 1987, pág. 529.

²⁵⁸ En efecto, "la facultad que la Ley Orgánica de Libertad Religiosa reconoce a las confesiones religiosas para determinar el régimen de su personal no exige a las mismas de sujetarse a los requisitos establecidos en el ordenamiento para acogerse a uno u otro tipo de relación en atención a su naturaleza jurídica", STS, Cont.-Admvo., 14 mayo 2001 (RJ 4253).

I. Concepto de empresa de tendencia de carácter religioso

La falta de una definición expresa por parte del ordenamiento español sobre el particular impide realizar una delimitación *a priori* de esta clase de empresas²⁵⁹, lo que ha llevado a la doctrina científica a confeccionar dicho concepto sobre la base de ordenamientos jurídicos cercanos, en especial el italiano y el alemán. Sin embargo, la cuestión no resulta pacífica, en tanto, existen dos posiciones claramente diferenciadas que centran su foco de atención en planos completamente diferentes.

Para la primera, lo relevante es el concepto de empresa señalando, desde una aproximación estricta a dicho concepto, que únicamente merecerán dicha consideración “aquellas organizaciones institucionalmente expresivas de una ideología, es decir, en las que la ideología [en este caso una determinada creencia religiosa] constituye y sostiene la organización; en las que la ideología es lo único esencial, puesto que en función de la misma existen”²⁶⁰, y en las cuales la existencia de un fin lucrativo impedirá considerarlas como de tendencia²⁶¹. En cambio, para una noción más amplia el factor decisivo cabe situarlo en “que la actividad u organización en cuestión sirva directa o indirectamente a la difusión del fin ideológico o concepción del mundo, inspirada en valores o ideales claramente reconocibles”²⁶², o en otras palabras, aquellas “cuyas actividades estén inspiradas por ciertos ideales o guiados por la moral, ideas o conceptos protegidos por la legislación nacional de cada país”²⁶³, sin importar la existencia o no de afán lucrativo entre sus objetivos²⁶⁴.

En este contexto, para la primera opción únicamente cabría incluir en su seno a las asociaciones con objetivos sustancialmente religiosos²⁶⁵, mientras

²⁵⁹ Según reconoce el Máximo Intérprete de la Carta Magna, “nuestro ordenamiento carece de una legislación expresa que a las mismas se refiera y, por lo tanto, no existe una delimitación *a priori* de este tipo de empresas”, STCo 106/1996, de 12 de junio de 1996.

²⁶⁰ DE OTADUY GUERIN, J.: “Las empresas ideológicas: aproximación al concepto y supuestos a los que se extiende”, *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, Vol. II, 1986, pág. 326.

²⁶¹ ODRIOZOLA IGUAL, C.: “Relaciones de trabajo en el contexto de organizaciones ideológicas y religiosas...”, cit., pág. 4. Matizando la afirmación expuesta, se ha señalado como “la ausencia de ánimo de lucro no es necesariamente el elemento identificador de una empresa de tendencia; de hecho, puede concurrir en algunas empresas informativas o educativas. En cambio, es correcto afirmar que aquella cuyo fin principal sea el logro de un lucro, ciñéndose a ejercitar la libertad de iniciativa económica privada, en una palabra, la libertad de empresa del artículo 38 de la CE, queda excluida del concepto”, BLAT GIMENO, F.R.: *Relaciones laborales en empresas ideológicas*, cit., pág. 71.

²⁶² MORENO BOTELLA, G.: “Ideario de un hospital católico y despido. A propósito de la Sentencia del TC 106/1996, de 12 de junio”, *REDCan.*, Vol. 54, núm. 142, 1997, pág. 292.

²⁶³ ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M^a.E.: *Derecho del Trabajo*, 20^a ed., Madrid (Civitas), 2002, pág. 212.

²⁶⁴ MORENO BOTELLA, G.: “El carácter propio de las entidades religiosas y sus consecuencias en el derecho laboral español”, cit., pág. 535.

²⁶⁵ Para este sector doctrinal, “en ningún caso pueden considerarse inmersas dentro de la categoría de empresas ideológicas aquellas otras que adoptando propia y verdaderamente la estructura de una empresa..., además de concurrir al mercado ofreciendo determinados bienes y servicios, pretenden conseguir los fines ideológicos que sustenta el titular de la misma es decir el empresario. En este sentido si se admite la tesis contraria, es decir, la tesis que considera que los entes gestionados por la organizaciones originarias o creadoras de la propia ideología son también ideológicas, se

para la segunda tendrían que ser consideradas de tendencia también aquellas organizaciones creadas por las confesiones, marcadas por tanto por su confesionalidad, pero cuyos fines son diferentes, *verbi gratia* docentes o asistenciales²⁶⁶.

Para la segunda, el centro de gravitación no es la empresa sino la función a realizar por el trabajador, de manera que sus derechos vendrán limitados por el ideario o tendencia de la unidad productiva para la que preste servicios cuando desarrolle "tareas a través de las cuales se expresa, se exteriorice la propia ideología del ente empleador. Son tareas de estricta repercusión ideológica para la institución, porque ésta se manifiesta a través de ellas. Sólo con ese grado de intensidad en la identificación ideológica del ente con la tarea del trabajador es cuando puede ser razonable, en la ponderación de derechos constitucionales, que prevalezca el derecho de la organización ya que, sino corre el peligro de sufrir derivas ideológicas que poco o nada beneficiarían al fin que persigue"²⁶⁷. En consecuencia, más que hablar de empresas ideológicas cabría hablar de empleados de tendencia, de tal manera que únicamente podría ser limitada la actividad de quienes realicen efectivamente tareas de tendencia, es decir, aquellos en los cuales la ideología de la unidad productiva se convierte en elemento sustancial de la prestación²⁶⁸.

En fin, cabe hacer mención a una posición ecléctica, capaz de combinar ambos elementos y a extraer, para quienes escriben estas líneas, de lo

llegaría al absurdo de considerar 'ideológica' a una compañía naviera fundada por la Compañía de Jesús aunque el móvil de la creación no haya sido sólo la obtención de un lucro sino también servir a la misión que a sí misma se ha dado la compañía, o a un hospital de la Iglesia Adventista del Séptimo Día" [APARICIO TOVAR, J.: "Relación de trabajo y libertad de pensamiento en las empresas ideológicas", en AA.VV.: *Lecciones de Derecho del Trabajo en Homenaje a los Profesores Bayón Chacón y Del Peso Calvo*, Madrid (Facultad de Derecho-Universidad Complutense de Madrid), 1980, pág. 294]. De esta manera, si la relación laboral ha sido celebrada con una empresa, dependiente de una organización confesional, pero "cuya finalidad pública reconocida no es la de difusión de un ideario religioso sino la asistencial o sanitaria...", aunque en este caso el Centro hospitalario cumpla su función social con una finalidad caritativa y, de este modo, exista una vinculación de aquél con el ideario de la entidad titular de la empresa, preciso es admitir, sin embargo, que dicho ideario no puede operar de igual modo en el ámbito de las relaciones laborales de uno y otro sujeto" [STCo 106/1996, de 12 de junio de 1996].

²⁶⁶ "En este sentido, no sólo habrá que considerar como de tendencia a las... confesiones religiosas, sino también a todos aquellos entes que, siendo gestionados o dependientes de la entidad titular, persigan el mismo fin 'ideológico' de la organización originaria... el elemento ideológico, decisivo para configurar a una organización como de 'tendencia', puede ser más importante, de cara al exterior, en las organizaciones instrumentales de las que se sirve la organización originaria a fin de dar una mayor difusión de su específica ideología o concepción del mundo, que en la organización titular" [MORENO BOTELLA, G.: "Ideario de un hospital católico y despido. A propósito de la Sentencia del TC 106/1996, de 12 de junio", cit., págs. 290-291. De la misma opinión, DE OTADUY GUERIN, J.: "Las cláusulas de salvaguarda de la identidad de las instituciones religiosas...", cit., pág. 378]. De esta manera, el elemento clave para solventar la polémica cabe situarlo en el "análisis de cuál es el objetivo básico perseguido por la empresa cuya titularidad depende de otra empresa principal que tiene carácter ideológico. Si la empresa está destinada a la difusión de la ideología del titular, no habría duda de que se trata también de una empresa ideológica... Por contra, si se trata de una empresa puramente instrumental, cuya finalidad sea la de generar medios económicos que ayuden a la empresa ideológica, habría que concluir que se trata simplemente de una expresión del derecho de libertad de empresa, pero no es una empresa de carácter ideológico", GORELLI HERNÁNDEZ, J.: "Libertad de expresión, ideario de la empresa y despido (En torno a la STC 106/1996, de 12 de junio, BOE de 12 de julio)", *AL*, núm. 6, 1997, pág. 115.

²⁶⁷ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a.F.: "Libertad ideológica y prestación de servicios", *RL*, T. II, 1985, pág. 444. De idéntico parecer, STCo 106/1996, de 12 de junio de 1996.

²⁶⁸ BLAT GIMENO, FR.: *Relaciones laborales en empresas ideológicas*, cit., pág. 73 ó VICENTE PACHÉS, F. DE Y GARRIGUES GIMÉNEZ, A.: "Derechos y libertades fundamentales de la persona y contrato de trabajo", en AA.VV.: *Estudios jurídicos en Homenaje al Profesor Vidal Guírtarte*, T. I, Castellón (Diputación), 1999, pág. 377.

señalado en el artículo 4.1 Directiva 2000/78 el cual considera como no discriminatorias las diferencias de trato basadas en la creencia del trabajador, para lo cual parte de un criterio que incluye tanto la naturaleza de la actividad profesional concreta de que se trate, es decir, la tarea ideológica, como del contexto en el cual se desarrolle la prestación de servicios, es decir, la empresa de tendencia²⁶⁹. De esta manera, cuantos desarrollen actividades íntimamente ligadas a la línea confesional de la empresa habrán de respetar el ideario propio de la misma; en cambio, a cuantos realicen funciones neutras no se les podrá exigir, con carácter general, esa adhesión religiosa, a salvo si el empleado con su conducta es capaz de menoscabar la identidad o imagen de la organización²⁷⁰.

II. El acceso al empleo en las empresas de tendencia

Las peculiaridades presentes en esta clase de empleadores fuerza a matizar la prohibición prevista en el artículo 16.2 CE, en tanto en la selección de su personal será permitido preguntar acerca de su credo religioso para conocer si las convicciones personales del candidato coinciden con las creencias propias de la confesión.

En efecto, el artículo 1.2 del Convenio 111 OIT considera como no discriminatorias "las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado", circunstancia a partir de la cual se llega a colegir la posibilidad de empleos en los cuales los componentes religiosos pueden ser considerados como factores determinantes de la capacidad del trabajador para ocupar el puesto de trabajo concreto²⁷¹, siendo razonables las preguntas del empleador respecto al credo de quien solicita la ocupación en aras a conocer si su ideología coincide o no con la tendencia de la misma.

Ahora bien, como toda excepción a la aplicación de un derecho fundamental su utilización debe ser objeto de una interpretación restrictiva, de manera tal que las indagaciones sobre las creencias religiosas únicamente podrían

²⁶⁹ ODRIOZOLA IGUAL, C.: "Relaciones de trabajo en el contexto de organizaciones ideológicas y religiosas...", cit., pág. 7.

²⁷⁰ MORENO BOTELLA, G.: "Ideario de un hospital católico y despido. A propósito de la Sentencia del TC 106/1996, de 12 de junio", cit., pág. 289. "En este caso no es que desarrollen tareas de tendencia, puesto que el trabajo en sí mismo considerado continúa teniendo una naturaleza neutra. Sin embargo, la cláusula de salvaguarda sería de aplicación porque el trabajador en cuestión habría invadido ámbitos que no le correspondían" [DE OTADUY GUERIN, J.: "Las cláusulas de salvaguarda de la identidad de las instituciones religiosas...", cit., pág. 379]; estos trabajadores tienen el deber, "por muy aséptica ideológicamente que fuera su prestación laboral, de respetar lo que es un auténtico derecho fundamental de su empresario: el derecho a la libertad ideológica, religiosa y de culto (art. 16 CE)", MONTOYA MELGAR, A.: "La frontera entre libertad de expresión del trabajador y ofensas al empresario; y la posible vulneración por aquél de derechos fundamentales de éste", en ALONSO OLEA, M. y MONTOYA MELGAR, A.: *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, T. XIV, Madrid (Civitas), 1997, pág. 195.

²⁷¹ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a.F.: "Libertad ideológica y prestación de servicios", cit., pág. 433. En efecto, "los avatares de una organización de tal tipo exigen para el cumplimiento de sus fines que la ideología específica o esa visión del mundo sea compartida por todos los que trabajan en ella. Téngase en cuenta, que los fines de estas organizaciones exigen que claramente sea reconocible el sello ideológico de las mismas, al mismo tiempo que están avocadas en función de ese sello característico al proselitismo. Ambos aspectos, se dificultan, si públicamente sus trabajadores aparecen sustentando posiciones ideológicas distintas a las mantenidas por la organización", APARICIO TOVAR, J.: "Relación de trabajo y libertad de pensamiento en las empresas ideológicas", cit., pág. 305.

realizarse a los trabajadores cuya actividad resulte esencialmente confesional y habrían de resultar proporcionadas, extendiéndose a aquellos aspectos subjetivos del trabajador relevantes para el contenido objetivo de la prestación, sin poder abarcar cuantos presenten una insignificante conexión con la doctrina propia y la función laboral estrictamente acordada; diferenciar ambos planos, se reconoce, resulta una tarea harto complicada debiendo el intérprete atender las circunstancias del caso concreto para ponderar si el cuestionario presentado por la confesión excede la vertiente negativa del derecho a la libertad religiosa.

III. Especialidades en las condiciones laborales dentro de esta clase de unidades productivas

De conformidad con el artículo 4.2 Directiva 2000/78 no serán consideradas como contrarias al principio de igualdad cuantas prácticas nacionales impongan una diferencia de trato en el marco de las actividades profesionales de iglesias y de otras organizaciones públicas o privadas cuya ética se base en la religión o las convicciones de una persona cuando, por la naturaleza de estas actividades o el contexto en el cual se desarrollan, semejante factor se configure como un requisito esencial, legítimo y justificado respecto de la ética de la organización; asimismo el párrafo 3º de dicho precepto establece el derecho de las iglesias y demás organizaciones públicas o privadas confesionales de exigir a cuantas personas trabajen para ellas una actitud de buena fe y lealtad hacia la ética de la organización. En consecuencia, en esta clase de organizaciones el trabajador deberá participar y respetar “la concepción ideológica de aquéllas para que se pueda cumplir útilmente la prestación y que se produzca así una especie de relativa ‘comunidad ideológica’ entre las dos partes del contrato”²⁷²; tal deber no significa, como ha señalado el Tribunal Constitucional español, una adhesión incondicionada ni a convertirse en apologista de su tendencia, sino un comportamiento considerado y cuidadoso con la misma en el desempeño de la prestación pactada y, en ocasiones puntuales, evitar adoptar públicamente actitudes contrarias a la finalidad empresarial²⁷³.

De esta manera, la Directiva viene a “introducir un microsistema normativo que consiente a los Estados asegurar a las organizaciones de tendencia una valoración más amplia y elástica de la religión y de las convicciones per-

²⁷² MORENO BOTELLA, G.: “Ideario de un hospital católico y despido. A propósito de la Sentencia del TC 106/1996, de 12 de junio”, cit., pág. 297. Conviene recordar como “el objeto del contrato en las labores ideológicas lo constituyen prestaciones de naturaleza ideológica, por lo que es evidente que la mayor pericia profesional viene dada, en cierta medida, por el conocimiento y la asunción del credo ideológico que se difunde... De ahí que los trabajadores de tendencia (a diferencia de lo que ocurre con carácter general), porque han sido contratados precisamente para el desarrollo de los valores ideológicos defendidos por la empresa y su prestación sólo puede cumplirse mediante la aceptación y, en su caso, defensa y propulsión del ideario de la empresa, ‘habrán de someterse lógicamente a las órdenes e instrucciones patronales relativas a su conducta en el referido contexto ideológico’”, TÁRRAGA POVEDA, J.: “El despido del sacerdote casado o sobre la relevancia de la conducta extralaboral del trabajador ideológico. (Sentencia del TSJ de Murcia de 26-2-2001)”, *RTSS (CEF)*, núm. 220, 2001, pág. 70.

²⁷³ SSTCo 5/1981, de 13 de febrero y 77/1985, de 27 de junio.

sonales como requisito ocupacional esencial"²⁷⁴, permitiendo a los legisladores nacionales considerar lícitas prácticas de conformidad con las cuales el empleado haya de observar una conducta acorde con una determinada confesión, aun cuando ello signifique renunciar en parte a ciertas manifestaciones de derechos constitucionalmente reconocidos²⁷⁵.

Ante semejante realidad, las empresas con una orientación religiosa deberán encontrar un sistema de compensación entre los derechos del trabajador y las prerrogativas de la organización productiva a difundir y mantener su ideario propio, de manera que estaría justificado que la prestación de servicios del trabajador de tendencia presente algunas peculiaridades²⁷⁶; ahora bien, tal y como prevé la Directiva 2000/78, el objetivo debe ser legítimo y el requisito proporcionado, de manera que exista un adecuado equilibrio entre el interés que se pretende salvaguardar para la empresa de tendencia y el derecho que el trabajador ve limitado²⁷⁷.

En cualquier caso, "todo ideario debería respetar los principios constitucionales para hacer posible que la persona se desarrolle plenamente en libertad"²⁷⁸; en consecuencia, el titular del centro confesional puede fijar la tendencia propia del mismo, la cual habrá de ser respetada como muestra de las libertades religiosa e ideológica y, en general, del pluralismo, siempre y cuando eso sí no vulnere de manera flagrante los principios y valores reconocidos en la Carta Magna²⁷⁹.

Sobre la indeclinable premisa anterior, en la prestación de servicios del trabajador de tendencia el principio de subordinación adquiere una mayor

²⁷⁴ VISCOMI, A.: "Osservazioni critiche su lavoro e 'tendenza' nelle fonti internazionali e comunitarie", *Laicidad y libertades. Escritos jurídicos*, núm. 3, 2003, pág. 431.

²⁷⁵ "Aunque, en principio los derechos fundamentales son irrenunciables por contrariar el orden público constitucional, es admisible que, temporalmente, a causa del vínculo derivado de una relación concreta en la que están en juego otros valores constitucionales, aquéllos experimenten constricciones... Más que un acto de renuncia, se produce, propiamente una restricción al ejercicio de ciertos derechos fundamentales, que deriva inexorablemente del negocio concertado, de la exigencia de respeto al derecho ajeno. Por supuesto, ello no significa la convalidación de cualquier límite, sino sólo hasta el punto constitucionalmente legítimo", BLAT GIMENO, F.R.: *Relaciones laborales en empresas ideológicas*, cit., pág. 83.

²⁷⁶ En efecto, "el hecho de que el centro... se conciba como una empresa ideológica en virtud del ideario, conlleva que la prestación laboral experimente una mutación que producirá efectos restrictivos en las libertades del [trabajador], adquiriendo preeminencia el titular", SALGUERO, M.: *Libertad de cátedra y derechos de los centros educativos*, Barcelona (Ariel), 1997, pág. 195.

²⁷⁷ "La doctrina italiana señala que el establecimiento de estos requisitos tiene dos consecuencias jurídicas: en primer lugar, se debe interpretar la derogación o no aplicación del principio de no discriminación por motivos religiosos de manera estricta, de tal forma que la discriminación o diferencia de trato no podrá exceder de lo que sea estrictamente necesario para obtener los resultados que persigue la actividad laboral para cuya protección se ha establecido el precepto; en segundo lugar, debido a la trascendencia que puede tener la Directiva en cuanto a la restricción de los derechos individuales..., los Estados deberán recoger taxativamente aquellas actividades excluidas del principio de igualdad y no discriminación por motivos religiosos", ODRIOZOLA IGUAL, C.: "Relaciones de trabajo en el contexto de organizaciones ideológicas y religiosas...", cit., pág. 7, tomando como referencia a PACILLO, V.: *Contributo allo studio del diritto di libertà religiosa nel rapporto di lavoro subordinato*, Milán (Giuffrè), 2003, págs. 289-291.

²⁷⁸ ODRIOZOLA IGUAL, C.: "El derecho a la educación como mecanismo de control en los conflictos entre ideario y libertad de cátedra", *Laicidad y libertades. Escritos jurídicos*, núm. 3, 2003, pág. 278.

²⁷⁹ STSJ Andalucía/Sevilla 22 febrero 2002 (AS 3992).

extensión y el de confianza “opera de manera más intensa que en un contrato de trabajo que no tuviese esas implicaciones, esto es, aquellos en que la ideología o doctrina religiosa fuese irrelevante”²⁸⁰, circunstancia capaz de justificar la existencia de numerosas peculiaridades en el desempeño de su profesión y de introducir un gran número de matizaciones si comparadas con el régimen común aplicable a un contrato de naturaleza ordinaria, a saber: una aplicación más estricta y severa de cuantos aspectos laborales quedan vinculados al principio de buena fe contractual —pues lo que para un trabajador común puede no presentar trascendencia alguna dentro de su vínculo, para un empleado profesional puede significar el incumplimiento de deberes esenciales en su prestación de servicios—, aun cuando tal no debe ser interpretado como el resurgir del tradicional deber de fidelidad previsto en el artículo 70 Ley de Contrato de Trabajo²⁸¹; se limitan las facultades de participación de los trabajadores al potenciarse el poder de dirección empresarial²⁸²; o hacen referencia a la forma de organización y ejecución del trabajo, como pudiera ser el régimen de descanso semanal —señalado en un día distinto al domingo—, disfrute de las vacaciones —en períodos en los cuales las obligaciones religiosas impiden una prestación plenamente satisfactoria, v.gr. mes del Ramadán para los musulmanes— o, por no seguir, la fijación de unas fiestas laborales propias —que puede significar el tener que prestar servicios durante las previstas en el calendario laboral dictado al amparo del Estatuto de los Trabajadores y el RD 2001/1983 y descansar en las específicas—, sin que el trabajador pueda negarse a semejantes condiciones, a fuer de no vulnerar la tendencia propia de la confesión y atentar contra el principio de especial confianza antes expresado.

Semejantes peculiaridades han abierto el debate sobre la necesidad de declarar el vínculo de cuantos sujetos prestan servicios en dichas condiciones como una relación laboral especial, si bien el legislador no ha atendido tal petición y ha optado por mantener su carácter común²⁸³.

²⁸⁰ STSJ Murcia 26 febrero 2001 (AS 302).

²⁸¹ “Desde esta perspectiva, el trabajador conserva intacta su libertad de pensamiento, aunque en la ejecución de la prestación debe respetar y adecuarse a la orientación de la organización. También, y como cualquier otro, tiene la obligación de no dañar a la empresa denigrando públicamente sus productos, con la particularidad de que no son artículos manufacturados o comerciales, sino ideas”, BLAT GIMENO, F.R.: *Relaciones laborales en empresas ideológicas*, cit., pág. 93.

²⁸² DE OTADUY GUERIN, J.: “Las empresas ideológicas: aproximación al concepto y supuestos a los que se extiende”, cit., pág. 316. En consecuencia, “no serían aplicables en el seno de estas instituciones otras normas del Derecho laboral que puedan resultar incompatibles con el carácter ideológico de la organización como las relativas a representación y sindicación de los trabajadores” [MORENO BOTELLA, G.: “El carácter propio de las entidades religiosas y sus consecuencias en el derecho laboral español”, cit., pág. 543], al punto de llegar a negar el ejercicio de los derechos constitucionalmente reconocidos por constituir una verdadera incongruencia en caso de incompatibilidad con las respectivas orientaciones ideológicas [GHEZZI, G. y ROMAGNOLI, U.: *Il Diritto Sindacale*, Bologna (Zanichelli), 1982, pág. 117]. Abogando por un tratamiento peculiar de estas materias, siendo perfectamente tutelable la libertad sindical mientras no se sitúe en un plano ideológico concurrential con el empresario [BLAT GIMENO, F.R.: *Relaciones laborales en empresas ideológicas*, cit., pág. 108].

²⁸³ En efecto, “ha de considerarse que hoy es pacífica la doctrina en cuya virtud el legislador español ha renunciado, a diferencia de lo que acontece en otros ordenamientos comparados, a la regulación de una relación especial de trabajo para las ‘empresas de tendencia’ y sus trabajadores, de donde ha de inferirse que su encuadramiento adecuado ha de ser en la relación ordinaria laboral si concurren las notas de dicha relación o en su caso en cualquiera de las relaciones especiales contempladas en nuestro ordenamiento, sin concurrir sus características”, SJS, 3, Badajoz 6 julio 2004 (AS 1911).

IV. La extinción contractual de la prestación de servicios

Conforme se ha señalado la integración en el seno de una organización confesional implica la necesaria aceptación de sus creencias y normas, siendo la ideología para los trabajadores de tendencia parte de la prestación convenida, de ahí un juego más acentuado de principios como el de buena fe y confianza; en consecuencia, “el respeto a la orientación de la empresa es presupuesto indispensable para la existencia de la actividad; de lo contrario, quedaría seriamente comprometida la realización de su finalidad institucional y lesionada su libertad organizativa”²⁸⁴. Por tal razón, una actitud contraria a dicha línea ideológica podría conllevar la extinción justificada del vínculo que une a ambas partes.

Los requisitos necesarios para que la confesión pueda sancionar con el máxima castigo desde el punto de vista del ordenamiento laboral comportamientos del trabajador contrarios a su ideología deben ser formulados trasladando a este ámbito, *mutatis mutandis*, los criterios establecidos por los Tribunales españoles a la hora de juzgar los incumplimientos del profesorado respecto al ideario de un centro docente, por ser éste de la enseñanza donde con mayor frecuencia acaecen los conflictos entre las libertades individuales de los docentes y las colectivas del centro.

Al respecto, cabe apuntar tres cauces, aparte de las infracciones específicas recogidas —de existir— en sus convenios colectivos, a través de los cuales el empleador de tendencia tendría la posibilidad de castigar los ataques contra su función confesional por quienes prestan servicios laborales para él:

1º.- El artículo 54.2.c) ET considera como causa de despido las ofensas verbales realizadas contra el empresario, de tal manera que situados en el contexto de la prestación de servicios, las manifestaciones de una parte respecto de la otra ha de ser encuadrada en cuantas pautas de comportamientos derivan de su existencia misma, pues el vínculo que une a ambas genera un haz de derechos y obligaciones de naturaleza recíproca, capaz de condicionar el ejercicio del derecho a la libertad de expresión, llegando al punto de que expresiones sin ninguna trascendencia en otros ámbitos pueden ser consideradas ilegítimas en el seno del contrato de trabajo²⁸⁵.

Ese límite general al derecho reconocido en el artículo 20.1.a) CE se acentúa aún más en el marco de las empresas de tendencia²⁸⁶, habida cuenta la

²⁸⁴ BLAT GIMENO, F.R.: *Relaciones laborales en empresas ideológicas*, cit., pág. 104.

²⁸⁵ SSTCo 120/1983, de 15 de diciembre; 6/1988, de 21 de enero; 4/1996, de 16 de enero; 106/1996, de 12 de junio; 1/1998, de 12 de enero; 20/2002, de 28 de enero; 126/2003, de 30 de junio o 151/2004, de 20 de septiembre.

²⁸⁶ Así, se ha afirmado cómo “la libertad de expresión que la Constitución garantiza no puede constituirse en bandera para limitar o impedir el ejercicio de otros derechos que también la Constitución reconoce, y si esto es así en el marco de una típica empresa productiva, con mayor motivo lo será en el ámbito de las Organizaciones de Tendencia, pues el sello ideológico que las caracteriza exige cuando menos un deber de respeto por parte de los trabajadores de ellas dependientes”, MORENO BOTELLA, G.: “Ideario de un hospital católico y despido. A propósito de la Sentencia del TC 106/1996, de 12 de junio”, cit., pág. 289.

existencia de una identidad propia en la unidad productiva para la que trabaja le obliga a mantener una actitud de respeto y no ataque a dicho carácter²⁸⁷; fijada la línea de tendencia de forma pública e inequívoca no parecen muy razonables las discrepancias respecto a ella, pues ha de entenderse que el trabajador lo conoce y que la empresa, al seleccionar su personal, tuvo en cuenta su adecuación al proyecto confesional²⁸⁸.

Ahora bien, no cualquier afirmación crítica puede justificar el despido del empleado²⁸⁹, pues en sus manifestaciones deben concurrir tres notas para poder apreciar la conducta como grave y culpable: notoriedad o exteriorización, intencionalidad y naturaleza de la conducta con una relación evidente entre la identidad religiosa de la empresa y la actividad profesional, de tal manera que, en palabras del Máximo Intérprete de la Carta Magna, ha de tratarse de “ataques abiertos o solapados contra ese ideario”²⁹⁰; es decir, aún consideradas —tanto en sí mismas como en su contexto—, como improcedente o irrespetuosas, para validar el acto extintivo deben entrañar “una ofensa grave para la empleadora, o ser vejatorias para sus gestores o trabajadores”²⁹¹.

2º.- El *intuitus personae* adquiere una relevancia fundamental en esta clase de unidades productivas al punto de jugar una doble función de gran trascendencia en su seno: “por una parte, cualifica la prestación hasta el extremo de considerar incumplimiento contractual el comportamiento no ajustado a la fiducia; y, de otra, proporciona un contenido más enérgico a las reglas de la colaboración, diligencia y buena fe”²⁹², pues conviene volver a recordar como en este tipo de organizaciones el carácter institucional del elemento ideológico se extiende al contenido y objeto del contrato.

De esta manera, comportamientos del trabajador que, en la relación laboral común resultan perfectamente lícitos, pueden ser considerados en este marco como un incumplimiento contractual y ser causa de despido, ex artículo 54.2.d) ET, por transgresión de la buena fe contractual.

En consecuencia, el trabajador habrá de ajustar su comportamiento a dicha regla, funcionando como un “límite adicional” a alguna de las prerro-

²⁸⁷ STCo 77/1985, de 27 de junio.

²⁸⁸ SSTJ Andalucía/Sevilla 22 febrero 2002 (AS 3992).

²⁸⁹ En efecto, “para que el despido por motivos de carácter ideológico fuese lícito habría que demostrar que hubo no sólo disconformidad, sino fricciones, contra los criterios del Centro, consistentes en actos concretos de la profesora y en una actividad contraria (o al menos no ajustada) al ideario” [STCo 47/1985, de 27 de marzo]; o, en otros términos, “el respeto, entre otros, a los derechos constitucionalizados en el art. 16 implica, asimismo, que la simple disconformidad de un profesor respecto al ideario del Centro no puede ser causa de despido si no se ha exteriorizado o puesto de manifiesto en alguna de las actividades educativas del Centro” [STCo 106/1996, de 12 de junio].

²⁹⁰ SSTCo 5/1981, de 13 de febrero y 47/1985, de 27 de marzo.

²⁹¹ STCo 151/2004, de 20 de septiembre.

²⁹² BLAT GIMENO, F.R.: *Relaciones laborales en empresas ideológicas*, cit., pág. 94.

gativas reconocidas constitucionalmente²⁹³; ahora bien, semejante deber no le obliga "ni a convertirse en apologista del mismo, ni a transformar su [actividad profesional] en propaganda o adoctrinamiento, ni a subordinar a ese ideario las exigencias que el rigor [profesional] impone a su labor"²⁹⁴, habida cuenta no resulta posible colegir la presencia en el ordenamiento español de un deber genérico de lealtad con un significado omnicomprendivo de vinculación del empleado al interés empresarial, por ser tal interpretación contraria al sistema constitucional de relaciones laborales²⁹⁵.

Así, el empleado de tendencia habrá de desempeñar sus tareas en los términos que juzgue más idóneos y convenientes y que, con arreglo a un criterio serio y objetivo, no resulten contrarios a la identidad propia de la confesión religiosa que le ocupa²⁹⁶.

Ese deber de respeto lleva a plantear si tendrán relevancia únicamente los comportamientos profesionales o también producirán efectos las conductas extralaborales desarrolladas por el trabajador. De todos conocida, la regla general consiste en la ausencia de consecuencias para el vínculo contractual de las actividades desarrolladas por el empleado en su vida privada, siendo discriminatoria cualquier sanción impuesta por las ideas religiosas de este último al suponer una intromisión en su intimidad²⁹⁷.

Ahora bien, una vez más, las empresas ideológicas son un caso especial, pudiendo imponer una conducta privada "acomodada a la tendencia o que no la viole deliberada y públicamente"²⁹⁸; eso sí, dichos comportamientos

²⁹³ SSTCo 106/1996, de 12 de junio; 1/1998, de 12 de enero; 90/1999, de 26 de mayo; 241/1999, de 20 de diciembre o 20/2002, de 28 de enero.

²⁹⁴ STCo 5/1981, de 13 de febrero.

²⁹⁵ SSTCo 186/1996, de 25 de noviembre; 204/1997, de 25 de noviembre; 1/1998, de 12 de enero; 197/1998, de 13 de octubre; 241/1999, de 20 de diciembre; 192/2003, de 27 de octubre o 151/2004, de 20 de septiembre.

²⁹⁶ STCo 5/1981, de 13 de febrero.

²⁹⁷ LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D.: "Los principios informadores del sistema educativo español", en AA.VV. (CASTRO JOVER, A., Ed.): *Educación como transmisión de valores*, Vitoria (Oñati Working Papers), 1995, pág. 57.

²⁹⁸ ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M^a.E.: *Derecho del Trabajo*, cit., pág. 384. "En efecto, parece razonable exigir una estrecha colaboración del trabajador ideológico con la organización, que se concretaría en lo que la doctrina alemana ha calificado como deber de promover, también en la vida privada, la tendencia difundida por la institución (*Förderungspflicht*). De estos trabajadores, y atendiendo también a la intensidad ideológica de su prestación de servicios, las exigencias del tráfico jurídico hacen esperar un comportamiento público plenamente acorde con la actividad desarrollada por la entidad", TÁRRAGA POVEDA, J.: "El despido del sacerdote casado o sobre la relevancia de la conducta extralaboral del trabajador ideológico...", cit., pág. 74.

Muy crítico con dicha posibilidad, incluso en las empresas de tendencia se muestra el ATSJ Canarias/Las Palmas 8 julio 2002 (AS 2789) bajo la siguiente argumentación: "en definitiva, la limitación que la naturaleza ideológica de la empresa introduce en el ejercicio por el trabajador de los derechos fundamentales queda limitada a la moralización de la prestación laboral y de aquellos aspectos inherentes a la misma, con la consiguiente vinculación, en el caso de la enseñanza, al ideario del centro y la prohibición de manifestaciones externas en el ámbito laboral que se separen de dicho ideario. Pero fuera de la relación laboral el trabajador es libre, de forma que todos sus actos y opciones vitales pueden ampararse en el libre desarrollo de la personalidad (artículo 10.1 de la Constitución), sin que para ello le suponga limitación alguna el contrato de trabajo, si sus opciones vitales disienten del canon religioso de su empleador, ello podría comportar consecuencias para el mismo en el orden religioso e incluso la separación de la organización religiosa a la que pudiera pertenecer, pero no son causas que puedan justificar la no contratación, la no renovación del contrato o

presentarán relevancia a efectos del despido únicamente cuando por su notoriedad, naturaleza e intencionalidad devengan parte fundamental de la prestación asumida²⁹⁹, es decir, "además de contrastar con la ideología de la empresa, haga peligrar, por su publicidad o relevancia externa, la credibilidad del mensaje difundido por la organización"³⁰⁰.

El estudio de las dos causas precedentes muestra una cierta confrontación entre la faceta institucional de la libertad religiosa y asociativa de las organizaciones de tendencia y la vertiente individual de las libertades de expresión, ideológica y religiosa; ninguna de las dos tiene jerarquía sobre la otra sino que habrá que tender al equilibrio entre ambas perspectivas ponderando las circunstancias presentes en el caso concreto para conocer cuál de ellas debe ser limitada, resultando necesaria una labor de gradación atendiendo a los distintos tipos de prestaciones de los trabajadores en el seno de la empresa ideológica³⁰¹.

Estas restricciones fuerzan a una acreditación rigurosa de la gravedad y culpabilidad en el incumplimiento del empleador a fin de justificar el despido, siendo de aplicación los criterios establecidos por el Tribunal Constitucional sobre distribución de la carga de la prueba en los casos de tutela de derechos fundamentales. A su tenor, de alegar que una determinada medida puede encubrir una conducta lesiva es al autor de la misma sobre quien recae la carga de probar que semejante actuación aparece justificada por motivos razonables y, por tanto, es extraña a todo propósito atentario contra una facultad constitucionalmente reconocida³⁰².

Esa prueba indiciaria queda trabada a través de un doble mecanismo³⁰³: por una parte, el empleado despedido debería aportar un indicio razonable de que el acto extintivo vulnera alguna de sus prerrogativas fundamentales, sin ser suficiente la mera alegación de la contravención constitucional, siendo necesario proporcionar una demostración verosímil capaz de poner de

el despido, puesto que, como hemos señalado, el contrato de trabajo no es jurídicamente un modo de adhesión a una confesión religiosa".

²⁹⁹ Así lo ha señalado el Tribunal Constitucional respecto de las actividades extraacadémicas desarrolladas por los docentes, habida cuenta "aunque ciertamente la relación de servicio entre el profesor y el centro no se extiende en principio a las actividades que al margen de ella lleva a cabo, la posible notoriedad y la naturaleza de estas actividades, e incluso su intencionalidad pueden hacer de ellas parte importante e incluso decisiva de la labor que le está encomendada" [STCo 5/1981, de 13 de febrero]. "Esto significa que solo podrá plantearse la incompatibilidad entre los derechos del trabajador y los derechos de la organización contratante, en aquellos casos excepcionales en que trascienda al exterior el conflicto, de forma tal, que impida pura y simplemente el cumplimiento de la prestación, por lo que la empresa tampoco podrá exigir del trabajador, fuera de la relación de trabajo, un determinado comportamiento acorde con el mensaje ideológico de la institución, si el comportamiento distinto no repercute directamente en ella" [BADIOLA SÁNCHEZ, A.M^a.: *La nulidad de la extinción del contrato de trabajo*, Valladolid (Lex Nova), 2003, págs. 302-303].

³⁰⁰ BLAT GIMENO, F.R.: *Relaciones laborales en empresas ideológicas*, cit., pág. 84 o ROJAS RIVERO, G.P.: *La libertad de expresión del trabajador*, Madrid (Trotta), 1991, pág. 213.

³⁰¹ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: "No discriminación en las relaciones laborales", en AA.VV. (BORRAJO DACRUZ, E., Dir.): *Comentarios a las Leyes Laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, Madrid (Edersa), 1983, pág. 379.

³⁰² SSTCo 38/1981, de 23 de noviembre; 190/2001, de 1 de octubre y 151/2004, de 20 de septiembre.

³⁰³ SSTCo 90/1997, de 6 de mayo y 66/2002, de 21 de marzo.

manifiesto el objetivo oculto denunciado y permitir al juzgador deducir la posibilidad de la lesión³⁰⁴; una vez cumplido dicho deber será cuando recaiga sobre el demandado —en el caso la empresa ideológica— el cometido de demostrar la existencia de causas suficientes, serias y existentes para estimar su actuación como razonable³⁰⁵.

Con ello, no se pretende enfrentar al empleador ante una especie de prueba diabólica sobre un hecho negativo —cuál sería la inexistencia de un móvil lesivo de un derecho fundamental³⁰⁶—, sino obligarle a intentar acreditar que el despido se ha fundamentado en causas reales, ajenas a cualquier propósito de vulnerar el ordenamiento constitucional y que, además, dichos motivos presentaron la gravedad suficiente como para adoptar la decisión extintiva, conformándose como la única fórmula para destruir la apariencia de lesividad originada por los indicios³⁰⁷.

En consecuencia, la prueba de los hechos imputados y la objetividad de la medida significará que la sanción disciplinaria adoptada es lícita; en cambio, su ausencia implicará la falta de una verdadera contradicción con la identidad propia de la confesión, de manera que el despido se convertirá en discriminatorio por presentar únicamente un motivo ideológico contrario al derecho consagrado en el artículo 16.1 CE³⁰⁸.

3º.- El contrato de trabajo nace para desarrollarse en el tiempo y, por tal razón, se considera como una relación *de tracto sucesivo* en la cual pueden ser modificadas las circunstancias laborales originalmente pactadas; en este contexto, bien pudiera ocurrir un cambio en las creencias religiosas del trabajador que le hacían idóneo cuando fue contratado, pero que una vez acaecida la alteración le hacen chocar con las convicciones propias de la confesión, provocando un conflicto dentro de la organización.

Ante semejantes circunstancias, la empresa de tendencia puede reaccionar acudiendo a lo previsto en el artículo 52.a) ET despidiendo objetivamente al empleado por ineptitud sobrevenida³⁰⁹, habida cuenta sus circunstancias per-

³⁰⁴ Entre otras, SSTCo 293/1993, de 18 de octubre; 87/1998, de 21 de abril; 140/1999, de 22 de julio; 29/2000, de 31 de enero; 207/2001, de 22 de octubre; 214/2001, de 29 de octubre; 14/2002, de 28 de enero; 29/2002, de 11 de febrero; 30/2002, de 11 de febrero o 17/2003, de 30 de enero.

³⁰⁵ SSTCo 21/1992, de 14 de febrero y 151/2004, de 20 de septiembre.

³⁰⁶ STCo 266/1993, de 20 de septiembre.

³⁰⁷ SSTCo 74/1998, de 31 de marzo; 87/1998, de 9 de julio; 29/2000, de 21 de enero y 190/2001, de 1 de octubre.

³⁰⁸ ALONSO OLEA, M.: “Despido discriminatorio y hechos probados. Ideología del profesor e ideario del centro educativo”, en ALONSO OLEA, M.: *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, T. III, Madrid (Civitas), 1985, pág. 83; en el mismo sentido, BAYLOS GRAU, A.: “Despido de un profesor de religión en un colegio privado”, *RPS*, núm. 126, 1980, pág. 269

³⁰⁹ “El concepto de ineptitud se refiere, de acuerdo con la doctrina científica y la jurisprudencia, y siguiendo también el uso del lenguaje ordinario, a una inhabilidad o carencia de facultades profesionales que tiene su origen en la persona del trabajador, bien por falta de preparación o de actualización de sus conocimientos, bien por deterioro o pérdida de

sonales impedirían un adecuado cumplimiento de la prestación³¹⁰ por pérdida de su aptitud ideológica para desempeñar eficazmente el objeto del contrato celebrado, pues asumiría una posición contraria al ideario de quien le ocupa; ahora bien, “no bastaría alegar el cambio ideológico del trabajador, sería preciso demostrar tal grado de repercusión en el cumplimiento de la prestación, que hiciera imposible el correcto desarrollo de todos o sus fundamentales cometidos profesionales”³¹¹ y además dar lugar a una disconformidad exteriorizada, pues de no tener notoriedad no quedaría justificada la extinción.

V. Un supuesto especial de tendencia: la actividad docente de los profesores de religión católica en los centros públicos

Una manifestación peculiar de la libertad analizada en el ordenamiento español deriva de la prestación de servicios de los profesores de religión en centros públicos de enseñanza habida cuenta las peculiaridades que su contratación presenta como consecuencia de la aplicación de los Acuerdos firmados con la Santa Sede; en este caso, no cabe hablar propiamente de una empresa de tendencia³¹² —pues el empleador es la Administración—, sino hacer referencia a “la máxima expresión de una ideología o religión, que es el servicio a una iglesia en su vertiente espiritual, esfera en la que tiene trascendencia no sólo la fidelidad doctrinal sino su adecuación a ella, ya que se está en presencia de un campo en el que opera intensamente la ideología y la decisión del Ordinario del lugar se basa en una especial relación de confianza”³¹³.

Muchos de cuantos desarrollan su actividad en este campo no tienen la consideración de Ministros de Culto, pero el régimen jurídico de su prestación encuentra cauce en una enmarañada y compleja serie de normas³¹⁴, cuya interpretación ha llevado a hacer depender su contratación y renovación de la

sus recursos de trabajo —rapidez, percepción, destreza, capacidad de concentración, etc.—”, STS 2 mayo 1990 (RJ 3937).

³¹⁰ En efecto, “la desviación ideológica del trabajador puede dar lugar al despido por causas objetivas por ineptitud moral sobrevenida no conocida ni podida conocer ni en el momento de efectuar el contrato ni después durante el período de prueba” [MORENO BOTELLA, G.: “El carácter propio de las entidades religiosas y sus consecuencias en el derecho laboral español”, cit., pág. 548]; considerando aplicable dicho precepto en los “supuestos de falta de coincidencia con el ideario del empresario en empresas ideológicas, o quiebra de confianza” [STSJ País Vasco 12 junio 2001 (AS 4417)].

³¹¹ BLAT GIMENO, F.R.: *Relaciones laborales en empresas ideológicas*, cit., pág. 106.

³¹² Considerando el supuesto como tal, TÁRRAGA POVEDA, J.: “El despido del sacerdote casado o sobre la relevancia de la conducta extralaboral del trabajador ideológico...”, cit., págs. 67 y ss. En la doctrina judicial, STS 19 septiembre 2005 (Rec. 6495/2003).

³¹³ STSJ Murcia 26 febrero 2001 (AS 302).

³¹⁴ “La complejidad se debe a la confluencia de un conjunto de normas de muy distinta naturaleza y eficacia, como es el hecho de que nos encontremos con normas constitucionales, normas concordatarias con rango de tratado internacional, convenios de nivel reglamentario, legislación orgánica y ordinaria y normas administrativas”, CUBILLAS RECIO, L.M.: “La enseñanza de la religión en el sistema español y su fundamentación en el derecho de los padres sobre la formación religiosa de sus hijos”, *Laicidad y libertades. Escritos jurídicos*, núm. 2, 2002, pág. 158.

decisión de un tercero ajeno al empleador que le da ocupación, dando lugar a un buen número de conflictos sobre el particular.

1. Breve resumen de la normativa aplicable

El estatuto jurídico actual de los profesores de religión y moral católica en los centros educativos públicos se conforma a través de un galimatías legislativo que, a modo de parche, ha venido regulando la prestación de servicios en el marco de este tipo de enseñanza³¹⁵, debiendo señalar como hitos más destacados los siguientes:

1º.- El marco fundamental de referencia y que actúa como pórtico de toda la regulación posterior lo constituye el Acuerdo sobre la Enseñanza y Asuntos Culturales, suscrito el 3 de enero de 1979 por el Estado Español y la Santa Sede, ratificado por Instrumento de 4 de diciembre de 1979, y en cuyo artículo III prevé como “la enseñanza religiosa será impartida por las personas que, para cada año escolar, sean designadas por la autoridad académica entre aquellas que el Ordinario Diocesano proponga para ejercer esta enseñanza. Con antelación suficiente, el Ordinario Diocesano comunicará los nombres de los profesores y personas que sean consideradas competentes para dicha enseñanza”, remitiendo su artículo VII a un ulterior acuerdo a fin de fijar las retribuciones correspondientes.

2º.- El citado Acuerdo fue desarrollado por dos Órdenes de 16 de julio de 1980, la primera sobre enseñanza de la Religión y Moral Católica en los Centros Docentes de Educación Preescolar y Educación General Básica y la segunda sobre enseñanza de la Religión y Moral Católica en Bachillerato y Formación Profesional, siendo diferente ya desde el principio la regulación de este profesorado en los distintos grados de enseñanza.

3º.- La Orden de 9 de septiembre de 1993 vino a regular la situación de cuantas personas, sin pertenecer a la plantilla docente de la Administración, eran propuestas cada año escolar por el Ordinario del lugar y designadas por la autoridad académica para enseñar la religión católica en los Centros Públicos, asumiendo el Estado la financiación de este personal.

4º.- El artículo 93 Ley 50/1998, de 30 de diciembre, añadió un párrafo a la disposición adicional segunda de la Ley Orgánica 1/1990, de 3 de octubre, considerando a estos profesores como personal laboral vinculados por un contrato de duración determinada coincidente con el curso escolar.

³¹⁵ “Tal marco normativo, aunque nada se dice explícitamente, tendría unas bases materiales justificativas, en la medida que se trata de una manifestación del art. 16.3 de la Constitución Española y de la expresión concreta del art. 16.1 de la Constitución Española, lo que significa que la enseñanza en cuestión responde a la doctrina de una religión —la Católica— que, tanto por la expresión instrumental normativa, el Acuerdo de 3 de enero de 1979 y posterior desarrollo, como, por el contenido doctrinal de la enseñanza, incluso con fundamento en la propia doctrina a impartir, relacionada con un contenido marcadamente espiritual, justificarían la regulación jurídica concreta”, STSJ Murcia 25 julio 2000 (AS 2811).

5º.- Por su parte, la Orden de 9 de abril de 1999 cuya cláusula 5 viene a establecer como estos profesores prestan sus servicios en régimen de contratación laboral, duración determinada y coincidente con el curso escolar, a tiempo completo o parcial, asumiendo la condición de empleador la Administración Educativa.

6º.- Este *iter* lo cierra la disposición adicional tercera Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación de conformidad con la cual los profesores que impartan la enseñanza de las religiones deberán cumplir los requisitos de titulación establecidos para las distintas enseñanzas reguladas en la presente Ley, así como los establecidos en los acuerdos suscritos entre el Estado Español y las diferentes confesiones religiosas. Además, cuantos no pertenezcan a los cuerpos de funcionarios docentes, impartirán la enseñanza de las religiones en los centros públicos en régimen de contratación laboral, de conformidad con el Estatuto de los Trabajadores, con las respectivas Administraciones competentes, ya sea a tiempo completo o parcial en atención a las necesidades de los centros, siendo competencia del órgano público determinar dicha naturaleza. Además, la regulación de su régimen laboral se hará con la participación de los representantes del profesorado, accediendo al destino mediante criterios objetivos de igualdad, mérito y capacidad, percibiendo las retribuciones que correspondan en el respectivo nivel educativo a los profesores interinos. Sea como fuere, la propuesta para la docencia corresponderá a las entidades religiosas y será renovada automáticamente cada año, resultando ajustada a derecho la remoción.

En desarrollo de la misma ha sido promulgado el RD 696/2007, de 1 de junio, por el que se regula la relación laboral de los profesores de religión, cuya entrada en vigor ha tenido lugar el 10 de junio de 2007 (d.f. 2ª) con la finalidad última de articular de manera idónea el derecho de los padres a que sus hijos reciban una formación religiosa y moral acorde con sus propias convicciones, con los derechos reconocidos a los trabajadores y el respeto a la singularidad de la relación de confianza y buena fe que los poderes públicos mantienen con las distintas confesiones religiosas donde existen lazos de cooperación.

2. El estatuto profesional del profesorado de religión

Un comentario, aun cuando sea breve por tratarse de cuestiones que en el momento actual parecen pacíficas, merecen las condiciones laborales aplicables a este personal en atención a las peculiaridades que el objeto de su contrato ofrece y, sobre todo, las múltiples particularidades que el ordenamiento español ha establecido al respecto.

La naturaleza del vínculo es claramente laboral, pues así lo ha establecido la jurisprudencia del Tribunal Supremo —luego recogida expresamente por el legislador— en tanto, a falta de norma donde se declare su condición funcional o estatutaria, concurren los requisitos previstos en el artículo 1.1 ET para

estar en presencia de un contrato de trabajo³¹⁶; si bien sus particularidades han llevado a denominarla “relación temporal atípica” u “objetivamente especial”³¹⁷. Así lo vienen a confirmar expresamente tanto la disposición adicional tercera LO 2/2006, como los artículos 1 y 2 RD 696/2007.

En cuanto hace a la posición del empleador, la intervención de la Administración Educativa y la Iglesia Católica plantea dudas sobre quién sea el verdadero empresario, llegando a la conclusión que es la primera quien tiene dicha condición como destinataria última de los servicios prestados por ese personal³¹⁸, en tanto “planifica, organiza y controla el trabajo, ejerce la potestad disciplinaria y son de su cargo todos los gastos que con ello se ocasionen”³¹⁹; por tal razón, no es posible hablar en este marco de vinculación con una empresa de tendencia³²⁰ —aun cuando conforme se verá paradójicamente vienen obligados a tener un comportamiento más adecuado a la fe católica que el exigido para otro personal al servicio de la confesión—, habida cuenta “en un sistema jurídico político basado en el pluralismo, la libertad ideológica y religiosa de los individuos y la aconfesionalidad del Estado, todas las instituciones públicas y, muy especialmente, los centros docentes, han de ser, en efecto, ideológicamente neutrales”³²¹.

³¹⁶ Entre muchas, SSTs 19 junio 1996 (RJ 5387); 30 abril 1997 (RJ 3557) o 3, 8, 9 (cinco), 10, 16, 24, 25 y 31 mayo, 2 junio, 2, 3 y 7 julio, 18 septiembre, 11 y 31 octubre, 20 noviembre y 4 (dos) diciembre 2000 (RJ 4260, 4267, 4269, 4270, 4271, 5507, 5508, 4614, 4617, 4628, 5523, 4647, 5899, 6283, 6285, 6295, 8205, 9426, 9627, 10293, 10412 y 10414); 11 abril y 12, 17 y 19 diciembre 2001 (RJ 4868, 2977/2002, 3271/2002 y 3273/2002); 4 febrero, 10 julio y 17 septiembre 2002 (RJ 4276, 9214 y 10648) o 11 abril 2003 (RJ 5193).

³¹⁷ SSTs 5 junio y 28 julio 2000 (RJ 4650 y 7196), 12 diciembre 2001 (RJ 2977/2002), 9 julio 2003 (RJ 8372) y 19 septiembre 2005 (Rec. 6495/2003); en el mismo sentido, STSJ Extremadura 28 mayo 1998 (AS 2348). De ahí que no falten voces solicitando una regulación propia declarando la prestación de los profesores de religión como relación laboral especial, RODRÍGUEZ PASTOR, G.E.: “Profesores de religión en Centros docentes públicos. La no propuesta por el Ordinario diocesano para el año siguiente no supone un despido sino la extinción del contrato anual ‘ope legis’”, AS, Vol. III, 2000, pág. 2947 o VIÑETA ROCA, F.: “Contratación temporal anual de profesores de religión en centros públicos: ¿Violación de Derechos Fundamentales de los propios docentes?”, *Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales*, núm. 19, 2003, pág. 5 (versión digital en internet).

³¹⁸ Manteniendo tal conclusión además de las ya citadas en la nota precedente, SSTs 27 abril, 5 junio y 28 julio 2000 (RJ 4255, 4650 y 7196) o SSTSJ Andalucía/Granada 5 abril y 28 (dos) junio 2000 (AS 2581, 3802 y RJ 270533) y 10 diciembre 2002 (AS 4178); Andalucía/Málaga 24 octubre 2002 (JUR 70915/2003); Galicia 22 abril 2004 (JUR 233651); Madrid 29 septiembre 2003 (AS 3754) y Cataluña 22 noviembre 2004 (JUR 35938/2005).

Matizando el aserto anterior, por cuanto “el desdoblamiento entre la posición empresarial real y la formal ha de tenerse en cuenta necesariamente a efectos procesales, porque en otro caso o bien el fallo no podría ejecutarse, pues la Administración no puede contratar si no cuenta con la propuesta de la Iglesia o con la decisión judicial que la sustituya, o debería prescindirse de esa propuesta sin haber oído en el proceso a la entidad que la ha negado y que es la que, en definitiva, tiene que soportar las consecuencias de que se contrate a una persona para impartir una enseñanza de cuyos contenidos se responsabiliza. Este es justamente el caso del litisconsorcio pasivo necesario... pretensión que, dada su naturaleza, sólo permite un pronunciamiento unitario, como se advierte en el presente caso, ya que para contratar hay que proponer y además con proponer no basta para satisfacer la pretensión que se deduce, lo que obliga a que en el juicio estén presentes tanto quien tiene la competencia para proponer, como quien la tiene para contratar”, STS 19 abril 2005 (RJ 5057). De la misma opinión, STS 29 septiembre 2004 (RJ 7676).

³¹⁹ SSTs 8 mayo y 18 septiembre 2000 (RJ 4267 y 8205).

³²⁰ “La aceptación de que, en el ejercicio de dicha tutela hayan de tomar en consideración los criterios propios de las empresas ideológicas o de tendencia, nos situaría ante la paradoja de que dicha empresa de tendencia no sería sino la Administración Pública, lo que parece chocar frontalmente con el artículo 16.3 de la Constitución”, ATSJ Canarias/Las Palmas 8 julio 2002 (AS 2789).

Contra, por considerar que “es ésta una relación con una regulación especial que está fundada en las particularidades de la enseñanza de la Religión Católica, que, aunque gestionada por la Administración, se imparte por cuenta de la Iglesia Católica, que actúa, por tanto, en el marco de una actividad ‘de tendencia’”, STS 19 septiembre 2005 (Rec. 6495/2003).

³²¹ STCo 5/1981, de 13 de febrero.

Por cuanto afecta al trabajador, éste habrá de cumplir los requisitos previstos en el artículo 3 RD 696/2007, unos exigidos para poder impartir la enseñanza de religión, otros a fin de ser contratado como profesor de semejante materia.

Respecto a los primeros será imprescindible reunir idénticos requisitos de titulación exigibles, o equivalentes, en el respectivo nivel educativo a los funcionarios docentes no universitarios, haber sido propuestos por la Autoridad de la Confesión religiosa correspondiente y haber obtenido la declaración de idoneidad o certificación equivalente de la confesión religiosa objeto de la materia educativa y todo ello con carácter previo a su contratación por la Administración competente.

En relación con los segundos, el candidato habrá de acreditar: ser español o nacional de un país comunitario o de algún Estado al que sea de aplicación la libre circulación de trabajadores en virtud de los Tratados Internacionales celebrados por la Unión Europea y ratificados por España, o ser extranjero con residencia legal en las fronteras interiores y autorizado a trabajar o en disposición de obtener una autorización de trabajo por cuenta ajena; tener cumplidos los 18 años de edad; no padecer enfermedad ni estar afectado por limitación física o psíquica incompatible con el desempeño de las correspondientes funciones; en fin, no haber sido separado, mediante expediente disciplinario, del servicio de cualquier Administración Pública, ni hallarse inhabilitado para el ejercicio de sus funciones.

Además, el artículo 6 de la norma reglamentaria señala como criterios de valoración para acceder a la plaza el respeto con carácter general a los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad y, en particular, la experiencia docente previa como profesor de religión, las titulaciones académicas, de modo preferente las más afines, por su contenido, a la enseñanza de religión y los cursos de formación y perfeccionamiento realizados que estén relaciones con la didáctica, la organización escolar o análogos, especialmente aquellos que por su contenido hagan referencia a las creencias de culto.

Por cuanto hace a la duración del contrato, éste se configuraba como de duración determinada y sometido a término³²², viniendo a exceptuarse "la aplicación de la normativa laboral sobre contratos temporales, de forma que la contratación laboral siempre sería temporal y por períodos coincidentes con los cursos escolares"³²³, impidiendo la estabilidad en el empleo al condicionar permanentemente la renovación al criterio de la jerarquía eclesiástica³²⁴.

³²² SSTS 5 junio, 28 julio y 17 septiembre 2000 (RJ 4650, 7196 y 10648), 12 diciembre 2001 (RJ 2977/2002), 9 julio 2003 (RJ 8372) y 19 septiembre 2005 (Rec. 6495/2003).

³²³ ATSJ Canarias/Las Palmas 8 julio 2002 (AS 2789).

³²⁴ De esta manera, "cada año escolar se concierta una relación laboral diferente y distinta, en la medida en que el trabajo de quienes se encuentran en la situación de la demandante tiene su causa en un concierto entre el Estado y la Santa Sede por virtud del cual, para impartir la disciplina de Religión Católica, el correspondiente Obispo ha de

Sin embargo, esta situación queda alterada de manera sustancial con la entrada en vigor del RD 696/2007, en tanto la contratación pasa a tener carácter indefinido, a salvo sustitución del titular de la relación laboral mediante contrato de interinidad y sin perjuicio de las causas de extinción peculiares reguladas en la propia norma (art. 4.1). Además, la jornada puede ser tanto a tiempo completo como parcial en atención a las prioridades de los centros públicos, resultando competente la Administración educativa para determinar dichas necesidades (art. 4.2).

Con independencia de la modalidad elegida, el contrato habrá de ser celebrado por escrito con carácter previo al inicio de la prestación de servicios, así como guardar dicha formalidad cuantas modificaciones afecten con anterioridad al comienzo del curso escolar a determinadas materias integrantes del contenido mínimo de la relación (art. 5 RD 696/2007), a saber: identificación de las partes, objeto, lugar de trabajo, retribución, duración y/o renovación, jornada de trabajo y cuantos otros aspectos se consideren esenciales en la legislación laboral.

Finalmente, respecto al régimen salarial³²⁵ los profesores de religión católica percibirán las retribuciones correspondientes en el respectivo nivel educativo para los profesores interinos (cláusula 3 Orden 9 de abril de 1999), si bien existe una peculiaridad pues el pago no se realiza directamente al trabajador, sino que se hace a través de un intermediario, la Conferencia Episcopal Española, cuya intervención se limita a ser un simple pagador por cuenta de otro o distribuidor de los fondos percibidos.

3. El peculiar régimen extintivo de su relación contractual

La contratación y renovación de los contratos de este profesorado depende de la propuesta que para cada curso académico realice el Ordinario Diocesano del lugar atendiendo a la idoneidad del sujeto con las creencias católicas³²⁶, siendo

presentar a la persona que considera idónea, la cual es nombrada por la Consejería de Educación y Ciencia... No es advertible, pues, ninguna actuación en fraude de ley por la que calificar como indefinido un contrato que se concierta como temporal, sino, por el contrario, el establecimiento legal, en cumplimiento de un Acuerdo Internacional, de una fórmula de contrato temporal que se extingue, sin que con ello se vulnere derecho alguno de la trabajadora, al concurrir la condición resolutoria que en el mismo se inserta", STSJ Andalucía/Granada 28 junio 2000 (AS 3802); en términos parecidos, SSTSJ Cataluña 8 abril 2003 (JUR 138095) y Andalucía/Granada 16 diciembre 2003 (AS 4150).

³²⁵ Analizando dicho régimen retributivo, LÓPEZ-SIDRO LÓPEZ, A.: "La condición de empleador en la relación laboral de los profesores de religión católica en centros de enseñanza pública. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social), de 17 de junio de 2002", *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 1, 2003, págs. 2 y ss. o SEMPERE NAVARRO, A.V.: "La 'No renovación' del contrato de los profesores de religión", *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, Vol. VII, 2003, págs. 429 y ss.

³²⁶ "Esta declaración no es, por consiguiente, un título académico o una licencia fundada en mero conocimiento objetivo de la materia que ha de impartirse y en la aptitud pedagógica para su enseñanza, sino que parte esencial del mismo lo constituye la valoración de la actitud del profesor en cuanto a la recta doctrina y al testimonio de vida, convirtiendo de esta 'actitud' frente a la fe católica y en doctrina de la Iglesia, tanto en su trabajo como en su vida, en 'aptitud' para la enseñanza de la misma en los centros públicos, y el que esto sea así es un elemento central y básico para el cumplimiento de la función de enseñar de la Iglesia en los términos en que ésta la entiende y se definen en el Código de Derecho Canónico, que predeterminan el propio concepto de la enseñanza de la religión católica en todos los centros de educación seguidos dentro los planes educativos" [ATSJ Canarias/Las Palmas 8 julio 2002 (AS 2789)]; de esta manera,

la autoridad académica la encargada de designarlos para cumplir sus funciones durante el año escolar y quien está obligada a desembolsar sus retribuciones.

De esta manera, aun cuando en teoría el poder público educativo debería ser quien tuviera la potestad de decidir en última instancia³²⁷, en la práctica se confiere a la autoridad eclesiástica el derecho de imponer a la Administración que dé por finalizado el contrato al llegar a su término³²⁸, pues le basta con no proponer a quien considera inidóneo conforme a sus creencias, planteando la contratación de un nuevo profesor³²⁹.

Así, se produce en este ámbito una peculiar relación laboral triangular entre el profesor de religión, su “patrono espiritual” —el Obispo o Jerarquía Eclesiástica— y su empresario “en sentido material o temporal”³³⁰ —la Administración correspondiente—, de tal manera que concurrente con el contrato de trabajo e íntimamente unido a ella “existe una relación de derecho eclesiástico que une al profesor de religión católica con el Obispo, que es lo que básicamente introduce a la relación jurídica, ‘*lato sensu*’, en un área singularísima, pues... el profesor de religión está unido al Obispo por una relación, calificable de mandato, y de este modo se viene a reflejar en los acuerdos entre España y la Santa Sede”³³¹, debiendo acatar las previsiones del Derecho Canónico y, en especial, reunir tres requisitos “recta doctrina, testimonio de vida cristiana y aptitud pedagógica”³³²; en consecuencia, nace una peculiar cogestión empresa-

³²⁷ “la idoneidad excede el ámbito de la aptitud profesional, computable mediante titulaciones, méritos y baremos, y su valoración se abre a la esfera de cualidades y circunstancias personales” [DE OTADUY GUERIN, J.: “El discutido alcance de la propuesta de los profesores de religión. A propósito de la Sentencia del TSJ de Madrid, de 31 de julio de 2003”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 611, 2004, pág. 3 (versión digital en internet)].

³²⁸ Ello debería suponer el rechazo a “que el centro deba limitarse a ser un ciego ejecutor de la decisión adoptada por un tercero. Sobre el titular recaerán normalmente las consecuencias de la medida que acuerde y, debe, por ende, estar facultado para verificar la regularidad de la comunicación, tanto en sus aspectos formales, como materiales; para comprobar que la decisión emana de órgano competente, con observancia del procedimiento establecido y basada en motivaciones directamente relacionadas con el desempeño de su actividad como profesor, resolviendo, en última instancia, el titular con entera libertad”, BLAT GIMENO, F.R.: *Relaciones laborales en empresas ideológicas*, cit., pág. 245.

³²⁹ En efecto, es a la jerarquía eclesiástica a quien corresponde la facultad de presentar aquellos candidatos considerados más idóneos para impartir la docencia de la religión, y el valor de su propuesta, ya a favor ya en contra, tanto expresa como tácita, vincula a la Administración Educativa a salvo la concurrencia de graves razones académicas o de disciplina, STS 12 diciembre 2001 (RJ 2977/2002) y STSJ Canarias/Las Palmas 7 diciembre 2002 (JUR 215272/2003). Del mismo parecer, RIBES SURIOL, A.I.: “Reflexiones en torno a la idoneidad de los profesores de religión católica en los centros docentes públicos”, *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 3, 2003, pág. 2.

³³⁰ “En definitiva, la no propuesta por el Ordinario diocesano provoca automáticamente la no continuación en un nuevo contrato temporal por un año y, por tanto, inexistente la relación laboral, ello descarta que pueda haberse producido despido alguno, pues la extinción de los contratos anuales, se produjo y se produce ‘*ope legis*’ sin la exigencia de ningún requisito formal, y el nuevo contrato anual requiere la propuesta del Ordinario del lugar”, RODRÍGUEZ PASTOR, G.E.: “Profesores de religión en Centros docentes públicos...”, cit., pág. 2945.

³³¹ STSJ Murcia 15 noviembre 1999 (AS 3898).

³³² STSJ Murcia 26 febrero 2001 (AS 302). Ese mandato “entraña una relación de confianza entre el mandante y el mandatario, que permite a este último presentar su docencia con una garantía de catolicidad. De acuerdo con la condición esencial de la relación de confianza, tal y como se concibe en Derecho, el mandante es libre de otorgarla o de retirarla según su criterio”, DE OTADUY GUERIN, J.: “Relación laboral y dependencia canónica de los profesores de religión”, AS, Vol. III, 2000, pág. 2950.

³³³ ATSJ Canarias/Las Palmas 8 julio 2002 (AS 2789), la cual continúa diciendo “si la enseñanza del profesor no se ajusta al depósito de la fe o a la doctrina de la Iglesia, o su conducta en todos los terrenos, laborales o privados, se

rial, pues las facultades de dirección y control son compartidas por los órganos públicos educativos y la jerarquía eclesiástica³³³.

Semejante circunstancia viene a suscitar la duda sobre el grado de cumplimiento y respeto que el profesor debe tener respecto a la doctrina católica, en tanto se ha llegado a afirmar como “el ejercicio de las libertades individuales por quien es contratado para difundir el credo de la Iglesia debe adecuarse a las necesidades impuestas por su peculiar actividad productiva, ya que sin esa limitación la actividad formativo-religiosa para la que ha sido contratado resultaría imposible, o expresado de otra forma, innecesaria su contratación”³³⁴, argumento que ha llevado a considerar como válida la no renovación del contrato de profesores de religión por adoptar en su vida privada unos comportamientos no acordes con la moral católica³³⁵.

La conclusión anterior merece una reflexión en profundidad en tanto podría vulnerar derechos y libertades individuales reconocidos en la Constitu-

aparta de la que es conforme a la doctrina enseñada, la misión educativa no será cumplida adecuadamente puesto que, o bien no enseñará correctamente el contenido de lo que debe ser objeto de fe o de asentimiento, o bien inducirá a la duda cuando sus alumnos observen que su propio profesor se aparta de lo enseñado, amenazando de esta forma con frustrar el objeto último y esencial de la función de enseñar de la Iglesia. Por consiguiente el profesor de Religión y Moral Católica, conforme a las disposiciones del Código de Derecho Canónico, no es libre en cuanto a la materia que ha de enseñar (no dispone, por tanto, de libertad de cátedra), ni es libre en cuanto a su conducta y comportamiento, incluso en ámbitos puramente privados o pertenecientes a su intimidad personal o familiar, en cuanto se aparte de lo que es correcto conforme a la fe y a la doctrina de la Iglesia, teniendo en cuenta además la extensión material que esta doctrina puede abarcar conforme al parágrafo segundo del canon 747 (principios morales, incluso los referentes al orden social, proclamados por el Sumo Pontífice o el Colegio de los obispos, así como el juicio dado por los mismos sobre cualesquiera asuntos humanos). En este terreno queda sometido, con arreglo al Código de Derecho Canónico (parágrafo dos del canon 804), a la vigilancia del Ordinario [quien, conforme al canon 805] tiene el derecho a nombrar o aprobar los profesores de religión, así como de remover o exigir que sean removidos cuando así lo requiera una razón de religión o moral”.

³³³ En efecto, “estamos ante una posición empresarial compleja, que podría definirse como una interposición en el contrato de trabajo por ministerio de la Ley, pues a la Administración educativa le corresponde la contratación, organización y retribución de la prestación de trabajo, pero la dirección de esa prestación en orden a los contenidos docentes y las decisiones sobre designación y cese del personal corresponden a la Iglesia Católica, aunque formalmente esas decisiones se adopten por la autoridad administrativa” [STS 19 abril 2005 (RJ 5057)]; de esta manera, “la cualificación ideológica de la deuda, su contenido... religioso —extraño al empresario formal—, hace que ésta deba ser configurada en función de las directrices marcadas por el ente creador y depositario del mensaje que, en cierto sentido, disfruta también de los beneficios de dicha actividad. De ahí que sea el propio ‘empleador’ el que, ante el carácter ‘ideológico’ de la prestación, remita su determinación y control a la única institución que verdaderamente se encuentra capacitada para ello: la Confesión o la Iglesia correspondiente” [CALVO GALLEGO, F.J.: *Contrato de trabajo y libertad ideológica. Derechos fundamentales y organizaciones de tendencia*, Madrid (CES), 1995, pág. 217].

³³⁴ TÁRRAGA POVEDA, J.: “El despido del sacerdote casado o sobre la relevancia de la conducta extralaboral del trabajador ideológico...”, cit., pág. 73. Así, “la transmisión del Mensaje y acontecimiento cristiano lleva consigo, junto con un contenido teórico fiel al Magisterio de la Iglesia, una experiencia de vida por parte del docente, y ambos aspectos están inseparablemente unidos. El docente enseña con su palabra, pero también con su vida, con su ejemplo” [RIBES SURIOL, A.I.: “Reflexiones en torno a la idoneidad de los profesores de religión católica en los centros docentes públicos”, cit., pág. 5], de tal manera “que el enseñante mantenga, al menos aparentemente, esa confesionalidad, si lo que se pretende es cumplir con el objetivo del mensaje religioso, que trata de transmitirse de forma que convenza y reconduzca a los destinatarios a su aceptación” [CUBILLAS RECIO, L.M.: *Enseñanza confesional y cultura religiosa. Estudio jurisprudencial*, Valladolid (Universidad de Valladolid), 1997, pág. 184].

³³⁵ STSJ Murcia 26 febrero 2001 (AS 302). De esta manera, “pueden contribuir a formar el juicio del Ordinario acerca de la oportunidad del nombramiento —supuesta la capacidad del candidato— elementos dispares como las aptitudes, el estilo de vida, el estado civil o canónico, la profesión, el domicilio o la disponibilidad de tiempo, por señalar solamente algunos, de naturaleza ciertamente diversa. La valoración razonada de alguna de estas circunstancias no tiene por qué suponer discriminación vedada por el Derecho” [DE OTADUY GUERIN, J.: “El discutido alcance de la propuesta de los profesores de religión...”, cit., pág. 3 (versión digital en internet)].

ción³³⁶, al punto de llevar a exigir una adhesión completa e incondicionada no sólo ya en los aspectos laborales sino en cualquier faceta de la vida privada a las creencias católicas, yendo mucho más allá de lo exigido incluso en las empresas de tendencia, habida cuenta “el testimonio de vida cristiana que forma parte del contenido de la idoneidad se configura como un elemento esencial de la decisión eclesiástica, lo que supone que... sea la totalidad de la vida del trabajador, y no sólo aquello que incida de manera directa en el modo de su prestación laboral, lo que queda bajo la vigilancia del Ordinario y puede dar lugar a la extinción o no renovación del contrato”³³⁷.

A este respecto no resulta ocioso volver a recordar la doctrina constitucional de conformidad con la cual el trabajador al celebrar su contrato no pierde sus derechos fundamentales y libertades públicas, no estando obligado a soportar limitaciones injustificadas en el ejercicio de los mismos y, por tal razón, una configuración del requisito de la idoneidad como una facultad puramente libre —“*legibus soluta*”— sin estar sometida a control de ninguna clase no parece muy acorde con los principios reconocidos en Nuestra Carta Magna³³⁸.

Sin embargo, no negando la posibilidad de fiscalizar judicialmente las decisiones del Ordinario del lugar, según algunos pronunciamientos dicho examen sólo puede ser negativo, teniendo el órgano eclesiástico, en atención al contenido de su ministerio espiritual, amplia discrecionalidad para proponer a las personas con la titulación correspondiente, siendo competencia de los Tribunales ordinarios únicamente analizar si el candidato reúne los requisitos exigidos y si la proposición vulnera o no los derechos fundamentales y las libertades

³³⁶ “Los derechos en conflicto son entre la libertad religiosa institucional de la Iglesia como grupo (junto con el principio de cooperación previsto en el art. 16.3 CE), y los derechos laborales del afectado”, BUENO SALINAS, S.: “Los Acuerdos entre la Santa Sede y el Estado Español a los 25 años de su vigencia”, *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 8, 2005, pág. 5.

³³⁷ ATSJ Canarias/Las Palmas 8 julio 2002 (AS 2789). El pronunciamiento, respecto al caso concreto, concluye lo siguiente: “la ruptura del matrimonio de la profesora y su convivencia con otra persona es un dato esencialmente relativo a su intimidad personal y que no puede justificar en modo alguno una decisión sobre su empleo, ni siquiera en una empresa ideológica o de tendencia, en tanto en cuanto dicho dato no sea insertado voluntariamente por la profesora en el seno de su prestación de trabajo, contradiciendo así en su enseñanza y declaraciones dentro del ambiente de trabajo el ideario que ha de respetar. Sin embargo desde el punto de vista del Derecho Canónico es un dato esencial de la moral religiosa que afecta al testimonio de vida y ha de ser tomado en consideración por el Ordinario a efectos de retirar la declaración de idoneidad”. A su tenor, “la esfera extralaboral no puede alcanzar a aquellas manifestaciones en el ámbito familiar o íntimo del trabajador o relativas a materias no unidas a la ideología de la organización, puesto que no influyen en el cumplimiento de la prestación principal”, QUINTANILLA NAVARRO, R.Y.: “¿Despido discriminatorio de un profesor de religión, por ejercicio del derecho a la libertad de expresión, o transgresión de la buena fe contractual del trabajador?”, AS, Vol. III, 2000, pág. 2964.

³³⁸ ATSJ Canarias/Las Palmas 8 julio 2002 (AS 2789). En efecto, “la conclusión ha de ser pues la de que los derechos fundamentales de los profesores de religión a pesar de la naturaleza especialísima de la vinculación que mantienen con la autoridad eclesiástica y con la autoridad educativa, esta última de carácter laboral, son merecedores de protección. El Acuerdo de 3 de enero de 1979 entre el Estado Español y la Santa Sede supone una limitación de ciertos derechos fundamentales en la vertiente referida a la libertad ideológica en sus distintas manifestaciones vinculadas a un ideario religioso, pero no puede aceptarse que esta limitación alcance a todos los derechos”, STSJ Cataluña 17 diciembre 2001 (AS 892/2002); de la misma opinión, SSTSJ Canarias/Las Palmas 26 y 31 julio 2002 (AS 2981 y JUR 258999).

“Esta evaluación anual de idoneidad supone una facultad de control de los profesores que supera las reglas de la práctica común en cualquier profesión. Supone, en definitiva, otorgar una facultad discrecional año a año, excesiva a todas luces para el objetivo perseguido. No cumple el juicio de necesidad en relación al equilibrio de derechos fundamentales y legales que tiene todo ciudadano español en el marco de la Constitución y el Derecho Comunitario, e incluso Tratados Internacionales de Derechos Sociales. Esta facultad de proposición de idoneidad anual de profesores constituye un auténtico privilegio a favor de una de las partes contratantes (el Estado Vaticano)”, VIÑETA ROCA, F.: “Contratación temporal anual de profesores de religión en centros públicos...”, cit., págs. 5 y 6 (versión digital en internet).

públicas³³⁹; es más, el juzgador habrá de realizar su cometido “dentro de los condicionamientos, inflexiones y particularidades del ámbito en que se operaba, la enseñanza de una religión”³⁴⁰.

A pesar de la conclusión anterior, nada debe impedir revisar la decisión de la Administración Educativa³⁴¹ —recuérdese empleadora a la sazón—, aun cuando la vulneración de algún precepto constitucional haya sido propiciada por un tercero, siendo necesario justificar la falta de idoneidad que lleva a la no renovación del contrato, es decir, “cuando se aporta un conjunto de indicios que podrían vincularse a la concurrencia de un móvil lesivo de un derecho fundamental, el empresario está obligado a proporcionar una justificación razonable de que su decisión es ajena a tales móviles, aunque la renovación del contrato sea facultativa para aquél”³⁴²; en consecuencia, cabrá exigir “criterios concretos de contrastabilidad, para no incurrir en arbitrariedad o, en su caso, abuso del derecho, que ningún texto, por muy alto que sea su nivel jerárquico en el marco de las fuentes del Derecho, puede cubrir”³⁴³.

Por tal razón la actuación pública deberá estar fundamentada ya en razones de carácter docente —falta de aptitud para enseñar la asignatura contrastada con las quejas de los órganos escolares del centro donde imparte docencia—, religiosas —como una crisis de fe o no seguir la línea pastoral de la Iglesia— o mantener comportamientos disconformes con su condición de profesor de una creencia.

³³⁹ SSTSJ Murcia 25 julio 2000 (AS 2811) y 26 febrero 2001 (AS 302) y Cataluña 17 diciembre 2001 (AS 892/2002).

³⁴⁰ STSJ Murcia 25 julio 2000 (AS 2811).

³⁴¹ “En efecto, “resulta claro que, en primer lugar, los órganos judiciales habrán de controlar si la decisión administrativa se ha adoptado con sujeción a las previsiones legales a las que se acaba de hacer referencia, es decir, en lo esencial, si la designación se ha realizado entre las personas que el Diocesano ordinario ha propuesto para ejercer esta enseñanza y, dentro de las personas propuestas, en condiciones de igualdad y con respeto a los principios de mérito y capacidad. O, en sentido negativo, y por ajustarse más a las circunstancias del caso analizado en el proceso a quo, habrán de analizar las razones de la falta de designación de una determinada persona y, en concreto, si ésta responde al hecho de no encontrarse la persona en cuestión incluida en la relación de las propuestas a tal fin por la autoridad eclesial, o a otros motivos igualmente controlables. Mas allá de este control de la actuación de la autoridad educativa, los órganos judiciales competentes habrán de analizar también si la falta de propuesta por parte del Ordinario del lugar responde a criterios de índole religiosa o moral determinantes de la idoneidad de la persona en cuestión para impartir la enseñanza religiosa, criterios cuya definición corresponde a las autoridades religiosas en virtud del derecho de libertad religiosa y del principio de neutralidad religiosa del Estado, o si, por el contrario, se basa en otros motivos ajenos al derecho fundamental de libertad religiosa y no amparados por el mismo. En fin, una vez garantizada la motivación estrictamente ‘religiosa’ de la decisión, el órgano judicial habrá de ponderar los eventuales derechos fundamentales en conflicto a fin de determinar cuál sea la modulación que el derecho de libertad religiosa que se ejerce a través de la enseñanza de la religión en los centros escolares pueda ocasionar en los propios derechos fundamentales de los trabajadores en su relación de trabajo. A los efectos del control abstracto de constitucionalidad que ahora nos corresponde baste concluir de lo señalado que ni el art. III del Acuerdo sobre la Enseñanza y Asuntos Culturales suscrito el 3 de enero de 1979 entre el Estado Español y la Santa Sede, ni el párrafo segundo de la disposición adicional segunda de la Ley Orgánica 1/1990, de 3 de octubre, excluyen el control jurisdiccional de las decisiones de contratación de los profesores de religión ni vulneran, por tanto, el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE”, STCo 38/2007, de 15 de febrero.

³⁴² En la exposición se sigue la pregunta incontestada —al no fallar sobre el fondo del asunto— lanzada por el Tribunal Supremo y que, a juicio de quienes escriben estas líneas, resulta la más correcta. SSTS 19 abril y 19 septiembre 2005 (RJ 5057 y Rec. 6495/2003). Considerando improcedente la falta de renovación del actor por no existir motivo capaz de justificar el proceder de la Administración, SSTSJ Andalucía/Granada 17 septiembre 2002 (AS 3737) y Canarias/Las Palmas 7 diciembre 2002 (JUR 215272/2003).

³⁴³ CUBILLAS RECIO, L.M.: *Enseñanza confesional y cultura religiosa. Estudio jurisprudencial*, cit., pág. 173.

Entender, como hacen algunos pronunciamientos³⁴⁴, que al extinguirse el contrato con el cumplimiento del término, produciéndose éste por la falta de inclusión en la propuesta del Obispado, y finalizar automáticamente la relación al concluir el curso escolar, no resulta necesario ni exponer las razones por las cuales se justifica tal actuación ni constatar los motivos aducidos —a pesar de su apariencia de lesividad—, supone tanto como excepcionar de manera absoluta el sistema de garantías constitucionales previstas para los derechos fundamentales³⁴⁵, dando legitimidad a cualquier decisión con independencia de su falta de objetividad o irracionalidad y sin entrar a valorar si contraviene o no libertades públicas; tal conclusión se antoja como un grave atentado contra pilares básicos de nuestro Estado Social y Democrático de Derecho, aun cuando pueda encontrar —dudoso— amparo en un Tratado Internacional.

En este contexto, cabe dar cuenta de un recientísimo pronunciamiento del Máximo Intérprete de la Carta Magna, cuya importancia es suma a los efectos aquí tratados, habida cuenta viene a convalidar definitivamente a efectos constitucionales el criterio de la idoneidad —incluso extendiendo su actuación a la conducta personal del docente— en tanto “también ha de corresponder a las confesiones la competencia para el juicio sobre la idoneidad de las personas que hayan de impartir la enseñanza de su respectivo credo. Un juicio que la Constitución permite que no se limite a la estricta consideración de los conocimientos dogmáticos o de las aptitudes pedagógicas del personal docente, siendo también posible que se extienda a los extremos de la propia conducta en la medida en que el testimonio personal constituya para la comunidad religiosa un componente definitorio de su credo, hasta el punto de ser determinante de la aptitud o cualificación para la docencia, entendida en último término, sobre todo, como vía e instrumento para la transmisión de determinados valores. Una transmisión que encuentra en el ejemplo y el testimonio personales un instrumento que las Iglesias pueden legítimamente estimar irrenunciable”, de tal manera que “la exigencia para la contratación de estos profesores del requisito de hallarse en posesión de la cualificación acreditada mediante la Declaración Eclesiástica de Idoneidad no puede considerarse arbitraria o irrazonable ni ajena a los principios de mérito y capacidad y, desde luego, no implica una discriminación por motivos religiosos, dado que se trata de contratos de trabajo que se celebran única y exclusivamente para la impartición, durante el curso escolar, de la enseñanza de la religión católica”; es más, “la declaración de idoneidad

³⁴⁴ SSTs 7 julio 2000 (RJ 6295) o 26 diciembre 2001 (RJ 3752/2002) y SSTSJ Canarias/Santa Cruz de Tenerife 10 (dos) y 19 diciembre 2003 (JUR 59286/2004, 59287/2004 y 85281/2004).

³⁴⁵ “Que estemos ante actos inherentes a la libertad empresarial no descarta la existencia de vulneración a los derechos fundamentales, lo cual equivale a sostener la existencia de ciertos límites en la adopción de tales decisiones discrecionales, cual la de la no propuesta de renovación (*rectius*, la omisión de la lista de profesores para el siguiente curso)” [SEMPERE NAVARRO, A.V.: “La ‘No renovación’ del contrato de los profesores de religión”, cit., pág. 431, sustentando su posición en la jurisprudencia constitucional sobre los puestos de trabajo de libre designación contenida, entre otras, en las SSTCo 87/1998, de 21 de abril; 101/2000, de 10 de abril; 114/2002, de 20 de mayo o 171/2003, de 29 de septiembre], habida cuenta “el Estado no puede promover situaciones jurídicas que puedan mermar los derechos fundamentales de las personas como ciudadanos independientemente de si poseen o no la condición de fiel, y los trabajadores o profesores que presentan su demanda ante la jurisdicción laboral, lo hacen por su condición de trabajador por cuenta ajena, no como fieles, ya que la jurisdicción eclesiástica tiene sus propios procesos, sanciones y penas” [BRIONES MARTÍNEZ, I.M^a.: “Profesores de religión católica según el Acuerdo sobre Enseñanza y Asuntos Culturales: el derecho a la intimidad y la autonomía de las confesiones, dos derechos en conflicto”, AS, núm. 6, 2004, pág. 111].

no constituye sino uno de los requisitos de capacidad necesarios para poder ser contratado a tal efecto, siendo su exigencia conforme al derecho a la igualdad de trato y no discriminación (art. 14 CE) y a los principios que rigen el acceso al empleo público (art. 103.3 CE)”³⁴⁶.

En definitiva, el fallo reseñado “atribuye a estos docentes la misión de transmitir la fe, el asentimiento a un credo religioso, por lo que igualmente asume la exigencia de un testimonio que haga creíble las explicaciones”, siendo cada confesión la única competente para decidir la idoneidad del docente, sin que dicha circunstancia contravenga ni el artículo 14 CE, ni los principios de acceso al empleo público, al no resultar un condicionante irrazonable³⁴⁷.

Sea como fuere, el artículo 7 RD 696/2007 viene a convertir en derecho positivo la doctrina del Tribunal Constitucional cuando ordena como causas de extinción del contrato las siguientes: resolución de la Administración competente tras incoación del oportuno expediente disciplinario; revocación ajustada a derecho de la acreditación o la idoneidad para impartir clases de religión por parte de la Confesión religiosa que la otorgó; finalización por concurrir las demás causas previstas en el Estatuto de los Trabajadores; en fin, en el caso de empleados extranjeros, por la extinción o la no renovación de la autorización de residencia o de residencia y trabajo.

³⁴⁶ STCo 38/2007, de 15 febrero.

³⁴⁷ CARDENAL CARRO, M.: “La constitucionalidad de la regulación de los profesores de religión y moral católica”, AS, núm. 21, 2007 (formato electrónico, BIB 2006/2821).

CAPÍTULO III:

TRASCENDENCIA DEL CREDO RELIGIOSO EN EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL

Trascendencia del credo religioso en el sistema de Seguridad Social

I. Asistencia sanitaria

La prestación pública de asistencia sanitaria se debate hoy día entre su pervivencia en el Sistema de Seguridad Social y su definitiva inclusión en el Sistema Nacional de Salud³⁴⁸. Sea como fuere, sigue siendo uno de los beneficios a obtener del sistema de seguro público —contenido expresamente en el elenco ofrecido por el art. 38.1.a) LGSS— y, lo que resulta más trascendente a efectos de su tratamiento en el presente estudio, ha venido siendo objeto (y continúa siéndolo) de reclamaciones de reintegro de gastos sanitarios, residenciadas ante los Tribunales de la Jurisdicción Social, lo cual lo relaciona, en definitiva, con el campo de la Seguridad Social.

Ostentando la condición de beneficiario³⁴⁹, “la utilización de las prestaciones se realizará con los medios disponibles en el Sistema Nacional de Salud” (art. 4.3 RD 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud —en adelante CSCSNS— y 9 Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud —en adelante, LCCSNS—). A partir de tal previsión, y en consecuencia lógica, los órganos competentes no vendrán obligados a abonar los gastos ocasionados “cuando el beneficiario utilice servicios médicos distintos de los que le hayan sido asignados” (arts. 102.3 RD 2065/1974, de 30 de mayo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social —en adelante LSS— y, en semejantes términos, 17 Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad —en adelante, LGS—³⁵⁰). La declaración de exclusividad a favor de los medios públicos no impide al legislador reconocer como merecen determinadas circunstancias excepcionales en las cuales su mandato no hubiera podido ser satisfecho (“a no

³⁴⁸ Sobre la disyuntiva a la hora de fijar su encuadramiento, QUIRÓS HIDALGO, J.G.: *La prestación farmacéutica de la Seguridad Social*, Valladolid (Lex Nova) 2006, págs. 54 y ss. o PEMÁN GAVÍN, J.M.: *Asistencia sanitaria y Sistema Nacional de Salud*, Granada (Comares), 2005, págs. 26 y ss.

³⁴⁹ Para la delimitación de los beneficiarios de la prestación, ALONSO OLEA, M.: *Las prestaciones del Sistema Nacional de Salud*, Madrid (Civitas), 1995, 2ª ed., págs. 52-59; QUIRÓS HIDALGO, J.G.: *La prestación farmacéutica de la Seguridad Social*, cit., págs. 86 y ss. y 132 y ss.; o, en fin, por no alargar el listado, GONZÁLEZ DÍAZ, F.A.: *Contenido y límites de la prestación de asistencia sanitaria*, Cizur Menor (Aranzadi), 2003, págs. 25-43.

³⁵⁰ Al disponer cómo “las Administraciones Públicas obligadas a atender sanitariamente a los ciudadanos no abonarán a éstos gastos que puedan ocasionarse por la utilización de servicios distintos de aquellos que les correspondan en virtud de lo dispuesto en esta Ley, en las disposiciones que se dicten para su desarrollo y en las normas que aprueben las Comunidades Autónomas en el ejercicio de sus competencias”; enunciado que, “incluso, podría llegar a pensarse que resulta más duro que su precedente”, GARCÍA NINET, J.I.: “Reintegro de prestaciones por utilización de la medicina privada”, *TS*, núm. 1, 1991, pág. 31.

ser en los casos que reglamentariamente se determinen" —art. 102.3 LSS—); con todo, tal posibilidad no atribuye al beneficiario un derecho a optar por la asistencia pública o privada a su libre discreción, motivo por el cual en la aplicación del supuesto deberá mediar un "criterio cauteloso y restringido"³⁵¹. Para compartir el sentido normativo, a los razonamientos jurídicos fácilmente deducibles cabe añadir "un factor clave para el sostenimiento del sistema público de la Seguridad Social: su financiación igualmente pública"³⁵², y más de tener en cuenta el ánimo de lucro concurrente en la medicina particular, ausente en aquélla³⁵³.

En concreto, la regulación de los motivos que avalan el reintegro ha sufrido modificaciones carentes de precisión, motivo por el cual resulta conveniente recorrer su evolución. Sin remontarse a precedentes remotos, el primer referente legal de interés venía determinado por el art. 18 Decreto 2766/1967, de 16 de noviembre, sobre prestaciones de asistencia sanitaria y ordenación de los servicios médicos de la Seguridad Social. Dicha norma contemplaba, en concreto, dos supuestos capaces de permitir el juego de la excepción: de un lado, cuando la Entidad Gestora la denegara injustificadamente, a cuyos efectos imponía determinados requisitos procedimentales; de otro, si el recurso a medios ajenos hubiera obedecido a una urgencia de carácter vital, siempre y cuando resultara procedente en atención a la información y acreditación al efecto exigidas³⁵⁴. Las previsiones anteriores fueron derogadas por la Disposición Derogatoria única del RD 63/1995, de 20 de enero, por el cual se regula la ordenación de prestaciones sanitarias del SNS. Éste, a su vez, contempló como único caso de reintegro el haber acudido a servicios ajenos al sistema si concurría una necesidad "urgente, inmediata y de carácter vital...", una vez comprobado que no se pudieron utilizar oportunamente los de aquél y que no constituye una utilización desviada o abusiva" (art. 5.3, tenor literal mantenido por el art. 4.3 CSCSNS). La "inoportuna"³⁵⁵ desaparición de la denegación injustificada fue

³⁵¹ "De ninguna manera puede hablarse de una opción del enfermo o de sus familiares entre la medicina privada o la pública, al menos a la hora de hacer recaer los costes de asistencia sobre la Seguridad Social, dados los principios de igualdad y solidaridad que inspiran la actuación de ésta", STSJ Castilla-La Mancha 23 septiembre 1993 (AS 4149); sosteniendo igual criterio, SSTCT 6 marzo 1989 (RTCT 2284) ó 25 febrero 1989 (RTCT 1752); SSTS 3 junio 1975 (RJ 2691), 20 marzo 1986 (RJ 1364), 19 mayo 1987 (RJ 3746), 6 febrero 1990 (RJ 832) ó 5 marzo y 11 junio 2001 (RJ 1829 y 6991); en los Tribunales autonómicos, junto a la citada y por todas, STSJ Cantabria 16 mayo 2001 (AS 1672).

³⁵² ROMÁN VACA, E.: *Asistencia sanitaria de la Seguridad Social, asistencia externa y reintegro de gastos médicos*, Madrid (Edersa), 1998, pág. 71.

³⁵³ "No puede por tanto acogerse la petición realizada, al no ofrecer el sistema de salud vigente, dada su loable vocación de generalidad de cobertura a toda la población, la posibilidad de elección entre la medicina pública y la privada, lógicamente esta última acogida a principios de obtención de lucro con su ejercicio que hacen inviable, en el actual estado de desarrollo económico de nuestro país y de posibilidades y preferencias presupuestarias, tal ofrecimiento", STSJ Castilla-La Mancha 26 enero 1996 (AS 186).

³⁵⁴ Aun cuando ambas excepciones fueron interpretadas una y otra vez por los órganos judiciales con criterios favorables, el Alto Tribunal "emprendió sorprendentemente un cambio de tendencia retrocediendo respecto a otras etapas más aperturistas en las que mostraba mayor generosidad y, lo que es más de extrañar, sin que tal actitud fuera acompañada de una reforma normativa paralela, lo que hubiera sin duda justificado tal apartamiento de su línea interpretativa, pero que en la realidad no se correspondió con modificación alguna operada en las disposiciones vigentes sobre la materia", POLO SÁNCHEZ, M.C.: *Reintegro de gastos médicos y Estado de Bienestar*, Valencia (Trant lo Blanch), 2001, pág. 42.

³⁵⁵ PUMAR BELTRÁN, N. y VALLE MUÑOZ, F.A.: "La supresión del supuesto de denegación injustificada por el Real Decreto 67/1995, de asistencia sanitaria", en AA.VV. (LÓPEZ LÓPEZ, J., Coord.): *Seguridad Social y protección social: temas de actualidad*, Madrid (Marcial Pons), 1996, pág. 356.

incluida a partir de entonces como un supuesto de responsabilidad patrimonial de la Administración, opción finalmente adoptada por el legislador atendiendo a las sugerencias en este sentido realizadas³⁵⁶. En definitiva, las reclamaciones en la materia podrán quedar residenciadas ante la jurisdicción contencioso-administrativa (cuando se considere denegación injustificada o en virtud de los perjuicios sufridos en la prestación)³⁵⁷ o ante la social (cuando, por razones de urgencia vital, se hubiera recurrido a medios ajenos y privados)³⁵⁸, en delimitación competencial no siempre pacífica.

La cuestión significativa para el derecho a la libertad religiosa viene dado por determinar si el abandono de la sanidad pública, y la correlativa voluntad exclusiva del enfermo de acudir a centros privados, significa el posterior derecho al reintegro o a la exigencia de responsabilidad patrimonial. El paradigma viene constituido por quienes, atendiendo mandatos religiosos (más concretamente, Testigos de Jehová³⁵⁹; si bien puede ser predicado de cualquier confesión con preceptos o mandamientos idénticos o similares), se niegan a ser intervenidos con transfusión sanguínea y, tras acudir a un centro privado para que se les realice la operación necesaria sin quebrantar sus leyes divinas, solicitan el gasto al cual han hecho frente.

A este respecto, no debe olvidarse cómo la negativa a someterse al tratamiento médico viene amparada por los arts. 2.4 y 21 Ley 41/2002, de 14 de noviembre, reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, que deroga la idéntica previsión ofrecida por el art. 10.9 a) LGS, exigiendo para ello la ratificación por escrito del alta voluntaria por el propio interesado o, ante su negativa, la forzosa

³⁵⁶ La exclusión “no quiere decir que los supuestos de denegación carezcan de tutela, pero deberán residenciarse en sede de responsabilidad por daños y perjuicios de la Administración Pública”, YUSTE MORENO, J.M.: “Prestaciones sanitarias, farmacéuticas y ortopédicas”, en AA.VV. (MORENO GONZÁLEZ-ALLER, I., Coord): *Prontuario de las prestaciones de la Seguridad Social*, Madrid (CGPJ), 2002, pág. 675 y CANTERO RIVAS, R. y ESTAÑ TORRES, M.C.: *El reintegro de gastos sanitarios causados en instituciones sanitarias ajenas a la Seguridad Social*, Granada (Comares), 1998, pág. 24. Así lo adivinaba ya el Consejo de Estado en su Dictamen de 23 de diciembre de 1994: “se prescinde... de la denegación injustificada de asistencia, en lo que puede verse un influjo de remitirla a la responsabilidad patrimonial general de la Administración”.

³⁵⁷ Sobre la misma, GUERRERO ZAPLANA, J.: *Las reclamaciones por la defectuosa asistencia sanitaria*, Valladolid (Lex Nova), 2002, 2ª ed., págs. 114 y ss. y, respecto al procedimiento a seguir, págs. 201 y ss o FERNÁNDEZ DE AGUIRRE Y FERNÁNDEZ, J.C.: “La responsabilidad patrimonial de la administración sanitaria en general. Objeto y fundamento” y GUERRERO ZAPLANA, J.: “Las peculiaridades de la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria: el criterio de la *lex artis*”, ambos en AA.VV. (GUERRERO ZAPLANA, J., Dir.): *La responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria*, Madrid (CGPJ), 2003, págs. 13 y ss. y 53 y ss., respectivamente.

³⁵⁸ Al respecto, GUERRERO ZAPLANA, J.: *Las reclamaciones por la defectuosa asistencia sanitaria*, cit., págs. 166 y ss o DESDENTADO BONETE, A. y DESDENTADO DAROCA, E.: “El reintegro de gastos por asistencia sanitaria externa en la Seguridad Social, con una indicación sobre la responsabilidad por los daños producidos en la prestación de servicios sanitarios”, en AA.VV. (GUERRERO ZAPLANA, J., Dir.): *La responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria*, cit., págs. 419 y ss.

³⁵⁹ “La expresada creencia religiosa se apoya en diversos textos de la Biblia, extraídos de pasajes del Libro del Génesis, el Levítico y los Hechos de los Apóstoles, entre otros, de los que parece derivarse —según varias interpretaciones— la prohibición divina a los hombres de recibir en su cuerpo sangre animal o humana”, CANTERO RIVAS, R. y ESTAÑ TORRES, M.C.: *El reintegro de gastos sanitarios causados en instituciones sanitarias ajenas a la Seguridad Social*, cit., pág. 86. En concreto, en el Levítico XVII, 10 se lee que “si un israelita o un extranjero residente entre vosotros come cualquier clase de sangre, yo me volveré contra él y los extirparé de su pueblo”; por su parte, el Capítulo XV, 28 y 29 de los Hechos de los Apóstoles reiteraría la obligación de “abstenerse de manjares inmolados a los ídolos y de sangre animal sofocado”, STSJ Extremadura 4 marzo 1992 (AS 1185).

determinada por el médico responsable y confirmada por el juez (salvo cuando acepte un tratamiento alternativo, de existir), pues en ningún caso cabrá imponer una asistencia coactiva sin el debido consentimiento informado prestado personalmente por el paciente o, en supuestos excepcionales de riesgo para la salud pública o riesgo grave e inmediato o grave para la integridad física y psíquica del enfermo, por familiares vinculados o sin él (art. 9)³⁶⁰.

El problema queda reducido a “determinar si es o no contenido esencial del derecho de libertad religiosa el respeto por todos de mandatos confesionales que las instituciones no tienen previstos”³⁶¹ (pues recuérdese el tenor legal, de existir una vía alternativa, deberá acudirse a la misma). Es importante recordar que, en uno y otro caso, la asistencia debida será entendida como el conjunto de prestaciones incluidas en el CSCSNS, sin que ello vulnere lo dispuesto en los arts. 98 y 102 LSS ó 43 CE³⁶². La respuesta, consolidada en la actualidad, osciló entre unos primeros pronunciamientos reconociendo y primando la libertad religiosa garantizada por el art. 16 CE³⁶³ y otros posteriores con decisiones opuestas³⁶⁴. La doctrina del Alto Intérprete Constitucional ha solventado, por ahora, la polémica, pues cuando ha atendido a la configuración legal de las prestaciones sanitarias ofrecidas a los beneficiarios —determinables “no por un acuerdo de voluntades, sino por reglas integradas en el ordenamiento jurídico” — concluye no apreciando vulneración alguna de la libertad religiosa o del principio de igualdad³⁶⁵; tesis apoyada por cierto sector doctrinal³⁶⁶.

³⁶⁰ Un completo estudio en TARODO SORIA, S.: *Libertad de conciencia y derechos del usuario de los servicios sanitarios*, Bilbao (UPV), 2005, págs. 237 y ss. o, entre muchos otros, ABEL LLUCH, X.: “El derecho de información del paciente como presupuesto del consentimiento informado: su régimen jurídico en la ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica”, *Cuadernos de Derecho judicial*, núm. 10, 2004, págs. 15 y ss. y BERROCAL LANZAROT, A.I.: “La autonomía del individuo en el ámbito sanitario: El deber de información y el consentimiento informado como derechos del paciente en la nueva Ley 41/2002, de 14 de noviembre”, *Foro: Revista de ciencias jurídicas y sociales*, 2004, págs. 227 y ss.

³⁶¹ AGUILERA IZQUIERDO, R.: “Reintegro de gastos médicos por asistencia sanitaria fuera del sistema de la Seguridad Social”, *RMTAS*, núm. 9, 1998, pág. 86.

³⁶² STSJ Asturias 7 marzo 1997 (AS 510).

³⁶³ SSTSJ Castilla-La Mancha 15 abril 1991 (AS 2896) ó Navarra 3 de julio de 1993 (AS 3290), afirmando que “a un testigo de Jehová... le asiste el pleno derecho a negarse a una asistencia médica inadecuada a sus creencias; supuesto que debe asimilarse a la denegación injustificada de asistencia y en consecuencia debe reconocerse el derecho al reintegro de cantidades..., porque ... la negativa del enfermo a recibir tratamiento no es de ningún modo abusiva o caprichosa, pues de lo contrario se conculcaría su derecho a la libertad religiosa, a la asistencia médica y se defraudarían los derechos económicos de quien cotizó puntualmente a la Seguridad Social”.

³⁶⁴ Citando algún pronunciamiento reciente con una vasta fundamentación jurídica, STSJ Galicia 25 enero 2002 (AS 9).

³⁶⁵ E, incluso, todo lo contrario, pues citando otras sentencias precedentes, se indica cómo “el art. 14 de la Constitución reconoce el derecho a no sufrir discriminaciones, pero no el hipotético derecho a imponer o exigir diferencias de trato. Y lo pretendido en la demanda no es asegurar un trato igualitario, pues igualitario es el régimen legalmente establecido para dispensar la asistencia sanitaria, sino cabalmente lo contrario: modificar, en razón de sus creencias religiosas, el tratamiento médico ordinario, condicionando a la vez la actuación técnica de los facultativos. No puede apreciarse por tanto la denunciada vulneración del derecho fundamental a la igualdad en la ley reconocido por el art. 14 CE”, STCo 166/1996, de 28 de octubre. Apoyando tal tesis, alguna autora defiende que “si las creencias y su ejercicio práctico son incompatibles con el tratamiento médico que los facultativos de la Seguridad Social estiman adecuado, y si las creencias no quieren ser sacrificadas, el sacrificio debe soportarlo quien las tiene, y no quien no las tiene”, AGUILERA IZQUIERDO, R.: “Reintegro de gastos médicos por asistencia sanitaria fuera del sistema de la Seguridad Social”, cit., pág. 86.

³⁶⁶ “La Seguridad Social no viene obligada a dispensar prestaciones diferentes a la generales para que los creyentes de una determinada religión puedan satisfacer sus creencias”, ALARCÓN CARACUEL, M.R.: “Jurisprudencia Constitucional sobre Seguridad Social (1981-2000)”, en AA.VV. (RODRÍGUEZ-SAÑUDO, F. y ELORZA GUERRERO, F., Coords): *Veinte años de*

En definitiva, el consolidado criterio pasa por no estimar la pretensión, pues a pesar de la consideración y el respeto que merecen las decisiones adoptadas en estos casos por los pacientes o sus familiares, absolutamente explicables, considera que existen razones de peso para decantar la balanza en sentido contrario, pudiendo quedar resumidos en los siguientes³⁶⁷: no es de recibo que sus efectos incidan en una institución social que necesariamente debe limitar sus prestaciones en aras de los principios de universalidad, igualdad y solidaridad³⁶⁸, máxime cuando podrían amparar en el futuro semejantes pretensiones de otras confesiones religiosas³⁶⁹; resulta inadmisibles (en motivo confirmado, como se ha visto, por el Tribunal Constitucional) imponer a los profesionales un tratamiento médico concreto, algo reservado a la deontología y a la *lex artis*³⁷⁰; el derecho a la vida y a la integridad física ha de primar sobre la libertad religiosa, pues al ser ambos fundamentales y merecedores de idéntica protección, “sin el primero huelgan los demás”³⁷¹; en fin, la LO 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa (LOLR), aun cuando tiene como finalidad “dar un tratamiento desigual a ciertas realidades religiosas desiguales respecto de una situación unitaria imperante hasta el presente”³⁷², impone límites relativos a la salud en su art. 3.1³⁷³ y,

Jurisprudencia laboral y social del Tribunal Constitucional. XIX Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, Madrid (Tecnos), 2001, pág. 454. Por tal motivo, y ante la negativa del paciente al tratamiento, el alta médica provoca “la exención de responsabilidad del facultativo e impide la apreciación de las circunstancias relativas a la denegación injustificada de asistencia o la urgencia vital”, CANTERO RIVAS, R. y ESTÁN TORRES, M.C.: *El reintegro de gastos sanitarios causados en instituciones sanitarias ajenas a la Seguridad Social*, cit., pág. 36.

³⁶⁷ Recogiendo los aquí expuestos, no cabe sino remitir para obtener un detallado estudio sobre los mantenidos por los Tribunales autonómicos, GALA DURÁN, C.: “El reintegro de gastos médicos y el derecho fundamental a la libertad religiosa: el caso de los testigos de Jehová”, *REDT*, núm. 105, 2001, págs. 348-351.

³⁶⁸ STS 4 junio 1986 (RJ 3466), 22 noviembre 1990 (RJ 8598) o 5 marzo 1991 (RJ 1829); en la denominada Jurisprudencia menor, SSTSJ Castilla y León/Valladolid 11 abril 2000 (AS 2033), Comunidad Valenciana 9 enero 2001 (JUR 164707) ó Canarias/Las Palmas 31 enero 2001 (JUR 184324).

³⁶⁹ “El derecho fundamental a la libertad religiosa debe ser ejercitado dentro de unos justos límites, sin aspirar a obtener beneficios económicos que generarían un agravio comparativo respecto de otras religiones”, POLO SÁNCHEZ, M.C.: *Reintegro de gastos médicos y Estado de Bienestar*, cit., pág. 126.

³⁷⁰ La libertad religiosa “obviamente ampara la decisión de aquel beneficiario de la Seguridad Social que no acepte el tratamiento médico por sus servicios indicado, cuya coactiva realización indudablemente supondría vulneración flagrante de tal derecho. Mas del mismo no puede derivar la consecuencia de que la sanidad pública esté obligada a prestar la concreta asistencia reclamada en los términos que un singular precepto de determinada confesión impone. Ello implicaría, de un lado, la imposición de criterios facultativos distintos a los mantenidos por los responsables médicos del caso que podrían afectar a reglas deontológicas en función de la fiabilidad de prácticas profesionales distintas; y a la adquisición, montaje y aplicación de medios técnicos no exigidos por el alcance de su cobertura normal, lo cual contraría las exigencias de economía e igualdad, que —como antes se ha dicho— son principios rectores *ex lege* de la política sanitaria a los cuales han de ajustarse las Administraciones Públicas de tal sector. El Estado debe respetar las creencias religiosas; pero no tiene el deber de financiar aquellos aspectos de las mismas que no sean acreedores de protección o fomento desde el punto de vista del interés general. En definitiva, ha de concluirse que las consecuencias de todo orden (también las económicas) derivadas de la observancia del precepto religioso que nos ocupa han de ser asumidas por quien al mismo quiera atenerse; y que el supuesto que motiva la pretensión actora no puede ser considerado como denegación injustificada de la prestación de la asistencia sanitaria debida”, SSTS 14 abril 1993 (RJ 3338) ó 3 mayo 1994 (RJ 5353). En los Tribunales Superiores, SSTSJ Extremadura 4 marzo 1992 (AS 1185), Comunidad Valenciana 24 enero 1995 (AS 354), Galicia 25 noviembre 1997 (AS 4039) ó Cataluña 9 febrero 1998 (AS 667).

³⁷¹ Entre muchas otras, SSTSJ Comunidad Valenciana 11 enero 1994 (AS 343) y 24 enero 1995 (AS 354).

³⁷² GALA DURÁN, C.: “El reintegro de gastos médicos y el derecho fundamental a la libertad religiosa: el caso de los testigos de Jehová”, cit., págs. 362 y 363.

³⁷³ “Restricción que ha de entenderse respecto a la salud pública y no a la privada”, CERVELLO DONDERIS, V.: “Consecuencias jurídico-penales del rechazo al tratamiento médico por motivos religiosos”, en AA.VV.: *Estudios en homenaje al Profesor Vidal Guitarte*, Castellón (Diputación), 1999, pág. 229.

además, su art. 2 no contempla expresamente el derecho aquí cuestionado a recibir la asistencia sanitaria bajo una modalidad concreta.

Sin embargo, en muchos casos cabrá admitir, al menos, la posibilidad de atender la pretensión de un tratamiento alternativo sin transfusiones sanguíneas para propiciar el debido respeto a la libertad religiosa cuando resulte factible con los medios disponibles en el Sistema Nacional de Salud, habida cuenta tal solicitud no quedaría comprendida en ninguno de los supuestos excluidos de la asistencia sanitaria por el art. 5.4 CSCSNS. Así lo admite algún pronunciamiento cuando afirma cómo “si bien en principio, debe tenerse en cuenta que los beneficiarios de la Seguridad Social no tienen posibilidad de opción, en el caso de ejercicio de la libertad religiosa prevista en el art. 16 CE, si existe una técnica que permite respetar el ejercicio de aquella libertad, deben los servicios médicos informar al paciente y en su caso, si fuera posible sin más riesgos o peligros, practicarla”³⁷⁴.

Dando un paso más, igualmente cabría el reintegro y el respeto al derecho controvertido cuando, al amparo de los requisitos legalmente fijados, fueran los propios facultativos quienes, en “un reconocimiento implícito y oficial de la imposibilidad de prestar la asistencia sanitaria adecuada”³⁷⁵, deriven al paciente a medios ajenos. En cualquier caso, conviene diferenciar como procede las variantes en presencia. Por un lado, la advertencia del médico responsable de tratar al enfermo deberá ser tomada como lo que es, un mero consejo³⁷⁶, y no como una autorización formal³⁷⁷; en ningún caso cabe considerarlo representante del órgano sanitario competente³⁷⁸ (pues en muchas ocasiones éste ni llega a tener conocimiento de tal asunto³⁷⁹), si bien la opinión no ha sido ni mucho menos unánime³⁸⁰. Cuando así ocurra, será el juez quien determine si cabe o no el reintegro a cargo de la Administración sanitaria³⁸¹. Sin embargo, la respuesta es diametralmente opuesta si “tal recomendación la hace un equipo médico o el jefe del Servicio Médico de la especialidad concreta o, incluso más, cuando es

³⁷⁴ STSJ Canarias/Las Palmas 26 febrero 2004 (AS 729).

³⁷⁵ STSJ Galicia 12 mayo 1993 (AS 2394).

³⁷⁶ STSJ Galicia 20 octubre 1997 (AS 3457).

³⁷⁷ STS 19 noviembre 1996 (RJ 3768).

³⁷⁸ “No se puede identificar a los médicos que hicieron la indicación con los órganos de dirección de la Entidad Gestora, que son quienes tienen que ordenar la continuación del tratamiento en otro centro público si es posible, o reconocer que carece de medios para seguir prestándolo”, SSTS 17 julio 1995 (RJ 6267) ó 31 marzo 1997 (RJ 2629) y SSTSJ Comunidad Valenciana 10 abril 1991 (AS 2325), Castilla y León/Valladolid 2 diciembre 1991 (AS 6563), Cantabria 16 octubre 1992 (AS 4762) ó Cataluña 1 febrero 2001 (AS 976).

³⁷⁹ STSJ Cataluña 17 mayo 1996 (AS 1654).

³⁸⁰ STS 8 marzo 1996 (RJ 1979) y STSJ La Rioja 25 de mayo 1995 (1797).

³⁸¹ Pues demasiado castigo sería también imputar al médico asesor tales gastos, según sostiene POLO SÁNCHEZ, M.C.: *Reintegro de gastos médicos y Estado de Bienestar*, cit., pág. 79 ó GÓMEZ MUÑOZ, J.M.: “Análisis de la caracterización jurisprudencial de los supuestos de urgencia vital del artículo 18 del Reglamento de Asistencia Sanitaria”, *RL*, T. I, 1989, pág. 415.

la propia Inspección médica la que recomienda tales servicios en cuanto órgano perteneciente a la Administración”³⁸².

Más alejadas quedan, conforme a la doctrina imperante en la actualidad, loables interpretaciones de algunos autores en un intento de conciliar los intereses contrapuestos. Así por ejemplo, reconocer el reintegro “no de todos los gastos, sino aquellos que se hubieran ocasionado si esa intervención se hubiese realizado en el centro público”³⁸³, que a buen seguro serán inferiores; no obstante, la normativa examinada contempla el reembolso en su totalidad y sólo cuando existe causa legal para el mismo, es decir, urgencia vital. Por tanto, de acudir a medios ajenos, solo podrán ser o totalmente a cargo del interesado o totalmente sufragados por el ente público. Con idéntica intención se argumenta que la efectiva existencia de tratamientos alternativos en centros privados (e incluso en algunos públicos) supone otorgar el calificativo de errónea a la actual interpretación de la *lex artis*, habida cuenta “mal se entiende que sus exigencias puedan ser distintas de un centro médico a otro y que en una clínica privada pueda garantizarse y hacerse efectivo lo que en un centro público se deniega”³⁸⁴; de hecho, la primigenia y correcta consideración de tales principios deontológicos debería venir guiada por la única finalidad de tratar y sanar al paciente, lo que en muchas ocasiones será viable por distintas vías no necesariamente más avanzadas y costosas³⁸⁵.

Para concluir, cabe recordar las palabras de quien más esfuerzos interpretativos realiza en favor del art. 16 CE cuando afirma cómo “la negativa por parte de la sanidad pública a prestar una asistencia sanitaria sin tener que recurrir a transfusiones sanguíneas supone un desconocimiento de la libertad religiosa de aquellos que profesan una determinada creencia, máxime cuando la técnica médica alternativa propuesta no puede considerarse, desde una perspectiva de legalidad ordinaria, como más avanzada y viene siendo asumida, siquiera sea parcialmente, por algunos hospitales públicos y totalmente por la medicina privada. Ello no impide, no obstante, el que se mantenga la exigencia de determinados trámites formales, tales como la previa reclamación de la prestación a la sanidad pública dentro de un determinado plazo y el que no se reintegren los gastos en el caso de que se incumpla dicho requisito, salvo los supuestos de urgencia vital”³⁸⁶.

³⁸² PUMAR BELTRÁN, N. y VALLE MUÑOZ, F.A.: “La supresión del supuesto de denegación injustificada por el Real Decreto 67/1995, de asistencia sanitaria”, cit., pág. 362. STS 22 junio 1989 (RJ 4834) ó SSTSJ Castilla y León/Valladolid 17 noviembre 1992 (AS 5376) y Cantabria 28 enero 1992 (AS 1502). Por tanto, y recogiendo pronunciamientos anteriores en igual sentido, debe ser la entidad gestora, no el médico, STS 31 marzo 1996 (RJ 2629).

³⁸³ CASTRO JOVER, A.: “Asistencia sanitaria y libertad religiosa, un supuesto: la denegación de reintegro de gastos médicos a los Testigos de Jehová”, en AA.VV.: *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Vidal Guitarte*, Castellón (Diputación), 1999, pág. 219..

³⁸⁴ GALA DURÁN, C.: “El reintegro de gastos médicos y el derecho fundamental a la libertad religiosa: el caso de los testigos de Jehová”, *REDT*, núm. 105, 2001, pág. 360.

³⁸⁵ Conforme apunta GALA DURÁN, C.: “El reintegro de gastos médicos y el derecho fundamental a la libertad religiosa: el caso de los testigos de Jehová”, cit., pág. 359.

³⁸⁶ GALA DURÁN, C.: “El reintegro de gastos médicos y el derecho fundamental a la libertad religiosa: el caso de los testigos de Jehová”, *REDT*, núm. 105, 2001, pág. 363. En similares términos: “la denegación del reintegro de gastos

Pero, junto a la problemática anterior y obviando las posibles consecuencias penales (plasmadas significativamente en la sentencia del Tribunal Constitucional 154/2002, de 18 de julio³⁸⁷), existen dos puntos más de conexión entre la libertad religiosa y la asistencia sanitaria: de un lado, la negativa a someterse al tratamiento médico para evitar las transfusiones sanguíneas puede suponer la suspensión de la prestación económica derivada de la situación de incapacidad temporal, al amparo del art. 132.2 RD Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Seguridad Social —en adelante, LGSS—³⁸⁸; de otro, el derecho a recibir asistencia religiosa en los centros sanitarios públicos, aun cuando la LGS nada contemple expresamente al respecto. Así lo preveía el art. 13.1.j del derogado Decreto 2082/1978, de 25 de agosto, por el que se aprobaban las normas provisionales de gobierno y administración de los servicios hospitalarios y las garantías de sus usuarios, y así lo reitera el art. 2.3 LOLR al obligar a los poderes públicos a adoptar “las medidas necesarias para facilitar la asistencia religiosa en los establecimientos públicos militares, hospitalarios, asistenciales, penitenciarios y otros bajo su dependencia, así como la formación religiosa en centros docentes públicos”³⁸⁹.

tiene como consecuencia que aquellos cuya capacidad económica se lo permite y pueden acudir a una clínica privada, ven defraudadas sus expectativas de asistencia sanitaria gratuita, a la que tienen derecho, y se encuentran con que actuar de acuerdo con la conciencia les supone un coste económico añadido. Quienes no pueden acudir a la medicina privada y se ven obligados a someterse a la cirugía tradicional, ven coartada su libertad de conciencia”. CASTRO JOVER, A.: “Asistencia sanitaria y libertad religiosa, un supuesto: la denegación de reintegro de gastos médicos a los Testigos de Jehová”, cit., pág. 219.

³⁸⁷ En la cual se deniega al amparo a los padres de un menor, todos ellos Testigos de Jehová, que fueron condenados por homicidio por omisión, y que lleva a un debate más filosófico sobre la primacía entre dos derechos: a la vida y a la libertad religiosa. Al respecto, CERVELLO DONDERIS, V.: “Consecuencias jurídico-penales del rechazo al tratamiento médico por motivos religiosos”, cit., pág. 227 y ss.; LEAL ADORNA, M.M.: “¿Derecho a la vida o libertad religiosa?”, *Revista Electrónica de Práctica Jurídica*, núm. 12, 2003; CORRAL GARCÍA, R.: “STC 154/2002: la negativa a una transfusión sanguínea a un menor de edad con el resultado de su muerte”, *Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña*, núm. 8, 2004, págs. 987 y ss.; VALERO HEREDIA, A.: “Repercusiones jurídicas de la conciliación entre la libertad religiosa y las hemotransfusiones cuando la vida de un menor está en juego: comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional 154/2002, de 18 de julio, en el caso de los Testigos de Jehová”, *Parlamento y Constitución. Anuario*, núm. 6, 2002, págs. 273 y ss.; ÁLVAREZ PRIETO, L.: “Breves acotaciones a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 18 de julio de 2002, relativa a la negativa a las hemotransfusiones por parte de los Testigos de Jehová”, *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 1, 2003; o, por no seguir, MOLINA BLÁZQUEZ, C.; PÉREZ-AGUA LÓPEZ, T.M. y SIEIRA MUCIENTES, S.: “Objeción de un menor al tratamiento médico. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 154/2002 de 18 de julio de 2002”, *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 6, 2004.

³⁸⁸ El cual dispone que “también podrá ser suspendido el derecho al subsidio cuando, sin causa razonable, el beneficiario rechace o abandone el tratamiento que le fuere indicado”; en tal sentido resolvió un pronunciamiento ante la negativa del actor a recibir el tratamiento especificado por el antiguo INSALUD, lo cual consideraba justificado por la posibilidad de realizar la operación de artroscopia sin transfusión, como ocurrió posteriormente en una clínica privada, STSJ Castilla y León/Valladolid 6 abril 2001 (AS 2891).

³⁸⁹ Lo expresado en texto “parece poner de relieve que la prestación de la asistencia religiosa no forma parte de la estructura del sistema de salud que en ella se establece, en coherencia con el modelo de relación Estado-Iglesia establecido en la Constitución (mediante acuerdos con las respectivas confesiones)... Quienes se encuentran internados en un centro hospitalario o requieren asistencia sanitaria, necesitan que la Administración sanitaria facilite el cumplimiento de sus obligaciones religiosas. El cumplimiento de estas obligaciones puede concretarse en dos niveles diferentes que reclaman también una atención distinta. En uno de estos niveles se encuentran aquellas necesidades que requieren la atención pastoral o el cumplimiento de determinadas obligaciones religiosas que tienen que ver con el culto. Este ámbito de la religiosidad se satisface a través de servicios de asistencia religiosa cuya creación jurídica en España es distinta para la Iglesia Católica (en relación con la que se establece un sistema basado en la relación contractual) y las demás confesiones que han firmado acuerdos (que optan por el libre acceso)... [En cualquier caso,] el Estado actúa como mero intermediario entre las confesiones y los ciudadanos para hacer posible el ejercicio del derecho de libertad religiosa de estos últimos”, CASTRO JOVER, A.: “Asistencia sanitaria y libertad religiosa, un supuesto: la denegación de reintegro de gastos médicos a los Testigos de Jehová”, cit., pág. 212.

II. Pensión de viudedad

Actualmente, aunque tal vez por poco tiempo³⁹⁰, la regulación de la pensión de viudedad contenida en los arts. 171 y ss. LGSS (así como en las normas correspondientes para cada uno de los Regímenes Especiales) reconoce el derecho a la prestación al “cónyuge superviviente” siempre y cuando se reúnan la totalidad de los requisitos exigidos³⁹¹. La exigencia del vínculo matrimonial entre el causante y el beneficiario deriva del favorecimiento de la unión matrimonial secundado mayoritariamente desde antiguo “por una jurisprudencia y doctrina científicas que bebían en las fuentes de la doctrina católica tradicional y de una concepción institucional de la familia basada en el matrimonio”³⁹². En cualquier caso, el Tribunal Constitucional, en doctrina consolidada afirma que su imposición preceptiva “como presupuesto para acceder a la pensión de viudedad establecida dentro del sistema de Seguridad Social no pugna con el art. 14 CE pues, entre otras consideraciones, es preciso recordar que no serán necesariamente incompatibles con el art. 39.1 CE, ni tampoco con el principio de igualdad, las medidas de los poderes públicos que otorgan un trato distinto y más favorable a la unión familiar que a otras unidades convivenciales, ni aquellas otras medidas que favorezcan el ejercicio del derecho constitucional a contraer matrimonio (art. 32.1 CE)”³⁹³.

Bajo tan categóricos y arraigados pronunciamientos, ningún valor a efectos de generar la pensión de viudedad cabe conceder a todas aquellas situaciones con sus variadas denominaciones (principalmente, “uniones de hecho” y “convivencia *more uxorio*”) en las cuales no media vínculo matrimonial³⁹⁴, ni siquiera cuando exista firme propósito de contraerlo³⁹⁵ o ya hubieran sido reali-

³⁹⁰ Debido a los importantes cambios proyectados en el “Acuerdo sobre medidas en materia de Seguridad Social de 13 de julio”; al respecto, GORELLI HERNÁNDEZ, J.: “El acuerdo sobre medidas en materia de Seguridad Social”, *TL*, núm. 86, 2006, págs. 11 y ss. ó PANIZO ROBLES, J.A.: “El acuerdo sobre medidas de Seguridad Social (comentario de urgencia)”, *TS*, núm. 190, 2006, págs. 28 y ss.

³⁹¹ Una visión en conjunto de la pensión de viudedad, incluyendo todos los requisitos relativos al sujeto y hecho causantes, beneficiarios, cotizaciones previas, contenido o cuantía, incompatibilidades y dinámica en GETE CASTRILLO, P.: “Acción Protectora: pensiones”, en AA.VV. (MARTÍN VALVERDE, A. y GARCÍA MURCIA, J., Dirs. y Coords.): *Tratado práctico de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, Cizur Menor (Aranzadi), 2002, págs. 1828 y ss. o, en estudio monográfico, PÉREZ ALONSO, M.A.: *La pensión de viudedad en el Régimen General de la Seguridad Social*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2000.

³⁹² MARTÍNEZ ABASCAL, V.A.: “Reconocimiento de la pensión de viudedad y uniones extramatrimoniales”, en AA.VV.: *Homenaje a Juan García Abellán*, Murcia (Universidad), 1994, pág. 204.

³⁹³ STCo 66/1994, de 28 de febrero y, en el mismo sentido, entre muchas otras, SSTCo 184/1990, de 3 de diciembre; 29, 30, 31, 35 y 38/1991, de 14 de febrero; 77/1991, de 11 de abril ó 29/1992, de 9 de marzo; más recientemente AATCo 174/2004, de 11 de mayo ó 393/2004, de 19 de octubre.

³⁹⁴ Sobre la no equiparación a efectos de la pensión de viudedad entre el matrimonio y las uniones extramatrimoniales, MARTÍNEZ ABASCAL, V.A.: “Reconocimiento de la pensión de viudedad y uniones extramatrimoniales”, cit., págs. 203 y ss.; PÉREZ ALONSO, M.A.: *La pensión de viudedad en el Régimen General de la Seguridad Social*, cit., págs. 221 y ss. o PUMAR BELTRÁN, N.: *La igualdad ante la Ley en el ámbito de la Seguridad Social*, Elcano (Aranzadi), 2001, págs. 262 y ss.

³⁹⁵ Por citar alguna del interminable número de sentencias que así lo aplican, STS 19 noviembre 1998 (RJ 10008), comentada en GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, B.: “Pensión de viudedad y uniones de hecho”, *RL*, T. I, 1999, págs. 755 y ss.; en los Tribunales Superiores de Justicia, y más recientemente, por todas SSTs Cataluña 19 marzo 2001 (JUR 153486) y 19 marzo 2003 (JUR 130140), Galicia 25 octubre 2001 (AS 4309) o Madrid 15 diciembre 2004 (JUR 34206).

zados los trámites oportunos a tal fin³⁹⁶; junto a otros motivos relacionados con la cuantía de la prestación y su desvinculación con la existencia de estados de necesidad, es sin duda éste uno de los aspectos “en los que con mayor intensidad la doctrina señala la existencia de un desfase entre la regulación de la pensión de viudedad y la realidad social sobre la que esta regulación opera”³⁹⁷. No obstante, la excepción que confirma la regla vino dada por lo dispuesto en la Disposición Adicional 10ª Ley 30/1981, de 7 de julio, del Divorcio, al instaurar una “ficción matrimonial”³⁹⁸ para permitir el acceso al beneficio en igualdad de condiciones a cuantos convivieros de hecho, sometidos al impedimento legal en otros tiempos vigente, no hubieran podido divorciarse y contraer nuevas nupcias debido al fallecimiento del causante antes de la entrada en vigor de la norma, o después pero sin haber tenido tiempo a legalizar la situación, siempre y cuando no hubiera existido negligencia en los trámites o en la celebración del nuevo enlace³⁹⁹; supuesto aplicado analógicamente de forma puntual para reconocer la pensión a un transexual cuyo compañero falleció días después de adquirir firmeza la resolución del Registro Civil modificativa del nombre y sexo del potencial beneficiario⁴⁰⁰.

Retomando la exigencia del vínculo matrimonial, éste podrá hacer referencia tanto a su versión civil (y de acuerdo a los arts. 49 y ss. del Código Civil —en adelante, CC—) como al celebrado en forma religiosa, produciendo idénticos efectos (y, como inmediatamente se verá, exista o no la inscripción registral exigida por el art. 60 CC). En concreto, el art. 59 CC permite prestar el consentimiento en la forma prevista por una confesión religiosa inscrita, en los términos acordados con el Estado o, en su defecto, autorizados por su legislación⁴⁰¹; derecho por otra parte reconocido expresamente como integrante de la libertad religiosa por el art. 2.1.b) LOLR. En la actualidad, cuatro son las religiones cuyos ritos matrimoniales gozan del expresado reconocimiento (católico, evangélico, islámico y judío), debiendo aludir al Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede sobre asuntos

³⁹⁶ SSTSJ Extremadura 22 abril 2003 (JUR 200512) o País Vasco 17 diciembre 2002 (JUR 2003/133848).

³⁹⁷ PANIZO ROBLES, A.: “La convivencia de hecho y su incidencia en las prestaciones de Seguridad Social: una deuda de cobertura social pendiente”, *Justicia Laboral*, núm. 24, 2005, pág. 54; criterio que, conforme señala el autor, aparece igualmente criticado en la STS 26 mayo 2004 (RJ 5419), comentada en GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, B.: “Pensión de viudedad y convivencia extramatrimonial: un motivo más para una necesaria reforma del art. 174 LGSS”, *RL*, núm. 7, 2005, págs. 57 y ss.

³⁹⁸ BLASCO LAHOZ, J.F.; LOPEZ GANDIA, J. y MOMPALAR CARRASCO, Mª.A.: *Curso de Seguridad Social*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2002, 9ª ed., pág. 534.

³⁹⁹ Sobre la cuestión, PÉREZ ALONSO, M.A.: *La pensión de viudedad en el Régimen General de la Seguridad Social*, cit., págs. 57 y ss.

⁴⁰⁰ STSJ Canarias/Las Palmas 7 noviembre 2003 (AS 3635), comentada en FERREIRO REGUEIRO, C.: “Pensión de viudedad a favor de un transexual que no pudo contraer matrimonio con el fallecido por falta de sentencia firme declaratoria del cambio de sexo”, *AS*, núm. 19, 2004, págs. 41-44. En relación con el caso, la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 7 de enero de 2004 consideró a la legislación inglesa contraria al Derecho comunitario por discriminatoria e impedir a un transexual y su pareja causar derecho a la pensión de viudedad; al respecto, CARRIL VÁZQUEZ, X.M.: “El matrimonio como presupuesto del derecho a la pensión de viudedad en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”, en AA.VV. (BORRAJO DACRUZ, E., Dir.): *Nueva sociedad y Derecho del Trabajo*, Madrid (La Ley), 2004, págs. 39 y ss. y MOLINS GARCÍA-ATANCE, J.: “Aspectos críticos de la pensión de viudedad. Especial mención al matrimonio polígamo y homosexual”, *AS*, núm. 10, 2005, págs. 86-87.

⁴⁰¹ Sobre las formas de matrimonio admitidas legalmente en épocas pasadas, DÍAZ MÉNDEZ, A.: “Pensión de viudedad y formas inusuales de matrimonio”, *AL*, núm. 12, 2001, págs. 233-235.

jurídicos de 3 de enero de 1979 para los católicos, de un lado; y a las Leyes 24, 25 y 26/1992, de 10 noviembre, por las que se aprueban, respectivamente, los Acuerdos de Cooperación del Estado con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España, con la Federación de Comunidades Israelitas de España y con la Comisión Islámica de España, y para cuyo desarrollo vieron la luz la O 21 enero 1993, por la que se aprueba el modelo de certificado de capacidad matrimonial y de celebración de matrimonio religioso, y la Instrucción de 10 de febrero de 1993 de la Dirección General de los Registros y del Notariado sobre la inscripción en el Registro Civil de determinados matrimonios celebrados en forma religiosa.

Además, para el matrimonio así celebrado, aun cuando produce efectos civiles desde su celebración, los arts. 60 y 61 exigen para su pleno reconocimiento su inscripción en el Registro Civil con la lógica finalidad de proteger los derechos adquiridos por terceros de buena fe desconocedores de su existencia. Trasladando el discurso a la pensión de viudedad, las reglas civiles no obstan para considerar la existencia de vínculo matrimonial y reconocer el derecho en cualquiera de las cuatro religiones mencionadas, aun cuando en tal unívoco resultado cabe diferenciar dos supuestos diferenciados. Respecto al matrimonio canónico no inscrito pero inscribible, siempre y cuando quede acreditado por otros medios de prueba —pero nunca en caso contrario— (conforme exige el art. 2 Ley 8 junio 1957, reguladora del Registro Civil) regirá el principio de plena producción de efectos desde la celebración, “pues se trata de una cuestión entre los cónyuges y que no afecta a terceros”⁴⁰²; así lo apreciaba el Tribunal Central de Trabajo cuando concurría apariencia de matrimonio regular y buena fe del contrayente viudo⁴⁰³. Por otra parte, los arts. 7 Leyes 24,25 y 26/1992, de 10 de noviembre, adaptan a cada una de las tres restantes confesiones lo dispuesto en los arts. 60 y 61 CC, trasunto imprescindible por ser habitual la omisión en estos supuestos; sin embargo, la disparidad en los criterios surgió a partir de matrimonios previos a la entrada en vigor de aquéllas (13 de noviembre de 1992) y que, por lo tanto, no pudieron ser inscritos en su momento ni lo fueron con posterioridad, así como de los celebrados por nacionales extranjeros conforme a su legislación posteriormente nacionalizados⁴⁰⁴, unificados en casación por el Tribunal Supremo recurriendo a lo afirmado para el matrimonio canónico no inscrito y fijando, “de conformidad con la doctrina más autorizada, que la exigencia de la inscripción es un requisito formal y garantista frente a terceros, pero que no impide la producción de los efectos” oportunos⁴⁰⁵.

⁴⁰² DÍAZ MÉNDEZ, A.: “Pensión de viudedad y formas inusuales de matrimonio”, cit., pág. 236.

⁴⁰³ Como expone RIVAS VALLEJO, P.: “Efectos del matrimonio no inscrito en el ámbito de las pensiones de viudedad”, AS, núm. 3, 2001.

⁴⁰⁴ “Representa un mero defecto de forma que no puede privar de validez y eficacia, con todos los efectos legales que le son inherentes en el Ordenamiento Jurídico Español, al matrimonio celebrado conforme a la Legislación Marroquí”, STSJ Andalucía/Málaga 10 julio 1998 (AS 3559); en el mismo sentido, STSJ Comunidad Valenciana 14 octubre 1999 (AS 613) y SJS Mieres 20 abril 2001 (AS 338). Por el contrario, la STSJ Asturias 3 octubre 2003 (JUR 2004/41570), dictada en suplicación de aquella última, concluía diciendo que “el matrimonio se celebró en 1989 y por tanto antes de la entrada en vigor de la Ley 24/92 sin que ésta contenga disposición alguna que permita la convalidación de los matrimonios celebrados ante la Iglesia Evangélica antes de 13-11-92, fecha de su entrada en vigor”.

⁴⁰⁵ Y, lógicamente, “salvando el hecho de que, como señala el apartado 3 del propio precepto el matrimonio no perjudicará los derechos adquiridos de buena fe por terceras personas”, STS 15 diciembre 2004 (RJ 2005/2170), citando

Dejando a salvo las cuatro confesiones citadas, cualquier otro rito matrimonial perteneciente a confesión religiosa distinta no tendrá valor por sí mismo a efectos de atribuir la prestación a quien pierde al cónyuge. Lo más adecuado será, junto a la celebración libremente elegida, consumir la forma civil, lo cual en la práctica no exige, si así se desea, más que un simple y rápido trámite formal. La cuestión se ha planteado con el denominado "rito gitano", al cual los pronunciamientos judiciales existentes no han tenido otra solución que otorgar el mismo trato que el deparado a las uniones de hecho⁴⁰⁶, pues "abstracción hecha de la dificultad terminológica que ya supone asimilar 'rito gitano' a 'forma religiosa', en cualquier caso, y sin perjuicio de su posible regulación, hoy día, la unión de hombre y mujer así concertada, no tiene la consideración legal de matrimonio; siendo la forma de contraer el matrimonio y no la raza lo que determina los efectos legales del mismo"⁴⁰⁷.

El último de los campos de batalla de la libertad religiosa en el contexto de la pensión de viudedad viene dado por los matrimonios poligámicos celebrados allí donde esté permitido, práctica en declive pero subsistente en las religiones islámicas y ciertos sectores del judaísmo que, por el contrario, no viene admitida en ningún país europeo, ya sea celebrado entre nacionales, nacionales y extranjeros o extranjeros. En nuestro país, cuando el art. 174.1 LGSS exige vínculo matrimonial habla de "cónyuge superviviente" en singular, lo cual no ha sido interpretado como una laguna legal, sino como "una regulación expresa que opta por la existencia de un único cónyuge supérstite"⁴⁰⁸. Así parece ser de comprobar "la hostilidad del ordenamiento jurídico frente a la poligamia"⁴⁰⁹: el art. 46 CC prohíbe contraer matrimonio a quienes ya "estén ligados con vínculo matrimonial"⁴¹⁰; el art. 217 Código Penal castiga con la pena de prisión de seis

la STCo 199/2004, de 15 de noviembre, comentada en BORRAJO DACRUZ, E.: "Pensión de viudedad y matrimonio canónico no inscrito: igualdad en la aplicación de la ley", *RL*, núm. 8, 2005, págs. 928 y ss.

⁴⁰⁶ SSTSJ Madrid 7 noviembre 2002 (AS 3376) y Cataluña 7 octubre 1999 (AS 4205), comentada ésta en CASTRO ARGÜELLES, M.A.: "El vínculo conyugal como requisito para acceder a la pensión de viudedad. Ineficacia del matrimonio por el rito gitano", *AS*, T. IV, 1999, págs. 2754-2756.

⁴⁰⁷ STSJ Cataluña 12 diciembre 2002 (AS 2003/422); sin embargo, no falta quien con sólidos argumentos se manifiesta "persuadido de que el matrimonio gitano, cuya monogamia nadie discute, merece ser considerado en España como una forma de matrimonio legítimo, amparada por el art. 32 CE. En efecto, se trata de una norma matrimonial consuetudinaria... multiseccular, cuya existencia aparece ya probada por lo menos en 1499, de acuerdo con lo dispuesto en la Novísima Recopilación de las Leyes de España de 1805. En definitiva, a falta de ley especial aplicable —como la existente para católicos, protestantes evangélicos, musulmanes y judíos, que aquí ni hay ni puede llegar a haber, al no existir religión gitana— y sobre la base de que no puede cuestionarse la buena fe sustentada en una costumbre de siglos, debía haberse aplicado en este tipo de pleitos lo dispuesto en el art. 1.3 CC, según el cual "la costumbre sólo regirá en defecto de ley aplicable, siempre que no sea contraria a la moral o al orden público y que resulte probada". MARTÍNEZ GIRÓN, J.: "Nuevas formas de familia y Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social", en AA.VV. (BORRAJO DACRUZ, E., Dir.): *Nueva sociedad y Derecho del Trabajo*, cit., pág. 20.

⁴⁰⁸ Y, en consecuencia, tildando de innecesaria una regulación específica de la materia por el legislador, DE NO VÁZ-QUEZ, M.F.: "Poligamia y pensión de viudedad", *AL*, núm. 16, 2004, pág. 1910 y MOLINS GARCÍA-ATANCE, J.: "Aspectos críticos de la pensión de viudedad. Especial mención al matrimonio polígamo y homosexual", cit., pág. 79.

⁴⁰⁹ VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, M.: "Matrimonio poligámico, orden público y extranjería", *AL*, T. III, 2003, pág. 583.

⁴¹⁰ Motivo por el cual la Dirección General de los Registros y del Notariado rechaza la inscripción registral del segundo o sucesivos matrimonios; entre muchas otras, Resoluciones 11 mayo 1994, 20 febrero 1997 ó 4 junio 2001, en las cuales además se destaca que atentaría contra la concepción constitucional del matrimonio y contra la dignidad de la mujer, como recuerdan VILLA SERNA, S. de la: "Pensión de viudedad y bigamia", *Revista General de Derecho Canónico y*

meses a un año a quien “contrajere segundo o ulterior matrimonio, a sabiendas de que subsiste legalmente la anterior”⁴¹¹; en fin, los arts. 16 y 17.1.a) LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, impide la reagrupación de más de un cónyuge aunque la ley personal del extranjero admita dicha modalidad matrimonial.

Por otra parte, nuestro ordenamiento reconoce a cualquier español el derecho a contraer matrimonio “fuera de España con arreglo a la forma establecida por la ley del lugar de celebración” (art. 49.2 CC), así como a los extranjeros celebrarlo “en España con arreglo a la forma prescrita para los españoles o cumpliendo la establecida por la ley personal de cualquiera de ellos” (art. 50 CC)⁴¹²; situaciones ambas que pueden generar —como así ha ocurrido— relaciones polígamas en las cuales, tras el fallecimiento del causante (un hombre, por quedar vedada la poliandria), las dos o más supérstites litigarán (con la entidad gestora y, a buen seguro, entre sí) por obtener la pensión de viudedad en su mayor cuantía posible. La divergencia detectada en las resoluciones ofrecidas por la doctrina legal para deshacer el entuerto⁴¹³, huérfanas de un pronunciamiento en casación para unificación de doctrina, atiende a una triple disyuntiva, sin olvidar una cuarta solución, consistente en el reconocimiento *in integrum* de una pensión para cada una de las viudas, rechazada de plano por los Tribunales:

1.- Reconocimiento de la pensión a repartir en partes iguales: en su fundamentación jurídica, la sentencia que falla en este sentido considera que, si interpretando los arts. 49 y 50 CC cabe reconocer los matrimonios celebrados por extranjeros y en un Estado extranjero que sean válidos según la ley personal de los contrayentes, aun cuando se trate de un supuesto de poligamia, procederá igualmente reconocer los efectos jurídicos que de tal vínculo pudieran derivar para el sistema de Seguridad Social patrio, traducidos en el caso concreto en reconocer la pensión a las demandantes, a lo cual no obsta el límite de orden público contenido en el art. 12.3 CC, acreedor de “matizaciones o flexibilizaciones”. Finalmente, asume sin más el criterio del juzgador de instancia en cuanto a la distribución a partes iguales de la cuantía; obligado, eso sí, por no haber sido objeto de impugnación en el recurso tal aspecto⁴¹⁴.

Derecho Eclesiástico del Estado, núm. 5, 2004, pág. 3 y DE NO VÁZQUEZ, M.F.: “Poligamia y pensión de viudedad”, cit., pág. 1909-1910.

⁴¹¹ ALENDA SALINAS, M.: “Matrimonio religioso y delito estatal de bigamia”, *Revista Española de Derecho Canónico*, núm. 145, 1998, págs. 695 y ss.

⁴¹² Obviamente, idéntica eficacia debe ser predicada respecto del vínculo alcanzado fuera de España por súbditos extranjeros y al amparo de su propia legislación, como razona DEL VAL TENA, A.L.: “Poligamia y pensión de viudedad: a propósito de la extensión del concepto de beneficiario”, *AL*, núm. 3, 2003, pág. 51.

⁴¹³ Tal vez porque “cuando se empezó a tratar el problema de la poligamia como realidad en España, impuesta por el flujo de la emigración desde países que la contemplan en sus Derechos propios, no se hizo de una forma armónica ni desde soluciones integradoras del ordenamiento jurídico”, DE NO VÁZQUEZ, M.F.: “Poligamia y pensión de viudedad”, cit., pág. 1909.

⁴¹⁴ STSJ Galicia 2 abril 2002 (AS 899), comentada en DEL VAL TENA, A.L.: “Poligamia y pensión de viudedad: a propósito de la extensión del concepto de beneficiario”, cit., págs. 47 y ss., quien determina que lo hará “quizá con

2.- Reconocimiento de la pensión a repartir de forma proporcional al tiempo de convivencia: manteniendo intacto el razonamiento jurídico, un nuevo pronunciamiento vino a alterar el sistema de reparto de la pensión entre las viudas (motivo de impugnación expresamente alegado por una de ellas al considerar injusto recibir la misma cuantía llevando muchos más años casada) para aplicar, en analogía amparada por el art. 4.1 CC, las previsiones del art. 174.2 LGSS para los supuestos de separación judicial o divorcio (así como la jurisprudencia dictada en su aplicación) y entender que la cuantía de la pensión debe ser proporcional al tiempo de convivencia con el causante⁴¹⁵.

3.- Reconocimiento de una pensión en favor de una de las cónyuges, con exclusión de la otra: atendiendo a lo dispuesto por el art. 12.3 CC ("en ningún caso tendrá aplicación la ley extranjera cuando resulte contraria al orden público") y a las normas antes citadas opuestas a la poligamia en España, la tercera alternativa considera el segundo matrimonio como nulo ("*quod nullum est ab initio, nullum efectum producet*"), incapaz de propiciar efecto civil alguno⁴¹⁶, y subsumible por tanto en los supuestos de uniones estables de pareja, pues "a los efectos de la ley española, únicamente tiene el concepto de cónyuge la que deriva del primer matrimonio"⁴¹⁷.

Constatada la polarización de la controversia en los dos últimos supuestos, bajo un criterio de legalidad estricto, "la solución que parece lógica es que sólo se reconozca un matrimonio y que el resto, perfectamente válidos en su país de origen, se ignoren por no válidos para el derecho español"⁴¹⁸, habida cuenta el art. 73.2 impone la nulidad de infringir el art 49.2 del mismo cuerpo legal. No obstante, no es la sanción aplicable por los Tribunales a un supuesto semejante, como es el del matrimonio putativo⁴¹⁹ y, desde la óptica de garantizar

la finalidad —no declarada expresamente— de favorecer el reconocimiento de la pensión de viudedad en aras a la justicia material"

⁴¹⁵ En este caso, además, el art. 23 del Convenio Hispano-Marroquí de Seguridad Social de 1979 contemplaba expresamente tal posibilidad; SSTSJ Madrid 29 julio 2002 (AS 3324) [comentada en MARTÍN JIMÉNEZ, R.: "Reparto de la pensión de viudedad en supuestos de poligamia", AS, T. IV, 2002, págs. 3331 y ss.] y Andalucía/Málaga 30 enero 2003 (JUR 96144). No obstante, un análisis más minucioso permite afirmar que la sentencia, "tomando parcialmente el precepto [de dicho Convenio] que se refiere a la distribución de una pensión, llega a la conclusión de que se generan dos prestaciones a favor de las diferentes esposas, de manera que al final un precepto referido a la cuantía sustituye a la normativa interna sobre el nacimiento del derecho", DE NO VÁZQUEZ, M.F.: "Poligamia y pensión de viudedad", cit., pág. 1908.

⁴¹⁶ Argumento no exento de argucia, pues "los acuerdos celebrados con las distintas confesiones no recogen ninguna singularidad propia del matrimonio de cada confesión de tal forma que los efectos civiles no alcanzarán a aquellas manifestaciones de la institución matrimonial que no se ajusten a los términos del ordenamiento civil como es el caso del matrimonio polígamo o el repudio en el Islam", DÍAZ MÉNDEZ, A.: "Pensión de viudedad y formas inusuales de matrimonio", cit., pág. 238 y SOUTO PAZ, J.A.: *Derecho matrimonial*, Madrid (Marcial Pons), 2000, págs. 93 y 94.

⁴¹⁷ STSJ Cataluña 30 julio 2003 (AS 3049), comentada en VILLA SERNA, S. de la: "Pensión de viudedad y bigamia", *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 5, 2004.

⁴¹⁸ Manifestándose en tal sentido, DE NO VÁZQUEZ, M.F.: "Poligamia y pensión de viudedad", cit., pág. 1910.

⁴¹⁹ Efectivamente, ha sido reiterado el reconocimiento de la pensión de viudedad al segundo cónyuge (y el consiguiente reparto entre ambos beneficiarios en función del tiempo de convivencia conforme al art. 174.2 LGSS), siempre y cuando hubiera existido buena fe en el segundo por desconocer la bigamia de la persona con quien contraía nupcias, SSTSJ Madrid ó Asturias 30 noviembre 2001 (AS 4197) ó Cataluña 24 noviembre 2003 (AS 412); *contra*, denegándola por quedar acreditado el conocimiento del matrimonio anterior, STSJ Comunidad Valenciana 15 mayo 2001 (JUR 277443).

al máximo posible la libertad religiosa, tal vez resulte “una solución adecuada en el plano de la *lege data* pero no en el plano de la *lege ferenda*”⁴²⁰.

III. Consideración de una oferta de colocación como adecuada en el contexto de la libertad religiosa

La reforma legislativa de la prestación de desempleo operada por la Ley 45/2002, de 12 de diciembre, vino a modificar, entre otros muchos preceptos, el art. 231 LGSS, encargado de determinar las obligaciones de los beneficiarios —si bien poca novedad sustancial supuso en este punto⁴²¹— con la teórica finalidad plasmada en su Exposición de Motivos [pto. a), segundo párrafo] de otorgar una mayor garantía jurídica a quien busca ocupación⁴²². En paralelo, también el art. 207.c) del mismo texto legal sufrió variaciones para imponer la búsqueda activa de empleo y la aceptación de la colocación adecuada —a través del compromiso de actividad⁴²³— como requisitos para acceder a la prestación⁴²⁴; de no prestar tal compromiso, no existirá situación legal de desempleo (art. 208.2 LGSS).

La cuestión objeto del presente apartado consiste, precisamente, en reflejar la compatibilidad entre los anteriores conceptos y la libertad religiosa, sin olvidar que éste último viene configurado como derecho fundamental por el art. 16 CE y resulta, por tal motivo, merecedor de la más elevada tutela. Más en concreto, aun cuando pueda colisionar con una parte del contenido del compromiso de actividad (el de “participar en acciones específicas de motivación, información, orientación, formación, reconversión o inserción profesional para incrementar su ocupabilidad”, art. 231.2 LGSS), las mayores controversias

⁴²⁰ VILLA SERNA, S. de la: “Pensión de viudedad y bigamia”, cit., pág. 7; también a favor de tal interpretación, por todos, MARTÍNEZ GIRON, J.: “Nuevas formas de familia y Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social”, cit., págs. 16-17.

⁴²¹ CRUZ VILLALÓN, J.: “El deber de aceptación de la oferta de colocación adecuada”, *RL*, núm. 4, 2003, pág. 92.

⁴²² Si bien es común afirmar cómo lo más probable es que no “se haya conseguido sino lo contrario”, por todos, FABREGAT MONFORT, G.: “La noción de colocación adecuada tras la Ley 45/2002”, en AA.VV.: *El desempleo. XIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid (MTAS), 2004, pág. 783.

⁴²³ El “desempleado” pasaría de ser simple “perceptor de una renta” a “buscador activo de empleo”, es decir, una persona formal y efectivamente comprometida con su propio proceso de inserción laboral, como resaltan ESPÍN SÁEZ, M.: “El compromiso de actividad o el control de la voluntad: un cambio de modelo”, en AA.VV.: *El desempleo. XIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, cit., págs. 926-928 y MOLINA NAVARRETE, C.: “El concepto de colocación adecuada, profesionalidad versus empleabilidad del trabajador”, *TS*, núm. 143, 2002, pág. 11; más en detalle sobre el compromiso de actividad, SEMPERE NAVARRO, A.V.: “La reforma del despido y el desempleo mediante el Real Decreto 5/2002, de 24 de mayo”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 536, 2002; ARUFE VARELA, A.: “El nuevo compromiso de actividad de situación legal de desempleo y de beneficiarios del subsidio por desempleo”, *AL*, núm. 33, 2002, págs. 717-731 ó MERCADER UGUINA, J.R.: “El compromiso de actividad: significado, contenido y alcance”, *RL*, núm. 4, 2003, págs. 109 y ss.

⁴²⁴ Ambas exigencias, “incorporadas a las de la afiliación y alta o situación asimilada, período de carencia, edad inferior a la ordinaria de jubilación y al presupuesto básico de encontrarse en situación legal de desempleo... revisten entidad propia como requisitos, con sustantividad y dinámica bien diferenciada de los otros requisitos, todos ellos mantenidos por la reforma”, GETE CASTRILLO, P.: “El régimen jurídico de la prestación por desempleo: reforma”, *RL*, núm. 4, 2003, pág. 41; en cambio, hay quien aprecia cómo, más que requisitos preexistentes, debieran ser considerados como circunstancias de necesaria concurrencia durante la percepción del beneficio para mantener el derecho al mismo, pues “estamos hablando de una serie de actuaciones que tendrá que desarrollar el trabajador una vez que recibe la prestación”, AA.VV. (GORELLI HERNÁNDEZ, J., Dir.): *El nuevo régimen jurídico del despido y del desempleo. Análisis de la Ley 45/2002*, Murcia (Laborum), 2003, pág. 18.

podrían venir dadas con aquel otro referente a la consideración de una concreta propuesta de empleo como oferta de colocación adecuada. Es necesario reconocer, empero, que hasta el momento no ha resultado públicamente notorio supuesto alguno como el descrito en nuestro país (sí en la experiencia comparada como en breve se verá), bien por no haber existido tal disputa (o, concurriendo, no haber sobrepasado la fase administrativa), lo cual impide aludir a pronunciamientos judiciales; bien por primar el interesado la mayor o menor acuciante necesidad de allegar recursos a la unidad familiar, restringiendo o eliminando a tal fin —parcial o totalmente— las manifestaciones externas de sus creencias religiosas.

Alguno de los elementos ofrecidos por la norma en la definición de colocación adecuada parecen no plantear inicialmente problemas, habida cuenta la profesión demandada por el trabajador, la habitual o la coincidente con la última actividad laboral desempeñada durante tres meses o más incitan a presumir la ausencia de objeciones de conciencia por motivos religiosos allá donde no preexistían. En cualquier caso, podrían concurrir pero sólo con posterioridad hacerse valer para defender el derecho fundamental o presentar el nuevo empleo ofertado características singulares e inaceptables desde la óptica del credo religioso⁴²⁵. No resulta exagerado pensar en la posibilidad de que efectivamente acontezca algo así, de pensar en situaciones como personal sanitario Testigo de Jehová que decline trabajar en una clínica privada donde habrá de intervenir en operaciones (o realizarlas) con transfusión sanguínea (o, en semejante dilema, cristiano en clínica abortiva); dependienta islámica reacia a prestar servicios en un establecimiento con estrictas reglas sobre la apariencia de sus empleados, donde debería despojarse de su velo para atender al público; en fin, carnicero judío contrario a aceptar su ingreso en un matadero en el cual no le permiten cumplir las máximas de su confesión para el sacrificio de los animales.

Si teniendo en cuenta las situaciones descritas la noción de colocación adecuada puede llegar a encajar mal con el derecho a la libertad religiosa, mucho más de atender al resto de matizaciones conceptuales contenidas en el art. 231.2 LGSS, pues permite considerar como tales cuantas actividades “se ajusten a sus aptitudes físicas y formativas” y cualquier otra —“que a juicio del Servicio Público de Empleo puedan ser ejercidas por el trabajador”— si transcurrido un año de percepción ininterrumpida de las prestaciones. Aplicando estrictamente tan amplia regla, nada impediría imponer al solicitante trabajos con jornada a desarrollar en sábado o domingo con independencia de su fe, en operadores telefónicos calificados como ‘rosas’ o consistentes en posar desnudo⁴²⁶.

⁴²⁵ Recuérdese que el concepto fue ampliado a “profesión habitual” tras la reforma del RD Ley 1/1992, de 3 de abril y la Ley 22/1992, de 30 de julio, y que por tal motivo “se confirma el criterio judicial conforme al cual resulta adecuado el empleo aun cuando el ofrecido sea simplemente de categoría similar o próximo dentro de la profesión habitual del trabajador”, MERCADER UGUINA, J.R.: “Incentivos a la búsqueda activa de empleo: compromiso de actividad y colocación adecuada”, en AA.VV.: *Los problemas del derecho a prestaciones. Jubilación flexible, colocación adecuada, maternidad, valoración de incapacidades*, Murcia (Laborum), 2005, pág. 163.

⁴²⁶ Los dos últimos ejemplos extraídos de GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, E.: “La colocación adecuada: elementos y funciones”, en AA.VV.: *Los problemas del derecho a prestaciones. Jubilación flexible, colocación adecuada, maternidad, valoración de incapacidades*, cit., pág. 196.

No obstante, como salvaguarda de eventuales intereses en presencia, y tras añadir criterios geográficos (referidos al necesario desplazamiento entre domicilio y lugar de trabajo), contractuales (atinentes a la duración y la posible parcialidad del empleo) y salariales (vinculados con el nivel retributivo ofrecido) aquí no procedentes⁴²⁷, el art. 231.3 LGSS incluye, como “cláusula de cierre”⁴²⁸, la preceptiva consideración por parte del Servicio Público de Empleo de cuestiones como —junto a otras y en cuanto aquí interesa— “las circunstancias profesionales y personales del desempleado, así como la conciliación de su vida familiar y laboral”⁴²⁹. Es ciertamente admirable la posibilidad —cuando menos— ofrecida para “tomar en consideración diversas circunstancias personales del desempleado que conviertan en inadecuada la oferta de trabajo, [por cuanto] supone una novedad en la LGSS, pero no en el plano internacional, pues el art. 10.1 del Convenio 44 de la Organización Internacional del Trabajo ya consideraba como no conveniente un empleo que, habida cuenta de todas las circunstancias y de la situación personal del desempleado, pudiera ser rechazado con fundamento”⁴³⁰. Precisamente a él le corresponderá alegar y probar la concurrencia de alguna “causa justificada” para rechazar la oferta, indeterminado vocablo respecto al cual las vacilaciones en los pronunciamientos judiciales no invitan a apostar si el debido cumplimiento de los mandatos de la religión de pertenencia (incluso acreditando documentalmente aquellos y ésta) sería admitido como exención⁴³¹.

Sea como fuere, la solución se hará depender de la Entidad Gestora⁴³², aun cuando ello suscite grandes desconfianzas en la doctrina por considerar vulnerados los elementales principios de seguridad jurídica y de tipicidad de las infracciones⁴³³. Para salvar lo recién afirmado, bastaría remitir a instancias

⁴²⁷ Un minucioso examen de los mismos en MELLA MÉNDEZ, L.: “La oferta adecuada de empleo tras las reformas de 2002”, *RTSS(CEF)*, núm. 247, 2003, págs. 22-28.

⁴²⁸ QUIRÓS HIDALGO, J.G.: “La consideración del trabajo a tiempo parcial como oferta de colocación adecuada”, en AA.VV.: *Los problemas del derecho a prestaciones. Jubilación flexible, colocación adecuada, maternidad, valoración de incapacidades*, cit., pág. 202.

⁴²⁹ “Se trata pues de una cláusula de salvaguardia que permite considerar que los elementos que integran la noción de colocación adecuada son cerrados, mientras que quedan abiertas las valoraciones circunstanciales”, GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, E.: “La colocación adecuada: elementos y funciones”, cit., pág. 195.

⁴³⁰ MELLA MÉNDEZ, L.: “La oferta adecuada de empleo tras las reformas de 2002”, cit., pág. 30.

⁴³¹ Efectivamente, los Tribunales no terminan de aquilatar a sus justos términos el concepto de “justa causa”, lo cual abre la puerta a una valoración casuística y *ad hoc*. En cualquier caso, ha de existir imposibilidad o dificultad cierta más allá de la simple inconveniencia (como pudiera ser tener familiares a cargo, inmediatez de una operación quirúrgica o preparar oposiciones) o expectativa (por ejemplo, ansiar un puesto mejor retribuido). Sobre la cuestión, MOLINA NAVARRETE, C.: “El concepto de colocación adecuada, profesionalidad *versus* empleabilidad del trabajador”, cit., págs. 15-16 o MELLA MÉNDEZ, L.: “La oferta adecuada de empleo tras las reformas de 2002”, cit., págs. 42 y ss.

⁴³² “La discrecionalidad de la Entidad Gestora es, seguramente, la única posibilidad que ha encontrado el legislador para evitar fórmulas tan groseras como las del derogado RD Ley 5/2002; desde luego, no parece imposible encontrar una solución más matizada”, SEMPERE NAVARRO, A.V.: “La Ley 45/2002, de 12 de diciembre: una visión panorámica”, en AA.VV. (SEMPERE NAVARRO, A.V., Coord.): *Empleo, despido y desempleo tras las reformas de 2002. Análisis de la Ley 45/2002, de 12 de diciembre*, Elcano (Aranzadi), 2003, págs. 21 y ss.

⁴³³ RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.: “La nueva dimensión de la protección por desempleo”, *RL*, núm. 13, 2002, pág. 16 ó SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.: “Modificaciones que se introducen en el sistema de protección por desempleo”, *Documentación Laboral*, núm. 65, 2003, pág. 82.

superiores competentes para entrar a conocer de los eventuales recursos interpuestos a aquellas decisiones iniciales y atender “a la aplicación administrativa y judicial de este último párrafo del art. 231.3 LGSS para comprobar si actúa en garantía del estatus jurídico del trabajador desempleado o, una vez más, en pro de la discrecionalidad”⁴³⁴.

Lejos de aceptar que “quien recibe la prestación por desempleo asume con todas las consecuencias que desea trabajar”⁴³⁵, sería menester —cuando la ocasión se presente— caminar por la senda del respeto a los derechos fundamentales y atender en la medida de lo posible y lo razonable las particularidades inherentes a las religiones profesadas por el beneficiario y buscador de empleo, “que han de contar con la suficiente atención... En tales supuestos la valoración no debe ser esencialmente jurídica, sino también sociológica e incluso personal”⁴³⁶. Así ha ocurrido en EE.UU., donde la Corte Suprema otorgó la razón a un trabajador perteneciente a la Iglesia Adventista del Séptimo Día perceptor del subsidio por desempleo y que rechazó una oferta en la cual tenía venía obligado a realizar parte de la jornada semanal en sábado, por considerarlo una carga injustificable sobre su religión⁴³⁷. Por el contrario, en Alemania, la legalización de la prostitución y su consideración como relación laboral cubierta por la Seguridad Social, llevó a la entidad gestora a comunicar a una mujer, por el hecho de rehusar un empleo consistente en suministrar servicios sexuales en un burdel de Berlín, la pérdida de las correspondientes prestaciones de desempleo debido a la inexistencia de base normativa para el rechazo de la oferta⁴³⁸.

En efecto, volviendo para concluir al ordenamiento patrio, en caso de rechazar una concreta propuesta de empleo, cuando el estudio pormenorizado y casuístico no permita a quien compete calificar las circunstancias concurrentes como “causa justificada”, quien ejercite fiel y rigurosamente sus creencias religiosas suponiendo el rechazo a la oferta adecuada de empleo cometerá infracción grave [art. 17.2 y 25.4.a) LISOS]⁴³⁹ y merecerá ser sancionado, en consecuencia,

⁴³⁴ MONTOYA MEDINA, D. y BLASCO JOVER, C.: “El nuevo compromiso de actividad y la redefinición del concepto de colocación adecuada tras la Ley 45/2002: los despropósitos de una reforma en la protección por desempleo”, en AA.VV.: *El desempleo. XIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, cit., pág. 698.

⁴³⁵ RABANAL CARBAJO, P.: “Trabajo a tiempo parcial y desempleo”, *REDT*, núm. 87, 1998, pág. 142.

⁴³⁶ GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, E.: “La colocación adecuada: elementos y funciones”, cit., págs. 195-196.

⁴³⁷ Conforme da cuenta VALDÉS DAL-RE, F.: “La libertad religiosa y su problemática acomodación con la organización del trabajo”, cit., pág. 4.

⁴³⁸ GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, E.: “La colocación adecuada: elementos y funciones”, cit., págs. 195-196.

⁴³⁹ La Ley 62/2003 también suprimió la calificación como falta leve del incumplimiento de la obligación genérica plasmada en el compromiso de actividad [art. 17.1.c) LISOS], habida cuenta tal situación provocaba serias dudas para discernir entre las obligaciones propias de aquella conducta y las tipificadas expresamente como infracciones graves y muy graves. TASCÓN LÓPEZ, R.: “Consideraciones en torno al renovado concepto de oferta adecuada de colocación”, en AA.VV.: *El desempleo. XIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, cit., pág. 813 ó GORELLI HERNÁNDEZ, J.: “Una nueva reforma del desempleo y el despido: análisis de la Ley 45/2002”, en AA.VV. (GORELLI HERNÁNDEZ, J., Dir.): *El nuevo régimen jurídico del despido y del desempleo. Análisis de la Ley 45/2002*, cit., pág. 21.

con la extinción del derecho de forma temporal o definitiva en supuestos de reincidencia⁴⁴⁰ (art. 47 LISOS).

IV. El régimen de seguridad social aplicable a sacerdotes, ministros de culto y religiosos

El hecho de reconocer la libertad religiosa implica necesariamente atender como merece una realidad conexas, cual es la necesidad de protección social de cuantos, de una u otra forma, actúan como representantes, cabezas o ministros de las diversas confesiones, manifestación de la vocación expansiva de la Seguridad Social, la cual tiende a recoger en el ámbito de su acción protectora el aseguramiento de todos los riesgos sociales que afectan a los distintos grupos o colectivos de personas. Ello determinará el primer apartado de las siguientes páginas, a lo cual seguirán las controversias derivadas de la jubilación de los sacerdotes y los religiosos de la Iglesia Católica secularizados.

1. Inclusión y encuadramiento en el sistema de Seguridad Social

1.1. En el régimen general (RGSS)

Los clérigos de la Iglesia Católica aparecen incluidos en el Régimen General de la Seguridad Social en virtud del art. 1.1 RD 2398/1977, de 27 de agosto. Por tal motivo, y debido a la plena equiparación —pues no existe especificación o regulación alguna dictada en su desarrollo—, para el colectivo denominado de “Derecho Pontificio” parece necesario remitir a las normas reguladoras del citado Régimen General para determinar lo referente a la afiliación, cotización y concretas prestaciones a lucrar, con las salvedades inmanentes a su prohibición de contraer matrimonio.

Por otra parte, más preciso ha sido el legislador cuando de “clérigos diocesanos” de la Iglesia Católica se trate (tal vez por ser más numerosos), quedando asimilados a trabajadores por cuenta ajena a efectos también de su inclusión en el Régimen General (art. 1.2 RD 2398/1977), entendiéndose por tales cuantos desarrollan “una actividad pastoral al servicio de Organismos diocesanos y supradiocesanos por designación del Ordinario competente y perciban por ello la dotación base para su sustentación” (art. 1 OM 19 diciembre 1977, que regula determinados aspectos relativos a la inclusión del clero diocesano de la Iglesia Católica

⁴⁴⁰ La introducción de un criterio de proporcionalidad entre sanción e incumplimiento había sido ya propuesta por quien afirmaba al amparo de la anterior versión cómo “hubiera sido más razonable que el legislador hubiera precisado que la oferta de empleo será siempre adecuada... [e] introducir posteriormente un criterio de proporcionalidad de la gravedad mayor o menor del rechazo por parte del desempleado y, en atención a ello, fijar sanciones diversas según la entidad del rechazo”, CRUZ VILLALÓN, J.: “El deber de aceptación de la oferta de colocación adecuada”, cit., pág. 91. Sin embargo, la norma sancionadora aplica dicha proporcionalidad a partir del número de reincidencias y no, como debiera, en atención a las circunstancias reseñadas.

en el RGSS)⁴⁴¹. En tal caso, la equiparación no es plena, habida cuenta presentan particularidades tanto respecto de las prestaciones como de la cotización.

Respecto a las primeras, disfrutarán del elenco dispensado por el art. 38 LGSS pero —debido a las particularidades existentes en su situación— quedarán excluidas las prestaciones de protección a la familia, incapacidad temporal, desempleo y subsidio por recuperación profesional (arts. 2.1 RD 2398/1977 y OM 19 diciembre 1977), así como las relativas a la maternidad y riesgo durante el embarazo (Circular 3-006, de 8 de marzo de 2001), en tanto en cuanto “en la Iglesia Católica sólo el varón puede recibir válidamente la sagrada ordenación”⁴⁴². A pesar de lo dicho, resulta criticable la no cobertura de la IT y las recuperadoras cuando sí ocurre para otros ministros de culto de distintas religiones.

Además, las contingencias de enfermedad y accidente serán consideradas siempre como comunes (arts. 2.2 RD 2398/1977 y OM 19 diciembre 1977). Finalmente, a efectos de satisfacer los períodos de carencia exigidos y generar el reconocimiento del derecho a las prestaciones de incapacidad permanente, jubilación y muerte y supervivencia, la DT 1ª OM 19 diciembre 1977 establecía reglas especiales para cuantos quedaron incluidos en el RGSS el 1 de enero de 1978, consistentes en ingresar la fracción de cuota del RGSS asignada a las contingencias y situaciones antes citadas correspondientes a períodos anteriores a la entrada en vigor de la norma, a determinar en función de las condiciones concretas del caso y según la propia cláusula de derecho transitorio⁴⁴³.

Por cuanto hace a la cotización, y en tanto en cuanto no existen contingencias profesionales, el art. 29 RD 2064/1995, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento general sobre cotización y liquidación de otros derechos de la Seguridad Social, establece una base de cotización única y mensual para todas las situaciones protegidas, consistente en el tope mínimo de la base prevista para trabajadores mayores de edad en el Régimen General vigente en cada momento y sin el incremento relativo a las pagas extraordinarias⁴⁴⁴; del cual cabrá obtener la cuota íntegra aplicando el tipo único previsto, haciendo la oportuna deducción de las fracciones correspondientes a las contingencias y situaciones excluidas de la acción protectora. (arts. 29.2 RD 2064/1995 y 3 O 19 diciembre 1977⁴⁴⁵). A

⁴⁴¹ Precizando el término “clérigos diocesanos”, RODRÍGUEZ BLANCO, M.: “Relevancia de la condición de ministro de culto a efectos de Seguridad Social”, *RL*, T. I, 2002, pág. 312.

⁴⁴² CASTRO ARGÜELLES, M.A. y RODRÍGUEZ BLANCO, M.: “Seguridad Social de ministros de culto y religiosos”, *Ius Canonicum*, XLIV, núm. 87, 2004, pág. 161, quienes señalan que “la única excepción vendría dada por los diáconos permanentes que estén casados; el supuesto es muy poco frecuente en la práctica, pero en estos casos debería flexibilizarse la norma para incluir la protección a la familia; para ello puede acudirse análogicamente a lo previsto para los ministros de culto evangélicos, judíos y musulmanes, los cuales cuentan con esta protección”.

⁴⁴³ Sobre el asunto, STS 15 diciembre 1988 (RJ 9631).

⁴⁴⁴ Como recuerda la STSJ Galicia 13 mayo 1994 (AS 2257)

⁴⁴⁵ El cual sigue vigente a pesar de que el propio RD 2064/1995 derogó las idénticas previsiones contenidas en los arts. 3 y 4 RD 2398/1977, conforma advierten CASTRO ARGÜELLES, M.A. y RODRÍGUEZ BLANCO, M.: “Seguridad Social de ministros de culto y religiosos”, cit., pág. 163.

tales efectos, las Diócesis y Organismos supradiocesanos asumirán los derechos y obligaciones de afiliación y cotización establecidos para los empresarios en el RGSS (conforme reitera el art. 10.4 RD 84/1996, de 26 de enero, sobre afiliación, altas y bajas en la Seguridad Social), si bien la liquidación de cuotas se llevará a cabo por trimestres naturales vencidos y en un solo acto y su importe se ingresará dentro del primer mes del trimestre siguiente, salvo autorización expresa de períodos diferentes atendiendo a las circunstancias concurrentes (art. 6 OM 19 diciembre 1977).

La regulación contenida en el RD 2398/1997 para los clérigos diocesanos —recién vista— resulta igualmente aplicable, cuando no exista efectiva relación laboral o administrativa, para los sacerdotes del Arzobispado Castrense por el tiempo que tengan encomendado el servicio de asistencia religiosa⁴⁴⁶ (RD 1145/1990, de 7 de septiembre, que regula el servicio de asistencia religiosa de las Fuerzas Armadas)⁴⁴⁷; para los capellanes de centros hospitalarios al amparo del art. 7 OM 20 diciembre 1985, que recoge el Convenio marco sobre asistencia religiosa católica en centros hospitalarios públicos alcanzado entre los Ministerios de Justicia y Sanidad y la Conferencia Episcopal Española el 24 de julio de 1985⁴⁴⁸ y para los de establecimientos penitenciarios (OM 24 noviembre 1993, publicando el Acuerdo de 20 de mayo del mismo año suscrito entre el Ministerio de Justicia y la Confederación Episcopal Española, sobre asistencia religiosa católica en los establecimientos penitenciarios).

Dejando de lado a los clérigos de la Iglesia Católica, el art. 1.1 RD 2398/1977 disponía igualmente la inclusión en el RGSS de los “Ministros de otras Iglesias y Confesiones Religiosas debidamente inscritas en el correspondiente Registro del Ministerio de Justicia” (como exige igualmente el art. LOLR). Ello supone la inclusión de los siguientes colectivos:

1.- Ministros de culto de las Iglesias pertenecientes a la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España (FEREDE): En un primer momento, la O 2 de marzo de 1987 incluyó a los ministros de culto de la Unión de Iglesias

⁴⁴⁶ Si bien para éstos, y como nueva excepción, la acción protectora tiene como únicas exclusiones las de protección a la familia y desempleo, pudiendo recibir durante el ejercicio de sus funciones la asistencia sanitaria en las instalaciones del Ministerio de Defensa como si de personal militar se tratara (art. 13 RD 1145/1990).

⁴⁴⁷ Pero estas previsiones no resultan aplicables a los sacerdotes colaboradores del Servicio de Asistencia Religiosa a las Fuerzas Armadas contemplados en la OM 20 diciembre 2000, que desarrolla lo previsto en el Anexo I del Acuerdo con la Santa Sede de 3 de enero de 1979 sobre asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas y servicio militar de clérigos y religiosos.

⁴⁴⁸ En concreto, el precepto citado ofrece una doble posibilidad: por un lado, que la administración pública competente en materia sanitaria y en el concreto hospital celebre con el capellán un contrato laboral (actuando por tanto como empresario y trabajador, respectivamente), lo cual determina su inclusión de pleno derecho en el RGSS y el disfrute de los mismos derechos y obligaciones que el resto de personal; de otro, que el ente público realice el oportuno convenio con el Ordinario del lugar, quedando incluidos en el RD 2398/1977, si bien es habitual que el servicio de salud autonómico asuma el pago de las cuotas correspondientes a la Diócesis. Así ocurría antiguamente en el INSALUD en virtud del art. 8 del Convenio de 23 de abril de 1986 suscrito entre su Director General y el Presidente de la Comisión Episcopal de Pastoral en representación de la Conferencia Episcopal Española [CASTRO ARGÜELLES, M.A. y RODRÍGUEZ BLANCO, M.: “Seguridad Social de ministros de culto y religiosos”, cit., pág. 160] y así sigue existiendo en el actual Sistema Nacional de Salud [al respecto, MORENO ANTÓN, M.: “La asistencia religiosa en el ámbito hospitalario”, *Revista Española de Derecho Canónico*, núm. 49, 1992, págs. 661-690].

Cristianas Adventistas del Séptimo Día en idénticas condiciones que para los clérigos de la Iglesia Católica, exigiendo la dedicación estable y exclusiva a las funciones de culto, asistencia o formación religiosa.

En segundo término, la Ley 24/1992, de 10 de noviembre, por la que se aprueba el Acuerdo de cooperación del Estado Español y FEREDE, asimiló a trabajadores por cuenta ajena a los ministros de culto de todas las Iglesias que formen parte de la citada asociación, entendiéndose por tales a “las personas físicas que estén dedicadas, con carácter estable, a las funciones de culto o asistencia religiosa y acrediten el cumplimiento de estos requisitos, mediante certificación expedida por la Iglesia respectiva, con la conformidad de la Comisión Permanente de la FEREDE”.

Será el RD 369/1999, de 5 de marzo, la norma encargada, en desarrollo de la anterior previsión, de derogar la O 2 marzo 1987 y fijar los términos y condiciones de la inclusión de los ministros de culto de FEREDE, incluidos los pertenecientes a la Unión de Iglesias Cristianas Adventistas del Séptimo Día. Como singularidad reseñable y con trascendencia en el ámbito personal de aplicación, precisa el concepto de ministro de culto anteriormente visto añadiendo la exigencia de que aquellas funciones de culto o asistencia religiosa no sean desempeñadas a título gratuito (art. 2), lo cual podría calificarse “como un requisito de carácter técnico o necesario”⁴⁴⁹. Con anterioridad a tal previsión, había surgido el problema de la calificación de ministro de culto pues, a partir de la autonomía reconocida en el art. 6.1 LOLR, su art. 2.2 integraba en el contenido de la libertad religiosa “el derecho de las Iglesias, Confesiones y Comunidades religiosas... a designar y formar a sus ministros”. Así la STCo 128/2001, de 4 de junio⁴⁵⁰ —en relación con Iglesias de estas confesiones, aun cuando podría plantearse para cualquier otra⁴⁵¹— concluía la necesaria consideración como trabajador por cuenta ajena de una ayudante de cocina en un colegio de la Unión de Iglesias Cristianas Adventistas del Séptimo Día, si bien cotizaba como asimilada por ser considerada como ministra de culto, sin que ello afectase a los derechos mencionados.

En cuanto a la acción protectora, solamente aparece excluida la protección por desempleo, así como la consideración de las contingencias profesionales, por cuanto la enfermedad y el accidente, cualquiera que sea su origen, serán siem-

⁴⁴⁹ GONZÁLEZ SÁNCHEZ, M. y GONZÁLEZ DEL RÍO, J.M.: “La inclusión de los ministros de culto de la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España en el Régimen General de la Seguridad Social”, AS, núm. 3, 2003, pág. 105.

⁴⁵⁰ Un comentario al pronunciamiento en SALCEDO HERNÁNDEZ, J.R.: “La condición de ministro de culto y su incidencia en el régimen de cotización a la Seguridad Social: criterios para determinar la condición de ministro de culto”, AS, núm. 9, 2001; MORENO BOTELLA, “Ministro de culto adventista y autonomía confesional”, *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 1, 2003 ó BABÉ, L.: “El derecho de las confesiones religiosas a designar a sus ministros de culto”, *Anales de Derecho. Universidad de Murcia*, núm. 19, 2001, págs. 197 y ss.

⁴⁵¹ Por la vaguedad en la descripción de “ministro de culto” contenida tanto para el presente supuesto en el art. 2 RD 369/1999 como en el art. 3 Ley 26/1992 para los dirigentes religiosos islámicos e Imanes de las comunidades religiosas integradas en la Comisión Islámica de España. Sin embargo, parece más difícil para las Iglesias Católica —por motivos obvios— y para los rabinos de las comunidades religiosas integradas en la Federación de Comunidades Israelitas de España, en tanto en cuanto el art. 3 Ley 25/1992 exige estar en posesión del título de Rabino.

pre consideradas como común y no laboral, respectivamente. *Sensu contrario*, y a diferencia de supuestos anteriores, han de entenderse incluidas la incapacidad temporal, riesgo durante el embarazo, maternidad y subsidio de recuperación. “Esto supone que los ministros de culto evangélico, a pesar de su asimilación, tienen un nivel de protección menor que el disfrutado por los trabajadores por cuenta ajena”⁴⁵², pero mayor que otros ministros de culto también asimilados.

La cotización, aun siendo aplicables las normas comunes del RGSS —y correspondiendo a las respectivas Iglesias o Federaciones de Iglesias los derechos y obligaciones establecidas para los empresarios en el RGSS (art. 5)— presenta las siguientes reglas particulares: en primer lugar, la base de cotización única y mensual para todas las contingencias —prescindiendo de la cuantía de la retribución percibida realmente por el ministro de culto⁴⁵³— consistirá en el tope mínimo absoluto de cotización previsto para trabajadores mayores de edad en el Régimen General vigente en cada momento, sin existir para este colectivo la mención a la exclusión del incremento de las pagas extraordinarias, motivo por el cual ha de ser incluido (art. 29.1 RD 2064/1995, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General sobre Cotización y Liquidación de otros Derechos de la Seguridad Social); en segundo término, las liquidaciones de cuotas estarán siempre referidas a mensualidades naturales y su comunicación y pago serán efectuados por meses vencidos (art. 29.3 RD 2064/1995); como tercera precisión, no existirá obligación de cotizar por desempleo, FOGASA y formación profesional; finalmente, “no ha existido para este colectivo una previsión que les permitiera cotizar con efectos retroactivos y compensar así las cuotas que les podían faltar para acceder a la pensión de jubilación”, cuestión que no ha sido tachada de discriminatoria por atender a las circunstancias derivadas del proceso histórico⁴⁵⁴.

La norma ha sido objeto de importantes pronunciamientos judiciales, uno de ellos a partir del proceso iniciado por el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Unión Evangélica Bautista Española y la Iglesia Evangélica Española, pudiendo quedar resumidos los tres asuntos controvertidos como sigue⁴⁵⁵:

⁴⁵² GONZÁLEZ SÁNCHEZ, M. y GONZÁLEZ DEL RÍO, J.M.: “La inclusión de los ministros de culto de la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España en el Régimen General de la Seguridad Social”, cit., pág. 106.

⁴⁵³ En opción seriamente criticada, pues “una vez que se introduce el presupuesto de la retribución para la consideración de ministro de culto evangélico, no se entiende por qué, a efectos de determinar la base de cotización, se decide prescindir de las cantidades efectivamente percibidas”, GONZÁLEZ SÁNCHEZ, M. y GONZÁLEZ DEL RÍO, J.M.: “La inclusión de los ministros de culto de la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España en el Régimen General de la Seguridad Social”, cit., pág. 106. En cualquier caso, “se trata de una excepción al régimen general recogido en el art. 29.1 RD 2064/1995, difícilmente justificable, salvo que se considere que las labores pastorales del ministro de culto en su confesión no son retribuidas, o se entienda que la retribución siempre va a ser inferior al tope mínimo absoluto fijado por el legislador. La primera posibilidad viene rechazada expresamente por la normativa sobre Seguridad Social de los ministros de culto, mientras que la segunda sería una presunción carente de motivación”, RODRÍGUEZ BLANCO, M.: “Relevancia de la condición de ministro de culto a efectos de la Seguridad Social”, cit., pág. 328.

⁴⁵⁴ CASTRO ARGÜELLES, M.A. y RODRÍGUEZ BLANCO, M.: “Seguridad Social de ministros de culto y religiosos”, cit., pág. 182, citando la STSJ Madrid 20 enero 1995 (AS 388).

⁴⁵⁵ Todos ellos contenidos en la STS, Cont.-Admvo., 14 mayo 2001 (RJ 4253), comentada por GONZÁLEZ SÁNCHEZ, M. y GONZÁLEZ DEL RÍO, J.M.: “La inclusión de los ministros de culto de la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España en el Régimen General de la Seguridad Social”, cit., págs. 107-115.

— El art. 6.1 LOLR faculta a las entidades religiosas para determinar el régimen de su personal y, en su desarrollo, el art. 5 Ley 24/1992 (Acuerdo de Cooperación del Estado con la FEREDE) incluyó a los Ministros de Culto en el RGSS como trabajadores asimilados con el régimen jurídico examinado. A juicio de los litigantes, tal decisión suponía orientar la naturaleza jurídica de la relación hacia una concepción laboral que no respetaba el derecho de las Iglesias a fijar libremente por sí mismas dicho régimen y, en cualquier caso, limitaba igualmente los derechos de su personal al no permitir una afiliación, cotización y protección sociales plenamente equiparadas a las de un trabajador por cuenta ajena. El Tribunal argumenta que aquella habilitación no puede eximir del debido respeto a los requisitos establecidos en el ordenamiento para acogerse a uno u otro tipo de relación en atención a su naturaleza jurídica, por cuanto la relación jurídica establecida entre los Ministros de Culto y las distintas iglesias y confesiones religiosas no puede ser configurada, mientras venga limitada a la labor de asistencia religiosa y de culto y otras inherentes a sus compromisos religiosos, como relación laboral⁴⁵⁶.

Además, la asimilación producida tampoco resulta criticable, habida cuenta la propia Ley 24/1992 la refería a trabajadores por cuenta ajena y a efectos de su inclusión en el RGSS, pero limitando sus efectos conforme a lo previsto en la DT de la Ley General de la Seguridad Social entonces vigente; con cobertura en los actuales arts. 97.2 y 114.2 LGSS. Ello no impide, no obstante, “reconocer como laboral la relación que un religioso mantenga con un tercero fuera de la Iglesia o Comunidad a la que pertenece cuando tal actividad se subsume dentro de la participación en la actividad productiva definida por el art. 1.1 ET, ni, en consecuencia, determinar su inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social como trabajador por cuenta ajena sin las particularidades propias de la asimilación de los Ministros del Culto. Tampoco debe considerarse que exista impedimento alguno cuando dicha calificación como trabajador por cuenta ajena pueda derivarse del desempeño de funciones ajenas a las propias del culto y asistencia religiosa y otras inherentes a su *status* (conjunto de derechos y deberes propios de una situación)”⁴⁵⁷.

— A partir de las reclamaciones anteriores y argumentando la insuficiencia de la protección otorgada por las características concurrentes en los Ministros de Culto de las Iglesias Evangélicas, consideraban vulnerado el principio de igualdad consagrado por el art. 14 CE (“pues las tareas y relaciones contractuales de los clérigos evangélicos son iguales a la de los trabajadores por cuenta ajena en cualesquiera otros colectivos laborales”), así como el mandato de protección social contenido en el art. 41 de la Carta Magna (al “vulnerar el ámbito de protección de la Seguridad Social legalmente establecido por el art. 7

⁴⁵⁶ Citando en este pasaje las SSTCT 23 marzo, 19 mayo y 24 noviembre 1983 (RTCT 2420, 4465 y 10030), la ya vista STCo 63/1994, de 28 de febrero, y, posteriormente, SSTSJ Madrid 17 noviembre 1993 (AS 4770), 5 diciembre 1995 (AS 4790) o 12 mayo 1997 (AS 1578).

⁴⁵⁷ Aludiendo a reiterada jurisprudencia social contenida en, entre otras, SSTs 12 marzo y 16 septiembre 1985 (RJ 1318 y 4308).

LGSS, con arreglo al cual todos los españoles que mantengan relaciones laborales o asimiladas tienen el derecho y el deber de estar afiliados al régimen correspondiente, por hallarse comprendidos en el sistema”). Frente a tales razonamientos, la Sala opone la interpretación constitucional del principio de igualdad, según la cual, si bien existe obligación de dispensar un mismo trato a quienes se encuentran en situaciones jurídicas equiparables con prohibición de toda discriminación que desde el punto de vista de la finalidad de la norma cuestionada carezca de justificación objetiva y razonable, en ocasiones la desigualdad de trato puede estar legitimada por obedecer a una causa justificada y razonable, esencialmente apreciada desde la perspectiva del hecho o situación de las personas afectadas⁴⁵⁸. Así ocurre en este supuesto, en tanto en cuanto existen diferencias jurídicas relevantes reconocidas por los Tribunales entre la situación de los Ministros de Culto y los trabajadores por cuenta ajena, lo cual ampara un tratamiento específico para su inclusión en la Seguridad Social como asimilados a estos últimos, pero sin todos los derechos y deberes inherentes a los mismos.

Por otra parte, y respecto a la pretendida insuficiencia protectora, mantiene el recurso a la consolidada doctrina del máximo intérprete de la Carta Magna para legitimizar las desigualdades existentes entre los distintos Regímenes que integran la Seguridad Social⁴⁵⁹, debiendo ir más allá del dato puramente formal de la diversidad de ordenamientos jurídicos y comprobar si desde una perspectiva material esa diversidad responde a diferencias reales⁴⁶⁰, reconociendo a tal efecto “un amplio margen de discrecionalidad al poder público para determinar los colectivos que merecen la inclusión como asimilados a los trabajadores por cuenta ajena —salvo cuando, como en el presente caso, exista una norma de rango legal que obligue a ello— y para establecer el ámbito de la cobertura que se les reconoce —cuando, como aquí ocurre, la norma aplicable no lo precisa—”.

— Finalmente, en parecido sentido, invocan nueva conculcación del art. 14 CE por cuanto el Real Decreto impugnado incurría en clara discriminación con respecto a los clérigos católicos al establecer una regulación idéntica allí donde hubiera debido existir un régimen distinto. Sin embargo, tal precepto no reconoce el hipotético derecho a imponer o exigir diferencias de trato y, aun cuando puedan mediar particularidades entre unos y otros, el poder público ostenta cierta discrecionalidad a la hora de reconocer y regular cuantas considere relevantes⁴⁶¹.

⁴⁵⁸ SSTCo 29 y 114/1987 de 6 de marzo y de 6 de julio y 109/1988 de 8 de junio.

⁴⁵⁹ “La articulación del sistema en un Régimen General y diversos Regímenes Especiales se justifica por las peculiaridades socio-económicas, laborales, productivas, históricas o de otra índole, aun cuando la legislación posterior tienda a conseguir la máxima homogeneidad con el Régimen General que permiten las disponibilidades financieras de cada momento. Esta doctrina resulta obviamente aplicable a las particularidades aplicables dentro del Régimen General a cada uno de los colectivos asimilados SSTCo 173/1988, de 3 de octubre, y AATCo 78/1984, de 8 de febrero, 590/1985, de 18 de septiembre ó 341/1989, de 19 de junio.”

⁴⁶⁰ SSTCo 39/1992 de 30 de marzo y 184 y 268/1993 de 31 de mayo y 20 de septiembre.

⁴⁶¹ Entre muchas otras, SSTCo 36/1999, de 22 de marzo, 241/2000, de 16 de octubre, ó 88/2001, de 2 de abril.

2.- Rabinos de las comunidades religiosas integradas en la Federación de Comunidades Israelitas de España (FCI): La Ley 25/1992, de 10 de noviembre, contiene el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Federación de Comunidades Israelitas de España, que ha de regir las relaciones de cooperación del Estado con las Comunidades de confesión judía establecidas en España, integradas en dicha Federación e inscritas en el Registro de Entidades Religiosas. Según dispone su art. 3, serán ministros de culto "las personas físicas que, hallándose en posesión de la titulación de Rabino, desempeñen sus funciones religiosas con carácter estable y permanente y acrediten el cumplimiento de estos requisitos mediante certificación expedida por la Comunidad a que pertenezcan, con el visado de la Secretaría General de la FCI". Remitiendo al art. 1 RD 2398/1977, su art. 5 incluye a los así designados en el RGSS como asimilados a trabajadores por cuenta ajena en las mismas condiciones que la legislación vigente establece para los clérigos de la Iglesia Católica, si bien la acción protectora vista en aquella sede viene ampliada con la protección a la familia, habida cuenta les está permitido contraer matrimonio y tener descendencia. Cabe recordar, por tanto, que quedarán excluidas la incapacidad temporal, maternidad y riesgo durante el embarazo, subsidio de recuperación profesional y desempleo, teniendo la consideración de contingencias comunes las enfermedades padecidas y los accidentes sufridos, cualquiera que sea su origen.

En cuanto a la cotización, las respectivas Comunidades asumirán los derechos y obligaciones establecidos en dicho Régimen para los empresarios. A tal efecto, la base de cotización será única y mensual para todas las contingencias y vendrá determinada por el tope mínimo absoluto de cotización previsto para trabajadores mayores de edad en el Régimen General vigente en cada momento; a diferencia del colectivo anterior, que contaba con norma específica, la remisión total al régimen aplicable a los clérigos de la Iglesia Católica parece hacer operativa para los ministros de culto pertenecientes a la FCI la regla del art. 3.1 O 19 diciembre 1977 según la cual no cabe incluir el incremento correspondiente a pagas extraordinarias (art. 29.1 RD 2064/1995). Por otra parte, "la cuota a ingresar se determina deduciendo las fracciones correspondientes a las contingencias excluidas de la acción protectora. A tal efecto, el importe a deducir se calcula multiplicando la cuota íntegra, resultante de aplicar a la base el tipo único a que se refiere el art. 27 RD 2064/1995, por los coeficientes o sumas de coeficientes reductores señalados para las contingencias excluidas en cada ejercicio económico. La cotización se liquida mensualmente y se ingresa por meses naturales vencidos"⁴⁶².

3.- Dirigentes religiosos islámicos e Imanes de las comunidades religiosas integradas en la Comisión Islámica de España: La Ley 26/1992, de 10 de noviembre, contiene el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Comisión Islámica de España (CIE), que ha de regir las relaciones de cooperación del Estado con las Comunidades de confesión musulmana establecidas en España, integra-

⁴⁶² CASTRO ARGÜELLES, M.A. y RODRÍGUEZ BLANCO, M.: "Seguridad Social de ministros de culto y religiosos", cit., pág. 185.

das en dicha Comisión e inscritas en el Registro de Entidades Religiosas. Su art. 3 reconoce como “dirigentes religiosos islámicos e Imanes de las Comunidades Islámicas” a las personas físicas dedicadas, con carácter estable, a la dirección de dichas Comunidades, comprendiendo la oración, formación y asistencia religiosa, siempre y cuando acrediten el cumplimiento de los mencionados requisitos mediante certificación expedida por la Comunidad a que pertenezcan, con la conformidad de la CIE.

Tales sujetos, por la remisión efectuada en el art. 5 de la norma al art. 1 RD 2398/1977, quedarán incluidos en el RGSS, asimilados a trabajadores por cuenta ajena. La ausencia de precisión alguna (así como de remisión al trato recibido por los clérigos de la Iglesia Católica) ha de ser entendida en el sentido de una equiparación total, máxime cuando no existe norma que desarrolle el precepto; por tal motivo, lucrarán la totalidad de prestaciones contenidas en el art. 38 LGSS, pues además no cabe “entender aplicable el régimen de prestaciones que prevé el art. 2 de ese mismo RD, exclusivamente referido a los clérigos diocesanos de la Iglesia Católica”⁴⁶³.

En cuanto a la cotización hace, las Comunidades Islámicas asumirán los derechos y obligaciones establecidas para los empresarios en el RGSS. Por las razones expuestas “las bases y tipos de cotización deberían ser, sin más, los previstos para los trabajadores incluidos en el RGSS. Sin embargo, alguna duda suscita en este punto el art. 29 RD 2064/1995 puesto que prevé también para los dirigentes religiosos islámicos e imanes de las Comunidades Islámicas integradas en la CIE la aplicación de las mismas normas específicas sobre cotización aplicables a los ministros de culto de las Iglesias y confesiones religiosas que se han incluido en el RGSS. Estas normas específicas, como se ha expuesto, prevén la reducción de la cotización aplicando coeficientes en atención a las contingencias excluidas en la acción protectora”⁴⁶⁴.

1.2. En el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos (RETA)

El art. 1.1. RD 3325/1981, de 29 de diciembre, desarrollado por O. de 19 de abril de 1983 —aclarada, a su vez, por Resolución de 20 de abril de 1983—, impuso “con carácter obligatorio” el encuadramiento y consiguiente afiliación al Régimen Especial de Trabajadores Autónomos⁴⁶⁵ de aquellos religiosos españoles⁴⁶⁶,

⁴⁶³ CASTRO ARGÜELLES, M.A. y RODRÍGUEZ BLANCO, M.: “Seguridad Social de ministros de culto y religiosos”, cit., pág. 187.

⁴⁶⁴ CASTRO ARGÜELLES, M.A. y RODRÍGUEZ BLANCO, M.: “Seguridad Social de ministros de culto y religiosos”, *Ius Canonicum*, XLIV, núm. 87, 2004, pág. 187.

⁴⁶⁵ SSTCT 23 marzo, 19 mayo y 22 noviembre 1983 (RTCT 1983, 2420, 4465 y 9959).

⁴⁶⁶ Algunos autores abogan por ampliar la referencia a religiosos de terceros países mediante convenios internacionales, VIDAL GALLARDO, M.: *Trabajo y Seguridad Social de los miembros de la Iglesia Católica*, Valladolid (Universidad), 1996, pág. 322 o MOTILLA, A.: *El status jurídico de los religiosos en el Derecho español*, Madrid (McGraw-Hill), 1997; vid. al respecto, Informes de la Tesorería de la Seguridad Social de 16 de julio de 1987 y de 15 de enero de 1990.

mayores de 18 años⁴⁶⁷, que pertenezcan a monasterios, órdenes, congregaciones, instituciones y sociedades de vida en común de Derecho Pontificio inscritas en el Registro de Entidades Religiosas del Ministerio de Justicia⁴⁶⁸ y que residan y desarrollen habitualmente su actividad en territorio español, bajo las órdenes de sus superiores religiosos y para la comunidad a la que pertenezcan, careciendo de retribución salarial alguna; tal inclusión se produce una vez iniciada la profesión temporal de tres años previa a la perpetua⁴⁶⁹, pero sin incluir los períodos previos de noviciado o similar⁴⁷⁰. La previsión, inicialmente prevista únicamente para los religiosos de Derecho pontificio, ha venido ampliada por la O 12 marzo 2004 para incluir en los mismos términos a los religiosos de Derecho Diocesano, dando así cumplimiento a la posibilidad contemplada en la DA RD 3325/1981⁴⁷¹. Por el contrario, no quedan amparados cuantos “religiosos” profesen otra confesión no perteneciente a la Iglesia Católica, gozando de protección social únicamente en los supuestos descritos en el epígrafe anterior.

En nada obstará a la decisión expuesta el hecho de que la prestación tenga carácter económico⁴⁷² o puramente religioso⁴⁷³: lo importante es cubrir una situación de desprotección a todas luces indeseable, aun cuando los umbrales de cobertura sean inferiores a los que podría haber dispensado el RGSS. Sin embargo, no cabe acudir a este último de tener en cuenta tanto la exclusión de los trabajos benévolos efectuada por el art. 1.3.d) ET para excluirlos de su ámbito de aplicación⁴⁷⁴ como la tajante negativa del Tribunal Constitucional a apreciar en

⁴⁶⁷ Lo cual “no constituye ningún requisito *ex profeso* para los religiosos, sino que es la regla general en el caso de los trabajadores por cuenta propia o autónomos, como señala el art. 7.1.b) LGSS. Esta edad se muestra en perfecta concordancia con lo dispuesto en el c. 656 del Código de Derecho Canónico, que exige la edad de 18 años para la validez de la profesión temporal, momento a partir del cual, procede la inclusión de los religiosos en el RETA”, CASTRO ARGÜELLES, M.A. y RODRÍGUEZ BLANCO, M.: “Seguridad Social de ministros de culto y religiosos”, cit., pág. 165.

⁴⁶⁸ Trayendo a colación, de nuevo, las precisiones contenidas en CASTRO ARGÜELLES, M.A. y RODRÍGUEZ BLANCO, M.: “Seguridad Social de ministros de culto y religiosos”, cit., págs. 165 y 166, cabe recordar que la mención ha de entenderse hecha, una vez derogado el Código de Derecho Canónico de 1917, a los institutos de vida consagrada, tanto religiosos como seculares, a las sociedades de vida apostólica y a los miembros de institutos seculares y de sociedades de vida apostólica, aun cuando no sean propiamente “religiosos”.

⁴⁶⁹ “Según el Derecho Canónico una de las etapas que han de cubrir las personas que aspiran a la vida religiosa es la denominada profesión temporal, por lo que aquéllas sólo se incorporan definitivamente a la vida religiosa una vez finalizados los tres años de votos temporales y hecha la profesión perpetua”, PASTOR MERINO, I.: “Sujetos protegidos, afiliación, altas y bajas”, en AA.VV. (MARTÍN VALVERDE, A. y GARCÍA MURCIA, J., Dirs. y Coords.): *Tratado Práctico de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Pamplona (Aranzadi), 2002, pág. 1517.

⁴⁷⁰ CASTRO ARGÜELLES, M.A. y RODRÍGUEZ BLANCO, M.: “Seguridad Social de ministros de culto y religiosos”, *Ius Canonicum*, XLIV, núm. 87, 2004, pág. 166.

⁴⁷¹ Y se consigue así “colmar lo que venía siendo una constante aspiración manifestada en reiteradas peticiones de las Conferencias Españolas de religiosos y religiosas”, LÓPEZ ANIORTE, M.C.: “La inclusión en el RETA de colectivos asimilados a los autónomos. Dos ejemplos paradigmáticos: religiosos de la Iglesia Católica y deportistas de alto nivel”, AS, núm. 12, 2005, pág. 86.

⁴⁷² Puede consistir en “costura, bordado, zurcido y lavado”, STCT 22 noviembre 1983 (RTCT 9959); actividades sanitarias, STCT 15 enero 1987 (RTCT 680); o labores docentes, STCT 19 mayo 1983 (RTCT 4465).

⁴⁷³ LÓPEZ ANIORTE, M^a.C.: *Ámbito subjetivo del Régimen Especial de trabajadores autónomos*, Pamplona (Aranzadi), 1996, pág. 353 y STSJ Cataluña 24 noviembre 1993 (AS 1993, 4919).

⁴⁷⁴ Así lo recuerda la STS, Cont.-Admvo., 14 mayo 2001 (RJ 4253).

tal relación los rasgos típicamente laborales⁴⁷⁵, habida cuenta en su actividad no concurren ni las notas de ajenidad⁴⁷⁶ ni la remuneración, consistiendo aquella en servicios gratuitos “sin esperar ninguna retribución a cambio” y estar “por completo ausente el interés de ganancia o de percibir contraprestación” alguna⁴⁷⁷. En definitiva, la posible relación de dependencia posiblemente existente, “está imbuida, por encima de todo, de una espiritualidad y de un impulso de gratuidad, en virtud de la profesión religiosa y de los votos de obediencia y pobreza contraídos, que impiden dotar de naturaleza contractual la actividad desempeñada por el religioso dentro de su propia comunidad religiosa y disciplinada por vínculos de carácter espiritual en atención exclusivamente a consideraciones altruistas extrañas a las relaciones de trabajo”⁴⁷⁸.

Con todo, conviene tener presente que la integración en el RETA también plantea graves problemas de coherencia jurídica⁴⁷⁹ (con gran rigor ha llegado a ser calificado como un colectivo “asimilado al trabajador por cuenta propia”⁴⁸⁰), en la medida en que fuerza a examinar, no tanto el *status* personal del individuo cuanto la actividad que desarrolla⁴⁸¹ y su subsunción en las características exigidas por el art. 3 D. 2530/1970⁴⁸². En consecuencia, procederá examinar caso por caso las dos notas decisivas: “la identidad del sujeto al que va dirigida la prestación de trabajo —la propia congregación religiosa— y el modo de llevar a cabo la actividad —no retribuida y que no signifique su calificación como susceptible de pertenecer

⁴⁷⁵ Aun cuando “la cualidad de miembro de una orden religiosa no puede determinar la deslaborización automática de la actividad profesional que presta, ni, por consiguiente, su exclusión del campo de aplicación del Régimen correspondiente de la Seguridad Social [...]. No debe haber ningún impedimento para reconocer como laboral la relación que un religioso mantiene con un tercero fuera de la comunidad a la que pertenece cuando tal actividad se subsume dentro de la participación en la actividad productiva exigida por el art. 1.1 ET, ni, en consecuencia, para determinar su inclusión en el RGSS”, STC ó 63/1994, de 28 de febrero.

⁴⁷⁶ “Aunque es claro que los religiosos desempeñan su labor dentro del ámbito organizativo de la comunidad y sometida a la dependencia de sus superiores”, BLASCO LAHOZ, J.F.: *El Régimen Especial de trabajadores autónomos*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2005, pág. 166. Los Tribunales, por el contrario, no reconocen la presencia de tal requisito en tal prestación de servicios: “falta la característica fundamental de subordinación o dependencia entre el supuesto empleador y la trabajadora”, STCT 22 mayo 1989 (RTCT 214); “el miembro de la entidad eclesiástica... se incrusta y confunde con la misma institución eclesiástica”, STCT 15 enero 1987 (RTCT 680).

⁴⁷⁷ “Naturalmente, no perciben retribución alguna de su comunidad, con su colaboración presidida por un espíritu religioso”, STCT 15 enero 1987 (RTCT 680).

⁴⁷⁸ CASTRO ARGÜELLES, M.A. y RODRÍGUEZ BLANCO, M.: “Seguridad Social de ministros de culto y religiosos”, cit., pág. 167.

⁴⁷⁹ Pues no existe el ánimo lucrativo exigido por el art. 2.1 Decreto 2539/1970.

⁴⁸⁰ CUBAS MORALES, A.: “Por un nuevo régimen de Seguridad Social para los trabajadores autónomos: Cuatro bases y una cuestión de principios”, RTSS, núm. 20, 1995, pág. 171.

⁴⁸¹ “Las características que presenta el trabajo en comunidad de los religiosos ofrece una serie de rasgos comunes con el trabajo por cuenta propia que realizan determinadas personas en las empresas, cooperativas o sociedades colectivas y que determina... la existencia de dificultades de orden jurídico y legal para asimilar a los religiosos a los trabajadores por cuenta ajena”, BLASCO LAHOZ, J.F.: *El Régimen Especial de trabajadores autónomos*, cit., pág. 165 y BLASCO LAHOZ, J.F.; LOPEZ GANDIA, J. y MOMPARTLER CARRASCO, M^a.A.: *Régimenes Especiales de la Seguridad Social*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2005, pág. 65.

⁴⁸² *Contra*, BALLESTER PASTOR, I.: “Régimen Especial de trabajadores autónomos”, en AA.VV. (GARCÍA NINET, J.I., Dir.): *Régimenes Especiales de la Seguridad Social*, Valencia (CISS), 1998, pág. 93 y LÓPEZ ANIORTE, M^a.C.: *Ámbito subjetivo del Régimen Especial de trabajadores autónomos*, cit., pág. 351.

a otro Régimen del sistema—”⁴⁸³. La conclusión sobre el encuadramiento puede ser simplificada en la siguiente frase: “no es la pertenencia a una comunidad religiosa lo que ha de determinar la consideración de si es o no una relación laboral, sino el tipo de actividad que se lleve a cabo por los religiosos”⁴⁸⁴.

Sin embargo, la complejidad de la cuestión no acaba en la reflexión anterior. El art. 1.2 RD 3325/1981⁴⁸⁵ introduce una previsión que vuelve a modificar —en este caso con toda lógica— el estado de la cuestión: cuando el religioso desarrolle efectivamente un trabajo por cuenta ajena⁴⁸⁶ (aun cuando sea para la propia Congregación⁴⁸⁷), la condición personal habrá de ceder ante la material del esfuerzo productivo y el RETA ante el RGSS⁴⁸⁸ o, más genéricamente “cuando

⁴⁸³ BALLESTER PASTOR, I.: “Régimen Especial de trabajadores autónomos”, cit., págs. 93 y 94.

⁴⁸⁴ BALLESTER PASTOR, M^a.A. y BALLESTER PASTOR, I.: “La Sentencia 63/1994, de 28 de febrero, del Tribunal Constitucional, o la definitiva deslaboralización de la prestación de servicios del religioso a su propia Congregación”, TS, núm. 46, 1994, pág. 49.

⁴⁸⁵ “A *sensu* contrario, podría deducirse que a los religiosos que trabajen para un tercero distinto de la congregación religiosa si se les reconocerá la existencia de una relación laboral y, por tanto, cualquiera que sea la entidad para la que el religioso presta sus servicios debería ser encuadrado en el Régimen General, pues realiza una labor propiamente laboral”, BALLESTER PASTOR, M^a.A. y BALLESTER PASTOR, I.: “La Sentencia 63/1994, de 28 de febrero, del Tribunal Constitucional, o la definitiva deslaboralización...”, cit., pág. 49.

⁴⁸⁶ Es decir, “cuando se trata de actividades prestadas por los miembros de una congregación, fuera de la misma, y por cuenta de un sujeto diverso, los órganos judiciales no dudan en reconocer la existencia de un vínculo laboral”, LÓPEZ ANIORTE, M.C.: “La inclusión en el RETA de colectivos asimilados a los autónomos. Dos ejemplos paradigmáticos: religiosos de la Iglesia Católica y deportistas de alto nivel”, cit., pág. 87. Los Tribunales recogen los ejemplos siguientes: religiosa que imparte clases particulares a título lucrativo, STSJ Cataluña 23 septiembre 1999 (AS 3854); ha sido contratado con fines docentes por una institución pública o privada, STS 16 marzo 1994 (RJ 2491) ó STSJ Andalucía/Granada 5 octubre 1993 (AS 4315); en fin, religiosos secularizados que continúan trabajando para la comunidad, LÓPEZ ANIORTE, M^a.C.: *Ámbito subjetivo del Régimen Especial de trabajadores autónomos*, cit., págs. 348-349. En este sentido, STCT 19 mayo 1983 (RTCT 4465).

⁴⁸⁷ Si “la razón fundamental de la exclusión del ámbito laboral de este tipo de relación reside en la falta de remuneración, en el supuesto hipotético de que los servicios del religioso fueran en efecto retribuidos por parte de la congregación, no se acierta a comprender cuál pueda ser el obstáculo que se opone al nacimiento del contrato de trabajo, partiendo del presupuesto de que ni el art. 1.3 ET ni norma legal alguna excluyen este tipo de relación del Derecho del Trabajo”, LÓPEZ ANIORTE, M.C.: “La inclusión en el RETA de colectivos asimilados a los autónomos. Dos ejemplos paradigmáticos: religiosos de la Iglesia Católica y deportistas de alto nivel”, cit., pág. 90; por otra parte, en la página siguiente, alude la autora a varios supuestos con iguales conclusiones, como son los de quienes trabajan para una congregación estando ausentes las motivaciones religiosas (seglares que desarrollan una actividad por cuenta de la Comunidad) o cuantos religiosos que, tras su secularización, continúan desarrollando una actividad para la entidad religiosa.

⁴⁸⁸ Sobre si tal regla supone una prohibición de afiliación simultánea a varios regímenes de la Seguridad Social, aludiendo especialmente a cuantos religiosos prestan servicios docentes en un Centro dependiente de la Congregación u Orden Religiosa, CASTRO ARGÜELLES, M.A. y RODRÍGUEZ BLANCO, M.: “Seguridad Social de ministros de culto y religiosos”, cit., págs. 169-170; se ha de tener en cuenta, no obstante, que el art. 2.2 O 24 septiembre 1970, que regula las normas de aplicación del RETA, establece con carácter general que la inclusión no quedará afectada por la realización simultánea de otras actividades, por cuenta propia o ajena, que den lugar a su inclusión en alguno o algunos de los restantes Regímenes de la Seguridad Social. No obstante, añaden los autores que cuando el centro es concertado, “siempre que haya una declaración de la entidad religiosa con la conformidad expresa del religioso de que entre ambos no existe relación laboral, el Ministerio de Educación y Ciencia [MEC] abona a la entidad religiosa una cantidades equivalentes a la retribución de esos profesores. Pese a la existencia de esas retribuciones, el religioso sigue dado de alta en el RETA y los costes de la Seguridad Social son asumidos por la Administración educativa”, conforme dispone el Acuerdo de 30 de octubre de 1989 entre el MEC y la Federación Española de Religiosos de la Enseñanza. “Desde esta perspectiva, encuadrado un religioso católico en el Régimen General no sería viable su integración en el RETA en el supuesto de que el trabajo por cuenta ajena fuera compaginado con otro para su propia congregación. Tal decisión normativa se fundamentaría en la naturaleza misma de esta última actividad: el religioso católico que presta servicios para su comunidad, en puridad, no es trabajador autónomo. Por ello, y, en la medida en que la integración de este colectivo en el RETA tuvo como finalidad exclusiva obviar su completa desprotección, se estaría dispensando de la inclusión en este Régimen a todo aquel profes que, por desarrollar una actividad por cuenta ajena, ya se encontrara amparado por el sistema de la Seguridad Social”, LÓPEZ ANIORTE, M.C.: “La inclusión en el RETA de colectivos asimilados a los autónomos. Dos ejemplos paradigmáticos: religiosos de la Iglesia Católica y deportistas de alto nivel”, cit., págs. 94 y 95.

desarrollen una actividad profesional que de lugar a su inclusión en cualquiera de los Regímenes que integran el sistema de la Seguridad Social”⁴⁸⁹.

Respecto a las prestaciones a obtener, vuelven a quedar excluidas la protección por muerte y supervivencia, maternidad y riesgo por embarazo⁴⁹⁰; la jubilación quedó sometida a la entrada en vigor de la norma a las condiciones transitorias contenidas en su DT⁴⁹¹ y, en fin —con criterio dispar entre los Tribunales Superiores de Justicia; pendiente, por tanto, de una posible unificación de doctrina— tienen vedado el acceso a las no contributivas⁴⁹². En cuanto a la cotización, “el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social podrá autorizar la concertación de fórmulas de colaboración en la gestión entre el INSS, TGSS y los Monasterios, Órdenes, Congregaciones, Institutos y Sociedades de Vida Común y Conferencias de religiosos para las afiliaciones, altas, bajas, cotización y recaudación de las cuotas” (art. 3).

⁴⁸⁹ Como pudiera ocurrir cuando por las características de la actividad deba estar incluido, por ejemplo, en el Régimen Agrario, CASTRO ARGÜELLES, M.A. y RODRÍGUEZ BLANCO, M.: “Seguridad Social de ministros de culto y religiosos”, cit., pág. 169; un ejemplo en los Tribunales en la ya citada STSJ Cataluña 24 noviembre 1993 (AS 4919).

⁴⁹⁰ “Se les excluye de la protección por muerte y supervivencia porque por los compromisos que adquieren no pueden dejar cónyuge viudo ni huérfanos, y dado que han de residir en su propia casa religiosa haciendo vida en común no pueden tener familiares que dependan de ellos y que a su muerte puedan convertirse en beneficiarios de una pensión a favor de familiares en el art. 176 LGSS”, CASTRO ARGÜELLES, M.A. y RODRÍGUEZ BLANCO, M.: “Seguridad Social de ministros de culto y religiosos”, cit., pág. 173.

⁴⁹¹ Una cuestión añadida venía dada por determinar si para este grupo de asegurados de incorporación tardía los requisitos que daban derecho a la regulación transitoria de la carencia reducida de la pensión de jubilación eran sólo los establecidos en la DT 3ª RD 1799/1985, de 2 de octubre, que es la norma especial sobre la materia; o si, alternativamente, a tales requisitos debía añadirse el de haber cumplido 60 años en el momento de entrada en vigor de la Ley 26/1985, de 31 de julio (es decir, el 1 de agosto de 1985), que establece con carácter genérico para los asegurados de varios regímenes de Seguridad Social, entre ellos el RETA, la DT 2ª de dicha Ley 26/1985. El Tribunal Supremo determinó que “en la aplicación de la carencia reducida prevista en el RD 1799/1985 para los grupos de asegurados de incorporación tardía al RETA no debe exigirse el requisito de cumplimiento de 60 años en el día de entrada en vigor de la Ley 26/1985”, STS 22 octubre 1993 (RJ 7857); en el mismo sentido, y entre muchas otras, SSTs 24 y 25 junio 1993 (RJ 4920 y 4926), 5 julio 1993 (RJ 5548), 23 diciembre 1993 (RJ 10008) ó 5 abril 1994 (RJ 2989).

⁴⁹² Aun cuando en un primer momento no se consideró la comunidad religiosa como unidad económica de convivencia a efectos del art. 11.2 RD 357/1991, de 15 de marzo, por el que se desarrolla, en materia de pensiones no contributivas, la Ley 26/1990, de 20 de diciembre, por la que se establecen prestaciones no contributivas [STSJ Asturias 15 abril 1994 (AS 1546)], posteriormente se ha fundamentado lo siguiente: “el concepto de unidad económica queda fijado en la propia disposición en su número 4 al establecer que ‘existirá unidad económica en todos los casos de convivencia de un beneficiario con otras personas, sean o no beneficiarias, unidas con aquél por matrimonio o por lazos de parentesco de consanguinidad hasta el segundo grado’. Bien es cierto que aquí no cabe incluir a las Comunidades religiosas, pero el concepto de unidad económica a los efectos que aquí nos interesan, no queda reducido exclusivamente a la convivencia de personas unidas por lazos de parentesco, ni se agota contemplando estas situaciones, pues la norma legal sin duda deja abierta la posibilidad de otras formas de unidad económica, así se desprende de la propia redacción del Texto Legal citado pues el que exista en todos aquellos casos de convivencia de personas unidas por lazos de parentesco, no excluye ni cierra otras posibilidades, pues si la Ley quisiera contemplar únicamente dicho supuesto, con exclusión de todos los demás, la redacción sería otra, como por ejemplo: ‘Sólo existirá unidad económica ...’. Parece pues evidente que el legislador contempla otros casos de convivencia que pueden determinar la existencia de unidad económica a los efectos de establecer si dentro de aquélla existen ingresos suficientes que permiten atender a las necesidades básicas de los miembros que la integran o por el contrario la insuficiencia o escasez de los mismos determinan una situación de necesidad preteble susceptible de ser atendida mediante la concesión de este tipo de prestación no contributiva. Así pues, teniendo en cuenta por lo dicho que la prestación asistencial, cuya razón de implantación responde a la concurrencia de una situación de necesidad vital de subsistencia en función de determinadas circunstancias, no parece compatible ni debe tener como destinatario a quien como el demandante se encuentra integrado en una Orden religiosa, que le cubre las necesidades básicas de sustento, cuyos miembros viven en régimen de Comunidad y cuya pertenencia a la misma es fruto de una opción voluntaria, libre y personal que implica la asunción de un compromiso, que supone haber contraído el voto de pobreza, proporcionándole dicha Orden religiosa alimentación, alojamiento y vestuario, circunstancias todas ellas que hacen decaer la prestación no contributiva solicitada que, insistimos, está destinada y va dirigida a paliar las situaciones de necesidad”, STSJ Galicia 10 julio 1997 (AS 2548).

2. La pensión de jubilación de sacerdotes y religiosos de la iglesia católica secularizados. Cómputo de periodos anteriores a su inclusión en el sistema de Seguridad Social

La amplia carencia exigida para generar el derecho a la pensión de jubilación, unida a la tardía incorporación al sistema español de Seguridad Social de los sacerdotes y religiosos y religiosas de la Iglesia Católica suscitó en su momento fuertes controversias entre dicho colectivo en relación con aquellos periodos anteriores a su efectiva inclusión en los mecanismos de aseguramiento público en los cuales vinieron ejerciendo igualmente los cometidos propios a tal condición. Fechas remotas y legislaciones confesionales y prohibicionistas ya superadas debido a las cuales el problema no ha existido para otras religiones profesadas desde antiguo en España y que, a buen seguro, contaban con ministros o representantes que asumían diversas funciones religiosas aun cuando fueran realizadas en secreto; solo el tiempo podrá confirmar si el legislador se verá obligado en el futuro a implementar normativas semejantes para otros cultos.

La DA 10ª Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, puso la primera piedra en el camino hacia una solución satisfactoria habilitando —o mejor, conminando— al Gobierno para aprobar las normas necesarias (RRDD 487/1998, de 27 de marzo y, para completarlo, 2655/2000, de 11 de diciembre) que, a la postre y en un claro supuesto de *factio iuris*⁴⁹³, reconocieran como cotizados a la Seguridad Social los periodos de actividad sacerdotal o religiosa de los sacerdotes y religiosos o religiosas de la Iglesia Católica secularizados realizados con fecha anterior a la integración de los correspondientes colectivos en el sistema de la Seguridad Social. En definitiva, “la finalidad del cómputo de tales periodos consiste en permitir a este colectivo lucrar una pensión de jubilación o, en su caso, obtener una mayor cuantía de la que correspondería si se contabilizaran, tan sólo, los periodos efectivamente cotizados, proporcionándoles de esta manera un tratamiento sensiblemente mejor que al resto de colectivos integrados tardíamente al RETA y, por qué no decirlo, que a quienes continuaron desempeñando fielmente sus tareas propias en el seno de la Iglesia”⁴⁹⁴.

⁴⁹³ SSTSJ Madrid 9 noviembre 2001 (AS 477) y Cataluña 9 enero 2002 (AS 1105).

⁴⁹⁴ TASCÓN LÓPEZ, R.: “La competencia jurisdiccional para conocer de la impugnación de los actos de Seguridad Social relativos a la constitución y exigencia del capital coste de las pensiones de sacerdotes y religiosos secularizados. Una nueva sombra en el ya de por sí oscuro reparto de competencias en materia de Seguridad Social”, AS, núm. 16, 2002, pág. 44. En efecto, según el art. 59.2 OM 24 septiembre 1970 a quienes mantienen su actividad no se les permite integrar las posibles lagunas de cotización derivadas de periodos en los que no existió obligación de cotizar”, lo que significa que su valor para el cálculo de la base reguladora es cero, tal y como recoge a *sensu contrario* la DA 8ª.2 LGSS, que determina la aplicación de los arts. 140.4 y 162.1 LGSS, en materia de integración de lagunas de cotización, sólo a los trabajadores por cuenta ajena de los Regímenes Especiales de la Minería del Carbón, Agrario y Trabajadores del Mar”, BLASCO LAHOZ, J.F. y FERNÁNDEZ PRATS, C.: “La aplicación del reconocimiento como cotización a la Seguridad Social de los periodos de actividad religiosa de los religiosos y religiosas de la Iglesia Católica cuando cesan en la profesión religiosa, a los efectos de cotización”, RL, núm. 4, 2002, pág. 54; así lo hacen notar, con evidente dosis de perplejidad, las STS 28 febrero 2001 (RJ 2824) y STSJ Aragón 2 mayo 2001 (AS 1654).

2.1. Cómputo para la obtención de la prestación

En primer lugar, para la obtención *ex novo* de la prestación, el art. 2 RD 487/1998 reconoce como cotizados a la Seguridad Social el número de años de ejercicio sacerdotal o de profesión de religión necesarios para que, sumados a los de cotización efectiva acreditados, alcancen los quince exigidos para generar el derecho a la pensión de jubilación, eximiendo igualmente de la carencia específica (requiriendo que al menos dos lo hayan sido en los quince inmediatamente anteriores). El ámbito subjetivo de la medida aparece limitado a quienes, habiendo ostentado la condición de sacerdotes o religiosos y religiosas de la Iglesia Católica, se hubieran secularizado o cesado en la profesión religiosa antes del 1 de enero de 1997, siempre y cuando hubieran cumplido los 65 años y no generaran el beneficio en su modalidad contributiva⁴⁹⁵ (art. 1), pues en caso contrario resultará aplicable el supuesto siguiente, contemplado en el RD 2665/1998, de 11 de diciembre.

Los lapsos a considerar, en cualquier caso, han de tener dos referentes ineludibles: un *dies a quo* al cual retrotraerse para comenzar el cómputo y un *dies ad quem* como límite temporal superior. Respecto al primero, y dada la omisión de referencia alguna en las normas reguladoras, el Tribunal Supremo⁴⁹⁶ consideró que no cabía tomar en consideración todos los años de ejercicio sacerdotal o de profesión religiosa anteriores, sino que, al contrario, el tope debía quedar situado para los clérigos en el 1 de enero de 1967 (al menos como regla general, conforme a la DT 1ª O 19 diciembre 1967) y, para los religiosos, en el 1 de enero de 1962 (momento de creación de la primera Mutualidad de Trabajadores Autónomos)⁴⁹⁷; en cuanto al segundo, legal y expresamente previsto,

⁴⁹⁵ Al que cabe añadir la necesidad de que la actividad sacerdotal o religiosa hubiera sido desarrollada en territorio español —siempre y cuando no hubiera Convenio Internacional en contrario—, pues es uno de los requisitos para la afiliación al RETA previsto tanto en los arts. 7 LGSS y 3 D 2530/1970 como, más específicamente para estos colectivos, en el art. 1.1. RD 3325/1981 y O 12 marzo 2004; al respecto, por todas, STS 17 diciembre 2001 (RJ 3271).

⁴⁹⁶ Ratificado por STCo 88/2005, de 18 de abril.

⁴⁹⁷ “De haberse querido introducir en el sistema asegurativo público una regla tan excepcional como la de asimilar a cotizado todo el periodo de vida sacerdotal o consagrada... se habría dispuesto así de modo expreso y concluyente”, SSTS (3) 28 febrero 2001 (RJ 2824, 2827, 2828). En cualquier caso, y a pesar de la diferencia de fechas para determinar el *dies a quo*, en la práctica no hay problemas de desigualdad de trato, conforme razona el primer pronunciamiento de los citados en la siguiente exposición, basada en que cada uno de ellos tiene sus propias normas reguladoras y que, lógicamente, no establecen un régimen común: “Parece oportuno realizar finalmente una puntualización para responder a la posible objeción sobre una posible desigualdad de trato que puede surgir entre sacerdotes y religiosos si se aplica esta doctrina, ya que los primeros resultan beneficiados al fijar el *dies a quo* del cómputo, pues las reglas del Régimen General permiten una retroacción mayor. Porque siendo en efecto así, ello no es consecuencia de este pronunciamiento, sino que se deriva de un lado, del propio RD 478/1998 que en su disposición adicional única, obliga a acudir para cada colectivo a las normas de su respectivo régimen. Y de otro, del hecho de que dichos colectivos no han recibido nunca el mismo trato. Desde el primer momento quedaron integrados en regímenes y fechas distintos. Y esa circunstancia, nada neutra, aparece implícitamente justificada en las normas de integración en razón a la distinta actividad que desempeñan unos y otros. Los clérigos diocesanos, que fueron los primeros en ser incluidos en el Sistema en el año 1977, se caracterizan —según señala expresamente el Decreto 2398/1977— por ‘desarrollar una actividad pastoral al servicio de la comunidad’. Mientras que la actividad de los religiosos, es normalmente de ámbito más específico y restringido, y redunda en beneficio de la Orden o Comunidad a la que pertenecen. Por eso el Real Decreto afirma que ‘ofrece una serie de rasgos comunes con el trabajo por cuenta propia en empresas cooperativas’, y ordena su inclusión en el RETA. Y fue también distinto el trato dispensado y el nivel de exigencia en el momento de la integración. Así para los sacerdotes, la transitoria 1ª de la Orden de 19 de diciembre de 1977, y a los ‘efectos del reconocimiento del derecho a las prestaciones de invalidez permanente, jubilación y muerte y supervivencia’, autorizó a los que tuvieran cumplida la edad de 55 años el día 1 de enero de 1978 ‘a ingresar las cuotas de los periodos comprendidos entre dicha fecha y el día en que el clérigo hubiera cumplido dicha edad, con la fecha tope de 1 de enero de 1967’. Y la transitoria 2ª dispuso

viene dado por las fechas en las cuales operó la integración: el 1 de enero de 1978 en el supuesto de sacerdotes secularizados (y para el RGSS) y el 1 de mayo de 1982 para quienes abandonaron la profesión religiosa (en este caso, para el RETA). A tales efectos, el interesado, junto a la oportuna solicitud, debe aportar la correspondiente acreditación expedida por el Ordinario correspondiente para los primeros y por la autoridad competente de la respectiva Congregación para los segundos.

Para calcular el montante de la pensión, “se tomarán, en primer lugar y si las hubiere, las bases reales de cotización acreditadas durante el período que integre la base reguladora, y las lagunas se completarán con las bases mínimas de cotización, previstas para los trabajadores mayores de dieciocho años en el régimen de que se trate, y que hubiesen correspondido a los meses que se les reconozca, contados, hacia atrás, desde la fecha de petición” (art. 3). A su vez, y como contrapartida a los beneficios que el cómputo de los períodos indicados supone para los interesados —y, por tanto, en orden a evitar “un riesgo de desequilibrio para la caja del sistema”⁴⁹⁸—, le será exigido el abono de una compensación económica consistente en el capital coste de la parte de la pensión derivada de los años reconocidos como cotizados en la mentada *factio iuris*. Más en concreto, esa cuantía a capitalizar “será el resultado de aplicar a la correspondiente base reguladora el porcentaje obtenido de multiplicar por 3,33 el número de años que hayan sido reconocidos como cotizados a la Seguridad Social por el mencionado ejercicio sacerdotal o la profesión religiosa”, si bien su efectivo ingreso admite el aplazamiento por un período máximo de quince años fraccionado en pagos mensuales a deducir en cada mensualidad de la pensión reconocida (art. 4).

2.2. Cómputo para el incremento de la pensión

La norma recién examinada, “como primer paso que pretendía atender las situaciones de mayor necesidad de quienes por su inclusión tardía no hubieran podido acceder a la pensión de jubilación”⁴⁹⁹, vino a ser completada por el RD 2665/1998, de 11 de diciembre, con la finalidad de reconocer un incremento

que si se producía el hecho causante —lógicamente se refiere a producción posterior a la integración— ‘el ingreso se efectuara con independencia de la edad del interesado, por el período necesario para completar el mínimo de cotización por dichas contingencias’. Por lo que atañe a los religiosos, la transitoria única del RD 3325/1981 no introdujo, sin embargo, ninguna excepción ni para los mayores de 55 años, ni para los supuestos de hecho causante próximo a la integración. Y además exigió a los mayores de 65 años, para poder causar pensión de jubilación dos requisitos que no pidió a los sacerdotes: a) acreditar en la fecha del hecho causante, al menos, una cotización efectiva de 6 meses; b) ‘seguir abonando, una vez causada la pensión, las cuotas que sean necesarias para completar el período mínimo de cotización, mediante su deducción mensual del importe de la pensión reconocida’; exigencia, ésta sí, similar a la establecida para los sacerdotes; y c) abonar, además de las cuotas necesarias para completar el período mínimo de carencia, ‘el importe a que ascienda el valor del capital coste de la pensión reconocida correspondiente a un período equivalente a la que falte para completar el período mínimo de cotización exigido’”. En el mismo sentido, y reduciendo al mínimo el vasto elenco, SSTs 1 marzo 2001 (RJ 3832), 2 abril 2001 (RJ 3412), 5 y 10 octubre 2001 (RJ 9589 y 9596), 4, 19 y 26 febrero 2002 (AS 2652, 4360 y 4641), 28 junio 2002 (RJ 9081) o 9 diciembre 2004 (RJ 2005/582).

⁴⁹⁸ STS 28 febrero 2001 (RJ 2824) y STSJ Aragón 2 mayo 2001 (AS 1654).

⁴⁹⁹ CASTRO ARGÜELLES, M.A. y RODRÍGUEZ BLANCO, M.: “Seguridad Social de ministros de culto y religiosos”, cit., pág. 190.

en la ya reconocida o en cuantas pudieran ser reconocidas en el futuro (en virtud de cotizaciones efectivamente realizadas con posterioridad y sin tener en cuenta, en principio, las de aquellos períodos cumplidos antes de su inserción en la Seguridad Social) a quienes, habiendo ostentado la condición de sacerdotes o religiosos y religiosas de la Iglesia Católica, se hubieran secularizado o cesado en la profesión religiosa antes del 1 de enero de 1997 (art. 1). Por la identidad entre la regulación legal ofrecida por el RD 2665/1998 y el RD 487/1998, baste remitir a las reflexiones vertidas en el supuesto anterior sobre los períodos temporales a considerar como cotizados y la necesaria acreditación documental.

No obstante, las reglas particulares son variadas y de notable trascendencia, pudiendo quedar expuestas como a continuación sigue:

— Los años efectivamente cotizados a la Seguridad Social, sumados a los períodos a reconocer como tales en la ficción legal, en ningún caso podrán superar el número de 35, y aquellos asimilados en virtud del RD 487/1998 tampoco podrán ser objeto de nuevo reconocimiento (art. 2.2 RD 2665/1998).

— La nueva pensión a obtener será el resultado de un nuevo cálculo, aplicando a la base reguladora el porcentaje oportuno en función de los años de cotización, considerando tanto los efectivamente cotizados como los ulteriormente reconocidos, de conformidad con la escala vigente en la fecha de solicitud de reconocimiento de los períodos de ejercicio sacerdotal o religioso. Tal operación, en ningún caso podrá dar lugar a una reducción del porcentaje de la base reguladora previamente reconocida y la cuantía será actualizada según las revalorizaciones comprendidas entre las fechas de efectos de la pensión originaria y la modificada, teniendo esta última lugar a partir del día siguiente al de la solicitud del reconocimiento (art. 3).

— Existe igualmente la obligación de abonar el capital coste de la parte de pensión que se derive de los años de ejercicio sacerdotal o religioso reconocidos como cotizados a la Seguridad Social. Si ya se viniera disfrutando, el incremento equivaldrá a la diferencia entre su cuantía y la procedente al aplicar los períodos de ejercicio equiparados. En caso contrario, cuando hubiera de ser calculada, la suma será igual al resultado de aplicar a la correspondiente base reguladora unos porcentajes variables: el 3,33 % por cada uno de los años asimilados situados dentro de los quince primeros; el 3 % para los comprendidos entre el decimosexto y el vigésimo quinto; y el 2 % para los posteriores. Sea como fuere, en cualquier caso el abono “podrá ser diferido por un período máximo de quince años y fraccionado en pagos mensuales deducibles de cada mensualidad de pensión”, a ampliar “como regla necesaria de equidad”⁵⁰⁰, “en la medida necesaria para que, en ningún caso, la amortización del capital coste suponga una cuantía mensual superior a la adicional recibida, en función de los años de ejercicio sacerdotal o religioso reconocidos” (art. 4).

⁵⁰⁰ TASCÓN LÓPEZ, R.: “La competencia jurisdiccional para conocer de la impugnación de los actos de Seguridad Social relativos a la constitución y exigencia del capital coste de las pensiones de sacerdotes y religiosos secularizados. Una nueva sombra en el ya de por sí oscuro reparto de competencias en materia de Seguridad Social”, cit., pág. 44.

— Los períodos reconocidos como cotizados serán igualmente computables para las “pensiones causadas o que puedan causar los funcionarios encuadrados en el Régimen de Clases Pasivas del Estado, que previamente hubieran ostentado la condición de sacerdotes o religiosos de la Iglesia Católica” (DA 2ª RD 2665/1998), en consonancia con la posibilidad de totalizar con los períodos acreditados en un régimen los asimilados a cotizados en otro distinto expresamente prevista por el art. 4.1 RD 691/1991, de 12 de abril, sobre cómputo recíproco de cuotas entre regímenes de Seguridad Social. En este caso, el abono del capital coste⁵⁰¹ que pudiera derivarse de la toma en consideración en la pensión de Clases Pasivas del período de dedicación a su ejercicio sacerdotal o religioso se ingresará en el Tesoro Público. A su vez, el RD 432/2000, de 31 de marzo, al derogar la DA comentada, regula “los criterios para el cálculo de la parte de pensión de jubilación o retiro a cargo del interesado, que siempre deben estar en consonancia con la legislación del citado Régimen, al ser la que se aplicará para el reconocimiento y cuantificación del derecho a pensión y las consecuencias que el cómputo de los períodos asimilados deba tener en las pensiones en favor de familiares, y por ende en sus beneficiarios, cuya base reguladora siempre está constituida, en la legalidad vigente, por la pensión que tuviera reconocida el causante del derecho, o la que le hubiera correspondido si hubiera fallecido sin estar declarado jubilado o retirado” (conforme reza su Exposición de Motivos)⁵⁰².

2.3. Competencia jurisdiccional en la materia

Entre la elevada litigiosidad derivada de las solicitudes atinentes a las pensiones reconocidas o incrementadas tomando en consideración períodos de ejercicios sacerdotal o religioso asimilados a cotizados, las relativas al abono del capital coste ocupan un lugar privilegiado, tema monopolizado por la determinación del orden jurisdiccional competente para conocer de los recursos o impugnaciones de las resoluciones dictadas por las entidades gestoras. Como bien es conocido, la competencia judicial en materia de Seguridad Social presenta en el sistema judicial español un evidente carácter híbrido⁵⁰³, habida cuenta el artículo 2.b) LPL atribuye competencia a los órganos jurisdiccionales del orden social para conocer de las cuestiones litigiosas promovidas en materia de Seguridad Social, incluida la protección por desempleo⁵⁰⁴. Ahora bien, más adelante, la propia LPL [art.

⁵⁰¹ No atenta contra el principio de igualdad el hecho de exigir también el abono del capital coste para cuantos sacerdotes o religiosos acceden a la pensión como funcionarios, como exponen y razonan, entre muchas otras, SSAN, Cont-Admto., 16 diciembre 2002 (RJA 2003/62), 10 julio 2003 (JUR 2004/275866), 8 noviembre 2004 (JUR 287685) ó 7 marzo 2005 (JUR 230408).

⁵⁰² Un examen en detalle en CASTRO ARGÜELLES, M.A. y RODRÍGUEZ BLANCO, M.: “Seguridad Social de ministros de culto y religiosos”, cit., págs. 191-193 ó MARTÍNEZ LÓPEZ, F.: “La seguridad Social de los Sacerdotes y Religiosos”, TS, núm. 120, 2000, pág. 103.

⁵⁰³ Exponiendo tal carácter, GONZÁLEZ ORTEGA, S.: “La extensión de la jurisdicción social en materia de Seguridad Social y otras afines”, *RL*, T. II, 1990, págs. 353 y ss. y MÁRQUEZ PRIETO, A.: *La materia contenciosa de Seguridad Social*, Valencia (Tirant lo Blanch), 1997, págs. 40-41.

⁵⁰⁴ De tan genérica asignación competencial cabe deducir que el ámbito del orden social en materia de Seguridad Social comprende, en realidad, los litigios sobre actos de encuadramiento en el sistema y sobre el reconocimiento de prestaciones, GÓMEZ ABELLEIRA, F. J.: *El proceso especial de Seguridad Social*, Madrid (Edersa), 1999, pág. 18. Estudios

3.b)] excluye los supuestos de impugnación “de las resoluciones dictadas por la Tesorería General de la Seguridad Social en materia de gestión recaudatoria o, en su caso, por las Entidades Gestoras en el supuesto de cuotas de recaudación conjunta, así como de las relativas a las actas de liquidación e infracción”⁵⁰⁵, cuyo conocimiento corresponderá al orden contencioso-administrativo⁵⁰⁶.

La línea de disección no es, sin embargo, nítida, como bien hace notar la jurisprudencia: “la delimitación entre la Jurisdicción Laboral y la Jurisdicción Contencioso-Administrativa constituye un capítulo clásico en la doctrina, y representa una de las tradicionalmente denominadas ‘zonas grises’ en la determinación del ámbito competencial de ambos Órdenes Jurisdiccionales”⁵⁰⁷. En efecto, existen actos de la Seguridad Social en los cuales van a aparecer unidas —en mezcolanza de difícil decantación— cuestiones relativas al reconocimiento o disfrute de prestaciones —la revisión de una pensión— con otras concernientes a aspectos de pura gestión económica —como sería el cobro de una cantidad en concepto de compensación económica por el capital coste de dicha pensión—. Discernir cuál de los dos elementos ha de prevalecer constituye el nudo gordiano de la cuestión. La frontera habría de quedar fijada “en función de que prime en la controversia el aspecto prestacional, en cuyo caso la competencia sería del orden social, o bien lo haga el aspecto recaudatorio, en cuyo caso correspondería su conocimiento al orden contencioso”⁵⁰⁸.

Para algún pronunciamiento, el asunto trata principalmente “sobre la amortización de una deuda... que requiere de una acción recaudatoria... del capital coste renta y debe aplicarse, por tanto, el citado artículo 3.b) LPL”⁵⁰⁹, el cual determina el sometimiento de la controversia a los Tribunales del orden contencioso-administrativo. No supone óbice alguno para tal consideración,

en profundidad, entre otros, CRUZ VILLALÓN, J.: “El reparto de conocimiento jurisdiccional en materia de Seguridad Social”, en AA.VV.: *Problemas de delimitación de competencias entre el orden contencioso-administrativo y el orden social de relaciones laborales en el sector público*, Madrid (CGPJ), 1993, págs. 295 y ss.; GONZÁLEZ ORTEGA, S.: “La extensión de la jurisdicción social en materia de Seguridad Social y otras afines”, cit., págs. 353 y ss. o MÁRQUEZ PRIETO, A.: *La materia contenciosa de Seguridad Social*, cit., pgs. 40-41.

⁵⁰⁵ Tal precepto adquiere su redacción definitiva por la Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa, de 13 de julio de 1998. Al respecto, BLANCO MARTÍN, J. M.: “Las novedades en el proceso laboral contenidas en la Ley 29/1998, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa”, *RL*, núm. 20, 1998, pág. 39 ó REQUENA NAVARRO, A. B.: “Repercusión de la nueva Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa en la delimitación competencial de los órdenes social y contencioso”, *AS*, núm. 9, 1998, pág. 85.

⁵⁰⁶ Así, por ejemplo, resulta competente el orden contencioso-administrativo para conocer de las controversias surgidas en torno a la notificación de eventuales descubiertos [ATS, Sala de Conflictos, 23 noviembre 1987 (RJ 8720)], de todo lo relativo a la liquidación de cotizaciones [STS 9 junio 1988 (RJ 4552)], devolución de cuotas [STS 23 marzo 1988 (RJ 2282)], determinación de la obligación de cotizar [SSTS 19 junio 1995 (RJ 5901) y 16 diciembre 1996 (RJ 9712)] o, por no seguir con una lista que podría ser significativamente más larga, de los litigios surgidos a partir de requerimientos de ingreso de las cuotas adeudadas [STS 7 octubre 1996 (RJ 7498)].

⁵⁰⁷ Entre otras, STS 31 enero 2000 (RJ 667).

⁵⁰⁸ MARTÍNEZ BARROSO, M.R.: “La competencia jurisdiccional en materia de Seguridad Social”, *AS*, núm. 5, 2002, pág. 957. Así lo expresa también la jurisprudencia cuando afirma que “la materia de Seguridad Social aparece dividida de manera que, en términos generales, lo prestacional corresponde al orden social y lo recaudatorio al orden contencioso-administrativo”, STS 31 enero 2000 (RJ 667).

⁵⁰⁹ Baste citar un ejemplo de la ingente cantidad de pronunciamientos en tal sentido, STSJ País Vasco 12 marzo 2002 (JUR 220201).

“que la acción que se interpone en materia de recaudación lo sea contra una resolución del INSS [, pues había sido tal organismo quien había asumido, por encargo de la TGSS, la tarea de proceder al cobro de tales cantidades⁵¹⁰,] y no [propriadamente] de la TGSS..., ya que la dejación [*rectius*, delegación] de funciones de un organismo a otro, en vía administrativa, no puede vincular a la jurisdicción, que tiene que regirse por el principio de legalidad y aplicar la Ley, con todas sus consecuencias”.

La cuestión podría quedar —más o menos satisfactoriamente— resuelta con los razonamientos apuntados si no fuera porque existen pronunciamientos de otros Tribunales Superiores de Justicia resolviendo la disyuntiva en sentido contrario, proclamando expresamente la competencia del orden social de la jurisdicción. Para los mismos, “entender que es ‘gestión recaudatoria’ toda aquella que haga relación a la obtención de recursos de Seguridad Social, incluida la referente a la recaudación de prestaciones, sería manifiestamente exorbitante... Iría contra el tan repetido carácter genérico de la atribución de competencias en materia de Seguridad Social⁵¹¹, aplicable *mutatis mutandis* al supuesto de autos, traspasar al orden contencioso-administrativo las responsabilidades derivadas de un incumplimiento de las normas que regulan la relación pública de Seguridad Social que afectan a responsabilidades en orden al cumplimiento de las prestaciones. La controversia actual dimana de normas de Seguridad Social, hace relación a prestaciones de Seguridad Social, nacidas, precisamente, en la esfera de la relación pública de la Seguridad Social y afecta a los elementos individuales de esta relación —empleador, trabajador y entidad gestora—. Sostener que, bajo estas circunstancias y condiciones, la pretensión, dirigida a obtener la nulidad del capital coste de la prestación a cuyo pago se le condenó, debe ser actuada en vía administrativa, y, sometida, al control del orden jurisdiccional contencioso-administrativo, parece desconocer el origen y naturaleza prestacional de la controversia de marcado carácter prestacional de la Seguridad Social”⁵¹².

En esta línea de razonamiento, prosiguen considerando que “la determinación y pago del capital coste, fijado en el caso que nos ocupa conforme a lo determinado en el art. 4 RD 2665/1998, constituye un requisito de acceso a la nueva prestación, de tal suerte que cualquier controversia sobre su procedencia, licitud y cuantía, es, en definitiva, un debate sobre los requisitos de reconoci-

⁵¹⁰ Mediante la Resolución de 28 de abril de 1999, la TGSS acordó encomendar al INSS, con aceptación de éste, la realización de las actuaciones relativas a la liquidación, fracciones y deducción de los capitales coste de pensión a ingresar como consecuencia de la aplicación de los RRDD 487/1998 y 2665/1998.

⁵¹¹ De conformidad con tal tesis, la competencia genérica u ordinaria para conocer de cuestiones relativas a la Seguridad Social corresponde al orden social de la jurisdicción, resultando excepcional la del orden contencioso-administrativo, que sólo quedaría legitimado para enjuiciar aquellos supuestos particulares expresamente previstos en la Ley. Entre otras, SSTs 5 noviembre 1999 (RJ 8739) ó 16 marzo y 26 septiembre 2000 (RJ 2862 y 8287).

⁵¹² Razonamientos contenidos en SSTSJ La Rioja 11 diciembre 2001 (AS 4654), Castilla y León, Valladolid 22 octubre 2001 (JUR 2002/7590) y 14 enero 2002 (JUR 71720) o Cataluña 11 noviembre 2003 (AS 254), comentada en GARCÍA ORTEGA, J.: “Competencia jurisdiccional para dirimir las controversias relativas a la liquidación del capital-coste a ingresar por los sacerdotes y religiosos de la Iglesia Católica secularizados, a los efectos de acceder al derecho a la pensión de jubilación o incremento de su cuantía”, AS, núm. 2, 2003, págs. 4 y ss.

miento y cobro de la prestación reconocida, afectando por ello a la materia prestacional que es competencia del orden social de la Jurisdicción". Según indica el artículo 4.1 del Reglamento General de Recaudación de los recursos del Sistema de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 1637/1995, de 6 de octubre, "la gestión recaudatoria de la TGSS tendrá por objeto la cobranza de los recursos de la misma", exponiéndose a continuación la relación pertinente de débitos y recursos que gozan de tal condición. Pues bien, como colofón a los anteriores argumentos, se hace notar cómo "dentro de esta relación no se recoge la obligación de los beneficiarios, de que aquí se trata, de abonar el capital coste de la parte de pensión que se derive de los años de ejercicio sacerdotal o religioso, que hayan sido reconocidos como cotizados a la Seguridad Social"⁵¹³.

La discrepancia observada entre los pronunciamientos de los diversos Tribunales de Justicia en esta concreta materia relativa al orden jurisdiccional competente para conocer de la impugnación del acto administrativo por el que se determina y exige el capital coste de la pensión de jubilación de los religiosos secularizados no constituye sino otra sombra más en la siempre oscura y complicada operación de reparto de las competencias en materia de Seguridad Social entre el orden social y el contencioso-administrativo⁵¹⁴. La causa, quizá, haya que buscarla en la extravagante regulación legal, en la cual se afirma la competencia genérica del orden social en materia de Seguridad Social [art. 2. b) LPL] para después excluir —excepcionalmente— la tan manida "gestión recaudatoria" [art. 3.1.b) LPL], incorporada al orden contencioso-administrativo más por razones económicas que de sistemática procesal⁵¹⁵.

Es cierto que la gestión recaudatoria constituye, desde un punto subjetivo, materia administrativa, pero, en realidad, tal naturaleza puede predicarse de todo el Derecho de la Seguridad Social, habida cuenta siempre mediará la intervención de alguna Entidad Común o Servicio Gestor. Tomando en consideración que gran parte de los conceptos jurídicos empleados en la fase de liquidación y recaudación pertenecen al Derecho de la Seguridad Social⁵¹⁶, cabría propugnar —una vez más—, de *lege ferenda*, la unificación de la competencia judicial en materia de Seguridad Social en aquel orden jurisdiccional especializado en conocer de los litigios suscitados en la "rama social del Derecho" (art. 1 LPL). Tan deseable decisión del legislador ha de poner fin a una incomprensible esquizofrenia procesal, que fuerza a los tribunales de lo contencioso a resolver sobre cuestiones laborales necesitadas de un alto

⁵¹³ STSJ La Rioja 11 diciembre 2001 (AS 4654) y 22 mayo 2002 (AS 1706).

⁵¹⁴ FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L. A.: *Distribución y delimitación de competencias entre la Jurisdicción Social y la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Valladolid (Lex Nova), 2001, pág. 435.

⁵¹⁵ CACHÓN VILLAR, P. y DESDENTADO BONETE, A.: "Un grave peligro para el orden social: los actos administrativos laborales y los actos de gestión recaudatoria de la Seguridad Social", *Diario La Ley*, núm. 4551, 1998, págs. 2 y ss.

⁵¹⁶ La inclusión de la "gestión recaudatoria" dentro de la Seguridad Social fue propugnada muy tempranamente por la doctrina. ALONSO OLEA, M.: "El contencioso de la Seguridad Social", *RFUCM*, núm. 28, 1967, pág. 83; más reciente, TOLOSA TRIBIÑO, C.: "Una nueva perspectiva en las relaciones entre la jurisdicción laboral y la contencioso administrativa", *AL*, núm. 37, 1998, pág. 689.

grado de especialización⁵¹⁷; “evita, al tiempo, el siempre indeseable peregrinaje jurisdiccional al que muchas veces se ven abocados quienes reclaman sus derechos en materia de Seguridad Social ante los Tribunales de Justicia. En cualquier caso, y hasta que tal ocurra, resultaría pertinente interesar un recurso de casación para la unificación de la doctrina a fin de que el Tribunal Supremo pusiera fin a la discrepancia apuntada en el presente comentario acerca de la reclamación del capital coste de la pensión de jubilación por los religiosos secularizados, habida cuenta concurren los requisitos de contradicción entre diversas sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia exigidos por los artículos 217 y ss. LPL”⁵¹⁸.

Así parece haberlo entendido el Tribunal Supremo cuando resume y zanja la controversia de la siguiente forma: “interpretando el artículo 3.1.b) LPL se ha dicho que la excepción que en ese precepto se contiene se ciñe a la actividad estrictamente recaudatoria, y no a otras próximas a ella y con efectos similares, como sucede con el reintegro de las prestaciones indebidamente percibidas; en lo que se refiere al alcance y significado del denominado ‘capital coste’, debe tenerse en cuenta lo que se dice en el preámbulo y en el cuerpo normativo de los Reales Decretos 487/98, de 27 de marzo, y 2665/98, de 11 de diciembre; se admiten unas cotizaciones ficticias, considerando cotizados unos períodos de tiempo en los que no era posible la cotización, precisamente para determinar ‘una mayor cuantía de la pensión a los interesados de la que correspondería en función de los años realmente cotizados al sistema de la Seguridad Social’; como contrapartida a ese beneficio se han previsto las correspondientes compensaciones económicas, imponiendo a los interesados el deber de abonar el capital coste de la parte de pensión que se derive de los años de ejercicio sacerdotal o religioso, que han sido reconocidos como cotizados a la Seguridad Social; ninguno de esos conceptos responde a la esencia de la gestión recaudatoria ni son propiamente ‘cotizaciones’, por estar referidas a un tiempo en el que no había obligación ni posibilidad de cotizar; el capital coste tiene un componente económico en favor de la entidad gestora, pero no pertenece propiamente a la gestión recaudatoria, sino a una contraprestación a cargo del beneficiario para compensar a la entidad gestora de la ventaja que representa el incremento de la pensión de jubilación, sin responder a cotizaciones reales”⁵¹⁹.

⁵¹⁷ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *Deficiencias del Proceso Social y claves para su reforma*, Madrid (Marcial Pons), 2001, pág. 77.

⁵¹⁸ TASCÓN LÓPEZ, R.: “La competencia jurisdiccional para conocer de la impugnación de los actos de Seguridad Social relativos a la constitución y exigencia del capital coste de las pensiones de sacerdotes y religiosos secularizados. Una nueva sombra en el ya de por sí oscuro reparto de competencias en materia de Seguridad Social”, cit., pág. 48.

⁵¹⁹ SSTS 27 octubre 2004 (RJ 6777), ratificando otras muchas anteriores como las de 12 febrero y 18 marzo 2003 (RJ 3097 y 3836). Igual conclusión habrán de alcanzar en los supuestos en los cuales reputaban contrario a derecho la aplicación de una tasa por la determinación del capital coste —también denominados “gastos de gestión”, “gastos de tramitación de expediente” o cualquier denominación que esconda desembolsos por los cálculos actuariales realizados [STSJ Madrid 22 febrero 2002 (AS 1448)]—, y sobre el cual declaran igualmente la competencia del orden social; entre una multitud, baste citar SSTS 11 noviembre 2003 (RJ 1931), 23 noviembre 2004 (RJ 7552) o 27 enero 2005 (RJ 2958).

BIBLIOGRAFÍA

Bibliografía

► AA.VV.: *Lecciones de Derecho del Trabajo en Homenaje a los Profesores Bayón Chacón y Del Peso Calvo*, Madrid (Facultad de Derecho-Universidad Complutense de Madrid), 1980.

— (BORRAJO DACRUZ, E., Dir.): *Comentarios a las Leyes Laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, Madrid (Edersa), 1983.

— *Las relaciones entre la Iglesia y el Estado. Estudios en Memoria del Profesor Pedro Lombardía*, Madrid (Universidad Complutense de Madrid-Universidad de Navarra-Edersa), 1989.

— (CASTRO JOVER, A., Ed.): *Educación como transmisión de valores*, Vitoria (Oñati Working Papers), 1995.

— *Estudios jurídicos en Homenaje al Profesor Vidal Guitarte*, T. I, Castellón (Diputación), 1999.

— (GORELLI HERNÁNDEZ, J., Dir.): *El nuevo régimen jurídico del despido y del desempleo. Análisis de la Ley 45/2002*, Murcia (Laborum), 2003.

► ABEL LLUCH, X.: "El derecho de información del paciente como presupuesto del consentimiento informado: su régimen jurídico en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica", *Cuadernos de Derecho judicial*, núm. 10, 2004.

► ADAMS, J.W.: "Employers' religious rights in the workplace", *Journal of Employment Discrimination Law*, vol. 2, núm. 3, 2000.

— "Public Employees' religious rights in the workplace", *Journal of Employment Discrimination Law*, Vol. 3, núm. 1, 2001.

▶ AGRA VIFORCOS, B.: "El derecho del trabajador a la libre determinación de su aspecto externo. La propia imagen en sentido positivo", *RTSS (CEF)*, núm. 275, 2006.

▶ AGUILERA IZQUIERDO, R.: "Reintegro de gastos médicos por asistencia sanitaria fuera del sistema de la Seguridad Social", *RMTAS*, núm. 9, 1998.

▶ ALARCÓN CARACUEL, M.R.: "Jurisprudencia Constitucional sobre Seguridad Social (1981-2000)", en AA.VV. (RODRÍGUEZ-SAÑUDO, F. y ELORZA GUERRERO, F., Coords): *Veinte años de Jurisprudencia laboral y social del Tribunal Constitucional. XIX Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Madrid (Tecnos), 2001.

▶ ALENDA SALINAS, M.: "Matrimonio religioso y delito estatal de bigamia", *Revista Española de Derecho Canónico*, núm. 145, 1998.

▶ ALONSO OLEA, M.: *El despido (Un estudio de la extinción del contrato de trabajo por voluntad del empresario)*, Madrid (IEP), 1957.

— "El contencioso de la Seguridad Social", *RFDUCM*, núm. 28, 1967.

— *Las prestaciones del Sistema Nacional de Salud*, Madrid (Civitas), 1995, 2ª ed.

— "Despido discriminatorio y hechos probados. Ideología del profesor e ideario del centro educativo", en ALONSO OLEA, M.: *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, T. III, Madrid (Civitas), 1985.

— y CASAS BAAMONDE, Mª.E.: *Derecho del Trabajo*, 20ª ed., Madrid (Civitas), 2002.

▶ ÁLVAREZ CUESTA, H. y QUIRÓS HIDALGO, J.G.: *La libertad de expresión e información en el ámbito laboral*, León (Universidad), 2004.

— *Las condiciones laborales en la negociación colectiva leonesa en los últimos años*, León (Universidad), 2006.

▶ ÁLVAREZ PRIETO, L.: "Breves acotaciones a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 18 de julio de 2002, relativa a la negativa a las hemotransfusiones por parte de los Testigos de Jehová", *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 1, 2003.

▶ APARICIO TOVAR, J.: "Relación de trabajo y libertad de pensamiento en las empresas ideológicas", en AA.VV.: *Lecciones de Derecho del Trabajo en Homenaje a los Profesores Bayón Chacón y Del Peso Calvo*, Madrid (Facultad de Derecho-Universidad Complutense de Madrid), 1980.

▶ ARUFE VARELA, A.: "El nuevo compromiso de actividad de situación legal de desempleo y de beneficiarios del subsidio por desempleo", *AL*, núm. 33, 2002.

▶ BABÉ, L.: "El derecho de las confesiones religiosas a designar a sus ministros de culto", *Anales de Derecho. Universidad de Murcia*, núm. 19, 2001.

▶ BADIOLA SÁNCHEZ, A.M.^a: *La nulidad de la extinción del contrato de trabajo*, Valladolid (Lex Nova), 2003.

▶ BALLESTER PASTOR, I.: "Régimen Especial de trabajadores autónomos", en AA.VV. (GARCÍA NINET, J.I., Dir.): *Regímenes Especiales de la Seguridad Social*, Valencia (CISS), 1998.

— "Facultades de control empresarial sobre el aspecto exterior del trabajador: límites a la expresión del derecho a su propia imagen en el desarrollo de la prestación laboral", *TS*, núm. 169, 2005.

— y BALLESTER PASTOR, M.^a.A.: "La Sentencia 63/1994, de 28 de febrero, del Tribunal Constitucional, o la definitiva deslaboralización de la prestación de servicios del religioso a su propia Congregación", *TS*, núm. 46, 1994.

▶ BAYLOS GRAU, A.: "Despido de un profesor de religión en un colegio privado", *RPS*, núm. 126, 1980.

— "En torno al Estatuto de los Trabajadores. La prohibición de inquirir sobre la ideología, creencias y vida privada del trabajador", en AA.VV.: *Lecciones de Derecho del Trabajo en homenaje a los profesores Bayón Chacón y Del Peso Calvo*, Madrid, 1980.

— *Derecho del Trabajo: modelo para armar*, Madrid (Trotta), 1991.

▶ BERROCAL LANZAROT, A.I.: "La autonomía del individuo en el ámbito sanitario: El deber de información y el consentimiento informado como derechos del paciente en la nueva Ley 41/2002, de 14 de noviembre", *Foro: Revista de ciencias jurídicas y sociales*, 2004.

▶ BIBLE, J.D. y McWIRTER, D.A.: *Privacy in the workplace*, New York (Quorum books), 1990

▶ BLANCO MARTÍN, J. M.: "Las novedades en el proceso laboral contenidas en la Ley 29/1998, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa", *RL*, núm. 20, 1998.

▶ BLASCO LAHOZ, J.F.: *El Régimen Especial de trabajadores autónomos*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2005.

— y FERNÁNDEZ PRATS, C.: “La aplicación del reconocimiento como cotización a la Seguridad Social de los períodos de actividad religiosa de los religiosos y religiosas de la Iglesia Católica cuando cesan en la profesión religiosa, a los efectos de cotización”, *RL*, núm. 4, 2002

—; LÓPEZ GANDÍA, J. y MOMPALER CARRASCO, M^a.A.: *Régimenes Especiales de la Seguridad Social*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2005.

— *Curso de Seguridad Social*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2002, 9^a ed.

▶ BLAT GIMENO, F.R.: *Relaciones laborales en empresas ideológicas*, Madrid (MTSS), 1986.

▶ BORRAJO DACRUZ, E.: “Protección de los derechos fundamentales y casuismo”, *AL*, núm. 19, 2000.

— “Pensión de viudedad y matrimonio canónico no inscrito: igualdad en la aplicación de la ley”, *RL*, núm. 8, 2005.

▶ BOSSU, B.: “Droits de l’homme et pouvoirs du chef d’entreprise: vers un nouvel équilibre”, *Droit Social*, núms. 9/10, 1994.

▶ BOWERS, J. y LEWIS, J.: *Employment Law and Human Rights*, Londres (Sweet and Maxwell), 2001.

▶ BRADNEY, A.: *Religions, rights and laws*, Londres (University of Leicester), 1993.

▶ BRIONES MARTÍNEZ, I.M^a.: “Profesores de religión católica según el Acuerdo sobre Enseñanza y Asuntos Culturales: el derecho a la intimidad y la autonomía de las confesiones, dos derechos en conflicto”, *AS*, núm. 6, 2004.

▶ BUENO SALINAS, S.: “Los Acuerdos entre la Santa Sede y el Estado Español a los 25 años de su vigencia”, *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 8, 2005.

▶ CACHÓN VILLAR, P. y DESDENTADO BONETE, A.: “Un grave peligro para el orden social: los actos administrativos laborales y los actos de gestión recaudatoria de la Seguridad Social”, *Diario La Ley*, núm. 4551, 1998.

▶ CALVO GALLEGO, F.J.: *Contrato de trabajo y libertad ideológica. Derechos fundamentales y organizaciones de tendencia*, Madrid (CES), 1995.

▶ CANTERO RIVAS, R. y ESTAÑ TORRES, M.C.: *El reintegro de gastos sanitarios causados en instituciones sanitarias ajenas a la Seguridad Social*, Granada (Comares), 1998.

▶ CARDENAL CARRO, M.: "La constitucionalidad de la regulación de los profesores de religión y moral católica", *AS*, núm. 21, 2007 (formato electrónico, BIB 2006/2821).

▶ CARRIL VÁZQUEZ, X.M.: "El matrimonio como presupuesto del derecho a la pensión de viudedad en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas", en AA.VV. (BORRAJO DACRUZ, E., Dir.): *Nueva sociedad y Derecho del Trabajo*, Madrid (La Ley), 2004.

▶ CASAS BAAMONDE, M^a.E.; BAYLOS GRAU, A. y ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: "El Estatuto de los Trabajadores. Diez años después: pervivencias, insuficiencias, desviaciones y reformas", *RL*, núms. 6-7, 1990.

▶ CASTRO ARGÜELLES, M.A.: "El vínculo conyugal como requisito para acceder a la pensión de viudedad. Ineficacia del matrimonio por el rito gitano", *AS*, T. IV, 1999.

— y RODRÍGUEZ BLANCO, M.: "Seguridad Social de ministros de culto y religiosos", *Ius Canonicum*, XLIV, núm. 87, 2004.

▶ CASTRO JOVER, A.: "Libertad religiosa y descanso semanal", *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, Vol. VI, 1990.

▶ CERVELLO DONDERIS, V.: "Consecuencias jurídico-penales del rechazo al tratamiento médico por motivos religiosos", en AA.VV.: *Estudios en homenaje al Profesor Vidal Guitarte*, Castellón (Diputación), 1999.

▶ COLLINS, H.: *Employment Law*, Oxford (University Press), 2003.

▶ CONTRERAS MANZARÍO, J.M.: "Actividad de las instituciones de la Comunidad Europea y tutela de la libertad de conciencia y religiosa", en AA.VV. (VLADIMIR ZAMBRANO, C., Ed.): *Pluralismo religioso y libertad de conciencia. Configuraciones jurídicas y políticas en la contemporaneidad*, Bogotá (Universidad Nacional de Colombia), 2003.

▶ CORDERO SAAVEDRA, L.: "Derecho a la propia imagen y contrato de trabajo", *REDT*, núm. 101, 2000.

▶ CORRAL GARCÍA, R.: "STC 154/2002: la negativa a una transfusión sanguínea a un menor de edad con el resultado de su muerte", *Anuario da Faculdade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 8, 2004.

▶ CRUZ VILLALÓN, J.: "El reparto de conocimiento jurisdiccional en materia de Seguridad Social", en AA.VV.: *Problemas de delimitación de competencias entre el orden contencioso-administrativo y el orden social de relaciones laborales en el sector público*, Madrid (CGPJ), 1993.

— “El deber de aceptación de la oferta de colocación adecuada”, *RL*, núm. 4, 2003.

▶ CUBAS MORALES, A.: “Por un nuevo régimen de Seguridad Social para los trabajadores autónomos: Cuatro bases y una cuestión de principios”, *RTSS*, núm. 20, 1995.

▶ CUBILLAS RECIO, L.M.: *Enseñanza confesional y cultura religiosa. Estudio jurisprudencial*, Valladolid (Universidad de Valladolid), 1997.

— “La facultad normativa de las confesiones de establecer cláusulas de salvaguarda de su identidad en el ordenamiento español”, *Laicidad y libertades. Escritos jurídicos*, núm. 0, 2000.

— “La enseñanza de la religión en el sistema español y su fundamentación en el derecho de los padres sobre la formación religiosa de sus hijos”, *Laicidad y libertades. Escritos jurídicos*, núm. 2, 2002.

▶ CUMPER, S.: “The public manifestation of religion or belief: challenges for a multi-faith Society in the twenty-first century”, en AA.VV. (O'DAIR, P. y LEWIS, E., Eds): *Current legal Issues*, Vol. 4, Oxford (Oxford University Press), 2000.

▶ DÄUBLER, W.: *Derecho del Trabajo*, Madrid (MTSS), 1994.

▶ DELPO, M.C.: “Never on Monday?!. Workplace religious discrimination in the New Millennium”, *Journal of Employment Discrimination Law*, vol. 2, núm. 1, 2000.

▶ DE NO VÁZQUEZ, M.F.: “Poligamia y pensión de viudedad”, *AL*, núm. 16, 2004.

▶ DE OTADUY GUERIN, J.: “Las empresas ideológicas: aproximación al concepto y supuestos a los que se extiende”, *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, Vol. II, 1986.

— “Las cláusulas de salvaguarda de la identidad de las instituciones religiosas. Doctrina y jurisprudencia”, en AA.VV.: *Las relaciones entre la Iglesia y el Estado. Estudios en Memoria del Profesor Pedro Lombardía*, Madrid (Universidad Complutense de Madrid-Universidad de Navarra-Edersa), 1989.

— “Relación laboral y dependencia canónica de los profesores de religión”, *AS*, Vol. III, 2000.

— “El discutido alcance de la propuesta de los profesores de religión. A propósito de la Sentencia del TSJ de Madrid, de 31 de julio de 2003”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 611, 2004.

- ▶ DEL VALLE, J.M.: "El derecho a la intimidad del trabajador durante la relación de trabajo", *AL*, núm. 39, 1991.

- ▶ DESDENTADO BONETE, A. y DESDENTADO DAROCA, E.: "El reintegro de gastos por asistencia sanitaria externa en la Seguridad Social, con una indicación sobre la responsabilidad por los daños producidos en la prestación de servicios sanitarios", en AA.VV. (GUERRERO ZAPLANA, J., Dir.): *La responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria*, Madrid (CGPJ), 2003.

- ▶ DE TISSOT, O.: "Pour une analyse juridique du concept de dignité du salarié", *Droit Social*, núm. 12, 1995.

- ▶ DÍAZ MÉNDEZ, A.: "Pensión de viudedad y formas inusuales de matrimonio", *AL*, núm. 12, 2001.

- ▶ DOMÍNGUEZ BARTOLOMÉ, R.: "El derecho de libertad religiosa y el derecho laboral", en AA.VV. (VLADIMIR ZAMBRANO, C., Ed.): *Pluralismo religioso y libertad de conciencia. Configuraciones jurídicas y políticas en la contemporaneidad*, Bogotá (Universidad Nacional de Colombia), 2003.

- ▶ ESAU, A.: "Islands of exclusivity: religious organizations and employment discrimination", *University British Columbia Law Review*, Vol. 33, 1993.

- ▶ ESPÍN SÁEZ, M.: "El compromiso de actividad o el control de la voluntad: un cambio de modelo", en AA.VV.: *El desempleo. XIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid (MTAS), 2004.

- ▶ FABREGAT MONFORT, G.: "La noción de colocación adecuada tras la Ley 45/2002", en AA.VV.: *El desempleo. XIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid (MTAS), 2004.

- ▶ FAHLBECK, R.: "Ora et labora. On freedom of religion at the workplace: a stakeholder *cum* balancing factors model", *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, vol. 20/1, núm. 27-64, 2004.

- ▶ FERNÁNDEZ DE AGUIRRE Y FERNÁNDEZ, J.C.: "La responsabilidad patrimonial de la administración sanitaria en general. Objeto y fundamento", en AA.VV. (GUERRERO ZAPLANA, J., Dir.): *La responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria*, Madrid (CGPJ), 2003.

- ▶ FERNÁNDEZ-CORONADO GONZÁLEZ, A.: "La normativa del Estado sobre festividades religiosas", *La Ley*, T. II, 1985.

- ▶ FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ, J.: "El derecho a la propia imagen del trabajador frente a los poderes empresariales: las garantías procesales", *Locus Appellationis*, núm. 35, 2000.

— “El contrato de esclavo. Concepto de extranjero y su integración social a través de los derechos y libertades fundamentales en el ordenamiento español y europeo”, *REDT*, núm. 110, 2002.

— *Poder disciplinario empresarial y proceso especial de impugnación de sanciones*, Oviedo (CES Asturias), 2005.

— “La determinación de la normativa aplicable en el proceso social español en los litigios surgidos en el marco de los desplazamientos transnacionales de trabajadores. Alegación y prueba del Derecho extranjero”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 10, 2006.

▶ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.: *Pruebas genéticas y Derecho del Trabajo*, Madrid (Civitas), 1999.

— “Consideración y prueba del derecho extranjero en el proceso social español”, *RL*, T.1, 2006.

▶ FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R.; TASCÓN LÓPEZ, R.; ÁLVAREZ CUESTA, H. y QUIRÓS HIDALGO, J.G.: “Credo religioso y prestación laboral: *ora et labora?*”, *RTSS (CEF)*, núm. 284, 2006.

▶ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a.F.: “Libertad ideológica y prestación de servicios”, *RL*, núm. 7, 1985.

▶ FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L. A.: *Distribución y delimitación de competencias entre la Jurisdicción Social y la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Valladolid (Lex Nova), 2001.

▶ FERREIRO REGUEIRO, C.: “Pensión de viudedad a favor de un transexual que no pudo contraer matrimonio con el fallecido por falta de sentencia firme declaratoria del cambio de sexo”, *AS*, núm. 19, 2004.

▶ GALA DURÁN, C.: “El reintegro de gastos médicos y el derecho fundamental a la libertad religiosa: el caso de los testigos de Jehová”, *REDT*, núm. 105, 2001.

▶ GARCÍA NINET, J.I.: “Reintegro de prestaciones por utilización de la medicina privada”, *TS*, núm. 1, 1991.

▶ GARCÍA ORTEGA, J.: “Competencia jurisdiccional para dirimir las controversias relativas a la liquidación del capital-coste a ingresar por los sacerdotes y religiosos de la Iglesia Católica secularizados, a los efectos de acceder al derecho a la pensión de jubilación o incremento de su cuantía”, *AS*, núm. 2, 2003.

▶ GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: “Ley, convenio colectivo, contrato de trabajo y derechos fundamentales del trabajador”, *RDS*, núm. 4, 1998.

▶ GETE CASTRILLO, P.: "Acción Protectora: pensiones", en AA.VV. (MARTÍN VALVERDE, A. y GARCÍA MURCIA, J., Dirs. y Coords.): *Tratado práctico de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, Cizur Menor (Aranzadi), 2002.

— "El régimen jurídico de la prestación por desempleo: reforma", *RL*, núm. 4, 2003.

▶ GHEZZI, G. y ROMAGNOLI, U.: *Il Diritto Sindacale*, Bolonia (Zanichelli), 1982.

▶ GÓMEZ ABELLEIRA, F. J.: *El proceso especial de Seguridad Social*, Madrid (Edersa), 1999.

▶ GÓMEZ MUÑOZ, J.M.: "Análisis de la caracterización jurisprudencial de los supuestos de urgencia vital del artículo 18 del Reglamento de Asistencia Sanitaria", *RL*, T. I, 1989.

▶ GONZÁLEZ DÍAZ, F.A.: *Contenido y límites de la prestación de asistencia sanitaria*, Cizur Menor (Aranzadi), 2003.

▶ GONZÁLEZ ORTEGA, S.: "La extensión de la jurisdicción social en materia de Seguridad Social y otras afines", *RL*, T. II, 1990.

▶ GONZÁLEZ DE PUJANA, B.: "Aspectos actuales de la pensión de viudedad en el Régimen General de la Seguridad Social y su conexión con el Derecho de familia", *RL*, T. I, 2002.

▶ GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, E.: "La colocación adecuada: elementos y funciones", en AA.VV.: *Los problemas del derecho a prestaciones. Jubilación flexible, colocación adecuada, maternidad, valoración de incapacidades*, Murcia (Laborum), 2005.

▶ GONZÁLEZ SÁNCHEZ, M. y GONZÁLEZ DEL RÍO, J.M.: "La inclusión de los ministros de culto de la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España en el Régimen General de la Seguridad Social", *AS*, núm. 3, 2003.

▶ GOÑI SEIN, J.L.: *El respeto a la esfera privada del trabajador*, Madrid (Civitas), 1988.

▶ GORELLI HERNÁNDEZ, J.: "Libertad de expresión, ideario de la empresa y despido (En torno a la STC 106/1996, de 12 de junio, BOE de 12 de julio)", *AL*, núm. 6, 1997.

— "Una nueva reforma del desempleo y el despido: análisis de la Ley 45/2002", en AA.VV. (GORELLI HERNÁNDEZ, J., Dir.): *El nuevo régimen jurídico del despido y del desempleo. Análisis de la Ley 45/2002*, Murcia (Laborum), 2003.

— “Despido por acoso”, en AA.VV. (GORELLI HERNÁNDEZ, J., Coord.): *El despido. Análisis y aplicación práctica*, Madrid (Tecnos), 2004.

— “El acuerdo sobre medidas en materia de Seguridad Social”, *TL*, núm. 86, 2006.

▶ GUERRERO ZAPLANA, J.: “Las peculiaridades de la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria: el criterio de la *lex artis*”, en AA.VV. (GUERRERO ZAPLANA, J., Dir.): *La responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria*, Madrid (CGPJ), 2003.

— *Las reclamaciones por la defectuosa asistencia sanitaria*, Valladolid (Lex Nova), 2002, 2ª ed.

▶ GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, B.: “Pensión de viudedad y uniones de hecho”, *RL*, T. I, 1999.

— “Pensión de viudedad y convivencia extramatrimonial: un motivo más para una necesaria reforma del art. 174 LGSS”, *RL*, núm. 7, 2005.

▶ HAGER, M.: “Religious restraint?”, *Journal of Employment Discrimination Law*, Vol. 2, núm. 3, 2000.

▶ HENDRIKS, A.: “The expanding concept of employment discrimination in Europe: from direct and indirect discrimination to reasonable accommodation discrimination”, *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, 2002.

▶ LEAL ADORNA, M.M.: “¿Derecho a la vida o libertad religiosa?”, *Revista Electrónica de Práctica Jurídica*, núm. 12, 2003.

▶ LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D.: “El principio de cooperación del Estado con las confesiones religiosas: fundamento, alcance y límites”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 3, 1989.

— “Los principios informadores del sistema educativo español”, en AA.VV. (CASTRO JOVER, A., Ed.): *Educación como transmisión de valores*, Vitoria (Oñati Working Papers), 1995.

— *Derecho de la libertad de conciencia II. Libertad de conciencia, identidad personal y derecho de asociación*, 2ª ed., Madrid (Thomson-Civitas), 2003.

▶ LÓPEZ ANIORTE, Mª.C.: *Ámbito subjetivo del Régimen Especial de trabajadores autónomos*, Pamplona (Aranzadi), 1996.

— “La inclusión en el RETA de colectivos asimilados a los autónomos. Dos ejemplos paradigmáticos: religiosos de la Iglesia Católica y deportistas de alto nivel”, *AS*, núm. 12, 2005.

▶ LÓPEZ-SIDRO LÓPEZ, A.: “Despido improcedente de una dependienta de grandes almacenes por llevar velo islámico (Comentario a la Resolución del Tribunal Constitucional alemán de 30 de julio de 2003)”, *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 3, 2003.

▶ MALONE, M.D.; HARTMAN, S.J. y PAYNE, D.: “Religion in the workplace: religious activities on the job”, *Labour Law Journal*, junio, 1998.

— “Religion in the workplace: How much is too much?”, *Labour Law Journal*, junio, 1998.

— “Religion in the workplace: disparate treatment”, *Labour Law Journal*, junio, 1998.

— “Religion in the workplace: specific accommodations for scheduling and personal appearance”, *Labour Law Journal*, junio, 1998.

▶ MARÍN ALONSO, I.: “Despido nulo (I): supuestos y efectos”, en AA.VV. (GORELLI HERNÁNDEZ, J., Coord.): *El despido. Análisis y aplicación práctica*, Madrid (Tecnos), 2004.

▶ MARTÍNEZ ABASCAL, V.A.: “Reconocimiento de la pensión de viudedad y uniones extramatrimoniales”, en AA.VV.: *Homenaje a Juan García Abellán*, Murcia (Universidad), 1994.

▶ MARTÍNEZ BARROSO, M.R.: “La competencia jurisdiccional en materia de Seguridad Social”, *AS*, núm. 5, 2002.

▶ MARTÍNEZ GIRÓN, J.: “Nuevas formas de familia y Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social”, en AA.VV. (BORRAJO DACRUZ, E., Dir.): *Nueva sociedad y Derecho del Trabajo*, Madrid (La Ley), 2004.

▶ MÁRQUEZ PRIETO, A.: *La materia contenciosa de Seguridad Social*, Valencia (Tirant lo Blanch), 1997.

▶ MARTÍNEZ LÓPEZ, F.: “La seguridad Social de los Sacerdotes y Religiosos”, *TS*, núm. 120, 2000.

▶ MELLA MÉNDEZ, L.: “La oferta adecuada de empleo tras las reformas de 2002”, *RTSS(CEF)*, núm. 247, 2003.

▶ MERCADER UGUINA, J.R.: “El compromiso de actividad: significado, contenido y alcance”, *RL*, núm. 4, 2003.

— “Incentivos a la búsqueda activa de empleo: compromiso de actividad y colocación adecuada”, en AA.VV.: *Los problemas del derecho a prestaciones. Jubilación flexible, colocación adecuada, maternidad, valoración de incapacidades*, Murcia (Laborum), 2005.

▶ MOLINA BLÁZQUEZ, C.; PÉREZ-AGUA LÓPEZ, T.M. y SIEIRA MUCIENTES, S.: “Objeción de un menor al tratamiento médico. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 154/2002 de 18 de julio de 2002”, *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 6, 2004.

▶ MOLINA NAVARRETE, C.: “Bases jurídicas y presupuestos políticos para la eficacia social inmediata de los derechos fundamentales. El paradigma de la *Drittwirkung* laboral a propósito de la reciente jurisprudencia constitucional”, *RTSS*, núm. 3, 1991.

— “El concepto de colocación adecuada, profesionalidad *versus* empleabilidad del trabajador”, *TS*, núm. 143, 2002.

— y OLARTE ENCABO, S.: “Los derechos de la persona del trabajador en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *RL*, núm. 17, 1999.

▶ MOLINS GARCÍA-ATANCE, J.: “Aspectos críticos de la pensión de viudedad. Especial mención al matrimonio polígamo y homosexual”, *AS*, núm. 10, 2005.

▶ MONTOYA MELGAR, A.: *El poder de dirección empresarial*, Madrid (IEP), 1965.

— “La frontera entre libertad de expresión del trabajador y ofensas al empresario; y la posible vulneración por aquél de derechos fundamentales de éste”, en ALONSO OLEA, M. y MONTOYA MELGAR, A.: *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, T. XIV, Madrid (Civitas), 1997.

— y BLASCO JOVER, C.: “El nuevo compromiso de actividad y la redefinición del concepto de colocación adecuada tras la Ley 45/2002: los despropósitos de una reforma en la protección por desempleo”, en AA.VV.: *El desempleo. XIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid (MTAS), 2004.

▶ MORENO ANTÓN, M.: “La asistencia religiosa en el ámbito hospitalario”, *Revista Española de Derecho Canónico*, núm. 49, 1992.

▶ MORENO BOTELLA, G.: “El carácter propio de las entidades religiosas y sus consecuencias en el derecho laboral español”, *REDCan.*, Vol. 44, núm. 123, 1987.

— “Ideario de un hospital católico y despido. A propósito de la Sentencia del TC 106/1996, de 12 de junio”, *REDCan.*, Vol. 54, núm. 142, 1997.

— "Ministro de culto adventista y autonomía confesional", *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 1, 2003.

▶ MORO ALMARAZ, M^a.J.: "Derecho de expresión y libertad ideológica en el ámbito laboral", *RL*, núm. 3, 1986.

▶ MOTILLA, A.: *El status jurídico de los religiosos en el Derecho español*, Madrid (McGraw-Hill), 1997.

▶ O'DEMPSEY, D.; ALLEN, A.; BELGRAVE, S. y BROWN, J.: *Employment Law and the Human Rights Act 1998*, Bristol (Jordans), 2001.

▶ ODRIOZOLA IGUAL, C.: "El derecho a la educación como mecanismo de control en los conflictos entre ideario y libertad de cátedra", *Laicidad y libertades. Escritos jurídicos*, núm. 3, 2003.

— "Relaciones de trabajo en el contexto de organizaciones ideológicas y religiosas: La Directiva 2000/78/CE, de 27 de diciembre, sobre empleo y trabajo", *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 6, 2004.

▶ ORTIZ LALLANA, C.: "Derechos fundamentales y relación laboral", *RMTAS*, núm. 13, 1998.

— "Causas, forma y efectos del despido disciplinario", *REDT*, núm. 100, 2000.

▶ PACILLO, V.: *Contributo allo studio del diritto di libertà religiosa nel rapporto di lavoro subordinato*, Milán (Giuffrè), 2003.

▶ PALOMEQUE LÓPEZ, M.C.: *Los derechos laborales en la Constitución española*, Madrid (CES), 1991.

— en ROJAS RIVERO, G.P.: *La libertad de expresión del trabajador*, Madrid (Trotta), 1991.

▶ PANIZO ROBLES, J.A.: "La convivencia de hecho y su incidencia en las prestaciones de Seguridad Social: una deuda de cobertura social pendiente", *Justicia Laboral*, núm. 24, 2005.

— "El acuerdo sobre medidas de Seguridad Social. (Comentario de urgencias)", *TS*, núm. 190, 2006.

▶ PASTOR MERINO, I.: "Sujetos protegidos, afiliación, altas y bajas", en AA.VV. (MARTÍN VALVERDE, A. y GARCÍA MURCIA, J., Dirs. y Coords.): *Tratado Práctico de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Pamplona (Aranzadi), 2002.

▶ PEDRAJAS MORENO, A.: *Despido y derechos fundamentales. Estudio especial de la presunción de inocencia*, Madrid (Trotta), 1992.

— “Los derechos fundamentales de la persona del trabajador y los poderes empresariales: la Constitución como marco y como límite de su ejercicio”, *AL*, núm. 4, 2000.

▶ PEMÁN GAVÍN, J.M.: *Asistencia sanitaria y Sistema Nacional de Salud*, Granada (Comares), 2005.

▶ PÉREZ ALONSO, M.A.: *La pensión de viudedad en el Régimen General de la Seguridad Social*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2000.

▶ PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: “Sobre el derecho a la propia imagen. (A propósito de la STCo 170/1987, de 30 de octubre)”, *Poder Judicial*, núm. 10, 1988.

▶ POLO SÁNCHEZ, M.C.: *Reintegro de gastos médicos y Estado de Bienestar*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2001.

▶ PUMAR BELTRÁN, N.: *La igualdad ante la Ley en el ámbito de la Seguridad Social*, Elcano (Aranzadi), 2001.

— y VALLE MUÑOZ, F.A.: “La supresión del supuesto de denegación injustificada por el Real Decreto 67/1995, de asistencia sanitaria”, en AA.VV. (LÓPEZ LÓPEZ, J., Coord.): *Seguridad Social y protección social: temas de actualidad*, Madrid (Marcial Pons), 1996.

▶ QUINTANILLA NAVARRO, R.Y.: “¿Despido discriminatorio de un profesor de religión, por ejercicio del derecho a la libertad de expresión, o transgresión de la buena fe contractual del trabajador?”, *AS*, Vol. III, 2000.

▶ QUIRÓS HIDALGO, J.G.: “La consideración del trabajo a tiempo parcial como oferta de colocación adecuada”, en AA.VV.: *Los problemas del derecho a prestaciones. Jubilación flexible, colocación adecuada, maternidad, valoración de incapacidades*, Murcia (Laborum), 2005.

— *La prestación farmacéutica de la Seguridad Social*, Valladolid (Lex Nova), 2006.

▶ RABANAL CARBAJO, P.: “Trabajo a tiempo parcial y desempleo”, *REDT*, núm. 87, 1998.

▶ REQUENA NAVARRO, A. B.: “Repercusión de la nueva Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa en la delimitación competencial de los órdenes social y contencioso”, *AS*, núm. 9, 1998.

- ▶ REY GUANTER, S. (DEL): "Contrato de trabajo y derechos fundamentales en la doctrina del Tribunal Constitucional", en AA.VV. (ALARCÓN CARACUEL, M.R., Coord.): *Constitución y Derecho del Trabajo*, Madrid (Marcial Pons), 1992.
- ▶ RIBES SURIOL, A.I.: "Reflexiones en torno a la idoneidad de los profesores de religión católica en los centros docentes públicos", *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 3, 2003.
- ▶ RIERA VAYREDA, C.: *El despido nulo*, Valencia (Tirant lo Blanch), 1999.
- ▶ RIVAS VALLEJO, P.: "Efectos del matrimonio no inscrito en el ámbito de las pensiones de viudedad", *AS*, núm. 3, 2001.
- ▶ RODRÍGUEZ BLANCO, M.: "Relevancia de la condición de ministro de culto a efectos de Seguridad Social", *RL*, T. I, 2002.
- ▶ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *Deficiencias del Proceso Social y claves para su reforma*, Madrid (Marcial Pons), 2001.
- ▶ RODRÍGUEZ PASTOR, G.E.: "Profesores de religión en Centros docentes públicos. La no propuesta por el Ordinario diocesano para el año siguiente no supone un despido sino la extinción del contrato anual 'ope legis'", *AS*, Vol. III, 2000.
- ▶ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: "No discriminación en las relaciones laborales", en AA.VV. (BORRAJO DACRUZ, E., Dir.): *Comentarios a las Leyes Laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, Madrid (Edersa), 1983.
- "Principio de igualdad, autonomía contractual y poderes empresariales", *RL*, núm. 17, 1991.
- "Libertad ideológica, contrato de trabajo y objeción de conciencia", *RL*, núm. 19, 2003.
- ▶ ROJAS RIVERO, G.P.: *La libertad de expresión del trabajador*, Madrid (Trotta), 1991.
- ▶ ROMAGNOLI, U.: "Sulla rilevanza della reticenza del prestatore como *culpa in contrahendo*", *Giurisprudenza italiana*, T. I, 1970.
- ▶ ROMÁN VACA, E.: *Asistencia sanitaria de la Seguridad Social, asistencia externa y reintegro de gastos médicos*, Madrid (Edersa), 1998.
- ▶ ROSSELL GRANADOS, J.: "Improcedencia de sanción laboral por uso de vestimenta religiosa", *AS*, núm. 1, 2003.

- ▶ SALCEDO HERNÁNDEZ, J.R.: "La condición de ministro de culto y su incidencia en el régimen de cotización a la Seguridad Social: criterios para determinar la condición de ministro de culto", *AS*, núm. 9, 2001.
 - ▶ SALGUERO, M.: *Libertad de cátedra y derechos de los centros educativos*, Barcelona (Ariel), 1997.
 - ▶ SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.: "Modificaciones que se introducen en el sistema de protección por desempleo", *Documentación Laboral*, núm. 65, 2003.
 - ▶ SAVATIER, J.: "La liberté dans le travail", *Droit Social*, núm. 1, 1990.
 - ▶ SCHIEK, D.: "Just a piece of cloth? German Courts and employees with headscarves", *Industrial Law Journal*, Vol. 33, núm. 1, 2004.
 - ▶ SEMPERE NAVARRO, A.V.: "La reforma del despido y el desempleo mediante el Real Decreto 5/2002, de 24 de mayo", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 536, 2002.
- "La 'No renovación' del contrato de los profesores de religión", *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, Vol. VII, 2003.
- "La Ley 45/2002, de 12 de diciembre: una visión panorámica", en AA.VV. (SEMPERE NAVARRO, A.V., Coord.): *Empleo, despido y desempleo tras las reformas de 2002. Análisis de la Ley 45/2002, de 12 de diciembre*, Elcano (Aranzadi), 2003.
- ▶ SERRA CALLEJO, J.: "La discriminación laboral por causas atípicas: el aspecto físico y la posesión de enfermedades contagiosas", *RTSS (CEF)*, núm. 127, 1993.
 - ▶ SMITH, S.D.: *A critical diagnostic of religious freedom in America*, New York (New York University Press), 2001.
 - ▶ SOUTO PAZ, J.A.: *Derecho matrimonial*, Madrid (Marcial Pons), 2000.
 - ▶ TARODO SORIA, S.: *Libertad de conciencia y derechos del usuario de los servicios sanitarios*, Bilbao (UPV), 2005.
 - ▶ TÁRRAGA POVEDA, J.: "El despido del sacerdote casado o sobre la relevancia de la conducta extralaboral del trabajador ideológico. (Sentencia del TSJ de Murcia de 26-2-2001)", *RTSS (CEF)*, núm. 220, 2001.
 - ▶ TASCÓN LÓPEZ, R.: "La competencia jurisdiccional para conocer de la impugnación de los actos de Seguridad Social relativos a la constitución y exigencia del capital coste de las pensiones de sacerdotes y religiosos secularizados. Una nueva sombra en el ya de por sí oscuro reparto de competencias en materia de Seguridad Social", *AS*, núm. 16, 2002.

— “Consideraciones en torno al renovado concepto de oferta adecuada de colocación”, en AA.VV.: *El desempleo. XIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid (MTAS), 2004.

— *La ejecución de obligaciones de hacer y no-hacer en el orden social de la jurisdicción*, Granada (Comares), 2005.

▶ TOLOSA TRIBIÑO, C.: “Una nueva perspectiva en las relaciones entre la jurisdicción laboral y la contencioso administrativa”, *AL*, núm. 37, 1998.

▶ VAL TENA, A.L. (del): “Poligamia y pensión de viudedad: a propósito de la extensión del concepto de beneficiario”, *AL*, núm. 3, 2003.

▶ VALDÉS DAL-RÉ, F.: “Poderes del empresario y derechos de la persona del trabajador”, *RL*, núm. 8, 1990.

— “Contrato de trabajo, derechos fundamentales de la persona del trabajador y poderes empresariales: una difícil convivencia”, *RL*, núm. 22, 2003.

— “La libertad religiosa y su problemática acomodación con la organización del trabajo”, *RL*, núm. 24, 2004.

▶ VALERO HEREDIA, A.: “Repercusiones jurídicas de la conciliación entre la libertad religiosa y las hemotransfusiones cuando la vida de un menor está en juego: comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional 154/2002, de 18 de julio, en el caso de los Testigos de Jehová”, *Parlamento y Constitución. Anuario*, núm. 6, 2002.

▶ VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, M.: “Matrimonio poligámico, orden público y extranjería”, *AL*, T. III, 2003.

▶ VICENTE PACHÉS, F. (de): “Doctrina Constitucional sobre el derecho del trabajador a su propia imagen. (Estudio de las Sentencias del Tribunal Constitucional 170/1987, de 30 de octubre y 99/1994, de 11 de abril)”, *TS*, núm. 71, 1996.

— *El derecho del trabajador al respeto de su intimidad*, Madrid (CES), 1998.

— y GARRIGUES GIMÉNEZ, A.: “Derechos y libertades fundamentales de la persona y contrato de trabajo”, en AA.VV.: *Estudios jurídicos en Homenaje al Profesor Vidal Guitarte*, T. I, Castellón (Diputación), 1999.

▶ VICKERS, L.: “Freedom of religion and the workplace: the draft employment equality (religion or belief) regulations 2003”, *Industrial Law Journal*, Vol. 32, núm. 23, 2003.

— “Approaching religious discrimination at work”, *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, Vol. 20, núm. 2, 2004.

▶ VIDAL GALLARDO, M.: *Trabajo y Seguridad Social de los miembros de la Iglesia Católica*, Valladolid (Universidad), 1996.

— "Régimen jurídico del personal al servicio de las Iglesias, confesiones y comunidades religiosas inscritas (Inciso primero del art. 6.1 de la LO 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa)", *Laicidad y libertades. Escritos jurídicos*, núm. 0, 2000.

▶ VIÑETA ROCA, F.: "Contratación temporal anual de profesores de religión en centros públicos: ¿Violación de Derechos Fundamentales de los propios docentes?", *Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales*, núm. 19, 2003.

▶ VILLA SERNA, S. de la: "Pensión de viudedad y bigamia", *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 5, 2004.

▶ VISCOMI, A.: "Osservazioni critiche su lavoro e 'tendenza' nelle fonti internazionali e comunitarie", *Laicidad y libertades. Escritos jurídicos*, núm. 3, 2003.

▶ WELLER, P., *et alii*: "Religious discrimination in England and Wales", *Home Office Research Studies*, núm. 220, 2001.

▶ YUSTE MORENO, J.M.: "Prestaciones sanitarias, farmacéuticas y ortopédicas", en AA.VV. (MORENO GONZÁLEZ-ALLER, I., Coord): *Prontuario de las prestaciones de la Seguridad Social*, Madrid (CGPJ), 2002.

El trabajo *"Inmigración, Religión y Trabajo en Andalucía"*, trata de abordar los problemas que el ejercicio de la libertad de culto suscita en el marco de las relaciones laborales y de Seguridad Social en la sociedad española, caracterizada cada vez más por una mayor pluralidad de credos, fenómeno que cobra especial relevancia en el contexto de la Comunidad Autónoma de Andalucía. En este sentido, la libertad religiosa aparece reconocida como derecho fundamental en el artículo 16 de la Constitución Española, pudiendo ser considerado como un derecho laboral inespecífico, que el trabajador disfruta en cuanto ciudadano, pero capaz de modular su prestación de servicios. El estudio realizado pretende aportar soluciones (algunas ya utilizadas en el Derecho Comparado desde hace décadas) tendentes a equilibrar las necesidades productivas de la empresa con el ejercicio del mentado derecho fundamental de la manera más amplia posible, para permitir una adecuación de determinadas condiciones laborales (jornada, horario, funciones, descansos, prevención de riesgos laborales...) a las creencias profesadas por el trabajador en el seno de una relación laboral ordinaria. Junto a lo anterior, tratamiento específico merecen las denominadas empresas de tendencia, en las cuales el ideario propio de la organización va a ampliar las facultades del empleador a fin de permitirle controlar la adecuación de la conducta del trabajador. La obra finaliza con el análisis de la incidencia que el credo religioso presenta en el ámbito de la Seguridad Social, abordando problemas ya tradicionales —como la negativa a recibir asistencia sanitaria o el todavía vigente requisito del matrimonio para acceder a la pensión de viudedad—, otros más novedosos —significativamente, la consideración de una oferta de trabajo como colocación adecuada en relación con la prestación de desempleo—, así como el régimen de previsión aplicable a cuantos ejercen como sacerdotes, ministros de culto y religiosos de las distintas confesiones.

Publicaciones CES.A
COLECCIÓN PREMIO DE INVESTIGACIÓN

Inmigración, Religión y Trabajo en Andalucía

Roberto Fernández Fernández
Rodrigo Tascón López
Henar Álvarez Cuesta
José Gustavo Quirós Hidalgo

