

Descanso semanal y festividades religiosas

BERNARDINO MUÑOZ CALAF
Universidad de Oviedo

SUMARIO:

Introducción; I.-Fase previa: el acceso al puesto de trabajo; II.- El desarrollo de la prestación laboral; III.- La extinción de la relación laboral.

INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo, se van a tratar de analizar los problemas que genera la compatibilización de los períodos de descanso laboral que consagra la Constitución⁽¹⁾ con las exigencias de determinadas religiones en cuanto a la celebración de festividades y, más en particular, las dificultades que surgen en los supuestos en que el descanso semanal que recoge el artículo 37.1 del Estatuto de los Trabajadores no coincide con la festividad semanal de la religión que el trabajador profesa.

La trascendencia del problema no se debe tanto a su incidencia cuantitativa en el mundo laboral, como al grave perjuicio que supone, para el trabajador cuya religión no le permite trabajar un día determinado, el no poder llegar a un acuerdo con su empleador para poder descansar ese día en concreto. En tales supuestos, es frecuente que el trabajador, impelido por sus creencias, se ausente del trabajo a pe-

sar de no ser su día de descanso, incurriendo en una infracción laboral que de repetirse, acarrea frecuentemente el despido disciplinario del trabajador.

Para completar el estudio, se analizarán las implicaciones que acarrea el problema en las distintas fases de la relación laboral, así como las diversas resoluciones que tanto el Tribunal Supremo como el Tribunal Constitucional han dictado al respecto, contrastándolas con resoluciones similares de la jurisprudencia americana y con las opiniones de autores doctrinales que han estudiado el tema.

Régimen jurídico vigente

La Constitución Española, en su artículo 16, otorga a la libertad religiosa el rango de derecho fundamental y establece como su única limitación la necesaria para el mantenimiento del orden público. Esto supone, que el respeto a la libertad religiosa es obligatorio tanto para los poderes públicos como para el resto de los ciudadanos (art. 9.1 CE) y que las eventuales restricciones del derecho, no podrán afectar nunca a su contenido esencial.

En cuanto al descanso semanal,

(1) El artículo 40.2 CE establece que los poderes públicos *garantizarán el descanso necesario, mediante la limitación de la jornada laboral.*

(²) El artículo 37.1 ET ha sido desarrollado a través del Real Decreto 2001/1983, de 28 de julio sobre regulación de la jornada de trabajo, jornadas especiales y descansos (art. 44).

(³) En base a las exigencias del artículo 2.3 del Convenio número 14 de la OIT y del artículo 6.3, del Convenio número 104 de la OIT ambos ratificados por España.

(⁴) El canon 1247 establece que el domingo y las demás fiestas de precepto los fieles tienen la obligación de participar en la misa y se abstendrán además de aquellos trabajos y actividades que impidan dar culto a Dios, gozar de la alegría propia del día del Señor o disfrutar del debido descanso de la mente y del cuerpo.

(⁵) Canon 1248.1

(⁶) El acuerdo, aprobado por la Ley 25/1992, de 10 de noviembre, establece en su artículo 12 que el descanso laboral semanal, para los fieles de Comunidades Israelitas pertenecientes a la FCI, 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 del Estatuto de los Trabajadores como regla general.

el artículo 37.1 del Estatuto de los trabajadores (en adelante ET), desarrollando el artículo 40.2 de la Constitución, establece que los trabajadores tendrán derecho a un descanso mínimo semanal de día y medio ininterrumpido que, como regla general, comprenderá la tarde del sábado o, en su caso, la mañana del lunes y el día completo del domingo. Todo ello sin perjuicio de que por disposición legal, convenio colectivo, contrato de trabajo o permiso expreso de la autoridad competente se regule otro régimen de descanso laboral para actividades concretas(²). De este modo, el legislador español, opta por concretar en el domingo el día preferente para que los trabajadores gocen del descanso obligatorio, a la vez que faculta a las partes integrantes de la relación laboral para que de mutuo acuerdo sustituyan tal día por el que más se adecue a sus necesidades. Concretada como norma dispositiva, la previsión del artículo 37.1 ET tiene la ventaja de conciliar el señalamiento del día de descanso coincidente con el consagrado por la tradición del país(³), con el respeto, exigido por el artículo 16 CE, de los derechos de aquellos cuya religión les obliga a descansar un día distinto. Además, la finalidad de una preferencia general, por el domingo en este caso, es clara puesto que, tal y como señala el Tribunal Constitucional (en adelante TC) en su Sentencia 19/1985, *mediante la coincidencia del descanso laboral y los que vacan las oficinas públicas, los centros escolares, etc., se facilita mejor el cumplimiento de los objetivos de descanso.*

Delimitación del problema

La compatibilización entre los deberes religiosos y los deberes laborales resulta conflictiva sólo en aquellos supuestos en que la confesión religiosa del trabajador le prohíbe a éste trabajar durante un día a la semana, denominado genéricamente *sabbath*, para dedicarlo al culto.

En España la cuestión ha tardado en

adquirir relevancia jurídica debido a la práctica uniformidad de credo que existía como consecuencia de la confesionalidad del estado, y a la todavía hoy escasa implantación de confesiones religiosas distintas de la católica.

Para comprender la afirmación anterior, es necesario tener en cuenta que, por el mero hecho de que el trabajador observe estrictamente los mandatos de su religión, no siempre va a tener problemas para compatibilizarlos con sus deberes laborales, y en particular con los turnos de descanso semanal. En este sentido, baste señalar que la religión católica, ampliamente mayoritaria en nuestro país, a pesar de establecer el domingo como día festivo dedicado al culto de Dios(⁴), no excluye la posibilidad de trabajar ese día sino que se conforma con exigir la participación en la misa dominical, y aún dicho deber queda matizado porque se considera cumplido si se asiste a la misa el día anterior por la tarde(⁵). Esta postura tolerante hace que, respecto de los católicos, incluso partiendo del presupuesto de que el trabajador observa estrictamente todos los mandatos de su religión, resulte prácticamente imposible la existencia de problemas de compatibilización entre deberes laborales y deberes religiosos.

Supuesto distinto es el de aquellas confesiones "estrictas" que imponen a sus fieles la prohibición de trabajar en los días festivos. A título de ejemplo pueden citarse a los Adventistas del Séptimo día cuya religión les impide realizar cualquier tipo de actividad laboral desde la puesta de sol del viernes a la puesta de sol del sábado. El descanso sabbático es también de obligado cumplimiento para los judíos ortodoxos, circunstancia que ha quedado reflejada en el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Federación de Comunidades Israelitas de España(⁶).

La distinción no es baladí puesto que, tal y como señala la profesora CASTRO JOVER, dependiendo de la clase de religión que profese el sujeto,

el contenido esencial de su derecho a la libertad religiosa, tutelado por el ordenamiento, será diferente. Así, en el caso de la religión católica y el resto de las evangélicas, el mínimo tiempo que el empresario debe respetar es el necesario para la práctica del culto mientras que cuando se trata de religiones sabbatistas el derecho a la libertad religiosa se ve afectado por el hecho de que el individuo se vea obligado a trabajar el día de descanso que su religión preceptúa⁽⁷⁾.

I. FASE PREVIA: EL ACCESO AL PUESTO DE TRABAJO

Aunque en esta fase la prestación laboral aún no ha comenzado, y por lo tanto no puede ser incompatible con los deberes religiosos, existen ciertas cuestiones de interés que es necesario señalar por incidir directamente en la posible incorporación del trabajador sabbatista a un puesto de trabajo concreto.

Convocatorias de examen

Los problemas relativos a este aspecto del acceso al trabajo pueden producirse cuando la fecha en la que se fija alguna de las pruebas que integran el examen previo coincide con un día de descanso religioso de obligado cumplimiento para el candidato. Tales problemas, pueden generarse tanto en el ámbito de la contratación pública como en el de la privada si bien en el primero de los supuestos, el ente convocante, en base a los Acuerdos suscritos por el Estado español en 1992, debería tratar de evitar fijar las pruebas en fechas coincidentes con festividades de observancia obligatoria, al menos, de las confesiones con notorio arraigo en España⁽⁸⁾. De todas formas, el tratar de evitar los días religiosamente conflictivos pierde sentido cuando la prestación del trabajo por el que se concursa se desarrolla en tales días puesto que,

de ser así, es muy probable que el candidato sabbatista no intente ni siquiera acceder al puesto de trabajo de que se trate.

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (en adelante TJCE) tuvo ocasión de pronunciarse sobre uno de estos supuestos conflictivos, al resolver sobre la impugnación del acto de adjudicación de una plaza de traductor-linguista para el Consejo por haberse convocado las pruebas escritas en fecha de 16 de mayo, coincidente con la fiesta de Pentecostés judía⁽⁹⁾. En su Sentencia, el TJCE manifiesta la conveniencia de que la autoridad investida de poder de designación se informe de manera general de qué fechas podrían no ser convenientes por motivos de orden religioso y trate de evitar fijar las pruebas en tales fechas⁽¹⁰⁾. Para facilitar la tarea de información de dichas autoridades sería conveniente que los representantes de las religiones que imponen a sus fieles la observancia obligatoria de los días festivos comunicasen las fechas prohibidas para el trabajo a las instituciones interesadas en general y, en particular a aquellos entes a través de los cuales se lleva a cabo la oferta pública de empleo a cualquier nivel (Comunitario, nacional, autonómico, etc.). Como complemento de la anterior recomendación, y para brindar una protección sustantiva a los objetores religiosos, el TJCE reconoce que si un candidato informa de antemano a la autoridad investida del poder de designación de los imperativos de orden religioso que le impiden presentarse a las pruebas en determinadas fechas, ésta deberá tenerlos en cuenta y esforzarse en evitar fijar las pruebas en tales fechas⁽¹¹⁾. Estas precauciones, son consecuencia de los principios que informan los concursos públicos y que no permiten derogación alguna de las fechas de las pruebas una vez estas han sido fijadas definitivamente y comunicadas a los candidatos. Ahora bien, el citado principio debe matizarse dependiendo de la clase de prueba

(7) En este sentido, ver el artículo de ADORACION CASTRO JOVER (Universidad de Valladolid) "Libertad Religiosa y Descanso Semanal".

(8) Estas confesiones están representadas en los Acuerdos con el Estado de 10 de noviembre de 1992, por la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España, la Federación de Comunidades Israelíitas y la Comisión Islámica de España.

(9) *Caso Prais contra el Consejo de las Comunidades Europeas*, resuelto por Sentencia de 27 de octubre de 1976 (*Recueil de la Jurisprudence de la Cour*, 1977, vol. II, págs. 1589-1611).

(10) *Ibidem*, fundamento jurídico 18, pág. 1599.

(11) *Ibidem*, fundamento jurídico 16, pág. 1599.

(14) GONZALEZ DEL VALLE, J.M. "Objeción de Conciencia y Libertad Religiosa e Ideológica en las Constituciones Española, Americana, Alemana, Declaraciones de la O.N.U. y Convenio Europeo, con Jurisprudencia" publicado en Revista de Derecho Privado (abril 1991).

de que se trate puesto que, cuando es oral, resulta imposible lograr que los exámenes sean idénticos y simultáneos para todos los candidatos por lo que, si el candidato informa de sus imperativos religiosos, debería acordarse una fecha distinta para la realización de la prueba. En las pruebas escritas sin embargo, un eventual cambio en la fecha atentaría contra el principio de simultaneidad exigible para garantizar la máxima igualdad entre los candidatos, dicha igualdad, se vería aún más mermada si a la fijación de una fecha diferente se acompaña la sustitución de la prueba fijada en principio por otra de contenido similar. Para comprender la gran rigidez de las pruebas escritas en relación con las orales, es necesario tener en cuenta que la función de los concursos públicos no es acreditar si los candidatos han alcanzado un nivel determinado de conocimientos sino elegir de entre ellos los más aptos para cubrir un número limitado de plazas.

Por todo lo expuesto, no es de extrañar que el TJCE haya declarado que si el candidato no informa a tiempo a la autoridad investida del poder de designación de sus dificultades, esta podrá rechazar el cambio de fecha, con el consiguiente perjuicio para el objetor religioso que no podrá presentarse a la prueba. Queda también al arbitrio de la autoridad designante el admitir soluciones distintas del cambio de fecha, como podrían ser adelantar la prueba para el objetor y mantenerle vigilado hasta la realización de la misma prueba por el resto de candidatos. Tales soluciones sin embargo, suponen generalmente costes adicionales elevados que la parte examinadora no suele estar dispuesta a soportar.

Indagación de las creencias religiosas del trabajador

El artículo 16 de la Constitución identifica libertad religiosa y libertad ideológica y les otorga un ám-

bito de protección amplio que abarca, tal y como señala GONZALEZ DEL VALLE, no sólo los juicios especulativos sobre temas dogmáticos tales como la existencia de Dios, la salvación del alma, etc., sino también los juicios prácticos de moralidad, derivados claro está de las convicciones dogmáticas, acerca de las más diversas cuestiones de la vida real (conducta sexual, observancia de festividades religiosas, régimen alimenticio, etc.)⁽¹⁵⁾. Por ello, aunque el Estatuto de los Trabajadores no haga una referencia expresa a la libertad de opinión en el ámbito de las relaciones laborales o a la prohibición de indagar sobre las opiniones del trabajador, no cabe duda de que la protección del artículo 16.2 CE se extiende a estos aspectos. En particular, el empresario o empleador, no podrá realizar ningún tipo de averiguaciones, ya sea de forma directa o indirectamente a través de cuestionarios, acerca de la ideología, religión o creencias del trabajador. La prohibición afecta a todas las fases de la relación laboral, pero tiene particular relevancia en la fase previa, al constituir una garantía de que el empleador no discrimina por motivos religiosos al contratar.

Por otra parte, no puede olvidarse que la libertad religiosa también tiene un aspecto positivo que faculta a todo individuo a manifestar libremente sus creencias (art. 2.1 LOLR). Al trasladar este derecho al ámbito laboral, se infiere que es el trabajador quien decide si desea declarar al empresario sus creencias al formalizar el contrato. Una declaración en este sentido, si bien no puede afectar en nada a la futura contratación, resulta conveniente para el oportuno conocimiento del empresario de las circunstancias que pueden afectar en el futuro a la prestación laboral y es además una clara expresión de la buena fe contractual que debe informar siempre las relaciones entre trabajador y empresario (art. 5 ET).

La facultad de rechazo del empleador

La libertad de empresa, reconocida por el artículo 38 de la Constitución confiere al empresario amplias facultades en todo lo relativo a la organización y dirección de la empresa. En el ámbito de la contratación, la única limitación del empleador viene impuesta por el principio de no discriminación consagrado por el artículo 14 CE. La religión, al igual que cualquier otra circunstancia personal o social, no podrá incidir en modo alguno en la decisión de contratar o no a un trabajador.

Cuando el horario propuesto por el empresario durante los tratos previos a la contratación no afecta a los deberes religiosos del trabajador, en especial la práctica del culto y la observancia de las festividades, éste podrá prescindir de declarar sus creencias si considera que podrían afectar negativamente a la conclusión del contrato o si simplemente, desea mantenerlas en su esfera privada. En caso contrario, es decir, cuando el horario en el que está previsto que se desarrolle la prestación de trabajo resulta incompatible con los deberes religiosos del trabajador, éste deberá poner de manifiesto tal incompatibilidad, en base al principio de buena fe contractual (art. 5 ET), y podrá decidir sobre declarar o no sobre la motivación religiosa de su objeción a trabajar. De todas formas, y teniendo en cuenta el respeto generalizado de la sociedad por la religión en general, puede resultar beneficioso que el trabajador manifieste que de no mediar sus obligaciones religiosas accedería gustoso al puesto de trabajo. El empresario por su parte, una vez conocida la incompatibilidad, podrá optar por modificar las condiciones de trabajo propuestas si realmente desea contratar al trabajador en concreto o buscar otro candidato que esté dispuesto a asumirlas íntegramente. Si el objeto religioso formaliza el contrato sin manifestar su imposibilidad de cumplir plenamente con la jornada laboral correspondiente a su puesto, estará

obrando con manifiesta mala fe por lo que no sólo no podrá alegar sus motivos religiosos para ser dispensado de trabajar los días en que su religión se lo impida sino que además podrá ser objeto de despido disciplinario en base al artículo 54.d) ET.

II. EL DESARROLLO DE LA PRESTACIÓN LABORAL

Para analizar los problemas que los deberes religiosos pueden plantear durante el desarrollo de la prestación de trabajo, es necesario partir de que, al inicio de la relación laboral, el descanso semanal fijado en el contrato no resultaba incompatible con los deberes religiosos del trabajador y que, posteriormente, se da alguna circunstancia que hace que el trabajador no pueda continuar prestando sus servicios a la empresa con normalidad por no coincidir el descanso semanal con su *sabbath*⁽¹³⁾. La incompatibilidad sobrevenida puede traer causa de una decisión empresarial (reestructuración del calendario laboral de la empresa o traslado del trabajador) o de una circunstancia fáctica cual es la conversión del trabajador a una de las religiones "estrictas". De todas formas, lo esencial en esta clase de supuestos no es la causa que los motiva sino el problema subyacente de la colisión entre los deberes laborales del trabajador y su derecho a la libertad religiosa concretado, tal y como reconoce el artículo 6.h) de la Resolución 36/55 de la Asamblea General de la O.N.U., en la libertad de *observar los días de descanso [...] conforme a los preceptos de la propia religión o convicción*. Para analizar el problema, es necesario partir de que la fijación del descanso semanal en un día concreto, ya sea el domingo en base al artículo 37.1 ET, ya sea cualquier otro día fijado por disposición legal, convenio colectivo, contrato de trabajo o permiso expreso de la autoridad competente, se hace por motivos seculares y respetando, al menos en un

(13) Con el término Sabbath, cabe referirse a cualquier día de la semana durante el cual la religión del trabajador le obligue a interrumpir su actividad laboral para dedicarlo al culto.

(14) STC 19/85 de 13 de febrero, fundamento jurídico 4.

(15) GONZALEZ DEL VALLE (Op. cit. pág. 278) señala como ejemplo concreto de justificación particular de la violación de la libertad religiosa de un individuo que desea abrir las puertas de su establecimiento en domingo por exigirle su religión el descanso sabático en un día distinto el hecho de que conviene evitar que los grandes almacenes, para los que resultaría sencillo instaurar turnos de domingo, no compitan deslealmente con los pequeños establecimientos.

(16) Tal justificación es la que esgrime el Juez BRENNAN en su pronunciamiento sobre el caso *Sherbert v. Verner* (Supreme Court Reporter 374 US 403 (1961), pág. 1793).

(17) Los casos, producidos entre 1961 y 1985, en los que la Corte suprema ha reconocido y delimitado el deber del empresario de intentar la *reasonable accommodation* son los siguientes: *Mc Gowan v. Maryland* (366 US 420), *Braunfield v. Brown* (366 US 599), *Sherbert v. Verner* (374 US 398) y *Thorton v. Caldor* (472 US 703).

(18) STC 19/1985 de 13 de febrero, fundamento jurídico 3.

(19) Voto particular formulado sobre el motivo primero de la STC de 1 de febrero de 1981.

(20) Citado por CONTRERAS MAZARJO, I.M. en "La Igualdad y la Libertad Religiosas en las Relaciones de Trabajo" publicado en Documentación Jurídica, tomo XVIII, abril-junio de 1991.

plano abstracto las exigencias de neutralidad religiosa que impone el artículo 16.3 CE. Sin embargo, el que el descanso semanal haya sido fijado prescindiendo de motivaciones religiosas no garantiza en modo alguno, llegado el momento de su aplicación a un supuesto concreto como es el de la demandante de amparo en la STC 19/1985, no lesione el derecho a la libertad religiosa de aquellos trabajadores que se vean obligados a elegir entre la observancia de los mandatos de su religión o el cumplimiento íntegro de sus deberes laborales. El supuesto así planteado, genera dudas sobre la constitucionalidad de la norma que fija el descanso dominical. Tales dudas han sido despejadas favorablemente tanto en España como en los EE.UU. aunque las soluciones aportadas por la jurisprudencia de uno y otro país distan mucho de ser idénticas. En España, el Tribunal Constitucional⁽¹⁴⁾ se conforma con fundamentar su juicio positivo de constitucionalidad declarando que "el descanso semanal es una institución secular y laboral, que si comprende el domingo como regla general de descanso semanal es porque este día de la semana es el consagrado por la tradición". La *Supreme Court* sin embargo, parte del principio general de que las leyes no pueden impedir el libre ejercicio de la religión por lo que si esto ocurre en un supuesto concreto, aunque la norma considerada en abstracto obedezca a un propósito secular, deberá justificarse por que cabe una excepción a la regla constitucional⁽¹⁵⁾. La justificación que se suele alegar en último término es la existencia de un interés estatal ineludible (*compelling state interest*)⁽¹⁶⁾ que hace necesaria la restauración de la libertad religiosa en ese supuesto concreto.

Al trasladar las diversas interpretaciones de la neutralidad del descanso dominical del ámbito estatal al de la empresa privada, es decir, cuando un trabajador alega motivos religiosos para descansar un día distinto del fijado con carácter general para el

resto de los trabajadores, las respuestas que se obtienen son también diversas. Por una parte, a través de la jurisprudencia de la Corte Suprema americana, se ha elaborado una teoría, que a partir de 1972 ha sido reconocida por la *Civil Rights Act*, según la cual, cuando en el seno de una empresa se manifiesta incompatibilidad entre el régimen de descanso semanal de un trabajador y sus deberes religiosos, el empresario está obligado a intentar obtener una *reasonable accommodation* (adaptación razonable) a las necesidades religiosas de sus empleados, siempre que le sea posible hacerlo sin que se produzca un *undue hardship*, (gravamen indebido) para sus negocios⁽¹⁷⁾. En contrapartida, el Tribunal Constitucional⁽¹⁸⁾ señala que "el otorgamiento de un descanso semanal distinto supondría una excepcionalidad, que, aunque pudiera estimarse como razonable, comportaría la legitimidad del otorgamiento de esta dispensa del régimen general, pero no la imperatividad de su imposición al empresario". Por lo tanto, en España, hoy en día, el intento de lograr una adaptación favorable se configura no como un deber sino como una facultad del empleador.

Delimitación y alcance de la adaptación razonable

La adaptación razonable entre la organización del trabajo y los deberes religiosos de los trabajadores se configura como un límite al poder de dirección del empresario. Por ello, algunos juristas como el Magistrado TOMAS Y VALIENTE⁽¹⁹⁾ han manifestado su desacuerdo a que se configure como un deber del empresario afirmando que "una cosa es el principio de neutralidad empresarial frente a las creencias o ideologías de los trabajadores y otra el que tenga que acomodarse a ellas en la organización del trabajo". Para otros autores, como GIUGNI⁽²⁰⁾, la adaptación razonable no supone una función promocional de la religión atribuida al empresario sino la aplica-

ción de condiciones justas e iguales entre grupos religiosos. Independientemente de estas opiniones doctrinales, existe una elaboración jurisprudencial del concepto de *reasonable accommodation* que permite delimitar en qué medida queda restringido el poder de dirección del empresario. El trabajador, por su parte, aparece configurado no sólo como titular de derechos sino que también se le imponen obligaciones como notificar la incompatibilidad de sus deberes laborales con los religiosos o aportar las soluciones necesarias para que el empresario pueda llevar a cabo la adaptación. El empresario, de entre posibles soluciones "razonables" buscará aquella que le suponga un gravamen menor aunque procurando respetar, en la medida de lo posible, la categoría profesional del trabajador⁽²¹⁾. Las adaptaciones consistentes en transferir al empleado a otro puesto de trabajo de categoría inferior o con menor remuneración sólo se consideran "razonables" si cualquier otra solución es demasiado gravosa para el empresario. Una modalidad de adaptación, frecuente en grandes empresas que cuentan con un cuerpo de sustitutos cualificados, y considerada casi siempre como suficiente consiste en la reducción de la jornada del objetor religioso con la consiguiente disminución salarial.

El concepto de *undue hardship* por su parte, tiene gran importancia puesto que traslada el límite de la adaptación a las necesidades del objetor religioso, del contrato de trabajo (límite genérico de las modificaciones en la prestación laboral) a la organización de la empresa y sus exigencias. En este sentido, y aunque la obligación del empresario no es de resultado sino de actividad (intentar la adaptación), no servirá para probar la existencia de gravamen indebido cualquier situación de onerosidad, dificultad o molestia en la organización de la actividad productiva de la empresa⁽²²⁾. El Tribunal a la hora de valorar la existencia del gravamen po-

drá tener en cuenta el impacto en el poder de dirección del empresario, los posibles perjuicios que se deriven para el resto de los trabajadores de la empresa, la incidencia que tenga sobre el servicio que presta la empresa (especialmente si se trata de un servicio público) o cualquier otra circunstancia que haga desaconsejable la adaptación.

De todas formas, es necesario destacar, tal y como lo hace el Décimo Circuito de la Corte Federal de Apelación⁽²³⁾, que *reasonable accommodation* y *undue hardship* son conceptos jurídicos indeterminados que deben precisarse en función de las circunstancias de cada caso concreto. Como límites absolutos cabe señalar el coste económico de la adaptación que de superar el salario que percibe el trabajador supondría privilegiar al objetor religioso y al propio fenómeno de la religión y los sistemas de turnos fijados por convenio colectivo por ser el reflejo de un sistema bilateral y no arbitrario que trata de conciliar en la medida de lo posible los deseos de los trabajadores de fijar a su elección el día de descanso semanal y la necesidad de la empresa de que todos los turnos queden cubiertos las veinticuatro horas de todos los días de la semana⁽²⁴⁾.

La adaptación razonable en España

El Tribunal Constitucional, sólo ha tenido ocasión de conocer sobre un conflicto entre descanso semanal y deberes religiosos en su Sentencia 19/1985 de 13 febrero y en este caso se manifestó en contra de la existencia de una obligación de adaptación razonable por parte del empresario. Es más, el Tribunal ha declarado que una acomodación voluntaria por parte del empresario podría ser legítima pero sólo si no establece un trato diferenciado con respecto del resto de los trabajadores por considerarlo contrario al artículo 17.1 ET. Esta toma de posición ha sido criticada por el profesor CONTRERAS

(21) En el caso *Draper v. United States Pipe and Foundry Co.*, 527 F.2d 515 (1976) el Sexto Circuito de la Corte Federal de Apelación no admite como "razonable" la adaptación propuesta por el empresario, consistente en una transferencia de puesto de trabajo, porque suponía una sustancial disminución de sueldo y además podía malograr las aptitudes del demandante sin asegurar que en el futuro no se viese obligado a trabajar en sábado.

(22) PALOMINO, R. en "Las Objeciones de Conciencia" (Editorial Montecorvo S.A., Madrid 1994) sostiene esta opinión basándose en la Sentencia de la Corte Federal de Apelación respecto del caso *Cummings v. Parker Seal Co.* (516 F.2d 544, 551; Sexto Circuito 1975) en la que se afirma respecto del gravamen indebido que es "algo más que un gravamen" (*undue hardship is something greater than hardship*).

(23) *Williams v. Southern Union Gas Company*, 529 F.2d 483 (1976).

(24) PALOMINO, R. (Op. cit. págs. 174 y 176). Las opiniones de este autor se fundamentan en lo fallado por la Corte Suprema americana respecto del caso *JWA v. Hardison* (97 S.Ct. 2264; 1977) en el que se aprecia la existencia de *undue hardship* por la necesidad de alterar el sistema de turnos de la empresa establecido en función de la antigüedad (*seniority system*).

(25) CONTRERAS MAZARIO (Op. cit. pág. 188) traslada la "opinión disidente" de los Magistrados de la Corte Suprema americana MARSHALL y BRENNAN los cuales afirman, en relación con el caso TWA v. Hardison (97 S.Ct. 2764; 1976) que "la *accomodation* a las creencias religiosas de los trabajadores no puede ser rechazada por el mero hecho de implique un trato desigual; esta es precisamente la finalidad de la disposición legal aquí aplicable (*Civil Rights Act*): ajustar las reglas de aplicación general a las convicciones religiosas personales -concediendo las oportunas exenciones-, de modo que esos creyentes no sufran discriminación por su práctica religiosa".

(26) El artículo 1255 del Código Civil y el 3.1.c) ET (a sensu contrario) permiten la existencia de pactos individuales entre trabajador y empresario.

MAZARIO por entender que la esencia de la adaptación a las necesidades religiosas del trabajador está precisamente en dispensarle un trato diferenciado en razón de sus particulares circunstancias⁽²⁵⁾ y que, el Tribunal Constitucional, al negar esta posibilidad parece patrocinar una idea de igualdad próxima a la uniformidad que sin embargo ha venido rechazando desde su Sentencia 16/1982 de 28 de abril.

La justificación de que se admita para los objetores religiosos un trato diferenciado del que se establece para el resto de los trabajadores puede buscarse perfectamente en su también diferente situación en cuanto al acceso al puesto de trabajo y al desarrollo de la prestación laboral. El trabajador cuya religión le obliga a descansar un día determinado no puede acceder a todos los puestos en los que ese día sea laborable y aún en el caso de encontrar un empleo acorde a priori con sus deberes religiosos, su estabilidad en dicho empleo es más precaria que la del resto de los trabajadores puesto que podría ser despedido si, por reestructuración del calendario laboral o por transferirle el empresario a otro puesto, se viese obligado a trabajar el día en que su religión se lo impide. Por ello, no parece contrario al principio de igualdad que la empresa en la que presta sus servicios el objetor religioso se adapte a sus necesidades y le permita descansar en su *sabbath* siempre que tal adaptación no conlleve un gravamen indebido. Desde este punto de vista es posible construir toda una teoría de la adaptación razonable en España en función de las distintas causas que pueden motivarla.

Adaptación motivada por una decisión empresarial previa

Cuando el empresario lleva a cabo modificaciones en el calendario laboral o cuando transfiere a un trabajador a un puesto distinto del que ocupaba con anterioridad, su decisión podría resul-

tar incompatible con los deberes religiosos de un trabajador si éste se viese obligado a trabajar el día correspondiente a su *sabbath*. Si el objetor religioso informó de sus creencias al contratar y logró del empresario un pacto individual para no trabajar en su día de descanso religioso⁽²⁶⁾, este pacto supondría para él la adquisición de una condición más beneficiosa que debe ser respetada por el empresario en todo caso en base al artículo 1089 del Código Civil. Lo único que tendrá que hacer el objetor en este caso para oponerse a la decisión empresarial será probar la existencia del pacto individual. En este sentido, se ha pronunciado expresamente la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en su sentencia de 20 de abril de 1988 (fundamento jurídico 4) al declarar que "la autorización concedida al trabajador para cambiar su actividad laboral de los sábados por los domingos, sin que conste no tuviera autorización para ello, mantenida durante más de tres meses supone una novación del primitivo contrato por acuerdo de las partes" y denegar la posibilidad de despido disciplinario del trabajador basada en la supresión posterior de la autorización por un superior por calificar tal supresión como acto unilateral del empresario, modificativo de las condiciones de trabajo, "esto unido a las motivaciones religiosas, atenúa muy calificadamente las faltas del trabajador, excluyendo para ellas la sanción más grave del mundo laboral como es la del despido".

A falta de pacto individual, el trabajador, una vez constatada la incompatibilidad entre sus deberes laborales y los imperativos de su religión estaría obligado a comunicársela al empresario y a aportar soluciones que permitan salvarla. El empresario por su parte, sin renunciar en ningún momento a su poder de dirección, pero teniendo en cuenta que antes de su decisión el trabajador venía desarrollando su trabajo con normalidad, debería intentar por todos los medios lograr una adaptación razonable a las necesida-

des del objetor religioso salvo si ésta impusiera sobre su negocio un gravamen indebido.

Constatada la imposibilidad de efectuar la adaptación, el trabajador podrá ejercitar su facultad de renunciar al empleo y tendrá derecho a la indemnización que prevé el párrafo segundo del artículo 41.3 ET para aquellos trabajadores que se vean perjudicados por una modificación sustancial, individual o colectiva, de las condiciones de trabajo. No existen dudas, por establecerlo así el artículo 41.1.a) ET, de que la modificación de la jornada de trabajo es sustancial y tampoco de que el objetor religioso sufre un perjuicio puesto que pasa de desarrollar con normalidad su prestación laboral a verse obligado a elegir entre incumplir sus deberes religiosos o rescindir su contrato.

Adaptación motivada por la conversión del trabajador

Aunque en el segundo fundamento jurídico de su Sentencia 19/1985 el Tribunal Constitucional reconoce que el cambio de religión forma parte del contenido del derecho fundamental a la libertad religiosa que ninguna estipulación contractual puede contravenir, también afirma que "no se sigue de ahí, en modo alguno, que la invocación de estos derechos o libertades puede ser utilizada por una de las partes contratantes para imponer a la otra las modificaciones de la relación contractual que considere oportunas" considerando que, de admitir la pretensión de adaptación que sostiene la recurrente en amparo, supondría "que se le dispense del cumplimiento de las obligaciones que libremente acepto" con lo que "un cambio puramente fáctico (el de sus ideas o creencias religiosas), en cuanto que es manifestación de una libertad constitucionalmente garantizada, provoca la modificación de los contratos por ella suscritos, cuyo cumplimiento sólo sería exigible, en la

medida en que no sea incompatible con las obligaciones que su nueva confesión religiosa le impone, llevando así el principio de sujeción de todos a la Constitución (art. 9.1) a extremos inaceptables por contrarios a principios que, como el de seguridad jurídica, son también objeto de garantía constitucional (art. 9.3)". Con esta argumentación queda descartada cualquier tipo de imposición incondicional al empresario de adecuarse a las necesidades religiosas derivadas de la conversión de uno de sus empleados a una de las religiones "estrictas", pero no necesariamente la obligación del empresario de intentar una adaptación razonable que es, en definitiva a lo único a lo que la *Civil Rights Act* obliga a los empresarios americanos. El TC parece también descartar esa posibilidad en los supuestos de conversión argumentando⁽²⁷⁾ que cuando la empresa deniega la dispensa del régimen general de descanso laboral, lo único que hace es no posibilitar el cumplimiento de sus deberes religiosos "que es algo sustancialmente bien distinto de una actuación coercitiva impeditiva de la práctica religiosa" que sí resultaría contraria "al principio de neutralidad que debe presidir, en la materia, la conducta del empresario". En contraposición a esta teoría del Alto Tribunal, cabe señalar que, en muchas ocasiones, los tiempos sagrados que resultan incompatibles con el descanso semanal, imponen no ya la asistencia o celebración de ritos, sino la abstención absoluta de actividades profanas⁽²⁸⁾ y que, en estos casos, la distinción entre "impedir" y "no posibilitar" desaparece y con ella las objeciones a la posibilidad de imponer al empresario la obligación de intentar la adaptación razonable. Sin embargo, puede considerarse como un dato relevante que, en los supuestos de conversión, a pesar de que se infringe el derecho a la libertad religiosa del trabajador, la violación no se produce por una decisión del empresario como ocurriría con las modificaciones del calendario laboral o los traslados. Por ello, la apreciación del gravamen indebido

(27) STC 19/1985 de 13 de febrero. fundamento jurídico 2.

(28) GARCIA, J. y JIMENEZ-BLANCO, A. citados por CONTRERAS MAZARIO, J.M. (op. cit. pág. 118).

podría verse favorecida por no estar incurso la empresa en ningún proceso de reestructuración o cambio con lo que una eventual adaptación podría generar con más facilidad disfunciones en el sistema productivo. Además, si por estas o por otras circunstancias no resultase posible la adaptación y el trabajador decide desistir del contrato, no podrá solicitar la indemnización que prevé el artículo 50.1 ET por no concurrir en este caso ni modificación de las condiciones de trabajo, ni incumplimiento de las obligaciones contractuales imputables al empresario.

Con todos los obstáculos que se han señalado para la admisión de la obligación del empresario de intentar una adaptación razonable, no parece lógico que puedan plantearse casos en los que un trabajador alegue falsos motivos religiosos para descansar el día que más le convenga perjudicando con su actitud al resto de sus compañeros. La presunción de buena fe del trabajador que alega la incompatibilidad se ve corroborada por el hecho de que en los casos en que se coloca al trabajador en la situación límite de elegir entre incumplir o los mandatos de su religión o sus deberes laborales, siempre opta por lo último arriesgándose a un despido que en muchas ocasiones acaba produciéndose.

III. LA EXTINCIÓN DE LA RELACIÓN LABORAL

Impugnación del despido por parte del trabajador

El artículo 54.2.a) ET considera como incumplimiento contractual *las faltas repetidas e injustificadas de asistencia o puntualidad al trabajo* y el primer apartado del mismo artículo faculta al empresario para extinguir un contrato mediante despido basado en un incumplimiento grave y culpable del trabajador. Por lo tanto, cuando se da un supuesto de incompatibilidad entre

descanso semanal y deberes religiosos el trabajador que no logre del empresario una adaptación voluntaria a sus necesidades e incumpla la obligación de trabajar el día en que su religión se lo impide, corre el riesgo de ser despedido. Si esto se produce, el trabajador siempre tiene la posibilidad de recurrir la decisión del empresario ante la jurisdicción laboral. El fallo que emita el órgano jurisdiccional, sólo podrá considerar el despido como procedente o como nulo (artículo 55.5 ET) pero nunca como improcedente por ser la cuestión debatida la posible violación de un derecho fundamental cual es la libertad religiosa. Por lo tanto, si la sentencia califica el despido como nulo, el empresario se verá obligado (artículo 55.6 ET) a readmitir al empleado y a abonarle los salarios dejados de percibir durante la tramitación del proceso.

Hasta la fecha, tan sólo la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de abril de 1988 ha rechazado un despido por ausencias al trabajo de un objetor religioso, pero no en base a un deber del empresario de intentar previamente la adaptación sino por considerar que con la autorización inicial otorgada al trabajador para que descansase el sábado, se había producido una novación del contrato que debía ser respetada por el empresario. Sería deseable que a partir de este precedente los Tribunales españoles empezasen a valorar positivamente los esfuerzos de las partes por evitar el despido contribuyendo así a motivar a los empresarios para que intenten adaptarse a los imperativos religiosos de sus empleados siempre que no les resulte demasiado oneroso.

La prestación por desempleo

En principio, el trabajador que cese en su empleo, bien por desistimiento basado en una modificación sustancial de las condiciones laborales (art. 41.3 p.2 ET), bien por despido disciplinario fundamentado en sus faltas de asistencia al trabajo los días en que

su religión se lo exigía (art. 54 ET), se encontraría en una situación legal de desempleo por lo que, si cumple el resto de requisitos que establece el artículo 5 de la Ley 31/1984 de Protección por Desempleo, podría tener derecho a percibir la prestación correspondiente. Una vez obtenida ésta, la única circunstancia que podría plantear problemas con el derecho a la libertad religiosa del desempleado es que se pretenda extinguir su derecho a percibir la prestación por haber rechazado el objetor religioso una oferta de empleo adecuada con su cualificación profesional (art. 11.b) LPD) por requerir ésta el desarrollo de la prestación laboral durante el día de la semana en el que la religión del desempleado le impide trabajar. En estos supuestos, dado que la oferta de empleo pone al trabajador en la disyuntiva de obedecer los mandatos de su religión o seguir gozando de su prestación por desempleo, cabe entender que dicha oferta no puede considerarse verdaderamente adecuada por vulnerar el contenido esencial de la libertad religiosa del desempleado.

IV. CONCLUSIONES

Todo el trabajo hasta aquí expuesto, se basa en la teorización sobre las consecuencias que tendrá la implantación en España de la institución americana de la *reasonable accommodation*. La idea puede resultar viable en nuestro ordenamiento puesto que además de no contradecir ni el artículo 14 ni el 16.3 del texto constitucional podría servir para eliminar obstáculos al libre ejercicio del derecho a la libertad religiosa que es uno de los objetivos que los poderes públicos deben perseguir en base al artículo 9.2 CE. Hoy por hoy sin embargo, existen pocos indicios de que pueda prosperar la imposición al empresario de la obligación de intentar una adaptación razonable a las necesidades religiosas de sus empleados. Siendo conscientes de esta realidad, la mejor solución que se puede dar, en

los supuestos en que los deberes religiosos de un trabajador resulten incompatibles con alguna de sus obligaciones laborales, es apelar a la buena fe del empresario y del trabajador para que intenten llegar a una adaptación consensuada y razonable que permita a este último conservar su empleo a la vez que disfrutar plenamente de su derecho a la libertad religiosa.

BIBLIOGRAFÍA

Obras citadas

CASTRO JOVER, A. (Universidad de Valladolid) "Descanso Semanal y Libertad Religiosa".

CONTRERAS MAZARIO, J.M. "La Igualdad y la Libertad Religiosas en las Relaciones de Trabajo" en Documentación Jurídica, tomo XVIII, abril-junio 1991.

GONZALEZ DEL VALLE, J.M. "Objección de Conciencia y Libertad Religiosa e Ideológica en las Constituciones Española, Americana, Alemana, Declaraciones de la O.N.U. y Convenio Europeo, con Jurisprudencia" en Revista de Derecho Privado, abril 1991.

Manuales consultados

GARCIA MURCIA, J. y otros "Cuadernos de Derecho del Trabajo" N.º 2, 1994. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Oviedo.

GONZALEZ DEL VALLE, J.M. "Derecho Eclesiástico Español" 2.ª edición. Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho, Madrid 1991.

MARTIN VALVERDE, A.; RODRIGUEZ-SAÑUDO, F.; GARCIA MURCIA, J. "Derecho del Trabajo" 2.ª edición. Editorial Tecnos, Madrid 1993.