

PERFIL IDEOLÓGICO DE LA EMPRESA DE TENDENCIA Y DERECHOS FUNDAMENTALES DE SUS TRABAJADORES

José María Rodríguez de Santiago
Universidad Autónoma de Madrid



EXPERT MEETING 2019 | MADRID
ESQUEMA DESARROLLADO DE LA PONENCIA DEL 25 AL 27 DE MARZO DE 2019
CULTURAL MEDIATION AND SOCIAL AFFAIRS PROJECT 2019
WWW.INTERMEDIASOCIALINNOVATION.ORG

ÍNDICE

1. La “empresa de tendencia” y la modalización de la relación jurídico-laboral, con eventual perjuicio al derecho fundamental del trabajador, pero para la salvaguarda del ideario o carácter propio	2
2. Estructura metodológica de los conflictos típicos: el juicio de ponderación y la “ley de la ponderación”	4
3. Respuestas a dos preguntas concretas	7

1. LA “EMPRESA DE TENDENCIA” Y LA MODALIZACIÓN DE LA RELACIÓN JURÍDICO-LABORAL, CON EVENTUAL PERJUICIO AL DERECHO FUNDAMENTAL DEL TRABAJADOR, PERO PARA LA SALVAGUARDA DEL IDEARIO O CARÁCTER PROPIO

El concepto de “empresa de tendencia” (*Tendenzbetrieb*) procede del Derecho laboral alemán y alude a determinadas organizaciones que persiguen inmediata y prioritariamente fines calificables como ideológicos (de carácter político, educativo, religioso, caritativo, artístico, periodístico, etc.) y a los que no son de aplicación ciertas reglas relativas a la representación de los trabajadores en la empresa¹.

En el Derecho español no existe legislación equivalente a la alemana que defina el concepto de empresa de tendencia. El Tribunal Constitucional, sin embargo, en diversas ocasiones, ha dado por supuesta la existencia de empresas de tendencia también en nuestro Derecho²; e, incluso, ha ofrecido una definición no muy elaborada de ella: cierto “tipo de empresas, centros, asociaciones u organizaciones que pueden aparecer hacia el exterior como defensoras de una determinada opción ideológica. 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”³. En el art. 6.1 de la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa, por su parte, se dispone que las iglesias, confesiones, comunidades religiosas inscritas y las instituciones creadas por aquéllas para la realización de sus fines podrán establecer sus propias normas de personal y cláusulas de salvaguarda de su identidad religiosa y carácter propio, así como del debido respeto a sus creencias, sin perjuicio del respeto de los derechos y libertades reconocidos por la Constitución, y en especial de los de libertad, igualdad y no discriminación.

Entre los casos de la jurisprudencia constitucional se encuentra, por ejemplo, el de un periódico en el que el cambio ideológico radical de la empresa puede dar lugar al ejercicio de la cláusula de conciencia [art. 20.1 d) CE] por un periodista⁴. Pero, sin duda, las cuestiones sobre las que con más

¹ Véase parágrafo 118 *Betriebsverfassungsgesetz*.

² Se utiliza expresamente este concepto, entre otras, en la STC 38/2007, de 15 de febrero, FJ 10.

³ STC 106/1996, de 12 de junio (caso del hospital de la orden hospitalaria de san Juan de Dios), FJ 3.

⁴ STC 225/2002, de 9 de diciembre (caso del diario “Ya”).

frecuencia y profundidad se ha pronunciado el Tribunal Constitucional son el ideario o carácter propio del que pueden dotarse los colegios privados y la clase de religión y moral católicas que se ofrece en los colegios (también) públicos españoles.

Del ideario o carácter propio de algunos colegios privados⁵ ha afirmado la jurisprudencia constitucional que puede limitar la libertad de expresión y la libertad de cátedra del maestro e, incluso, en algún caso, “la conducta del profesor al margen de su función docente”⁶. De la clase de religión católica en los colegios el Tribunal Constitucional ha admitido, incluso, que el peso que en el juicio de ponderación corresponde al perfil religioso propio de la confesión implicada es mayor que el que corresponde típicamente al ideario de la empresa de tendencia: “la condición que deriva de la exigencia de la declaración eclesiástica de idoneidad no consiste en la mera obligación de abstenerse de actuar en contra del ideario religioso, sino que alcanza, de manera más intensa, a la determinación de la propia capacidad para impartir la doctrina católica, entendida como un conjunto de convicciones religiosas fundadas en la fe. El que el objeto de la enseñanza religiosa lo constituya la transmisión no sólo de unos determinados conocimientos, sino de la fe religiosa de quien la transmite, puede, con toda probabilidad, implicar un *conjunto de exigencias que desbordan las limitaciones propias de una empresa de tendencia*, comenzando por la implícita de que quien pretenda

⁵ Sobre el contenido, los requisitos y la eficacia potencialmente limitativa de derechos fundamentales de terceros del “ideario” [término utilizado por la Ley Orgánica 5/1980, de 19 de junio, por la que se regula el Estatuto de Centros Escolares (LOECE)] o “carácter propio” [término utilizado por la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del Derecho a la Educación (LODE)] sigue siendo de cita obligada la doctrina de las SSTC 5/1981, de 13 de febrero (LOECE), en especial, FF JJ 8-12; 47/1985, de 27 de marzo (despido de profesora del Colegio Lestonnac), en especial, FF JJ 3-4; y 77/1985, de 27 de junio (LODE), en especial, FF JJ 7-10. Según el Tribunal Constitucional, en síntesis, el derecho a establecer un ideario educativo propio, dentro del respeto a los principios constitucionales, forma parte de la libertad de creación de centros (art. 27.6 CE). El ideario no está limitado necesariamente a los aspectos religiosos o morales (STC 5/1981, FJ 8). El ideario no obliga al maestro a ser apologista de aquel, pero la libertad del profesor no le faculta a dirigir contra el ideario ataques abiertos o solapados. El ideario tiene fuerza limitante mayor, sobre todo, en los aspectos propiamente educativos o formativos; y menor en lo que toca a la simple transmisión de conocimientos (STC 5/1981, FJ 9). La conducta del profesor al margen de su función docente puede entrar en conflicto con el ideario “pues, 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 lleve 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 educativa que le está encomendada” (STC 5/1981, FJ 11). La simple disconformidad de un profesor con 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 (STC 47/1985, FJ 3).

⁶ STC 5/1981, de 13 de febrero (LOECE), FJ 11.

transmitir la fe religiosa profese él mismo dicha fe”⁷. La Constitución permite que la entidad religiosa considere irrenunciable “el ejemplo y el testimonio personales” del docente⁸.

En definitiva, nos interesa destacar ahora que existe en el ordenamiento jurídico español una admisión de principio de la empresa u otro tipo de organización que entra y se desenvuelve en el mercado voluntaria y expresamente dotada de unos perfiles propios de tipo ideológico o religioso cuya defensa justifica la limitación o el sacrificio de conductas inicialmente amparadas por los derechos fundamentales de sus trabajadores. Hasta dónde está justificada esa limitación o sacrificio es otra cuestión que se resuelve en el denominado juicio de ponderación.

2. ESTRUCTURA METODOLÓGICA DE LOS CONFLICTOS TÍPICOS: EL JUICIO DE PONDERACIÓN Y LA “LEY DE LA PONDERACIÓN”

Los conflictos típicos en este ámbito (entre un hospital católico y una auxiliar de enfermería que califica de “picnic” un acto eucarístico, entre el ideario que quiere transmitir la Iglesia católica en la asignatura de religión y moral y la libertad de expresión de un cura casado, con hijos y promotor público del celibato opcional, etc.) se han resuelto por los órganos judiciales conforme al método propio de la ponderación. Esa sería la forma de decidir, en consecuencia, que también debería seguir, en primer lugar, quien tenga atribuida por el Derecho la facultad de adoptar la primera decisión (despedir, no renovar un contrato, contratar o no contratar a alguien, etc.), que será, normalmente, la propia empresa de tendencia. Podemos dejar aquí de lado la polémica suscitada en el ámbito de la Teoría y la Metodología del Derecho en torno a esta forma de adoptar decisiones en materia de derechos fundamentales (polémica que siempre gira en torno a argumentos relativos a la inseguridad jurídica, a la supuestamente inadmisibles remisión a la justicia del caso concreto, etc.). El hecho es que en la práctica judicial de los altos Tribunales, al menos, de Europa y América, por ahora, no parece que haya posible marcha atrás en cuanto a la necesidad de valerse de este método decisorio.

⁷ STC 38/2007, de 15 de febrero (cuestión de inconstitucionalidad sobre la regulación –legal y por tratado internacional- de la asignatura de religión católica), FJ 10.

⁸ STC 38/2007, FJ 5.

La ponderación es, en síntesis, un procedimiento decisorio que argumenta en tres fases⁹: i) primera fase: la identificación de los derechos fundamentales (como principios o mandatos de optimización) en juego; ii) segunda fase: atribución de peso o importancia a cada uno de los intereses o principios en juego en atención a las circunstancias del caso; y iii) tercera fase: decisión de prevalencia conforme a la “ley de la ponderación”.

Creo que es gráfico poner algunos ejemplos de la jurisprudencia constitucional española para destacar hasta qué punto la argumentación de los tribunales se deja reconducir a este esquema y en qué medida este esquema argumentativo determina las decisiones finalmente adoptadas. En el caso de la STC 106/1996, de 12 de junio (auxiliar de clínica que califica en público de “picnic” que el capellán lleve la comunión a los enfermos del hospital de la orden hospitalaria de san Juan de Dios), al argumentar en torno a la primera fase de la ponderación (identificación de los derechos fundamentales en conflicto), afirma la sentencia: “la cuestión a examinar es, por consiguiente, la de si, en un supuesto de hecho como el que se nos plantea, es constitucionalmente adecuado partir de una ponderación entre el derecho a la libertad de expresión alegado por la trabajadora demandante y el ideario o ideología del empresario del hospital” (FJ 2). Parece claro que, si se hace desaparecer uno de los dos términos de la ponderación, el otro ganará “por goleada”. Y eso es lo que sucede en este supuesto.

En síntesis, se argumenta a continuación en la sentencia que la actividad de una auxiliar de clínica es una prestación neutra (no ideológica) [FJ 4 a)] y que la orden de san Juan de Dios puede tener un ideario, pero el hospital con el que ha contratado la trabajadora no puede calificarse de empresa de tendencia que pueda invocar su perfil ideológico como derecho fundamental [FJ 4 b)]. Con ello se ha preparado el camino para afirmar que “en el presente supuesto sólo concurre un derecho fundamental -la libertad de expresión de la trabajadora [art. 20.1 a) CE]- que se ejerce frente al poder de dirección del empresario y las obligaciones que se derivan del contrato de trabajo”, para declarar que prevalece ese derecho fundamental y para otorgar el amparo.

⁹ Así, expresamente, STC 11/2016, de 9 de junio, FJ 8 c): “ello exige desarrollar un juicio —calificado de “ponderación” en la doctrina constitucional— que identifique los bienes en juego, calibre su importancia y determine si el beneficio asegurado a uno compensa el sacrificio impuesto a otro (“regla de prevalencia condicionada”, en términos de la STC 103/2001, de 23 de abril, FJ 10)”.

Creo que también es gráfico comparar cómo se argumenta sobre el peso o importancia de los derechos en conflicto y sobre la decisión de prevalencia (segunda y tercera fase de la ponderación) en las SSTC 128/2007, de 4 de junio (caso del cura casado) y 51/2011, de 14 de abril (maestra de religión que se casa civilmente con un divorciado). Mientras que la libertad religiosa de la Iglesia católica se ve altamente comprometida por la circunstancia de que un cura casado que discrepa públicamente de la “línea oficial” imparta la clase de religión (STC 128/2007, FJ 11), el derecho a la intimidad de una maestra que se casa por lo civil y está dispuesta a “guardar reserva sobre su situación personal” pesa más que el perjuicio que se causa al ideario religioso de la Iglesia católica (STC 51/2011, FJ 12). En el primer caso gana el ideario de la Iglesia católica, en el segundo el derecho a la intimidad y a contraer matrimonio de la maestra.

El Tribunal Constitucional aplica siempre, sin decirlo, la denominada “ley de la ponderación” (*Abwägungsgesetz*) de Robert ALEX¹⁰, criterio formal según el cual, en caso de conflicto entre dos principios, la solución que se adopte debe cumplir que “cuanto mayor sea el grado de perjuicio a uno de los principios en conflicto, mayor ha de ser la importancia del cumplimiento de su contrario”. En los casos anteriores, por ejemplo: el sacrificio a los derechos fundamentales del cura casado está justificado por el alto impacto de su discrepancia con la línea oficial en el derecho de la Iglesia a mantener su perfil ideológico; y, sin embargo, el perjuicio que se causa al derecho a la intimidad y a contraer matrimonio de la maestra de religión no encuentra justificación en el daño que sufre el ideario de la Iglesia católica.

En términos generales, yo creo que –desde esta perspectiva de la estructura metodológica de estas decisiones ponderativas del Tribunal Constitucional español- se echa de menos la identificación, ya en la primera fase de inventario de los principios o mandatos de optimización en conflicto, de los derechos fundamentales de los clientes de la empresa de tendencia. Voy a utilizar aquí terminología mercantil para hacer más gráfica la idea.

Son clientes de la clase de religión católica, por ejemplo, los padres de los niños que la reciben y su derecho fundamental es el derecho de los padres a que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones (art. 27.3 CE). En la mayor parte de las sentencias del

¹⁰ R. ALEX^Y, *Theorie der Grundrechte*, 3ª ed., Suhrkamp, Frankfurt a. M. 1996, pág. 146, *passim*.

Tribunal Constitucional consultadas este derecho fundamental se identifica solo de forma tangencial en la primera fase de la ponderación y, de hecho, apenas es considerado seriamente en la segunda y la tercera.

Es obvio que la ponderación que tiene lugar exclusivamente entre los derechos ideológicos de la organización de tendencia y los derechos fundamentales de los trabajadores conduce necesariamente a una pérdida parcial (en los casos en los que “ganen” los derechos de los trabajadores) del perfil ideológico de la empresa. Desde una perspectiva general puede decirse que el mercado ideológico pierde entonces calidad en la oferta de productos ideológicos claramente definidos; el mercado ideológico se hace más homogéneo o difuso (menos diverso y plural) por la pérdida de claridad de las características de sus distintos productos. Y desde un punto de vista concreto, también puede argumentarse que esa pérdida del perfil ideológico propio puede hacer a una empresa menos atractiva en el mercado de los productos ideológicos¹¹, en especial, para el cliente que quiere un producto ideológico puro. Unos padres pueden perder el interés en una clase de religión católica impartida por una maestra divorciada, como los lectores de un periódico conservador pueden perder el interés en él cuando empiezan a cobrar relevancia entre sus columnistas periodistas de ideas progresistas. A mí me parece que sería necesario introducir en el juicio de ponderación, al menos, en algunos casos, algo que podría describirse como la libertad ideológica *pasiva* del cliente, y que podría denominarse técnicamente como mejor convenga.

3. RESPUESTAS A DOS PREGUNTAS CONCRETAS

a) *¿Es admisible favorecer en la selección del personal o durante el desarrollo de la relación laboral a quienes más se identifican con el ideario de la empresa de tendencia?*

La respuesta parece que debe ser positiva en virtud del propio concepto de empresa de tendencia¹². De la legislación y la jurisprudencia alemanas sobre

¹¹ Puede verse la idea en A. SELMA PEÑALVA, “La trascendencia práctica de la ‘vinculación ideológica’ en las empresas de tendencia en el ámbito de las relaciones de trabajo”, *Anales de Derecho de la Universidad de Murcia*, núm. 26, 2008, págs. 299 y sigs., en concreto, pág. 300.

¹² Así, por ejemplo, A. L. DE VAL TENA, “Las empresas de tendencia ante el Derecho del Trabajo: libertad ideológica y contrato de trabajo”, *Proyecto social: Revista de relaciones laborales*, núm. 2, 1994, págs. 177-198, en concreto, págs. 191-192.

el *Tendenzbetrieb* se deduce, no obstante, que del trato de favor solo puede beneficiarse el trabajador cuyas funciones contribuyen a la realización del ideario (*Tendenzträger*)¹³: en un colegio, por ejemplo, un maestro, pero no el jardinero. También el Tribunal Constitucional español ha distinguido entre las prestaciones laborales *neutras* (no ideológicas)¹⁴ en la empresa de tendencia y las de los trabajadores cuyas funciones contribuyen a la realización del ideario. En la situación jurídica de estos últimos se compensa ese posible trato favorable con la mayor onerosidad de su vinculación con respecto al ideario de la empresa.

b) *¿Puede asegurarse una posición de partida más favorable a la empresa de tendencia en un eventual conflicto que hubiera de resolverse ponderando su perfil ideológico con los derechos fundamentales del trabajador mediante una determinada configuración del contrato de trabajo?*

No parece posible. En los casos resueltos por el Tribunal Constitucional el juicio de ponderación se lleva a cabo exactamente en los mismos términos con independencia de que el contrato sea fijo o temporal, se trate de nombramientos de confianza o de propuestas de nombramiento que daban lugar a relaciones laborales especialmente flexibles. En todos los casos se parte de la idea de que “siempre han de operar las exigencias inexcusables de indemnidad del orden constitucional de valores y principios cifrado en la cláusula del orden público constitucional”¹⁵. La expresión no es muy precisa, pero se entiende bien qué es lo que quiere decir: se apunta a algo que también podría identificarse aludiendo a la irrenunciabilidad de los derechos fundamentales. Los poderes empresariales se encuentran limitados en su ejercicio no solo por las normas legales o convencionales que los regulan y por el contrato de trabajo, “sino también por los derechos fundamentales del trabajador, constituyendo un resultado prohibido la utilización lesiva de estos.

¹⁶

¹³ Así, por ejemplo, *Bundesarbeitsgericht*, Sentencia de 14 de septiembre de 2010 – 1 ABR 29/09.

¹⁴ STC 106/1996, de 12 de junio, FJ 4 a).

¹⁵ SSTC 38/2007, de 15 de febrero, FJ 7; y 51/2011, de 14 de abril, FJ 4.

¹⁶ STC 140/2014, de 11 de septiembre, FJ 6.