



Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Social, Sección 1ª, Sentencia de 21 Ene. 2008, rec. 4779/2007

Ponente: Moreno González-Aller, Ignacio.

Nº de Sentencia: 41/2008

Nº de Recurso: 4779/2007

Jurisdicción: SOCIAL

Tipo de recurso de la resolución: SUPLICACION

EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO. ACOSO MORAL. Procede. Limitación del devengo de salarios de tramitación por acuerdo entre las partes.

Normativa aplicada

TEXTO

En la Villa de Madrid, a VEINTIUNO DE ENERO DE DOS MIL OCHO

RSU 0004779/2007

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID

SALA DE LO SOCIAL - SECCIÓN PRIMERA

Recurso número: 4.779/07

[Sentencia número: 41/08](#)

F.

Ilmo. Sr. D. IGNACIO MORENO GONZÁLEZ ALLER

-PRESIDENTE-

Ilmo. Sr. D. JUAN MIGUEL TORRES ANDRÉS

Ilma. Sra. Dª. MARÍA JOSÉ HERNÁNDEZ VITORIA

habiendo visto en recurso de suplicación los presentes autos la Sección Primera de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid compuesta por los Ilmos. Sres

citados, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución española de 27 de diciembre de 1.978 ,



EN NOMBRE DE S.M. EL REY

Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE

EL PUEBLO ESPAÑOL

ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A

En el recurso de suplicación número 4.779/07, formalizado por el Sr/a. Letrado/a D^a. ROSARIO MARTÍN NARRILLOS, en nombre y representación de D. Rubén contra la sentencia de fecha DOCE DE JUNIO DE DOS MIL SIETE, dictada por el Juzgado de lo Social número 3 de MADRID, en sus autos número 1.052/06, seguidos a instancia de RECURRENTE frente a ETRAMBUS VIAJES Y SERVICIOS, S.A., en reclamación de DESPIDO, siendo Magistrado-Ponente el Ilmo. Sr. D. IGNACIO MORENO GONZÁLEZ ALLER, y deduciéndose de las actuaciones habidas los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Según consta en los autos, se presentó demanda por la citada parte actora contra la mencionada parte demandada, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, tras los pertinentes actos procesales de tramitación y previa celebración de los oportunos actos de juicio oral, en el que quedaron definitivamente configuradas las respectivas posiciones de las partes, dictó la sentencia referenciada anteriormente.

SEGUNDO: En dicha sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos probados:

PRIMERO.- El demandante Sr. Rubén con DNI: NUM000 ha prestado servicios para la empresa, demandada Etrambus Viajes y Servicios SA, dedicada a la actividad de transporte de viajeros por carretera, con antigüedad de 8- 11-02, categoría profesional de conductor y percibiendo un salario mensual bruto de 1.799,44 euros con inclusión de parte proporcional de pagas extras.

SEGUNDO.- La empresa demandada el 3-10-06 notificó al actor mediante burofax, carta de despido con efectos de 30-9-06, en la que le imputa incumplimiento grave y culpable del trabajador, consistente en faltas repetidas e injustificadas de asistencia al trabajo los días 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 28, 29, 30 y 31 de Agosto de 2006, así como los días 1,4,5 y 6 de septiembre de 2006, carta a la que me remito y que consta obrante en el folio 10.

TERCERO.-El actor reconoce que faltó los días que se le imputan en la carta de despido.

CUARTO.- La parte actora interpuso papeleta de conciliación ante el SMAC en reclamación de extinción de contrato de trabajo y el 5-4-06 demanda judicial, por turno de reparto correspondió al Juzgado de lo Social n° 31 de Madrid autos 319/06 , que dictó sentencia en fecha 15-6-06 por la que desestimó la demanda; dicha sentencia fue recurrida en suplicación por la parte actora, y la Sala de lo Social del



Tribunal Superior de Justicia de Madrid de fecha 28-12-06 recurso 4538/06, dictó sentencia por la que estimó el recurso interpuesto, revocó la sentencia de instancia, declaró extinguido el contrato de trabajo , y condeno a la empresa a abonar al actor en concepto de indemnización ex artículo 56 la cantidad de 10.942 ,75 euros.

En dicha sentencia como hechos declarados probados en los ordinales 2, 3, 4, 5, 8 se recoge que:

2º "El actor fue despedido por comunicaciones de fecha 02-06-05 y 15-06-05, con efectos de 30-06-05, con fundamento en la terminación del tiempo pactado. Dicho despido fue impugnado y declarado improcedente por sentencia del Juzgado de lo Social nº 35 de Madrid, autos 656/05 .

La empresa interpuesto contra la sentencia recurso de suplicación y optó por la readmisión del actor por escrito de 14-10-05 , produciéndose la reincorporación el 25-10-05, siendo promovido por el actor incidente de ejecución provisional de la sentencia dictándose auto por el Juzgado de lo Social nº 35, en que tras considerar que el actor incurrió en falta de la diligencia debida en la incorporación al puesto de trabajo, no acreditada conducta vejatoria, pero sí la actuación de la empresa no acorde con los criterios de la buena fe en la denuncia del actor a tráfico; acuerda requerir a las partes para el recíproco cumplimiento provisional de la Sentencia

3º.- Tras la reincorporación de la empleadora procedió a denunciar al actor, el 16 de noviembre de 2005, por posible consumo de drogas o alcohol, ante la Jefatura Provincial de Tráfico, siendo emplazado por esta para formular alegaciones, debiendo presentar su permiso de conducir original, lo que efectuó, habiendo de someterse a múltiples análisis y reconocimientos médicos, incluido uno psicológico en el Centro de Prevención y reconocimientos del. Instituto Madrileño de la Salud, todos ellos con el resultado de "apto" para todos los permisos de conducir y sin limitaciones.

4º.- El 2 de febrero de 2006, el actor hubo de pasar el reconocimiento médico anual en la Mutua de Accidentes de Trabajo la Fraternidad Muprespa, donde además de la exploración normal se le practicaron pruebas de drogas en sangre y/u orina, con autorización expresa por parte del demandante de entregar los resultados a la empresa, con resultado de apto para el desempeño de puesto de trabajo.

5º.- Con anterioridad al despido, el actor promovió una demanda de cantidad por el concepto horas extraordinarias, dietas y gastos, que fue estimada parcialmente por sentencia que condena a la demandada al abono de la cantidad de 136,08 euros. También presentó demanda de impugnación de modificación de condiciones de trabajo, por sustitución de la jornada continua con disponibilidad a partida sin disponibilidad, de ocho horas diarias, con tres horas de descanso. Dicha pretensión fue desestimada por sentencia firme de 29 de marzo de 2005, del Juzgado de lo Social nº 8 de Madrid, autos 1.247/04 por basarse en un mutuo acuerdo de las partes, salvo en modificación del sistema retributivo relativa a la supresión del plus de disponibilidad. También presentó junto con otros trabajadores, en noviembre de 2004, una denuncia ante la Inspección de Trabajo, que motivó la imposición de dos sanciones de 6.040,20 euros y 1.500 euros. El demandante había sido sancionado por distintas faltas muy graves, en el período desde diciembre de 2004 hasta abril de 2005, en cinco ocasiones, habiendo sido revocadas las mismas por otras tantas sentencias.



El actor promovió demanda por extinción de contrato a su instancia por modificaciones en las condiciones de trabajo, y acoso en el trabajo, que fue desestimada y confirmada por la Sala de lo social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid y presentó demanda de fijez, de la que desistió.

8º) Por sentencia del Juzgado de lo Social nº 16 de Madrid, de fecha 21 de abril de 2006 , autos 799/05, se estimó la reclamación de cantidad promovida por el demandante frente a la demandada, por importe de 3.166,46 euros, sin que exista constancia de los conceptos y períodos a que corresponde la reclamación estimada.

QUINTO.- En fecha 19 de abril de 2006 el actor presentó una denuncia por lesiones contra el responsable de la empresa habiendo recaído sentencia que absuelve al denunciado.

SEXTO.- El convenio colectivo aplicable es el de Transportes de Viajeros por Carretera de los Servicios Discrecionales y Turísticos Regulares Temporales y Regulares de Uso Especial de la Comunidad de Madrid; dicho convenio en su art. 47 apartado a) regula las faltas muy graves y dispone como tal " Tres o más faltas injustificadas o sin previo aviso de asistencia al trabajo, cometidas en un período de tres meses."

SÉPTIMO.- El día 20-4-06 la Mutua la Fraternidad emitió parte de asistencia del actor sin baja por golpes, patadas, cabezazos y estrangulamientos sufridos por el actor (folio 144).

OCTAVO.- La empresa demandada el 19-4-06 y el 25-4-06 envió al actor cartas de apertura y ampliación de expediente disciplinario. (Folios 145, 146 y 147).

NOVENO.- E1 8 de mayo el trabajador acompañado de un compañero de deportes Sr. Plácido acudió a la empresa para solicitar un día de licencia por asuntos propios y no le dejaron entrar.

DÉCIMO.- La empresa demandada el día 23-5-06 remitió carta al actor en la que consta que:

"Por medio del presente escrito pongo en su conocimiento la ampliación de expediente, para que en el plazo de diez días, alegue lo que estime oportuno y en relación con los siguientes hechos:

Para que explique la desobediencia a sus superiores y en presencia de sus compañeros, negándose a retirar el disco tacógrafo del autobús M-9612-WY los días 28/2, 23/03, 7/04, 22/05 y 23/05 del mismo año en las horas en que ha de ser usado por otros conductores, en los días que presta usted servicio, y en concreto respecto de las horas en que no va a ser conducido por usted (de 11 a 14 horas).

Si pasado 19 de mayo, viernes, salió quince minutos mas tarde de la hora que tenía asignada, las 14,00 y ello pese a la exigencia plasmada por escrito en los partes de trabajo que recibe, donde se hace constar que deberá respetar las horas de salida del garaje que se indica en el parte de trabajo".

Del examen de los discos se han observado que los días 1,2,3,9,10,13,14,15,16,22,23,27,2,29 y 30 de marzo, así como los días 7,10,11,12,19,21,25,26,17 y 28 de abril de 2006, y los días 3,4,5,8,10,11,12,17,18 y 22 de mayo del mismo año, cuando usted termina el



ultimo servicio por las mañanas, se para de 10 a 15 minutos, sin autorización de la empresa e infringiendo las instrucciones expresas que le dan en el parte de trabajo."

UNDECIMO.- La empresa demandada el día 29-5-06 remitió carta al actor en la que consta que:

Muy Sr. Nuestro

Por medio del presente escrito pongo en su conocimiento la ampliación de expediente, para que en el plazo de diez días, alegue lo que estime oportuno y en relación con los siguientes hechos:

Sus negativas reiteradas a recibir las comunicaciones de la empresa, y ello, COMO ahora le referiremos, posea que las torna, las lee, pero se niega a su firma y a recogerlas. Así ha ocurrido hoy día 25 de Mayo de 2006, a la 11 horas, en dos intentos hechos a lo largo de la mañana y en los que el Delegado de Personal, D. Eugenio , con la presencia de D. Jose Augusto y a los que ha replicado usted, la primera vez, que se lo dieran a partir de las 14 horas y luego, a la referida hora ha vuelto a negar su recepción.

El mismo día, ha salido Vd del garaje a las 14, 08, por haber estado en el departamento de tráfico para la entrega frustrada del documento mencionado. Tan solo 5 ó 7 minutos después ha regresado al mismo diciendo que a su autobús solo te funcionaban las velocidades largas.

Inmediatamente que ha sido revisado por el Jefe de Mantenimiento se constata que solamente tenía un fusible fundido, que usted y su profesionalidad podían haber solucionado pero que la actitud de hostilidad le hace actuar de modo negligente y ello pese a que la empresa respeta escrupulosamente todos sus obligaciones contractuales.

Por otro lado, persiste en su actitud, los días 24, 25 y 26 de Mayo de 2006, del examen de los discos se han observado que cuando usted termina el último servicio por las mañanas, se para de 10 a 13 minutos, sin autorización de la empresa e infringiendo las instrucciones expresas que se le dan en el parte de trabajo.

DUODECIMO.- La empresa demandada el 27-6-06 notificó al demandante parte de trabajo; y además en dicho parte le notifica:

En relación con la sanción que le fue notificada, en fecha 11-04-2005 cuyos hechos, calificación de muy graves y SUSPENSION DE EMPLEO Y SUELDO de 21 días recurrió, siendo firme la resoluciones judiciales dictadas como consecuencia del procedimiento promovido por usted y cuyo conocimiento correspondió al juzgado de lo social nº 1 de Madrid, procedimiento 436/2005 le comunico que el efectivo cumplimiento de la misma lo será desde el día 29-06-2006 hasta el día 19-07-2006 ambos inclusive, de conformidad con el ultimo párrafo de la carta de 11-04-2005.

En relación a sus vacaciones, puesto a que a fecha de hoy 26-06-2006 no tenemos conocimiento de que haya recogido el burofax enviado en fecha 16-06-2006, ni hemos recibido ninguna contestación por su parte le comunicamos que a partir de que cumpla la suspensión de empleo y sueldo de los 21 días, empezará a disfrutar sus 30 días de vacaciones desde el 20-07-2006 hasta el 18-08-2006 ambos inclusive.

Se le notifica al delegado de Personal.



DECIMOTERCERO.-El actor el 27-7-06 formula demanda por sanción notificada el 30-6-06.

DECIMOCUARTO.- De los conductores de la empresa demandada sólo el actor y otro compañero tenían que entregar diariamente en oficinas los discógrafos.

DECIMOQUINTO.- El 27-7-06 se dictó sentencia por el Juzgado de lo Social nº 31 autos 671/06 en demanda por vacaciones, que desestimó la pretensión del actor de disfrutar las vacaciones en el mes de agosto del 1 al 30, después del juicio el actor manifestó ante el Letrado que asistió a la empresa demandada Sr. Duran Fuentes que si no le daban la razón, se iba a ir de vacaciones en agosto.

DECIMOSEXTO.- El 5 de septiembre de 2006 fueron entregados al actor dos burofax enviados por la empresa de fechas 16-8-06 y 24 -8-06 cuyo contenido consta en los folios 241 a 252 inclusive a los cuales me remito, dichos burofax no pudieron ser entregados en la fecha en que se depositaron en correos al estar la casa del actor cerrada.

DECIMOSEPTIMO.- La parte actora no ostenta la representación legal o sindical de los trabajadores, ni la ha ostentado en el último año.

DECIMOCTAVO.- El trabajador el 19-10-06 presentó papeleta de conciliación ante el SMAC, siendo celebrado dicho acto el 8- 11-06 con el resultado determinado sin avenencia.

DECIMONOVENO.- Ambas partes, ante la situación que mantenían los autos, en comparecencia de fecha 12-12-06 acuerdan que en el supuesto de estimarse la demanda se suspendan los salarios de tramitación desde el 19-12-06 hasta el 6-2-07.

TERCERO: En dicha sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva:

"Procede estimar la demanda planteada por Rubén contra la empresa demandada ETRAMBUS VIAJES Y SERVICIOS SA en reclamación sobre despido nulo o subsidiariamente improcedente, y absolver a la empresa demandada de las peticiones formuladas en su contra."

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por la parte DEMANDANTE, formalizándolo posteriormente; tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte.

QUINTO: Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, en unión de la pieza separada de recurso de suplicación, a esta Sala de lo Social de Madrid, tuvieron los mismos entrada en esta Sección Primera en fecha DIECINUEVE DE OCTUBRE DE DOS MIL SIETE dictándose la correspondiente y subsiguiente providencia para su tramitación en forma.

SEXTO: Nombrado Magistrado-Ponente, se dispuso el pase de autos al mismo para su conocimiento y estudio en DOS DE ENERO DE DOS MIL OCHO, señalándose el día DIECISÉIS DE ENERO DE DOS MIL OCHO para los actos de votación y fallo.

SÉPTIMO: En la tramitación del presente recurso de suplicación no se ha producido ninguna incidencia.

A la vista de los anteriores antecedentes de hecho, se formulan por esta Sección de Sala los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO



PRIMERO.- El trabajador solicitó en su demanda la declaración de nulidad o subsidiariamente de improcedencia del despido, entre cuyos hechos ya destacaba que el despido disciplinario de que fue objeto, imputándole faltas de asistencia injustificadas al trabajo, no era veraz, violándose la garantía de indemnidad, como represalia por el ejercicio de un derecho iniciado por denuncia a la empresa ante la Inspección de Trabajo, en noviembre de 2004, estando justificadas las ausencias al trabajo por que la empleadora "no ha dejado de acosarme, sancionarme y provocarme, convirtiendo mi asistencia al trabajo en un acto heroico, que no es posible soportar, estando en juego mi integridad, física y psicológica".

SEGUNDO.- Dicha demanda de despido ha sido desestimada por el Juzgado de lo Social nº 3, en su sentencia de 12-6-2007, en la que, en resumen, después de reconocer el trabajador fue objeto de una situación de "acoso y hostigamiento", como lo demuestra la sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid que declaró la extinción del contrato, - a la que luego se hará mención- fundamenta la procedencia del despido en no haber quedado acreditado "de una forma clara, tajante y sin lugar a dudas", exista una relación directa entre el mismo y la denuncia presentada ante la Inspección de Trabajo, pues el actor no acudió de forma consciente y deliberada al trabajo en los días que tenía que hacerlo.

TERCERO.- Disconforme con la sentencia interpone recurso el trabajador desplegando un primer motivo, con idónea cobertura en el apartado b) del art. 191 LPL, para adicionar un nuevo párrafo al hecho probado decimotercero del siguiente tenor:

"La sanción consistía en una falta muy grave, sancionada con suspensión de empleo y sueldo durante 40 días. La sanción fue dejada sin efecto por la empresa en acuerdo de conciliación ante el J. S. 21, autos 690/2006".

Apoya tal adición en el documento nº 7 adjuntado a su ramo de prueba, folio 163 de autos, consistente en acta de conciliación ante el Juzgado de lo Social nº 21, en el que, en efecto, aparece que la empresa ofreció "dejar sin efecto la sanción sin hacer mención alguna a la suspensión de empleo y sueldo por cuanto la sanción no se ha cumplido a la fecha de hoy". Replica la empresa en su escrito de impugnación que tal acuerdo tiene su razón de ser en que la sanción, fuera el que fuera el fallo de la sentencia que se dictara en el procedimiento de sanción, nunca se iba a cumplir en la práctica, teniendo en cuenta la relación laboral fue resuelta por sentencia de la Sección 2ª de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid, y que la modificación deviene en irrelevante.

Consideramos que el motivo debe ser admitido, pues el hecho definitivo es que la sanción indicada, fuera cual fuese su razón última, quedó sin efecto, lo que ha de ponerse en relación, para una adecuada perspectiva enjuiciadora de cuantos datos concurren, con el hecho probado cuarto punto quinto de la sentencia recurrida, según el cual, el demandante, "había sido sancionado por distintas faltas muy graves, en el periodo desde diciembre de 2004 hasta abril de 2005, en cinco ocasiones, habiendo sido revocadas las mismas por otras tantas sentencias".

CUARTO.- Antes de pasar a examinar el segundo de los motivos que, sobre error in iudicando, instrumenta el trabajador, es preciso ordenemos cronológicamente los datos que conforman el relato fáctico, abigarrados y dispersos en la narración de la sentencia de



instancia, por remisión a otras resoluciones judiciales concurrentes incorporadas a las actuaciones, para así y de esta forma estar en mejor disposición de comprender con claridad la temática subyacente en el pleito.

El actor, en unión de otros trabajadores, presentó en noviembre de 2004 una denuncia ante la Inspección de Trabajo contra la empresa demandada, que culminó en la imposición de dos sanciones por la autoridad administrativa laboral de 6.040,20 euros y 1.500 euros respectivamente.

El actor fue despedido en una primera ocasión por la empresa con fundamento en la terminación del tiempo pactado, lo que dio lugar en vía judicial a sentencia del Juzgado de lo Social nº 35, de fecha 5-10-2005, (folio 123) que declaró la improcedencia del despido producido por cese del 30-6-2005, sentencia confirmada -ante el recurso de suplicación interpuesto por la empresa que optó por la readmisión por escrito de 14-10-05- por la del TSJ de Madrid de 22-5-2006 (folio 131).

Tras la reincorporación del actor a su puesto de trabajo, una vez optó la empresa por la readmisión después de conocido el fallo de la sentencia del Juzgado de lo Social nº 35, la empleadora procedió a denunciar al actor (el 16-11-05) "por posible consumo de drogas y alcohol" ante la Jefatura de Tráfico. Se le practicaron los correspondientes análisis y pruebas, con permiso del trabajador, con resultado de apto para el trabajo. En incidente de ejecución provisional de sentencia de despido el Juzgado de lo Social nº 35 acordó requerir a la partes para el recíproco cumplimiento de la sentencia, apreciando además el Juez de instancia mala fe de la empresa al denunciar al actor a tráfico.

El trabajador promovió diversas demandas de reclamación de cantidad, una anterior al primer despido producido el 30-6-2005, en concepto de horas extraordinarias, dietas y gastos, estimada parcialmente, otra también anterior al primer despido, sobre modificación de condiciones de trabajo, estimada por sentencia firme de marzo de 2005 solamente en la supresión del plus de disponibilidad.

El trabajador ha sido sancionado por distintas faltas muy graves, en el periodo desde diciembre de 2004 hasta abril de 2005, hasta en cinco ocasiones, habiendo sido revocadas todas ellas por otras tantas sentencias.

Por sentencia del Juzgado de lo Social nº 16 de Madrid, de 21-4-2006 , se estimó la demanda del actor sobre reclamación de cantidad a la empresa, condenándola al abono de 3.166,46 euros.

El 5-4-2006 el actor presentó demanda sobre extinción de contrato contra la empresa, que fue desestimada por el Juzgado de lo Social nº 31, en sentencia de 15-6-2006, revocada por la de 28-12-2006 , de la Sección 2ª de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid, firme esta última, conforme se desprende del documento nº 1 adjuntado al escrito de impugnación del recurso de suplicación de la empresa, y que debe ser admitido por reunir los requisitos para ello conforme al art. 231 LPL .

En la sentencia de 28-12-2006 la Sala de lo Social (Sección 2ª) de este TSJ, que nos vincula por los efectos positivos de la cosa juzgada, queda acreditado: A). Que se ha producido una modificación sustancial de las condiciones de trabajo impuesta unilateralmente por la empresa, respecto de la jornada que tenía el trabajador antes del despido de 30-6-2005, y la jornada establecida luego de su reincorporación, a partir del 19-1-2006.B) Que se ha producido una modificación de los salarios que percibía el actor antes del despido de



30-6-2005 y los percibidos después de su reincorporación, con un menoscabo patrimonial significativo, al habersele suprimido (tras su reincorporación) la retribución por horas de presencia, el concepto de no descansos por un importe variable y reducido el importe del plus de disponibilidad. C). Que el 16-11-05 la empresa presentó denuncia contra el trabajador por posible consumo de drogas y alcohol, lo que le obligó someterse a análisis y reconocimientos médicos en distintas entidades, incluidas las oficiales, y también fue sometido a un examen psicológico. Tal denuncia devino injustificada, al carecer de veracidad, con quebranto lesivo para la dignidad e intimidad del trabajador, a que hace referencia el art. 4.2.e) del ET, quebrantándose así mismo el deber de buena fe exigible por el art. 20-2 del citado cuerpo legal.

La sentencia de 28-12-2006 (de la Sección 2ª TSJ Madrid) terminó -en base a todos estos incumplimientos contractuales- por extinguir el contrato de trabajo que unía al actor con la mercantil Etrambus, Viajes y Servicios, S.A, condenándola en concepto de indemnización al abono de 10.942, 75 euros.

El actor fue despedido mediante carta notificada por burofax de 3-10-06, (este es el despido objeto del recurso de suplicación interpuesto pro el actor y que debemos resolver en las presentes actuaciones) con efectos de 30-9-06, por faltas repetidas e injustificadas de asistencia al trabajo tipificadas en el art. 54.2. a) ET y 47 del Convenio Colectivo de aplicación de Transporte de Viajeros por carretera de los servicios discrecionales, los días 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 28, 29, 30 y 31 de agosto de 2006, 1, 4, 5, y 6 de septiembre de 2006 de 11 días en el mes de agosto, que el actor reconoce faltó.

La empresa demandada notificó al actor, el 27-6-06, debía disfrutar sus vacaciones desde el 20-7-06 al 18-8-06, decisión que fue impugnada judicialmente en demanda por vacaciones ante el Juzgado de lo Social nº 31 que desestimó la pretensión del actor de disfrutarlas del 1 al 30 de agosto, manifestando al letrado de la empresa "que si no le daban la razón, se iba a ir de vacaciones en agosto".

Ambas partes, ante la situación que mantenían los autos, en comparecencia ante el Juzgado de fecha 19-12-2006, se mostraron de acuerdo que, en el supuesto de estimarse la demanda, se suspendan los salarios de tramitación desde el 19-12-06 hasta el 6-2-07.

QUINTO.- Fijados los datos fácticos relevantes para la decisión de la litis, la censura jurídica que instrumenta el actor, lo es para denunciar infracción de lo dispuesto en el art. 24 de la CE, 55.5 y 56 del ET, aduciendo, en síntesis de su alegato, que, desde 11-2004, en que denunció a la empresa ante la Inspección de Trabajo, entre otras cuestiones por excesos de jornadas y no respetar los descansos entre jornada y jornada, por las que ha sido sancionada la demandada, se ha visto obligado a presentar múltiples demandas, siendo objeto de continuo acoso y hostigamiento, lo que es reconocido por la sentencia que recurre, y sancionado en cinco ocasiones por la empresa, sanciones que han sido todas ellas revocadas judicialmente, siendo esta cadena de acontecimientos la verdadera razón -y no el comentario dirigido en forma coloquial al letrado de la empresa- que hace no acudir al trabajo los días que se le imputan, ante "la insostenible degradación de la relación laboral y el quebranto de los derechos básicos (...) de respeto a la consideración debida a su dignidad". Consecuentemente, afirma a renglón seguido, su inasistencia está justificada, vulnerándose por la empresa la garantía de indemnidad y su derecho a la tutela judicial efectiva, citando en su apoyo diferentes sentencias del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, terminando por suplicar conforme al petitum de su demanda.



La empresa, en su escrito de impugnación, aduce el actor no estaba autorizado a disfrutar de sus vacaciones en el mes de agosto, como se deduce de la medida adoptada por el Juzgado de lo Social nº 31, y que por su propia decisión decidió no acatarla, sin que sea posible la readmisión al estar extinguido el vínculo laboral por sentencia firme de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid, y respecto de los salarios de tramitación, de prosperar la petición actora, únicamente serían procedentes desde la fecha del despido hasta el 19-12-2006, pues así se acordó por las partes de común acuerdo, no siendo posible la reanudación a partir del 6-2-2007 por cuanto el contrato quedó extinguido el 28-12-2007.

SEXTO. - El acoso moral, como viene destacando esta Sección de Sala en reiteradas resoluciones, entre ellas la de 24-4-2006, es objeto de un estudio pluridisciplinar en el que participan la psicología, la psiquiatría, la sociología y, como no, el Derecho. El Diccionario de la Real Academia de la Lengua, define el verbo acosar como acción de perseguir, sin darle tregua ni reposo, a un animal o a una persona. El añadido al acoso del calificativo moral viene a incidir en que el acoso persigue conseguir el desmoronamiento íntimo, psicológico, de la persona. Cuando en la condición humana predominan los instintos, sin control por la razón, la perversión del hombre es capaz de generar los más abominables sufrimientos. Se ha demostrado hay ámbitos profesionales, especialmente propicios para el nacimiento y desarrollo de este fenómeno, como son el de la Administración Pública y el de la Enseñanza, en los que rigen, preponderantemente, principios de jerarquía, de rigurosa reglamentación y de acusado conservadurismo. En el fondo laten en el acosador instintos y sentimientos de envidia, de frustración, de exacerbado egoísmo, de celos, de miedo, de rivalidad y, muy particularmente, de narcisismo. Lo que genera graves problemas de convivencia y produce lesiones psíquicas en la persona del acosado deteriorando la normal integración en el seno de la empresa conducente a un absentismo laboral por baja médica que trastorna el normal desarrollo del trabajo y la consiguiente carga para las arcas de la Seguridad Social. Efectos que trastocan el entorno familiar, laboral y social, del acosado.

La Carta Social Europea de 3 de mayo de 1996, al referirse al acoso moral, habla de "actos condenables o explícitamente hostiles dirigidos de modo repetido contra todo asalariado en el lugar de trabajo..." y la Comisión Europea, en 14 de mayo de 2001, señala, también, como característica esencial del acoso, "los ataques sistemáticos y durante mucho tiempo de modo directo o indirecto...".

Las Directivas de la Unión Europea, la 43/2001, de 29 de junio, y la 78/2001, de 27 de noviembre, al referirse al acoso moral, desde la perspectiva jurídica de la igualdad de trato en el empleo y con independencia del origen étnico, lo consideran como una conducta de índole discriminatoria que atenta contra la dignidad de la persona y crea un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante y ofensivo.

El acoso moral debe tener, siempre, unos perfiles objetivos como son los de la sistematicidad, la reiteración y la frecuencia, requisito este el de la permanencia en el tiempo tradicionalmente aceptado en nuestra doctrina judicial (STSJ País Vasco 20-4-02, STSJ Galicia 8-4-03, STSJ Canarias/Las Palmas 28-4-03) y al propio tiempo, otros subjetivos como son los de la intencionalidad y el de la persecución de un fin.

Son, por tanto, elementos básicos de este anómalo proceder humano, de una parte, la intencionalidad o elemento subjetivo, orientado a conseguir el perjuicio a la integridad moral de otro, aunque no se produzca un daño a la salud mental del trabajador, (el concepto de



integridad moral es distinto del de salud) requisito éste, siempre exigido en este irregular comportamiento o actitud y, de otra parte, la reiteración de esa conducta de rechazo que se desarrolla de forma sistemática durante un período de tiempo. Lo importante es que el comportamiento sea objetivamente humillante, llevando así implícito el perjuicio moral, pues si se piensa que el acosador puede ser un enfermo y no por tanto responsable de sus actos, la búsqueda del resultado de humillación o vejación es un elemento normal de este comportamiento, pero no necesario. (Rojas Rivero).

Con todo, tanto el requisito de la intencionalidad como el de la duración en el tiempo parecen suavizarse en el Derecho Comunitario (Directivas 2000/43 del Consejo de 29 de junio de 2000, 2000/78 del Consejo de 27 de noviembre de 2000, 2002/73 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de septiembre de 2002). Así, la duración o reiteración deberá determinarla el intérprete en cada supuesto concreto, y no resulta imprescindible que quienes acosan lo hagan por una intencionalidad u objetivo, es suficiente los efectos producidos contengan un ataque contra la dignidad de la persona que lo padece o se haya creado un entorno hostil, degradante o humillante.

Lo que caracteriza al acoso moral es, sin duda alguna, la sistemática y prolongada presión psicológica que se ejerce sobre una persona (se le ningunea, hostiga, amilana, machaca, fustiga, atemoriza, amedrenta, acobarda, asedia, atosiga, veja, humilla, persigue o arrinconan) en el desempeño de su trabajo, tratando de destruir su comunicación con los demás y atacando su dignidad personal con el fin de conseguir que, perturbada su vida laboral, se aleje de la misma provocando su autoexclusión.

En este orden de ideas, en definición a nuestro modo de ver muy clarificadora, Jose Augusto define el acoso moral como "comportamientos, actos o conductas llevados a cabo por una o varias personas en el entorno laboral que, de forma persistente en el tiempo, tiene como objetivo intimidar, apocar, amilantar y consumir emocionalmente e intelectualmente a la víctima, con vistas a forzar su salida de la organización o a satisfacer la necesidad patológica de agredir, controlar y destruir que suele presentar el hostigador como medio de reafirmación personal".

El acoso laboral precisa de una efectiva y seria presión psicológica, bien sea ésta de un superior o de un compañero -acoso vertical y horizontal- que sea sentida y percibida por el trabajador acosado al que causa un daño psíquico real que le hace perder la posibilidad de una normal convivencia en su propio ámbito profesional. A veces, las prácticas de acoso u hostigamiento suponen un estilo de gestión que busca la clave del éxito empresarial en la obediencia al jefe o líder de la organización. (Molina Navarrete). Se trataría de una forma de dominio sobre las personas, erradicado en el mundo civilizado, en la que el poder ha de ocultarse para poder seguir ejercitándose.

Intencionalidad y sistemática reiteración de la presión (Leymann, en términos generales lo concreta en una vez por semana durante al menos seis meses) son requisitos necesarios para poder hablar de acoso moral en el trabajo, en el que, a semejanza del reino animal, miembros débiles de una misma especie se coaligan contra un individuo más fuerte al que, por diversos motivos, se ataca y excluye de la Comunidad.

Pero no toda actitud de tensión en el desarrollo de la actividad laboral puede merecer el calificativo de acoso moral. Hemos de distinguir lo que es una conducta de verdadera hostilidad, vejación y persecución sistemática de lo que puede ser la exigencia rigurosa de



determinado comportamiento laboral, o un ejercicio no regular del poder directivo empresarial, pero que no pretende socavar la personalidad o estabilidad emocional del trabajador.

No puede, en este orden de cosas, confundirse el acoso moral con los conflictos, enfrentamientos y desentendidos laborales en el seno de la empresa por defender los sujetos de la relación laboral intereses contrapuestos. El conflicto, que tiene sus propios cauces de solución en el Derecho del Trabajo, es inherente a éste, al menos en una concepción democrática y no armnicista de las relaciones laborales. Se ha llegado a afirmar que el conflicto es "una patología normal de la relación de trabajo".

Tampoco el estado de agotamiento o derrumbe psicológico provocado por el estrés profesional, propio de la tecnificación, competitividad en el seno de la empresa, horarios poco flexibles para compatibilizar la vida laboral y familiar, la precariedad del empleo y la falta de estabilidad laboral, debe confundirse con el acoso moral, caracterizado por el hostigamiento psicológico intencionado y reiterado.

Ni siquiera, con todo lo repudiable que pueda ser, manifestaciones de maltrato esporádico, de sometimiento a inadecuadas condiciones laborales o de otro tipo de violencias en el desarrollo de la relación de trabajo son equiparables al propio y verdadero acoso moral. Ello no obstante, algunas últimas legislaciones sobre acoso moral, como la de Québec, Canadá, aceptan identificar el concepto de acoso con un acto único si tiene suficiente entidad denigrante. No esta línea, sin embargo, la seguida en el reciente Acuerdo Marco Europeo sobre acoso y violencia en el trabajo firmado el 26-4-2007 entre las principales organizaciones empresariales y sindicales de la Unión Europea, el cual define el acoso como el que se produce cuando "uno o más trabajadores o directivos son maltratados, amenazados o humillados, repetida y deliberadamente, en circunstancias relacionadas con el trabajo". La reiteración o continuidad sigue siendo definitiva para definir el acoso, de manera que las conductas aisladas o esporádicas, por graves que sean, no merecen la calificación de acoso no son destinatarias de las medidas previstas en el Acuerdo.

Los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Española que se pueden ver violados por el acoso moral son, principalmente, la dignidad de la persona, como presupuesto básico de tales derechos, pero, también, su libertad personal, su integridad física y moral, su intimidad, su honor y, asimismo, otros valores, constitucionalmente protegidos, como son el de la salud laboral y el de la higiene en el trabajo.

En España, en el ámbito regulado por el Derecho de Trabajo, no puede decirse, con exactitud, que se carezca de una normativa que permita sancionar el acoso moral como atentado a la dignidad de la persona.

Este derecho a la dignidad personal aparece reconocido, en la Ley ordinaria, concretamente en el art. 4-2-c) del Estatuto de los Trabajadores que reconoce como derecho básico del trabajador el del "respeto a la consideración debida a su dignidad". Este reconocimiento de la dignidad del trabajador se recoge, asimismo, en los arts. 18, 20-3 y 39-3 del Texto Estatutario Laboral.

Los arts, 180 y 181 del Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral son sin duda un cauce procesal adecuado al ejercicio de acciones tendentes a la neutralización y reparación del acoso moral, como expresión que es de la vulneración de derechos fundamentales de la persona y de la dignidad personal como presupuesto de los mismos.



En el acoso moral lo que se advierte, en todo caso, es un desprecio hacia la persona del acosado, al que se humilla injustamente, haciéndole víctima de una íntima coacción psicológica de todo punto inadmisibles y facilitando, con ello, el aislamiento de esa persona que sufre, consecuentemente, un claro demérito en la normal convivencia con los demás.

El derecho a la igualdad y a la no discriminación se conectan también con el acoso moral.

Los comportamientos propios del acoso tienden, en todo caso, a minar la moral de persona acosada, haciéndole perder su autoestima y sometiéndola a un proceso de aislamiento que degrada la consideración personal y social de la misma. En el acoso siempre existe siempre violación de la dignidad personal que, como reconoce la sentencia del Tribunal Constitucional 53/85, "es un valor espiritual y moral inherente a la persona que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás". Como señala la sentencia de la Sección 2ª de esta Sala de lo Social del TSJ de Madrid de 14-6-2005 el mobbing se caracteriza por ser el bien jurídico protegido, el derecho a la dignidad personal del trabajador y por la forma en que se produce la lesión de ese derecho -acoso u hostigamiento a un trabajador mediante cualquier conducta vejatoria o intimidatoria de carácter injusto; reiteración en el tiempo de dicha conducta; finalidad consistente de modo específico en minar psicológicamente al acosado, logrando así de modo efectivo algún objetivo que de otro modo no hubiera conseguido el acosador.

Ante tal situación, obviamente, la persona acosada tiene todo el derecho a recabar su restablecimiento moral y su prestigio social y no hay que dudar que el art. 15 de la Constitución Española le proporciona base normativa suficiente para requerir la tutela judicial efectiva que propugna el art. 24 del Texto Constitucional.

El art. 18-1 de la Constitución Española garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

El honor, en cuanto concepto o apreciación que los demás pueden tener de uno mismo, es indudable que se resienten con el acoso moral.

La persona que es víctima del mismo no solo sufre en el interior de su psiquis dañada por el ataque acosador, sino que, también, desmerece en la consideración que los demás, el grupo social o laboral, tienen de ella.

Junto a esos derechos a la cesación y a la reparación del acoso moral, también, existe el derecho a criticar tal conducta de una forma pública, al amparo del art. 20 de la Constitución Española.

Es evidente que la salida del trabajador de la empresa, en razón al acoso moral, es una solución no excesivamente satisfactoria, pues produce, no obstante los efectos resarcitorios ya apuntados, una pérdida del puesto de trabajo sin la voluntad o con la voluntad forzada del trabajador. Sin embargo, ésta parece ser la solución posible, si bien habría de ponderarse en términos adecuados por la Jurisprudencia Social no solo el perjuicio inherente a la forzada extinción contractual -ex art. 50-c) del Estatuto de los Trabajadores - sino, también, el perjuicio material y moral que ocasiona al trabajador tener que extinguir la relación laboral que mantiene con la empresa.

Desde el punto de vista sancionador, el acoso moral merece distintas respuestas.



En primer término, cabría hablar de una responsabilidad administrativa -sanción- a imponer por la Inspección de Trabajo al empresario que desencadena o consiente el acoso del trabajador.

No cabe duda que, de acuerdo con la Ley de infracciones y sanciones del Orden Social -RD 5/2000, de 4 de agosto - el acoso moral ha de encuadrarse en su art. 8-11 que describe como infracción muy grave, sancionable con multa de 3.005 ,77 a 90.151,82 euros "los actos del empresario que fueren contrarios al respeto de la intimidad y consideración debida a la dignidad de los trabajadores".

En segundo término, puede establecerse una responsabilidad empresarial con el recargo en las prestaciones económicas a satisfacer por la Seguridad Social en los casos de Incapacidad Temporal y de Invalidez Permanente derivadas del acoso moral.

En los supuestos de acoso moral horizontal, el empresario puede y debe ejercer el procedimiento disciplinario contra el acosador.

Finalmente, cuando la situación de acoso moral revista extraordinaria gravedad se puede utilizar, también, la vía penal.

Es de mencionar, asimismo, el Convenio Colectivo de la OIT, firmado en Ginebra el 26 de febrero de 2001 y relativo a la solución y prevención del acoso -se prevén órganos específicos como pueden ser el Defensor del Personal o el Comité Paritario-.

En el ámbito judicial se han empezado a dictar resoluciones que abordan directa y específicamente el problema del acoso moral y es oportuno recordar, también, el contenido de las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional relativas a la protección de los derechos fundamentales de la persona, las que pueden servir de base y de apoyo para la persecución del acoso moral, en cuanto éste constituye, sin género de duda alguna, una violación de derechos fundamentales y valores básicos de la persona.

Tal vez, la primera sentencia del Tribunal Supremo que aborda directa y precisamente el tema del acoso moral, no procede de la Sala de lo Social de dicho Tribunal, reticente a pronunciarse sobre la conceptualización del acoso moral, sino de la Sala Tercera del mismo. La sentencia de 23 de julio de 2001 de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo , puede ser considerada como el primer pronunciamiento jurisprudencial respecto del acoso moral en España.

Obviamente, la misma se refiere al fenómeno de referencia en cuanto se produce en el ámbito de la relación pública funcionarial.

El Tribunal Supremo define al acoso moral como "actuaciones que constituyen una forma de acoso moral sistemáticamente dirigido contra el funcionario público reclamante carente de toda justificación".

Destaca el Tribunal Supremo en esta resolución que el llamado mobbing, pese a no estar catalogado como infracción disciplinaria, sin embargo, es incompatible con el respeto a los derechos fundamentales de la persona -la dignidad personal en particular- exigible en todo Estado Constitucional de Derecho.

En la Administración pública, el carácter más intensamente reglamentado de la organización del trabajo, junto a su mayor grado de homogeneidad, la prevalencia del principio de jerarquía y el mayor conservadurismo reinante, facilitan, sin duda alguna, la aparición del acoso moral como forma de sutil coacción psicológica.



El carácter estatutario y no laboral de la relación que une al funcionario con la Administración Pública, no puede impedir, en forma alguna, la persecución de las conductas acosadoras.

Además de esta sentencia del Alto Tribunal de Justicia, son de señalar como manifestaciones de contemplación del acoso moral, las siguientes resoluciones de los Juzgados y Tribunales del Poder Judicial integrantes del Orden Jurisdiccional Social.

Las sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, números 201/2001 y 161/2001 de 18 de mayo y 15 de junio respectivamente, correspondientes a los recursos de suplicación 220/2001 , referidas a acoso moral, definen a éste como aquel que origina una reacción mixta "ansiedad-depresión" que debe ser considerada como accidente de trabajo.

La sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de fecha 12 de diciembre de 2001 -recurso de suplicación 5495/2001- aborda el tema del acoso sexual en la conducta de un trabajador que utiliza, repetidamente, expresiones vejatorias y sexistas en el desarrollo de su función laboral, tanto respecto a compañeras de trabajo como a clientas de la empresa.

El Juzgado de lo Social n.º 2 de Pamplona en los procedimientos acumulados 319/2001 y 400/2001 dictó sentencia el 24 de septiembre de 2001 en la que afronta el tema del hostigamiento o acoso laboral. Entiende esta resolución que las formas de manifestarse tal irregular conducta laboral son el ataque mediante medidas adoptadas contra la víctima, el aislamiento, los ataques a la vida privada y la expansión de rumores. Las consecuencias del acoso son, a juicio de esta sentencia, la extinción del contrato de trabajo por incumplimiento contractual grave.

Esta Sección 1ª de la Sala del TSJ de Madrid, en sentencia de 11-7-2005 , tiene dicho que la característica sustancial del denominado "mobbing" es que constituye una forma de ataque a la dignidad del trabajador, a través de una conducta desplegada por un sujeto (empresario u otros trabajadores compañeros del ofendido) que se caracteriza por reiterar en el tiempo un acoso u hostigamiento a ese trabajador, mediante cualquier actuación vejatoria o intimidatoria de carácter injusto, con el propósito de lograr una finalidad consistente de modo específico en minar psicológicamente la resistencia del acosado, y lograr así de modo efectivo algún objetivo que de otro modo no hubiera conseguido el hostigador.

Al margen de éstas, todavía, aisladas resoluciones judiciales sobre el acoso moral, conviene poner de relieve, también, la doctrina del Tribunal Constitucional en orden a la protección de los derechos fundamentales de la persona.

En este sentido y sin ánimo exhaustivo podrían citarse, entre otras, las siguientes sentencias:

- Sentencia 57/1994 de 28 de febrero -recursos de amparo 2302/1990 y 1445/1991 -.

Se refiere esta sentencia a la causación de tratos inhumanos y degradantes y dice que tal conducta la constituyen "los padecimientos físicos o psíquicos ilícitos e infringidos de modo vejatorio para quien los sufre (sentencias del Tribunal Constitucional 120/1990 y 137/1990)". Sigue diciendo esta sentencia que "el derecho a la intimidad personal aparece configurado como un derecho fundamental vinculado a la propia personalidad y que deriva sin duda, de la dignidad de la persona.... Entrañando la intimidad personal la existencia de



un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás necesario -según las pautas de nuestra cultura- para mantener una calidad mínima de vida humana (sentencias del Tribunal Constitucional 231/1998, 179/1991 y 20/1992)".

- La sentencia del mismo Tribunal n.º 224/1999, de 13 de diciembre -recurso de amparo 892/1995 -, referida a acoso sexual, especie del género del acoso moral, entiende que aquél ataca a los derechos fundamentales de igualdad, de intimidad personal y de la propia imagen. Dice esta sentencia, en referencia al acoso sexual, que es un "atentado a una parcela tan reservada de una esfera personalísima como es la sexualidad en desdoro de la dignidad humana... comportamiento de carácter libidinoso no deseado por generar un ambiente laboral desagradable, incómodo, intimidatorio, hostil, ofensivo o humillante para el trabajador... no pretende, en absoluto, un medio laboral aséptico y totalmente ajeno a tal dimensión de la persona, sino exclusivamente, eliminar aquellas conductas que generen objetivamente y no solo para la acosada un ambiente de trabajo hosco e incómodo..... Debe en consecuencia, ser ponderado objetivamente atendiendo al conjunto de circunstancias concurrentes, como puede ser la intensidad de la conducta, la susceptibilidad de la víctima, el entorno laboral en que se desarrolla la actividad y su desempeño por la víctima en relación con el resto de los compañeros de trabajo, puesto que en caso contrario nos encontraríamos que ante un término que normalmente ha sido bien recibido como "mobbing" se utilizaría de manera indiscriminada ante cualquier tipo de insatisfacción en el trabajo cuando incluso puede derivar de un comportamiento ajeno al propio empresario y porvenir del perfil psicológico del propio trabajador".

- La sentencia 186/2000, de 10 de julio -recurso de amparo 2662/1997 -, señala los límites o modulaciones del derecho a la intimidad personal del trabajador.

El problema planteado y resuelto en esta sentencia se refería a la instalación de un circuito cerrado de televisión para controlar determinados puestos de cajeros de la empresa, en razón a una serie de irregularidades detectadas.

El Tribunal Constitucional no concede el amparo solicitado al entender que la medida adoptada por la empresa fue idónea, necesaria y proporcionada y que, por tanto, no se violó el derecho a la dignidad del trabajador -arts. 20, y 42-2-c) del Estatuto de los Trabajadores - derecho que se halla en conexión con la intimidad y la libertad personal.

- La sentencia 81/2001, de 26 de marzo -recurso de amparo 922/1998 - deniega el amparo solicitado y dice que el derecho a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen no es equivalente al derecho económico a la explotación mercantil de la propia imagen, lo que no se halla amparado por el derecho fundamental de referencia.

- La sentencia del mismo Tribunal 156/2001, de 2 de julio -recurso de amparo 4651/1998 - dice que el derecho a la propia imagen que no es un derecho absoluto, guarda estrecha relación con el derecho al honor y a la intimidad personal.

- La sentencia 136/2001 de 18 de junio, -recurso de amparo 871/1997 - examina los derechos de igualdad, de no discriminación y de intimidad personal en relación con "un cese laboral por atentado a la intimidad personal" y dice que pese a no haber atendido a los requerimientos sexuales la trabajadora la conducta constitutiva de acoso sexual infringe los derechos fundamentales mencionados y que la carga de la prueba de los mismos se invierte haciéndola recaer sobre el empresario.



- La sentencia n.º 83/2002, de 22 de abril -recurso de amparo 182/1998 - aborda el examen de los derechos fundamentales a la intimidad personal y a la propia imagen y señala, en relación a este último que es "el derecho de la personalidad, derivado de la dignidad humana y dirigido a proteger la dimensión moral de las personas". Dice el Tribunal Constitucional que es un derecho autónomo y que, por lo que hace a la intimidad, ésta, "tiene por objeto garantizar al individuo un ámbito reservado de su vida vinculado al respecto de su dignidad como persona".

- Finalmente, la sentencia n.º 99/2002, de 6 de mayo del propio Tribunal Constitucional -recurso de amparo 403/1997- se refiere al derecho fundamental al honor y la intimidad -y respecto del primero dice que "ampara frente a expresiones o mensajes que lo hagan desmerecer en la consideración ajena al ir en su descrédito o menosprecio y que fueran tenidas en el concepto público como afrentosas". Y en orden a la intimidad expresa que hay "un derecho a poseerla", y que "garantiza... el secreto sobre nuestra propia esfera de la vida".

En la estimación y regulación del acoso moral, dice el Magistrado del TS Varela Aufrán, -cuyos puntos de reflexión y de sistematización en el estudio del acoso en el trabajo nos hemos permitido seguir- ha de seguirse una línea equilibrada y cuidadosa que aleje de su concepto conductas simulatorias o que sean propias de anteriores enfermedades psíquicas del presunto acosado, como también deben ser excluidas de su concepto las normales y naturales desavenencias o contratiempos en el desarrollo del contrato de trabajo.

Decantado, con más o menos precisión, el concepto y contenido del acoso moral en el trabajo, se impone, ineludiblemente, su específica regulación tanto desde una perspectiva preventiva como represiva que incluya las consecuencias resarcitorias de todo orden y las sanciones administrativas y penales que se estimen pertinentes.

La extinción del contrato a iniciativa del trabajador, como señala en la doctrina científica Fernández López, se basa necesariamente en una conducta del empresario que altera sustancialmente las condiciones en que se desarrollaba la relación de trabajo, y además, se trata de conductas explícitamente delimitadas en la norma -unas genéricamente, otras, concretando sus presupuestos de hecho-. Por tanto, no basta cualquier conducta empresarial a este fin; debe tratarse de conductas empresariales que impliquen una frustración del programa de prestaciones mutuas, que produzcan efectos exorbitantes sobre la posición jurídica del trabajador, tales, que éste no se encuentre jurídicamente obligado a soportarlos, porque, al cabo, alteran en su perjuicio condiciones contractuales que resultaban trascendentes para la permanencia del vínculo.

El artículo 49.1. j) y k) del ET enumera, respectivamente, como causa de la extinción del contrato de trabajo la "voluntad del trabajador, fundamentada en un incumplimiento contractual del empresario" y "el despido del trabajador". En el art. 50.1 a) indica serán causas justas para que el trabajador pueda solicitar la extinción del contrato de trabajo: "Las modificaciones sustanciales en las condiciones de trabajo que redunden en perjuicio de su formación profesional o en menoscabo de su dignidad". Y en el apartado c) señala también como causa justa para que el trabajador pueda solicitar la extinción cualquier otro incumplimiento grave de sus obligaciones por parte del empresario, salvo los supuestos de fuerza mayor, así como la negativa del mismo a reintegrar al trabajador en sus anteriores condiciones de trabajo en los supuestos previstos en los arts. 40 y 41 de la presente ley, cuando una sentencia judicial haya declarado los mismos injustificados.



Con carácter general el Código Civil en su artículo 1.124 determina que la facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas "para el caso de que uno de los obligados no cumpliera lo que le incumbe".

El artículo 1.124 CC concede, a la parte perjudicada por el incumplimiento de la obligación, el derecho a optar entre exigir el cumplimiento o la resolución de "la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos". Tales pretensiones son incompatibles, si bien nada impide su ejercicio en forma alternativa o subsidiaria, ya que en el supuesto de ejercicio conjunto existe contradicción entre las pretensiones, lo que no ocurre en el caso de ejercicio alternativo, máxime cuando el propio precepto admite "pedir la resolución, aun después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible". (STS, Sala de lo Civil, de 24 de octubre de 1986, 2 de febrero de 1973, 29 de noviembre de 1989 y 26 de junio y 19 de noviembre de 1990).

Consecuencia del rechazo a la autotutela del trabajador, es que el vínculo laboral debe estar vigente tanto en el momento de ejercicio de la pretensión extintiva, (STS 27 de julio de 1989), como durante el período en que se desenvuelve el proceso (STS 12 diciembre 1984 y 2 julio 1985), exigiendo, pues, este último e indispensable requisito, que el trabajador permanezca en su actividad hasta que la sentencia declarativa de la extinción, de carácter constitutivo, sea firme (STS de 27 de noviembre de 1986 y 12 de julio de 1989). Dicho en forma general, la jurisprudencia ha examinado reiteradamente aquellos supuestos en que el vínculo laboral se ha extinguido sea por decisión del empleador -despido expreso o tácito- sea por voluntad del trabajador - dimisión o abandono del trabajo- para, en tales casos, desestimar la pretensión resolutoria con fundamento en ser requisito esencial para el éxito de la acción resolutoria la vigencia y pervivencia del contrato de trabajo. Esta doctrina consistente en que la relación laboral no estaría viva cuando exista una posición previa de ruptura ocasionada por el empresario o por el trabajador ha sido considerada por algún sector doctrinal como "excesivamente rígida" y generadora de "un peligroso elemento de incertidumbre", propugnándose una solución más matizada, que no fuese tan rígida en cuanto a las consecuencias de la "suspensión de su prestación por parte del trabajador". Naturalmente que ello no impediría que la extinción de la relación laboral deba fijarse a todos los efectos -por ejemplo, cómputo del tiempo de antigüedad o reconocimiento de la prestación de desempleo- en la fecha en que la sentencia resolutoria gane firmeza, al tener dicha sentencia carácter constitutivo (STS de 18 de septiembre de 1989).

Excepcionalmente, la jurisprudencia ha exonerado al trabajador de la permanencia en el trabajo en el supuesto de "situaciones vejatorias y humillantes", concurrencia de riesgo físico o agravio a la dignidad del trabajador que hagan imposible la convivencia de las partes o cuando, como regla general, el abandono se produzca ante la realidad de una situación insoportable que haga imprescindible evitar toda convivencia laboral o la continuidad en la prestación contractual para eludir un mal o riesgo cierto (STS de 25 de abril de 1985 y 18 de septiembre de 1989, y en la de 23-4-96 y 8-11-00), o porque el empresario haya procedido simultáneamente al despido del trabajador. El propio Tribunal Constitucional ha admitido la facultad de auto-tutela del trabajador cuando se crea un ambiente especialmente humillante y vejatorio en su entorno en su Sentencia 225/2002, con relación a la cláusula de conciencia de un periodista ante el cambio ideológico del diario para el que trabajaba, sosteniendo que está justificada "la inmediata paralización de la prestación laboral ante problemas de



conciencia como los descritos, incluso con carácter previo al seguimiento de cauces jurisdiccionales y con independencia de cuáles sean los resultados del ejercicio posterior de dichas acciones".

Se trataría, en definitiva, de aplicar la "imposibilidad de cumplimiento" de la obligación, a que se refiere el artículo 1.124 del C.C ., en aquellos casos en que su ejecución pudiera afectar a los derechos inherentes a la dignidad de la persona humana del trabajador.

SEPTIMO.- También, en estrecha relación con el debate suscitado en los presentes autos, hemos de plantearnos la repercusión del acoso sobre el trabajador que, ante la situación de continua humillación y degradación por las agresiones psicológicas recibidas , llega a reaccionar de manera "inconveniente" provocando una situación propicia para el despido disciplinario, debiéndose en este caso, denominado por la doctrina "despido por reversión", (Rojas Rivero, Gloria P., "Delimitación, prevención y tutela del acoso laboral", Editorial Bomarzo, p. 168) examinar la gravedad y culpabilidad de la conducta atendiendo a la provocación previamente recibida del empresario. El acosador trata con la presión de hacer al trabajador presa de los nervios provocando el despido, lo que a nuestro parecer, si tal hostigamiento previo incide en la violación de derechos fundamentales, determina que el despido deba declararse nulo o, en su caso, valorando las circunstancias, improcedente, pues no todo incumplimiento del contrato por parte del trabajador es causa de despido, sino que la resolución unilateral del contrato sólo puede operar como reacción a un incumplimiento cualificado, o, como se deduce del artículo 54 del Estatuto de los Trabajadores , de incumplimiento contractual grave y culpable, incluso «malicioso», como dijo el Tribunal Supremo en sentencias de 4 de junio de 1969 y 23 de septiembre de 1973, o, en expresión utilizada en su sentencia de 5 de mayo de 1980 , «actos voluntarios por malicia o negligencia... por intencionalidad u omisión culpable... (imputable) a una torcida voluntad u omisión culposa». Requisitos de gravedad y culpabilidad para cuya apreciación han de ponderarse todos los aspectos, objetivos y subjetivos, concurrentes en la conducta, teniendo presentes los antecedentes, de haberlos, y las circunstancias coetáneas, para precisar si en la atribuida al trabajador se dan o no esa gravedad y culpabilidad, que, como requisitos de imprescindible concurrencia exige el artículo 54 en su núm. 1 del Estatuto de los Trabajadores , según constante doctrina del Tribunal Supremo, entre otras, mantenida en sentencias de 26 de enero y 27 de febrero de 1987 y 22 de febrero y 31 de octubre de 1988 . En definitiva, es necesario que quede evidenciado se trata de un incumplimiento grave y culpable, pues el despido, por ser la sanción más grave en el Derecho Laboral, obliga a una interpretación restrictiva, pudiendo, pues, y en su caso, imponerse otras sanciones distintas de la del despido, si del examen de las circunstancias concurrentes resulta que los hechos imputados, si bien pudieran ser merecedores de sanción, no lo son de la más grave, como es el despido -sentencias del Tribunal Supremo de 21 de enero y 22 de mayo de 1986, y 26 de enero de 1987 - . Resulta necesario valorar las circunstancias personales y de índole profesional de su autor, por el claro matiz subjetivista que la caracteriza (Sentencias del Tribunal Supremo de 12 de mayo de 1979 y 30 de enero de 1981).

OCTAVO.- Es conocida, por otra parte, la doctrina del Tribunal Constitucional en torno a la garantía de indemnidad, bastando con invocar al respecto, por todas, Sentencia núm. 120/2006 (Sala Primera), de 24 abril Recurso de Amparo núm. 3095/2002.54/1995 de 24 de febrero, (y las que en ella se citan), según la que:



"Planteándose una vez más ante este Tribunal un asunto en el que se invoca la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en su manifestación de garantía de indemnidad, habrá que comenzar reiterando la salvaguardia que consagra ese derecho. La reciente STC 16/2006, de 19 de enero del Pleno de este Tribunal, hace referencia, precisamente, al doble plano en el que la demandante de amparo sitúa en esta ocasión su queja, a saber: la protección material que otorga la garantía de indemnidad y, en segundo lugar, la proyección de la doctrina constitucional sobre la distribución de cargas probatorias en el proceso laboral a supuestos en los que está comprometida esa garantía. En relación con esos aspectos, señala lo siguiente:

«2. la trasgresión de la tutela judicial efectiva no sólo se produce por irregularidades acaecidas dentro del proceso que ocasionen privación de garantías procesales, sino que tal derecho puede verse lesionado igualmente cuando de su ejercicio, o de la realización de actos preparatorios o previos necesarios para el mismo, se siguen consecuencias perjudiciales en el ámbito de las relaciones públicas o privadas para la persona que los protagoniza (entre las más recientes, recogiendo anterior doctrina, SSTC 55/2004, de 19 de abril , F. 2; 87/2004, de 10 de mayo , F. 2; 38/2005, de 28 de febrero , F. 3; y 144/2005, de 6 de junio F. 3). En el campo de las relaciones laborales la garantía de indemnidad se traduce en la imposibilidad de adoptar medidas de represalia derivadas del ejercicio por el trabajador de la tutela de sus derechos, de donde se sigue la consecuencia de que una actuación empresarial motivada por el hecho de haber ejercitado una acción judicial tendente al reconocimiento de unos derechos de los que el trabajador se creía asistido debe ser calificada como discriminatoria y radicalmente nula por contraria a ese mismo derecho fundamental, ya que entre los derechos laborales básicos de todo trabajador se encuentra el de ejercitar individualmente las acciones derivadas de su contrato de trabajo [art. 24.1 CE y art. 4.2 g) del Estatuto de los trabajadores; SSTC 14/1993, de 18 de enero , F. 2; 38/2005, de 28 de febrero , F. 3; y 182/2005, de 4 de julio , F. 2].

La prohibición del despido como respuesta al ejercicio por el trabajador de la tutela de sus derechos se desprende también del art. 5 c) del Convenio núm. 158 de la Organización Internacional del Trabajo (ratificado por España por Instrumento de 18 de febrero de 1985, publicado en el "Boletín Oficial del Estado" de 29 de junio de 1985) , norma que ha de ser tenida en cuenta, por mandato del art. 10.2 de la Constitución, a efectos de la interpretación de derechos fundamentales. Tal precepto excluye expresamente de las causas válidas de la extinción del contrato de trabajo "haber planteado una queja o participado en un procedimiento entablado contra el empleador por supuestas violaciones de Leyes o reglamentos o haber presentado un recurso ante las autoridades administrativas competentes". Esa restricción la hicimos extensiva en la STC 14/1993, de 18 de enero , F. 2 , "a cualquier otra medida dirigida a impedir, coartar o represaliar el ejercicio de la tutela judicial, y ello por el respeto que merecen el reconocimiento y la protección de los derechos fundamentales, no pudiendo anudarse al ejercicio de uno de estos derechos, otra consecuencia que la reparación in natura cuando ello sea posible, es decir, siempre que quepa rehabilitar al trabajador perjudicado en la integridad de su derecho". En este sentido cabe citar también la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 22 de septiembre de 1998 (asunto C-185/97) , la cual, si bien centrada en el principio de igualdad de trato y en la Directiva 76/207 CEE , declara que debe protegerse al trabajador frente a las medidas empresariales adoptadas como consecuencia del ejercicio por aquél de acciones judiciales.



También es preciso tener presente la importancia que en estos supuestos tiene la regla de la distribución de la carga de la prueba. Según reiterada doctrina de este Tribunal, cuando se alegue que determinada decisión encubre en realidad una conducta lesiva de derechos fundamentales del afectado, incumbe al autor de la medida probar que obedece a motivos razonables y ajenos a todo propósito atentatorio a un derecho fundamental. Pero para que opere este desplazamiento al demandado del onus probandi no basta que el demandante tilde de discriminatoria la conducta empresarial, sino que ha de acreditar la existencia de indicios que generen una razonable sospecha, apariencia o presunción a favor de semejante alegato y, presente esta prueba indiciaria, el demandado asume la carga de probar que los hechos motivadores de su decisión son legítimos o, aun sin justificar su licitud, se presentan razonablemente ajenos a todo móvil atentatorio de derechos fundamentales. No se impone, por tanto, al demandado, la prueba diabólica de un hecho negativo -la no discriminación-, sino la razonabilidad y proporcionalidad de la medida adoptada y su carácter absolutamente ajeno a todo propósito atentatorio de derechos fundamentales (por todas, SSTC 66/2002, de 21 de marzo , F. 3; 17/2003, de 30 de enero , F. 4; 49/2003, de 17 de marzo , F. 4; 171/2003, de 29 de septiembre , F. 3; 188/2004, de 2 de noviembre , F. 4; y 171/2005, de 20 de junio, F. 3)».

NOVENO.- Dibujado con o más o menos precisión el panorama fáctico de la cuestión controvertida, las respectivas tesis desplegadas por las partes, así como el marco normativo y jurisprudencial en el que se desenvuelve el conflicto sometido a nuestra consideración, entendemos hay base más que suficiente para concluir el despido producido lo ha sido en un escenario de previa conculcación sistemática de los derechos fundamentales del trabajador a su dignidad e intimidad, decisión unilateral de extinción del vínculo laboral "provocada", por "retorsión", ante la continua degradación de las condiciones laborales del actor, de persistente acoso y derribo a sus derechos, cuyo punto de arranque lo situamos en la denuncia ante la Inspección de Trabajo acontecida en noviembre de 2004. A partir de este momento la estrategia empresarial va a encaminada, como represalia, a romper el vínculo, actuando de mala fe, torticeramente, con un primer despido, el de 30-6-2005, que fue declarado improcedente, y tras la reincorporación del trabajador es objeto de reiterados ataques a su dignidad, sancionándole la empresa hasta en cinco ocasiones por supuestos incumplimientos que fueron todos ellos dejados sin efecto, modificándole sus condiciones de trabajo y de retribución para perjudicarlo, denunciando al trabajador por posible consumo de drogas y alcohol, lo que le obligó a someterse a diversos análisis y reconocimientos médicos en distintas entidades, incluidas las oficiales, y también fue sometido a un examen psicológico, denuncias que devinieron injustificadas, al carecer de veracidad, con quebranto y lesión para la dignidad e intimidad del demandante, a que hace referencia el art. 4.2.e) del ET , quebrantándose así mismo el deber de buena fe exigible por el art. 20-2 del citado cuerpo legal, y la garantía de indemnidad, como de manera clara y contundentemente se infiere de la sentencia firme de la Sección 2ª de este TSJ con relación a los hechos que ut supra quedaron concretados. No estamos así ante una mera situación de conflicto, o de simples enfrentamientos y desentendidos laborales en el seno de la empresa por defender los sujetos de la relación laboral intereses contrapuestos, no, subyace algo mucho más grave: un comportamiento ominoso de persistente presión sobre el trabajador para minarle moralmente y provocar su expulsión de la organización empresarial, y es en esta clave como hay que entender sus faltas de asistencia al trabajo, que, por consiguiente, resultan justificadas, por concurrir la realidad de una situación insoportable que hace imprescindible evitar toda convivencia laboral o la continuidad en la prestación contractual para eludir un mal o riesgo cierto.



DÉCIMO.- Sentado que asumimos la tesis principal sustentada por el trabajador debemos declarar la nulidad del despido, por aplicación del art. 55.5 ET, si bien, y como quiera que el 28-12-2006 quedó extinguida la relación laboral por sentencia de la misma fecha de la Sección 2ª de esta Sala, no siendo pues posible la readmisión, y que, además, según consta en el hecho probado decimonoveno, ambas partes, ante la situación que mantenían los autos, en comparecencia ante el Juzgado de fecha 19-12-2006, acordaron, para el supuesto de estimarse la demanda, se suspendieran los salarios de tramitación desde el 19-12-06 hasta el 6-2-07, la consecuencia ha de ser -sin que en este punto pueda ser estimada la tesis actora- condenar a la empresa al abono de los salarios de tramitación dejados de percibir por el trabajador desde el 30-9-2006 (fecha de efectos del despido) hasta el 19-12-2006, a razón de 59,98 euros día. Sin costas, por aplicación del art. 233 LPL.

VISTOS los anteriores, y obligados por el artículo 120.3 de la Constitución española de 27 de diciembre de 1.978, razonamientos y argumentos, así como los mencionados preceptos y los demás de general y debida aplicación, los Ilmos. Sres. Magistrados referenciados en el encabezamiento de esta sentencia, previos los actos de dación de cuenta por quien de ellos fue designado Ponente, y conjuntas deliberación, votación y fallo,

FALLAMOS

Estimamos en parte el recurso de suplicación interpuesto por la letrada Doña Rosario Martín Narrillos contra sentencia del Juzgado de lo Social nº 3 de los de Madrid, de fecha 12 de junio de 2007, en autos 1.052/06, en virtud de demanda interpuesta por D. Rubén contra Etrambus Viajes y Servicios, S.A., y con revocación de la meritada sentencia, estimando en parte la demanda, declaramos la nulidad del despido acordado por la empresa, condenando a la demandada al abono de los salarios de tramitación dejados de percibir por el trabajador desde el 30-9-2006 -fecha de efectos del despido- hasta el 19-12-2006, a razón de 59,98 euros día. Sin costas

Incorpórese el original de esta sentencia, por su orden, al Libro de Sentencias de esta Sección de Sala.

Expídanse certificaciones de esta sentencia para su unión a la pieza separada o rollo de suplicación, que se archivará en este Tribunal, y a los autos principales.

Notifíquese la presente sentencia a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

Hágaseles saber a los antedichos, sirviendo para ello esta misma orden, que contra la presente sentencia pueden, si a su derecho conviene, interponer recurso de casación para la unificación de la doctrina, previsto en los artículos 216 y siguientes de la Ley de Procedimiento Laboral de 7 de abril de 1.995, que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala de lo Social de Madrid dentro del improrrogable plazo de los diez días laborales inmediatos siguientes a la fecha de notificación de esta sentencia de acuerdo con lo establecido, más en concreto, en los artículos 219, 227 y 228 de la citada Ley de 7 de abril de 1.995. Asimismo se hace expresa advertencia a todo posible recurrente en casación para unificación de esta sentencia que no goce de la condición de trabajador o de causahabiente suyo o de beneficiario del Régimen Público de la Seguridad Social o del beneficio reconocido de justicia gratuita, y por lo que respecta a



los dos últimos preceptos dichos (227 y 228), que el depósito de los 300,51 € deberá ser efectuado ante la Sala Cuarta o de lo Social del Tribunal Supremo al tiempo de personarse ante ella y en su cuenta número 2410, abierta en el Banco Español de Crédito, sucursal nº1006, de la calle Barquillo nº49, de Madrid 28004, mientras que la consignación en metálico del importe de la condena eventualmente impuesta deberá acreditarse, cuando así proceda, por el recurrente que no goce del señalado beneficio de justicia gratuita ante esta Sala de lo Social de Madrid al tiempo de preparar el recurso de casación para unificación citado, para lo cual deberá presentar en el tiempo dicho resguardo acreditativo de haber efectuado la indicada consignación en la cuenta corriente número 2826000000nºrecurso que esta Sección Primera tiene abierta en el Banco Español de Crédito, sucursal número 1026 sita en la c/ Miguel Ángel nº 17, de Madrid 28010, pudiéndose, en su caso, sustituir dicha consignación en metálico por el aseguramiento de dicha condena mediante el correspondiente aval bancario en el que, expresa y necesariamente, habrá de hacerse constar la responsabilidad solidaria de la entidad bancaria avalista, documento escrito de aval que deberá ser ratificado por persona con poder bastante para ello de la entidad bancaria avalista.

En el supuesto de que la parte recurrente hubiere efectuado las consignaciones o aseguramientos necesarios para recurrir, así como los depósitos precisos a igual efecto, procédase de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 201, 202.1 y 202.3 de la citada Ley de 7 de abril de 1.995 , y siempre en atención a la parte dispositiva de esta sentencia.

Una vez adquiera firmeza la presente sentencia, devuélvase los autos originales, para su debida ejecución, al Juzgado de lo Social de su procedencia, dejando de ello debida nota en los Libros de esta Sección de Sala.

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

PUBLICACION.-

Leída y publicada fue la anterior sentencia el,por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente que la suscribe, en la Sala de Audiencias de este Tribunal, doy fe.