



Roj: **STSJ AR 210/2024 - ECLI:ES:TSJAR:2024:210**

Id Cendoj: **50297340012024100104**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social**

Sede: **Zaragoza**

Sección: **1**

Fecha: **12/02/2024**

Nº de Recurso: **47/2024**

Nº de Resolución: **98/2024**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **ELENA LUMBRERAS LACARRA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Sección: T4

SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGÓN

C/ Coso, 1, Zaragoza

Zaragoza

Teléfono: 976 208 363, 976 208 361

Email: tribunalsuperiorsociales1zaragoza@justicia.aragon.es

Modelo: TX008

Proc.: RECURSOS DE SUPLICACIÓN

Nº :0000047/2024

NIG: 5029744420230000981

Puede relacionarse telemáticamente con esta Admón.

a través de la sede electrónica (personas jurídicas)

<https://sedejudicial.aragon.es/>

Sentencia número 000098/2024

Rollo número 47/2024

MAGISTRADOS/AS ILMOS/AS. Sres/as:

D^a. MARÍA-JOSÉ HERNÁNDEZ VITORIA

D. JOSÉ-ENRIQUE MORA MATEO

D^a ELENA LUMBRERAS LACARRA

En Zaragoza, a doce de febrero de dos mil veinticuatro.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, compuesta por los Sres/as. indicados al margen y presidida por la primera de ellos, pronuncia en nombre del REY esta

SENTENCIA

En los recursos de suplicación núm. 47 de 2024 (Autos núm. 123/2023), interpuestos por las partes demandadas ANETO DISMINUIDOS FISICOS S.C.L., D. Isidoro, D. Jaime y RHENUS AUTOMOTIVE SYSTEMS ZARAGOZA S.L.U., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 8 de Zaragoza de fecha 31 de octubre de 2023, siendo demandante D^a Lidia y codemandados D. Marcos y D. Mauricio, siendo parte el MINISTERIO FISCAL sobre derechos fundamentales. Ha sido ponente la Ilma. Sra. D^a. ELENA LUMBRERAS LACARRA.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- Según consta en autos, se presentó demanda por D^a Lidia contra Aneto Disminuidos Físicos S.C.L. y otros ya nombrados, siendo parte el Ministerio Fiscal sobre derechos fundamentales, y en su día se celebró el acto de la vista, habiéndose dictado sentencia por el Juzgado de lo Social nº 8 de Zaragoza, de fecha 31 de octubre de 2023, siendo el fallo del tenor literal siguiente:

"Que estimando parcialmente la demanda formulada por Lidia , frente a Mauricio , Isidoro , Marcos , Jaime , y ANETO DISMINUIDOS FISICOS S.C.L, declaro la existencia de vulneración de derecho fundamental a la no discriminación por razón de orientación sexual cometida por Isidoro , y Jaime , así como por las empresas ANETO DISMINUIDOS FISICOS S.C.L y RHENUS AUTOMOTIVE SYSTEMS ZARAGOZA, S.L.U. condenando solidariamente a los demandados al abono de la cantidad de 7.501€ a favor de la actora en concepto de indemnización del art.183 LRJS, excepto respecto de Isidoro , cuya responsabilidad queda limitada a 3.750€.

Desestimo la demanda formulada contra Mauricio y Marcos ".

SEGUNDO .- En la citada sentencia y como hechos probados se declararon los del tenor literal siguiente:

"PRIMERO.- Lidia era trabajadora de ANETO DISMINUIDOS FISICOS S.C.L (en adelante, ANETO), como operadora de carretillas elevadoras, incluida en el grupo profesional de Oficial de 2^a, y antigüedad de 2 de marzo de 2022.

Prestaba servicios en virtud de contrato de duración determinada eventual por circunstancias de la producción que fue prorrogado hasta 9 de marzo de 2023.

La trabajadora inició con fecha 16 de enero de 2023 proceso de baja por IT por estrés emocional, habiendo solicitado la actora la aclaración de la contingencia.

Con fecha 13 de febrero le fue comunicada la extinción de la relación laboral alegando la empresa finalización de contrato con fecha de efectos 1 de marzo de 2023.

La trabajadora formuló demanda de despido con vulneración de derechos fundamentales con fecha 5 de abril de 2023, incoándose procedimiento de despido nº 225/2023 en el Juzgado de lo Social nº 7 de Zaragoza, estando pendiente de celebración de juicio oral.

Desarrolla sus funciones en polígono EMPRESARIUM, calle Acebo 50-56 de Zaragoza, centro de trabajo de RHENUS AUTOMOTIVE SYSTEMS ZARAGOZA, S.L.U (en adelante, RHENUS), para la que ANETO presta servicios.

SEGUNDO.- Mauricio , Isidoro , Marcos , Jaime son trabajadores de ANETO, en el mismo centro de trabajo en el que prestaba servicios la demandante.

TERCERO.- Antes del 15 de septiembre de 2022, en un momento que no ha podido determinarse, Isidoro dijo a Alicia , trabajadora de RHENUS, que no conocía a la demandante, una expresión similar a la siguiente: "¿no conoces a la bollera de pelo gris?"

El 15 de septiembre de 2022 la trabajadora, en su turno de trabajo, pidió a Carina , trabajadora del servicio de limpieza de ANETO, que estuviera presente en la conversación que iba a tener con el trabajador Isidoro . Seguidamente, acudió con su carretilla alterada a hablar con Isidoro , y le recriminó que estaban hablando mal de ella y que se lo dijera a la cara, negando el Sr. Isidoro en todo momento estos hechos.

El Sr. Isidoro salió al área de descanso del centro de trabajo y profirió gritando las siguientes expresiones delante de varias personas, sin estar delante la demandante: "esta tía es una puta guarra, come coños, lesbiana y puta bollito de mierda". La trabajadora demandante no estaba presente en ese momento.

Alicia comentó a su supervisor de RHENUS lo que había sucedido, éste lo comunicó al supervisor de ANETO Héctor , responsable de ANETO, y al día siguiente el supervisor de RHENUS pidió a la Sra. Alicia que hablara con el Sr. Héctor para explicarle lo que había pasado, y así lo hizo la Sra. Alicia .

Oscar , coordinador en ese momento de ANETO, a su vez, comunicó a Adelaida , representante de ANETO, lo que había ocurrido y esta le dijo que se lo dijera al Sr. Héctor , y así lo hizo.

El 21 de diciembre de 2022, Jaime comentó a Alicia , trabajadora de RHENUS, estar harto de la demandante, diciendo una expresión similar a la siguiente: "estas bolleras se van a enterar quien soy yo".

La trabajadora comunicó ese mismo día por wasap a Adelaida que estaba viviendo una situación de insultos y vejaciones y que le estaba creando un cuadro de ansiedad, a lo que la Sra. Adelaida respondió que estaba en Valencia en ese momento pero que amonestarían a quien hiciera falta.



A lo largo de los siguientes días la Sra. Adelaida habló con Héctor y este con coordinadores y estos le dicen que nadie ha oído nada, que lo que pasa es que ella quiere ser coordinadora. Héctor les dice que eviten comentarios vejatorios para la actora y adoptó la decisión de cambiar de turno a Isidoro .

El día 4 de enero de 2023 la Sra. Adelaida preguntó a la trabajadora demandante si continuaba siendo molestada y esta contestó el 5 de enero que sí, advirtiéndole que si seguían igual tomaría otras medidas.

CUARTO.- Isidoro tiene limitada la capacidad intelectual y padece un trastorno de la personalidad de carácter permanente, teniendo reconocido un grado de discapacidad del 35%. (doc.1 y 6 del ramo de prueba de los trabajadores demandados)".

TERCERO .- Contra dicha sentencia se interpusieron recursos de suplicación por las partes demandadas Aneto Disminuidos Físicos S.C.L., D. Isidoro , D. Jaime y Rhenus Automotive Systems Zaragoza S.L.U., siendo impugnados dichos escritos por la parte demandante.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia dictada el día 31 de octubre de 2023 por el Juzgado de lo Social nº 8 de Zaragoza estima parcialmente la demanda formulada por D^a Lidia frente a D. Mauricio , D. Isidoro , D. Marcos , D. Jaime , RHENUS AUTOMOTIVE SYSTEMS ZARAGOZA SLU y ANETO DISMINUIDOS FÍSICOS SCL y declara la existencia de vulneración del derecho fundamental a la no discriminación por razón de orientación sexual cometida por D. Isidoro y D. Jaime así como por las empresas RHENUS AUTOMOTIVE SYSTEMS ZARAGOZA SLU y ANETO DISMINUIDOS FÍSICOS SCL, condenando solidariamente a los demandados al abono de la cantidad de 7.501 euros a favor de la actora en concepto de indemnización del artículo 183 LRJS, excepto respecto de Isidoro , cuya responsabilidad queda limitada a 3.750 euros.

Recurren en suplicación las empresas codemandadas y los trabajadores D. Isidoro y D. Jaime .

SEGUNDO.- Recurso de suplicación de RHENUS AUTOMOTIVE SYSTEMS ZARAGOZA SLU.

En primer lugar recurre la empresa con base en el motivo previsto en el artículo 193 b) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, esto es, solicitando la revisión del relato de Hechos Probados contenido en la sentencia de instancia.

Sabido es que el legislador ha configurado el proceso laboral como un proceso al que es consustancial la regla de la única instancia, lo que significa la inexistencia del doble grado de jurisdicción, pese a la expresión contenida en la Base 31-1 de la Ley de Bases 7/1989 , y construyendo el Recurso de Suplicación como un recurso extraordinario, que no constituye una segunda instancia, y que participa de una cierta naturaleza casacional (Sentencia del Tribunal Constitucional 3/1983, de 25 de Enero).

Ello significa que este recurso puede interponerse sólo para la denuncia de determinados motivos tasados y expresados en el precitado artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, entre los que se encuentra el de la revisión de los Hechos Probados.

De ahí que el Tribunal no pueda examinar ni modificar la relación fáctica de la Sentencia de instancia si ésta no ha sido impugnada por el recurrente, precisamente a través de este motivo, que exige, para su estimación:

a.-) Que se haya padecido error en la apreciación de los medios de prueba obrantes en el proceso, tanto positivo, esto es, consistente en que el Magistrado declare probados hechos contrarios a los que se desprenden de los medios probatorios; como negativo, es decir, que se hayan negado u omitido hechos que se desprenden de las pruebas;

b.-) Que el error sea evidente;

c.-) Que los errores denunciados tengan transcendencia en el Fallo, de modo que si la rectificación de los hechos no determina variación en el pronunciamiento, el Recurso no puede estimarse, aunque el error sea cierto;

d.-) Que el recurrente no se limite a expresar qué hechos impugna, sino que debe concretar qué versión debe ser recogida, precisando cómo debiera quedar redactado el hecho, ofreciendo un texto alternativo; y,

e.-) Que el error se evidencie mediante las pruebas documental o pericial obrantes en autos, concretamente citadas por el recurrente, excluyendo todos los demás medios de prueba, salvo que una norma atribuya a algún elemento probatorio un determinado efecto vinculante de la convicción del Juez, en cuyo caso, la infracción de dicha norma habría de ser denunciada.

En cuanto a los documentos que pueden servir de base para el éxito de este motivo del Recurso, ha de señalarse que no basta cualquiera de ellos, sino que se exige -como la Jurisprudencia ha resaltado- que los alegados tengan "concluyente poder de convicción" o "decisivo valor probatorio" y gocen de fuerza suficiente para poner de manifiesto al Tribunal el error del Magistrado de instancia, sin dejar resquicio alguno a la duda.

Respecto a la prueba pericial, cuando en el proceso se ha emitido un único Dictamen, el Magistrado lo aprecia libremente, pero aquél puede servir de base para el Recurso de Suplicación cuando el Juzgador lo desconoció o ignoró su existencia, y lo mismo puede predicarse del caso en que, habiéndose emitido varios Dictámenes, todos ellos lo hayan sido en el mismo sentido.

La empresa recurrente solicita añadir un nuevo hecho probado según el cual: *"entre las empresas codemandadas se firmó la procedente Coordinación de la actividad preventiva en materia de Prevención de riesgos laborales en cumplimiento de lo establecido en el artículo 24 de la LPRL"*.

Estimamos dicha pretensión revisora pues así se desprende del documento nº 2 aportado por los demandados, sin perjuicio de su posterior valoración.

TERCERO.- En el siguiente motivo del recurso la empresa invoca el artículo 193 c) de la LRJS para denunciar la infracción de la normativa y jurisprudencia de aplicación.

El artículo 193-c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social recoge, como otro motivo para la interposición del Recurso de Suplicación, el examen de las normas sustantivas o de la Jurisprudencia, debiendo entenderse el término "norma" en sentido amplio, esto es, como toda norma jurídica general que traiga su origen de autoridad legítima dentro del Estado (incluyendo la costumbre acreditada, las normas convencionales y los Tratados Internacionales ratificados y publicados en el Boletín Oficial del Estado).

Debe matizarse, por otra parte, la referencia legal a las "normas sustantivas", en el sentido de que existen supuestos en los que la norma procesal determina el Fallo de la Sentencia de instancia, sin que pueda alegarse su infracción por la vía de la letra a) del ya precitado artículo 193 de la ley procesal laboral, lo que ocurre en los casos de cosa juzgada, incongruencia, contradicción en el Fallo y error de derecho en la apreciación de la prueba.

Ha de remarcarse también que la infracción ha de cometerse en el Fallo de la Sentencia, lo que significa que la Suplicación no se da contra las argumentaciones empleadas en su Fundamentación Jurídica, sino contra la Parte Dispositiva que, al entender del recurrente, ha sido dictada infringiendo determinadas normas sustantivas, que deben ser citadas, por lo que no cabe admitir la alegación genérica de una norma, sino que debe citarse el concreto precepto vulnerado, de manera que si el derecho subjetivo conculcado se recoge en norma distinta de la alegada, la Sala no podrá entrar en su examen, salvo error evidente, ya que su objeto queda limitado al estudio y resolución de los temas planteados.

CUARTO.- La empresa recurrente denuncia la infracción del artículo 24 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales y Real Decreto 171/2004, de 30 de enero, por el que se desarrolla el artículo 24 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, en materia de coordinación de actividades empresariales.

Dice el artículo 24.3 de la LPRL: *"Las empresas que contraten o subcontraten con otras la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de aquéllas y que se desarrollen en sus propios centros de trabajo deberán vigilar el cumplimiento por dichos contratistas y subcontratistas de la normativa de prevención de riesgos laborales"*.

Por su parte, el Real Decreto 171/2004, de 30 de enero, por el que se desarrolla el artículo 24 de la Ley 31/1995, en materia de coordinación de actividades empresariales, establece en su art. 3 lo siguiente: *"La coordinación de actividades empresariales para la prevención de los riesgos laborales deberá garantizar el cumplimiento de los siguientes objetivos:*

- a) La aplicación coherente y responsable de los principios de la acción preventiva establecidos en el artículo 15 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, por las empresas concurrentes en el centro de trabajo.*
- b) La aplicación correcta de los métodos de trabajo por las empresas concurrentes en el centro de trabajo.*
- c) El control de las interacciones de las diferentes actividades desarrolladas en el centro de trabajo, en particular cuando puedan generar riesgos calificados como graves o muy graves o cuando se desarrollen en el centro de trabajo actividades incompatibles entre sí por su incidencia en la seguridad y la salud de los trabajadores.*
- d) La adecuación entre los riesgos existentes en el centro de trabajo que puedan afectar a los trabajadores de las empresas concurrentes y las medidas aplicadas para su prevención"*.

El art. 17 del Convenio núm. 155 de la OIT, relativo a seguridad y salud de los trabajadores y medio ambiente en el trabajo, que fue ratificado por España mediante Instrumento de 26-7-1985 (publicado en el BOE del día 11 noviembre del mismo año), refiriéndose al supuesto de que dos o más empresas desarrollen simultáneamente actividades en el mismo lugar de trabajo, establece un deber de colaboración entre las mismas en la aplicación de las medidas de seguridad e higiene.

De los arts. 14.2, 15.4 y 17.1 LPRL se deduce que el deber de protección del empresario es incondicionado y, prácticamente, ilimitado.

Y ello de conformidad con lo expuesto tal y como indica la STS de 7 de octubre de 2008 (rec.2426/2007).

En dicha sentencia, el Alto Tribunal tras citar las previas de 26 de mayo de 2005 (rec. 3726/2004), 18 de abril de 1.992 y 16 de diciembre de 1.997 (rec. 136/1997), pone en relación el art.24.3 LPRL con el art. 42.3 del RDL 5/2000 (que establece que "la empresa principal responderá solidariamente con los contratistas y subcontratistas a que se refiere el apartado 3 del art. 24 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales del cumplimiento, durante el período de la contrata, de las obligaciones impuestas por dicha Ley en relación con los trabajadores que aquéllos ocupen en los centros de trabajo de la empresa principal, siempre que la infracción se haya producido en el centro de trabajo de dicho empresario principal"), conectando ambas normas con el art. 123. LGSS, para concluir afirmando que "la expresión que en el párrafo segundo de éste se contiene sobre la necesidad de que la responsabilidad por falta de medidas de seguridad y el recargo correspondiente en las prestaciones haya de recaer "sobre el empresario infractor" ha de completarse en cada caso con la remisión al análisis del supuesto o supuestos previstos en aquellas normas específicas para determinar, en suma, si es uno solo o son varios los empresarios responsables".

QUINTO.- Argumenta Rhenus que cumplió con su obligación legal en materia de prevención al elaborar el documento de Coordinación con Aneto y facilitarle la información necesaria para el desarrollo de su trabajo en el centro de trabajo de Rhenus.

Consta probado que en el mismo centro de trabajo prestaban servicios los trabajadores de Rhenus y los de Aneto. Y que Rhenus tuvo conocimiento a través de sus propios trabajadores de la situación ocurrida el 15 de septiembre de 2022 y probada en el ordinal fáctico tercero. Así se desprende de la testifical practicada en juicio. No consta sin embargo actuación alguna de Rhenus más allá de ponerlo en conocimiento de Aneto, a través de su coordinador Sr. Héctor para que resolviera la situación. No hizo ninguna tarea de verificación para comprobar que Aneto actuaba en consecuencia. Y la labor de la empresa principal, Rhenus, no puede limitarse a una puesta en conocimiento de la contratista de una situación de acoso ocurrida en su propio centro de trabajo, sino que como dispone el artículo 24.3 de la LPRL, debe vigilar el cumplimiento efectivo de la normativa de prevención, lo que en modo alguno llevó a cabo. Rhenus no puede alegar desconocimiento pues la declaración testifical de una trabajadora propia de Rhenus, Alicia, muestra claramente que comunicó a su supervisor de Rhenus lo sucedido cuando Isidoro le dijo en referencia a la actora: "¿no conoces a la bollera de pelo gris?". También el 21 de diciembre la misma testigo recibió por parte de Jaime, trabajador de Aneto, la expresión sobre la demandante "estas bolleras se van a enterar quien soy yo". Y Alicia no sólo habló con su supervisor de Rhenus, sino que también lo habló con el supervisor de Aneto. Y no consta actuación alguna por parte de Rhenus.

SEXTO.- En el siguiente motivo del recurso denuncia la infracción de la doctrina establecida por la sentencia del Tribunal Constitucional nº 56/2019 de 6 de mayo de 2019 (recurso de amparo nº 901/2018) en lo referente a la delimitación de las conductas que suponen una vulneración de derecho fundamental.

Alega la empresa que en este caso no se dan las notas de habitualidad y gravedad necesarias para que podamos hablar de acoso moral en cuanto vulneración del derecho a la integridad moral.

Sobre la alegación de acoso moral debemos indicar que el art. 10 de la Constitución señala que la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás, son fundamento del orden político y de la paz social. El Tribunal Constitucional (sentencias nº 53/1985 de 11 de abril y 120/1990 de 29 de junio), ha definido la dignidad personal como 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.

En la actualidad ha alcanzado gran predicamento las conclusiones obtenidas de distintos estudios psicológicos referentes a determinadas conductas intencionadamente dañosas seguidas, en la esfera de las relaciones de trabajo, por empresarios contra determinados trabajadores. Se trata del acoso laboral, designado con el término anglosajón de "mobbing".

La psicología ha definido el acoso laboral como situaciones de hostigamiento a un trabajador frente al que se desarrollan actitudes de violencia psicológica de forma prolongada y que conducen a su extrañamiento

social en el marco laboral, le causan alteraciones psicosomáticas de ansiedad, y en ocasiones consiguen el abandono del trabajador del empleo al no poder soportar el estrés al que se encuentra sometido.

El acoso moral ("mobbing") consiste en una agresión del empresario, o de alguno de sus empleados con el conocimiento y tolerancia de aquél, mediante hechos, órdenes o palabras, repetida y duradera en el tiempo, con el fin de desacreditar, desconsiderar y aislar al trabajador, que puede llegar incluso a deteriorar su salud, con objeto de conseguir un auto-abandono del trabajo, produciendo un daño progresivo y continuo a su dignidad. La resistencia del trabajador ante este ataque depende de su fortaleza psicológica y de su capacidad de sobreponerse a la adversidad.

Se caracteriza por una transferencia de proyecciones o energías negativas de empresario a trabajador con ánimo de victimizar a este. Una sublimación de la perversión, mezquindad y bajeza del sujeto activo en su tendencia a afrentar la dignidad del sujeto pasivo, cuya victimización, de una manera u otra, con una amplia posibilidad de manifestación, se busca, hasta producir la sensación de que es inútil o indeseable, intentando degradarle, en su expresión más antijurídica, ruin, mezquina y baja, a una supuesta dimensión de cosa, abiertamente incompatible con lo más elemental de lo que es derecho y en caso alguno compatible con él, que nace, en su expresión esencial, de la dignidad humana.

Es más, aunque fuese posible, a la luz de un conjunto de criterios (lingüísticos, psicológicos, sociológicos, jurídicos, etc.), configurar una diversidad de graduaciones o formas de "mobbing", desde el genuino, probablemente radicado en o surgido de un sujeto activo colectivo o plural, téngase en cuenta que "mob", del inglés, es traducible, en determinados contextos, como banda; y "mobbing", como ataque ejecutado por un grupo desordenado y/o descontrolado (o banda, cuadrilla, turba, etc.), cerco o acoso; hasta otras manifestaciones, posiblemente menos características, entre las que estaría el "bullying" o intimidación y el "bossing" o dominación por el jefe (hasta anular la personalidad), lo trascendente es la finalidad perseguida, de victimización.

De otra parte, parece enfatizarse este carácter colectivo o plural del sujeto activo, en relación con determinadas áreas y momentos lingüísticos del uso del inglés, donde es elocuente y esclarecedora la expresión "mob law" o "Lynch law", traducible a nuestro idioma, según contexto, como ley de Lynch y, traslaticiamamente, como ley de linchar o ley de linchamiento (que implica la participación de una banda, cuadrilla, turba, grupo desordenado y/o descontrolado), y, en tales términos, cabría concluir que el "mobbing", en su pluralidad de manifestaciones y grados podría caracterizarse como acoso, cerco, linchamiento, intimidación o dominación, referido con enfática preferencia a un plano moral o psicológico y, en su expresión más genuina, ejecutado en grupo, (vid. sentencia de 23 de junio de 2003, Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia).

Una, actualmente, amplia doctrina de suplicación señala como elementos fundamentales del fenómeno estudiado:

- 1) El bien jurídico protegido, que no es otro sino el derecho a la dignidad personal del trabajador, de ahí su directo enlace con el derecho constitucional tutelado en el art. 15 de la Constitución.
- 2) La forma en que se produce la lesión de ese derecho, lo que implica por parte del sujeto activo (empresario u otros trabajadores compañeros del ofendido) una conducta caracterizada por:
 - a) un acoso u hostigamiento a un trabajador mediante cualquier conducta vejatoria o intimidatoria de carácter injusto;
 - b) reiteración en el tiempo de dicha conducta, siguiendo una unidad de propósito;
 - c) perseguir una 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.
- 3) La intención de dañar, ya sea del empresario o de los directivos, ya sea de los compañeros de trabajo.

Habiendo de ser objeto de cumplida y adecuada demostración tanto la intención de dañar cuanto la efectiva producción de un daño (vid. sentencias, entre otras, de 24.9.2002, Sala Social TSJ Madrid, 30.10 y 29.12.2003, Sala Social TSJ Galicia, 2.10.2003 Sala Social TSJ País Vasco, 9.9.2003 Sala Social Granada TSJ Andalucía, 16.11.2004 Sala Social TSJ La Rioja.)".

A la hora valorar la vulneración de la integridad moral de la demandante actuante desde la perspectiva de la existencia de acoso laboral, tal y como ha señalado la STSJ de Madrid Sala de lo Social de 13-09-19 (nº de recurso 623/2019) con cita de la STSJ Sala de lo Social de Galicia de 19-04-13 (nº de recurso 725/2013) cabe señalar que "En el ámbito especializado médico y jurídico- se define el acoso laboral -"mobbing"- como conducta abusiva o violencia psicológica al que se somete de forma sistemática a una persona en el ámbito laboral, manifestada especialmente a través de reiterados comportamientos, palabras o actitudes que lesionen

la dignidad o integridad psíquica del trabajador y que pongan en peligro o degraden sus condiciones de trabajo... Los mecanismos del "mobbing" -en su variedades vertical y horizontal- admiten pluralidad de formas (medidas organizativas del trabajo que resulten peyorativas para el afectado, actitudes de aislamiento en el seno de la empresa, agresiones verbales por medio de insultos, críticas, rumores o subestimaciones-) y pueden tener por sujeto activo tanto a compañeros de trabajo ("mobbing" horizontal) como al personal directivo ("bossing"), el que incluso puede ser sujeto pasivo ("mobbing" vertical); aunque sin duda, el más característico y usual es el que parte de una relación asimétrica de poder... este fenómeno... vulnera el derecho a la integridad moral... que consagra el art. 15 CE ... Pero de todas formas se impone distinguir entre lo que propiamente es hostigamiento psicológico con el defectuoso ejercicio -abusivo o arbitrario- de las facultades empresariales. En el primero se agreden derechos fundamentales de la persona -básicamente su dignidad e integridad moral-, en tanto que el segundo se limita a comprometer estrictos derechos laborales; diferencia que incluso puede predicarse de la motivación, dado que en el hostigamiento se aprecia intención de perjudicar al trabajador y en el ejercicio indebido de la actividad directiva prima el interés mal entendido- empresarial.

En la exposición del marco jurídico y jurisprudencial relativo a la figura del acoso laboral no se puede dejar de lado ex arts. 10.2 y 96.1 de la CE y art. 1.5 del CC, la reciente ratificación por España el 25-05-22 del Convenio de la OIT nº 190 sobre la violencia y el acoso del año 2019 el cual en su art. 1.1 dice expresamente que "A efectos del presente Convenio: a) la expresión "violencia y acoso" en el mundo del trabajo designa un conjunto de comportamientos y prácticas inaceptables, o de amenazas de tales comportamientos y prácticas, ya sea que se manifiesten una sola vez o de manera repetida, que tengan por objeto, que causen o sean susceptibles de causar, un daño físico, psicológico, sexual o económico, e incluye la violencia y el acoso por razón de género..."

SÉPTIMO.- Como ha afirmado esta Sala en sentencia de 4-12-2018 R. 656/2018: "La doctrina del TC sostiene que, "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 con 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, que 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 de la razonabilidad y proporcionalidad de la medida adoptada y su carácter absolutamente ajeno a todo propósito atentatorio de derechos fundamentales" (por todas, sentencias del TC 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; 16/2006, de 19 de enero, F. 2; 125/2008, de 20 de octubre, F. 3 y 92/2009, de 20 abril, F.3).

El art. 181.2 de la LRJS ha normativizado la citada doctrina constitucional: "En el acto del juicio, una vez justificada la concurrencia de indicios de que se ha producido violación del derecho fundamental o libertad pública, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad".

Siendo que en la demanda lo que se ejercitaba era una acción sobre vulneración de los derechos fundamentales a la integridad física y moral (artículo 15 de la CE) y a la igualdad (artículo 14 de la CE) y ante la naturaleza del procedimiento el primer paso a analizar sería el de determinar si la parte accionante aportó un indicio razonable de la lesión de tales derechos fundamentales, y para apreciar la concurrencia de indicios, resulta relevante el criterio mantenido por el TC en sus Sentencias 17/2003, de 30 de Enero y 49/2003, de 17 de Marzo , según el cual: "tendrán aptitud probatoria tanto los hechos que sean claramente indicativos de la probabilidad de la lesión del derecho sustantivo, como aquellos que, pese a no generar una conexión tan patente y resultar por tanto más fácilmente neutralizables, sean sin embargo de entidad suficiente para abrir razonablemente la hipótesis de la vulneración del derecho fundamental. Esto es, son admisibles diversos resultados de intensidad en la aportación de la prueba que concierne a la parte actora, pero deberá superarse inexcusablemente el umbral mínimo de aquella conexión necesaria, pues de otro modo, si se funda la demanda en alegaciones meramente retóricas o falta la acreditación de elementos cardinales para que la conexión misma pueda distinguirse, haciendo verosímil la inferencia, no se podrá pretender el desplazamiento del "onus probandi" al demandado".

OCTAVO.- En el caso que nos ocupa creemos que a través del relato de hechos probados se prueba que la actora ha estado sometida a una conducta habitual de denigración y menosprecio por razón de su identidad sexual, que menoscaba el derecho a la igualdad y a la integridad física y moral. No estamos hablando de un hecho puntual, sino de actuaciones que se han sucedido en varias ocasiones, probadas en la sentencia

de instancia tres, por parte de sus compañeros de trabajo de Aneto, empresa contratada por Rhenus, con conocimiento de los responsables de ambas mercantiles, sin que se hayan hecho efectivas medidas suficientes para evitar que continuara con esta actitud de hostigamiento y menosprecio hacia la demandante. No compartimos en modo alguno la conclusión del recurso de suplicación de que "no nos encontramos ante una conducta prolongada, no produciéndose conducta hostil alguna ni dirigida a poner en peligro y menoscabar su dignidad", cuando en la sentencia recurrida se reflejan las expresiones injuriosas que recibe la actora, y que desde luego no tiene por qué soportar y que han derivado en una baja por estrés emocional desde el 16 de enero de 2023.

Por lo expuesto desestimamos el recurso de suplicación.

NOVENO.- Recurso de suplicación de ANETO CENTRO ESPECIAL DE EMPLEO SL.

La empresa Aneto denuncia la infracción del artículo 4.2 e) y 17.1 del Estatuto de los Trabajadores en relación con el artículo 62 de la ley 4/2023, de 28 de febrero para la igualdad efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI, así como el artículo 3 de dicha Ley en cuanto a la definición de discriminación.

Debemos partir del artículo 4.2 e) del Estatuto de los Trabajadores el cual dispone que " *en la relación de trabajo los trabajadores tienen derecho: e) Al respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad, comprendida la protección frente al acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, y frente al acoso sexual y al acoso por razón de sexo*".

Y el artículo 17.1 párrafo tercero del Estatuto de los Trabajadores dice: "*El incumplimiento de la obligación de tomar medidas de protección frente a la discriminación y la violencia dirigida a las personas LGTBI a que se refiere el artículo 62.3 de la Ley para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI dará lugar a la asunción de responsabilidad de las personas empleadoras en los términos del artículo 62.2 de la misma norma*".

Por su parte, la Ley 4/2023 dispone en su artículo 62:

" 2. A estos efectos, las Administraciones públicas, en el ámbito de sus competencias, adoptarán métodos o instrumentos suficientes para la prevención y detección de tales situaciones, y articularán medidas adecuadas para su cese inmediato.

3. Las personas empleadoras o prestadoras de bienes y servicios deberán adoptar métodos o instrumentos suficientes para la prevención y detección de las situaciones de discriminación por razón de las causas previstas en esta ley, así como articular medidas adecuadas para su cese inmediato".

Aneto alega que sí adoptó medidas para evitar la situación vivida por la actora, tales como advertir a los trabajadores que no iba a permitir insultos ni vejaciones con respecto a nadie y en ningún sentido y cambió de turno al Sr. Isidoro , uno de los trabajadores implicados, para que no coincidiera con la actora, sin que por otra parte los preceptos mencionados indiquen cuáles son las medidas a adoptar.

Por otra parte niega que la situación vivida por la actora se pueda calificar de acoso o de discriminación, en los términos previstos en el artículo 3 de la Ley 4/2023, de 8 de febrero.

Sobre la existencia de una situación de acoso y discriminación nos remitimos a lo argumentado en los fundamentos jurídicos sexto, séptimo y octavo de esta sentencia.

Por otra parte la responsabilidad de Aneto deriva de su falta de actuación suficiente pese a tener conocimiento de la situación de acoso que estaba viviendo la trabajadora demandante desde el 15 de septiembre, y en su condición de empleadora de los trabajadores autores de los hechos y de la demandante. Consta probado que la actora había hablado con el responsable de Aneto en Rhenus, el Sr. Héctor , y este a su vez con la representante legal, Sra. Adelaida , y no consta que tomaran medida alguna, ni abrieran protocolo de acoso, o incoaran expediente disciplinario frente a los autores de las conductas vejatorias, limitándose a decir a los trabajadores que evitaran comentarios vejatorios y cambiar de turno al Sr. Isidoro . Lo cierto es que a 21 de diciembre, en que sucede un nuevo incidente similar, la situación de hostigamiento continúa, sin que por la empresa se adoptara medida alguna. Y el 4 de enero de 2023 la Sra. Adelaida preguntó a la trabajadora demandante si continuaba siendo molestada y esta contestó el 5 de enero que sí.

Creemos que la empresa tenía obligación de adoptar las medidas de prevención procedentes, con base en los preceptos legales antes citados, para proteger a su trabajadora y evitar la situación que estaba viviendo, desde luego indeseable en cualquier ámbito laboral.

Por lo expuesto procede la desestimación del recurso de suplicación.

DÉCIMO.- Recurso de D. Isidoro y D. Jaime .

Loa trabajadores codemandados basan su recurso en el artículo 193 c) de la LRJS denunciando la infracción del artículo 4.2 c) del Estatuto de los Trabajadores en relación con el artículo 14 de la Constitución.

Los recurrentes niegan que se haya producido una situación de acoso a la trabajadora, ni que sea una conducta habitual, y que debe enjuiciarse en el contexto en el que se produjo, con la actora alterada, y con el Sr. Jaime "harto de la actora", según el hecho probado tercero.

Nos remitimos a lo ya expuesto sobre la calificación de la situación de acoso y discriminación por razón de orientación sexual expuesta en esta sentencia. Estamos hablando de comentarios claramente vejatorios hacia la actora por razón de su orientación sexual, que se hacían en público, en presencia de otros compañeros de trabajo, sin que se pueda hablar de que mediara provocación alguna por parte de la trabajadora, que sólo pidió explicaciones al Sr. Isidoro por los comentarios que estaba haciendo sobre ella. Y los trabajadores demandados son directamente responsables según lo probado.

Debemos señalar que los recursos pretenden una nueva revisión de la valoración de la prueba realizada en la instancia, sobre todo de la prueba testifical. No podemos olvidar que el recurso de suplicación no es una apelación sino que tiene carácter extraordinario, destacando las amplias facultades que en orden a la valoración conjunta de los distintos elementos de convicción atribuye el artículo 97.2 de la LRJS al Juez de instancia, a quien corresponde apreciarlos en plenitud, por ser quien ha tenido plena inmediación en su práctica, sin que esta Sala esté habilitada para realizar una revisión general de la valoración realizada por aquél, para extraer de ella una nueva conclusión, máxime si la convicción judicial descansa en un medio de prueba, como es la testifical, cuya valoración no puede ser revisada en suplicación.

En definitiva, es facultad del Juez de instancia la valoración de la prueba, siendo el mismo soberano para dicha apreciación (STC 175/1985, de 17 de diciembre, 24/1990 de 15 de febrero, entre otras) no pudiendo dejarse sin efecto tal valoración, y ser sustituida por la de la parte, salvo que la judicial pueda ser tildada de errónea, arbitraria o irracional, calificación que no se pueda aplicar al caso de autos por los argumentos que hemos desarrollado con anterioridad.

No podemos sin embargo perder de vista que las expresiones injuriosas se vertieron por un trabajador que tiene limitada la capacidad intelectual y padece un trastorno de la personalidad de carácter permanente, con una discapacidad del 35%. Y que Aneto es una empresa que trabaja con personas a las que no se les puede exigir el mismo grado de responsabilidad que a un trabajador sin dicha merma intelectual. Tampoco puede decirse que Aneto no llevara a cabo actuación alguna pues cambió de turno al Sr. Isidoro para evitar que coincidiera con la actora, aunque no cambió de turno al otro trabajador implicado, el Sr. Jaime .

Ello nos llevaría a una posible moderación de la indemnización reconocida en la sentencia recurrida en atención a las circunstancias especiales del centro de trabajo en que se produjeron las injurias a la demandante, por parte de trabajadores con la capacidad intelectual limitada y que la empresa Aneto sí tuvo la reacción de evitar que en lo sucedido la actora coincidiera en su turno de trabajo con uno de los trabajadores que la había insultado, si los recurrentes así lo hubieran solicitado en sus respectivos recursos de suplicación, cosa que no ha ocurrido, lo que impide a este tribunal rebajar la indemnización de oficio.

Por lo expuesto procede la desestimación de los recursos de suplicación.

UNDÉCIMO.- No procede efectuar imposición de costas a los trabajadores recurrentes por la desestimación de su recurso (235.1 LRJS).

La desestimación de los recursos de suplicación supone la imposición de las costas a las empresas recurrentes (artículo 235 LRJS) incluidos los honorarios del letrado de la parte impugnante en cuantía de 800 euros cada recurso, así como la pérdida del depósito necesario para recurrir, al que se dará el destino legalmente previsto.

FALLAMOS

Que desestimamos los Recursos de Suplicación interpuestos por D. Isidoro y D. Jaime así como por las empresas RHENUS AUTOMOTIVE SYSTEMS ZARAGOZA SLU y ANETO DISMINUIDOS FÍSICOS SCL, frente a la Sentencia de 31 de octubre de 2023 del Juzgado de lo Social nº 8 de Zaragoza, dictada en autos nº 123/2023 seguidos a instancia de D^a Lidia , confirmando la sentencia recurrida, sin imposición de costas respecto de los trabajadores recurrentes.



Procede la imposición de las costas a las empresas recurrentes incluidos los honorarios del letrado de la parte impugnante en cuantía de 800 euros cada recurso, así como la pérdida del depósito necesario para recurrir, al que se dará el destino legalmente previsto.

Notifíquese esta resolución a las partes con la advertencia de que:

- Contra la misma pueden preparar recurso de casación para unificación de doctrina ante el Tribunal Supremo por conducto de esta Sala de lo Social en el plazo de diez días desde la notificación de esta sentencia.
- El recurso se preparará mediante escrito, firmado por Letrado y dirigido a esta Sala, con tantas copias como partes recurridas y designando un domicilio en la sede de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, a efectos de notificaciones.
- En el caso de que quien pretendiera recurrir no ostentara la condición de trabajador o beneficiario del régimen público de Seguridad Social, o no gozase del beneficio de justicia gratuita, deberá, al momento de preparar el recurso y en el plazo de diez días señalado, consignar la cantidad objeto de condena o formalizar aval bancario por esa cantidad en el que se haga constar la responsabilidad solidaria del avalista; y que al momento de formalizar el recurso de casación, deberá acompañar resguardo acreditativo de haber depositado la cantidad de 600 euros, IBAN: ES55 00493569920005001274, CONCEPTO: 4873-0000-00-0047-24, en la cuenta de este órgano judicial abierta en el Banco Santander, debiendo hacer constar en el campo "observaciones" la indicación de "depósito para la interposición de recurso de casación".

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

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda. Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.