

Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia, Sala de lo Social, Sentencia 543/2017 de 17 May. 2017, Rec. 1028/2016

Ponente: Jiménez Fernández, Rubén Antonio.

Nº de Sentencia: 543/2017

Nº de Recurso: 1028/2016

Jurisdicción: SOCIAL

Se absuelve de acoso laboral a empresa y compañera de trabajo pese a constar expresiones groseras y vejatorias en presencia de público

ACOSO LABORAL. Expresiones degradantes y vejatorias de una compañera de trabajo que hacía las veces de encargada, a otra camarera en presencia de público. Se revoca la condena indemnizatoria impuesta a la empresa y también se absuelve a la trabajadora codemandada. Por una parte, no consta, ni siquiera indiciariamente, que el empleador tuviera conocimiento de los hechos, pues al ser una persona jurídica, sus socios no acudían por la cafetería, y el encargado real sólo iba esporádicamente. Y por otro lado, falta la prueba de la intencionalidad de la compañera de trabajo y la supuesta relación de superioridad jerárquica. VOTO PARTICULAR. Litisconsorcio pasivo necesario.

El TSJ Murcia estima el recurso de suplicación interpuesto, revoca sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1, y absuelve a la empresa y a la trabajadora demandadas por acoso laboral.

T.S.J.MURCIA SALA SOCIAL

MURCIA

SENTENCIA: 00543/2017

UNIDAD PROCESAL DE APOYO DIRECTO

Pº GARAY, 5-2ª PLANTA. 30005-MURCIA

Tfno: 968 22 92 16

Fax: 968 22 92 13

NIG: 30030 44 4 2015 0001006

Equipo/usuario: JLG

Modelo: 402250

RSU RECURSO SUPLICACION 0001028 /2016

Procedimiento origen: DERECHOS FUNDAMENTALES 0000124 /2015

Sobre: DERECHOS FUNDAMENTALES

RECURRENTE/S D/ña NUEVE PISOS S.L.

ABOGADO/A: PEDRO PABLO ROMO RODRIGUEZ

RECURRIDO/S D/ña: Irene , MINISTERIO FISCAL MINISTERIO FISCAL , Milagrosa

ABOGADO/A: HERMINIO ANTONIO DUARTE MOLINA, , ANTONIO SENECA DIAZ PEREZ

En MURCIA, a diecisiete de mayo de dos mil diecisiete.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, compuesta por los Ilmos. Sres. D. RUBÉN ANTONIO JIMÉNEZ FERNÁNDEZ, D. JOSÉ LUIS ALONSO SAURA, D. JOAQUÍN ÁNGEL DE DOMINGO MARTÍNEZ, de acuerdo con lo prevenido en el art. 117.1 de la Constitución Española , en nombre S.M. el Rey, tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de suplicación interpuesto por NUEVE PISOS, S.L., contra la sentencia número 274/2015 del Juzgado de lo Social número 1 de Murcia, de fecha 5 de Junio , dictada en proceso número 124/2015, sobre TUTELA, y entablado por D^a. Milagrosa frente a NUEVE PISOS, S.L., D^a. Irene y MINISTERIO FISCAL.

En la resolución del presente recurso de suplicación, actúa como Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. RUBÉN ANTONIO JIMÉNEZ FERNÁNDEZ, quien expresa el criterio de la Sala.

Por el Magistrado Ilmo. Sr. D. JOSÉ LUIS ALONSO SAURA se ha formulado voto particular discrepante, el cual se expresa al final de la presente resolución.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Hechos Probados en la instancia y fallo.

En la sentencia recurrida, se consignaron los siguientes hechos probados:

PRIMERO.- La actora doña Milagrosa con DNI NUM000 comenzó a prestar servicios laborales para la empresa Nueve Pisos S.L., el 7 de julio de 2014, con la categoría profesional de camarera, y percibiendo un salario mensual de 480.64 euros, según nomina aunque realmente le pagaban otra cantidad fuera de nómina, en base a fue un contrato temporal, a jornada parcial, aunque la actora realizaba jornada de 8 a quince horas de la tarde.

SEGUNDO.- En la barra, durante el turno de la actora se encargaba de la cafetería doña Irene , quien mantuvo una conducta continua hacia la actora desde el momento de la contratación al del despido caracterizada por episodios continuos como los siguientes:

-en los primeros días en el trabajo, te pregunto: "¿ Irene dónde va a esta tostada?" y ella me responde de manera encolerizada: "i pa' mi padre, la tostada va pa' mi padre! " sigo mi trabajo y al rato vuelve con la misma tostada porque no encuentra al cliente y le grita: ¿no ibas a encontrar al dueño de la tostada? lista, que eres muy lista venga vamos, largo de aquí!"

-Otra mañana la actora entregó el desayuno a una mesa y la citada le grito:" ¿¿ por qué no le pones la aceitera en la mesa, es que va a ir él a su casa por el acerté??!!!" tira imbécil y haz tu trabajo bien!!".

-Otro le grita desde el otro extremo de la barra: "iii Milagrosa !!! ¿ es que estás sordaaaaa?? que te llesves esto imbécil!! no si al final va a ser verdad que estás sorda!!! tú no vales ni para estar aquí!!!"

-Cuando les entrego a unos policías un DNI que se había extraviado hacia unos días y Irene desde el otro extremo de la barra viene hacia la camarera a la vez que se lo arrebatada de las manos y delante de los agentes me grita: " iiique sea la última vez, que sea la última vez que tú le das un DNI a nadie, si quieres ligar les das tu teléfono!!!"

-En otra ocasión, delante de los clientes, se dirigió a la actora desde el otro extremo de la barra y me grita acercándose: " ¿ quién es la marrana tú o ella?" Yo no le contesto y me vuelve a gritan " ¿que quién es la marrana, tú o ella?" y le tiro el trapo de limpiar los cubiertos a la cara.

- Cuando en una ocasión le preguntó:" Irene qué hago con esta tostada?" y Irene de manera le indicó tocándose, y cito textualmente: " en el chocho, métemela en el chocho" !!!! estando la barra llena de gente y ella se giró para que todos vieran el gesto.

- Como quiera que el local de al lado el día anterior les había dado tomates y al siguiente les pidió sacarina, la actora se lo dio y la codemandada le cogió violentamente del brazo y la zarandeo gritando: " i i como se te ocurra volver a darte sacarina al vecino no respondo de lo que te hago, que tú no eres nadie para dar nada de aquí, tira ahora mismo y le dices que te devuelva los sobres!!!" . Finalizada la jornada, llego a casa y recibo una llamada suya, diciéndolo:" ¿¿ quién te crees tú que eres pa' vacilarme?? ¿¿ quién coño te crees tú que eres pa' hacer lo que a ti te

da la gana?? .

- Cuando una mañana del mes de noviembre se presentó un inspector de trabajo y tomó nota de sus datos y los de todas sus compañeras. Irene me pide muy sigilosamente que me acerque a ella y me pregunta: "¿qué horario le has dicho al inspector que haces?" yo te digo que mi horario, de 7 a 15 horas, y me dice con tono amenazante: "¿es que tú no sabes que estás contratada a media jornada, pa' qué le dices tu horario completo? se te va a caer el pelo, te vas a enterar!!". A partir de entonces le bajan el sueldo 100 euros sin avisarme previamente, me quitan mis 10 minutos de descanso para el almuerzo, pues ya me lo prohíben ya no se puede tomar nada en el local, permanece en el local desde las 7 de la mañana hasta las 16 horas que llegó a casa sin tomar nada en absoluto porque ni ella ni mis jefes me lo permiten.

El día 30 de diciembre no trabajo, pero fue citada para trabajar el 31 de diciembre por la tarde para hacer recuento en el almacén. Ese día acudió a urgencias por ansiedad inicio baja el uno de enero de 2015. La empresa la despidió por inasistencia no justificada. La actora recibe tratamiento por ansiedad y por depresión incipiente.

SEGUNDO .- Fallo de la sentencia de instancia.

En la sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo: "Que estimando la demanda interpuesta por Doña Milagrosa contra la empresa NUEVE PISOS SL debo declarar que la empresa violo los Derechos Fundamentales de la actora mediante una conducta de acoso, y la condeno al pago a la actora de la cantidad de 9.000 (nueve mil) euros. Absolviendo a la trabajadora codemandada de la demanda.

TERCERO.- De la interposición del recurso y su impugnación.

Contra dicha sentencia fue interpuesto recurso de suplicación por el Letrado D. Francisco Ortíz Campillo, en representación de la parte demandada "Nueve Pisos, S.L."

CUARTO.- De la impugnación del recurso.

El recurso interpuesto ha sido impugnado por el Letrado D. Antonio Séneca Díaz Pérez en representación de la parte demandante y por el Letrado D. Herminio Duarte Molina en representación de la parte demandada D^a. Irene .

QUINTO.- Admisión del recurso y señalamiento de la votación y fallo.

Admitido a trámite el recurso se señaló el día 27 de Marzo de 2017 para los actos de votación y fallo.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia de fecha 5 de Junio del 2015, dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Murcia en el proceso 124/2015, estimó la demanda deducida por Dña Milagrosa contra la empresa Nueve Pisos SL, contra Dña Irene y el Ministerio Fiscal y declaro que la empresa demandada violo los Derechos Fundamentales de la actora mediante una conducta de acoso y la condenó a pagar a la actora la cantidad de 9.000€, absolviendo de la demanda a la trabajadora codemandada.

Disconforme con la sentencia, la empresa interpone contra la misma recurso de suplicación, solicitando, tanto la revisión de los hechos declarados probados, como la revocación de la sentencia, para que se dicte otra desestimatoria de la demanda, denunciando la infracción de los artículos 10 y 18.1 de la Constitución Española , en relación con el artículo 4.2e) del Estatuto de los Trabajadores , en cuanto la sentencia aprecia que la empresa incurrió en una conducta de acoso en relaciona la trabajadora demandante, o subsidiariamente se declare la responsabilidad solidaria de la codemandada, denunciando la infracción del artículo 182 y ss de a LRJS , en cuanto la sentencia establece la responsabilidad exclusiva de la empresa.

La parte actora se opone al recurso, habiéndolo impugnado.

SEGUNDO.- Al amparo del apartado b) del artículo 193 de la LRJS se solicita la revisión de los hechos declarados probados que afecta a los apartados Primero, Segundo y la inclusión de uno de nueva redacción con el numeral Primero Bis.

El apartado Primero refleja las circunstancias de la relación laboral en los términos siguientes: "PRIMERO.- La actora doña Milagrosa con DNI NUM000 comenzó a prestar servicios laborales para la empresa Nueve Pisos S.L., el 7 de julio

de 2014, con la categoría profesional de camarera, y percibiendo un salario mensual de 480.64 euros, según nomina aunque realmente le pagaban otra cantidad fuera de nómina, en base a fue un contrato temporal, a jornada parcial, aunque la actora realizaba jornada de 8 a quince horas de la tarde". Se propone redacción alternativa que difiere de la judicial en suprimir la frase final que expresa "--según nomina aunque realmente le pagaban otra cantidad fuera de nómina, en base a fue un contrato temporal, a jornada parcial, aunque la actora realizaba jornada de 8 a quince horas de la tarde "; la revisión se fundamenta en el contrato de trabajo y recibo de salario, pero no puede prosperar, pues la versión judicial ya deja constancia de las circunstancias que derivan del contrato de trabajo y nómina., pero, además, deja constancia de otros datos que resultan de otros medios de prueba.

Se solicita la inclusión de un apartado Primero bis, del siguiente tenor: " El administrador único de la mercantil Nueve Pisos SL y empleador es D. Feliciano "; la ampliación se fundamenta en la escritura de constitución de la sociedad (folios 33 a 40) pero no puede prosperar :a) Porque la concreción de la identidad de la persona física que ocupa el cargo de Administrador único de la sociedad carece de relevancia para alterar el sentido de la sentencia; b) Porque de la escritura de constitución no resulta que la condición de empleador recaiga en la persona del administrador único .

El apartado Segundo refiere, literalmente: "SEGUNDO.- En la barra, durante el turno de la actora se encargaba de la cafetería doña. Irene , quien mantuvo una conducta continua hacia la actora desde el momento de la contratación al del despido caracterizada por episodios continuos como los siguientes:

-en los primeros días en el trabajo, te pregunto: "¿ Irene dónde va a esta tostada?" y ella me responde de manera encolerizada:: " i pa' mi padre, la tostada va pa' mi padre! " sigo mi trabajo y al rato vuelve con la misma tostada porque no encuentra al cliente y le grita: ¿no ibas a encontrar al dueño de la tostada? lista, que eres muy lista venga vamos, largo de aquí ! "

-Otra mañana la actora entrego el desayuno a una mesa y la citada le grito:" ¿¿ por qué no le pones la aceitera en la mesa, es que va a ir él a su casa por el acerté??!!!" tira imbécil y haz tu trabajo bien!!".

-Otro le grita desde el otro extremo de la barra: "iii Milagrosa !!! ¿ es que estás sordaaaaa?? que te lleves esto imbécil!! no si al final va a ser verdad que estás sorda!!! tú no vales ni para estar aquí!!!"

-Cuando les entrego a unos policías un DNI que se había extraviado hacia unos días y Irene desde el otro extremo de la barra viene hacia la camarera a la vez que se lo arrebató de las manos y delante de los agentes me grita: " iiique sea la última vez, que sea la última vez que tú le das un DNI a nadie, si quieres ligar les das tu teléfono!!!"

-En otra ocasión, delante de los clientes, se dirigió a la actora desde el otro extremo de la barra y me grita acercándose: " ¿ quién es la marrana tú o ella?" Yo no le contesto y me vuelve a gritan " ¿que quién es la marrana, tú o ella?" y le tiro el trapo de limpiar los cubiertos a la cara.

- Cuando en una ocasión le preguntó:" Irene qué hago con esta tostada?" y Irene de manera le indicó tocándose, y cito textualmente: " en el chocho, métemela en el chocho" !!!! estando la barra llena de gente y ella se giró para que todos vieran el gesto.

- Como quiera que el local de al lado el día anterior les había dado tomates y al siguiente les pidió sacarina, la actora se lo dio y la codemandada le cogió violentamente del brazo y la zarandeo gritando: " i i como se te ocurra volver a darte sacarina al vecino no respondo de lo que te hago, que tú no eres nadie para dar nada de aquí, tira ahora mismo y le dices que te devuelva los sobres!!!" . Finalizada la jornada, llego a casa y recibo una llamada suya, diciéndolo:" ¿¿ quién te crees tú que eres pa' vacilarme?? ¿¿ quién coño te crees tú que eres pa' hacer lo que a ti te da la gana?? .

- Cuando una mañana del mes de noviembre se presentó un inspector de trabajo y tomó nota de sus datos y los de todas sus compañeras. Irene me pide muy sigilosamente que me acerque a ella y me pregunta:" ¿qué horario le has dicho al inspector que haces?" yo te digo que mi horario, de 7 a 15 horas, y me dice con tono amenazante:" ¿es que tú no sabes que estás contratada a media jornada, pa' qué le dices tu horario completo? se te va a caer el pelo, te vas a enterar!!". A partir de entonces le bajan el sueldo 100 euros sin avisarme previamente, me quitan mis 10 minutos de descanso para el almuerzo, pues ya me lo prohíben ya no se puede tomar nada en el local, permanece en el local desde las 7 de la mañana hasta las 16 horas que llegó a casa sin tomar nada en absoluto porque ni ella ni mis jefes me lo permiten.

El día 30 de diciembre no trabajo, pero fue citada para trabajar el 31 de diciembre por la tarde para hacer recuento

en el almacén. Ese día acudió a urgencias por ansiedad inicio baja el uno de enero de 2015. La empresa la despidió por inasistencia no justificada. La actora recibe tratamiento por ansiedad y por depresión incipiente."

Se solicita su supresión, con base en el escrito de demanda (folios 3,4 y 5) y en la transcripción de WhatsApp (folio 55), pero no puede prosperar, pues de la lectura de la demanda no se puede alcanzar la conclusión que se pretende, pues la convicción judicial sobre los hechos referidos se fundamenta en la prueba testifical y en la de interrogatorio de la demandada. La transcripción de WhatsApp es compatible con el párrafo final del apartado segundo, pues en este se hace constar que la actora no trabajo los días 30 y 31 de Diciembre.

TERCERO.- La sentencia recurrida en el apartado segundo de los hechos que declara probados deja constancia de una serie de hechos y conductas que en la fundamentación jurídica califica de maltrato por expresiones degradantes y vejatorias llevados a cabo en presencia de público y estima que tales conductas son constitutivas de acoso laboral. Así mismo, aunque del apartado segundo de los hechos declarados probados, resulta que la persona autora del maltrato , de las expresiones degradantes y vejatorias, es una compañera de trabajo que no tiene categoría de encargado, en la fundamentación jurídica se afirma que llevaba a cabo esa función, aunque al mismo tiempo afirma la presencia en el centro de trabajo de un encargado que no prestaba directamente servicios en la cafetería pero que de vez en cuando salía a echar una mano; así mismo en la fundamentación jurídica se concluye que la empresa era consciente de lo que pasaba y no hizo nada para evitarlo y concluye que la "conducta de la trabajadora que de hecho llevaba a cabo funciones de encargada debe ser atribuida a la empresa que ,por un mal entendido criterio de eficacia, entendió que su forma de actuar era buena para el negocio".

De tal criterio discrepa la empresa Nueve Pisos SL, autora del recurso, con carácter principal, negando no solo la existencia de actos que atenten contra la dignidad del trabajador, sino también la concurrencia del elemento subjetivo del acoso como es la intencionalidad de afectar psicológicamente al acosado o la de conseguir el abandono o renuncia del mismo; en cualquier caso, afirma el desconocimiento de la situación por parte de la empresa.

Procede examinar por separado, de un lado, la responsabilidad directa de la empresa demanda y, de otro, si los hechos declarados probados son constitutivos de una situación de acosos laboral.

CUARTO.- El acoso laboral viene siendo definido por la doctrina como una situación de hostigamiento a un trabajador contra el que se llevan a cabo actitudes de violencia física o psicológica de forma prolongada conducentes a su extrañamiento social en el marco laboral. Cabe la posibilidad de que tales actitudes de violencia física o psicológica procedan del empresario, de otros trabajadores e, incluso, de terceros.

La figura del acoso tiene su fundamento jurídico en el artículo 4.2.e) del Estatuto de los Trabajadores , precepto que establece el derecho del trabajador "al respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad, comprendida la protección frente a ofensas verbales y físicas de naturaleza sexual y frente al acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual"; como contrapartida de tal derecho surge el deber del empresario de ejercitar sus facultades de dirección respetando esos derechos del trabajador.

La apreciación de acoso laboral precisa no solo la concurrencia de un elemento objetivo, como es la propia situación de hostigamiento que puede surgir como consecuencia de diferentes actuaciones, sino, también, un elemento subjetivo de intencionalidad ya sea genérico de producir el extrañamiento social del trabajador en el marco laboral, ya otro más específico como es el lograr el abandono o dimisión del trabajador acosado. Para que la situación de hostigamiento pueden tener lugar ha de concurrir una situación de inferioridad o dependencia del acosado en relación con la persona o personas de las que parten las actitudes de violencia física o psicológica, de ahí que, cuando tales actitudes proceden de compañeros de trabajo, se venga exigiendo una relación de superioridad por razones de mando o jerarquía y cuando la conducta no tiene su origen en el empresario, se precisa que el mismo tenga conocimiento de la situación de hostigamiento.

En el presente caso, no habiendo prosperado la revisión de los hechos declarados probados pretendida por la empresa autora del recurso, la situación de hostigamiento es la que resulta de los hechos constatados en el apartado Segundo de los declarados probados, en los que se describe una serie de manifestaciones verbales por parte de la codemandada, de cuyos términos, y sobre todo del hecho de que se producen en voz alta y en presencia del público que acude a la cafetería donde tiene lugar la prestación de servicios, sé puede concluir que tienen el carácter de expresiones irrespetuosos, degradantes y vejatorias referidas a una mala ejecución de su trabajo, si bien

del texto de los hechos declarados probados se aprecia solo la presencia de una sola expresión cuyo significado directo se pueda considerar como insulto, al llamarla "imbécil".

Describiendo los hechos declarados probados una situación denominada por la doctrina como de acoso horizontal, es decir de hostigamiento generado por actos de otro trabajador, llama la atención, en la argumentación contenida en la fundamentación jurídica de la sentencia, que esta exima de toda responsabilidad a la codemandada, Dña Irene para atribuir la autoría del acoso a la empresa titular de la cafetería Nueve Pisos SL., afirmando que "la empresa tuvo conocimiento de los hechos desde el inicio de la relación laboral y "que por un mal entendido criterio de que quien llevaba a cabo los actos era una persona de su confianza dotada de un singular poder de dirección y control no quiso poner fin a ellos". Tal argumentación no tiene sustento en ninguno de los hechos que declara probados la sentencia, sino que la convicción del juzgador se basa : a) En la prueba testifical del encargado de la cafetería, el cual, "preguntado por la existencia de quejas, acaba reconociendo cual fue la postura que expresó a la trabajadora, afirmando que esas eran las condiciones de trabajo y si no le gustaban tenía que irse; b) En mensaje telefónico aportado por la empresa, datado a la ruptura de la relación laboral, en lenguaje desgarrado y que es indicativo del nivel al que habían llegado las relaciones", del que concluye que "la empresa era consciente de lo que pasaba y no hizo nada para evitarlo".

Examinada la grabación del juicio y, concretamente, la prueba testifical del encargado de la cafetería, se aprecia que aunque rechaza la existencia de una queja formal, si viene a admitir que la actora haya podido en alguna ocasión quejarse de los modales de su compañera de trabajo.

Examinadas las actuaciones se aprecia que la presencia de dos tipos de mensajes telefónicos: El primero es la transcripción de los mensajes WhatsApp de los días 30/12/2014 a 5/1/2015, obrantes al folio 55; se trata de comunicación entre la actora y el encargado y de su examen se desprende: a) Los del día 30 se refieren a la comunicación que hace el encargado, poniendo en conocimiento de la trabajadora que el día de mañana (31/12/2014) no hay que trabajar y que el jueves (1/1/2015) hay que ir a trabajar por la tarde , desde las 16 a las 21-22 horas; a dicha comunicación la actora responde solicitando no trabajar el día 1/1/2015, alegando la incomodidad de trabajar por la tarde y mostrando su disponibilidad a hacerlo el día 31; a lo que el encargado no accede, por tratarse de labores de limpieza general anual de la barra; los mensajes siguientes de fechas 2 y 5 de Enero son comunicaciones en los que el encargado se interesa por la salud de la trabajadora y le desea que se restablezca. *De dichos mensajes no se puede concluir que su contenido sea desgarrador ni que la empresa pudiera tener conocimiento de la situación de hostigamiento que sufría la trabajadora, sino, por el contrario, el trato respetuosos del encargado que , tras la baja de la trabajadora, se interesa por su estado de salud; el segundo es un correo electrónico de fecha 13 de mayo del 2015 por el que quien firma como Feliciano remite a la empresa Nuevepisos copia de WhatsApp de Milagrosa de fecha 8/2/2015; en dicho mensaje Milagrosa muestra su enfado porque carece de ingresos económicos y se dirige a Feliciano en términos claramente insultantes, con expresiones tales como " ihijo de puta, ime cago en tu puta castai, imal dolor te de en los ojos que te reviente la cabezai" y le avisa de la interposición de una demanda en los términos siguientes: "desde luego que vamos a ir a juicio, te voy a plantar una demanda que te voy a levantar en peso, gentuzo que sois unos gentuzos. Ahora entiendo xq lleva esa tirana ahí 9 años, porque sois todos de la misma alcantarilla, nos vemos en los juzgados"; su contenido no precisa mayor comentario, aunque cabe apreciar que la queja de la trabajadora viene determinada por el hecho de haber sido despedida y quedar en una situación de carencia de ingresos; es igualmente relevante que la actora en su impugnación del despido, en ningún momento alude a la situación de acoso y que el despido disciplinario se acordó por no acudir la atora a trabajar el día 1 de Enero, como se le había ordenado.*

La jurisprudencia del TS (sentencia de fecha 15 de Diciembre del 2008, recurso 178/2008) en relación a la responsabilidad del empresario por acoso, cuando la conducta de hostigamiento se produce por parte de un compañero de trabajo, afirma la responsabilidad empresarial sólo procede en el caso de que el empresario tenga conocimiento cabal, o al menos indicios serios que denoten su conocimiento de la situación de acoso y ello con apoyo en la propia doctrina del TC, sentencia 74/2007 de 16 de abril .

En el presente caso, *la condición de empleador concurre en una persona jurídica y ni del relato de los hechos declarados probados no se puede concluir la presencia en el centro de trabajo de ninguna de las personas físicas , ya sea administrador único ya sean los socios, que por razón de tal presencia pudieran tener conocimiento de los hechos; tampoco cabe deducir tal relación de conocimiento de los argumentos que se exponen en la fundamentación*

jurídica, los cuales solo refieren la presencia en el centro de trabajo del encargado D. Raúl contra el cual no se ha dirigido la demanda, respecto del cual se afirma que solo tenía presencia física esporádica en la cafetería y de las transcripciones de la comunicación telefónica no se puede concluir que este tuviera conocimiento del trato vejatorio que se afirma en los hechos declarados probados; tampoco existe constancia de que la trabajadora elevara o presentara alguna queja ante la dirección de la empresa o ante la inspección de trabajo. Es por ello que, en el presente caso, no cabe afirmar que la dirección de la empresa tuviera ni siquiera indicios de la conducta de la otra trabajadora demandada y, menos hasta el punto de afirmar que la situación de acoso es directamente imputable a la empresa, pues no existe ni siquiera indicios de cual sea el beneficio que ello le pudiera reportar ni el interés que pudiera tener, máxime si de la prueba testifical se desprende lo contrario, como es la pérdida de clientela ante la conducta de la trabajadora codemandada. Es igualmente relevante el dato de la antigüedad de la trabajadora, el cual pone de manifiesto que la misma había sido contratada recientemente.

Por lo expuesto, la sentencia recurrida en cuanto declara que la empresa demandada es la autora directa de la situación de acoso que aprecia, vulnera el artículo 4.2.e) del Estatuto de los Trabajadores, por lo que procede la estimación del recurso y la revocación de la sentencia en cuanto declara que la empresa demandada violó los Derechos Fundamentales de la actora mediante una conducta de acoso y la condena a pagar a la actora la cantidad de 9.000€ para, en su lugar, absolverla de la demanda.

QUINTO.- La sentencia recurrida ha estimado la existencia de una situación de acoso laboral por la conducta de la trabajadora codemandada que se describe en el apartado Segundo de los hechos declarados probados, el cual es una transcripción de los hechos que se exponen en la demanda. La sentencia recurrida en modo alguno valora las conductas que contiene en el penúltimo apartado del hecho segundo, las cuales se refieren a otras personas y están relacionadas con la rebaja de sueldo y modificación de horario que la demandante vincula al resultado de la actuación de la Inspección de Trabajo.

Como ya se ha expresado anteriormente, la situación de hostigamiento es la que resulta de los hechos constatados en el apartado Segundo de los declarados probados, en los que *se describe una serie de manifestaciones verbales por parte de la codemandada, de cuyos términos, y sobre todo del hecho de que se producen en voz alta y en presencia del público que acude a la cafetería donde tiene lugar la prestación de servicios, se puede concluir que tienen el carácter de expresiones irrespetuosas, degradantes y vejatorias referidas a una mala ejecución de su trabajo, si bien del texto de los hechos declarados probados se aprecia solo la presencia de una sola expresión cuyo significado directo se pueda considerar como insulto, al llamarla "imbécil. Tal tipo de expresiones son propias una personalidad zafia, mal educada, mal encarada e irrespetuosa, como la propia sentencia deja constancia, en la fundamentación jurídica, para dar mayor credibilidad a la versión de la trabajadora demandante, pero sugieren, fundamentalmente, el deseo de poner de manifiesto su suficiencia y superioridad en el desempeño del trabajo y no es fácil concluir que su finalidad sea la de conducir a la persona que sufre tales expresiones a una situación de inferioridad y menos a la de lograr su abandono o dimisión, pues como ponen de manifiesto los testigos, tal conducta no se produjo solo en relación a la demandante, sino que tenía lugar con otras compañeras de trabajo. Tales expresiones se producen en el ámbito de sus relaciones con ocasión de la prestación del servicio y algunas de ellas están motivadas por el servicio mismo, como es el caso de las diferencias de criterio en relación a la facilitación de un artículo propiedad de la empresa a quien puede ser un competidor, a la entrega del DNI extraviado por un cliente a otros clientes que eran policías o a la controversia acerca de quién era la que no limpiaba bien los cubiertos. No concurre, por tanto, el requisito subjetivo de la figura del acoso laboral, que para deslindar el acoso de la infracción disciplinaria propia del maltrato verbal, exige una intencionalidad específica de conducir a la víctima de tales expresiones a una situación de extrañamiento laboral o inducirla a la dimisión o abandono del trabajo.*

Tampoco en el presente caso se aprecia una situación de superioridad jerárquica, pues aunque fundamentación jurídica alude a que la codemandada ejercía funciones de encargada, tal argumento resulta contradictorio con la presencia en el centro de trabajo (no constatada en los hechos que se declaran probados) de otra persona que tiene la categoría de encargado, si bien esta no se encuentra de modo permanente en el local abierto al público, sugiriendo la argumentación judicial que el mismo se encuentra en otras dependencia y solo ocasionalmente se persona en la cafetería; en cualquier caso, la categoría profesional de la codemandada Dña Irene es la misma que la de la actora (ayudante de camarera), si bien tiene superior antigüedad y tiene reconocido una jornada de superior duración.

Por lo expuesto, ante la absolución de la empresa demandada por los argumentos antes expresados, tampoco cabe la estimación de la demanda en relación a la codemandada Dña Irene ; absolución que hace innecesario pronunciarse sobre la vulneración del artículo 108 y ss de la LRJS , en cuanto la sentencia no condena a la misma.

Es igualmente relevante que la demanda no se dirige contra la persona que ocupa el puesto de encargado que es la única que podía tener conocimiento de las quejas de la actora

FALLO

En atención a todo lo expuesto, la Sala de lo Social de este Tribunal, por la autoridad que le confiere la Constitución, ha decidido:

Estimar el recurso de suplicación interpuesto por la empresa Nueve Pisos SL contra la sentencia de fecha 5 de Junio del 2015, dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Murcia en el proceso 124/2015, como consecuencia de la demanda deducida por Dña Milagrosa contra la empresa Nueve Pisos SL, contra la trabajadora Dña Irene y el Ministerio Fiscal, promoviendo la modalidad procesal especial para la Tutela de Derechos Fundamentales, revocarla y, en su lugar acordar la desestimación de la demanda, absolviendo de la misma a los citados codemandados.

Dese a los depósitos, si los hubiera, el destino legal.

Notifíquese esta sentencia a las partes y al Ministerio Fiscal de este Tribunal Superior de Justicia.

ADVERTENCIAS LEGALES

Contra esta sentencia cabe Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, que necesariamente deberá prepararse por escrito firmado por Letrado dirigido al Servicio Común de Ordenación del Procedimiento (SCOP) y presentado dentro de los 10 días hábiles siguientes al de su notificación.

Además, si el recurrente hubiera sido condenado en la sentencia, deberá acompañar, al preparar el recurso, el justificante de haber ingreso en la cuenta de Depósitos y Consignaciones abierta en el Banco de Santander, cuenta número: ES553104000066102816, a nombre de esta Sala el importe de la condena, o bien aval bancario en el que expresamente se haga constar la responsabilidad solidaria del avalista. Si la condena consistiese en constituir el capital-coste de una pensión de Seguridad Social, el ingreso de éste habrá de hacerlo en la Tesorería General de la Seguridad Social y una vez se determine por éstos su importe, lo que se le comunicará por esta Sala.

El recurrente deberá acreditar mediante resguardo entregado en la Secretaría del SCOP, al tiempo de la personación, la consignación de un depósito de seiscientos euros (600 euros), en la entidad de crédito Banco de Santander, cuenta corriente número ES553104000066102816, Sala Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, haciendo constar como concepto el de Recursos y como dígito el 35.

Están exceptuados de hacer todos estos ingresos las Entidades Públicas, quienes ya tengan expresamente reconocido el beneficio de justicia gratuita o litigase en razón a su condición de trabajador o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social (o como sucesores suyos), aunque si la recurrente fuese una Entidad Gestora y hubiese sido condenada al abono de una prestación de Seguridad Social de pago periódico, al anunciar el recurso deberá acompañar certificación acreditativa de que comienza el abono de la misma y que lo proseguirá puntualmente mientras dure su tramitación.

Una vez firme lo acordado, devuélvanse las actuaciones al Juzgado de lo Social de origen para el oportuno cumplimiento.

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

VOTO PARTICULAR

QUE FORMULA EL MAGISTRADO

ILMO. SR. D. JOSÉ LUIS ALONSO SAURA

El Ilmo. Sr. D. JOSÉ LUIS ALONSO SAURA, Magistrado de la Sala de Social del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia, con absoluto respeto a la decisión mayoritaria, formula el siguiente voto particular discrepante a la sentencia número 543/2017 al amparo del artículo 260 de la LOPJ , pues considera que la

relación jurídico procesal está mal configurada o trabada.

En efecto, en la demanda se pide no solo la extinción de la relación laboral con violación de derechos fundamentales, no precisados en los fundamentos de derecho de la demanda, sino el pago de una indemnización, para lo que se basa en una alegación de acoso.

Pues bien, desde mi punto de vista, como en la sentencia recurrida se viene a aludir al encargado, cuando refiere que, al respecto, resulta terminantemente llamativa la testifical del encargado de la cafetería quien preguntado por la existencia de quejas acaba reconociendo cual fue la postura que expreso a la trabajadora, esas eran las condiciones de trabajo y si no le gustaban tenía que irse y más adelante indica que el encargado de la cafetería asombra sobre su pretendido desconocimiento de lo que allí pasaba, pese a que la codemandada señala que de vez en cuando salía a echar una mano, aunque parece que conocía el carácter de la misma, según sus manifestaciones y nunca lo corrigió, realmente se está planteando que también pudo tener intervención en lo acaecido, situación que puede afectar a sus intereses, no solo morales, como consideración, reputación o fama, sino a los económicos o patrimoniales, en caso del pago de una hipotética indemnización. Es más, se aduce que, por tales hechos, ha sido despedido, como consta en el escrito de recurso de la empresa.

Su interés en el proceso es evidente, cuando no solo se pide la extinción contractual sino el pago de una indemnización y es la consecuencia de la sentencia del Tribunal Supremo de 30-1-2008, rec.2543/2006, a la que me remito.

Las actuaciones debieron anularse desde la providencia inicial para dar ocasión a que la actora demandase también al encargado.

Desde mi consideración, se está en presencia de un supuesto de falta de litisconsorcio pasivo necesario.