

**RECURSO Nº:** 1876/08  
**N.I.G. 48.04.4-07/008572**

**SENTENCIA Nº:**

**SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA  
DE LA COMUNIDAD AUTONOMA DEL PAIS VASCO**

En la Villa de Bilbao, a siete de octubre de dos mil ocho.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco, formada por los Ilmos. Sres. D. JUAN CARLOS ITURRI GÁRATE, Presidente en funciones, D. EMILIO PALOMO BALDA y D. JUAN CARLOS BENITO-BUTRÓN OCHOA, Magistrados, han pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

**SENTENCIA**

En los recursos de suplicación interpuestos, de un lado por **E... S.L. y D. JESÚS...**, y, de otro, por **Dª ENCINA...**, contra la sentencia del Juzgado de lo Social número 9 de Bilbao, de fecha veintiocho de febrero de dos mil ocho, dictada en los autos núm. 835/07, sobre Extinción del contrato (EXT).

Es Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. EMILIO PALOMO BALDA, quien expresa el criterio de la Sala.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** La única instancia del proceso en curso se inició por demanda y terminó por sentencia, cuya relación de hechos probados es la siguiente:

1).- La actora Doña Encina..., con DNI nº 10.048.903, ha venido prestando sus servicios por cuenta y a las órdenes de la empresa codemandada, con categoría profesional de Auxiliar Técnico de obra, antigüedad desde 3/07/98, correspondiéndole un salario mensual bruto de 1.876,15 euros (62,54 euros/día) incluida prorrata de pagas extraordinarias.

2).- E. S.L. y la actora otorgaron contrato de trabajo indefinido el 7/09/00.

3).- E. S.L. tiene como objeto social, según el artículo 2 de sus Estatutos, todo tipo de reformas de albañilería en general, como revestimientos de fachadas, interiores y cubiertas, impermeabilizaciones y pavimentaciones de obras de construcción y suministro y venta al por mayor de materiales de construcción, constando su domicilio social en la c/ Consulado de Bilbao nº 3 de Erandio, y fue constituida a través de escritura pública de 4/05/1998, figurando como socios fundadores el codemandado Don Jesús..., titular en tal momento de 465 participaciones sociales, la codemandada Doña Ana María..., a la que se adjudicaron 20 participaciones sociales y Don Jesús Sapo Lajas, titular de las 15 participaciones restantes, asumiendo Don Jesús... -hermano de la actora- el cargo de Administrador único de la Compañía.

4).- Doña Ana María... -esposa de Don Jesús...- figura como trabajadora de la empresa como Jefa de Personal y antigüedad desde 1/01/2001.

5) Previamente a prestar servicios para E. S.L., la actora había trabajado para Ana María...-Jesús... C.B. desde el 3/07/98 hasta el 1/09/00, aportándose por la parte demandada como documento nº 16 de su ramo escritura de constitución de comunidad de bienes otorgada el 8/11/1995 por Ana María... y Máximo..., cuyo objeto social es el de reformas y revestimiento de fachadas, interiores y exteriores, impermeabilizaciones y pavimentaciones de albañilería en general bajo el nombre comercial de "Revestimientos y Reformas E...", con domicilio en la C/ Correos nº 40 de Portugalete, asumiendo Máximo... en exclusiva la actividad productora y de representación y Ana María... la condición exclusiva de socio capitalista.

6).- Aproximadamente desde el mes de Mayo de 2001, la actora asumió además de las funciones de Auxiliar Técnico de obra, otras de carácter administrativo en la oficina.

7).- A través de la testifical aportada resulta acreditado que, desde el inicio de la relación laboral, la actora, cuando acudía a realizar sus funciones como auxiliar técnico en las obras, era descalificada habitualmente por el administrador de la empresa Jesús... empleando expresiones como "inútil", "no le hagáis caso", "eres tonta", o "a Encina ni puto caso".

8).- Según resulta del documento nº 20 de los aportados por la parte actora, que se da por íntegramente reproducido, el 3/06/05 la trabajadora fue atendida en el servicio de

Urgencias del Hospital de Basurto, presentando una psicopatología propia de estado de ansiedad con parestesias, hormigueos, dificultad respiratoria y molestias digestivas que el facultativo diagnostica como crisis de ansiedad en principio reactiva a situación conflictiva, según referencias de la paciente por "problemática socio-familiar-laboral", aconsejando proceder a baja laboral de corta duración.

9).- La actora causó baja por IT derivada de enfermedad común el 6/06/05 con el diagnóstico de depresión reactiva, recibiendo el alta por mejoría que permite realizar el trabajo habitual el 20/10/06.

10).- Con fecha 27/02/06 Don Jesús Uzkudun Illaramendi como Responsable de Salud Laboral de CC.OO. Euskadi presentó denuncia ante la Inspección de Trabajo que obra aportada por la trabajadora como documento nº 13 de su ramo, dándose por reproducida y en la que se manifestaba en síntesis que la actora ha venido cubriendo jornadas de más de 12 horas diarias, que la baja iniciada el 6/06/05 obedecía a una agresión en el trabajo de Jesús... y que desde 2003 éste viene dirigiéndose a ella con "actitud prepotente, gritos, insultos, broncas y humillaciones", negándose a pagarle gastos de transporte o negándole calefacción en el local de trabajo.

11).- La Inspección de Trabajo emitió informe el 12/09/06 con el siguiente contenido parcial: "(...) Aún cuando no se han podido obtener elementos de juicio que permitan constatar un supuesto acoso moral contra la trabajadora antes mencionada, se requiere a la empresa mediante diligencia en el Libro de Visitas de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, en los términos siguientes:

*"Tras la reunión mantenida el día 21 de junio de 2006 en las dependencias de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de Vizcaya con el Administrador D. Jesús... y con la trabajadora D.ª Encina... en relación con la situación de conflicto existente entre ambos, se requiere a la empresa para que adopte cuantas medidas sean necesarias para garantizar en todo momento la consideración debida a la dignidad de la trabajadora D.ª Encina..., de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 4.2.e) del Estatuto de los Trabajadores y normas concordantes.*

*Asimismo, se requiere a la empresa para que junto al cumplimiento de cuantas otras obligaciones resulten exigibles como consecuencia de la evaluación de riesgos para la seguridad y salud de los trabajadores, y en relación con la temperatura del centro de trabajo donde presta servicios la citada trabajadora, y de manera especial en época de invierno, adopte las medidas de evaluación y correctoras necesarias para garantizar las condiciones ambientales establecidas en el Anexo III del Real Decreto 486/1997, de 14 de abril, por el que establecen las disposiciones mínimas de seguridad y salud en los lugares de trabajo (BOE del 23 de abril).*

*Por último, se advierte, que el incumplimiento de los anteriores requerimientos motivará el inicio de expediente sancionador, sin perjuicio de las responsabilidades de cualquier otro orden que pudiesen resultar exigibles"(...)".*

12).- Una vez recibida el alta de 20/10/06 -Hecho Probado Noveno- la actora disfrutó de vacaciones desde el 23/10/06 hasta el 7/11/06 y desde el 16/11/06 hasta el 10/12/06.

13).- Según se declara probado por sentencia firme dictada el 2/02/07 por el Juzgado de Instrucción nº 2 de Bilbao -juicio de faltas, tramitado y resuelto con el nº 788/06-: "Doña Encina... se dirigió el día 12 de diciembre del año 2006 a las instalaciones de la empresa E... S.L., de la que es empleada. A eso de las 07.30 horas entró en las oficinas y se encontró con don Jesús..., jefe y hermano. Entonces se produjo una discusión entre ambos por motivos laborales, en cuyo curso aquél le dijo: "hija de puta de mierda, zorra de mierda, guarra, asquerosa", "si estuviera soltero te arrancaba la cabeza".

Acto seguido la agarró por las solapas y la zarandó, después la asió por el brazo y la fue empujando hacia la puerta hasta que consiguió que se marchase.

(...) A consecuencia de la agresión doña Encina... sufrió una periartritis en el hombro derecho, con un tiempo de sanación de 10 días, impeditivos todos ellos de sus ocupaciones habituales, sin ingreso hospitalario ni secuelas."

El Fallo de dicha sentencia establece:

"Que condeno a don Jesús... como autor de una falta de lesiones a la pena de 60 (sesenta) días de multa, con una cuota de 15 (quince) euros al día, lo que arroja a un total de 900 (novecientos) euros, con una responsabilidad personal subsidiaria de 30 (treinta) días de privación de libertad en caso de incumplimiento, no obstante lo que se establezca en liquidación de condena.

Que condeno a don Jesús... como autor de una falta de amenazas a la pena de 20 (veinte) días de multa, con una cuota de 15 (quince) euros al día, lo que arroja a un total de 300 (trescientos) euros, con una responsabilidad personal subsidiaria de 15 (quince) días de privación de libertad en caso de incumplimiento, no obstante lo que se establezca en liquidación de condena.

Que condeno a don Jesús... como autor de una falta de injurias a la pena de 20 (veinte) días de multa, con una cuota de 15 (quince) euros al día, lo que arroja a un total de 300 (trescientos) euros, con una responsabilidad personal subsidiaria de 15 (quince) días de privación de libertad en caso de incumplimiento, no obstante lo que se establezca en liquidación de condena.

Que condeno a don Jesús... a que pague a doña Encina... 300 (trescientos) euros en indemnización por daños físicos sufridos".

14).- Como consecuencia de los hechos referidos en el apartado precedente, la actora causó baja por IT el 12/12/06, con diagnóstico inicial de "periartritis del hombro. Tendinitis, calcificación hombro", situación en la que permanece en el momento de la vista.

15).- Dicha baja ha sido declarada derivada de accidente de trabajo por STSJPV 29/01/08, unida a la causa y que se da por reproducida.

16).- El 19/12/06 Don Jesús Uzkudun Illaramendi como Responsable de Salud Laboral de CC.OO. Euskadi presentó una nueva denuncia ante la Inspección de Trabajo que obra aportada por la trabajadora como documento nº 15 de su ramo, dándose por íntegra y expresamente reproducida y relatando, ente otros, los hechos ocurridos el 12/12/06.

17).- La Inspección de Trabajo emitió informe el 4/05/07 con el siguiente contenido parcial:

*"En cumplimiento de la orden de servicio nº I/8736/06, y de acuerdo con los datos obtenidos tras la reunión mantenida el día 30 de marzo de 2007 en las dependencias de la Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de Vizcaya con la empresa E..., S.L., representada por su titular D. Jesús..., acompañado del Letrado D. Iñaki Urgoiti, y con la trabajadora de la referida empresa D.ª Encina..., acompañada por D. Jesús Uzkudun, Responsable de Salud Laboral de CC.OO.-Euskadi, se informa lo siguiente:*

*1.- D.ª Encina... viene prestando servicios desde hace varios años por cuenta de la referida empresa, dedicada a la actividad de construcción con una plantilla actual de 27 trabajadores, siendo la tarea habitual de aquella la de supervisión de las obras contratadas por la empresa.*

*2.- Tras permanecer en situación de incapacidad temporal durante el período comprendido entre el día 6 de junio de 2005 y el día 20 de octubre de 2006, D.ª Encina... se incorporó nuevamente al trabajo y tras disfrutar del período de vacaciones, en un contexto de tensión en la relación con su hermano y Administrador D. Jesús..., cuyo origen era anterior a la situación de incapacidad temporal, reanudó su tarea en diversas obras, a veces situadas en lugares alejados del domicilio de la empresa, como en Laredo (Cantabria), provincia de Burgos, etcétera, a las cuales la trabajadora debía acudir aprovechando el desplazamiento y en los vehículos utilizados por el personal de la empresa que trabajaba en dichas obras.*

3.- El día 11 de diciembre de 2006 D.<sup>a</sup> Encina... no se pudo desplazar con el resto del personal, ya que según manifiesta la trabajadora éstos partieron antes de la hora habitual. Ante la situación creada, aquella se dirigió al domicilio de la empresa, transmitiéndole la administrativa que se encontraba en la oficina que por orden del Administrador se fuera a su casa ya que no había trabajo para ella. Sin embargo, al no proporcionársele por escrito dicha orden, D.<sup>a</sup> Encina... decidió permanecer en la oficina por consejo de sus asesores sindicales.

Sobre las 7,30 horas del día siguiente, 12 de diciembre, D.<sup>a</sup> Encina... se dirigió nuevamente a la empresa encontrándose en la oficina con su hermano y responsable jerárquico D. Jesús.... En ese momento se inició una discusión entre ambos en la que D. Jesús... manifestó una actitud airada, como se señalará más adelante, que finalizó con la expulsión de la trabajadora de la oficina.

Al salir de la empresa, D.<sup>a</sup> Encina... requirió atención médica, inicialmente prestada sobre las 8 horas por una ambulancia de soporte vital básico de la Cruz Roja, cuyos sanitarios apreciaron en la trabajadora una crisis de ansiedad.

A las 16,38 horas del mismo día 12 de diciembre D.<sup>a</sup> Encina... formuló denuncia en la Comisaría de la Ertzaintza en Erandio, por amenazas e insultos en ámbito laboral, denuncia ampliada el día 14 del mismo mes.

A las 14,26 horas del día 13 de diciembre de 2006 D.<sup>a</sup> Encina... fue atendida por el Servicio de Urgencias del Hospital de Basurto por dolor en extremidades superiores, causando baja médica con efectos del día 12 de diciembre de 2006.

4.- Con fecha 2 de febrero de 2007 el Juzgado de Instrucción nº 2 de Bilbao dictó Sentencia en los Autos de Juicio de Faltas nº 788/06, en la que se consideró probado que sobre las 7,30 horas del día 12 de diciembre de 2006 D.<sup>a</sup> Encina... entró en las oficinas de la empresa y se encontró con su hermano y jefe D. Jesús..., produciéndose entonces una discusión entre ambos por motivos laborales, en cuyo curso éste insultó a la trabajadora, acto seguido la agarró por las solapas y la zarandeó, la asió después por el brazo y fue empujándola hacia la puerta hasta que consiguió que se marchase.

En el Fallo de la Sentencia se condenó a D. Jesús... como autor de tres faltas, de lesiones, amenazas e injurias respectivamente, así como al pago a la trabajadora de la cantidad de 300 euros, en concepto de indemnización por los daños físicos sufridos ("periartritis en el hombro derecho, con un tiempo de sanación de 10 días, impeditivos todos ellos de sus ocupaciones habituales, sin ingreso hospitalario ni secuelas").

La Sentencia fue posteriormente recurrida en Apelación ante la Audiencia Provincial por D. Jesús..., recurso que cuando se mantuvo la reunión con ambas partes aún estaba pendiente de resolución.

5.- *A la vista de cuanto se ha expuesto, se entiende que procede esperar a la resolución de Apelación, entendiéndose que dadas las circunstancias concurrentes en el presente caso, más que ante un supuesto de evaluación de los riesgos psicosociales a que pudiera estar expuesta la trabajadora D.ª Encina... en relación con la conducta del titular de la empresa, nos encontramos ante un conflicto que requiere el pronunciamiento previo y definitivo de la jurisdicción penal sobre la conducta de éste último en relación con los hechos antes mencionados y, si hubiera lugar a ello, la consiguiente exigencia a D. Jesús... de las responsabilidades que resultasen procedentes."*

18).- El 24/07/07 Don Jesús Uzkudun Illaramendi como Responsable de Salud Laboral de CC.OO. Euskadi presentó una tercera denuncia ante la Inspección de Trabajo que obra aportada por la trabajadora como documento nº 17 de su ramo, dándose por íntegra y expresamente reproducida, poniendo de manifiesto en síntesis, la firmeza de la sentencia dictada en el ámbito penal, obrando en autos como documento nº 18 del ramo de la parte actora informe de la Inspección de Trabajo de 17/01/08 en el que se concluye que *"(...) los hechos declarados probados por la Sentencia del Juzgado de Instrucción nº 2 de los de Bilbao en Autos nº 788/06, no obstante la responsabilidad penal exigida a la persona física D. Jesús..., evidencian a juicio del Inspector que suscribe, y significativamente en el contexto de los hechos reflejados en el presente informe, una conducta lesiva del derecho a la consideración debida a la dignidad de la trabajadora D.ª Encina..., reconocido en el artículo 4.2.e) del Estatuto de los Trabajadores, de la cual se deriva responsabilidad exigible a la empresa E..., Impermeabilizaciones y Reformas, S.L. en el ámbito del ordenamiento administrativo sancionador en su condición de empleadora diferenciada de la persona física condenada en el ámbito penal, por lo que se extiende la correspondiente Acta de Infracción contra la referida empresa"*.

19).- Según informes del especialista psiquiatra de Osakidetza, Dr. Salvador Álvarez, fechados el 17/02/06 y el 23/04/07 (bloque documental nº 30 de la parte actora) la trabajadora padece un síndrome ansioso depresivo severo reactivo a conflicto laboral con evolución tórpida.

20).- Consta agotada a vía administrativa previa.

**SEGUNDO.-** La parte dispositiva de la sentencia de instancia dice: Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por Encina... contra Jesús..., E... Impermeabilizaciones y Reformas, S.L. y Ana..., debo declarar y declaro la extinción contractual de la relación laboral que unía a las partes con efectos desde esta sentencia, condenando a la empresa demandada a estar y pasar por esta declaración, así como a abonar a la actora una indemnización de 27.204,90 euros, condenando asimismo a los codemandados E... Impermeabilizaciones y Reformas, S.L. y Don Jesús... a que solidariamente indemnicen a la actora en la suma de 30.00 euros por los daños causados, acordando la libra absolucón de la codemandada Doña Ana...

**TERCERO.-** Frente a la indicada resolución judicial se interpuso recurso de suplicación por la actora así como por la persona física y jurídica condenadas, siendo impugnados por la contraparte.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** La sentencia de instancia, estimando en parte la demanda de resolución del contrato interpuesta por la actora al amparo del artículo 50.1 c) del Estatuto de los Trabajadores, ha declarado extinguida la relación que le unía a la mercantil demandada y ha reconocido su derecho a percibir la indemnización legalmente prevista, además de una indemnización adicional de 30.000 euros, a cargo de la citada sociedad y de su administrador único, por haber incurrido éste último, hermano de la demandante, en una conducta de acoso moral vulneradora del derecho fundamental consagrado en el artículo 15 de la Constitución en relación con el artículo 10 de esa misma norma.

**SEGUNDO.-** Dos son los recursos de suplicación entablados contra la referida resolución. El primero de ellos es el formalizado conjuntamente por los condenados, con la pretensión principal de que se revoque totalmente y la subsidiaria de que se minore el importe de la indemnización básica, en razón de la antigüedad que propugnan, así como que se suprima la indemnización suplementaria o se reduzca su cuantía, y se absuelva a la persona física del pago de esta última. El segundo de los recursos, interpuesto por la trabajadora demandante, impugna la sentencia en cuanto rebaja el importe de la indemnización adicional solicitada de 60.000 a 30.000 euros y no adopta las medidas interesadas en orden a la reparación de su derecho al honor.

**TERCERO.-** De los cinco motivos del recurso que interpone la parte condenada, el inicial utiliza el cauce del apartado b) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral y se divide en tres apartados.

La finalidad de la revisión fáctica con la que se inicia el motivo, consiste en sustituir la antigüedad que figura en el ordinal primero del apartado histórico de la sentencia, por la de 1 de septiembre de 2000. Se invoca al efecto el escrito de demanda, el informe de vida laboral y los recibos salariales obrantes en autos.

Esta pretensión no puede prosperar, porque el contenido del hecho cuestionado ha de completarse con el del que le sigue, en el que se indica que el la mercantil demandada y la actora otorgaron contrato indefinido el 7 de septiembre de 2000 y con el del ordinal quinto en que el que se dice que la demandante había trabajado previamente para la Comunidad de Bienes constituida por el administrador de la citada sociedad y su esposa desde el 3 de julio de 1998 hasta el 1 de de septiembre de 2000, todo lo cual pone de manifiesto que lo que plantean los recurrentes se sitúa fuera del conducto procesal al que se

acogen. En efecto, lo que por esta vía se combate es la existencia de la sucesión empresarial afirmada en la instancia, cuya valoración ha de impugnarse siguiendo la senda de la censura jurídica, como se hace en otro motivo del recurso. Por lo demás, la demanda no es un elemento de prueba y lo que en ella se aduce es que la antigüedad se remonta al 3 de julio de 1998; el informe de vida laboral sólo acredita las altas y bajas en la Seguridad Social; y, las nóminas, son documentos elaborados por la propia empresa que carecen de virtualidad para enervar las consecuencias legales asociadas a la eventual sucesión.

El siguiente submotivo fáctico insta la supresión del ordinal séptimo de la resolución recurrida, en el que con base en la prueba testifical se afirma que "desde el inicio de la relación laboral, la actora, cuando acudía a realizar sus funciones como auxiliar técnico en las obras, era descalificada habitualmente por el administrador de la empresa Jesús..., empleando expresiones como inútil, no le hagáis caso, eres tonta o a Encina ni puto caso", al entender los recurrentes que las declaraciones de los testigos entran en contradicción con las manifestaciones realizadas por la propia demandante en la denuncia policial obrante en el folio 202 y en la hoja de urgencias del folio 281.

Tampoco merece favorable acogida este segundo apartado, pues lo que a su través se suscita es un problema de valoración de la prueba testifical en relación con las declaraciones personales documentadas de la demandante, cuya apreciación conjunta y separada es facultad exclusiva del juzgador de instancia, que no puede ser corregida en suplicación. Pero es que, además, tampoco existe la pretendida contradicción, pues lo que indicaba la actora en la denuncia que presentó en diciembre de 2006 es que "la situación comenzó a deteriorarse hace unos cinco años, cuando comenzaron las broncas sin motivo alguno", lo que retrotrae la situación al año 2001, poco tiempo después de iniciar su relación con la sociedad, y lo que recoge el informe médico referenciado es que la demandante comenzó a recibir tratamiento en el año 2003 por el trastorno psíquico ocasionado por la problemática socio-familiar-laboral.

El último cambio que se solicita estriba en la ampliación del ordinal octavo de la narración histórica de la sentencia, a fin de que las apreciaciones recogidas en el informe médico al que alude se basan en las manifestaciones de la interesada, lo que tampoco procede, puesto que ese dato ya se recoge en la versión judicial.

**CUARTO.-** El primer motivo de censura jurídica que articula el recurso que se examina, alega infracción del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores. La razón esgrimida por los recurrentes - resumidamente expuesta - es que en el momento del traspaso, el vínculo laboral ya no se encontraba vigente, puesto que la actora había causado baja voluntaria en la Comunidad de Bienes el 1 de septiembre de 2000, seis días antes de incorporarse a la empresa recurrente.

El motivo se desestima por una doble razón. En primer lugar, porque la sentencia impugnada no contiene ningún hecho del que se pueda deducir que la demandante causase baja voluntaria en la Comunidad de Bienes, y la parte recurrente no ha instado la inclusión de ese dato, al que tampoco se alude en la demanda a la que recurre, pues lo que en ella se indica es que en la fecha señalada "causé baja en la empresa, sin que la misma procediese a entregarme la cantidad de 109.482 pesetas que me correspondían como liquidación y finiquito". Por otra parte, resulta un tanto sorprendente, y a la vez significativo, que la parte demandada haya aportado al proceso la documentación relativa a la constitución de la Comunidad de Bienes, y no haya hecho lo propio con los elementos probatorios demostrativos del supuesto cese voluntario, no habiendo ofrecido explicación alguna al respecto.

La segunda razón que conduce al rechazo del motivo radica en la doctrina unificada sentada en la sentencia de 16 de marzo de 1999 (RJ 2995), con arreglo a la cual el tiempo de servicio al que se refiere el art. 56.1 a) del Estatuto de los Trabajadores y, por ende, el que debe servir de base para calcular la indemnización prevista en el artículo 50.2 de esa misma norma, es el correspondiente a todo el transcurso de la relación contractual de trabajo, contando también la fase en que la posición empresarial fue ocupada por un empleador anterior, sin que el recibo de finiquito que pueda suscribirse con el mismo pueda ser interpretado como un documento acreditativo de la terminación de la relación de trabajo si su firma viene acompañada de actos coetáneos de continuidad de la misma. Y ello, porque la experiencia y la consulta de las bases jurisprudenciales muestra que en los supuestos de sucesión empresarial de "facto", con gran frecuencia, se firman documentos de finiquito y baja voluntaria en la cedente, con los que las empresas tratan de eludir los efectos jurídicos derivados de la transmisión, sobre todo, cuando como aquí sucede, existe una estrecha vinculación entre ambas, desde el momento en que uno de los socios del empleador inicial es accionista mayoritario y administrador único de la mercantil que le sucedió en la actividad empresarial. En esos casos, para averiguar la realidad de lo sucedido y verificar la verdadera intención de los sujetos involucrados, en orden a lo previsto en los artículos 3.5 y 44 del Estatuto de los Trabajadores, hay que aplicar el criterio interpretativo que ofrece el artículo 1282 en relación con el segundo párrafo del artículo 1281, ambos del Código Civil, atendiendo principalmente a sus actos coetáneos. A la luz de este criterio, no cabe la menor duda que la contratación indefinida de la actora por parte de la mercantil recurrente no fue una contratación "ex novo", desvinculada de la anterior, sino que supuso la subrogación de la mercantil en la posición de empleador que venía ostentando la Comunidad de Bienes, pues así se deduce de los actos propios de las partes, en tanto que la actora, tras causar baja en la Comunidad de Bienes, el viernes 1 de septiembre de 2000, el jueves día 7, comenzó a trabajar para la mercantil demandada, que se desarrolla similar actividad en el mismo local de la calle Consulado de Bilbao nº 3, con igual categoría profesional de ayudante técnico de obra, y bajo la dirección de la misma persona. Por consiguiente, al computar, a efectos indemnizatorios, el tramo de la relación laboral -única- en que la actora prestó servicios por cuenta de la referida Comunidad, la sentencia de instancia no incurrió en la infracción que se le imputa.

**QUINTO.-** Por lo que respecta al segundo motivo de discrepancia con la aplicación del derecho, en el que los demandados denuncian la aplicación indebida del artículo 50.1 del Estatuto de los Trabajadores, por no haberse acreditado, a su juicio, la existencia del acoso moral en el trabajo apreciado en la instancia, más allá del puntual incidente del día 12 de diciembre de 2006, sobrevenido en el marco de la relación familiar, basta la lectura de los hechos probados de la sentencia, completados con las afirmaciones que con valor fáctico figuran en el sexto de sus fundamentos de derecho, para concluir que los mismos tienen la entidad necesaria para ser subsumidos en dicha figura y, por ende, en el párrafo c) del precepto invocado.

En efecto, el relato judicial informa de una conducta habitual y prolongada de insultos y descalificaciones por parte del administrador de la empresa hacia la actora, que desempeña funciones de supervisión de las obras de construcción ejecutadas por la mercantil, pronunciadas en presencia de otros compañeros de trabajo, tales como "tonta", "inútil", "no le hagáis caso", "no tiene ni idea", "si no sabe organizar su casa, como iba a organizar la obra". Comportamiento que cobra una singular gravedad a la vista de las circunstancias concurrentes, dado que:

a) tales expresiones son personal y directamente atribuibles al máximo responsable de la empresa que, en tal condición, está obligado a respetar escrupulosamente la dignidad personal y profesional y la integridad moral de sus subordinados, no mermar su autoestima ni deteriorar su imagen ante sus compañeros, y favorecer un adecuado clima de trabajo;

b) el agresor es hermano de la víctima, lo que potencia los efectos lesivos de sus actos, pues es difícilmente asumible por una persona que su hermano le dispense un trato tan humillante en presencia de terceros, máxime cuando es plenamente consciente de que con tal proceder está generándole un trastorno mental;

c) su actuación carece de cualquier justificación objetiva y razonable al no haber mediado incumplimientos previos o actitudes censurables de la demandante;

d) su persistencia a lo largo de un período continuado superior a 5 años agrava la conducta del administrador de la empresa y sus consecuencias perjudiciales para la actora;

e) su comportamiento culminó en la grave agresión producida el día 12 de diciembre de 2006, fecha en la que el codemandado, en el curso de una discusión por problemas laborales mantenida en las oficinas de la empresa, como se estableció en la vía penal, y se recoge en los hechos probados de la sentencia impugnada en este proceso, no sólo la llamó "hija de puta de mierda", "zorra de mierda", "guarra", y "asquerosa", y la amenazó con que si estuviera soltero le arrancarían la cabeza, sino que le agarró por las

solapas, la zarandeo y la asió por el brazo, empujándole hasta la puerta, y provocándole una periartritis en el hombro derecho;

f) las descalificaciones e improperios tuvieron la virtualidad suficiente, para alterar el equilibrio psicológico de la demandante, que en el mes de junio de 2005 causó baja por un cuadro depresivo de carácter reactivo a los problemas familiares-laborables, permaneciendo en situación de incapacidad temporal hasta el 20 de octubre de 2006, situación en la que recayó tras la referida agresión, desde la que la permanece de baja, habiendo sido diagnosticada de síndrome ansioso depresivo severo, con evolución tórpida, reactivo a conflicto laboral.

Los hechos expuestos son reveladores de una conducta de carácter vejatorio, humillante y degradante, que no sólo supone un incumplimiento del deber empresarial de respetar la integridad física y la dignidad del trabajador, correlativo a los derechos reconocidos en el artículo 4.2, letras d) y e) del Estatuto de los Trabajadores, sino que implica un atentado contra el derecho fundamental a la integridad física y mental de la actora y contra su derecho a la dignidad, aparte de un ataque a su derecho al honor, en los términos que posteriormente se expondrán, que le ha provocado daños físicos, psíquicos y morales.

Corolario de lo expuesto es que al que declarar extinguida la relación laboral en base a tales hechos, la sentencia de instancia dio recta aplicación a lo dispuesto en el artículo 50.1.c) del Estatuto de los Trabajadores.

**SEXTO.-** La tercera cuestión planteada en el recurso objeto de enjuiciamiento consiste en determinar si la resolución de instancia conculcó el principio "non bis in idem" recogido en los artículos 25 y 53 de la Constitución, como sostienen los recurrentes sobre la base de que el administrador ya fue condenado en vía penal por los hechos acaecidos el 12 de diciembre de 2006 y que la empresa ya sido sancionada por ese mismo suceso en la vía administrativa.

El argumento carece de consistencia y viabilidad tanto a efectos de enervar la acción resolutoria, como de exonerar de responsabilidad a la persona física codemandada. En primer lugar, hay que tener en cuenta que la jurisdicción social, la jurisdicción penal y la administración laboral, se mueven en diferentes ámbitos de responsabilidad, y que las causas tipificadas en el artículo 50.1 del Estatuto de los Trabajadores se refieren a los incumplimientos contractuales susceptibles de justificar la resolución del contrato a instancia del trabajador, al margen de las connotaciones que la actuación empresarial tenga en la esfera penal o en la administrativa, en las que se ventilan culpas distintas. Y, en segundo término, porque los hechos en que se funda el pronunciamiento impugnado no se constriñen a la agresión producida en aquella fecha, sino que abarcan la conducta continuada de la que se ha dado cuenta.

**SEPTIMO.-** Tema final del recurso que se resuelve es el relativo a la indemnización adicional por la vulneración de derechos fundamentales, que gira en torno a tres líneas argumentales.

El argumento principal esgrimido por los demandados radica en que esa indemnización es incompatible con la prevista en el artículo 50.2 del Estatuto de los Trabajadores, según establecen las sentencias de 3 de abril de 1997 (RJ 3047) y 25 de noviembre de 2004 (RJ 1058/04), y, para rechazarlo, basta con señalar que la doctrina invocada fue matizada en las sentencias de 17 de mayo de 2006 (RJ 7176) y 20 de septiembre de 2007 (RJ 8304), con arreglo a las cuales la indemnización por la vulneración de los derechos fundamentales es compatible con la legal a la que tenga derecho el afectado por la extinción del contrato de trabajo producida con vulneración de ese derecho, y con añadir que así lo establecen los artículos 180 y 181.2º, en relación con el artículo 27.2.2º, todos ellos de la Ley de Procedimiento Laboral, en la redacción dada por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, aplicable en este litigio por razón de las fechas

La segunda línea de impugnación, para el caso de que la anterior no fuese aceptada, arranca de la afirmación de que la actora no ha acreditado ningún perjuicio moral. Tampoco puede acogerse esta alegación, no sólo porque de la propia gravedad de la conducta anteriormente descrita y de las circunstancias que la rodean, se infiere de forma clara e indubitada, que la conducta empresarial produjo a la demandante daños morales puros, tales como sufrimiento y angustia, sensación de dignidad lastimada o vejada, merma de la autoestima, desprestigio profesional y pérdida de imagen ante sus compañeros, sino, también, porque ha quedado debidamente probada la existencia de daños morales originados por la pérdida de la salud psíquica, imputables, tanto los unos como los otros, en relación de causa a efecto, a la actuación del administrador de la empresa, por lo que al condenar a los recurrentes al resarcimiento de los perjuicios causados la sentencia de instancia dio recta aplicación a los preceptos anteriormente mencionados, en relación con el artículo 1101 del Código Civil.

El tercer argumento, subsidiario de los precedentes, consiste en combatir la cuantía de la indemnización fijada en la sentencia en concepto de resarcimiento por los daños sufridos, al considerarla desproporcionada, pero sin cuestionar el criterio utilizado por el juzgador para la determinación de su cuantía - el importe de la sanción prevista para este tipo de conductas en el artículo 40.1 del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, en relación con el artículo 8.11 de esa misma norma -, ni propugnar una cifra alternativa. Esta alegación enlaza con el motivo segundo del recurso de suplicación interpuesto por la trabajadora demandante en el que después de mostrar su conformidad con el referido criterio, manifiesta su discrepancia con el quantum indemnizatorio, al estimar que el fijado no resarce todos los daños padecidos por la trabajadora, como son los dos largos períodos de baja (según manifiesta en el recurso el segundo proceso se prolongó

hasta el 17 de marzo de 2008), y los honorarios que tiene que abonar al Letrado que le defiende, que ha presupuestado un total de 7.644,42 euros, ni toma en consideración la lesión del derecho al honor, por lo que considera se le debe conceder la cantidad de 60.000 euros reclamada en la demanda.

En esta tesitura, teniendo en cuenta, por una parte, la gravedad de la lesión con arreglo a la graduación que establece el artículo 8.11 de la Ley sobre infracciones y sanciones en el orden social y la relevancia constitucional de los derechos vulnerados, y la correlativa exigencia de una reparación acorde con la entidad de la conducta y con el relieve de los valores y bienes en juego, así como las circunstancias del caso, como la prolongación en el tiempo y la reiteración del comportamiento empresarial, su carácter público y el vínculo familiar existente entre el acosador u la víctima, que aumentan el perjuicio, así como la inobservancia del requerimiento de la Inspección de Trabajo y, por otra, el criterio de cuantificación utilizado a título orientativo por el juzgador al que hace referencia la sentencia 247/2006, del Tribunal Constitucional, no cuestionado en esta fase, la Sala considera que la indemnización adicional acordada por el Juzgado de lo Social es proporcionada y adecuada a los perjuicios morales sufridos por la trabajadora, incluidos los daños profesionales alegados en la demanda y los derivados de la sintomatología psíquica incapacitante.

Este Tribunal considera conforme a Derecho el otorgamiento de la cantidad global de 30.000 euros en concepto de indemnización por los perjuicios sufridos por la trabajadora por la vulneración de sus derechos fundamentales, porque también fue global la petición realizada en el escrito de demanda, sin que se desglosasen las diferentes partidas y, a la vista de las consideraciones anteriores, también cree correcto el montante final de la indemnización, situado en el tramo inferior del grado medio de las sanciones por infracciones muy graves, sin perjuicio de que no comparta la ponderación de algunos perjuicios consignados en la fundamentación jurídica de la sentencia, que además no tienen carácter moral sino patrimonial, como la pérdida de poder adquisitivo durante los períodos de incapacidad temporal, al que no se hacía referencia en la demanda y cuya realidad no ha quedado acreditada en el proceso, y los gastos de defensa jurídica, que según doctrina unificada de la sentencia de 16 de enero de 2008 (RJ 460) no resultan indemnizables en el proceso social.

La conclusión expuesta no quiebra por el hecho destacado por los demandados de que el importe de la indemnización adicional rebase el de la indemnización por la extinción del contrato, pues ésta compensa un daño distinto, cual es la pérdida del empleo a consecuencia del incumplimiento empresarial, mientras que aquélla repara los daños morales producidos por la vulneración de los derechos fundamentales por parte del administrador de la empresa, lo que justifica que tanto la persona física como la jurídica deban responder solidariamente de su pago.

Por otra parte, y frente a las alegaciones realizadas por la actora, es de advertir que en el hecho séptimo de la demanda rectora de autos no se solicitaba el resarcimiento dinerario por la vulneración del derecho al honor, sino la adopción de las medidas reiteradas en el primer motivo de su recurso.

Lo expuesto, comporta la desestimación del último motivo del recurso de los demandados, y del segundo motivo del recurso formulado por la trabajadora.

**OCTAVO.-** Resta por analizar el motivo primero del recurso interpuesto por la demandante para denunciar la infracción del artículo 18.1 de la Constitución en relación con los artículos 7.7 y 9 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo. En su desarrollo, la recurrente expresa su disconformidad con la decisión judicial de no acordar las medidas interesadas en el escrito de demanda al objeto de reparar su derecho al honor sobre la base de que los artículos 27.1 y 181.2 de la Ley de Procedimiento Laboral se refieren exclusivamente al abono de la indemnización complementaria.

Antes de dar respuesta a esta cuestión hemos de despejar una incógnita previa, concerniente a si la actuación del administrador de la empresa afectó al honor de la trabajadora. Este interrogante debe ser resuelto de conformidad con la doctrina constitucional recogida en la sentencia 9/2007, con arreglo a la cual, el derecho al honor ampara la buena reputación de una persona, incluido el prestigio laboral, de modo que, la descalificación injuriosa o innecesaria del quehacer profesional puede constituir un ataque al honor personal, incluso de especial gravedad, ya que la actividad laboral suele ser una de las formas más destacadas de manifestación externa de la personalidad y de la relación del individuo con el resto de la colectividad. Pues bien, con arreglo a esta doctrina la respuesta a la cuestión esbozada debe ser positiva. Por una parte, porque los insultos y descalificaciones del administrador eran continuos y se proferían en presencia de la actora y de aquellos cuya labor supervisaba, con la evidente finalidad de minar la autoridad de la demandante, desacreditarla, menospreciarla, y menoscabar su prestigio y reputación, haciéndola desmerecer en la consideración de sus compañeros. Y, por otra, porque esas expresiones no se circunscribían únicamente a su pericia profesional, sino que implicaban su descalificación como persona.

Una vez verificada la existencia del ataque al honor de la demandante, implícito en los razonamientos de la sentencia impugnada, hemos de pronunciarnos sobre la posibilidad de solicitar su reparación en este proceso. Al respecto, conviene comenzar recordando que de conformidad con lo prevenido por el artículo 182 de la Ley de Procedimiento Laboral, la demanda de resolución del contrato de trabajo fundada en la vulneración de derechos fundamentales, debe sustanciarse por los trámites del procedimiento ordinario, al no existir una modalidad procesal específica para el enjuiciamiento de una pretensión de esa naturaleza, y no por la modalidad de tutela de los derechos fundamentales. Conviene igualmente señalar que según jurisprudencia

constitucional y social reiterada, la remisión que establece el referido precepto no excluye la aplicación a los litigios que enumera de las singularidades procesales establecidas para la susodicha modalidad procesal en orden a una más eficaz protección jurisdiccional de los derechos fundamentales. Entre ellas, se encuentra la relativa al contenido de la sentencia. A tal efecto, el número 1 del artículo 180 dispone que, en caso de declarar la existencia de la vulneración del derecho fundamental denunciado, el Juez, aparte de otras medidas, ordenará *"la reparación de las consecuencias derivadas del acto, incluida la indemnización que procediera, que será compatible, en su caso, con la que pudiera corresponder al trabajador por la modificación o extinción del contrato de trabajo de acuerdo con lo establecido en el Estatuto de los Trabajadores"*, previsión que resulta aplicable tanto a las demandas de tutela de la libertad sindical, como a las dirigidas a la protección de los demás derechos fundamentales en virtud de la cláusula de reenvío del párrafo primero del artículo 181.

Sentado lo anterior, el problema que se plantea en el supuesto enjuiciado consiste en dilucidar si cuando el trabajador invoca, como fundamento de la acción resolutoria, la vulneración de una pluralidad de derechos fundamentales, puede instar que el resarcimiento de los perjuicios originados por la violación de uno de esos derechos - en este caso el derecho a la integridad física y moral en relación con el derecho a la dignidad - se traduzca en el reconocimiento de una indemnización complementaria a la legal, y que la reparación de otro de esos derechos -en este caso el derecho al honor - se realice mediante la adopción de las medidas adecuadas para remediar las consecuencias derivadas de la actuación empresarial, distintas de la pecuniaria, o si por, el contrario, como mantiene, aunque de forma implícita la sentencia recurrida, esta última pretensión supone una acumulación de acciones vedada por el artículo 27.2.1º de la Ley de Procedimiento Laboral.

La respuesta debe ser del mismo signo que la dada a la cuestión inicial, porque, como afirma la sentencia de 20 de septiembre de 2007 (RJ 8304), de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, la primacía de los derechos fundamentales determina, que la regla general de inacumulabilidad de la acción de resolución del contrato de trabajo, haya de ceder frente a la específica del artículo 180.1 de la Ley Procesal Laboral, que considera contenido propio de cualquier pretensión de tutela de un derecho fundamental, la reparación de las consecuencias derivadas de su vulneración.

Mantener otro criterio quebrantaría el mandato del artículo 182 de esa misma norma que, en esta materia, remite al proceso ordinario, y cuya función, como aclara la sentencia 257/2000, del Tribunal Constitucional, no es la de otorgar a un mismo derecho fundamental una menor garantía jurisdiccional en función de cuál sea la materia en litigio, sino, cabría añadir, la de permitir la alegación de otros incumplimientos empresariales ajenos a la lesión del derecho fundamental.

Tal solución supondría, además, una injustificada división de la continenencia de la causa, que forzaría al perjudicado a interponer una nueva demanda por el cauce de la modalidad de tutela de los derechos fundamentales, y obligaría a discutir en dos juicios sucesivos lo que puede resolverse en uno sin ningún efecto negativo sobre las garantías procesales de las partes, al tratarse de medidas encaminadas a resarcir al perjudicado por las distintas consecuencias de unos misma conducta pluriofensiva que atenta a dos derechos fundamentales, y no existir ninguna restricción de esas garantías en el proceso ordinario. Fraccionamiento que atentaría contra los principios de celeridad y economía procesal que animan el proceso de trabajo, e iría en detrimento de la protección efectiva de los derechos fundamentales en juego, aparte de poder dar lugar a pronunciamientos judiciales divergentes y a la eventual estimación, en el ulterior, de la excepción de cosa juzgada en base a lo dispuesto en el artículo 400.2 de Ley de Enjuiciamiento Civil.

La modificación introducida por la Ley Orgánica 3/2007 en los artículos 27.2, 180.1 y 181 de la Ley de Procedimiento Laboral, no puede llevar a una conclusión contraria, pues del hecho de que estos dos últimos hagan referencia expresa a la compatibilidad de la indemnización por la lesión de los derechos fundamentales con la correspondiente a la extinción del contrato, y de que el primero autorice a reclamarla en el mismo proceso de resolución del contrato, no cabe deducir que la intención del legislador sea la de contradecir la doctrina constitucional y jurisprudencial en la materia, sino la de incorporarla, aunque el nuevo texto sólo haga referencia expresa a la indemnización complementaria por ser la medida más habitual y la que había dado lugar a mayores problemas interpretativos.

La interpretación que se mantiene no choca con la literalidad de los citados preceptos y es acorde con los demás criterios exegéticos recogidos en el artículo 3.1 del Código Civil y en el artículo 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, dados los precedentes jurisprudenciales de la norma y su finalidad, los principios informadores del proceso de trabajo y la necesidad de realizar una interpretación lógica y adecuada al ámbito en que debe ser aplicada y que garantice la efectividad de los derechos fundamentales.

Antes de dar el último paso de nuestro razonamiento, relativo a las medidas que procede adoptar para reparar el derecho al honor, y con la sola idea de alejar posibles dudas competenciales, es de advertir, sin prejuzgar su eventual incidencia, que el actor no fundó su pretensión en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, que ahora invoca, a la que no hizo referencia en la demanda, que es la que delimita la competencia.

Aclarado lo anterior, de las diversas medidas que se solicitan en el escrito rector del proceso y que aquí se reiteran, la Sala considera que la que resulta adecuada y suficiente para reparar la lesión apreciada es la colocación de una copia de esta sentencia y de la dictada por el órgano de instancia en el tablón de anuncios del centro de trabajo o, en su defecto, en un lugar visible del mismo, en el que deberán permanecer expuestas siete días completos, a contar desde la fecha de firmeza de esta sentencia, sin que sea necesario

entregar copias de las mismas a cada uno de los trabajadores y a sus representantes legales, cuya existencia no consta, pues su pública exhibición les permitirá tener cumplido conocimiento del contenido de tales resoluciones y del carácter injustificado, antijurídico y constitucionalmente reprochable de la conducta del administrador único de la sociedad demandada, alcanzándose así la finalidad perseguida por la actora. Tampoco procede acceder a su petición de que las sentencias se publiquen en los dos periódicos de mayor tirada de la Comunidad, pues no se ha probado ni cabe presumir que la conducta enjuiciada haya trascendido del ámbito del centro de trabajo y menos aún a todo el País Vasco. Finalmente, y por las mismas razones expuestas en primer lugar, y sin necesidad de desarrollar otros argumentos adicionales relacionados con el carácter personalísimo de la obligación, no procede acceder a la petición de que se condene a los demandados a redactar y firmar un escrito de disculpas, pidiendo perdón a la trabajadora por el trato dispensado, y a hacerlo público.

Todo cuanto se ha expresado conduce a la desestimación del recurso formulado por los codemandados y a la estimación parcial del interpuesto por la trabajadora demandante, manteniéndose los restantes pronunciamientos de la sentencia.

**NOVENO.-** A tenor de lo prevenido por los artículos 202.1 y 4 y 233.1 de la Ley de Procedimiento Laboral, la desestimación del recurso de suplicación interpuesto por quien, como los demandados, no gozan del beneficio de justicia gratuita, trae consigo que, una vez firme esta resolución, pierdan, en beneficio del Tesoro Público, los depósitos de 150,25 euros, y el mantenimiento de los avales constituidos para recurrir hasta el cumplimiento de la sentencia o hasta que se resuelva la realización de dicho aseguramiento, así como la imposición de las costas causadas por su recurso, concretadas en los honorarios devengados por el Letrado de la actora por la redacción del escrito de impugnación, en la cuantía fijada en la parte dispositiva de esta sentencia en atención a su contenido y a las características del litigio, sin que dada su parcial estimación proceda efectuar pronunciamiento sobre las costas del recurso promovido por la demandante.

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación,

### **FALLAMOS**

Estimamos en parte el recurso de suplicación interpuesto por D<sup>a</sup> Encina..., contra la sentencia de 28 de febrero de 2008, dictada por el Juzgado de lo Social número 9 de Bilbao en proceso sobre Resolución del contrato, que se revoca parcialmente, en el sentido de condenar a la mercantil demandada a colocar copia de esta sentencia y de la dictada por el órgano de instancia en el tablón de anuncios del centro de trabajo o, en su defecto, en un lugar visible del mismo, en el que deberán permanecer expuestas siete días completos, a contar desde la fecha de firmeza de esta sentencia, manteniendo los restantes

pronunciamientos de la resolución impugnada. Y, desestimamos el recurso interpuesto contra la misma por E. S.L. y D. Jesús....

Se acuerda la pérdida de los depósitos constituidos por los demandados para recurrir, a los que se dará el destino legal cuando sea firme la sentencia, así como el mantenimiento de los avales hasta su cumplimiento, o hasta que se resuelva la realización de dichos aseguramientos.

Se impone a los demandados el pago de las costas ocasionadas por su recurso, concretadas en los honorarios del Letrado Sr. Marcos..., al que deberán abonar, solidariamente, la cantidad de cuatrocientas cincuenta euros por la redacción del escrito de impugnación.

Notifíquese esta sentencia a las partes y al Ministerio Fiscal.

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.

E/

**PUBLICACION.-** Leída y publicada fue la anterior sentencia en el mismo día de su fecha por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente que la suscribe, en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.

## **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 a esta Sala de lo Social y presentado dentro de los 10 días hábiles siguientes al de su notificación.

Además, si el recurrente hubiere sido condenado en la sentencia, deberá acompañar, al preparar el recurso, el justificante de haber ingresado en la cuenta de Depósitos y Consignaciones abierta en el grupo Banesto (Banco Español de Crédito) cta. número 4699-000-66-1876/08 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 consistiere 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 de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo al tiempo de la personación, la consignación de un depósito de 300,51 euros en la entidad de crédito grupo Banesto (Banco Español de Crédito) c/c. 2410-000-66-1876/08 Madrid, Sala Social del Tribunal Supremo.

Están exceptuados de hacer todos estos ingresos las Entidades Públicas, quiénes ya tengan expresamente reconocido el beneficio de justicia gratuita o litigasen 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.

Voto Particular 1.876/08

**VOTO PARTICULAR** que emite el I.S.M. don Juan Carlos Iturri Garate a la sentencia que dicta esta Sala en el recurso 1.876/08, al amparo de lo previsto en el artículo 260 de lo Ley Orgánica del Poder Judicial

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** Con pleno respeto del parecer mayoritario, he de manifestar mi discrepancia con algunos puntos del razonamiento de la sentencia mayoritaria y lo que es más importante, con su fallo, pues me opongo a la estimación parcial del recurso de la parte actora, fundamentalmente porque entiendo que no cabía acumular la condena a la doble indemnización con aquellas obligaciones de hacer no personalísimo que consideran mis compañeros.

De hecho, mantengo el criterio de la ponencia que en su día presenté a mis compañeros y que resultó derrotada.

**SEGUNDO.-** A)Se pretendía en recurso la imposición de tales obligaciones de hacer - unas no personalísimas y otras si, como acertadamente se señala en el Voto Mayoritario- con fundamento en lo dispuesto en el la Ley Orgánica 1/1.982, de 5 de mayo, sobre Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidación Personal y Familiar y a la Propia Imagen, en relación con el artículo 18 de la Constitución. Lo que ya es pista que indica que el cauce habitual para tal tipo de reparaciones considera la recurrente que se mueve en el ámbito de lo civil, no en el laboral.

Bien es cierto que recientemente el Tribunal Supremo parece admitir la posibilidad de algún tipo de obligación de hacer en casos de acoso laboral, si nos atenemos a la reciente sentencia de fecha 30 de enero de 2.008, recurso 2.543/06, en cuanto que se pedía también un traslado empresarial de la persona física acosadora, también empleado de la misma. Pero el principio normativo es el que es.

Ello no significa que considere personalmente que no cabe el ejercicio de acciones reparadoras del daño por acoso laboral que consistan en obligaciones de hacer en el ámbito jurisdiccional. Al contrario, mi reserva se centra solo en procesos por extinción acumulada, como el de autos.

Y es que considero correcto el razonar judicial impugnado por la parte actora en este punto. Tal decisión judicial no es compartido por la mayoría de los que formamos esta Sala. Recordar que en la sentencia recurrida se denegó la condena a

aquellas obligaciones de hacer que pretendía la demandante en base a que la normativa procesal solo permite en estos procesos compatibilizar la acción de extinción contractual con la indemnizatoria adicional mencionada, citando el artículo 27 punto 2 y el 181 punto 2 de la Ley de Procedimiento Laboral.

B) Centrándome ya en la interpretación de la normativa en juego, no olvidemos que se trata de una acción de extinción de contrato y a la misma lo que cabe acumular es la acción indemnizatoria, según tales preceptos. Pero no más, no en concreto no las obligaciones de hacer y si y sólo, lo la sustitutoria reparadora de contenido puramente económico, la indemnización.

Distinto sería el caso en que se hubiera planteado una demanda por conculcación de derechos fundamentales por otra vía, dado lo que parece desprenderse de la sentencia ya citada del Tribunal Supremo de 30 de enero de 2.008, recurso 2.543/06. Pero repito que no es el caso, se pretendió el ejercicio de la acción de extinción contractual.

Tal tipo de acción de extinción se rige por lo dispuesto en el artículo 182 de la Ley de Procedimiento Laboral y no sigue, por ende, la modalidad prevista en los artículos 175 y siguientes, sino que se han de respetar las especificidades de este tipo de procesos.

Entre estas, lo previsto en materia de acumulación de acciones. Nos centramos en el artículo 27 de la Ley de Procedimiento Laboral. Establece un principio general: la acumulabilidad de diversas acciones del mismo demandante contra el mismo demandado, nazcan del mismo título de pedir, nazcan de distintos títulos (número 1 de tal precepto). Sin embargo, por excepción, en este tipo de pleitos extintivos expresamente se prevé su inacumulabilidad, salvo dos supuestos: los del artículo 32 y 33 de la propia Ley y " la posibilidad de reclamar, en los anteriores juicios, la indemnización derivada de discriminación o lesión de derechos fundamentales conforme a los artículos 180 y 181 de esta Ley".

La exégesis literal de tal precepto, siendo clara, excluye otros cánones hermenéuticos, según tradicional doctrina jurisprudencial que, por muy conocida excluye cita concreta, nos lleva a la interpretación que defiendo.

De su literalidad se deduce que, por el contrario de la regla general, tratándose de este tipo de procesos, la regla es la inacumulabilidad, salvo dos casos expresamente normados. El primero es supuesto ajeno al debatido y centrándonos en el segundo hemos de partir de que este precepto habla solo de "indemnización" de la acción de reparación por conculcación de derechos fundamentales.

En esta tesitura he de recordar que aquél - el cauce indemnizatorio- es una de las vías sustitutorias previstas de reparación de los incumplimientos de obligaciones. Es, pues, un concepto mas específico que éste - el de la reparación por incumplimiento de

obligaciones- que alude a las diversas posibilidades reparatorias, incluyendo la reparación "in natura" como las sustitutorias de otra especie distinta a la económica y la propiamente económica.

C) Y es que, además, no es nomenclatura que se utilice de forma aislada. Tras la reforma producida por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, se incluyó la nueva versión legal del indicado artículo 27 que ahora examinamos. Pues bien, con tal Ley también se reformaron los artículos 180 y 181.

1.- El final del punto primero del primero de ellos vuelve a utilizar el término "indemnización" para aludir a la compatibilidad de acciones en estos casos, dedicándose expresamente a tal extinción, a diferencia de los demás casos de conculcación de derechos fundamentales, donde se utiliza la frase "reparación de las consecuencias derivadas del acto". Considero que la diferencia semántica no es nimia ni producto de la falta de cabal consciencia legisladora sobre la diferencia de ambos términos, sino una consciente limitación, pues es conforme con la regla general en estos procesos y fijada en el artículo 27 de la misma forma que en este precepto. Armónica, pues, con el artículo 27 citado.

2.- La reforma del artículo 181 puede dar lugar a una interpretación más ardua, pero que nos lleva al mismo resultado.

En tal precepto, tratando de demandas por violación de otros derechos fundamentales, incluidas las de discriminación y acoso, se vuelve a aludir al concepto "indemnización" al aludir a los casos de extinción de contrato de trabajo, pero también es cierto que se ha de pensar en que utiliza la expresión "indemnización" al hablar de otros procesos.

Ahora bien, con ello no podemos entender que tal precepto nos lleva a una interpretación ambivalente para la posición que defienden mis compañeros y la de discrepancia, pues nótese que en este caso del artículo 181 el concepto se utiliza no con respecto de todo tipo de procesos en los que se alegue violación o conculcación de derechos fundamentales, sino en un ámbito más restringido y solo en relación con los que se alegue "discriminación", no con respecto de los demás. La razón de ser de esta peculiaridad no cabe considerarla producto de la irreflexión, sino de lo dispuesto en el artículo 17 de la Directiva europea 2000/78, de 27 de noviembre, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, precisamente como medio de lucha contra la discriminación, en cuanto que ataca el principio de igualdad de trato.

D) Por último, he de añadir que no me convence la apelación al artículo 3 punto del Código Civil y al artículo 5 punto 1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, pues creo que, aparte del carácter ambivalente del argumento, primero hemos de estar a la literalidad de la Ley, que creo que es la que es, sin que pueda tacharse como inconstitucional la

interpretación literal que defiende, aparte de ser la que ha prevalecido hasta la Ley Orgánica 3/2.007.

**TERCERO.-** De lo anterior se deduce que mi propuesta, que mantengo, es la desestimación de ambos recursos, con las condenas accesorias en materia de costas y depósitos que en relación a los demandados que ya se señalan en el voto mayoritario, sin que procedan las costas del recurso de la parte actora, pues goza del derecho a litigar gratuitamente.

VISTOS: los artículos citados y los demás que son de general y pertinente aplicación.

### **FALLAMOS**

Que desestimamos el recurso de suplicación planteado por doña Encina... y también desestimamos el planteado por don Jesús... y E..., Impermeabilizaciones y Reformas de Edificios, S.L. contra la sentencia de fecha veintiocho de febrero de dos mil ocho, dictada por el Juzgado de lo Social número 9 de los de Bilbao en el proceso 835/07, en el que también es parte doña Ana María.... En su consecuencia, confirmamos toda ella.

Se acuerda la pérdida de los depósitos constituidos por los demandados para recurrir, a los que se dará el destino legal, cuando sea firme la sentencia, así como el mantenimiento de los avales hasta su cumplimiento, o hasta que se resuelva la realización de dichos aseguramientos.

Se impone a los demandados el pago de las costas ocasionadas por su recurso, concretadas en los honorarios del Letrado Sr. Marcos González, al que deberán abonar, solidariamente, la cantidad de cuatrocientas cincuenta euros por la redacción del escrito de impugnación.