



Roj: **STSJ M 7217/2020 - ECLI:ES:TSJM:2020:7217**

Id Cendoj: **28079340052020100566**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **5**

Fecha: **16/06/2020**

Nº de Recurso: **124/2020**

Nº de Resolución: **410/2020**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **MARIA VIRGINIA GARCIA ALARCON**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Tribunal Superior de Justicia de Madrid - Sección nº 05 de lo Social

Domicilio: C/ General Martínez Campos, 27 , Planta 2 - 28010

Teléfono: 914931935

Fax: 914931960

34001360

NIG: 28.079.00.4-2019/0049138

Procedimiento Recurso de Suplicación 124/2020

ORIGEN:

Juzgado de lo Social nº 31 de Madrid Despidos / Ceses en general 1028/2019

Materia: Resolución contrato

Sentencia número: 410

Ilmos. Sres

Dña. M. AURORA DE LA CUEVA ALEU

-PRESIDENTE-

Dña. M. BEGOÑA HERNANI FERNÁNDEZ

Dña. M. VIRGINIA GARCÍA ALARCÓN

En Madrid, a 16 de junio de 2020, habiendo visto en recurso de suplicación los presentes autos la Sección Quinta de la Sala de lo Social de este Tribunal Superior de Justicia, compuesta por las Ilmas. Sras. citadas, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española,

EN NOMBRE DE S.M. EL REY

Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE

EL PUEBLO ESPAÑOL

ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A

En el Recurso de Suplicación número 124/2020 formalizado por el letrado DON SILVERIO AGUIRRE CRESPO en nombre y representación de DON Raimundo , contra la sentencia número 362/2019 de fecha 27 de noviembre, dictada por el Juzgado de lo Social número 31 de los de Madrid, en sus autos número 1028/2018, seguidos a instancias del recurrente frente a SANYRES SUR, S.L., en reclamación por resolución de contrato, siendo



magistrada-ponente la Ilma. Sra. Dña. M. Virginia García Alarcón, y deduciéndose de las actuaciones habidas los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

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

SEGUNDO: En dicha sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos en calidad de expresamente declarados probados:

"1) La parte actora D. Raimundo , comenzó a prestar sus servicios en la empresa demandada SANYRES SUR, S.L., con categoría profesional de auxiliar de enfermería (gerocultor) y salario anual bruto de 13.273,13 euros con prorrateo de pagas extras, en jornada completa de turno de tarde.

2) Ambas partes habían celebrado los siguientes contratos de trabajo:

- Del 8.11.13 al 18.11.13 (interinidad)
- Del 5.12.14 al 8.3.14 (interinidad)
- Del 9.3.14 al 19.3.14 (eventual) por superar la ocupación de la residencia el 75% de su capacidad.
- Del 21.3.14 al 26.3.14 (interinidad)
- Del 28.3.14 al 28.3.14 (interinidad)
- Del 1.5.14 al 31.10.14 (eventual)
- Del 1.11.14 al 2.3.15 (interinidad)
- Del 3.3.15 al 31.1.16 (interinidad)
- Del 8.2.15 (convertido en indefinido) hasta hoy.

3) La empresa le reconoce en nómina una antigüedad de 8.2.16, si bien le reconoce en el acto del juicio una antigüedad desde el 5.12.14.

4) Son funciones del gerocultor: la higiene personal del usuario, limpieza y mantenimiento de utensilios, hacer las camas, recoger ropa, dar de comer, cambios posturales, acompañar al usuario, etc.

5) El actor presta sus servicios en la residencia de San Lorenzo de El Escorial, en la cual existen tres turnos: mañana, tarde y noche.

6) Desde el 1.1.18 la empresa modifica el horario de todos los turnos de trabajo, adelantando a todos media hora de entrada y salida y siendo los siguientes:

- Mañana: de 7,30 h a 14,30 h
- Tarde: de 14,30 h a 21,30 h
- Noche: de 21 h a 7,45 h

Los turnos de noche y de tarde se solapan en media hora para que los trabajadores de la noche puedan ayudar a los de tarde a acostar a los residentes.

7) En el turno de tarde suele haber de 12 a 14 trabajadores y en el de tarde (sic) 4 trabajadores.

8) El número habitual de residentes es de unas 170 personas.

9) La empresa publica semanalmente en el tablón de anuncios las plantillas de los turnos de los trabajadores, pudiendo variar el nombre de un trabajador cuando hay bajas o sustituciones.

10) La empresa tiene un control de horario digital y manual, si bien éste es temporal hasta que se adapte correctamente el digital. En el manual consta por escrito el horario de entrada/salida, si bien algún trabajador lo tacha y modifica cuando sale más tarde (testifical de la Sra. Belen y Sra. Bernarda).

No consta probado que el actor realice horas extras en la empresa (documento nº 7 de la empresa).



11) Durante el periodo de Semana Santa y verano de 2019 se elevó el índice de absentismo laboral por diversas bajas y vacaciones de los trabajadores y quedaron unos 7/8 trabajadores en el turno de tarde, habiendo unos 160 residentes en este momento.

Durante este periodo, cada trabajador tenía que realizar casi el doble de su trabajo, debiendo acostar a los residentes al final del turno de tarde, lo cual no daba tiempo en muchas ocasiones.

12) En fecha 23.4.19 se le comunica al actor una queja de un familiar de una residente de la 3ª planta de la cual no se ocupaba el actor, al estar en la 1ª planta (documento nº 34 ter del actor)

13) En fecha 4.6.19 los representantes de los trabajadores presentaron un escrito ante el Instituto Laboral frente a la empresa para que se cubrieran las bajas en la empresa y se le entregara la ratio del personal, finalizando el acto con avenencia el 11.6.19 (documentos nº 11 a 13 de la empresa).

14) En fecha 20.6.19 se inicia un expediente sancionador contra el actor y otros tres trabajadores por no registrar las ingestas de líquidos de residentes, habiéndose archivado el del actor por encontrarse de baja en ese periodo; si bien se mantuvo respecto a otros trabajadores.

15) El actor inició un periodo de baja médica el 21.6.19 al 16.8.19 por recaída respecto a un proceso anterior de fecha 16.12.18. dicho parte se originó por acudir el actor al CS por crisis de ansiedad derivada, según refiere, de presión laboral y sobrecarga física y emocional.

En fecha 21.6.19 acude a Urgencias por crisis de ansiedad.

Por informe del Hospital El Escorial de 29.8.19 se le diagnostica trastorno adaptativo, con tratamiento de escitalopram y lexatin (documentos nº 35 a 38) del actor.

16) En fecha 22.6.19 se presentó escrito al Comité de empresa por nueve trabajadores en queja por la excesiva carga de trabajo (documento nº 32 del actor).

17) En fecha 27.6.19 hubo una reunión entre empresa y comité para tratar la cobertura de las bajas, haciendo constar que había gran dificultad para contratar a nuevos trabajadores por ser periodo estival.

18) En fecha 9.7.19 hubo una reunión del Comité de seguridad y salud para tratar la excesiva carga de trabajo, haciendo constar que había muchas bajas por depresión y/o estrés y a veces coincidiendo con expedientes disciplinarios.

19) Por escrito de fecha 28.7.19 el Comité de empresa solicitó a la empresa que se archivaran los expedientes disciplinarios contra los trabajadores por la falta de personal (documento nº 33 del actor).

20) La empresa procedió a cubrir paulatinamente las bajas existentes y a fecha de hoy están casi cubiertas, habiendo disminuido la carga de trabajo (testifical del Sr. Andrés y de la Sra. Encarnacion).

21) En fecha 10.10.19 se constituye la Plataforma de familiares de residencia de Orpea El Escorial con el fin de apoyar a los trabajadores y revisar el método de trabajo para atender a los residentes, habiendo presentado numerosas quejas por la falta de personal en la residencia (documentos 39 a 46 del actor y testifical de la Sra. Encarnacion).

22) En fecha 13.11.19 se le inicia un nuevo expediente sancionador por advertencia por haberse dirigido con malas formas a la directora del centro por no tener guantes para trabajar. El actor estuvo trabajando sin guantes higiénicos por no haber llegado el pedido a la empresa

23) El actor inició un nuevo proceso del 14.11.19 por recaída del periodo de 16.12.18.

24) Las relaciones laborales entre las partes se rigen por el VII convenio colectivo estatal de servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal (BOE 21.9.18).

25) La parte actora no ostenta cargo sindical ni representativo alguno.

26) Con fecha 9.9.19 se celebró el acto de conciliación previa con resultado de sin avenencia."

TERCERO: En la resolución recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo:

"Que desestimando la demanda de extinción interpuesta por D. Raimundo debo ABSOLVER Y ABSUELVO a la empresa demandada SANYRES SUR, S.L. de todos los pedimentos de la misma."

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por la parte demandante formalizándolo posteriormente, habiendo sido impugnado por el letrado DON NALLIB NASSER CASANOVA, en representación de la demandada.



QUINTO: Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, en unión de la pieza separada de recurso de suplicación, a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en esta Sección el día 11 de febrero de 2020 dictándose la correspondiente y subsiguiente providencia para su tramitación en forma.

SEXTO: Nombrada Magistrada-Ponente, se dispuso el pase de los autos a la misma para su conocimiento y estudio, señalándose para los actos de votación y fallo.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Con amparo en el apartado b) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social interesa el recurrente que se añada al hecho probado cuarto, que *"entre las funciones del actor no se incluye la de realizar registros de ingestas de los residentes"*, lo que se inadmite al ser un dato intrascendente para el resultado del pleito.

Postula también que se añada al hecho probado un dato que ya consta en el ordinal 11 relativo a los trabajadores que quedaron durante la Semana santa y vacaciones de 2019, lo que se inadmite por redundante.

Solicita que se modifique el hecho probado 7 como sigue:

"En el turno de tarde tiene haber de 14 trabajadores (documento 13 del actor folios 111 a 114) y en el de noche 3 trabajadores (folios 214-216).

Siendo cierto que, como señala el recurrente, el tenor de este ordinal se contradice con el del 11, y que el número de trabajadores que se consigna es el que tiene que haber no el que hay habitualmente, admitiéndose la modificación .

No se admite la modificación del hecho probado 14 que pretende incorporar más datos respecto del expediente sancionador al que se refiere, que resultan irrelevantes para alterar el signo del fallo, habida cuenta de que dicho expediente fue archivado.

Propone que se añada al hecho 17 lo siguiente:

"Consta acreditado que el periodo de marzo a junio de 2019 o es periodo estival y que en el mismo se han contratado 8 empleados, siendo posteriormente al 12 de agosto de 2019, fecha de inicio de la presente reclamación cuando se han cubierto paulatinamente las bajas existentes (folios 278-286). En noviembre de 2019 se han realizado 17 contrataciones (folios 273, 284 y 285).

Tampoco se acoge la adición porque se trata de juicios de valor del recurrente que nada aportan al relato fáctico y por lo mismo no se admite la revisión del hecho probado que insiste en los mismos datos.

SEGUNDO.- Por el cauce del apartado c) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social denuncia el recurrente la inaplicación de los artículos 4.2.e) y 50.1.c) del Estatuto de los Trabajadores, en relación con la jurisprudencia que cita, alegando que conforme a la doctrina que recoge la resolución impugnada, hay tres situaciones de acoso en un breve lapso de tiempo, de críticas a su trabajo reflejadas en la incoación de tres expedientes sancionadores por infracciones no cometidas, imputándole en abril una mala atención a un residente al que no estaba tratando, en junio por un hecho que no había cometido ya que ese día no trabajaba, ni cuidaba al interno y la tercera en noviembre por protestar al haberle obligado a trabajar limpiando residentes sin guantes de protección, lo que considera una conducta constitutiva de acoso sistemática, consecuencia de la cual han aparecido estados de ansiedad, pérdida de autoestima y depresión, no estando de acuerdo con el razonamiento de la sentencia que rechaza que haya persecución por no haber sido finalmente sancionado, lo que no podía ser de otro modo al ser los hechos falsos sabiéndolo la empresa, siendo, a su juicio, su objetivo, menoscabar y dignidad y autoestima. Además considera que es acoso el obligarle a trabajar en condiciones indignas, haciendo el trabajo de dos personas y sin guantes de protección, siendo el único trabajador al que no se le han dado y al que han imputado hechos falsos, y cuando también han imputado un mismo hecho a otros dos trabajadores a él se lo califican de grave y a su compañera como leve. Además considera inaplicados los artículos 10 y 15 de la Constitución y 4.2, 19 y 20.3 del Estatuto de los Trabajadores, en relación con el 14 de la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales, el Real Decreto 486/1997 y el Real Decreto 1215/1997, dado que en el fundamento de derecho tercero de la sentencia se reconoce que existe una situación de sobrecarga de trabajo y estrés laboral, al realizar 7 trabajadores el trabajo de 14, lo que califica de inhumano, por apreciar que se trata de una situación generalizada y puntual, de marzo a agosto, afirmando el recurrente que no es generalizada porque solo afecta al turno de tarde en el que presta sus servicios y tampoco es puntual porque se prolongó seis meses consecutivos, debiendo valorarse junto con la situación de acoso sufrida, refiriéndose a los tres expedientes y especialmente al relativo



a su protesta por no tener guantes higiénicos para limpiar a los residentes, derecho que se corresponde con la obligación empresarial establecida en los artículos 31 y 36 del convenio de suministrar los guantes homologado, reconocida también en el 40.2 de la Constitución en relación con el 53.3 de la Suprema norma, así como en el artículo 3 de la Ley de Prevención de Riesgos y en los citados reales decretos que obligan al empresario a poner a disposición del trabajador los equipos de trabajo adecuados para garantizar su seguridad y salud, habiendo sido amonestado cuando reclamó los guantes, todo lo cual ha provocado ansiedad y depresión que padece poniendo en peligro su salud e integridad física y moral. Asimismo denuncia la inaplicación del artículo 20.1 de la Constitución en relación con la sentencia del Tribunal Constitucional nº 146/2019 de 25 de noviembre, dado que en la última sanción por pedir los guantes se vulnera su libertad de expresión, remitiéndose también a las sentencias del TEDH de 21 de septiembre de 2011 y 5 de noviembre de 2019 en relación con el artículo 10 del Convenio europeo de derechos humanos, siendo sancionado por alegar estrictamente cuestiones relativas al desarrollo de su relación laboral en el centro de trabajo y, principalmente la carencia de material sanitario imprescindible, habiendo considerado la juzgadora a quo que no consta que finalmente fuera sancionado, lo que no comparte dado que en el artículo 60 del convenio se contempla como sanción la amonestación por escrito, que es lo que contiene el documento obrante al folio 222. Por último aduce la inaplicación de los artículos 412.1 y 413.1 de la LEC en relación con las sentencias que cita del Tribunal Supremo de 28 de septiembre de 1989 y 20 de marzo de 1982, poniendo de manifiesto que la sentencia reconoce la situación conflictiva en que ha desarrollado su trabajo durante un periodo continuado de tiempo que determina entre marzo y agosto de 2019, periodo al que se contrae la demanda, a pesar de las reiteradas quejas del trabajador y del comité de empresa sin que se solucionara el problema, pero considera que a la fecha de la sentencia, las necesidades han sido casi cubiertas, alegando el recurrente que han de tomarse en consideración los hechos demandados y no los remedios acometidos posteriormente para solucionarlos, lo que considera vulnera la tutela judicial efectiva al dejar en manos de la demandada anular los efectos de sus infracciones y señala que el mero hecho de que la sentencia reconozca que con posterioridad se han adoptado medidas para solucionar las infracciones denunciadas, evidencia su anterior existencia y justifica la causa de pedir; tampoco considera admisible que la sentencia desestime porque los expedientes sancionadores no hayan concluido con sanción, porque su incoación sin fundamento, trataba de minar su moral lo que considera acoso, como el hecho de calificar una misma acción más gravemente en su caso que en el de otra trabajadora. Hace valer el principio de la "perpetuatio actionis", concluyendo que el pleito ha de resolverse conforme al estado de cosas existente al tiempo de producirse la litispendencia.

La demanda rectora de esta Litis solicita la resolución de contrato aduciendo las siguientes causas:

1ª) Modificación sustancial de condiciones sin fundamento y sin observar los trámites legales al haber variado el horario del turno de tarde, dado que anteriormente finalizaba a las 22 horas, disponiendo desde que los residentes finalizaban la cena a las 20,50, de 70 minutos para cambiar pañales, recoger su ropa y acostarles, que se acorta en 30 minutos, al pasar a finalizar el turno a las 21,30 horas, teniendo que atender a 180 residentes en 40 minutos

2ª) Modificación del sistema de trabajo y rendimiento, siendo de 7 a 8 gerocultores, por lo que a cada uno corresponde una media de 20 residentes, señalando que la organización del trabajo está realizada en 14 funciones teniendo que desempeñar cada una un trabajador, por lo que la plantilla había de ser de 14 trabajadores, por lo que la carga de trabajo que realiza está duplicada.

2ª) Acoso y vulneración de derechos fundamentales, por la incoación de expedientes disciplinarios y falta de condiciones dignas que le han provocado un cuadro de ansiedad y bajas médicas.

Habiendo quedado acreditados, en esencia, los siguientes hechos:

1º) El actor es gerocultor y ha de ocuparse de la higiene personal de los residentes, darles de comer, cambios posturales, acompañarles, etc., así como de hacer las camas y recoger la ropa.

2º) Presta sus servicios en turno de tarde que hasta el 1 de enero de 2018 era de 15 a 22 horas y a partir de esa fecha pasa a ser de 14,30 a 21,30 horas, coincidiendo desde las 21 a las 21,30 con los trabajadores que se incorporan al turno de noche, acostando a los residentes en esa media hora.

3º) El número habitual de residentes es aproximadamente de 170 personas.

4º) La plantilla del turno de tarde es de 12 a 14 trabajadores y la del turno de noche de 4 trabajadores, pero en el periodo de Semana Santa y verano de 2019 en el turno de tarde quedaron únicamente 7 a 8 trabajadores, habiendo durante el mismo 160 residentes.

5º) Con fecha 22 de junio de 2018 nueve trabajadores presentan al Comité de empresa una queja por la excesiva carga de trabajo.



- 6º) En fechas 4 de junio de 2019, 27 de junio de 2019, 9 de julio de 2019 y 28 de julio de 2019, el Comité de empresa sostiene distintas reuniones con la empresa, en las que pone de manifiesto la falta de personal.
- 7º) El 30 de octubre de 2019 se constituye la plataforma de familiares de la residencia donde presta sus servicios el actor, para apoyar a los trabajadores, habiendo presentado numerosas quejas por la falta de personal.
- 8º) Con posterioridad a estas fechas la empresa ha ido cubriendo paulatinamente las bajas, pero no ha completado la plantilla.
- 9º) Consta que en abril se comunicó al actor una queja de un familiar de un residente, del que él no se ocupaba, sin más consecuencia.
- 10º) En junio se le abre un expediente sancionador junto con otros tres trabajadores, archivándose respecto del actor.
- 11º) En noviembre se le abre otro expediente con advertencia por haberse dirigido de malas formas a la directora por no tener guantes para trabajar.
- 12ª) En junio de 2019 es actor presenta una crisis de ansiedad, habiéndosele diagnosticado trastorno adaptativo, y permaneciendo de baja desde el 21 de junio al 16 de agosto, recayendo el 14 de noviembre hasta el 16 de diciembre.

La juzgadora a quo rechaza acertadamente la existencia de acoso, lo que hemos de compartir, conforme a la sentencia de esta sala y sección de 13-09-2019, nº 672/2019, rec. 623/2019, que recoge la doctrina relativa al acoso moral en el trabajo:

"Por otra parte, tal y como señala la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 19 de abril de 2013 (Recurso: 725/2013): "En el ámbito especializado -médico y jurídico- se define el acoso laboral -"mobbing"- como conducta abusiva o violencia psicológica al que se somete de forma sistemática a una persona en el ámbito laboral, manifestada especialmente a través de reiterados comportamientos, palabras o actitudes que lesionen la dignidad o integridad psíquica del trabajador y que pongan en peligro o degraden sus condiciones de trabajo. Actitudes de hostigamiento que conducen al aislamiento del interesado en el marco laboral, produciéndole ansiedad, estrés, pérdida de autoestima y alteraciones psicósomáticas, y determinando en ocasiones el abandono de su empleo por resultarle insostenible la presión a que se encuentra sometido. Se trata de una forma de estrés laboral que se caracteriza por tener su origen -más que en el trabajo- en las relaciones interpersonales que se producen en el seno de la Empresa.

La Resolución del Parlamento Europeo sobre el acoso en el lugar de trabajo (2001/2339 (INI), publicada mediante Acta del 20 de septiembre de 2001, hace una serie de consideraciones sobre el acoso moral en el lugar de trabajo, así como una serie de llamamientos tanto a empresarios, a la Comisión y al Consejo, a los Estados miembros y en general a las instituciones comunitarias ante la creciente alarma social que la situación del acoso psicológico en el lugar de trabajo está generando, poniendo de relieve las consecuencias perniciosas que tal situación genera en la salud, desembocando a menudo en enfermedades relacionadas con el estrés.

Los mecanismos del "mobbing" -en su variedades vertical y horizontal- admiten pluralidad de formas (medidas organizativas del trabajo que resulten peyorativas para el afectado, actitudes de aislamiento en el seno de la empresa, agresiones verbales por medio de insultos, críticas, rumores o subestimaciones-) y pueden tener por sujeto activo tanto a compañeros de trabajo ("mobbing" horizontal) como al personal directivo ("bossing"), el que incluso puede ser sujeto pasivo ("mobbing" vertical); aunque sin duda, el más característico y usual es el que parte de una relación asimétrica de poder. Pero en todo caso es claro que este fenómeno, muy antiguo aunque de reciente actualidad, es contrario al principio de igualdad de trato, tal como se define en los arts. 3, 4 y 5 de la Directiva Comunitaria 76/207 (9 febrero), vulnera el derecho a la integridad moral y la interdicción de tratos inhumanos o degradantes que consagra el art. 15 CE, y en el ámbito normativo laboral desconoce el derecho que a todo trabajador reconoce el art. 4.2.e) ET, para que se le respeten su intimidad y la consideración debida a su dignidad.

Pero de todas formas se impone distinguir entre lo que propiamente es hostigamiento psicológico con el defectuoso ejercicio -abusivo o arbitrario- de las facultades empresariales. En el primero se agreden derechos fundamentales de la persona -básicamente su dignidad e integridad moral-, en tanto que el segundo se limita a comprometer estrictos derechos laborales; diferencia que incluso puede predicarse de la motivación, dado que en el hostigamiento se aprecia intención de perjudicar al trabajador y en el ejercicio indebido de la actividad directiva prima el interés -mal entendido- empresarial. La sentencia de 28 de mayo de 2004 del T.S.J. de Asturias señala, remitiéndose a su vez a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 26-2-02, que es necesario deslindar adecuadamente las conductas calificables de acoso de otros posibles desafueros



cometidos por el empresario ejercitando de forma abusiva sus poderes de dirección y organización de la empresa, pues no resulta factible llegar a la conclusión de que todo ejercicio abusivo de estas potestades puede calificarse de acoso y ello objetivamente sin perjuicio de las respuestas que desde la legalidad puedan obtener en contra de esas actuaciones antijurídicas de modo que no es comparable el acoso moral con el ejercicio arbitrario del poder directivo empresarial que se diferencian en que los motivos que inducen al empresario a emplear arbitrariamente sus potestades directivas son distintos de los que mueven al sujeto activo del acoso moral a hostigar a la víctima y, de otro lado, en que en aquel caso pueden verse afectados los derechos laborales sobre lugar, tiempo, modo y contraprestación por el trabajo mientras que en el acoso moral se ve afectada la integridad física y la salud mental del trabajador. Esta diferencia exige que quien invoque acoso moral no sólo acredite posibles arbitrariedades empresariales ejerciendo su poder directivo sino que debe demostrar que la finalidad del empresario como sujeto activo del acoso era perjudicar la integridad psíquica del trabajador y que se le han causado unos daños psíquicos lo que a su vez requiere la existencia de una clínica demostrativa de dicha patología.

Por último, se exige la sistematicidad de dichas conductas. Y aunque por otro lado, podría concluirse también que manifestaciones de maltrato esporádico, de sometimiento a inadecuadas condiciones laborales o de otro tipo de violencias en el desarrollo de la relación de trabajo son equiparables al propio y verdadero acoso moral, ello no obstante, no es la línea seguida en el Acuerdo Marco Europeo sobre acoso y violencia en el trabajo firmado el 26-4-2007 entre las principales organizaciones empresariales y sindicales de la Unión Europea, el cual define el acoso como el que se produce cuando "uno o más trabajadores o directivos son maltratados, amenazados o humillados, repetida y deliberadamente, en circunstancias relacionadas con el trabajo". La reiteración o continuidad sigue siendo definitiva para definir el acoso, de manera que las conductas aisladas o esporádicas, por graves que sean, no merecen la calificación de acoso y no son destinatarias de las medidas previstas en el Acuerdo.

Por nuestra parte, esta Sala ha afirmado también (ss. 4-11-2003 , 26-11-2004 , 23-6 , 17-11-2006 , 5-2-2007 , 21 y 22-7-2008) que el acoso en el ámbito laboral consiste en una situación de hostigamiento a un trabajador frente al que se desarrollan actitudes de violencia psicológica de forma prolongada y a través de mecanismos diversos, en especial mediante la implantación de medidas organizativas (así, no asignación de tareas o encargo de funciones inadecuadas, degradantes, de imposible cumplimiento...) y que conducen a su extrañamiento social en el marco laboral (tales como impedir la relación con los compañeros de trabajo o con clientes, medidas de ataque a su persona a través de críticas hirientes, vejaciones, burlas, insultos, amenazas, rumores...), todo lo que produce al afectado alteraciones psico-somáticas de ansiedad y, en ocasiones, su abandono del trabajo al no poder soportar el estrés al que se halla sometido."

Y hemos de estar a la doctrina del Tribunal Constitucional (Primera), recogida en su sentencia de 06-05-2019, nº 56/2019, BOE 138/2019, de 10 de Junio de 2019, rec. 901-2018:

"El concepto de acoso laboral surgió en la psicología para abordar conjuntamente desde el punto de vista terapéutico situaciones o conductas muy diversas de estrés laboral que tienen de común que, por su reiteración en el tiempo, su carácter degradante de las condiciones del trabajo o la hostilidad que conllevan, tienen por finalidad o como resultado atentar o poner en peligro la integridad personal del empleado. Cuando tales situaciones o conductas son propiciadas por quienes ocupan una posición superior en el organigrama empresarial, que es lo más frecuente, suele hablarse de acoso "vertical descendente" o "institucional". Los objetivos del acoso laboral pueden ser de lo más variado: represaliar a un trabajador poco sumiso, marginarle para evitar que deje en evidencia a sus superiores, infundirle miedo para promover el incremento de su productividad o satisfacer la personalidad manipulativa u hostigadora del acosador (el llamado acoso "perverso"), entre otros. Dentro de las organizaciones privadas el acoso laboral responde muchas veces al fin o resultado de que el trabajador hostigado abandone voluntariamente, ahorrando a la empresa la indemnización por despido improcedente, en las administraciones públicas, dadas las peculiaridades del régimen funcional, consiste a menudo en la marginación profesional del empleado por variados motivos (venganza personal, castigo encubierto, discriminación ideológica).

Hasta tiempos recientes ha faltado conciencia social e institucional sobre el problema, pese a que el porcentaje estimado de trabajadores que ha sufrido alguna forma de acoso laboral es importante, aún mayor en el ámbito de las administraciones públicas [cfr. resolución del Parlamento Europeo sobre el acoso moral en el lugar de trabajo, núm. 2001/2339 (INI), y comunicación de la Comisión europea sobre cómo adaptarse a los cambios en la sociedad y en el mundo del trabajador: una nueva estrategia comunitaria de la salud y la seguridad, COM (2002) 118 final]. En el ámbito del Consejo de Europa, la primera reacción fue la Carta social europea revisada (hecha en Estrasburgo el 3 de mayo de 1996), conforme a la que el acoso laboral atenta contra el "derecho a la dignidad en el trabajo", debiendo las partes signatarias "adoptar todas las medidas apropiadas para proteger a los trabajadores" (art. 26). En la Unión Europea, las Directivas del Consejo núms. 2000/43/CE , de 29 de



junio, y 2000/78/CE, de 27 de noviembre, relativas a la igualdad de trato, han obligado a los Estados miembros a adoptar medidas contra los supuestos de acoso relacionados con la discriminación, entre otras, "garantizar que corresponda a la parte demandada demostrar que no ha habido vulneración del principio de igualdad de trato" (arts. 8.1 y 10.1, respectivamente).

El legislador español ha empezado a tomar en consideración el problema bajo las ópticas de la prevención, la protección y la represión. Cabe citar, en cuanto a esta última perspectiva y con relación al empleo público, el art. 95.2 o) del texto refundido de la Ley del estatuto básico del empleado público (LEEP), aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, que tipifica el "acoso laboral" como falta muy grave y el segundo párrafo del art. 173.1 del Código penal, introducido por la Ley orgánica 5/2010, de 22 de junio, que tipifica como delito contra la "integridad moral" los "actos hostiles o humillantes" realizados "de forma reiterada" en "el ámbito de cualquier relación laboral o funcional y prevaliéndose de su relación de superioridad" que "supongan grave acoso contra la víctima".

A este respecto, debemos traer a colación el precitado protocolo de actuación frente al acoso laboral (acuerdo de 6 de abril de 2011 de la mesa general de negociación de la Administración General del Estado, aprobado y publicado mediante resolución de 5 de mayo de 2011 de la Secretaría de Estado para la Función Pública), aplicable al presente caso. Regula un "procedimiento de actuación" ante la denuncia de la "persona presuntamente acosada" destinado a investigar y remediar las situaciones de acoso laboral (apartado 3). Tras establecer a sus efectos un concepto de "acoso laboral" (apartado 2.1), concreta, para "una mayor clarificación", una serie de conductas "típicas" "que son, o no son, acoso laboral" (apartado 2.1, último párrafo, y anexo II). Lo hace en dos listados, uno con las "conductas consideradas como acoso laboral" [anexo II, letra A)], otro con las "que no son acoso laboral (sin perjuicio de que puedan ser constitutivas de otras infracciones)" [anexo II, letra B)]. Dentro del listado de conductas "típicas" constitutivas de acoso laboral figura en primer lugar: "Dejar al trabajador de forma continuada sin ocupación efectiva, o incomunicado, sin causa alguna que lo justifique".

Desde la óptica constitucional que nos corresponde, cabe apreciar, como primera aproximación, que las situaciones de acoso laboral, en la medida en que tienen por finalidad o como resultado atentar o poner en peligro la integridad del empleado conciernen el reconocimiento constitucional de la dignidad de la persona, su derecho fundamental a la integridad física y moral y la prohibición de los tratos degradantes (arts. 10.1 y 15 CE). Ahora bien, las situaciones de acoso laboral son tan multiformes que pueden involucrar también otros derechos fundamentales. El precitado protocolo de actuación se ha referido a este carácter pluriofensivo del acoso laboral al afirmarse como desarrollo de la Constitución, que "reconoce como derechos fundamentales de los españoles la dignidad de la persona (artículo 10), así como la integridad física y moral sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a torturas ni a penas o tratos inhumanos o degradantes (artículo 15), y el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (artículo 18); y encomienda al tiempo a los poderes públicos, en el artículo 40.2, el velar por la seguridad e higiene en el trabajo".

(...)

b) El art. 15 CE reconoce el derecho de todos a la "integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura" ni a "tratos inhumanos o degradantes". Los conceptos constitucionales de "integridad moral" y "trato degradante" son lo suficientemente estrictos como para impedir la banalización del derecho fundamental reconocido y, al propio tiempo, lo suficientemente flexibles como para ajustarse a los problemas y condiciones de la vida actual (en este sentido, la STEDH de 28 de julio de 1999, asunto Selmouni c. Turquía, refiriéndose al art. 3 del Convenio europeo de derechos humanos), sin reducir la protección constitucionalmente garantizada a las relaciones con las fuerzas y cuerpos de seguridad y en las comisarías, las cárceles, los centros de acogida o las escuelas. Gracias, precisamente, a la relatividad histórica y carácter suficientemente abierto de estos conceptos, este Tribunal ha podido proyectar el art. 15 CE sobre el ámbito de las relaciones laborales, refiriéndose específicamente al problema del acoso laboral. Cabe citar a este respecto las SSTC 74/2007, de 16 de abril; 106/2011, de 20 de junio, y 81/2018.

En lo que aquí importa, la STC 74/2007, FFJJ 4 y 5, consideró, a la vista de los hechos probados, que la demandante de amparo había sufrido la vulneración de su derecho fundamental a la integridad física y moral (art. 15 CE).

La STC 106/2011 otorgó el amparo, considerando "incuestionable" que la situación denunciada afectaba a "la dignidad profesional de la persona, en este caso de una militar" (FJ 2).

La ya citada STC 81/2018 desestima el amparo, si bien considera igualmente que la situación descrita concernía al derecho fundamental a la integridad moral (art. 15 CE).

En los últimos dos asuntos, este Tribunal apreció en suma que el comportamiento controvertido atañe al derecho a la integridad moral (art. 15 CE) del demandante de amparo, sin llegar a pronunciarse sobre si la vulneración se



produjo efectivamente por razones procesales; limitó su análisis a la valoración de si las resoluciones judiciales incurrieran en déficits de argumentación (art. 24.1 CE). Ahora bien, comoquiera que el asunto de fondo incumbía a la integridad moral del demandante de amparo, el art. 15 CE (pudo funcionar como norma que eleva o refuerza las exigencias de motivación que el art. 24.1 CE impone a los jueces y tribunales. En términos de la STC 81/2018 , FJ 3: "lo que está en juego son los valores superiores del ordenamiento", en este caso, "la integridad moral" (art. 15 CE), por lo que "la motivación exigible a cualquier resolución judicial no se reduce a la mera expresión de las razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión [...]. Es exigible una argumentación axiológica respetuosa con los fines perseguidos con la regulación del acoso laboral o mobbing".

(...)

c) El art. 15 CE excluye las intromisiones del poder público en la integridad personal y prohíbe en todo caso, sin excepción o ponderación posible, determinadas modalidades: la tortura, los tratos inhumanos y los tratos degradantes, que "son, en su significado jurídico, nociones graduadas de una misma escala que, en todos sus tramos", "denotan la causación" de "padecimientos físicos o psíquicos ilícitos e infligidos de modo vejatorio para quien los sufre y con esa propia intención de vejar" [SSTC 120/1990, de 27 de julio , FJ 9, 137/1990, de 19 de julio , FJ 7, 215/1994, de 14 de julio , FJ 5 A), 196/2006, de 3 de julio , FJ 4]. Estas concretas intromisiones constituyen un atentado "frontal y radical" a la dignidad humana, "bien porque cosifican al individuo, rebajándolo a un nivel material o animal, bien porque lo mediatizan o instrumentalizan, olvidándose de que toda persona es un fin en sí mismo" (STC 181/2004, de 2 de noviembre , FJ 13). Por eso están sujetas a una "prohibición absoluta" (STC 207/1996, de 16 de diciembre , FJ 4), "sean cuales fueren los fines" (STC 120/1990 , FJ 9), es decir, "en modo alguno puede ser determinante la mayor o menor bondad o legitimidad de la finalidad pretendida" (ATC 333/1997, de 13 de octubre , FJ 5.

La intromisión contraria al art. 15 CE consiste siempre en la causación deliberada y no consentida de padecimientos físicos, psíquicos o morales o en el sometimiento al "riesgo relevante" de sufrirlos, esto es, a un "peligro grave y cierto" para la integridad personal. Respecto de la intencionalidad, hay que tener en cuenta que, con carácter general, la protección constitucional de los derechos fundamentales no puede quedar supeditada a "la indagación de factores psicológicos y subjetivos de arduo control", pudiendo bastar "la presencia de un nexo de causalidad adecuado entre el comportamiento antijurídico y el resultado lesivo prohibido por la norma" (SSTC 11/1998, de 13 de enero, FJ 6 ; 124/1998, de 15 de junio, FJ 2 ; 126/1998, de 15 de junio, FJ 2 ; 225/2001, de 26 de noviembre, FJ 4 ; 66/2002, de 21 de marzo, FJ 3 , y 80/2005, de 4 de abril, FJ 5 ; y 12/2019, de 28 de enero , FJ 5). En cuanto al menoscabo, no es preciso "que la lesión de la integridad moral se haya consumado, sino que a efectos de que el derecho invocado se estime lesionado basta con que exista un riesgo relevante de que la lesión pueda llegar a producirse" (STC 221/2002, de 25 de noviembre , FJ 4; en el mismo sentido: SSTC 35/1996, de 11 de marzo , FJ 3, 220/2005 , FJ 4). En cualquier caso, "no todo supuesto de riesgo o daño para la salud implica una vulneración del derecho fundamental a la integridad física y moral, sino tan sólo aquél que genere un peligro grave y cierto para la misma" (STC 220/2005 , FJ 4).

Para que el trato sea "degradante" debe, además, "ocasionar también al interesado -ante los demás o ante sí mismo- una humillación o un envilecimiento que alcance un mínimo de gravedad" (ATC 333/1997 , FJ 5, citando las SSTEDH de 25 de febrero de 1982 , § 28; y 25 de marzo de 1993, Costello-Roberts c . el Reino Unido, § 30). Se trata de acciones que pueden provocar en la víctima "sentimientos de temor, angustia e inferioridad susceptibles de humillarla, envilecerla y, eventualmente, de quebrantar su resistencia física o moral", superando "un umbral mínimo de severidad; mínimo cuya apreciación es, por naturaleza, relativa, por lo que depende en última instancia de las circunstancias concurrentes en el caso concreto" (ATC 333/1997 , FJ 5, citando las SSTEDH de 18 de enero de 1978, Irlanda c . el Reino Unido, § 167; 7 de julio de 1989, Soering, § 100, y 27 de agosto de 1992, Tomasi c. Francia, § 112).

Si falta la vejación o humillación como objetivo o resultado de la conducta enjuiciada, el trato no podrá reputarse "degradante". Quedará entonces sustraído a la "prohibición absoluta" y a la consecuente falta de relevancia de la "mayor o menor bondad o legitimidad de la finalidad pretendida" (ATC 333/1997 , FJ 5). Para descartar la lesión de la integridad moral (art. 15 CE), será preciso, en consecuencia, que la medida limitativa "esté prevista en la Ley" y "sea idónea, necesaria y proporcionada en relación con un fin constitucionalmente legítimo". Así lo declaró la STC 207/1996 . Rechazó en el caso que determinada "intervención corporal" (extracción de cabellos de la cabeza y de todo el pelo de las axilas para su posterior análisis) "suponga, ni por su finalidad ni por la manera de llevarse a la práctica, un trato inhumano o degradante", pues no conlleva padecimientos "infligidos de modo vejatorio" (FJ 5). No estando en juego la "prohibición absoluta" de tratos degradantes, la STC 207/1996 , FFJJ 4 y 6, sometió la intervención corporal examinada al canon de proporcionalidad. Declaró la vulneración del art. 15 CE , por cuanto que la medida carecía de apoyo legal, incumplía "la exigencia de 'necesidad' requerida por la



regla constitucional de proporcionalidad de los sacrificios, que debe presidir la adopción de medidas limitativas de derechos fundamentales", e incurría en una "notoria desproporción" (fundamento jurídico 6).

A la vista de esta doctrina, para valorar si la administración ha vulnerado el derecho fundamental a la integridad moral de un empleado público (art. 15 CE), hay que determinar, atendiendo a las circunstancias del caso, si la conducta enjuiciada es deliberada o, al menos, está adecuadamente conectada al resultado lesivo (elemento intención); si ha causado a la víctima un padecimiento físico, psíquico o moral o, al menos, encerraba la potencialidad de hacerlo (elemento menoscabo) y si respondió al fin de vejear, humillar o envilecer o era objetivamente idónea para producir o produjo efectivamente ese resultado (elemento vejación). Faltando este último elemento, no habrá trato "degradante", pero solo podrá descartarse la vulneración del art. 15 CE si la conducta enjuiciada halla cobertura legal (legalidad), responde a un fin constitucionalmente legítimo (adecuación), constituye la alternativa menos restrictiva (necesidad) y produce más beneficios sobre otros bienes o valores que perjuicios en el derecho fundamental a la integridad moral (proporcionalidad en sentido estricto).

Conviene aún realizar la precisión siguiente. A este Tribunal no le corresponde elaborar un concepto de "acoso laboral". Debe solo interpretar, en su proyección sobre las relaciones laborales o funcionariales, el concepto constitucional de "trato degradante" y el más amplio de lesión de la "integridad moral" (art. 15 CE). Ciertamente, desde la perspectiva de la protección debida al trabajador hostigado, tales conceptos constitucionales representan un mínimo insoslayable para el legislador que establece -y para el órgano judicial que interpreta y aplica- un concepto normativo de "acoso laboral". Ahora bien, el concepto de "acoso laboral" que establezca la legalidad ordinaria bien puede ser más amplio que los de "trato degradante" y lesión de la "integridad moral" (p. ej., si el legislador quiere dispensar al trabajador más tutela de la resultante del art. 15 CE) o más estricto (p. ej., si el legislador penal quiere castigar más severamente determinados comportamientos hostigadores). Esta observación tiene consecuencias en el presente proceso, según se verá."

Conforme a esta doctrina hemos de negar la existencia de un acoso moral por parte de la empresa, dado que no hay aquí ni siquiera indicios de que la demandada haya pretendido deliberadamente lesionar la integridad física y moral del trabajador faltando el elemento intencional de vejear, humillar o envilecer, que no resulta de la apertura de un único expediente inmediatamente archivado, lo que pudo obedecer a un error de la empresa, y la advertencia, posterior a la presentación de la demanda, por dirigirse a la directora de malos modos, no teniendo estos hechos entidad suficiente para concluir un ánimo persecutorio por parte de la demandada, debiéndonos centrar en los restantes hechos que hemos enumerados.

Así el Tribunal Constitucional en la sentencia transcrita, considera que

" Faltando este último elemento, no habrá trato "degradante", pero solo podrá descartarse la vulneración del art. 15 CE si la conducta enjuiciada halla cobertura legal (legalidad), responde a un fin constitucionalmente legítimo (adecuación), constituye la alternativa menos restrictiva (necesidad) y produce más beneficios sobre otros bienes o valores que perjuicios en el derecho fundamental a la integridad moral (proporcionalidad en sentido estricto).

(...)

Al no concurrir un motivo legítimo, el trato dispensado por la administración al trabajador demandante de amparo incurrió en abuso de poder o arbitrariedad (art. 9.3 CE). Bajo la óptica del concepto constitucional de "trato degradante", ello es una circunstancia del caso que debemos tomar en consideración, sin perjuicio de que, conforme a la doctrina constitucional, un trato puede ser degradante "sean cuales fueren [sus] fines" (STC 120/1990 , FJ 9)), es decir, a pesar de la "bondad o legitimidad de la finalidad pretendida con la medida objeto de control" (ATC 333/1997 , FJ 5)."

Y concluye:

"Como ya se dijo no corresponde a este Tribunal elaborar un concepto normativo de "acoso laboral". Desde la perspectiva constitucional, lo relevante es que el concepto de "acoso laboral" que resultaba aplicable (el recogido en el protocolo aprobado por la resolución de 5 de mayo de 2011 de la Secretaría de Estado para la Función Pública) era apto en el presente caso para canalizar la protección constitucional debida frente al trato "degradante" o lesivo de la "integridad moral" (art. 15 CE), así como que la administración y los órganos judiciales, al apartarse del señalado concepto, no han remediado la vulneración del art. 15 CE , según hemos razonado en el fundamento jurídico sexto de esta sentencia."

Doctrina a cuya luz hemos de examinar el presente supuesto, de manera que si bien efectivamente coincidimos con la magistrada a quo en que no ha existido acoso tal y como el mismo se viene entendiendo y aplicando doctrinalmente, ello no obsta a que pueda apreciarse la existencia de un trato degradante o lesivo de la



integridad física y moral del trabajador por el defectuoso ejercicio, abusivo o arbitrario, de las facultades empresariales.

Para resolver las cuestiones planteadas hemos de tener en cuenta que el artículo 4.2. d) del Estatuto de los Trabajadores, reconoce a éstos el derecho "A su integridad física y a una adecuada política de prevención de riesgos laborales" y el artículo 19.1) del mismo cuerpo legal dispone que "El trabajador, en la prestación de sus servicios, tendrá derecho a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo.", derechos que igualmente se reconocen en la Ley 31/1995 de Protección de Riesgos Laborales, que desarrolla el artículo 40.2 de la Constitución, y en cuyo artículo 4, entre otras, se establecen las siguientes definiciones:

"A efectos de la presente Ley y de las normas que la desarrollen:

1º) Se entenderá por "prevención" el conjunto de actividades o medidas adoptadas o previstas en todas las fases de actividad de la empresa con el fin de evitar o disminuir los riesgos derivados del trabajo.

2º) Se entenderá como "riesgo laboral" la posibilidad de que un trabajador sufra un determinado daño derivado del trabajo. Para calificar un riesgo desde el punto de vista de su gravedad, se valorarán conjuntamente la probabilidad de que se produzca el daño y la severidad del mismo.

3º) Se considerarán como "daños derivados del trabajo" las enfermedades, patologías o lesiones sufridas con motivo u ocasión del trabajo.

4º) Se entenderá como "riesgo laboral grave e inminente" aquel que resulte probable racionalmente que se materialice en un futuro inmediato y pueda suponer un daño grave para la salud de los trabajadores.

En el caso de exposición a agentes susceptibles de causar daños graves a la salud de los trabajadores, se considerará que existe un riesgo grave e inminente cuando sea probable racionalmente que se materialice en un futuro inmediato una exposición a dichos agentes de la que puedan derivarse daños graves para la salud, aun cuando éstos no se manifiesten de forma inmediata.

5º) Se entenderán como procesos, actividades, operaciones, equipos o productos "potencialmente peligrosos" aquellos que, en ausencia de medidas preventivas específicas, originen riesgos para la seguridad y la salud de los trabajadores que los desarrollan o utilizan.

7º) Se entenderá como "condición de trabajo" cualquier característica del mismo que pueda tener una influencia significativa en la generación de riesgos para la seguridad y la salud del trabajador. Quedan específicamente incluidas en esta definición:

d) Todas aquellas otras características del trabajo, incluidas las relativas a su organización y ordenación, que influyan en la magnitud de los riesgos a que esté expuesto el trabajador."

En el artículo 14.1 de la misma ley se establece, en lo que aquí interesa, lo siguiente:

"1. Los trabajadores tienen derecho a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo.

El citado derecho supone la existencia de un correlativo deber del empresario de protección de los trabajadores frente a los riesgos laborales.

Este deber de protección constituye, igualmente, un deber de las Administraciones públicas respecto del personal a su servicio.

Los derechos de información, consulta y participación, formación en materia preventiva, paralización de la actividad en caso de riesgo grave e inminente y vigilancia de su estado de salud, en los términos previstos en la presente Ley, forman parte del derecho de los trabajadores a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo.

2. En cumplimiento del deber de protección, el empresario deberá garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores a su servicio en todos los aspectos relacionados con el trabajo. A estos efectos, en el marco de sus responsabilidades, el empresario realizará la prevención de los riesgos laborales mediante la integración de la actividad preventiva en la empresa y la adopción de cuantas medidas sean necesarias para la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores, con las especialidades que se recogen en los artículos siguientes en materia de plan de prevención de riesgos laborales, evaluación de riesgos, información, consulta y participación y formación de los trabajadores, actuación en casos de emergencia y de riesgo grave e inminente, vigilancia de la salud, y mediante la constitución de una organización y de los medios necesarios en los términos establecidos en el capítulo IV de esta Ley.

El empresario desarrollará una acción permanente de seguimiento de la actividad preventiva con el fin de perfeccionar de manera continua las actividades de identificación, evaluación y control de los riesgos que no



se hayan podido evitar y los niveles de protección existentes y dispondrá lo necesario para la adaptación de las medidas de prevención señaladas en el párrafo anterior a las modificaciones que puedan experimentar las circunstancias que incidan en la realización del trabajo.

3. El empresario deberá cumplir las obligaciones establecidas en la normativa sobre prevención de riesgos laborales."

Y en el 15 de la repetida norma, se establecen, entre otros, los siguientes principios de la acción preventiva:

"1. El empresario aplicará las medidas que integran el deber general de prevención previsto en el artículo anterior, con arreglo a los siguientes principios generales:

a) Evitar los riesgos.

b) Evaluar los riesgos que no se puedan evitar.

c) Combatir los riesgos en su origen.

d) Adaptar el trabajo a la persona, en particular en lo que respecta a la concepción de los puestos de trabajo, así como a la elección de los equipos y los métodos de trabajo y de producción, con miras, en particular, a atenuar el trabajo monótono y repetitivo y a reducir los efectos del mismo en la salud.

g) Planificar la prevención, buscando un conjunto coherente que integre en ella la técnica, la organización del trabajo, las condiciones de trabajo, las relaciones sociales y la influencia de los factores ambientales en el trabajo."

Debiéndose señalar que tal y como se indica en la Guía de actuaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social sobre riesgos psicosociales, estos riesgos en el trabajo se han definido por la Agencia Europea de Seguridad y Salud en el Trabajo como "aquellos aspectos del diseño, organización y dirección del trabajo y de su entorno social que pueden causar daños psíquicos, sociales o físicos en la salud de los trabajadores" y, siguiendo las pautas marcadas por el SLIC (The Senior Labour Inspectors' Committee de la Comisión Europea) para la Campaña Europea de Riesgos Psicosociales de 2012, los riesgos psicosociales son básicamente el estrés laboral y la violencia en el trabajo, tanto interna del centro o lugar de trabajo como la ejercida por terceros.

Así hemos de tener en cuenta que el trabajo del actor como gerocultor en una residencia de ancianos, es de suyo estresante, dado que ha de atender en todos los aspectos que constan acreditados, a las personas residentes que pueden valerse o no por sí mismos y que, en muchos aspectos depende de sus cuidados, con toda la carga emocional y la responsabilidad que ello conlleva, teniendo establecida la Orden 612/1990, de 6 de noviembre, de la Consejería de Integración Social de la Comunidad de Madrid, por la que se desarrolla el Decreto 91/1990, de 26 de octubre, hoy derogado relativo al Régimen de Autorización de Servicios y Centros de Acción Social y Servicios Sociales, en su Anexo I B) que establece los Requisitos funcionales en su artículo 2.6., que continúa en vigor, determina que Personal: Será el adecuado en número y especialización para prestar los servicios correspondiente, siendo de aplicación a las residencias de mayores, el índice de personal a jornada completa/usuario de 0,25 para usuarios válidos; y 0,35 para usuarios asistidos, que evidentemente no cumple ni de lejos la empresa demandada, dado que para el número habitual de 170 residentes que consta acreditado aun en el caso de que fueran válidos, dato que no se ha acreditado, necesitaría 43 trabajadores y aunque ello se interpretara como el total de la plantilla, es decir la suma de los que componen los tres turnos, siendo de 14 el de tarde, y consecuentemente el mismo número de mañana, más 4 por la noche, el total sería de 32, de 0,18 muy inferior al ratio establecido por la Comunidad de Madrid, pero se ha probado que, al menos durante un periodo de seis meses el actor trabajó en el turno de tarde compuesto por 7 personas, por lo que, aunque se desconoce el número de trabajadores presentes por la mañana, es evidente que la carga de trabajo del actor superaba en mucho más del doble la que la normativa vigente establece ha de observarse en la prestación del servicio, lo que determina que al estrés inherente a su profesión se añada la grave situación de carencia de personal que dificulta en grado suma su desempeño, debiéndose tener en cuenta que no las personas mayores a las que ha de atender no pueden prescindir de la atención que se les debe y por tanto que no cabe dejar algunas tareas sin realizar porque ello redundaría en la salud de los ancianos, no solo física en tanto el actor ha de llevar a cabo su higiene personal con la frecuencia que sea necesaria, no pudiéndose dejar de cambiarles los pañales, lavarles, cambiarles de postura, darles de comer, etc. porque la inatención de estos servicios puede tener consecuencias fatales y por tanto, no solo entraña un grave riesgo para los residentes y un maltrato a los mismos, sino que además, someter al trabajador que ha de prestarlos a una presión de carga de trabajo cuatro veces superior a la que corresponde, es un trato absolutamente degradante para éste, totalmente incumplidor de las obligaciones empresariales de prevención de riesgos, al ser manifiestamente deficiente la organización y condiciones de trabajo, obligando a los trabajadores a realizarlo las condiciones señaladas, sin tener en cuenta las graves consecuencias que la sobrecarga de trabajo y del estrés que ello conlleva, máxime dados los usuarios del servicio de que se trata, conlleva un riesgo grave e inminente para



la salud del trabajador, que se ha mantenido durante meses, debiéndose efectivamente estar a la situación presente cuando se interpone la demanda, pero es tampoco se ha corregido después como ha considerado la magistrada a quo, dado que no solo se ha cubierto totalmente la plantilla sino que la misma, conforme a los ratios establecidos en la normativa de la Comunidad de Madrid, es insuficiente, habiendo quedado probada la lesión de la integridad física y moral del trabajador se ha visto efectivamente lesionada su salud al sufrir sucesivas crisis de ansiedad que han determinado diversas bajas por incapacidad temporal.

Por tanto hay un incumplimiento muy grave de las obligaciones empresariales en materia de prevención de riesgos, absolutamente injustificado y reprochable, que vulnera el artículo 15 de la Constitución y las normas transcritas de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, por lo que, en fin nos encontramos con el supuesto de resolución de contrato por voluntad del trabajador prevenido en el artículo 50.1.c) del Estatuto de los Trabajadores y conforme a lo dispuesto en el artículo 50.2 de la citada norma estatutaria, el actora tiene derecho a las indemnizaciones señaladas para el despido improcedente, que son las establecidas en el artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores determina, es decir treinta y tres días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos inferiores a un año y hasta un máximo de 24 mensualidades, así en el presente caso siendo el salario mensual de 13.273,13 euros, incluida la prorrata de pagas extraordinarias anuales, da un salario diario de 36,36 euros y el tiempo de servicio desde el 5 de febrero de 2014 hasta la fecha de esta resolución 16 de junio de 2020, son seis años y cinco meses

TOTAL = 211,75 días x 36,36 euros..... 7.699,23 euros

VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

FALLAMOS

Que estimamos el Recurso de Suplicación número 124/2020 formalizado por el letrado DON SILVERIO AGUIRRE CRESPO en nombre y representación de DON Raimundo, contra la sentencia número 362/2019 de fecha 27 de noviembre, dictada por el Juzgado de lo Social número 31 de los de Madrid, en sus autos número 1028/2018, seguidos a instancias del recurrente frente a SANYRES SUR, S.L., en reclamación por resolución de contrato, revocamos la resolución impugnada y estimamos la demanda declarando extinguida la relación laboral que unía a las partes con efectos desde la fecha de esta resolución y condenando a la demandada a estar y pasar por ello y a abonar al trabajador una indemnización de SIETE MIL SEISCIENTOS NOVENTA Y NUEVE EUROS CON VEINTITRÉS CÉNTIMOS (7.699,23 euros). SIN COSTAS.

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

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

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

MODO DE IMPUGNACIÓN: Se hace saber a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de casación para la unificación de doctrina que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala de lo Social dentro del improrrogable plazo de DIEZ DÍAS hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de esta sentencia. Siendo requisito necesario que en dicho plazo se nombre al letrado que ha de interponerlo. Igualmente será requisito necesario que el recurrente que no tenga la condición de trabajador, causahabiente suyo o beneficiario del Régimen Público de la Seguridad Social o no gozare del derecho de asistencia jurídica gratuita, acredite ante esta Sala al tiempo de preparar el recurso haber depositado 600 euros, conforme al artículo 229 de la LRJS, y consignado el importe de la condena cuando proceda, presentando resguardos acreditativos de haber efectuado ambos ingresos, separadamente en la cuenta corriente nº 2876-0000-00-0124-20 que esta sección tiene abierta en BANCO DE SANTANDER sita en PS. del General Martínez Campos, 35; 28010 Madrid, pudiendo en su caso sustituir la consignación de la condena en metálico por el aseguramiento de la misma mediante el correspondiente aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por la entidad de crédito (art.230.1 L.R.J.S).

Se puede realizar el ingreso por transferencia bancaria desde una cuenta corriente abierta en cualquier entidad bancaria distinta de BANCO DE SANTANDER. Para ello ha de seguir todos los pasos siguientes:

Emitir la transferencia a la cuenta bancaria siguiente: IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274. En el campo ordenante, se indicará como mínimo el nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso y si es posible, el nif /cif de la misma. En el campo beneficiario, se identificará al juzgado o tribunal que ordena el ingreso. En el campo "observaciones o concepto de la transferencia", se consignarán los 16 dígitos que corresponden al procedimiento 2876-0000-00-0124-20.



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

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

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ