

Id Cendoj: 08019340012009108272
Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social
Sede: Barcelona
Sección: 1
Nº de Recurso: 635/2008
Nº de Resolución: 8226/2009
Procedimiento: Recurso de suplicación
Ponente: ASCENSION SOLE PUIG
Tipo de Resolución: Sentencia

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA

CATALUNYA

SALA SOCIAL

RU

IL-LMA. SRA. ASCENSIÓ SOLÉ PUIG

IL-LM. SR. FRANCISCO BOSCH SALAS

IL-LMA. SRA. LIDIA CASTELL VALLDOSERA

Barcelona, 12 de novembre de 2009

La Sala Social del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, formada pels magistrats esmentats més amunt,

EN NOM DEL REI

ha dictat la següent

SENTÈNCIA NÚM. 8226/2009

En el recurs de suplicació interposat per Marí Luz a la sentència del Jutjat Social 16 Barcelona de data 14 d'abril de 2009 dictada en el procediment

núm. **635/2008** en el qual s'ha recorregut contra la part Alejandro , Telefónica de España S.A.U. i -Ministerio Fiscal-, ha actuat com a ponent Il-lma. Sra. ASCENSIÓ SOLÉ PUIG.

ANTECEDENTS DE FET

Primer. En data 18 de juliol de 2008 va arribar al Jutjat Social esmentat una demanda sobre Tutela de drets fonamentals, en la qual l'actor al.llega els fets i fonaments de dret que va considerar procedents i acabava demanant que es dictés una sentència d'acord amb el que es demanava. Admesa la demanda a tràmit i celebrat el judici, es va dictar la sentència en data 14 d'abril de 2009, que contenia la decisió següent:

"Que desestimando la demanda presentada por DÑA. Marí Luz frente a TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. y Alejandro , habiendo sido parte el MINISTERIO FISCAL, sobre derechos fundamentales, debo absolver y absuelvo a los demandados de todos los pedimentos deducidos en su contra".

Segon. En aquesta sentència es declaren com a provats els fets següents:

1º.- La actora Dña. Marí Luz , con D.N.I. nº NUM000 , presta servicios en la empresa demandada con

una antigüedad de 26.7.90 y ostenta la categoría profesional de OTPI. Hecho conforme.

2º.- El día 25.5.2008, la actora estaba prestando servicios en guardia de domingo junto con cinco trabajadores más, todos ellos bajo la supervisión del Encargado el Sr. Alejandro . En un momento determinado, el Sr. Alejandro se acercó al puesto de trabajo de la actora para comentarle un problema que había con el trabajo ante lo cual aquella le comentó en tono elevado "no me presiones", "me estás persiguiendo", "me estás acosando" y "si tienes algún problema hay locales en la calle que pagando satisfacen tus necesidades", por lo que el Sr. Alejandro llamó al resto de operadores que estaban en la sala para que fueran testigos de los hechos indicándole a la actora que le estaba faltando al respeto y a su autoridad como Encargado. Luego la actora se ausentó de la sala regresando al cabo de unos 15 minutos. Docs. nº 10 a 12 demandada y testifical a su instancia.

3º.- La actividad que se realiza en el turno de guardia está regulada por una aplicación que gestiona automáticamente las averías que llevan los operadores. Es el Encargado el que ante una incidencia de red (avería) de relevancia da las órdenes oportunas a los operadores. Esta situación se repitió varias veces el día 25.5.2008 distribuyéndose de forma equitativa el trabajo entre todos los operadores. Doc. nº 1 demandada y testifical a su instancia.

4º.- El día 26.5.2008, la actora le explicó al miembro del Comité de Empresa D. Juan que el día 25 anterior tuvo un incidente con el Encargado Sr. Alejandro quería salir a fumar y que no le dejaba, recomendándose aquél que hiciera un escrito para la empresa exponiendo los hechos. Testifical de D. Juan .

5º.- El día 28.5.2008, la actora presentó ante la gerencia un escrito dando su versión de los hechos ocurridos el día 25.3.2008. Se da el mismo por íntegramente reproducido. Doc. nº 1 actora y nº 8 demandada.

6º.- El día 28.5.2008, el codemandado Sr. Alejandro presenta, a su vez, un escrito en la empresa dando su versión de los hechos. Doc. nº 9 demandada.

7º.- A la vista de ambos escritos, la Gerente de Recursos Humanos Sra. Sofía inicia una investigación sobre el asunto, manteniendo una reunión el día 4.6.2008 con la actora y Don. Juan , señalando aquella que todo lo que había ocurrido era lo que estaba en el escrito que había presentado. Testifical Sr. Sofía .

8º.- Dentro de esa investigación, la Sra. Sofía solicitó a los compañeros de trabajo de la actora que estaban presentes el día 25.5.2008, que dieran su versión de los hechos. Docs. nº 10 a 14 demandada.

9º.- En fecha 11.6.2008, la empresa inició a la actora un expediente disciplinario mediante la entrega de un pliego de cargos que se da por íntegramente reproducido. Docs. nº 2 actora y nº 3 demandada.

10º.- El pliego de cargos también le fue entregado al Comité de Empresa el mismo día 11.6.2008, el cual realizó el correspondiente escrito el día 17.6.2008, que se da por reproducido, solicitando que se retiraran los cargos que se le imputaban a la actora. Docs. nº 3 actora y nº 4 y 5 demandada.

11º.- En fecha 25.6.2008, le fue entregada a la actora una carta de sanción de cinco días de suspensión de empleo y sueldo, imputándole comisión de una falta grave tipificada en el *art. 212, apartado d) de las faltas graves de la Normativa Laboral de la empresa* . Se da la carta por íntegramente reproducida. Doc. nº 4 actora y nº 6 demandada.

12º.- En años anteriores, la actora había realizado algún comentario obsceno al que entonces era su Encargado Sr. Amadeo . Testifical a instancias de la demandada.

13º.- También en otra ocasión anterior, la actora tuvo un incidente con una compañera al acercarse ésta al ordenador de la actora y tocarle un poco el hombro, contestando ésta que no le tocara más. Testifical de la demandada.

14º.- En fecha 27.6.2008, el Comité de Empresa respaldó la petición de la actora de que fuera cambiada de centro de trabajo, a lo que accedió la empresa. Doc. nº 5 actora y nº 25 demandada y testifical a su instancia.

Tercer. Contra aquesta sentència la part actora va interposar un recurs de suplicació, que va formalitzar dins del termini. Es va donar trasllat a la part contrària, que el va impugnar en forma Telefónica de España S.A.U. i Don. Alejandro . Es van elevar les actuacions a aquest Tribunal i es va formar aquest

rotlle.

FONAMENTS DE DRET

Primer.- La part demandant planteja recurs de suplicació contra la Sentència que desestima la demanda per vulneració del dret fonamental a la dignitat, intimitat, honor i discriminació per tracte sexista vexador. L'objecte del recurs és revisar els fets provats i examinar les infraccions de normes substantives en empara en *l'article 191, b) i c) de la vigent Llei de Procediment Laboral, el Text Refós de la qual va ser aprovat pel Reial Decret legislatiu 2/1995 de 7 d'abril*.

Segon.- La recurrent postula la modificació del fet provat tercer de la sentència que es refereix al treball que feia durant el torn de guàrdia. Proposa un text alternatiu que digui: " L'activitat que es realitza en el torn de guàrdia s'assigna al operador en l'ordre de seqüència de les incidències que envia la pròpia aplicació. La majoria de les trucades que s'atenen tenen més de 25' d'espera degut a a la llista llarga d'avaries que envia l'aplicació a cada operador. La distribució dels BTEO,s entre el personal per a què els atengui queda a criteri de l'encarregat de guàrdia." Basa la modificació en els documents que cita .

També postula la modificació del fet provat quart, que es refereix a què el dia 26 de maig de 2008 la recurrent va explicar a un membre del Comitè d'Empresa l'incident del dia anterior 25 de maig amb l'Encarregat, i aquests li va recomanar que dirigís un escrit a l'empresa per exposar els fets. Proposa un text alternatiu que digui que : " El dia 26 de maig de 2008 la demandant va explicar al membre del Comitè d'Empresa Don. Juan que el dia anterior va produir-se un incident amb l'Encarregat Sr. Alejandro quan es trobava en el seu lloc de treball resolent les incidències que la pròpia aplicació enviava, es va acostar recriminant-la i subjectant-la pels braços, de forma que la impedia sortir perquè la tenia immobilitzada, a l'hora que cridava a la resta de companys per a que veiessin el que passava. Don. Juan va ser qui li va recomanar fer un escrit a l'empresa en aquests termes, que van lliurar el dia 28 de maig." Basa la modificació en l'escrit de la recurrent dirigit a l'empresa.

Planteja igualment la supressió dels fets provats dotzè i tretzè que es refereixen als antecedents d'incidents amb un Encarregat i una companya que hi consten. Basa la modificació en la prova testimonial que cita.

La modificació de fets provats únicament pot ser conseqüència d'un error de fet evident i ha de derivar de la prova pericial o documental eficaç i eficient sense haver de recórrer a deduccions lògiques o raonables, atès el caràcter extraordinari del recurs de suplicació i del fet que no es tracta d'una segona instància, raó que impedeix dur a terme una anàlisi de la prova practicada amb una valoració nova de la totalitat dels elements de prova emprats (Sentència de la Sala de lo Social del Tribunal Suprem de 18 de novembre de 1.999 per totes), perquè això suposaria la substitució del criteri objectiu del jutge d'instància que, com s'ha dit, aprecia els elements de convicció segons *l'article 97.2 de la Llei de Procediment Laboral*, que és un concepte més extens que el de mitjans de prova, ja que compren tan els mitjans de prova que enumera *l'article 299 de la Llei d'Enjudiciament Civil* com el comportament de les parts en el transcurs del procés i també les seves omissions, davant l'anàlisi de la part, lògicament parcial i interessada, cosa que no es pot acceptar perquè suposa un desplaçament de la funció judicial ordenada per *l'article 2.1 de la Llei Orgànica del Poder Judicial i per l'article núm. 117.3 de la Constitució Espanyola* de manera exclusiva als jutges i tribunals. La doctrina jurisprudencial pacífica dels Tribunals laborals i d'aquesta Sala, manté que únicament de manera excepcional els Tribunals superiors poden fer ús de la facultat de modificar i fiscalitzar la valoració de les proves feta pel jutge de la instància, ja que aquesta facultat els hi està atribuïda únicament per a supòsits de què els elements esmentats com a revisoris, ofereixin una força de convicció molt gran que a judici de la Sala manifestin un error de fet clar del jutge en l'apreciació de la prova.

En el cas present en aplicació de la doctrina citada, no es poden suprimir els fets provats dotzè i tretzè perquè la prova testimonial no és prova eficient i eficaç per a la revisió de fets segons *l'article núm. 191, b) i núm. 194.3 de la Llei de Procediment Laboral*. Respecte a la modificació del redactat del fet provat tercer entenem que és redundat respecte a la forma de rebre notícia de les avaries. Que l'Encarregat sigui el que davant una incidència de xarxa d'importància sigui que dona les ordres oportunes als operadors és fet conforme. La versió proposada es basa en document del Comitè d'empresa dirigit a la gerent de Recursos Humans de Catalunya que el magistrat de la instància ha valorat juntament amb la resta de proves practicades en la facultat que li atorga *l'article núm. 97.2 de la Llei de Procediment Laboral* ja citat. També en aplicació de la doctrina jurisprudencial transcrita no podem modificar la versió del fet del dia 25 de maig de 2008 de forma indirecta sobre la versió de la recurrent, perquè és fruit no sols del document citat i de la testimonial Don. Juan en què es basa, sinó de la valoració del conjunt de proves practicades, fonamentalment testimonials tal com es raona en la sentència respecte a les versions contradictòries de la recurrent i l'Encarregat, i la versió dels altres treballadors presents en el torn de guàrdia que van presenciar

l'incident de forma més o menys extensa i concreta segons on s'ubicava el seu lloc de treball, però que essencialment són coincidents en negar la versió de la recurrent que proposa introduir en aquest fet provat. Hem de destacar que els fets del 25 de maig de 2008 queden provats en el fet provat segon, no atacat.

Per tant, hem de desestimar aquest objecte del recurs.

Tercer.- En aquest objecte del recurs denuncia la vulneració de la doctrina constitucional que cita que declara que l'assetjament sexual vulnera el dret fonamental a la intimitat personal (*art. 18. 1 de la Constitució Espanyola*), la seva dignitat (*art. núm. 10.1. de la CE .*) i comporta un nivell de discriminació per raó de gènere (*art. núm. 14 de la CE .*) ja que afecta majoritàriament a les dones . Transcriu el Fonament Tercer de la STC de 13 de desembre de 1999. Invoca també *l'article núm. 7 de la Llei Orgànica 3/2007 d'Igualtat* que defineix l'assetjament sexual i l'assetjament per raó de sexe, i *l'article núm. 4.2 e) de l'Estatut dels Treballadors* que recull el dret bàsic del treballador a intimitat i a la dignitat davant aquestes situacions. Argumenta que la recurrent mai ha estat sancionada tot i l'antiguitat des de juliol de 1990, que no tenia la formació necessària per l'acoblament al nou lloc de treball en el qual portava tres mesos. Que en el torn de guàrdia no existeix el tutor que resol dubtes i ajuda en les incidències. Fa referència a les ordres referides al treball fetes per l'Encarregat del dia 24 de maig , dissabte, i als fets del dia 25 de maig diumenge, amb la seva versió i el dubte que li mereix la de l'Encarregat transmeses a l'empresa per escrit de 28 de maig següent. Manté que la sala de treball és gran i els companys no podien sentir el que li havia preguntat l'Encarregat en veu baixa sobre el que sabia fer perquè hi han columnes i mampara. Fa valoracions sobre els fets de que parteix i conclou que l'Encarregat va tenir una conducta constitutiva d'assetjament sexual amb la recurrent que implica la vulneració dels drets fonamentals de la dignitat ,intimitat, dret a l'honor i igualtat, i fa esment al canvi de centre i el perjudici moral i econòmic, que valora en 1000 euros més els honoraris d'assistència lletrada i de graduada social, per demanar la nul litat dels actes vulneradors i de la sanció imposada i la condemna als demandats de 4000 euros.

Hem de partir de la relació fàctica no modificada en la qual no consta cap actuació de l'Encarregat que pugui comportar indicis o sospita mínimament objectiva d'assetjament sexual, amb la conseqüent vulneració dels drets fonamentals que cita. Les ordres donades per l'encarregat, inclús en cas de ser insistents i repetides o injustificades al parer de la treballadora, no constitueixen indicatiu objectiu de tracte abusiu ni vexador, ni menys un assetjament sexual, doncs consta provat que no la va tocar, perquè responen a les atribucions que com a cap de la recurrent li ha confiat l'empresa en l'exercici regular de les seves facultats de direcció segons *l'article núm. 20 de l'Estatut dels Treballadors (R. Decret Legislatiu 1/1995) per a organitzar el treball* .

Ens trobem doncs que, d'acord amb la doctrina del Tribunal Constitucional (STC. 114/1989 de 22 de juny per totes) la càrrega de la prova d'indisicis raonables i objectius de vulneració del dret fonamental a la llibertat sindical correspon a qui l'al lega, com corresponia a la recurrent sense que ho aconseguís. Per altra banda han quedat provades les manifestacions que la recurrent va dirigir a l'Encarregat, que per impròpies i insultants van donar lloc a una sanció per falta molt greu que no consta hagués recorregut la treballadora en el procediment processal corresponent, que no és el seguit per vulneració de drets fonamentals.

Fem nostres les consideracions de la sentència de la instància sobre el dret al honor, la dignitat i la intimitat del treballador en la seva relació amb l'ocupadora i els seus caps, i hem de concloure que no s'han vulnerat ni tampoc el dret a la igualtat per discriminació indirecta d'assetjament sexual a les dones principalment com ara argumenta la treballadora en el recurs , de manera que haurem de desestimar aquest objecte del recurs i confirmar la sentència de la instància.

Atesos els fonaments de dret precedents i els preceptes invocats d'especial i general aplicació,

DECIDIM

Desestimar el recurs de suplicació presentat per Doña. Marí Luz contra la Sentència de 14 d'abril de 2009 dictada pel Jutjat social núm. 16 de Barcelona en el procediment núm. **635/2008** i seguit a instància de l' esmentada recurrent contra TELEFONICA DE ESPAÑA S.A.U. i Alejandro , amb intervenció del MINISTERI FISCAL i , que confirmem.

Contra aquesta sentència es pot interposar recurs de cassació per a la unificació de doctrina, que s'ha de preparar en aquesta Sala en els deu dies següents a la notificació, amb els requisits previstos a/s *números 2 i 3 de l'article 219 de la Llei de procediment laboral* .

Notifiqueu aquesta resolució a les parts i a la Fiscalia del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya i expediu-ne un testimoniatge que quedarà unit al rotlle. Incorporeu l'original al llibre de sentències

corresponent.

Així ho pronunciem, ho manem i ho signem.

PUBLICACIÓ. Avui, el/la Magistrat/ada ponent ha llegit i publicat la sentència. En dono fe.