

Id Cendoj: 41091340012009103371
Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social
Sede: Sevilla
Sección: 1
Nº de Recurso: 2290/2009
Nº de Resolución: 4346/2009
Procedimiento: SOCIAL
Ponente: JOSE JOAQUIN PEREZ-BENEYTO ABAD
Tipo de Resolución: Sentencia

Recurso.- 2290/09 (BG), sent. 4346/09

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA

SALA DE LO SOCIAL

SEVILLA

ILTAMOS. SRES.:

D. JOAQUÍN LUIS SÁNCHEZ CARRIÓN. PRESIDENTE.

D^a. MARÍA ELENA DÍAZ ALONSO

D. JOSÉ JOAQUÍN PÉREZ BENEYTO

D. BENITO RECUERO SALDAÑA

En Sevilla, a nueve de diciembre de dos mil nueve.

La Sala de lo Social de Sevilla del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, compuesta por los lltmos. Sres. citados al margen,

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

SENTENCIA NÚM. 4346/2009

En el Recurso de Suplicación interpuesto por TRANSPORTES BLINDADOS, SEGUR IBÉRICA, S.A. y Sabino contra la Sentencia del Juzgado de lo Social número DOS de los de SEVILLA, en sus autos 865/05; ha sido encomendada la redacción al Ponente el lltmo. Sr. DON BENITO RECUERO SALDAÑA, Magistrado Emérito, tras declinar, en Sala, de su redacción, el Magistrado Ponente primeramente designada, por no conformarse con el voto de la mayoría, habiéndose emitido VOTO PARTICULAR por el lltmo. Sr. DON JOSÉ JOAQUÍN PÉREZ BENEYTO, Magistrado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Según consta en autos, se presentó demanda por Nieves contra TRANSPORTES BLINDADOS, S.A., SEGUIR IBÉRICA, S.A., Sabino , Íñigo , Bernardino , Ezequiel , Landelino , Romeo , Luis Alberto y Alexis sobre tutela, se celebró el juicio y se dictó sentencia el 17 de diciembre de 2008, por el Juzgado de referencia, en la que se estimó la demanda.

SEGUNDO.- En la citada sentencia y como hechos probados se declararon los siguientes:

PRIMERO.- La hoy actora, comenzó a prestar servicios para Segur Ibérica S.A el 27/12/00, siendo su

categoría profesional la de **Vigilante** de Seguridad, desempeñando sus funciones en el Aeropuerto de Sevilla.

El 1/7/05 el servicio de vigilancia que llevaba a cabo en el Aeropuerto de Sevilla Segur Ibérica S.A pasó a ser adjudicado a Transportes Blindados S.A, pasando a prestar servicios para tal entidad la actora.

SEGUNDO.- El día 14/7/03 se convocó una Asamblea de Trabajadores vigilantes de seguridad que prestaban servicios en el Aeropuerto, en la que se levantó acta de la que la actora, entre otros compañeros, fue firmante y en la que entre otros extremos se denunciaba las faltas de respeto y las coacciones del Inspector de Servicios Sr. Sabino .

La actora estaba afiliada al Sindicato UGT.

TERCERO.- A partir de la firma de tal Acta y habiendo tenido conocimiento de la misma el citado Inspector de Servicios, comenzó a mantener una actitud en relación a la actora que consistía fundamentalmente en recriminarle de forma frecuente y tratarla de forma despectiva. En una ocasión la llamó inútil y la trasladó del puesto de bodega al vestíbulo, y le profería de forma muy frecuente expresiones como "tú te callas", "tú aquí no eres nadie", "el que mando soy yo", y otras como "de esa loza no te mueves porque lo digo yo", "no desayunas porque lo digo yo" y expresiones semejantes. Esta actitud se produjo desde la firma de tal acta y durante todo el tiempo en que la actora prestó servicios para la empresa Segur Ibérica S.A.

El citado llegó a manifestarle que estaba en una lista negra, y que no pararía hasta echarla.

Igualmente la actora, que solía coincidir en los turnos con su pareja, Gervasio , pasó a coincidir en menor número de ocasiones a partir de tal fecha. Los cuadrantes lo hacían los jefes de servicio, si bien el Sr. Sabino , único inspector que se encontraba en el centro de trabajo, efectuaba las indicaciones oportunas.

De otro lado, a la actora se le cambiaba el turno previsto en el cuadrante. Si bien el turno previsto en el cuadrante podía ser modificado por necesidades del servicio, la citada era cambiada de puesto sin que existieran necesidades del servicio que así lo aconsejaran, destinándola siempre a un puesto más penoso. En alguna ocasión, lo que ocurrió sobre final de 04 aproximadamente, por indicación del Sr. Sabino a una compañera que tenía su puesto en filtros se la mandó a bodega, donde tenía su puesto la actora, y a esta se la mandó a filtros, sin que existieran motivos que justificaran tal cambio. En otra ocasión, como hemos señalado anteriormente, estando la actora en bodega, se la remitió por D. Sabino a vestíbulo, llamándola inútil.

Sobre final de nov de 04, la actora se negó a efectuar una ampliación de jornada. Se le remitió una carta de advertencia.

CUARTO.- La actora puso en conocimiento de la empresa los hechos que estaban ocurriendo a tenor de escrito de octubre de 04 y de carta comunicando hechos ocurridos el 27/4/05, comunicándolo igualmente al representante de la empresa de forma verbal, remitiendo igualmente un escrito a través del Servicio de Defensa Legal para las Mujeres en caso de Discriminación de 11/10/04. D. Ricardo , Delegado Sindical, en numerosas ocasiones comentó al gerente de la empresa, verbalmente, la problemática existente en relación a la actora a que hemos hecho alusión.

Igualmente a fin de la puesta en conocimiento de las faltas de respeto, abuso de autoridad y de las actitudes que estaba manteniendo el citado en relación a determinados trabajadores, se remitieron diversos escritos y comunicados a la empresa, que se recogen como bloque documental 5 y 6 del ramo de prueba del actor, unido al acta de juicio de fecha 21/3/06, entre las que se encuentran escrito de la Sección Sindical de UGT en Segur Ibérica S.A de 11/9/03, escrito del Presidente del Comité de empresa de 9/12/03 y comunicado del Comité de Empresa de 13/1/04.

QUINTO.- Con fecha 16/2/04, D. Jesús Ángel , Gerente de la empresa, comunicó al Presidente del Comité de Empresa, que de conformidad con el *art. 58 del Convenio* colectivo de Seguridad, se abrió expediente informativo al objeto de verificar las acusaciones formuladas, en relación al Sr. Sabino , remitiéndose con fecha 1/3/04 carta al Comité de empresa, por la que se acordaba dar por concluido el expediente. Se da por reproducido el contenido del expediente instruido en relación al citado, obrante como doc. 8 a 13 del ramo de prueba de Segur Ibérica S.A, aportada junto al acta de fecha 21/3/06.

SEXTO.- La actora inició situación de baja por IT el 1/9/03 por ansiedad, siendo alta el 4/1/03.

Inició nueva baja el 1/12/04 siendo alta el 4/2/05 por trastorno de ansiedad-depresión. Inició nueva baja el 10/6/05 siendo alta en junio de 2006. Fue baja el 25/1/07 por ansiedad siendo alta en julio.

Fue asistida en ASEPEYO el 15/1/07 por ansiedad, en AENA el 16/1/07 por taquicardia y el 24/1 por crisis de ansiedad. El 24/1/07 fue asistida igualmente en el SAS por taquicardia.

Tales bajas tienen como causas síntomas ansiosos-depresivos en el contexto de conflicto **laboral**.

SÉPTIMO.- La actora firmó con Segur Ibérica S.A documento de finiquito y liquidación con fecha 30/6/05, que obra en el ramo de prueba de tal entidad y se da por reproducido.

OCTAVO.- Cuando inició la prestación de servicios en el Aeropuerto Transportes Blindados S.A, tal entidad designó un Inspector para las relaciones con los trabajadores, el Sr. Landelino , pasando el Sr. Sabino a relacionarse con los clientes, adscribiéndosele al Departamento de contactos con el cliente. La citada sufrió cambios de puesto de trabajo en oct y nov de 2006 y en enero de 2007, sin que conste intervención alguna en relación a tales cambios de D. Sabino . Tales cambios eran organizados por el Sr. Landelino según las incidencias puestas de manifiesto por los jefes de equipo.

En fecha 6/6/06 se efectuó visita de inspección por la inspección de trabajo(folios 630 y 631 de las actuaciones), a tenor de denuncia formulada contra TRABLISA. Entre otros extremos se hace constar lo siguiente: Sobre el tema de las actuaciones del Sr. Sabino , se informa por el Sr. Landelino , que el mismo desarrolla sus funciones como inspector, relacionándose con los clientes de la empresa y no con los trabajadores. A este respecto, en fecha de citación de la empresa, 08/06/06, el jefe de personal de la misma, Sr. Jorge , aporta escrito dirigido al Sr. Sabino , en de fecha 7 de junio de 2006, en el que le reitera sus funciones dirigidas a la atención del cliente AENA, y que las funciones en materia de personal deben ser atendidas por el Sr. Landelino .

En julio de 2006 en el tablón de la empresa se hizo constar una nota en que se refería que se dejaba sin efecto el escrito de fecha 7/6 por el que se indicaba las funciones a desempeñar, en relación al Sr. Sabino , siendo estas funciones a partir de la fecha las estipuladas en el *art. 21 e) del C Colectivo*.

En todo caso, el Sr. Sabino no tenía contacto directo con los vigilantes de seguridad, teniendo éste el Sr. Landelino , no constando que el citado Sr. Sabino volviera a tener funciones en relación al personal, que las ejercía el Sr. Landelino , que al igual que el actor era inspector.

Cuando el servicio estaba asumido por Segur Ibérica S.A el único inspector que se encontraba en el centro era el Sr. Sabino y actualmente se encuentran el citado y el Sr. Landelino .

El Sr. Landelino es el que hace los cuadrantes, no efectuándolos los jefes de servicio. No consta que el Sr. Sabino haya efectuado al citado comentario alguno en relación al cuadrante o cambio de puesto respecto a la actora. No consta que tras asumir el servicio Trablisa, la actora haya recibido ninguna orden del citado, ni que directamente haya estado en contacto con la misma por razón de su trabajo.

La pareja de la actora, desde la fecha en que Trablisa asumió el servicio, no presta servicios en el centro.

Actualmente la actora se encuentra afiliada al Sindicato SPV y es miembro del comité de Empresa del centro del Aeropuerto de Sevilla de la empresa Trablisa.

NOVENO.- La actora ha formulado denuncia dirigida al jefe de personal y al inspector Sr. Landelino con fecha 29/12/06.

Formuló denuncia ante la guardia civil el 3/1/07.

Con fecha 8/1/07, por la Fuerza Instructora se hace constar lo siguiente: El P.I.V emitido con fecha 16/06/06, por la oficina de Seguridad aeroportuaria y por el Servicio de Costas y Fronteras, difiere en la parte que interesa con el del 02/11/2005, emitido por ambos organismos en:

"Los turnos de los puestos de Arco detector de metales, Máquina de Rayos X e inspección aleatoria continua se establecerán de forma rotativa entre sí" (año 2005) y "los turnos de los puestos de Arco detector

de metales, máquina de rayos x e inspección aleatoria continua se establecerá nde forma rotativa" (año 2006), por lo que se puede entender que la rotación la puede hacer con otros componentes del servicio, como bandejas y control de tarjetas de embarque, puestos con los que fue obligada la denunciante a rotar el día 03 del presente mes de enero.

DÉCIMO.- La actora formuló demanda con fecha 8/3/07 contra Transportes Blindados S.A impugnando una orden de traslado, requiriéndose para ampliación de demanda contra D. Sabino , desistiéndose la actora a tenor de escrito de fecha 10/10/07 de los hechos relativos a **acoso**.

Se dictó sentencia en tal Juzgado, autos 217/07, con fecha 22/10/07 , declarando nula la decisión empresarial.

Con fecha 15/1/06 se inició expediente contradictorio en relación a la actora, con motivo de noticias aparecidas en prensa sobre supuestas faltas de seguridad en el Aeropuerto(Doc 11 del actor), no se llegó a imponer sanción a la trabajadora.

UNDÉCIMO.- Se da por reproducida toda la documental obrante en autos.

TERCERO.- Dicha sentencia fue recurrida en suplicación por las partes actora y condenada, que fueron impugnados de contrario.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La actora interpone demanda sobre tutela de derechos fundamentales contra Transportes Blindados, S.A, Segur Ibérica, S.A., D. Sabino y otros codemandados, que la sentencia de instancia estima, declara la existencia de vulneración de los derechos fundamentales de la misma y condena a Segur Ibérica, S.A a abonarles la suma de 12.000 euros, en concepto de resarcimiento por los daños físicos y morales que se le han causado, absolviendo a todos los demás demandados. Dicha sentencia fue aclarada por Auto posterior en lo que respecta a la fecha del dictado de la misma, que no era la de 21 de marzo de 2006, sino la de 17 de diciembre de 2008.

Al discrepar de la misma, la actora, Segur Ibérica,S.A. y D. Sabino se han alzado en suplicación con amparo en los tres *apartados del art. 191 de la Ley de Procedimiento Laboral* .

Hay que hacer constar que este mismo asunto fue ya visto por el mismo Juzgado de lo Social, que dictó sentencia estimatoria de la pretensión de la actora, pero que fue anulada por la de esta Sala de 26 de julio de 2007, con el nº 2535/07 , reponiendo las actuaciones al momento anterior a la celebración del juicio oral a fin de que por el Juzgado de lo Social se requiera a la demandante para que, en el plazo de cuatro días, amplíe la demanda contra el supuesto acosador Sr. Sabino , con los apercibimientos correspondientes.

SEGUNDO.- La impugnante del recurso del Sr. Sabino plantea como cuestión previa la posibilidad de recurrir por quien ha sido absuelto y la decisión del Juzgador de instancia es totalmente favorable a sus intereses. Cuestión que ha sido resuelta por esta Sala en ocasiones en sentido favorable siempre que exista un gravamen o perjuicio real y efectivo no meramente teórico, esto es, un verdadero interés del recurrente, siempre que sea personal, objetivo y directo, como es el caso según analizaremos a continuación.

TERCERO.- Como el recurso del Sr. Sabino contiene un motivo que ampara en la letra a) del mentado *art. 191* se ha de comenzar por el estudio del mismo, toda vez que, de estimarse la nulidad de la sentencia que se pide en el mismo, evitaría el estudio de los restantes motivos de dicho recurso, así como el de los otros dos recursos formalizados.

Denuncia el recurrente vulneración de los *arts. 217 y 219.11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial* en relación con el *art.24* de la Constitución Española, al concurrir en la Juzgadora de Instancia causa legal de abstención (que ya fue pedida antes del juicio y denegada) que coloca en entredicho su imparcialidad en su vertiente objetiva, por lo que solicita la nulidad de la sentencia por vulneración del derecho a Juez imparcial.

Argumenta el recurrente- tras una pormenorizada exposición de la doctrina constitucional sobre uno de los contenidos básicos del *art. 24.2 de la CE* , cual es el derecho al Juez imparcial- obligación del Juzgador de no ser Juez y parte-, así como de la imparcialidad objetiva, esto es, la referida al objeto del proceso, por la que se asegura que el Juez o Tribunal no ha tenido un contacto previo con el tema a decidir- que su queja la sitúa en el ámbito de la denominada imparcialidad objetiva , toda vez que la misma

Juzgadora que dictó la sentencia, posteriormente anulada por esta Sala, debe ahora nuevamente dictar sentencia sobre el mismo asunto que en su día ya decidió, atribuyendo a dicho recurrente (que no fue parte en aquel proceso) la autoría indubitada de los hechos por los cuales se dictó la sentencia estimatoria de la pretensión ejercitada por la actora.

Aunque con ser cierto ello, la Sala no puede admitir la nulidad pedida toda vez que no hay norma procesal alguna que prevea este supuesto como motivo de abstención o causa de recusación. El *art. 219 de la Ley Orgánica del Poder Judicial*, regulador de las causas tasadas de abstención y, en su caso, de recusación, no contempla esta causa. Sólo en la 11ª habla " de haber participado en la instrucción de la causa penal o haber resuelto el pleito o causa en anterior instancia", lo que no es el caso de autos. Aquí lo ocurrido es que los autos se devolvieron al Juzgado de lo Social porque no se trajo al proceso a una de las partes que podía quedar afectado por el mismo- el presunto acosador, que fue absuelto- pero entendemos que en modo alguno este vicio procesal encaja en la causa de abstención o de recusación. contemplada en dicho apartado. En conclusión, aunque no carece de lógica la argumentación esgrimida en el motivo, la Sala no admite la nulidad pedida por la denominada imparcialidad objetiva porque en el ordenamiento **laboral** no existe norma que la contemple y porque no consta a dicha Sala antecedente alguno tanto judicial como jurisprudencial que así lo haya acordado.

CUARTO.- En los motivos dedicados a la revisión de los hechos probado, solicita en primer lugar la modificación del hecho probado segundo y la sustitución por el texto alternativo que propone, que diga " El día 14/7/03 se convocó una Asamblea de la Sección Sindical UGT en Seguriberica en la que un total de 21 trabajadores- vigilantes de seguridad- que prestan servicios en el Aeropuerto de Sevilla, en cuya acta y entre otros acuerdos valoran medidas para mejorar el comportamiento del Inspector, no refiriéndose en dicha acta ningún incidente concreto acontecido con la Srª. Nieves . Según la actora la no coincidencia de turnos con su pareja se originó en el mes de abril de 2003", invocando en su apoyo diversos documentos obrantes en las actuaciones. Pretensión revisora que no puede prosperar, puesto que la documental que cita no evidencia error patente y fehaciente en la valoración de la prueba realizada por la Juzgadora de instancia, toda vez que en el hecho probado sólo se afirma que se levantó acta y se denunciaba las faltas de respeto y las coacciones del Inspector-hoy recurrente-, sin que se mencione para nada hechos relativos a la actora. Y en cuanto a los datos que interesa añadir del número de trabajadores, Sección Sindical y sobre la fecha de la no coincidencia de turnos con su pareja, poca incidencia han de tener para el sentido del fallo.

En otro motivo revisor solicita que el párrafo tercero del hecho probado tercero sea sustituido por el texto alternativo que propone que, en esencia, viene a decir lo mismo, si bien en el texto propuesto se especifican los porcentajes de ocasiones que coincidieron en los turnos la actora y el Sr. Gervasio , comparándolos con la de otra pareja, invocando en su apoyo numerosa prueba documental constituida por cuadrantes de la empresa. Tampoco se accede a dicha modificación, porque dichos cuadrantes han sido objeto de estudio y valoración por la Juzgadora de instancia, según es de ver en el fundamento de derecho quinto, párrafo tercero de la sentencia combatida, siendo doctrina judicial reiterada de esta Sala que no puede acogerse la censura de hechos cuando los documentos invocados hayan sido objeto de estudio y valoración expresa por el Juzgador de instancia, pues tal modificación supondría sustituir el criterio valorativo de dicho Juzgador por el subjetivo e interesado de la parte; acude a deducciones y especulaciones para el fin pretendido y son contradictorios con otros cuadrantes obrantes en los autos.

Asimismo solicita que el párrafo cuarto de dicho hecho tercero sea sustituido por el siguiente texto " Según los partes de servicios los cambios de servicios se efectuaron en el supuesto de la Srª Bernardino siempre por los jefes de servicios de turnos y en razón de las necesidades de servicio que se explicitan en los mismos, al igual que acontecía respecto del resto de los trabajadores. El 15/11/04 por parte del Jefe de servicios y de los vigilantes con indicativo SC5 y 10 se requirió a la Srª Bernardino para que ampliase su estancia en la máquina RX2 a lo que ella se negó". Se basa tal modificación en numerosos partes de servicios- la mayoría de ellos referidos a trabajadores ajenos a este pleito- e instrucciones operativas. Tampoco puede accederse a dicha sustitución por idénticas razones expuestas en el apartado anterior, toda vez que lo pretendido ha sido objeto de estudio y valoración por la Juzgadora de instancia en el fundamento de derecho quinto de la sentencia combatida, con base en los partes de servicios y prueba testifical.

En otro motivo revisor interesa la supresión de los hechos probados cuarto y quinto(sic) y la sustitución por el texto alternativo que propone y que reproducimos en aras a su extensión y del que se deduce que sólo se refiere al hecho probado cuarto, invocando en su apoyo numerosa prueba documental, a lo que tampoco se puede acceder, pues siendo el recurso de suplicación un recurso de carácter extraordinario, cuasicasacional y de objeto limitado, la revisión de hechos probados sólo puede efectuarse cuando mediante documentos concretos e idóneos, que tengan suficiente poder de convicción o decisivo valor probatorio, se acredite fehacientemente el error de hecho cometido por el Juzgador de instancia en la

valoración de la prueba, y sin que sea necesario para ello acudir a operaciones deductivas o razonamientos lógicos, al corresponder el juicio valorativo sobre el conjunto de la prueba aportada y practicada al Juez a quo, en uso de las facultades de libre apreciación de la prueba que le reconoce el *art. 97.2 de la LPL*.

En otro motivo revisor interesa que se suprima el hecho probado sexto y se sustituya por el que propone que, en esencia, es idéntico si bien con ciertas adiciones en las que se especifican alguna de las enfermedades determinantes de las bajas médicas, con lo que pretende reflejar que el padecimiento de la actora no responde a la conducta de la empresa. Tampoco puede admitirse ello, pues de dichos documentos no se deduce error alguno en la redacción que se interesa suprimir, pues muchos de los informes médicos hablan de "reagudizaciones" de procesos anteriores y otros de hablan del contexto **laboral**. Y en cuanto al último párrafo del texto alternativo propuesto, que dice que " la actora padecía alteraciones depresivas desde al menos diciembre de 2002", no se deduce del informe médico que invoca (F.227), pues el mismo se refiere al comienzo del conflicto, no a la patología.

Finalmente, en otro motivo revisor vuelve a solicitar la modificación del hecho probado sexto, sin que conste texto alternativo, ni cite documento en que basarla. Habla de un organigrama de Manpower-MBS, que no tiene nada que ver con el objeto de este litigio.

QUINTO.- En el primer motivo dedicado al examen del derecho aplicado se combate el particular relativo a la no apreciación por la sentencia de la excepción de prescripción, citando como infringido el *art. 59 del Estatuto de los Trabajadores y 177.2 de la LPL*.

Es de señalar que dicha excepción ha de ser estudiada en una doble vertiente: la prescripción de los hechos respecto al presunto acosador y la prescripción de los hechos acontecidos como vulneradores de derechos fundamentales.

Con respecto a estos últimos, se ha de decir que la acción no ha prescrito, pues el inalterado relato de hechos probados y los que con tal carácter se reflejan en el fundamento de derecho quinto de la sentencia, acreditan que la conducta denunciada por la actora comenzó a partir de la firma de un acta de una asamblea de trabajadores de julio de 2003, en la que entre otros extremos se denunciaba las faltas de respeto y las coacciones del inspector de servicios Sr. Sabino y, conocido por éste el resultado de dicha asamblea, comenzó una actitud de hostigamiento hacia la actora en los años 2004, 2005, denunciados en múltiples escritos, que motivaron diversas bajas médicas reflejadas en el hecho probado sexto, que obligaron a la actora a ser tratada de urgencia en abril de 2005 por el servicio sanitario del aeropuerto, siendo evidente que nos encontramos ante una conducta continuada, tal como la interpreta el Tribunal Supremo, el que ha señalado que " la infracción continuada se caracteriza por la realización de una pluralidad de acciones y omisiones que, respondiendo a un plan preconcebido o con aprovechamiento de análoga o idéntica ocasión, quebrantan uno o varios preceptos semejantes, obedeciendo a una unidad de propósito", añadiéndose "que en los supuestos de conducta continuada, al carecer las diferentes faltas de sustantividad propia y verse inmersas en la conducta, sólo a partir de que cese esa puede iniciarse el dies a quo del cómputo". Pues bien, acorde con tal doctrina ha de concluirse con la sentencia de instancia que la acción no ha prescrito, pues teniendo en cuenta que la fecha de la presentación de la demanda sobre tutela fue en 8/11/2005, la fecha a señalar como día inicial es la de la última baja médica de la actora de 10/6/05, esto es, unos cinco meses antes de la interposición de la demanda,, lo que determina el rechazo de esta censura.

A idéntica solución ha de llegarse con respecto a la prescripción respecto al supuesto acosador Sr. Sabino , pues según consta en los autos que en el acto del juicio oral la actora se desistió de la ampliación de la demanda contra el mismo, quien posteriormente presenta un escrito solicitando que se amplíe de nuevo la demanda contra él, petición que es desestimada por auto del Juzgado de fecha 21/7/2006 y ratificada por otro posterior de 17/11/2006 , siendo este el motivo por el que la Sala en su sentencia de 26/7/2007 declaró la nulidad de actuaciones para la ampliación de la demanda contra el presunto acosador. Por lo que observamos que no ha transcurrido tampoco el plazo de un año entre estas dos últimas fechas prevista en el *art. 59.1 del E.T* para la prescripción de la acción.

SEXTO.- En otro motivo jurídico denuncia infracción del *art. 4.2 .d) y e) del E.T.* en relación con los *arts. 14, 15 y 18 de la Constitución Española*, argumentando que no ha quedado acreditado un hostigamiento psicológico sino ejercicio de las facultades empresariales. Argumento que la Sala no comparte porque el inmodificado relato de hechos probados contenido en los hechos y fundamentos de derecho se dibuja un inequívoco panorama de hostigamiento que le provocaron sucesivas crisis de ansiedad, determinantes de bajas médicas y situaciones de incapacidad temporal, por lo que es incuestionable la existencia de indicios de vulneración de sus derechos fundamentales que no se han

desvirtuado ni tan siquiera intentado desvirtuar con el recurso, lo que determina la desestimación del recurso de suplicación formalizado por el demandado Sr Sabino .

SÉPTIMO.- La empresa Segur Ibérica, S. A. formaliza su recurso amparado en los apartados b) y c) del *art. 191 de la Ley de Procedimiento Laboral*

Contiene dicho recurso varios motivos dedicados a la revisión de hechos probado: a) en el primero, interesa que se añada al hecho probado segundo, lo siguiente "... hacia todos los vigilantes de seguridad en general, no mencionándose en dicha acta ningún incidente concreto ocurrido con la actora". Pretensión revisora que no puede prosperar porque invoca en su apoyo el mismo documento- el acta de dicha Asamblea- que ha servido de base a la Juzgadora de instancia para sentar dicho hecho, siendo doctrina reiterada de esta Sala que no puede acogerse la censura de hechos si estos han sido obtenidos por el Juzgador de instancia del mismo documento en que la parte pretende amparar el recurso; a parte de que el añadido no aporta nada relevante y, por ello, la Juzgadora en el hecho no hace referencia a incidente alguno, pues no podemos olvidar que estamos ante un procedimiento de vulneración de derechos fundamentales de la actora, por lo que poca importancia ha de tener hacer constar si estas actitudes de **acoso** del inspector también lo ha sido con otros trabajadores.. b) en el segundo, solicita una nueva adición al final del hecho probado cuarto en la que se vuelve a insistir que en los escritos que constan en el mismo "...no se hace referencia a ningún incidente ocurrido en concreto entre el Sr. Sabino y la actora", a lo que tampoco se puede acceder por la expuesto anteriormente. c) en el tercero, solicita la supresión y adiciones que dice en el hecho probado sexto, lo que también ha de merecer respuesta desfavorable, las adiciones porque no evidencia error alguno en el contenido del hecho, obtenido tras la valoración de la totalidad de la prueba aportada y practicada, tal como le autoriza el *art. 97.2 de la LPL*, no pudiendo ser desvirtuada por lo tres partes de baja médica que invoca en su apoyo y, las supresiones, porque la basa en la total falta de prueba por parte de la actora de la que se pueda llegar a dicha conclusión, siendo doctrina de esta Sala la que afirma que carece de toda virtualidad revisora el alegar amparo negativo de la prueba, siempre que, como aquí sucede, en la instancia se haya practicado la mínima actividad probatoria constitucionalmente exigible para tener acreditados los hechos constitutivos de la pretensión formulada. d) en el cuarto, solicita que se añada al hecho probado séptimo " que la demanda por vulneración de derechos fundamentales se interpuso con fecha 8/11/2005, unos cuatro meses después de la firma de su finiquito", pretendiendo con tal adición que ese plazo de cuatro meses rompe cualquier relación de causalidad con la relación **laboral** mantenida entre ambas partes.. Tampoco se accede a tal añadido pues, aunque es cierto lo que se dice en lo que respecta al plazo, el finiquito suscrito por la actora supone una mera liquidación de haberes y la conformidad con la extinción de la relación **laboral**, ello no puede implicar una inmunidad de la empresa en relación con una supuesta vulneración de derechos fundamentales producidas mientras se mantuvo la relación **laboral**, como tiene dicho numerosas sentencias de TSJ y del Tribunal Supremo, según las cuales " firma de esos finiquitos no puede extender su eficacia liberatoria a la indemnización por los daños y perjuicios sufridos durante la vigencia de la relación **laboral** como consecuencia de actuaciones empresariales supuestamente constitutivas de **acoso laboral**..".

En los motivos dedicados al examen del derecho aplicado, denuncia la recurrente infracción de los *arts. 1281 y siguientes del C. Civil, 59 del E.T., más 14, 15, 18 y 28* de la Constitución Española, insistiendo en la falta de acción por el finiquito firmado con respecto a la recurrente, la prescripción de la acción y la inexistencia del **acoso** moral. A todo ello se ha dado ya la respuesta adecuada en este recurso y en el recurso formalizado por el Sr. Sabino , desestimando todas estas censuras y, por consiguiente, nos remitimos a lo dicho para evitar repeticiones innecesarias ante lo extenso de esta sentencia. b) en otro motivo jurídico denuncia vulneración del *art. 217 de la L.E.Civil* en lo que respecta al reconocimiento y cuantificación de las indemnizaciones por los daños morales causados, argumentando que, como los daños tanto físico como morales derivados de toda lesión de derechos fundamentales se deben de constatar-objetivamente-, el Juez que concede la indemnización debe dar razones objetivas que avalen y respalden dicha decisión, lo que según la recurrente no se da en este caso. Argumento que la Sala no comparte, pues del relato fáctico de la sentencia se desprende el perjuicio psicológico, social y moral que la conflictividad y persistencia del asunto supuso para la actora durante el tiempo en que ha permanecido trabajando en la empresa, lo que constituye justificación suficiente para la imposición de una indemnización (STC de 24/7/2006), que ha sido fijada por la Juzgadora de instancia siguiendo un criterio objetivo y razonable y cuya cuantificación no es susceptible de revisión por esta Sala, salvo que se acredite error en las bases fácticas o jurídicas en que se ha basado la misma para fijar aquella indemnización, lo que no consta ni se alega.. c) en otro motivo alega que la sentencia ha vulnerado los *arts. 1902 y 1903 del C. Civil y art. 5 del Estatuto* de los trabajadores, en cuanto que condena sólo a la recurrente y exculpa al causante del ilícito Sr. Sabino , por entender en el fundamento de derecho quinto que la relación **laboral** la mantiene o ha mantenido la actora con la empresa, no con el acosador. Ha de admitirse tal alegato, pues con arreglo a dichos preceptos ha de imponerse la responsabilidad solidaria tanto al que causa el daño como a la empresa. d) finalmente aduce también la empresa recurrente que la sentencia infringe el *art. 14 del*

Convenio Colectivo Nacional de Empresas de Seguridad relativo a la subrogación de servicios y del *art. 44 del E.T.* , argumentando que la actora trabajó para la recurrente hasta el 1/7/05, fecha en que comenzó a prestar servicios para Transportes Blindados,S.A. (TRABLISA) como consecuencia de la subrogación operada en el Aeropuerto de Sevilla y, como para la fijación de la cuantía de la indemnización, la sentencia ha tenido en cuenta periodos de baja por IT posteriores a la finalización de la contrata con la recurrente, ésta sólo debería responder de los daños ocasionados hasta el 1/7/05. Argumento que la Sala no puede compartir, pues no podemos olvidar que la indemnización que se fija deriva de los hechos iniciales descritos en la demanda constitutivos del **acoso laboral** ocurridos cuando la actora prestaba servicios para la empresa recurrente, sin que conste que cuando se subrogó Trablisa el Sr. Sabino haya dado órdenes a la actora, pues dicha empresa designó a otro inspector para que se relacionase con los trabajadores, pasando el Sr. Sabino a realizar funciones de interlocutor con el cliente AENA. El hecho de que, estando ya trabajando para esta empresa, haya sufrido nuevas baja médicas no puede implicar derivar responsabilidad para ésta en el pago de parte de la indemnización, pues en estos partes de baja se habla de "reaparición de la sintomatología" "reactivación del inicial síndrome", lo que implica que ninguno de ellos tengan relación causal con esta empresa. En definitiva, la sentencia fue certera al tomar como parámetro para la evaluación económica del daño el impacto real de la salud de la actora, aunque dicho impacto se haya prolongado más allá del fin de la contrata, lo que determina el rechazo de esta censura.

OCTAVO.- El recurso de la trabajadora tiene como finalidad el que se condene solidariamente al acosador Sr. Sabino y a TRABLISA al pago de la indemnización y, para ello , formaliza un motivo fáctico que ampara en el *apartado b) del art. 191 de la LPL, en el que interesa que en el hecho probado octavo* se refleje entre los párrafos primero y segundo los distintos cambios de puestos de trabajo sufridos por la actora en la fecha en que comenzó a prestar servicios para TRABLISA entre julio de 2006 y enero de 2007, estableciendo a continuación un extenso añadido, con dichos cambios que reproducimos. Invoca en su apoyo numerosos folios que constan las órdenes de trabajo, las quejas de la recurrente y otros trabajadores y partes de asistencia médica relacionados con dichos incidentes.

No podemos olvidar que el recurso de suplicación es un recurso de carácter extraordinario, de carácter cuasicasacional y de objeto limitado, en el que el Tribunal ad quem no puede valorar ex novo toda la prueba practicada ni revisar el derecho aplicable, sino limitarse al conocimiento concreto de las cuestiones planteadas por las partes (SSTC nº 18/1993 y 294/1993). Por ello en el proceso **laboral**, no existe una doble instancia que permite el pleno conocimiento del Tribunal Superior de Justicia de lo resuelto por el Juzgador de instancia, ni una nueva valoración de la prueba practicada en el procedimiento, a diferencia con lo que ocurre con la apelación civil que es un recurso ordinario, lo que, por otra parte, es plenamente acorde con el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el *art. 24* de la Constitución Española, puesto que la doble instancia, salvo en el orden penal, no forma parte necesariamente del contenido del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, siendo el legislador libre a la hora de establecer y configurar los sistemas de recurso que estime oportunos y determinar los supuestos en que cada uno de ellos procede y los requisitos que han de cumplirse en su formulación (SSTC 51/1982, 3, 14 y 123/1983, 57/1985, 160/1993).

En consecuencia, a través del recurso de suplicación no puede solicitar el recurrente que el Tribunal Superior efectúe una valoración de numerosa prueba documental aportada, sino que la revisión de los hechos probados sólo puede efectuarse cuando mediante documentos idóneos, que tengan suficiente poder de convicción o decisivo valor probatorio, se acredite fehacientemente el error de hecho cometido por el Juzgador de instancia en la valoración de la prueba, y sin que sea necesario para ello acudir a operaciones deductivas o razonamientos lógicos, al corresponder el juicio valorativo sobre el conjunto de la prueba practicada en exclusiva a dicho Juzgador, en uso de las facultades de libre apreciación de la prueba que le reconoce el *art. 97.2 de la LPL* .

De acuerdo con estos criterios, el añadido interesado en el hecho octavo no puede prosperar, puesto que en dicho hecho consta la existencia de diversos cambios de puestos de trabajo sufrido por la recurrente desde octubre de 2006 a enero de 2007, razonando la Juzgadora, tras el examen conjunto de la totalidad de la prueba aportada y practicada en el acto del juicio oral conforme al principio de la sana crítica a tenor del *art. 97.2 de la LPL* , que dichos cambios se debieron a cuestiones organizativas de la empresa en función de las incidencias puestas de manifiesto en cada momento por los jefes de equipo, por lo que intentar alterar tales conclusiones con las conjeturas y deducciones que hace la documental que cita no se puede admitir, de ahí que dicho hecho queda inalterado.

En el primer motivo jurídico formalizado al amparo del apartado c) del mentado *art. 191 de la LPL* , denuncia la recurrente infracción de los *arts 14,15, 18 y 24 de la Constitución Española, 44 del E.T. y 180.1* de la LPL y doctrina constitucional y jurisprudencial sobre la inversión de la carga de la prueba en materia de vulneración de derechos fundamentales, en lo que se refiera a TRABLISA, censura que no puede

admitirse porque la basa en el hecho probado octavo y en la redacción ampliada que se ha propuesto, la que como hemos dicho antes no ha prosperado.

Argumenta la recurrente que TRABLISA no ha acreditado que no ha vulnerado los derechos fundamentales descritos en los primeros preceptos indicados, pero olvida que la Juzgadora a la vista de la prueba practicada en el acto del juicio oral ha considerado acreditado lo contrario, esto es, que desde que tal empresa asumió el servicio de vigilancia en el aeropuerto no se ha producido actuación atentatoria de los derechos fundamentales de la trabajadora. Es más, en el extenso fundamento de derecho sexto de la sentencia razona que los hechos descritos en la demanda inicial ocurrieron mientras la trabajadora prestaba servicios para Segur Ibérica, S.A y que desde que se produjo la subrogación, TRABLISA ha designado a un nuevo inspector para relacionarse con los trabajadores, removiendo por ello al inspector acosador a un puesto de trabajo en el que no tuviera que relacionarse con los trabajadores, ni tuviera contacto directo con los vigilantes, no recibiendo ya más órdenes de acosador.

Y en cuanto a los cambios de puesto de trabajo acaecidos cuando ya trabajaba para TRABLISA, es de señalar que la trabajadora-recurrente sólo ha intentado sin éxito introducir un añadido, dejando inalterado el resto del hecho probado, en donde se dice que los cambios de puestos de trabajo estaban justificados en las incidencias puestas de manifiesto por los jefes de equipo, por lo que obedecían a razones concretas y no a una pura arbitrariedad o capricho de la empresa.

Pero es más, como se dice en el escrito de impugnación del recurso, los cambios de puesto de trabajo que ha intentado reflejar en el hecho octavo se refieren a los efectuados entre las fechas de julio de 2006 a enero de 2007, los cuales fueron introducidos en el proceso mediante un escrito ampliatorio de fecha 17 de enero de 2008 muy posterior a la fecha de la interposición de la demanda inicial del proceso y, teniendo en cuenta la fecha del último cambio esgrimido de 16/1/07, ha transcurrido el plazo del un año previsto en el *art. 59 del E.T* para exigir responsabilidad por tales cambios, de ahí que se rechace esta censura.

En otro motivo subsidiario al anterior, denuncia de manera genérica infracción del *art.44 del E.T.*, sin precisar cual de los apartados que contiene el *artículo es el infringido*, y *180* de la LPL, argumentando ampliar la responsabilidad indemnizatoria a la empresa TRABLISA, actual adjudicataria del servicio, ya que el mentado *art.44* establece que " el cambio de titularidad de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma no extinguirá por si mismo la relación **laboral**, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior.." y en su apartado tercero establece que "...en las transmisiones que tengan lugar por actos inter vivos, responderán solidariamente durante tres años de las obligaciones laborales nacidas con anterioridad a la transmisión y que no hubieran sido satisfechas". Censura que tampoco puede merecer favorable respuesta, pues aquí no se trata de obligaciones laborales o de Seguridad Social, sino que estamos en presencia de una indemnización de daños y perjuicios por vulneración de derechos fundamentales derivada de conducta antijurídica ocurrida de la empresa cedente y de uno de sus trabajadores, sobre la que no tiene ninguna responsabilidad la empresa cesionaria, máxime si la cesionaria ha tomado todas las medidas necesarias para que no se vuelvan a producir dichas conductas atentatorias.

Finalmente en otro motivo jurídico denuncia infracción del *art. 180 de la LPL* y sentencia del Tribunal Supremo de 30/1/09, en materia de litis consorcio y responsabilidad de los trabajadores partícipes en actos de **acoso** moral. Decir al respecto que la recurrente confunde el concepto de legitimación pasiva ad procesum, que es la que concurre respecto a TRABLISA en el proceso que ha de ser parte por ser la actual empresa para la que trabaja la actora, de la legitimación pasiva ad causam, que concurre no sólo en la codemandada Segur Ibérica, S.A., que era la empresa para la que prestaba servicios la actora cuando se produjeron los actos atentatorios de sus derechos fundamentales, por lo que ha de condenarse a dicho acosador y al empresa para la que prestaba servicios en aquél momento, esto es, a Segur Ibérica, S.A.

Por todo lo anteriormente expuesto, se impone desestimar los recursos del Sr. Sabino y de la actora y estimación en parte del interpuesto por Segur Ibérica, S.A.

FALLAMOS

Con desestimación del recurso de suplicación interpuesto por D. Sabino y estimación en parte del formalizado por Segur Ibérica, S.A. y D^a Nieves, todos contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de los de Sevilla el 17 de diciembre de 2008, recaída en autos sobre tutela de derechos fundamentales, promovidos por D^a Nieves contra el recurrente individual, Segur Ibérica, S.A., Transportes Blindados, S.A., D. Íñigo, D. Bernardino, D. Ezequiel, D. Landelino, D. Romeo, D. Luis Alberto y D. Alexis, debemos revocar y revocamos en parte dicha sentencia, en el sentido de declarar la responsabilidad

solidaria en lo que respecta al abono de la indemnización a D. Sabino y Segur Ibérica,S,A., manteniéndose el resto del pronunciamiento de instancia.

Una vez firme esta sentencia, devuélvase a la empresa Segur Ibérica, S.A el depósito que constituyó para recurrir y manténgase el aval prestado hasta el total cumplimiento de esta sentencia

Notifíquese esta sentencia a las partes y al Excmo. Sr. Fiscal de este Tribunal, advirtiéndoles que, contra la misma, cabe recurso de casación para la unificación de doctrina, que podrá ser preparado dentro de los DIEZ DÍAS hábiles siguientes a su notificación, mediante escrito dirigido a esta Sala, así como que transcurrido el término indicado, sin prepararse recurso, la presente sentencia será firme.

Una vez firme esta sentencia, devuélvase los autos al Juzgado de lo Social de referencia, con certificación de esta resolución, diligencia de su firmeza y, en su caso, certificación o testimonio de la posterior resolución que recaiga.

Únase el original de esta sentencia al libro de su razón y una certificación de la misma al presente rollo, que se archivará en esta Sala.

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

VOTO PARTICULAR

Que formula el Magistrado Don JOSÉ JOAQUÍN PÉREZ BENEYTO respecto de la Sentencia, dictada el 9 de diciembre de 2009, núm. 4346/2009, de la Sala de lo Social del TSJ Andalucía , sede de Sevilla.

La tesis que se defiende en el presente voto particular se fundamenta en los siguientes razonamientos, que llevarían, tras estimar el motivo del recurso formulado al amparo del ap. a) del *art. 191 LPL* anulando la sentencia de instancia, a retrotraer las actuaciones al momento anterior de la celebración del juicio para que por Juez distinto, que por turno de reparto corresponda al que dictó las sentencias aquí anuladas, se celebre nuevo juicio, por haberse vulnerado el derecho a un proceso con todas las garantías del *art. 24.2 CE* ; el derecho a un Juez imparcial en su vertiente objetiva.

El sentir mayoritario de la Sala es que no hay norma procesal alguna que prevea este supuesto de abstención y recusación, y es la razón de no estimar ese motivo del recurso, previo reconocimiento de que "que la misma Juzgadora que dictó la sentencia, posteriormente anulada por esta Sala,... (dictó)....sentencia sobre el mismo asunto que en su día ya decidió, atribuyendo a dicho recurrente (que no fue parte en aquel proceso) la autoría indubitada de los hechos por los cuales se dictó la sentencia estimatoria de la pretensión ejercitada por la actora..."

Los hechos procesales se ciñen a que la Juez de instancia celebró nuevo juicio y dictó sentencia el 21 de marzo de 2006 , tras un recurso de suplicación en que fue anulada la anterior sentencia por otra STSJA Sevilla nº 2535/07 de 26 de julio , que estimo que concurría una defectuosa constitución del litis consorcio pasivo pues debió ser emplazado quien ya en esa primera sentencias de instancia figuraba como sujeto activo del **acoso** y, remitidos los autos y ampliada la demanda a Sabino , fue celebrado nuevo juicio por idéntica Juez, dictándose idéntica sentencia (incluida la fecha) en la que se añadía un fundamento para no condenar al Sr. Sabino arguyendo que porque no tenía relación **laboral** con la actora. En esa segunda sentencia de instancia nada se argumenta sobre los medios de prueba propuestos, y practicados, por el Sr. Sabino . Es de destacar, por la relevancia *constitucional de esos hechos procesales, que en la primera sentencia fruto de un juicio en que no fue parte el Sr. Sabino ya había tanto hechos probados como un extenso fundamento con valor de hecho en los que se describía la conducta acosadora del Sr. Sabino ; hechos que se transcriben literalmente en la segunda sentencia.*

Los hechos procesales nos sitúan en la tesitura, desde el prisma de la imparcialidad judicial, si es necesario o no cambiar la composición de un tribunal cuando sea revocada su resolución en vía de recurso, de tal suerte que el tribunal ad quem reenvíe la causa al Juez a quo para que repita el proceso culminándolo con resolución de fondo al concurrir nulidad de actuaciones por vicio in procedendo.

Hay que dejar constancia clara de que la dificultad del asunto radica en que las leyes procesales no prevén expresamente este supuesto como motivo de abstención o como causa de recusación. La ley establece una hipótesis parecida a la que nos ocupa como razón para abstenerse en el actual *art. 219.11ª LOPJ* : "... haber resuelto el pleito o causa en anterior instancia...", pero en su literalidad no encaja el supuesto de autos, pues está pensado para que en un recurso no resuelva quien ya antes resolvió. Aun así, entiendo que cabe la interpretación extensiva u analógica de las causas de abstención, las cuales, no son

numerus clausus, ya que la interpretación contraria se compadece mal con las que son exigencias insoslayables del derecho fundamental al juez imparcial, incardinado a su vez en el derecho a un proceso con todas las garantías del *art. 24.2 CE*

Si de lo que se trata es de preservar un derecho fundamental, cual es el derecho a un Juez imparcial como concreción del derecho a un proceso con todas las garantías, entonces el ámbito del deber de abstención y del derecho de recusación no puede estar limitado por una hipotética e imposible pretensión del legislador de enumerar, exhaustiva y tasadamente, las razones que comprometen la imparcialidad de un juzgador.

En otros términos: más allá de la Ley, es la Constitución misma la que garantiza, siempre y en todo caso, que un Juez parcial pueda ser excluido del conocimiento de un asunto. El legislador, qué duda cabe, puede y debe elaborar un elenco de motivos de abstención, pues así, con esa plasmación, facilita la observancia del deber de imparcialidad. Pero, ni el legislador puede, sin infringir la Constitución y, en concreto, la garantía de la inamovilidad judicial, establecer la obligación de abstenerse por motivos que no comprometan la debida imparcialidad, ni los tribunales deben inadmitir a trámite recusaciones por el hecho de que el justiciable invoque la parcialidad de su juzgador con apoyo en razones que difícilmente quepa incluir, o que no quepa incluir en absoluto, en alguno de los motivos tipificados por la Ley.

Confirma este parecer, entre otras, la STC 157/1993 (RTC 1993, 157) cuando dice (F. 2º FJ): "... la Constitución, ciertamente, no enumera, en concreto, las causas de abstención... que permitan preservar el derecho a un proceso con todas las garantías..., pero ello no significa que el legislador quede libre de cualquier vínculo jurídico constitucional a la hora de articular ese derecho... La CE impone determinados condicionamientos al legislador que ha de ordenar esas causas de abstención y recusación, condicionamientos que derivan del contenido esencial de los derechos reconocidos en el *art. 24.2 CE*, a la luz de los mandatos del *art. 10.2 CE*, y, en relación con el mismo, de los pronunciamientos de los órganos jurisdiccionales llamados a interpretar y aplicar los tratados y convenios internacionales suscritos por España en materia de derechos fundamentales y libertades públicas. Con relación a estos mandatos..., baste decir que tales pronunciamientos jurisdiccionales (los dictados, en especial, por el TEDH) pueden llegar a identificar supuestos de abstención y recusación hasta hoy no contemplados en nuestra legislación, hipótesis ante la cual cabría sostener la exigencia de una acomodación del Derecho español al precepto internacional de este modo interpretado por el órgano competente para ello". En parecidos términos, la STC de 27 de septiembre de 1999 (RTC 1999, 162) -asunto Hormaechea-, reconoce expresamente (F. 5) "que las sospechas (de parcialidad) pueden surgir de cualquier tipo de relaciones jurídicas o de hecho en que el Juez se vea o se haya visto envuelto (SSTC 137/1994 [RTC 1994, 137] fundamento jurídico 2º, 60/1995 [RTC 1995, 60] , fundamento jurídico 3º, 7/1997 [RTC 1997, 7] , fundamento jurídico 3, y 64/1997 [RTC 1997, 64] , fundamento jurídico 3º)".

Es cierto que en términos puramente literales, es innegable que si hay anulación de la sentencia o del procedimiento con reenvío al tribunal a quo, es difícil sostener que va a conocer quien "ha resuelto el pleito o causa en anterior instancia": este motivo de abstención o, por mejor decir, esta *causa de inhabilidad del art. 219.11ª* trata de evitar que quien resolvió en la instancia decida el recurso que se plantee contra su pronunciamiento anterior, pero ese *art. 219.11ª* no responde, en su literalidad al menos, al propósito de impedir que subsane la nulidad el concreto juez o los concretos magistrados que hayan incurrido en ella.

Hay pues una necesidad insoslayable de entender rectamente el alcance de la tipicidad legal de las causas de abstención, de suerte que esa previsión legal no prevalezca sobre las exigencias de imparcialidad que emanan directamente de la Constitución: dicha tipicidad no puede ser entendida como impedimento de alegaciones recusatorias ni del examen de sospechas fundadas de parcialidad por el solo hecho de que no encajen en el tenor de las causas legales de abstención. Este planteamiento es claramente afirmado por el TC, en particular, la STC 157/1993 (RTC 1993, 157).

Pasamos a analizar el fundamento y los caracteres constitucionales de la imparcialidad judicial, como sus consecuencias sobre la interpretación de las causas de abstención.

La imparcialidad del Juez no sólo ha de referirse a la propia disposición del ánimo respecto de los contendientes, sin inclinarse a ninguno de ellos. Asimismo, el Juez únicamente debe ejercer su jurisdicción en asuntos que le son ajenos desde un doble punto de vista: de un lado, porque el Juez es ajeno a la cosa (la contienda versa sobre conductas de otro, sobre asuntos en los que el juzgador no tiene interés propio, directo o indirecto); de otro lado, porque, además de ese desinterés objetivo, el Juez está ajeno de la cosa (no tiene noticia ni conocimiento de ella y no está prevenido del juicio que va a emitir, el Juez no ha tenido contacto anterior con el asunto de un modo tal que quepa poner en tela de juicio su ecuanimidad a la hora valorar las alegaciones y pruebas y de juzgar en consecuencia).

En palabras del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), interpretando en este *punto el art. 6.1 del Convenio* de Roma: "la imparcialidad judicial comprende, además de un aspecto subjetivo --que trata de averiguar la convicción personal de un juez determinado en un caso concreto--, un aspecto objetivo, independiente de la disposición anímica del Juez, que se refiere a si éste ofrece las garantías suficientes --desde un punto de vista funcional y orgánico-- para excluir cualquier duda razonable al respecto". En esta materia, incluso las apariencias pueden revestir importancia; según un adagio inglés, citado particularmente en la sentencia Delcourt de 17 de enero de 1970 "no sólo debe hacerse justicia, sino parecer que se hace". De ahí que deba abstenerse y, en su caso, ser recusado cualquier juez de quien se pueda temer legítimamente la falta de imparcialidad. Lo que está en juego es la confianza que los tribunales deben inspirar a los ciudadanos. Y sucede, al respecto, que, para pronunciarse en un caso concreto sobre la existencia de una razón que permita sospechar un defecto de imparcialidad en un Juez, el punto de vista del litigante que denuncia ese defecto debe ser tenido en cuenta, pero no desempeña un papel decisivo: lo determinante consiste en saber si los temores del interesado pueden ser considerados como objetivamente justificados (SSTEDH de 1 de octubre de 1982 (asunto Piersack), 26 de octubre de 1984 (asunto De Cubber), 24 de mayo de 1989 (asunto Hauschildt), 16 de diciembre de 1992 (asunto Sainte-Marie), 24 de febrero de 1993 (asunto Fey), 26 de febrero de 1993 (asunto Padovani), 22 de abril de 1994 (asunto Saraiva de Carvalho), 22 de febrero de 1996 (asunto Bulut), 23 de abril de 1996 (asunto Remli), 10 de junio de 1996 (asuntos Pullar y Thomann), 25 de febrero de 1997 (asuntos Findlay y Gregory,) y 20 de mayo de 1998 (asunto Gautrin y otros c. Francia).

Así pues, el Tribunal de Estrasburgo da a la imparcialidad objetiva un nuevo matiz de grandes repercusiones en la práctica: no se trata sólo de que el Juez sea ajeno a la res in iudicio deducta y esté ajeno de ella, se trata también de que su posición y su actuación procesales no inspiren el temor fundado de parcialidad. No basta con que el proceder del Juez sea irreprochable; es preciso que lo parezca, pues la apariencia razonable o cabal de parcialidad es fundamento suficiente, sin necesidad de mayor prueba, para que un juzgador deba apartarse o pueda ser apartado del conocimiento de un asunto.

La imparcialidad judicial, con todos estos matices (ausencia de predisposición del ánimo/ desinterés objetivo/ apariencia de neutralidad desde el punto de vista orgánico y funcional), es una garantía insoslayable de la recta administración de justicia o, en la terminología del TEDH, es condición ineludible del derecho a un proceso justo. Más aún: pese al silencio de nuestra Norma Suprema, se puede hablar con toda propiedad de que el justiciable tiene verdadero derecho a un Juez imparcial, que debe entenderse incluido en el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías (*art. 24.2 CE*): fundamento dogmático y constitucional del deber de abstención y del derecho de recusar.

La conclusión a la que nos llevan los precedentes argumentos es considerar la anulación con reposición como causa constitucional de abstención desde el prisma de la imparcialidad objetiva, con total independencia de cuál sea el ámbito de aplicación del *art. 219.11ª LOPJ* cuando la causa de la reposición o del reenvío es un vicio in procedendo, pues la esencia misma de la imparcialidad objetiva subviene a la necesidad de evitar la prevención o, más aún, la apariencia fundada de prevención como consecuencia de la relación previa con el objeto del proceso, es evidente de toda evidencia que semejante relación previa puede predicarse del mismo objeto procesal sobre el que ya se ha decidido o de un objeto parcialmente coincidente con el antes examinado.

Lo de verdad relevante tanto si se trata de enjuiciar cuestiones de hecho como de Derecho, en relación con un objeto procesal del que se ha tenido previo conocimiento en todo o en parte, es que el mismo Juez no intervenga por segunda vez en la fijación de la existencia, autoría y alcance de los hechos o en la solución, directa o indirecta, de una quaestio iuris, de modo que pueda existir el riesgo razonable de que la nueva determinación que se vaya a adoptar a resultados del reenvío subsiguiente a una declaración de nulidad, esté predeterminada en alguno de sus puntos esenciales por la previa actuación del juzgador.

Si se acepta por razones constitucionales el expresado concepto de imparcialidad objetiva (el reseñado, por las SSTC 157/1993 (RTC 1993, 157) y 138/1994 (RTC 1994, 138) y por el ATC 132/1996 (RTC 1996, 132) que constituye un verdadero avance en la lucha por un proceso dotado de las máximas garantías, entonces lo que no se puede hacer sin la debida justificación es restringir la aplicación práctica de ese concepto inequívoco, desvirtuándolo, sobre la base del tenor literal del *art. 219.11ª LOPJ*, como si las exigencias que la Constitución marca en la definición de este aspecto central del Estado de Derecho, cual es la imparcialidad judicial, hubiesen de ceder ante la dicción de un precepto legal que, por añadidura, admite sin violencia una exégesis amplia.

El caso que se nos somete a enjuiciamiento es un supuesto de imparcialidad objetiva y remisión al Juez a quo fundada en vicio esencial del procedimiento: error in procedendo.

Esta Sala, ad quem, apreció un vicio esencial del procedimiento, anuló y, con retroacción de las actuaciones al momento en que se cometió la infracción, ordenó que el Juzgado que prosiguiese la causa, tras ser ampliada la demanda a tercero no demandado del que se desistió la actora antes de iniciarse el juicio oral, y la culmine por sentencia.

En fecha 21-03-2006 el Juzgado de lo Social nº 2 de Sevilla, dictó Sentencia nº 142/06, estimatoria de la demanda formalizada por la Sra. Nieves. La ratio decidendi a la que obedece la estimación de la demanda, FDº 4º de la Sentencia, da como resultado la atribución de la totalidad de los comportamientos presuntamente lesivos para la dignidad, integridad física y moral de la Sra. Nieves al hoy recurrente, y en aquel juicio no demandado, considerando como hechos probados (antecedente inmediato del juicio adoptado por la Juzgadora) tales conductas en los hechos 2º, 3º, 5º y 8º y atribuyendo las mismas con valor de hecho probado, a quien ahí no comparecía como demandado. La Sentencia primera, obviamente, se dicta atribuyendo la autoría de hechos y tras valorar la prueba, cualquiera que ésta fuese, por la Juzgadora, esto es, con pleno contacto y valoración del objeto del proceso, las pruebas y alegaciones de las partes del mismo, y consecuentemente concurre en la Juzgadora una prevención en su ánimo por cuanto amen de que la Sentencia haya sido declarada nula, en la misma existió, el conocimiento adquirido, el prejuicio sobre el proceso y los hechos que no desaparecen por arte de ensalmo de la persona que ya juzgó, por el contingente dato relativo a la posterior anulación de la misma.

En suma, existió y existe una previa relación de la juzgadora con el objeto del proceso, y, consecuentemente, unas convicciones formadas sobre el fondo del asunto en el momento de resolver el litigio.

Una mera lectura comparativa de la Sentencia 142/06 con relación a la nº 537/08 permite advertir en los hechos probados 1º a 4º, 6º y 8º que solo innova respecto de la ampliación de demanda que se establece una vez conocida la nulidad dictada por esta Sala; que el FJ 4º de la sentencia nº 142/06 con relación al 5º de la nº 537/08 donde se fija la ratio decidendi, es idéntico; que la segunda sentencia prácticamente es trasunto literal de la que en su día dictó y fue anulada por la Sala al punto que ni arguye ni motiva, sobre ninguno de los medios pruebas, documentos aportadas por la parte hoy ya si demandada, hasta el extremo que la fecha de la segunda sentencia es el de la primera, cosa que hubo que aclarar posteriormente.

En el sentir del ciudadano medio, o mejor del ciudadano a secas, lo normal será inclinarse a pensar que quien ha estado convencido en conciencia de la ilicitud de unos hechos, de su autoría y, consideró innecesario que compareciese al juicio un tercero como demandado (hasta el punto que lo excluyó del juicio primero cuando estaba emplazado como codemandado) quien ya allí se le consideró autor de la conducta ilícita, no porque ahora se haya de proceder a la ampliación de la demanda a ese tercero va a modificar su anterior convicción. En el mejor de los casos, en lugar de desesperanza podrá haber confianza en la honradez personal del Juez, pero no será posible evitar el recelo de que la condena pasada va a influir en el futuro fallo.

En rigor, las exigencias constitucionales sobre el deber de imparcialidad no se colman por el hecho de que el justiciable carezca de temor racional a que las nuevas actuaciones sean ignoradas por el Juez a la hora de volver a resolver. Insistimos en que el justiciable puede tener una confianza absoluta en la honradez del juzgador y en que éste actuará en conciencia y considerará lo nuevamente actuado para decidir; pero esto es del todo intrascendente cuando la situación que tiene lugar, desde un punto de vista puramente objetivo, provoca sospechas acerca de si el Juez será capaz de sustraerse, psicológicamente hablando, a la inevitable influencia de su anterior convicción.

Esa prevención ha surgido mediando un defecto procesal, no demandar al trabajador que se le imputan las conductas de **acoso**, y lo que la Constitución demanda inequívocamente es que se juzgue sin semejantes predisposiciones del ánimo. Lo de menos es conseguir que el Juez repare el defecto que cometió y que tenga en cuenta las nuevas actuaciones practicadas; lo importante es que la ponderación de todos los elementos probatorios tenga lugar sin la sospecha razonable de que el fallo puede estar predeterminado por una convicción previamente asumida de forma indebida, sí, pero no por ello menos real.

Como se aprecia, sostengo que hay un derecho de configuración legal a que la causa sea reenviada a órgano jurisdiccional distinto del que incurrió en la infracción de procedimiento (vicio in procedendo) que dio lugar al recurso, y que cabe inferir de la Constitución esta consecuencia.

Un error in procedendo esta vinculado con el conocimiento cabal y completo de la res in iudicio deducta, previniendo indebidamente y pro futuro al juzgador o juzgadores que hayan incurrido en semejante

yerro. Así la indebida constitución del litisconsorcio pasivo necesario (vid STS de 30 enero 2008, RJ 2777 , referida a caso idéntico al de autos), más tarde apreciado por tribunales funcionalmente superiores, con reposición de actuaciones ¿Se puede decir cabalmente que el Juez que no ha estimado preciso que concorra como demandado al que se le hace nada menos que autor de los hechos y tramitado el entero proceso sin entender necesaria la presencia de quien luego es tenido por imprescindible "no está prevenido" a la hora de juzgar sobre la naturaleza de la acción ejercitada? ¿Se puede decir, siguiendo con lo aquí enjuiciado, que, al menos desde el punto de vista de las apariencias, sería infundado cualquier temor de parcialidad por parte del justiciable inicialmente preterido, por más que ese Juez repita el procedimiento, con nuevas alegaciones y, en su caso, con práctica de prueba a cargo de quien en su día no fue oído?

Por esa razón, porque la imparcialidad objetiva está integrada en el contenido esencial de un derecho fundamental, cual es el derecho a un juez imparcial, y porque ese contenido esencial es intangible, resulta obligado sostener que la obligación descrita, en los casos reseñados, de modificar la composición originaria del tribunal a quo si media anulación con reenvío, rige también - sin excusa posible- cuando están implicados los más altos tribunales del Estado, esto es, cuando la anulación y el reenvío los efectúa el Tribunal Constitucional respecto de una resolución dictada por el Tribunal Supremo o cuando es la propia Sala IV quien anula y reenvía a la Sala correspondiente del TSJ.

En fin, cuanto antecede evidencia una necesidad que dimana directamente de la Constitución, *art. 24.2 CE* : siempre ha de ser posible verificar que la actuación de un Juez en un litigio es congruente con la imparcialidad exigible en sus distintos matices, y ello con total independencia de que el alegato de parcialidad resulte o no incardinable en alguna de las causas de abstención legalmente tipificadas. Esto es así porque, como queda dicho, más allá de la Ley, es la Constitución misma la que garantiza, siempre y en todo caso, que un Juez parcial pueda ser excluido del conocimiento de un asunto.

Lo determinante es que el juez haya conocido cualificadamente el asunto, lo haya valorado en todo o en parte para formarse una opinión al respecto. En estas situaciones el justiciable tiene derecho, sin duda, al reenvío de su causa al tribunal a quo, pero también a que ésta sea vista por un juez no prevenido; el justiciable tiene derecho, en definitiva, a que el órgano a quo se integre por nuevos jueces y/o magistrados cuya imparcialidad no esté en entredicho.

Estimado este motivo del recurso, se debió retrotraer las actuaciones al momento anterior de la celebración del juicio para que por Juez distinto que por turno de reparto corresponda al que dictó las sentencias aquí anuladas se celebrase nuevo juicio. No acordado así por la mayoría, es la razón de este voto, pues de no haber concurrido esta circunstancia, hubiera suscrito en su integridad la presente sentencia.