



Roj: **STSJ MU 745/2017 - ECLI: ES:TSJMU:2017:745**

Id Cendoj: **30030340012017100376**

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

Sede: **Murcia**

Sección: **1**

Fecha: **26/04/2017**

Nº de Recurso: **1147/2016**

Nº de Resolución: **446/2017**

Procedimiento: **RECURSO SUPLICACION**

Ponente: **JOSE LUIS ALONSO SAURA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.J.MURCIA SALA SOCIAL

MURCIA

SENTENCIA: 00446/2017

UNIDAD PROCESAL DE APOYO DIRECTO

Pº GARAY, 5 - 2ª PLANTA - 30005 - MURCIA

Tfno: 968 22 92 16

Fax: 968 22 92 13

NIG: 30016 44 4 2015 0001057

Equipo/usuario: JLG

Modelo: 402250

RSU RECURSO SUPLICACION 0001147 /2016

Procedimiento origen: DERECHOS FUNDAMENTALES 0000349 /2015

Sobre: DERECHOS FUNDAMENTALES

RECURRENTES: Doroteo , LA MANGA CLUB S.L.

ABOGADO/A: ANA CARLOTA GARCIA PAPI MARTINEZ, JESUS FRANCISCO MOLINERA MATEOS

RECURRIDOS: Doroteo , Filomena , LA MANGA CLUB S.L. , MINISTERIO FISCAL

ABOGADO/A: ANA CARLOTA GARCIA PAPI MARTINEZ, JOSE MATEOS MARTINEZ , JESUS FRANCISCO MOLINERA MATEOS

En MURCIA, a veintiséis de abril de dos mil diecisiete.

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

SENTENCIA

En los recursos de suplicación interpuestos por LA MANGA CLUB, S.L. y por D. Doroteo contra la sentencia número 2/2016 del Juzgado de lo Social número 2 de Cartagena, de fecha 11 de Enero, dictada en el proceso número 349/2015, sobre TUTELA, y entablado por Dª. Filomena frente a LA MANGA CLUB, S.L., D. Doroteo y MINISTERIO FISCAL.

En la resolución del presente recurso de suplicación, actúa como Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. JOSÉ LUIS ALONSO SAURA, quien expresa el criterio de la Sala.



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- Hechos Probados en la instancia y fallo.

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

1º.- La trabajadora demandante viene prestando servicios para la demandada, con la categoría profesional de Repostera, y con antigüedad reconocida desde el 17 de mayo de 1993, y percibiendo salario reglamentario.

2º.- La actora, el 26 de marzo de 2012, interpuso una queja a la empresa relativa al comportamiento hacia ella por parte del Jefe de Pastelería Sr. Doroteo por maltrato y por las expresiones que le dirigía y al tener que realizar turno de noche seguido durante cierto tiempo y con carga de trabajo insostenible "y que tenía que hacerlo porque lo decía él, capullo, y porque le salía de los huevos y diciéndole que si no le conviene, puerta, y que la va a joder, y si me pongo cabrón vas a ver" y carga de trabajo que no se le había exigido nunca a otro trabajador y al quejarse, el Sr. Doroteo , le exigió que le escribiera en cada momento lo que hacía y cuando llegaba por la mañana le decía que apretara el culo y que las mujeres no valen para nada y que le quitaban el puesto de trabajo a los hombres (documento 1 del ramo de prueba de la parte demandante aportado con la demanda).

3º.- La demandante se dirigió a Recursos Humanos -RRHH- a pedir ayuda al Director D. Narciso para que solucionara el problema pero lejos de solucionarse se agravó y Filomena se enfadó muchísimo metiéndose con su familia directamente. Presentó la queja antes aludida por escrito y delante del Director de RRHH, representantes del Comité de Empresa y Roque . A partir de ese momento el Sr. Doroteo no le dirigía la palabra pese a ser la de más antigüedad y categoría profesional, sencillamente la ignoraba, y cuando estaba sola arremetía contra ella y la trabajadora ha tratado de sobrellevar el problema durante años por miedo a represalias de perder el trabajo aunque se ha planteado dejarlo por el sufrimiento que ha padecido.

4º.- Pues bien, lo anterior y en lo relativo al turno de trabajo, se resolvió tal como dice la testifical practicada de representantes de los trabajadores y empresa con la vuelta de la trabajadora a sus anteriores condiciones de trabajo, pero la queja como dice el Presidente del Comité de Empresa de ese momento y testigo en juicio a propuesta de la empresa, era también no solo por la carga de trabajo sino porque la trabajadora era acosada por el Sr. Doroteo .

5º.- La trabajadora está de baja por ansiedad en el periodo de 23 de marzo de 2012 a 3 de abril de 2012 (documento 2 aportado con la demanda). En el historial clínico de la actora a 23 de marzo de 2012 se hace constar que trabaja por la noche y le ha descontrolado y además padece cuadro de ansiedad, está con temblores, refiere que ha sido en el trabajo, donde sufre **acoso** y tiene miedo debido a agresión psicológica y contra su familia y que a la vuelta al trabajo veremos a ver cuando se encuentre con el encargado en el trabajo (documento 3 actora con demanda).

6º.- En el mes de marzo de 2015 (el 24 de marzo) la demandante junto con otros trabajadores en diversos días habían formulado quejas sobre el comportamiento del Sr. Doroteo sobre ellos al Comité de Empresa (al que tilda de inacción la demandante) y cuando el Sr. Doroteo tiene conocimiento de que se ha abierto el protocolo de actuación de **acoso** laboral contra él, agarra a la actora por el hombro dándole palicos y diciéndole que recuerde que tiene tres hijos, que se aplique el cuento, pues al que ponga en peligro su trabajo es capaz de atropellar a sus hijos y dejarlos paráliticos para que sufran todos, lo que asimismo denuncia la demandante ante la Guardia Civil el 8 de abril de 2015, pues el 6 de abril de 2015 le recuerda lo de los hijos que le había dicho tres años antes (documento 4 actora junto con demanda). Muy nerviosa cuando sucedió esta advertencia la trabajadora se había dirigido al vigilante de seguridad D. Abilio que citado a juicio como testigo propuesto por la demandante no comparece. El Sr. Doroteo saldría absuelto en juicio penal por el Juzgado de Instrucción nº 5 de Cartagena en sentencia de fecha 2 de diciembre de 2015 .

7º.- El 12 de mayo de 2015 la trabajadora denuncia los hechos ante la Inspección de Trabajo que ya venía actuando por otras denuncias desde el 22 de abril del 2015. Hay en total 8 denunciante por el comportamiento del Sr. Doroteo .

8º.- Consta que el 26 de mayo de 2015, y no de marzo, es, cuando el Sr. Donato sustituye al Sr. Doroteo (lo que informa la empresa el 5 de junio de 2015) en la supervisión del trabajo de 7 de los denunciante, entre ellos el de la parte demandante (informe aportado a los autos por la Inspección de Trabajo y con entrada en este Juzgado el 7 de julio de 2015).

9º.- La empresa no adoptó medida cautelar alguna hasta que no fue requerida para ello por la Inspección de Trabajo y pese a que la empresa tenía conocimiento de lo que estaba sucediendo tal como se le reconoció a dicho organismo público por representantes empresariales (el mismo Informe de la Inspección de Trabajo referido).



10º.- La Sra. Filomena fue asistida en urgencias por una crisis histérica el 5 de enero de 2015 por la tensión que soportaba.

11º.- La empleada sigue en baja médica desde el 28 de mayo de 2015 por clínica ansiosa depresiva en el contexto de conflictividad laboral (documental aportada).

12º.- El Sr. Doroteo ha actuado de manera inadecuada con sus subordinados, alzando la voz y utilizando malas maneras, considerando su estilo de mando como autoritario y proponiendo que se adopten medidas correctoras adecuadas en relación a este trabajador (conclusión del protocolo de actuación llevado a cabo en junio de 2015 y recogido en informe Inspección de Trabajo de 13 de noviembre de 2015 obrante en autos), que no constan que se hayan adoptado.

13º.- El Sr. Doroteo utiliza lenguaje grosero en discusiones laborales (manifestación de la empresa en su oposición a la demanda).

14º.- El trabajador codemandado utiliza palabras soeces e inadecuadas (testifical responsable de Seguridad Laboral de la empresa y lo que ratifica testifical Sr. Leopoldo), que asimismo añade que el Sr Doroteo utiliza malas formas continuadas en la relación de trabajo.

15º.- El Sr. Doroteo tiene a su cargo los tres trabajadores de pastelería (la demandante en estas actuaciones, el accionante en los autos 350/15 y otro trabajador desde hace unos meses y testigo en juicio por el Sr. Doroteo y 59 personas en temporada baja y unas 80 en temporada alta.

16º.- En concreto, en pastelería, el codemandado Sr. Doroteo ha proferido expresiones como inútiles, subnormales, por sus cojones, dirigidas a 2 trabajadores de la misma, entre ellos, la actora y el demandante en los autos 350/15, y situación asidua con todos (testifical Sr. Luis Enrique , Presidente actual Comité de Empresa). Dicho representante de los trabajadores es Encargado de Mantenimiento de la empresa y ha ido con frecuencia por pastelería y no tiene que rellenar los partes que se le exhiben por la empresa o al menos, no siempre.

17º.- La actuación de la empresa ha sido siempre de que va a hablar con el Sr. Doroteo y nada más. El citado representante de los trabajadores ya estuvo cuando la queja de 26 de marzo de 2012 en reunión con la empresa (testifical Don. Luis Enrique).

18º.- El referido Sr. Doroteo está en baja médica desde el 1 de junio de 2015 y sobre su situación se aportan informes médicos de Ibermutuamur.

19º.- Se aportan sentencias de los Juzgados de lo Social nº 3 y 1 de Cartagena relativas a otros denunciados referidos en este relato, las del 3, de 28 de julio de 2015, son firmes, y las del 1, de 9 de diciembre de 2015, no lo serían según la parte actora, aunque no se acredita. En ellas se desestima la falta de legitimación pasiva alegada por el codemandado Sr. Doroteo y pese a la desestimación de las demandas se desestima igualmente la imposición de multa por temeridad pedida por dicha parte y asimismo no se considera que haya indefensión.

20º.- La demandante no ha ostentado ni ostenta la condición de representante de los trabajadores en la empresa.

SEGUNDO .- Fallo de la sentencia de instancia.

En la sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo: "Que estimando la demanda formulada por Filomena frente a la Empresa LA MANGA CLUB S. L., y Doroteo y del que es participe el MINISTERIO FISCAL, por INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS POR VULNERACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES, debo condenar y condeno a la empresa demandada LA MANGA CLUB S. L., al pago a la actora de una indemnización de daños y perjuicios de 6.000 euros por vulneración de derechos fundamentales más los intereses en su caso del art. 576 de la LEC que se devenguen a partir de esta resolución y a lo que debe estar y por ello pasar dicha demandada y con absolución del codemandado Doroteo y con traslado de la sentencia a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de Murcia".

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

Contra dicha sentencia fueron interpuestos recursos de suplicación por el Letrado D. Jesús Molinera Mateos en representación de la demandada La Manga Club, S.L. y por la Letrada Dª. Ana Carlota García-Papí Martínez en representación del demandado D. Doroteo .

Por el Ministerio Fiscal se adhiere a los recursos de suplicación interpuestos.

CUARTO .- De la impugnación del recurso.



Los recursos interpuestos han sido impugnados por el Letrado D. José Mateos Martínez en representación de la parte demandante.

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

Admitido a trámite el recurso se señaló el día 24 de Abril de 2017 para los actos de votación y fallo.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

FUNDAMENTO PRIMERO .- La actora, D^a Filomena , presentó demanda y acaba solicitando que habiendo por presentada la demanda, se sirva admitirla y, en su virtud, señale día y hora para la celebración de los actos de conciliación y juicio y, en su caso, celebrado éste, dictar en definitiva sentencia por la que, estimando la demanda declare la violación de derechos fundamentales citados ut supra, condenando a la empresa demandada, así como al pago a la trabajadora de la cantidad de 160.000 euros como indemnización por los daños y perjuicio causados a la parte actora como consecuencia de las actuaciones anticonstitucionales descritas que constituyen vulneración de derechos fundamentales de la trabajadora.

La sentencia recurrida estimó la demanda en los términos que figuran en ella.

La Manga Club, S.L., instrumentó recurso de suplicación y pide que se revoque la sentencia recurrida y, en su virtud, se desestime íntegramente la demanda interpuesta por D^a. Filomena absolviendo a D. Doroteo y La Manga Club S.L. de todas sus pretensiones.

D. Doroteo instrumentó recurso de suplicación y pide que, habiendo por presentado este escrito, junto con la documentación que lo acompaña, se sirva acordar la admisión de la referida documentación y tenga por formalizado el recurso de suplicación que antecede, lo estime, acordando la nulidad de la recurrida en virtud de lo argumentado en el motivo primero, o para que, subsidiariamente, conforme a todo lo expuesto y argumentado, se revoque la sentencia de instancia, desestimando íntegramente la demanda de la actora frente a los demandados por no haber existido la vulneración de derechos fundamentales de la trabajadora y revocando, en todo caso, la condena a la empresa de indemnizar a la actora.

La parte actora se opone a ambos recursos y los impugna, mientras que el Ministerio Fiscal, en un informe, se adhiere al recurso de suplicación de la Manga Club, S.L., pero, en otro informe, pide la desestimación del interpuesto por Sr. Doroteo .

FUNDAMENTO SEGUNDO .- En primer lugar, debe analizarse el motivo de nulidad alegado por la representación del recurrente don Doroteo , lo que se sustenta en que, de un lado, en que existen sentencias firmes que excluyen la versión fáctica de los hechos probados tercero, sexto y octavo; y, de otro lado, que se ha llevado a cabo por parte del Juzgador de instancia una incorrecta interpretación y aplicación del artículo 97.2 de la LRJS e incongruencia, falta de motivación y contradicción de la sentencia recurrida. Además el hecho décimo no se sustentaría en prueba alguna.

En cuanto a la problemática propuesta, la solución tiene que ser negativa, pues, en definitiva, no se está ante causas de nulidad sino, en su caso de supresión o tener por no puestos los hechos probados en cuestión, cosa que se analiza a continuación.

Por todo lo cual, debe desestimarse este motivo de recurso, pues no ha lugar a acordar una nulidad que, carente de toda utilidad, introduciría una dilación irrazonable en la decisión del litigio, incompatible con el artº 24 de la CE .

FUNDAMENTO TERCERO .- En cuanto a la revisión de hechos probados, en el recurso del Sr. Doroteo se pide al amparo del artículo 193.b) de la vigente Ley Reguladora de la Jurisdicción Social : "Revisar los hechos declarados probados a la vista de las pruebas documentales y periciales practicadas"

1) En primer lugar, se solicita la modificación del hecho primero de la recurrida en el sentido de que la misma pase a tener el siguiente texto en lugar del recogido por el Juzgador, quedando por tanto redactado este hecho probado como se redacta a continuación: "La actora, el 26 de marzo de 2012, interpuso una queja a la empresa relativa al comportamiento hacia ella por parte del Jefe de Pastelería, Sr. Doroteo " .

2) En segundo lugar, continuando con lo expuesto en el tercer motivo del presente recurso, hemos de solicitar la modificación del hecho probado tercero de la recurrida en el sentido de que se proceda a suprimir íntegramente el mismo por ser clarísimamente predeterminante del fallo al incluir juicios de valor y calificaciones jurídicas que anticipan el sentido del fallo.



3) Se solicita la modificación del hecho probado sexto de la sentencia de manera que el mismo pase a tener la siguiente redacción que se transcribe a continuación: "En el mes de marzo de 2015, la demandante junto con otros trabajadores en diversos días (el 24 de marzo la demandante) formularon quejas sobre el comportamiento del Sr. Doroteo sobre ellos al Comité de Empresa. La actora denunció al Sr. Doroteo el 08.04.16 ante la Guardia Civil por supuestas amenazas, dando lugar a la incoación del juicio de faltas nº 602/15 seguido en el Juzgado de Instrucción nº Cinco de Cartagena que en sentencia de 2 de diciembre de 2015 absolvió al Sr. Doroteo por no resultar acreditado que el Sr. Doroteo amenazara a la actora en su centro de trabajo".

4) En este segundo apartado del segundo motivo se solicita la modificación del primer inciso del hecho probado quinto de la sentencia recurrida, de manera que al mismo se añada el inciso "por enfermedad común" y pase en consecuencia a tener el siguiente tenor literal: "La trabajadora está de baja por enfermedad común por ansiedad...".

5) Se solicita la modificación del primer inciso del hecho probado octavo de la sentencia recurrida, de manera que se sustituya el texto "Consta que el 26 de mayo de 2015, y no de marzo, es..." por el siguiente "El 26 de marzo de 2015 es...", pasando de este modo a tener el referido hecho probado la siguiente redacción: "El 26 de marzo de 2015 es cuando Don. Donato sustituye al Sr. Doroteo (lo que informa la empresa el 5 de junio de 2015) en la supervisión del trabajo de los 7 denunciados, entre ellos el de la parte demandante (informe aportado a los autos por la Inspección de Trabajo y con entrada en este Juzgado el 7 de julio de 2015)".

6) Como consecuencia de lo expuesto en el apartado precedente, necesariamente ha de instarse la modificación del hecho probado noveno para que pase a tener el siguiente tenor literal: "La medida cautelar que adoptó la empresa el 26.03.2015 consistió en establecer como inmediato superior de todos los trabajadores que habían formulado denuncia al Sr. Donato (Subchef-Ejecutivo)".

7) Se solicita la modificación del hecho probado décimo en el sentido de que se suprima íntegramente el mismo por cuanto, con infracción de lo dispuesto en el art. 97 de la LRJS, el Juzgador no señala expresamente de qué documento o prueba extrae el mismo, constatándose en cualquier caso que no hay documento alguno en todos los autos del folio 1 al 271 acreditativo de que la actora fuera "asistida en urgencias por una crisis histérica el 5 de enero de 2015 por la tensión que soportaba".

8) En este apartado del segundo motivo se solicita la modificación del hecho probado undécimo de la sentencia recurrida, de manera que el mismo pase a tener el siguiente tenor literal que sustituye al de la sentencia: "La empleada está, desde el 28 de mayo de 2015, en baja médica por enfermedad común por estado de ansiedad".

9) Se solicita la modificación del hecho probado duodécimo en el sentido de que se añada el inciso final en la redacción alternativa que se propone del mismo y que transcribimos con la modificación propuesta: "El Sr. Doroteo ha actuado de manera inadecuada con sus subordinados, alzando la voz y utilizando malas maneras, considerando su estilo de mando como autoritario, y proponiendo que se adopten medidas correctoras adecuadas en relación a este trabajador (conclusión del protocolo de actuación llevado a cabo en junio de 2015 y recogido en informe de la Inspección de Trabajo de 13 de noviembre de 2015 obrante en autos), que no consta que se hayan adoptado. No se observa actuación discriminatoria sino generalizada dentro del contexto laboral".

10) Se solicita la modificación del hecho probado décimo séptimo en el sentido de que se suprima la primera frase que dice "La actuación de la empresa ha sido siempre de que va a hablar con el Sr. Doroteo y nada más".

La actora impugna el recurso y se opone.

Vistas las alegaciones formuladas y, analizando cada una de las revisiones, la sala entiende:

En cuanto a la revisión del hecho primero, en nada se acredita un error valorativo.

Con referencia al hecho tercero, la Sala considera que carece de mayor interés, pues viene a relatar los términos de una queja de la actora, y los hechos no se dan como probados y, de ser este el caso, aunque la Sala podría aceptar que puedan subsistir las afirmaciones concretas, ello no sería posible respecto de frases tales como que "metiéndose con la familia" o "arremetía contra ella".

Respecto del hecho sexto, la revisión debe ser acogida, ya que así consta en autos por resolución del Juzgado de Instrucción nº5 de Cartagena (folios 140 y 141 y 269 y 270).

La revisión del hecho quinto debe ser aceptada pues así resulta de la prueba aducida.

También debe ser acogida la revisión del hecho noveno, pues Don. Donato sustituyó al Sr. Doroteo .



Deben aceptarse las revisiones de los hechos décimo y undécimo, pues lo que se acredita es un estado de ansiedad.

No procede la revisión del hecho duodécimo pues es valorativa y, además, resulta irrelevante.

Procede la revisión del hecho decimoséptimo, pues el Sr. Doroteo fue sustituido.

FUNDAMENTO CUARTO .- Por La Manga Club, S.L., se instrumenta un motivo de recurso se pretende su modificación del hecho cuarto por el siguiente tenor literal: "4º.- Pues bien, lo anterior se resolvió tal y como dice la testifical practicada de representantes de los trabajadores y empresa con la vuelta de la trabajadora a sus anteriores condiciones de trabajo. No consta acreditada la existencia de otras quejas o denuncias formales interpuestas por la demandante, ni por otros trabajadores, ni por el Comité de Empresa frente al Sr. Doroteo , desde marzo de 2012 hasta marzo de 2015".

Se solicita la modificación del hecho sexto por la siguiente redacción: "6º.- "En el mes de marzo de 2015, la demandante junto con otros trabajadores, en diversos días (el 24 de marzo la demandante) formularon quejas sobre el comportamiento del Sr. Doroteo sobre ellos al Comité de Empresa".

Se pretende la revisión de los hechos octavo y noveno, sustituyéndolos por los siguientes: "8º.- El 26 de marzo de 2015 la empresa acordó como medida cautelar la sustitución del Sr. Doroteo por Sr. Donato en las funciones de responsable de desayunos". "9º.- Supresión íntegra del hecho probado noveno".

Se solicita con amparo al artículo 193 b) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social la modificación de los hechos probados quinto, décimo y undécimo, sustituyéndolos por el siguiente tenor: "5º.- La trabajadora está de baja por ansiedad en el periodo de 23 de marzo de 2012 a 3 de abril de 2012 (documento 2 aportado con la demanda) por contingencias comunes. En el historial clínico de la trabajadora a 23 de marzo de 2013 se hace constar que trabaja de noche y le ha descontrolado, y además padece cuadro de ansiedad. Los informes médicos aportados relacionan el trastorno ansioso-depresivo que presenta con su entorno laboral en base únicamente a las afirmaciones de la propia trabajadora".

Se solicita la modificación del hecho duodécimo, de manera que adquiera la siguiente redacción: "12º.- El Sr. Doroteo ha actuado de manera inadecuada con sus subordinados, alzando la voz, utilizando malas maneras, considerando su estilo de mando como autoritario y proponiendo que se adopten medidas correctoras adecuadas en relación a este trabajador, pero no se ha podido confirmar intencionalidad contra estas personas de forma personal, sino que sus actuaciones se circunscriben en el contexto del trabajo (conclusión del protocolo de actuación llevada a cabo en junio de 2015 y recogido en informe de Inspección de Trabajo de 13 de noviembre de 2015 obrante en autos)".

Se solicita la modificación del hecho probado decimosexto, así como la supresión del hecho probado decimoséptimo de la sentencia, de la siguiente manera: "16º.- El codemandado, Sr. Doroteo , ha proferido expresiones como inútiles, subnormales, por sus cojones a algunos trabajadores. 17º.- Supresión íntegra del hecho".

Se solicita la modificación del hecho probado segundo, así como la supresión del hecho probado tercero en su integridad, de manera que se sustituyan por la siguiente redacción: "2º.- La actora, el 26 de marzo de 2012, interpuso una queja a la empresa relativa al comportamiento hacia ella por parte del Jefe de Pastelería, el Sr. Doroteo , por las expresiones que le dirigía y al tener que realizar un turno de noche seguido durante cierto tiempo (Documento 1 de la parte actora). 3º.- Supresión íntegra del hecho probado tercero".

La actora impugna el recurso y se opone.

Analizando cada una de las revisiones pedidas la Sala entiende:

En cuanto al hecho segundo, se trata de una queja presentada por la actora y, por tanto, no acredita su contenido y tampoco añade nada esencial al contexto.

Sobre el hecho tercero nos remitimos a lo dicho respecto de él con anterioridad.

Respecto del hecho cuarto, no cabe la revisión, pues debemos estar al conjunto de hechos acreditados.

Con referencia al hecho sexto nos remitimos a lo expuesto con anterioridad, con independencia de que se presentase alguna queja.

Deben aceptarse las revisiones de los hechos octavo y noveno, pues así resulta de las actuaciones.

En cuanto a las dolencias de la actora nos remitimos a lo dicho con anterioridad.

Finalmente, no procede la revisión del hecho duodécimo, pues no añade nada relevante.



FUNDAMENTO QUINTO .- En cuanto a la infracción de normas sustantivas y de la jurisprudencia, como dijimos en nuestra sentencia de 15-3-2017, nº295/17 , criterio que debemos seguir por un principio de igualdad en la aplicación de la ley (artº 14 de la CE) tanto la empresa como el trabajador demandado alegan la infracción de las normas sobre valoración de la prueba, en relación con la persistencia en el tiempo de la supuesta conducta vulneradora por parte del Sr. Doroteo , conducta de éste y actuación empresarial; y, a tal efecto, debe tener presente que, tras la valoración de la prueba efectuada por la Sala con las apreciaciones y revisión de hechos probados, tal motivo de recurso es en cierto modo innecesario, ya que los hechos probados han puesto de manifiesto que la conducta del Sr. Doroteo , como Jefe de Pastelería fue irrespetuosa y amenazante con respecto a los trabajadores a su cargo, e, incluso, en el año 2012 existió una queja al respecto, pero desde esa fecha, y hasta que se procede a denunciar los hechos a la empresa y a la Inspección de Trabajo en marzo de 2015, no consta que existiese denuncia en tal sentido; pero ello no elimina que la conducta del Sr. Doroteo se ha producido de la manera relata en los hechos probados y, que cuando la empresa tiene conocimiento en la fecha indicada abre, el protocolo de actuación en los casos de **acoso** laboral y adopta, como medida cautelar, la sustitución del Sr. Doroteo por Don. Donato en el puesto de trabajo de aquél para así evitar todo contacto laboral con los trabajadores afectados. Y, finalmente, en relación con la baja laboral, tal situación ha quedado suficientemente acreditada en los hechos probados.

Asimismo, se alega la infracción de normas sustantivas y de la jurisprudencia en relación con la existencia de **acoso** laboral y los requisitos exigidos a tal efecto, así como en relación con el daño causado, lo que igualmente se suscita por ambas partes recurrentes, y, a tal efecto, se ha de tener en cuenta, como ya ha manifestado esta Sala en caso idéntico al presente, la exigencia de responsabilidad a la empresa demandada tiene su base en la actuación del Sr. Doroteo , jefe inmediato del trabajador demandante, y con respecto a éste, y los hechos probados ponen de manifiesto que la empresa, tras conocer los hechos que se le imputaban al referido Sr., procedió a la apertura del correspondiente protocolo en materia de **acoso** laboral; y así entre los días 24 y 30 de marzo de 2015 la empresa recibe denuncias sobre la actuación del Sr. Doroteo y de su comportamiento respecto de los trabajadores, llegando a solicitarse la apertura del correspondiente protocolo ante tales casos, y la empresa adopta inicialmente la medida cautelar de sustitución del Sr. Doroteo por Sr. Donato , responsable de desayunos del centro de trabajo, con la finalidad de que no se pudiese producir coincidencia ente el denunciado y los trabajadores que le habían denunciado, iniciándose en 30 de marzo de 2015 el protocolo de **acoso**, cuyas conclusiones y fines alcanzados constan en documento, nº 4 aportado por la empresa en su ramo de prueba, y en el que se solicita a la dirección de la empresa que se adopten las correspondientes medidas correctoras expresas en relación con la actuación del Sr. Doroteo , con objeto de que no se vuelvan a repetir las malas formas empleadas, debiendo mejorar su estilo de mando, así como que se recuerde a los trabajadores que deben realizar sus obligaciones laborales siguiendo las instrucciones de sus responsables, dentro del sentido común. Por lo que, se insta a la empresa a la adopción de medidas, sin que consta la efectiva adopción, salvo la sustitución (hecho probado séptimo), cuya falta de adopción de medidas disciplinarias es facultad de la empresa y no puede inducir a que ha consentido la actuación del codemandado, máxime cuando fue sustituido en su puesto de trabajo.

Por lo tanto, lo que nos encontramos es que el Sr. Doroteo ha llevado a cabo su actuación, como responsable inmediato del trabajador demandante, de forma incorrecta y utilizando expresiones inadecuadas dentro de una relación laboral normalizada, lo cual conllevaría, tal como refiere la recomendación efectuada en las conclusiones del protocolo, que se llevase a cabo una actuación correctora en los términos que la empresa estimase oportuno, pero ello no tiene por qué implicar una vulneración de derechos fundamentales por parte de la empresa, ya que la misma no ha venido consintiendo esa actuación del Sr. Doroteo , prueba de ello es que, nada más tener conocimiento de la misma, adopta una medida cautelar de sustitución e inicia el protocolo para los casos de **acoso** laboral, y es que una cosa es el **acoso** laboral moral que conlleva vulneración de derechos fundamentales, y otra diferente las situaciones de conflicto en el marco laboral, y específicamente entre el responsable y jefe de un servicio y los trabajadora que forman parte del mismo; pero es que, además, no consta que la empresa hubiese consentido tal situación, sino que, como se ha dicho, inicia el protocolo de actuación para tales casos y entrega las conclusiones al Comité de Empresa y a los denunciantes; por lo que, en tales condiciones, no puede sostenerse que, con independencia de la conducta del Sr. Doroteo , corregible por la vía adecuada, la misma no genera para la empresa responsabilidad alguna en los términos pretendidos por la parte actora y recurrente.

No obstante, debe tenerse en cuenta que el **acoso** laboral precisa de una efectiva y seria presión psicológica, bien sea ésta de un superior o de un compañero - **acoso** vertical y horizontal- que sea sentida y percibida por el trabajador acosado al que causa un daño psíquico real que le hace perder la posibilidad de una normal convivencia en su propio ámbito profesional, pero en el caso de autos lo que se pone de relieve es que el Sr. Doroteo de forma reiterada se dirigía a sus subordinados alzando la voz y con expresiones como "sois unos inútiles, subnormales, por sus cojones", pero ello, si bien sería corregible por la empresa, tal como ya se



ha indicado, no consta que se admitiese o consintiese por la misma, ni que el alcance de tales expresiones pudiesen conllevar una vulneración de la dignidad del trabajador admitida por la empresa, sino que más bien nos hallamos ante una posible falta de desconsideración y de trato a los subordinados que se genera en el marco de la propia relación laboral, pero que no puede conllevar para la empresa una responsabilidad derivada de la vulneración de derechos fundamentales de ataque a la dignidad del trabajador en los términos expresados; ni siquiera se justifica la relación de causalidad entre la patología psíquica, que dio lugar a un proceso de baja médica del trabajador demandante, con el **acoso** moral en el trabajo, ya que dicha baja médica fue dada por enfermedad común con posterioridad a la apertura del protocolo de actuación, y la relación de la misma con el ambiente laboral solamente se desprende de la propia manifestación del trabajador.

Por todo ello, deben estimarse los recursos de suplicación planteados, revocándose la sentencia recurrida, y, con estimación de los recursos, se absuelve a los demandados de las pretensiones de la demanda.

En efecto, al sustituir al Sr. Doroteo la empresa impidió que pudiera perturbar a las trabajadoras y trabajadores y, por tanto, no se advierte razón para considerar que deba asumir las consecuencias de la conducta de aquel, que ya dio ocasión a que se celebrase un juicio penal en el que resultó absuelto y, como consecuencia, el hecho probado sexto original no puede subsistir, ya que no consta algún elemento nuevo que pueda justificarlo, teniendo en cuenta la sentencia penal y la que se recurre en estos autos.

Finalmente, no cabe ignorar que las expresiones inapropiadas que se dicen utilizadas por el Sr. Doroteo y que figuran de forma concreta se habrían producido básicamente en marzo y abril del año 2012, y, respecto de unas, consta una absolucón en vía penal, y, respecto de otras, se recogen en hechos probados, unas, como contenidas en una queja de la actora en algún caso, y, otras con carácter genérico, por lo que no se puede evaluar su gravedad, en el interregno, hasta 2015, lo que es compatible con lo referido en nuestra sentencia de 15-3-2017, teniendo en cuenta que en aquella no consta nada sobre la absolucón penal.

Lo anterior viene a justificar la absolucón del Sr. Doroteo, por concurrir tales circunstancias, pues, aunque acreditado un comportamiento inapropiado, impropio o grosero de dicho señor, ello no conlleva automáticamente que se esté en presencia de un **acoso** u hostigamiento, cuya traducción o consecuencia en nuestro Ordenamiento Jurídico guarda la relación más directa con los artículos 10 y 15 de la CE.

FALLO

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

Estimar los recursos de suplicación interpuestos por la empresa La Manga Club, S.L. y don Doroteo, contra la sentencia número 2/2016 del Juzgado de lo Social número 2 de Cartagena, de fecha 11/01/2016, dictada en proceso número 349/2015, sobre TUTELA DE DERECHOS FUNDAMENTALES, y enablado por D. SIMÓN CÁ **NO** VAS GARCÍA frente a LA MANGA CLUB, S.L. y D. Doroteo, habiendo sido parte el MINISTERIO FISCAL; y revocar como revocamos el pronunciamiento de instancia, y, con estimación de la demanda, se absuelve a los demandados de las pretensiones de la demanda.

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

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

ADVERTENCIAS LEGALES

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

Además, si el recurrente hubiera sido condenado en la sentencia, deberá acompañar, al preparar el recurso, el justificante de haber ingreso en la cuenta de Depósitos y Consignaciones abierta en Banco Santander, cuenta número: ES553104000066114716, a nombre de esta Sala el importe de la condena, o bien aval bancario en el que expresamente se haga constar la responsabilidad solidaria del avalista. Si la condena consistiese en constituir el capital-coste de una pensión de Seguridad Social, el ingreso de éste habrá de hacerlo en la Tesorería General de la Seguridad Social y una vez se determine por éstos su importe, lo que se le comunicará por esta Sala.

El recurrente deberá acreditar mediante resguardo entregado en la Secretaría del SCOP, al tiempo de la personación, la consignación de un depósito de seiscientos euros (600 euros), en la entidad de crédito Banco



Santander, cuenta corriente número ES553104000066114716, Sala Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, haciendo constar como concepto el de Recursos y como dígito el 35.

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

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

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

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ