A CORUÑA DIEZ DE MARZO DE DOS MIL DIEZ

RECURSO SUPLICACION 5302 /2009

CRS

ILMOS/AS. SRES/AS. MAGISTRADOS D./Dña.

ANTONIO OUTEIRIÑO FUENTE

JOSE ELIAS LOPEZ PAZ

RICARDO PEDRO RON LATAS

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, compuesta por los Sres. Magistrados citados al margen y

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación número 0005302 /2009 interpuesto por Jose Daniel , y EL MINISTERIO FISCAL, contra la

sentencia del JDO. DE LO SOCIAL nº 003 de VIGO siendo Ponente el/a Ilmo/a. Sr/a. D/Dña. RICARDO PEDRO RON LATAS.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por Jose Daniel en reclamación de RESOLUCION CONTRATO siendo demandado COMERCIAL DE ROCAS ORNAMENTALES SAU, RAMILO,S.A., CUPIRE PADESA,S.L., CUPA INNOVACION S.L.U., Esmeralda , ROCHAS ORNAMENTAIS DE CERVEIRA SAU, CUPA EXPANSION S.L.U. y MINISTERIO FISCAL. En su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 0000316 /2009 sentencia con fecha quince de Junio de dos mil nueve por el Juzgado de referencia que desestimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: Primero.- D. Jose Daniel , cuyas circunstancias personales constan en el encabezamiento de la demanda, quien a fecha de hoy figura dada de alta para la empresa demandada, viene prestando sus servicios para RAMILO S.A., desde el 1.10.1971, con la categoría profesional de oficial lº administrativo - desde octubre de 1996- y un salario mensual de 2.337,33 Euro/s, incluido el prorrateo de pagas extras./ Segundo.- En fecha 12.01.09, el actor inició un periodo de incapacidad temporal

por contingencias comunes, continuando en esta situación. En fecha 5.02.09, por la médico de familia del Centro de Salud de Coia, se emite el informe que consta en los folios 175 y 176, que aquí se dan por reproducidos./ Tercero.- El actor venía desempeñando las tareas propias de administrativo en el departamento de contabilidad. Dª Jacinta , directora financiera de la empresa hasta agosto de 2006, decide ubicar al trabajador en el departamento de instalaciones./ Cuarto.- El 1.08.06 se incorpora a la empresa Dª Esmeralda como nueva directora financiera. El actor continuó en el departamento de instalaciones; para facilitar su adaptación al citado departamento recibió ayuda de D. Marisol ./ Quinto.- El actor salió llorando en dos ocasiones del despacho de D.ª Esmeralda , en fecha no determinada, durante el primer trimestre de su incorporación al departamento de instalaciones./Sexto.- En fecha 23.11.06 el actor envía el correo electrónico, folio 728 por reproducido- a D. Esmeralda , en el que el que reconoce que la dificultad de su trabajo en el citado departamento./ Séptimo.- Desde el año 2003, el actor acudió a las reuniones de administración, que coincidiendo con la cena fiesta que se celebraba en el Barco de Valdeorras, se realizaba para tratar temas relacionados con la contabilidad. En diciembre de 2006 fue convocado a la misma; D. Esmeralda decidió que acudiere a la reunión la persona que en ese momento se ocupaba de la contabilidad. El trabajador sí acudió a la cena. Desde ese año no se han convocado más reuniones./Octavo.- El 10.09.07, D. Esmeralda envía al actor un correo electrónico, que incorporado como prueba documental en el folio 183 se da por reproducido, en el que utiliza la expresión "...con esa honradez que te caracteriza"./ Noveno.- El 10.09.07, D. Esmeralda envía al actor un correo electrónico, que incorporado como prueba documental en el folio 184 se da por reproducido, en el que utiliza la expresión "... que boicotea constantemente las directrices implantadas"./ Décimo.- El 7.09.07, D. Esmeralda envía al actor un correo electrónico, que incorporado como prueba documental en el folio 185 se da por reproducido, en el que utiliza la expresión "... y no le incites a que envíen quejas infundadas que lo único que hacen es enrarecer el ambiente."/Undécimo.- D. Esmeralda estuvo en periodo de I.T. por maternidad desde el 17.11.07 hasta el 7.01.08./ Decimosegundo.- En fecha 23.09.08, la empresa entrega escrito al trabajador que obrante en el folio 187 se da por reproducido, comunicándole

que debe prestar servicios en ROC ROCHAS ORNAMENTAIS CERVEIRA S.A. en el Polígono de Vilanova de Cerveira (Portugal) los lunes, miércoles y viernes de 9 a 14 horas./ Decimotercero.- En fecha 24.12.08, D. Esmeralda ordenó al actor que ayudase a su compañero D. Marino a cerrar el inventario./ Cuando D. Esmeralda regresa de sus vacaciones, y al comprobar que el actor no había ayudado a terminar el inventario, se produce una discusión entre el trabajador y la directora financiera en la que ésta eleva la voz. La empresa impone al actor sanción de suspensión de empleo y sueldo de cinco días por falta grava de desobediencia a superiores, que incorporada a los folios 768 y 769 se da por reproducida; la sanción es impugnada./ Decimocuarto.- En fecha 16.01.09, la empresa comunica al actor la finalización de tareas en ROC - folio 765, por reproducido./Decimoquinto.- En julio de 2008, el actor junto a cuatro compañeros de al menos su categoría profesional, sustituyen a la telefonista mientras disfruta de vacaciones, mediante turnos establecidos por D. Esmeralda - folios 726 y 727-. En fecha 16.09.08, D. Esmeralda ordena al actor recoger el correo e ir a los bancos./ Decimosexto.- El actor prestó servicios desde el 23.09.08 hasta el 12.01.09 en la empresa ROCHAS ORNAMENTASIS DE CERVERIRA en Portugal, bajo las órdenes de RANILO S.A./ Decimoséptimo.- La dirección, estructura y patrimonio de las empresas demandadas es diferente./ Decimoctavo.- Se celebró acto de conciliación ante el SMAC con el resultado de sin avenencia.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente:

FALLO: Que desestimando la demanda que en materia de Rescisión de contrato ha sido interpuesta por D. Jose Daniel debo absolver y absuelvo a la parte demandada de los pedimentos esgrimidos en su contra.

CUARTO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de Suplicación por la parte demandante siendo impugnado de contrario. Elevados los autos a este Tribunal, se dispuso el paso de los mismos al Ponente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la sentencia de instancia que desestimó la demanda, interpone recurso la representación letrada del actor, construyendo el primero de los motivos de suplicación al amparo del art. 191 a) de la Ley de Procedimiento Laboral , por infracción de normas adjetivas causantes de indefensión, interesando así la nulidad de la resolución que impugna. En concreto, el letrado de la parte recurrente alega que la sentencia de instancia infringe: 1º) los arts. 217 LEC y 97.2 LPL, al producirse insuficiencia de hechos en la sentencia recurrida; y 2º) el art. 147 LEC , en relación con el art. 97 LPL .

Con relación a la vulneración de los arts. 217 LEC y 97.2 LPL, se alega por la parte recurrente que, al tratarse de una demanda compleja, la carencia en la sentencia de instancia de los suficientes hechos probados impide poder discutir sobre el fondo del asunto, provocando así indefensión a la parte recurrente. Al respecto de todo ello, lo primero que debe indicarse es que el art. 217 LEC no se refiere a la insuficiencia de hechos probados, y sí a la carga de la prueba, por lo que su alegación resulta inadecuada a los fines del recurso; es más, esta Sala ha declarado con reiteración sobre la conculcación de los principios que informan la carga de la prueba que "la actual doctrina jurisprudencial es unánime a la hora de negar la posibilidad de que en trámite del presente recurso se pueda alegar la infracción del art. 217 LEC . En palabras de la STS 11/02/92, el art. 1.214 (actual 217 LEC) "no contiene norma alguna sobre valoración de la prueba, sino simplemente regula la distribución de su carga. No se trata, por ello, de que se hubiera infringido o inaplicado tal precepto, sino de si el juzgador de instancia ha apreciado las pruebas conforme lo que previene el artículo 97.2 de la LPL , para cuyo caso debería de haberse apoyado en alguna

revisión a que se refiere el artículo 191.b) de la LPL ". La doctrina de los Tribunales tan sólo admite una excepción, y es la de que la indicada norma sobre el onus probandi hubiese sido el único apoyo positivo utilizado en la sentencia impugnada para fundamentar el sentido de la parte dispositiva, atribuyendo aquella carga a quien no correspondía la obligación de soportarla" (sentencia de 8 de abril de 2005 [rec. núm. 974/2005 ]).

Por lo que se refiere a la ya mencionada vulneración del art. 97.2 LPL , acerca de que la sentencia de instancia carece de suficientes hechos probados, el motivo no prospera. Conforme a lo dispuesto en el art. 97.2 LPL , "la sentencia deberá expresar, dentro de los antecedentes de hecho, resumen suficiente de los que hayan sido objeto de debate en el proceso. Asimismo, y apreciando los elementos de convicción, declarará expresamente los hechos que estime probados, haciendo referencia en los fundamentos de derecho a los razonamientos que le han llevado a esta conclusión. Por último, deberá fundamentar suficientemente los pronunciamientos del fallo". Y a este respecto es reiterada la doctrina mantenida por esta Sala de lo Social en la que se indica que el relato fáctico de la resolución de instancia ha de contener los datos precisos y necesarios para que el Tribunal pueda conocer del debate en las sucesivas instancias y, a su vez, para que las partes, conforme al principio de seguridad jurídica, puedan defender adecuadamente sus pretensiones. Ello no quiere decir, como también ha dejado sentado como doctrina esta Sala, que la regular constatación de hechos probados exija su expresión exhaustiva o prolija, sino que el requisito se cumple con un relato suficiente, de manera que, en todo caso, quede centrado el debate en modo tal que el Tribunal que conozca del recurso pueda proceder a su resolución con arreglo al propio relato histórico.

A este respecto, esta Sala ha dejado escrito en innumerables ocasiones que la nulidad de actuaciones, como remedio extraordinario, es de excepcional aplicación, siendo preciso para su apreciación que, además de producirse una efectiva y real violación de una norma de procedimiento de carácter

esencial, se haya producido indefensión, lo que, como se indicará, no acontece en el supuesto litigioso. Debe tenerse en cuenta, en primer lugar, que la infracción que denuncia la parte recurrente se apoya en una presunta defectuosa (por omisión) consignación de hechos probados; sin embargo, tanto la posible omisión de datos como su hipotética errónea apreciación en el relato fáctico puede subsanarse a través del cauce previsto en el apartado b) del art. 191, de la Ley Rituaria Laboral , haciendo uso de la petición revisora en él recogida. De este modo, la parte recurrente puede subsanar los defectos en los que, a su entender, hubiere podido incurrir la sentencia de instancia. Y es que, tal como tenemos señalado en precedentes ocasiones, la deficiencia en "antecedentes" integra un mero defecto formal, pero en forma alguna llevaría a la excepcional medida de la nulidad de actuaciones, únicamente actuable en los graves supuestos de que la sentencia sea incongruente, lo que no acontece aquí, puesto que discutiéndose si el actor ha sufrido o no una situación de acoso moral al efecto de extinguir su contrato, las deficiencias que la Sala aprecia no son sustanciales (la sentencia, pese a lo expresado en el recurso, sí hace referencia a la posible existencia de un grupo de empresas, descartándola) y en forma alguna impiden dictar sentencia cabal sobre el fondo. Y ello es así porque la indefensión (proscrita por el art. 24 CE) no nace de toda infracción de las reglas procesales, sino tan sólo de aquella que se traduce en privación o limitación real del fundamental derecho de defensa, de manera que la prohibición de indefensión tiene carácter material más que formal, y no se entiende producida cuando, pese a la existencia de infracciones procesales, no se impide la aplicación efectiva del principio de contradicción mediante el adecuado desarrollo de la dialéctica procesal o cuando no se merman las oportunidades de la parte para alegar y probar lo que a su derecho convenga.

Por otro lado, insistimos en que es reiterada la doctrina mantenida por esta Sala de lo Social aquella que indica que el relato fáctico ha de contener los datos precisos y necesarios para que el Tribunal pueda conocer del debate en las sucesivas instancias, y, a su vez, para que las partes, conforme al principio de seguridad jurídica, puedan defender adecuadamente sus pretensiones. Ello no quiere decir, como

también ha sentado la Sala, que la regular constatación de hechos probados exija su expresión exhaustiva o prolija, sino que el requisito se cumple con un relato suficiente, de modo que, en todo caso, quede centrado el debate en modo tal que, también, el Tribunal que conozca del recurso pueda proceder a su resolución con arreglo al propio relato histórico. Sentado lo anterior, es claro que en el presente caso no concurre esa notoria insuficiencia de hechos probados, que impediría a la Sala entrar a conocer del fondo del recurso, puesto que la sentencia proporciona datos suficientes para resolver el litigio.

De igual manera, la parte recurrente solicita la nulidad de la sentencia de instancia por haberse vulnerado el art. 147 LEC , en relación con el art. 97 LPL , en cuanto a la valoración de los testigos, alegando que la sentencia de instancia ha valorado defectuosamente la testifical realizada, sin que el acta haya incorporado la totalidad de las declaraciones de manera literal, debiendo por ello mismo haberse grabado el juicio. El motivo, sin embargo, no prospera. La nulidad de actuaciones, como remedio extraordinario, es de excepcional aplicación, siendo preciso para su apreciación: 1º) que se indique la concreta norma que se considere infringida; 2º) que efectivamente se haya vulnerado; 3º) que tenga carácter esencial; 4º) que con la infracción se haya provocado indefensión a la parte, y 5º) que se hubiese formulado oportuna protesta (salvo en los supuestos en que se hallen comprometidos preceptos de derecho necesario que afecten al orden público del proceso). Y en esta ocasión, la parte actora no formulo la oportuna propuesta en el acto del juicio ante la ausencia de grabación del acto de la vista en soporte apto para grabación y reproducción de sonido e imagen, por lo que el motivo de nulidad alegado no puede prosperar, al faltar uno de sus requisitos de procedibilidad esenciales.

Ahora que, con relación a la alegada deficiencia del acta del juicio, conviene recordar aquí que el art. 89 LPL únicamente exige que en la misma se consigne "breve resumen" de las alegaciones de las partes, medios de prueba propuestos por ellas, declaración expresa de su pertinencia o impertinencia, razones de la negación y protesta, en su caso, y "resumen

suficiente" de las pruebas de confesión y testifical, no exigiéndose pues la repetición literal de las declaraciones efectuadas en el acto del juicio; en cualquier caso, la parte recurrente bien pudo (así se lo permite el citado precepto) haber efectuado "cualquier observación ... sobre el contenido del acta", si bien no consta en ella ni observaciones ni, como se indicó, protesta alguna sobre su contenido. En fin, por lo que se refiere a la defectuosa valoración de la prueba testifical, lo primero que se debe indicar es que, como es tradicional en nuestro país, la Ley de Enjuiciamiento Civil la configura como una prueba de libre valoración. Y así el artículo 376 declara que "los tribunales valorarán la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos conforme a las reglas de la sana crítica, tomando en consideración la razón de ciencia que hubieren dado, las circunstancias que en ellos concurran y, en su caso,...". Y así ha ocurrido en el pleito que nos ocupa, en el que el Magistrado de instancia, de conformidad con esas facultades procesales, ha valorado el conjunto de los testimonios dados por los testigos deponentes en el acto del juicio oral, apreciando la razón de decir de cada uno de ellos, tal y como manifiesta de manera cumplida la sentencia que se recurre, dando razón y forma a la valoración llevada a efecto de la distinta prueba testifical aportada al pleito. Así, de conformidad con las explicaciones y la razón de decir de los testigos, el Magistrado sentenciador de instancia estampa su razonamiento que no es sino un proceso psicológico formal al que llega después de efectuar las correspondientes operaciones lógicas tanto deductivas como inductivas, sin que pueda tacharse de arbitraria o ilógica la valoración realizada, sino que ante las versiones de los testigos, el Magistrado acepta una (o descarta otras) en base a determinada testifical principalmente (no exclusivamente), consideradas las circunstancias concurrentes en dicho testigo y la índole de su testimonio; con todo, lo cierto es que no puede atacarse la libre valoración del Juez por el cauce del apartado a) del artículo 191 de la Ley Procesal Laboral , porque de lo contrario se desnaturalizaría el Recurso de Suplicación convirtiéndolo en un Recurso de carácter ordinario e implicaría vaciar de contenido las facultades atribuidas al Magistrado en el artículo 97.2 de la mentada Ley de Enjuiciamiento Laboral . No hay por tanto, como se ha dicho, deficiente valoración de la prueba, ni existe este primer motivo de nulidad de la sentencia recurrida, pues ésta se

sujetó en todo momento a los términos que los preceptos denunciados en este primer motivo del recurso contienen.

SEGUNDO.- Con amparo en el art. 191, letra b), de la Ley de Procedimiento Laboral, la parte recurrente construye el segundo de los motivos de suplicación, solicitando las revisiones fácticas siguientes:

A.- Modificación del HDP 2º, con la finalidad de que se le añada un último párrafo en el que se indique lo que sigue: "Conforme consta en el historial clínico del actor, en la anotación de fecha 27/6/07 se señala: "desde ayer dolor epigástrico intenso. Insomnio. A consecuencia de noticia laboral de posible despido tras 35 años en la empresa". La adición, que se apoya en el informe médico del folio 858 de los autos, no procede, ya que ese dato figura en el hecho impugnado, por cuanto que el juzgador de instancia da por reproducido el informe de los folios 175 y 176 de los autos, en el que se reproduce el cuadro médico de junio de 2007 que aquí se pretende incorporar.

B.- Añadir un nuevo HDP del tenor literal siguiente: "La empresa Ramilo ha formalizado con la empresa BusinesGuard Labour un seguro de responsabilidad por prácticas de empleo indebidas con una vigencia de 1 de diciembre de 2008 a 1 de diciembre de 2009, con un límite de indemnización de 500.000 Euro/s con el objeto de cubrir prácticas de empleo indebidas". La adición, que se sustenta en la póliza que figura en los folios 795 a 812 de los autos, procede, ya que así resulta del documento invocado.

C.- Incorporar el contenido del e-mail que figura en el folio 237 y 238 de los autos enviado por Esmeralda a Juan Ignacio el día 13 de enero de 2009. Se accede a ello, debiendo darse por reproducido.

D.- Incorporar el contenido de la carta enviada por Agapito al actor datada el 15 de enero de 2009, por la que se le comunica el cese en las actividades que viene desarrollando en ROC ROCHAS ORNAMENTAIS CERVEIRA, S.A., que figura en el folio 765 de los autos. Se accede a ello, debiendo darse por reproducida.

E.- Incorporar en el HDP 16º el contenido de la carta enviada en fecha 23 de septiembre de 2008 (folios 187 y 188 de los autos) por Agapito al actor por la que se le comunica la necesidad de prestar servicios en la empresa ROC ROCHAS ORNAMENTAIS CERVEIRA, S.A., en Portugal. Se accede a ello, debiendo darse por reproducida.

F.- Supresión del HDP 17º, al entender que lo expresado en él no es cierto, tal y como se acredita en la documental de los folios 250 y 251 (documentos contables), 243 a 350 (informe de auditorías) y 161 a 164 (páginas web). La supresión no procede, ya que la misma resulta de la interpretación que de los documentos invocados hace la parte recurrente, pretendiendo de esta manera sustituir el objetivo e imparcial criterio del juez en la valoración de la prueba por el suyo propio, lógicamente parcial e interesado. Es más, con el objeto de modificar el relato fáctico de la sentencia de instancia, este Tribunal tiene declarado de manera reiterada que los documentos deben ser fehacientes, es decir, deben reflejar la verdad por sí sola, y con ello el error del Juzgador, sin otras consideraciones colaterales, hipótesis o conjeturas, porque, si éstas se admitieran, la Sala se encontraría suplantando al Juez de lo Social en la valoración de la prueba, como si de un nuevo juicio se tratara (una mera apelación) y no resolviendo un recurso que tiene naturaleza extraordinaria. En este mismo sentido, debe añadirse que la modificación propuesta debe resaltar de forma clara, patente y directa de la prueba documental o pericial obrante en autos (sin necesidad de argumentaciones más o menos lógicas), puesto que concurriendo varias pruebas de tal naturaleza que ofrezcan conclusiones divergentes, o no coincidentes, han de prevalecer las conclusiones que el Juzgador ha elaborado apoyándose en tales pruebas, no siendo cauce para

demostrar el error de hecho la "prueba negativa", consistente en afirmar que los hechos que el juzgador estima probados no lo han sido de forma suficiente, sin necesidad de conjeturas, suposiciones o interpretaciones y sin recurrir a la prueba negativa consistente en invocar la inexistencia de prueba que respalde las afirmaciones del juzgador, sin que en ningún caso pueden tener acceso a los hechos declarados probados las manifestaciones valorativas e interesadas de parte. En definitiva, la parte recurrente pretende imponer su personal subjetivo e interesado criterio valorativo de la prueba sobre el soberano criterio del juzgador, al que corresponde la apreciación de la misma con arreglo a las reglas de la sana crítica; y es que, existiendo varias pruebas, el Juez que presidió la práctica de todas ellas en la instancia, y escuchó las alegaciones de las partes, bajo los principios de inmediación y contradicción, tiene facultades para, sopesando unas y otras, apreciar los elementos de convicción con la libertad de criterio que le reconoce el artículo 97.2 de la Ley de Procedimiento Laboral; en este sentido, la facultad de la valoración conjunta de la prueba incumbe con exclusividad al juzgador de instancia y su versión de los hechos declarados probados sólo puede ser atacada e impugnada cuando se citen pruebas documentales o periciales que revelen inequívocamente el error sufrido (lo que no es aquí el caso), sin necesidad de hipótesis, conjeturas o razonamientos más o menos lógicos, pues hay que reconocer que es al Juzgador de instancia, cuyo conocimiento directo del asunto garantiza el principio de inmediación del proceso laboral, a quien corresponde apreciar los elementos de convicción (concepto más amplio que el de medios de prueba) para establecer la verdad procesal intentando su máxima aproximación a la verdad real, valorando, en conciencia y según las reglas de la sana crítica, la prueba practicada en autos, conforme a las amplias facultades que a tal fin le otorga el artículo 97.2 de la LPL, existiendo en esta materia dos reglas básicas: 1ª) en caso de duda acerca de las conclusiones fácticas que han de extraerse en el examen y valoración de un documento en la medida en que de su lectura puedan sacarse conclusiones contradictorias e incompatibles entre sí debe prevalecer la conclusión fáctica sentada por el juzgador en virtud de la naturaleza excepcional del propio recurso que impide la valoración ex novo por el Tribunal Superior de la globalidad y conjunto de la prueba practicada; y 2ª) el documento en que se sustente la revisión de hecho postulada en el recurso ha de

ser hábil e idóneo y con una fuerza probatoria inmediata y evidente, sin necesidad de acudir a razonamientos o nuevos análisis u operaciones jurídicas, salvo que se acuda a algún precepto legal valorativo de la prueba practicada. Y no respetar estas reglas básicas implica que la discrecionalidad judicial que siempre ha de existir en alguna medida puede desbordarse y extralimitarse hasta el punto de transformar y alterar las propias reglas imperativas de orden público que rigen el proceso y los recursos, y convertir en la práctica un Recurso excepcional como es el de Suplicación en un Recurso de Apelación.

TERCERO.- El tercer motivo de suplicación se ampara en la letra c) del art. 191 LPL , y conforme a ella se denuncia infracción del art. 50.1 c) ET , en relación con los arts. 10 y 15 CE, 4.2 b), d) y e) y 17 ET, por estimar, en esencia, que debe declararse la existencia de acoso moral en la persona del demandante.

El motivo, sin embargo, no prospera, puesto que coincidimos con el juzgador de instancia en la apreciación de que no existe una situación de acoso laboral en la persona del demandante. Según doctrina constante de este Tribunal (por todas, sentencia de 6 de junio de 2008 [rec. núm. 1888/2008 ]), los derechos fundamentales y la dificultad probatoria de su vulneración en el marco de las amplias facultades directivas determinan la inversión de la carga de la prueba, y también, en la misma línea, la necesidad de garantizar que los derechos fundamentales del trabajador no sean desconocidos por el empresario bajo la cobertura formal del ejercicio por parte de éste de los derechos y facultades reconocidos por las normas laborales para organizar las prestaciones de trabajo, lo que pasa por considerar la especial dificultad que en no pocas ocasiones ofrece la operación de desvelar en los procedimientos judiciales correspondientes la lesión constitucional, encubierta tras la legalidad sólo aparente del acto empresarial.

Y son justamente la prevalencia de los derechos fundamentales del trabajador y las especiales dificultades probatorias de su vulneración en aquellos casos, las premisas bajo las que la jurisprudencia constitucional ha venido aplicando la específica distribución de la carga de la prueba en las relaciones de trabajo. De ahí que, en los casos de la alegada discriminación o vulneración de derechos fundamentales, acreditada ésta de forma indiciaria, se invierte la carga de la prueba. Sin embargo, y esto es lo determinante, para que opere este desplazamiento al empresario del onus probandi no basta simplemente con que el trabajador afirme su carácter discriminatorio, sino que ha de acreditar la existencia de algún indicio que permita deducir la posibilidad de que aquélla -la vulneración constitucional- se haya producido, generando así una razonable sospecha, apariencia o presunción en favor de semejante afirmación; es necesario, pues, que por parte del actor se aporte una prueba verosímil o principio de prueba revelador de la existencia de un panorama discriminatorio general o de hechos de los que surja la sospecha vehemente de una vulneración de un derecho fundamental, sin que sea suficiente la mera afirmación de la vulneración. Además, ese indicio no consiste en la mera alegación de la vulneración constitucional, sino que debe permitir deducir la posibilidad de la lesión, teniendo aptitud probatoria tanto los hechos que sean claramente indicativos de la probabilidad de la lesión del derecho, como aquellos que, pese a no generar una conexión tan patente y resultar por tanto más fácilmente neutralizables, sean sin embargo de entidad suficiente como para abrir razonablemente la hipótesis de la vulneración del derecho fundamental.

Y en el caso que nos ocupa, no concurren indicios de que se hubiera adoptado por el empresario una decisión vulneradora del derecho a la integridad moral del recurrente, ni por ende la presencia de una situación de acoso moral. Siendo así, podríamos remitirnos al completo razonamiento desarrollado por el Magistrado de instancia (una fundamentación por remisión no deja de serlo ni de satisfacer la exigencia contenida en el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva), por lo que resultaría suficiente con que este Tribunal se adhiriera a la decisión del órgano de menor rango

sin aportar razonamientos propios, salvo que la causa de la suplicación sea el defecto de motivación. Sin embargo, en esta ocasión queremos recoger sucintamente lo que la recurrente toma como indicios y, mediante unas pinceladas, rechazar la postulada apariencia de una infracción, dado que únicamente consta (con trascendencia para el pleito) a lo largo de tres años: 1º) que el actor fue ubicado en el departamento de instalaciones en 2006, antes de que entrase a trabajar en la empresa la nueva directora financiera, por lo que dejó de ser convocado a las reuniones de temas relacionados con la contabilidad; 2º) en septiembre de 2007 la nueva directora financiera envía al actor un correo electrónico en el que se menciona que el actor boicotea constantemente las directrices implantadas, y otro en el que se indica que no incite a que envíen quejas infundadas ya que lo único que hacen es enrarecer el ambiente; 3º) en septiembre de 2008 se envía al actor a prestar servicios a Portugal; 4º) a inicios del año 2009 el actor discute con la directora financiera, elevando ésta el tono de voz, siendo posteriormente sancionado el actor; 5º) en enero de 2009 se le comunica al actor la finalización de su trabajo en Portugal; y 6º) en septiembre de 2009 se le ordena recoger el correo e ir a los bancos.

Sin embargo, ese conjunto (mínimo) de datos a lo largo de más de tres años no permite afirmar un indicio de existencia de vulneración del derecho a la integridad moral del trabajador, de un lado, porque como bien afirma el juzgador de instancia en ningún momento se ha probado la presencia de situaciones humillantes o vejatorias con relación al actor, no pudiendo tener tal consideración la falta de delicadeza o tacto por parte de la directora financiera a la hora de ponerse en contacto con los trabajadores o transmitirles órdenes o reprocharles determinadas actitudes, debiendo recordarse a este respecto que según el art. 20 ET , el trabajador estará obligado a realizar el trabajo convenido bajo la dirección del empresario o persona en quien éste delegue, y en el cumplimiento de la obligación de trabajar asumida en el contrato, el trabajador debe al empresario la diligencia y la colaboración en el trabajo que marquen las órdenes o instrucciones adoptadas por aquél en el ejercicio regular de sus facultades de dirección (prevención legal en la que

entraría el contenido del e-mail que figura en el folio 237 y 238 de los autos enviado por Esmeralda a Juan Ignacio el día 13 de enero de 2009); y del otro, coincidimos plenamente con el juzgador de instancia cuando afirma que: 1º) el clima de tensión en la empresa no determina por sí solo la presencia de acoso moral; 2º) ni tampoco el hecho de que el actor presente episodios concretos y determinados de trastornos-depresivos, ya que no puede determinarse (más allá lógicamente de las manifestaciones del actor recogidas por el servicio de atención primaria, y no por especialista) su origen; 3º) el traslado del actor no consta que haya sido impugnado, pudiendo entrar dentro de las facultades que en orden a la movilidad geográfica de los trabajadores se otorga al empresario en el ET; 4º) la sanción impuesta al actor tiene como razón de ser el haber incumplido una orden de la empresa; y 5º) la discusión con la directora financiera tuvo precisamente por objeto el incumplimiento de una orden empresarial.

Ahora que, en el hipotético supuesto de que hubiésemos llegado a la conclusión de que pudiera ser operativa la inversión de la carga de la prueba, dando por hecho la presencia de indicios de la presencia de una situación vulneradora de un derecho fundamental y efectivamente ésta se llevase a efecto, la situación existente no podría ser calificada como de acoso. No está de más traer a colación aquí que en el ámbito especializado -médico y jurídico-, se define el acoso laboral (mobbing) como aquella conducta abusiva o de violencia psicológica al que se somete de forma sistemática (el mobbing presenta como elementos caracterizadores las notas de frecuencia, intensidad y permanencia) a una persona en el ámbito laboral, manifestada especialmente a través reiterados comportamientos, palabras o actitudes que lesionen su dignidad o integridad psíquica, y que pongan en peligro o degraden sus condiciones de trabajo; actitudes de hostigamiento que conducen al aislamiento del interesado en el marco laboral, produciéndole ansiedad, estrés, pérdida de autoestima y alteraciones psicosomáticas, determinando en ocasiones el abandono de su empleo por resultarle insostenible la presión a que se encuentra sometido. Se trata de un fenómeno laboral contrario al principio de igualdad de

trato, tal como se define en los artículos 3, 4 y 5 de la Directiva Comunitaria 76/207 , que vulnera el derecho a la integridad moral y la interdicción de tratos inhumanos o degradantes que consagra el artículo 15 CE , y que -en el ámbito normativo laboral- desconoce el derecho que a todo trabajador reconoce el artículo 4.2.e) ET , para que se le respeten su intimidad y la consideración debida a su dignidad; derechos básicos cuya infracción por parte empresarial no puede sino ser calificada como grave incumplimiento de las obligaciones contractuales.

Este Tribunal viene concretando desde hace años (por todas, sentencia de esta Sala de 9 de diciembre de 2005 [rec. núm. 5436/2005 ]) que los mecanismos del mobbing -en sus variedades vertical y horizontal- admiten pluralidad de formas que van desde las actitudes más groseras y violentas (bullying) a las técnicas de mayor sutileza (actitudes de aislamiento en el seno de la empresa, críticas, rumores o subestimaciones) que pueden tener por sujeto activo tanto a compañeros de trabajo (mobbing horizontal) como al personal directivo (bossing), que incluso puede ser sujeto pasivo (mobbing vertical ascendente); aunque sin duda el más característico y usual es aquel en el que se parte de una relación asimétrica de poder (mobbing vertical descendente). Sea como fuere, lo cierto es que la situación de acoso laboral requiere determinados componentes objetivos (sistematicidad en la presión, relación de causalidad con el trabajo, falta de amparo en el poder de dirección y elemental gravedad) y subjetivos (intencionalidad denigratoria y carácter individualizado, que no colectivo, del destinatario), que han de servir para diferenciar esta figura de otras afines, como el "síndrome del quemado" (burn-out, o estrés laboral avanzado que se caracteriza por síntomas de cansancio emocional y sentimiento de inadecuación o frustración profesional), o el mobbing subjetivo o falso, en el que las percepciones personales del trabajador no se corresponden con los datos (objetivos y subjetivos) que están presentes en el desarrollo de su actividad laboral, faltando así los referidos elementos que caracterizan el acoso moral. En suma, los citados elementos del acoso nos permiten distinguir entre lo que propiamente es hostigamiento psicológico y lo que resulta defectuoso ejercicio (abusivo o arbitrario) de las facultades

empresariales, pues en el primero se agreden derechos fundamentales de la persona (básicamente su dignidad e integridad moral), en tanto que el segundo se limita a comprometer estrictos derechos laborales; diferencia que incluso puede predicarse de la motivación, dado que en el hostigamiento se aprecia intención de perjudicar al trabajador, y en el ejercicio indebido de la actividad directiva prima el interés -mal entendido- empresarial.

En particular, no puede sostenerse en este pleito la existencia de un acoso laboral como el pretendido, pues no hay datos que apunten a una situación de hostigamiento al actor, con presencia de elementos objetivos y subjetivos, más bien, parece integrarse en un mobbing subjetivo, habida cuenta el hecho de que a lo largo de más de tres años no llegan a media docena las situaciones que, acreditadas en la sentencia de instancia, pudieran dar lugar a la presencia de mobbing, entrando la mayoría de ellas dentro de lo que son facultades propias del ius variandi empresarial. De este manera, de entrada se observa que el actor fue asignado al departamento de instalaciones en 2006, y que precisamente por ello se le excluye de las reuniones relacionadas con la contabilidad de la empresa. En segundo lugar, el actor fue trasladado temporalmente a Portugal, sin que conste que haya impugnado esa movilidad (parece que geográfica) de la que fue objeto, y sin que, igualmente conste que la movilidad de puesto (ahora parece que funcional) haya sido atacada judicialmente, afectando incluso a varios trabajadores de su misma categoría profesional, siendo en todo caso un debate ajeno a la hipotética situación de acoso que se denuncia. En tercer lugar, el hecho de que la directora financiera haya utilizado puntualmente expresiones desafortunadas no implica un trato humillante o vejatorio, pudiendo incluso tales actuaciones ser atacadas mediante la puesta en conocimiento de la dirección de la empresa. Y en cuarto y último término, el trastorno depresivo (que no ha sido diagnosticado por especialista) puede deberse a múltiples causas ajenas a la temática laboral (o incluso relacionadas con el trabajo, pero ajenas a una situación de acoso), sin que exista una situación patente de acoso o mal ambiente laboral.

En definitiva, los elementos fácticos (unidos a los criterios que permiten apreciar la existencia de acoso laboral) que se dan por probados en la sentencia de instancia nos permitirían incluso distinguir entre lo que propiamente es hostigamiento psicológico y lo que resulta defectuoso ejercicio (abusivo o arbitrario) de las facultades empresariales, pues en el primero se agreden derechos fundamentales de la persona (básicamente su dignidad e integridad moral), en tanto que el segundo se limita a comprometer estrictos derechos laborales; diferencia que incluso puede predicarse de la motivación, dado que en el hostigamiento se aprecia intención de perjudicar al trabajador, y en el ejercicio indebido de la actividad directiva prima el interés -mal entendido- empresarial. Y en esta ocasión, sobre la base de la inexistencia de una situación de mobbing empresarial (no puede sostenerse en este pleito la existencia de un acoso laboral como el pretendido, pues no hay datos que apunten a una situación de hostigamiento), los elementos objetivos y subjetivos presentes en el pleito nos permiten hablar de un mobbing subjetivo, y, en último caso, de una situación de stress laboral o de burn-out, que pudiera estar derivado del defectuoso ejercicio de la facultades empresariales de dirección, habida cuenta el clima de tensión en la empresa al que se refiere el sentencia de instancia, pero en ningún caso puede entenderse acreditada la presencia de una situación de mobbing en la persona del actor.

CUARTO.- En el último de los motivos de suplicación, de nuevo con amparo en el art. 191 c) LPL , el demandante denuncia infracción de los arts. 180.1 y 113 LPL , en relación con el art. 24 CE , estimando en esencia que al haberse producido un perjuicio físico y moral al demandante por el que deberá ser indemnizado.

El motivo no prospera. Y no lo puede hacer por varias razones: 1ª) los preceptos de la LPL invocados son inadecuados a los fines pretendidos, ya que se refieren al despido nulo y al contenido de la sentencia; 2ª) el recurso de suplicación tiene por objeto, entre otros, "examinar las infracciones de normas sustantivas", lo que excluye la

denuncia de normas de carácter procesal, como pueden ser los arts. 180.1 y 113 LPL , debiendo denunciarse la vulneración de normas procesales a través del motivo del art. 191 a) LPL; y así, cuando lo que en realidad se está discutiendo es sobre la aplicación o no de determinadas "normas del procedimiento", el cauce adecuado es el de la letra a) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral , debiendo solicitarse la nulidad de las actuaciones y la reposición de los autos al momento anterior a dictarse sentencia; 3ª) la cita del art. 24 CE resulta además de inadecuada, excesivamente genérica, ya que no se concreta cuál de los dos apartados de los que consta se considera infringido; y 4ª) la indemnización por daños y perjuicios debe limitarse a los efectivamente producidos y adecuadamente justificados, y en esta ocasión ante la inexistencia de una situación de acoso moral, el mero hecho de encontrarse en situación de incapacidad temporal no hace factible extraer el daño que se invoca, de tal manera que la reparación en esta ocasión se consigue y agota a través de la reacción legal reconociendo al actor las prestaciones correspondientes, sin que de igual modo pueda resarcirse daño moral alguno al ser inexistente.

QUINTO.- El pronunciamiento de instancia se impugna igualmente por el Ministerio Fiscal, invocando (de manera inadecuada, por cierto) para ello el art. 189.1 f) LPL , aunque sin cita de norma alguna del ordenamiento jurídico ni de jurisprudencia que considere infringidas, limitándose a discrepar de la sentencia de instancia, mezclando cuestiones fácticas y jurídicas; es decir, que en su recurso el Ministerio Fiscal prescinde totalmente de la más elemental ortodoxia procesal, mezclando en su construcción cuestiones fácticas y jurídicas, formando un totum revolutum impropio de un recurso (extraordinario) de suplicación laboral, sin cita de las normas del ordenamiento jurídico o la jurisprudencia que la parte recurrente considera infringidas.

De él, en efecto, llama poderosamente la atención la defectuosa técnica con la que ha sido redactado, ya que en su único motivo de suplicación no se alega infracción jurídica

alguna (el motivo entero es, como ya se dijo, un totum revolutum en el que se confunden cuestiones fácticas y jurídicas), ni tampoco la jurisprudencia que haya podido ser conculcada por la sentencia de instancia. Y así, frente a la ausencia de denuncia alguna de infracción jurídica, este Tribunal entiende que el recurso estaría llamado a fracasar, al haberse construido con olvido de la normativa reguladora de la suplicación, singularmente la contenida en los arts. 191 c) y 194 ("en el escrito de interposición del recurso se expresarán, con suficiente precisión y claridad, el motivo o los motivos en que se ampare"; "en todo caso se razonará la pertinencia y fundamentación de los motivos, citándose las normas del ordenamiento jurídico o la jurisprudencia que se consideren infringidas"), ambos de la Ley Rituaria Laboral, ya que, como se indicó, el recurrente articula su único motivo de suplicación sin cita alguna de los preceptos o doctrina judicial que el pronunciamiento recurrido haya podido infringir, quedando de este modo la Sala impedida de entrar en el análisis de las hipotéticas infracciones normativas o jurisprudenciales de la sentencia de instancia, pues ello equivaldría a atribuir a la misma la construcción ex officio del recurso, cuando tal actividad corresponde a la parte.

SEXTO.- Por todo lo que queda escrito procede, previa desestimación de ambos recursos, dictar un pronunciamiento confirmatorio del suplicado. En consecuencia,

.../...

FALLAMOS

Que desestimando los recursos de Suplicación interpuestos por la representación procesal de don Jose Daniel y el

Ministerio Fiscal, contra la Sentencia de fecha quince de junio del año dos mil nueve, dictada por el Juzgado de lo Social número tres de los de Vigo , en proceso promovido por don Jose Daniel frente a las empresas RAMILO, S.A., CUPIER-PADESA, S.L., COMERCIAL DE ROCAS ORNAMENTALES, S.A.U., CUPA INNOVACION S.L.U., ROCHAS ORNAMENTALES DE CERVEIRA, S.A.U. y CUPA EXPANSION, S.L.U. y doña Esmeralda , debemos confirmar y confirmamos la sentencia recurrida.

Notifíquese esta resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, haciéndoles saber que contra la misma, sólo cabe Recurso de Casación para unificación de doctrina que se preparará por escrito ante esta Sala de lo Social dentro de los DIEZ DIAS siguientes a la notificación de esta Sentencia y de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 218 y siguientes de la Ley de Procedimiento Laboral Una vez firme, expídase certificación para constancia en el Rollo que se archivará en este Tribunal incorporándose el original al correspondiente Libro de Sentencias, previa devolución de los autos al Juzgado de lo Social de procedencia.

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

PUBLICACION.-

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