



Roj: **STSJ AND 1472/2018 - ECLI:ES:TSJAND:2018:1472**

Id Cendoj: **18087340012018100205**

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

Sede: **Granada**

Sección: **1**

Fecha: **25/01/2018**

Nº de Recurso: **1846/2017**

Nº de Resolución: **171/2018**

Procedimiento: **Social**

Ponente: **JUAN CARLOS TERRON MONTERO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA

CON SEDE EN GRANADA

SALA DE LO SOCIAL

AN

SENT. NÚM. 171/18

ILTMO. SR. D. JUAN CARLOS TERRON MONTERO

ILTMO. SR. D. FERNANDO OLIET PALÁ

ILTMA. SRA. D^a. BEATRIZ PEREZ HEREDIA

MAGISTRADOS

En la ciudad de Granada, a veinticinco de enero de dos mil dieciocho

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Granada, compuesta por los Ilmos. Sres. Magistrados que al margen se indican, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

S E N T E N C I A

En el Recurso de Suplicación núm. **1846/17**, interpuesto por KIABI ESPAÑA KSCE S.A. Y Romeo Ovidio contra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 6 DE GRANADA, en fecha 15/3/17, en Autos núm. 383/16, ha sido Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado **D. JUAN CARLOS TERRON MONTERO**.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- En el Juzgado de referencia tuvo entrada demanda interpuesta por Lidia Sara en reclamación sobre DERECHOS FUNDAMENTALES, contra KIABI ESPAÑA KSCE S.A. , Romeo Ovidio Y MINISTERIO FISCAL y admitida a trámite y celebrado juicio se dictó sentencia en fecha 15/3/17, por la que estima la demanda en reclamación de declaración de acoso laboral e indemnización por daño materiales morales instadas por doña Lidia Sara, siendo demandados la mercantil KIABI ESPAÑA KSCE SA. Don Romeo Ovidio y el Ministerio Fiscal, declarar que existe acoso por parte de la empresa y del superior Sr. Romeo Ovidio, y ordena a la empleadora que proceda al cese inmediato en el mismo, y a que imponga a sus empleados dicho cese, a que reintegre a la demandante en las condiciones que tenía la actora antes de iniciarse los actos reiterados descritos precedentemente, y a que solidariamente con Romeo Ovidio abonen a la demandante, la cantidad de 38.731,49?, por daños materiales y morales.

Segundo.- En la sentencia aludida se declararon como hechos probados los siguientes:



Primero.- La demandante doña Lidia Sara , mayor de edad, titular del DNI núm. NUM000 , afiliada a la Seguridad Social con el número NUM001 , viene prestando sus servicios para y bajo la dependencia de la empresa demandada KIABI ESPAÑA KSCE, SA, con CIF A-81225146, domiciliada en Avda. Fernando de los Ruios s/n, 18006 Granada, dedicada a la actividad de comercio (compra/venta de ropa), con una antigüedad reconocida del 09-03-2007, en virtud de contrato indefinido a tiempo completo.

La categoría profesional ostentada es la de "Manager de ventas", desde el 1 de julio de 2014 (fecha en la que se firmó de mutuo acuerdo un cambio de categoría entre las partes -de Consejera de ventas a Manager de ventas, doc. 4 de la demandada y folio 61).

El salario devengando anterior a la reducción ascendía a 1.708,33 ? mensuales, con inclusión de pagas extraordinarias.

Desde el 1 de julio de 2015, tras la reducción de jornada, el salario devengando es de 1.482,48 ? mensuales, con inclusión de pagas extraordinarias.

Segundo.- La trabajadora inició la prestación de sus servicios en el centro de trabajo de Pulianas, donde tiene su domicilio habitual, como Consejera de ventas.

La actora fue ascendida en 2014, permaneciendo en el indicado centro de trabajo de Pulianas (en contra de lo costumbre habitual).

Posteriormente y con motivo de su ascenso es trasladada al centro de trabajo de la demandada en Armilla en fecha 1 de junio de 2014, donde permanece

Tercero. El demandado don Romeo Ovidio , fue destinado al centro de Pulianas (Granada) en fecha 2014, coincidiendo con la actora un corto período de tiempo.

En el centro de Pulianas trabaja como vendedora Salome Olga , quien ha declarado que se marchó de la empresa, tras el nuevo convenio. Que el demandado, como jefe suyo le intimidaba, se sentía mal con él, por lo que se marchó para no tener problemas.

El 1 de abril de 2015 el Sr. Romeo Ovidio es nombrado Director de tienda en el centro de Armilla (Granada), incorporándose el 6 de abril de 2015 (tras disfrutar de un permiso de mudanza), el demandado en nombrado Director del centro de Armilla (Granada), la tienda donde presta sus servicios la actora.

Cuarto. El 13 de marzo de 2015, se realiza por los Sres. Don Constancio Onesimo (Director Regional de la zona sur) y el demandado Sr. Romeo Ovidio (como invitado y en breve Jefe/Director del centro de Armilla, futuro jefe de la actora), la anual entrevista de actividad y desarrollo de la empresa a la actora.

Se expresa por el demandado que: La actora en su cargo de Manager de ventas, coordinando un equipo, no cubre, en su mayoría, los objetivos. Existen carencias en la actora para realizar el trabajo en equipo, para el desarrollo de personas, no es adecuado el desarrollo y la motivación de las personas a su cargo, por parte de la actora. Cumple sólo en parte las expectativas en sus responsabilidades, con carencias.

El Sr. Romeo Ovidio no ha incluido a la actora en su nuevo equipo, para su traslado al nuevo centro y en diciembre de 2016, va trasladado al centro Nevada Chopins.

Quinto. La actora no ha participado en actividades fundamentales de la empresa, tras su incorporación por el ingreso de su hijo. Actividades que debe conocer todo manager de ventas.

- No la citan para la remodelación de la tienda, con la excusa que debe descansar, o no plantearle problemas por su hijo, según alega el Sr. Romeo Ovidio , pese a haber trabajado el día anterior hasta el cierre.

- Le encomiendan tareas de descarga del camión con el "torillo", tras haberse eliminado el mozo de almacén.

El demandado don Romeo Ovidio , desde su incorporación como Jefe del centro de Armilla, exige a la actora el justificante de cualquier visita médica, el convenio regulador de su divorcio y se le descuenta una semana de vacaciones por hospitalización.

Sexto. La actora denunció (mediante escrito fechado el 8 de julio y recibido en la empresa el 13 de julio) a la Comisión por ACOSO. A petición del departamento de RRHH se pide a la actora que se ratifique en su denuncia, lo que se produce el 14-08-2015 y se abre el expediente, que obra unido a las actuaciones al folio 110, que se da íntegramente por reproducido

Se destaca que se abrió la investigación por acoso, citando a varias trabajadoras los primeros días del mes de septiembre de 2015.

Previamente el Sr. Romeo Ovidio se reunió con algunas trabajadoras citadas como Belinda Frida (Presidenta del sindicato), Delia Isidora (Delegada sindical), Luisa Yolanda (empleada) y con Celestina Isidora



(vendedora), es llamada por megafonía. El codemandado Romeo Ovidio la esperaba fuera con Otilia Julia , habla con ella, para que suba a entrevistarse con RRHH.

Mientras tanto, la actora se encontraba prestando sus servicios en el almacén, haciendo el trabajo de la mañana, camión, basura, despachar box, limpiando almacén.

Tras ello, la actora es llamada a la entrevista (Obdulio Florian viene a por ella).

Conclusión de la Comisión de investigación: 1º Que no se ha producido acoso moral por parte de Romeo Ovidio a Lidia Sara .

2º Sin embargo, como resultado del proceso de investigación, la Comisión recomienda que se lleven a cabo las siguientes medidas correctoras:

1. Procurar que estas dos personas no realicen funciones en el mismo centro de trabajo. Con el fin de poder cuanto antes resolver la situación de conflicto existente con otro actor nuevo en el puesto de Director de la tienda de Armilla.

2. Trabajar con el Director el que, en línea con las pautas de la empresa, apueste por un management orientado al desarrollo de personas. Considera alarmante que un Director manifieste que un mes de relación profesional sea suficiente para decidir si una persona del equipo puede contar o no con su confianza y tener una idea clara y definitiva sobre sus capacidades como MDV. Precisamente sobre los empleados sobre los que hay dudas, o se tenga constancia de dificultades en el puesto de trabajo, es a los que más tiempo hay que dedicar para suplir sus posibles carencias y hacerles ver el camino que deben recorrer para superarlas. Sería también aconsejable impartir a la MDV la formación necesaria en línea con el plan de formación de la empresa.

En definitiva, entiende que no ha habido un acompañamiento suficiente del Director a la MDV y no se ha puesto en marcha ningún plan de acción para hacerle reconsiderar su actitud, más allá de cambiarla de sección o alguna conversación aislada. Ello ha hecho que la situación se agrave aún más (según manifestación de algunos testigos de las malas formas de la MDV).

Se afirma por la Comisión que el proceso de investigación se llevó a cabo bajo el principio de confidencialidad, equidad, contradicción en todo momento.

Séptimo. Actuaciones posteriores a la entrevista realizada por RRHH, tras la denuncia de la actora por acoso:

Baja en Facebook de la actora en relación con el resto de personal.

Encomienda de trabajos y funciones de inferior categoría (descargas de mercancía con el torrillo, sin carnet, ni botas, ni medidas de seguridad); trabajos en almacén en altura, trabajos de limpieza en almacén, cocina, sala de formación; labores de etiquetado de prendas (no propias de un Manager de ventas). Bajada de categoría profesional de adulto a niños.

Superación de horario a diario por cierre, fuera de su jornada laboral reducida.

Labores de caja (que nunca había realizado con anterioridad).

Presión y hostilidad, incrementada, hasta que la actora solicitó su reducción de jornada: Existió una previa propuesta de la empresa de novación contractual: Reducción de categoría profesional de Manager de ventas a Consejera de ventas, con correlativa reducción de salario de 6.000 ? anuales y con la misma jornada de trabajo. Ante la no aceptación por la actora de la indicada propuesta, optó por presentar en RRHH una reducción de su jornada, hecho que sentó muy mal al Sr. Constancio Onesimo y al Sr. Romeo Ovidio .

Octavo. La actora solicitó el 25 de mayo de 2015 reducción de jornada, mediante burofax, por cuidado de hijo menor de 2 años, con discapacidad del 75% (resolución de la Consejería de Igualdad y Políticas Sociales de la Junta de Andalucía de 22.05-2014).

La enfermedad del menor- Síndrome de Angelman y epilepsia sintomática- que presenta crisis y episodios de desconexión del medio, convulsiones, espasmos, con necesidad de ingreso hospitalario desde el 25 de abril de 2015 hasta el 8 de mayo de 2015, imposibilitándole compaginar la vida laboral y el cuidado del menor, que fue lo que motivo la petición de reducción de jornada (doc. 4 de la actora).

La indicada petición, no sólo no fue entendida, incomprensible por su jefe Sr. Constancio Onesimo , sino que esto dió lugar a que el Director de la tienda de Armilla, así como por el Director regional Sr. Constancio Onesimo , adoptaran una actitud de recriminación hacía la actora, ante su intención de pedir la reducción de jornada. Constancio Onesimo y Romeo Ovidio se personaron en su domicilio manifestándole:

El Sr. Constancio Onesimo (Director Regional) le recrimina que con la reducción de jornada "va a vivir un infierno", "que lo va a pasar mal", "que este jardín no saben como lo va a arreglar". "Mi consejo es que convezas

a Romeo Ovidio que eres una buena manager, si no vais a vivir un infierno los dos, vais a vivir un infierno para cada uno". "Imaginate lo que te va a costar esto y lo que vas a sufrir"....."en vez de buscar un formato de llegar a un acuerdo y que encaje por la calle de en medio.... increíble".....

El Sr. Romeo Ovidio le manifiesta a la actora, ante su solicitud de reducción de jornada: "Yo no te quiero quitar tus derechos, que son tuyos, pero es necesario hablarlo". "Te estás equivocando". "Te estás equivocando mucho y no sabes cuánto". "Te estas equivocando,...vamos, que te estás nublando". "Te estás equivocando mucho Lidia Sara , las cosas no van por ahí, las cosas se te están yendo demasiado y creo se te pueden escapar... y no te estoy amenazando, porque yo no amenazo".

Constan amenazas a Vicente Hernan , su marido, que trabajaba en la empresa en el centro de Pulianas. Tras estos acontecimientos, su marido, ha causado baja en la empresa.

Tras 36 días de la petición, la reducción de jornada le fue concedida a la actora con fecha 1 de julio de 2015.

Noveno. El Director de la tienda de Armilla, codemandado Sr. Romeo Ovidio , en el mes de junio, encomendó a la actora la realización de labores de:

Caja, lo que implicaba permanecer hasta el cierre de la tienda, con prolongación de su jornada.

Realización de labores de almacén, como descarga de mercancías mediante el "torillo", de limpieza, etc.

Décimo. El 2 de julio de 2015, es sancionada por el Sr. Romeo Ovidio , con cuatro días de suspensión de empleo y sueldo, a cumplir del 20 al 23 de julio de 2015, ambos incluidos, por la comisión de una infracción regulada en el art. 44 letra B, epígrafe 2, del convenio colectivo, por: "No atender al público con la corrección y diligencia debida" los días transcurridos en la semana del 18 al 24 de mayo.

Impugnada judicialmente, el Juzgado de lo Social núm. 7 de Granada, desestima la pretensión actora declarando la inexistencia de represalia y la procedencia de la sanción (doc. 30).

Undécimo. El 7 de septiembre de 2015, la actora es dada de baja médica, iniciando proceso de incapacidad Temporal (IT), derivado de enfermedad común, con el diagnóstico de "Trastorno adaptativo con sintomatología mixta", con tratamiento médico y farmacológico.....

El día 23 de diciembre de 2016, ha sido dada de alta médica.

Duodécimo: INFORME PSICOLÓGICO CLÍNICO: Se aprecia marcada sintomatología propia de estado de ánimo depresivo, cursado con llanto, apatía, ahedonia (disminución acusada del interés en caso todas las actividades en la mayor parte del día) y tristeza, todo ello acompañado de agitación psico-motora propia de la ansiedad, que le impiden concentrarse. Tiene desde hace meses incapacidad para conciliar el sueño, insomnio, así como una disminución del apetito. Su conducta no verbal y aspecto físico, concuerdan con una fuerte crisis emocional y agotamiento psico-somático grave, propios de un episodio depresivo mayor.

Todo ello está afectando a las diversas áreas de su vida cotidiana, destacando su ámbito familiar y sus relaciones interpersonales y creando un malestar psicológico clínicamente significativo.

Concluye que los estresores externos que está viviendo, agravan esta sintomatología (problemas laborales). Se recomienda iniciar a la mayor brevedad posible tratamiento psicológico y alejamiento, en la medida de lo posible, de la fuente estresora externa, hasta remisión o mejora de los síntomas (Informe de 4 de septiembre de 2015. Informe de 1 de diciembre de 2015), se añade que la sintomatología de la actora se ha visto acentuada de nuevo, por lo que se le recomienda continuar en tratamiento psicológico hasta estabilización de su situación laboral y/o hasta el final del proceso judicial (Informes de la Sra. Carolina Joaquina , Colg, AO-07197).

Informe de la Odontóloga doña Alejandra Florinda ?que viene tratando a la actora desde 2012 hasta noviembre de 2016, la actora ha sufrido un problema en las piezas dentarias, pasando en los últimos meses a tener 24 piezas rotas (Bruxismo). Informe obrante a las actuaciones al folio 168 ss, cuyo contenido se da por reproducido íntegramente).

Decimotercero. Informe de investigación (Doc. 26), que se da por reproducido.

Concluye: "Procurar que estas dos personas no realicen funciones en el mismo centro de trabajo,

Se resalta que: "Si bien muchas de las declaraciones respecto al Director de la tienda eran coincidentes, no consideramos que sea suficiente para concluir que haya habido alguna quiebra de la confidencialidad".

Decimocuarto. Doña Rebeca Carlota , antigua directora del centro de la empresa demandada en Armilla (Granada), declara que la actora tenía una progresión importante en la empresa. Que tras su ascenso a MDV, no la mandaron a otras provincias, dado que trabajaba muy bien en Pulianas (lo que no era habitual, tras el



ascenso). La actora trabajaba más horas de las que le tocaba. Nunca le ha exigido documentación médica por el problema de su hijo, dado que lo habitual en ella era recuperar las indicadas horas de ausencia.

La Sra. Rebeca Carlota tenía la expectativa de ser nombrada la nueva directora del Centro NEVADA, siendo por el contrario, nombrado el codemandado Sr. Romeo Ovidio y despedida la Sr. Rebeca Carlota .

El codemandado Sr. Romeo Ovidio (cuando estaba en el centro de Pulianas) pidió a la Sr. Rebeca Carlota (Directora del centro de Armilla donde prestaba servicios la actora) que sancionara a la actora por haber levantado unas posibles sospechas sobre una chica de su equipo (la actora pensaba que sobaba). La Sra. Rebeca Carlota no sancionó a la actora.

Decimoquinto. Salome Olga , extrabajadora del centro de Pulianas, que coincidió con el Sr. Romeo Ovidio dos meses en el centro de Pulianas, ha declarado que se sentía acosada, intimidada por él, la llevaba al despacho y sin gente delante, incomoda con él, por su forma de acercarse, por lo que se marchó voluntariamente acogiéndose al cambio de convenio, porque si seguía allí iba a acabar mal".

Décimosexto. La actora presentó solicitud de una plaza en el centro de Pulianas. Solicitud que atendida, alegando la empresa: Que no existen vacantes de Manager de ventas, así como cuestiones de organización.

Se alega por la empresa que: "En este momento ya no existen vacante de MDV (Manager de ventas), ni en la referida tienda, ni en el resto de tiendas de KIABI, ya que como sabe (no se le ha comunicado) se ha iniciado un procedimiento de reorganización en la estructura de las tiendas, pasando del tradicional modelo de: Director de tienda, MDV y vendedores, a un nuevo sistema de organización formado por la figura del Lider, Colider, Vosial Merchandises y Vendedores. Consecuencia no se están contratando nuevos MDV.

Tras la baja voluntaria de su cónyuge, hace un mes, se abrió un proceso de selección para cubrir la vacante correspondiente al nuevo puesto de "Colider" de la tienda, estando ya cubiertos tanto el puesto de Lider, como el de Visual Merchandise. A pesar de que el plazo de presentación de solicitudes para el puesto ya está cerrado, dado que el proceso de selección se ha paralizado por las fiestas navideñas, se hará una excepción con usted, permitiéndole que, dado su interés por volver a la referida tienda, presenté su solicitud, para ocupar la referida vacante hasta el próximo 15-01-2017".

Decimoséptimo. El 14 de febrero de 2017 se ha notificado a la actora el cierre del centro de trabajo de Armilla con efectos del 31 de enero de 2017, alegando causas organizativas y productivas. A raíz de la apertura del centro NEVADA Shopping, se han reestructurado, eliminando el puesto de Manager de ventas.

La totalidad de las trabajadoras dependían del Sr. Romeo Ovidio . Todas ellas se han trasladado como equipo del Sr. Romeo Ovidio al centro NEVADA, a excepción del Sr. Horacio Sebastian que ha permanecido en el centro de Armillas hasta la liquidación del mismo, pactando tras ello, con la empresa su extinción laboral.

Décimoctavo. La actora no ostentar en la misma cargo alguno sindical o de representación.-

Decimonoveno. Es de aplicación a la relación laboral el Convenio Colectivo de comercio.

Vigésimo. La parte actora reclama en su demanda presentada en el Decanato de los Juzgados de Granada el 5 de mayo de 2016 y posteriormente aclarada el 24 de mayo de 2016, que se dicte sentencia, por la que estimado íntegramente las pretensiones de la parte actora, declare la existencia de una vulneración de derecho fundamental por acoso laboral, la nulidad de la actuación del empleador o sujetos responsables y su cese inmediato con la reparación de sus consecuencias, cual es el derecho de la actora a la reincorporación de su puesto de trabajo, sin menoscabo de su labor y alejada del codemandado don Romeo Ovidio , así como le abonen todos los demandados una indemnización de 38.731,49 ? en concepto de daños y perjuicios ocasionados, incluidos los daños morales, por los perjuicios, que cuantifica del siguiente modo (en aplicación del baremo de accidentes):

221 días impeditivos y 10% de factor de corrección de los días impeditivos (14.076,81 ? + 1.407,68 ?)

Gastos de tratamiento psicológico (1.200 ?)

Tratamiento dental (717 ? + 1.330 ?).

Daños morales por vulneración de derecho fundamental que sin perjuicio de la determinación por el Juzgado con base en el art. 183.2 LRJS , estima prudente en fijarlos en la cantidad de 20.000 ? adicionales.

Total 38.731,49 ?.

Tercero.- Notificada la sentencia a las partes, se anunció recurso de suplicación contra la misma por KIABI ESPAÑA KSCE S.A. Y Romeo Ovidio , recursos que posteriormente formalizaron, siendo en su momento



impugnado por el contrario. Recibidos los Autos en este Tribunal, se acordó el pase de los mismos al Ponente, para su examen y resolución.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO. - Dictada sentencia en la instancia, por la se estima la demanda formulada por D^a. Lidia Sara contra el LA MERCANTIL KIABI ESPAÑA KSCE SA, D^o. Romeo Ovidio y el Ministerio Fiscal, se declara la existencia de acoso moral por parte de la empresa y del superior Sr. Romeo Ovidio , ordenándose a la empleadora que proceda al cese inmediato del mismo, y que imponga a sus empleados dicho cese, a que reintegren a la demandante en las condiciones que tenía la actora antes de iniciarse los actos reiterados descritos precedente y a que solidariamente con Romeo Ovidio abonen a la demandante, la cantidad de 38.731,49?, por daños materiales y morales. Dicha sentencia es recurrida en suplicación por los demandados, con la petición de que se declare la no existencia de vulneración de derecho fundamental alguno de D^a. Lidia Sara , siendo impugnado por la parte actora.

Por la empresa recurrente, al amparo de lo previsto en el apartado a) del art. 193 de la LRJS , interesa la nulidad de la sentencia, con reposición de las actuaciones al momento procesal oportuno, por infracción del artículo 24 de la Constitución Española y de los arts. 80.1.c), 85.1 y 87.1 de la LJS.

Se imputa a la sentencia recurrida una introducción de hechos no incluidos en la demanda (alteración unilateral e incongruencia extra petita).

Con carácter previo, recordar que respecto a la nulidad de actuaciones se ha pronunciado el Tribunal Supremo en numerosas ocasiones, en perfecta sintonía con la doctrina que sobre tal cuestión viene manteniendo el Tribunal Constitucional y ha hecho, entre otras en sentencia de 24 de septiembre de 2012 o en la más reciente de 9-03-15 en los siguientes términos: " El mismo Tribunal Constitucional y esta Sala (entre otras, en sentencias de 30/1/04 (RJ 2004, 2580) , Rcd. 3221/02 y de 3/10/06 (RJ 2006, 8018) , Rcd. 146/05) han declarado que la nulidad de actuaciones constituye una medida excepcional que debe quedar reservada para casos extremos de una total indefensión, de modo que no basta que se produzca una vulneración de normas procesales sino que es preciso que ello haya determinado una indefensión material a la parte que la invoca, ya que la nulidad no deriva de cualquier infracción o vulneración de normas procesales sino de que esta vulneración le haya producido al interesado un efectivo y real menoscabo del derecho de defensa. Como dice el Auto del TC 3/1996, de 15 de enero (RTC 1996, 3 AUTO) "Para que las irregularidades procesales produzcan el radical efecto de nulidad de actuaciones es preciso que..... la indefensión que produzcan ha de ser material y efectiva y no simplemente posible", es decir, que el citado defecto haya causado un perjuicio real y efectivo para el demandado en sus posibilidades de defensa (STC 43/1989 (RTC 1989, 43)) pues el concepto de indefensión con relevancia constitucional no coincide necesariamente con cualquier indefensión de carácter meramente procesal, ni menos con cualquier infracción de normas procesales" .

Dicho lo anterior, para que la nulidad de las actuaciones prevista en la letra a) del artículo 193 LRJS pueda ser acordada es necesario que concurren los siguientes requisitos: que se infrinjan normas o garantías del procedimiento y se cite por el recurrente la norma que estime violada; que esa infracción haya producido indefensión - STC.158/89 - y que se haya formulado protesta en tiempo y forma pidiendo la subsanación de la falta, salvo que no haya sido posible realizarla.

Y reiteramos, que la Jurisprudencia viene diciendo al respecto que dicha nulidad ha de aplicarse con criterio restrictivo evitando inútiles dilaciones, que serían negativas para los principios de celeridad y eficacia, por lo que solo debe accederse a la misma en supuestos excepcionales, y en todo caso, se exige que la infracción alegada haya causado a la parte una verdadera indefensión, o sea, merma efectiva de sus derechos de asistencia, audiencia o defensa, sin que la integridad de las mismas sea posible a través de otros remedios procesales que no impliquen la retroacción de actuaciones.

Llevada la anterior doctrina al caso de autos motiva que rechazamos la petición de nulidad postulada por el recurrente, se habla de una alteración unilateral y una incongruencia extra petita de la sentencia recurrida, sosteniendo que el pronunciamiento judicial recae sobre aspectos no incluidos en el proceso -demanda- fuera de lo permitido por el principio del iura novit curia.

Se especifican una serie de conductas empresariales, que se estiman probadas en los hechos séptimo, décimo, undécimo y duodécimo, y a las que según la empresa recurrente no se hacía mención en la demanda.

A este respecto, y en lo que ahora nos interesa, para que la citada incongruencia tenga relevancia constitucional "se precisa que el desajuste entre lo resuelto por el órgano judicial y lo planteado en la demanda o en el recurso sea de tal entidad que pueda constatarse con claridad la existencia de indefensión, por lo cual requiere que el pronunciamiento judicial recaiga sobre una cuestión no incluida en las pretensiones procesales,



impidiendo así a las partes efectuar las alegaciones pertinentes en defensa de sus intereses relacionados con lo decidido" (SSTC 88/1992 (RTC 1992 , 88), 44/1993 , 125/1993 (RTC 1993 , 125), 369/1993 , 172/1994 (RTC 1994 , 172), 222/1994 , 311/1994 (RTC 1994 , 311), 91/1995 , 189/1995 (RTC 1995 , 189) , 191/1995 de 18-XII (RTC 1995 , 191) , 13/1996 de 29 -I, 60/1996 de 15-IV , 98/1996 de 10-VI (RTC 1996, 98) , entre otras).

Que tal pretensión no puede ser de recibo, ya que lo que la parte denunciaba era una actitud de la empresa constante y mantenida en el tiempo, por lo que la acreditación de que ésta continuaba hasta el momento actual, no es un elemento que aparezca ex novo ni cause indefensión a la parte empresarial; encontrándonos ante un supuesto similar a la reclamación de cantidades salariales que se han venido adeudando con posterioridad a la presentación de la papeleta de conciliación o demanda

Y a la vista del criterio jurisprudencial expuesto, no puede aceptarse el motivo alegado por el recurrente, por cuanto de la lectura de la demanda se infiere claramente que las imputaciones que la actora vertía contra la empresa, son sustancialmente las mismas que se estimaron probadas en la sentencia recurrida, sin perjuicio de que en alguna de ellas, tan solo se hacía una mención genérica, y en los hechos probados se consigna con mayor detalle, a la vista de las pruebas practicadas, que en cada hecho se exponen, y que lograron la convicción del juzgador de instancia.

Por otra parte, debe recordarse que conforme el art. 80.c) de la LRJS , aun cuando en ningún caso podrán alegarse hechos distintos de los aducidos en conciliación o mediación ni introducirse respecto de la vía administrativa previas variaciones sustanciales en los términos prevenidos en el artículo 72, existe la excepción sobre aquellos hechos nuevos o que no hubieran podido conocerse con anterioridad.

SEGUNDO.- Con igual amparo procesal se solicita la nulidad de actuaciones por entenderse infringidos el artículo 24.1 de la Constitución Española y de los apartados 4 y 6 del artículo 87 LJS. El artículo 74, 85 de la LJS.

Alega la parte que, concedido a la parte un plazo de cinco días para presentar escritos de conclusiones, a falta de un día para el vencimiento de dicho plazo, se admite la solicitud de la parte actora de conceder un nuevo plazo de 5 días, tras la puesta a su disposición de la grabación de la vista, para la formulación de conclusiones por escrito del art. 87.6 LJS. Recurrida dicha resolución por la parte demandada, dicho recurso de reposición no fue resuelto por la Juzgadora de Instancia.

Dice el artículo 193 de la LRJS , en su apartado a), se declarara la nulidad de actuaciones reponiéndose "los autos al estado en el que se encontraban en el momento de cometerse una infracción de normas o garantías del procedimiento que haya producido indefensión".

En el presente caso, es claro que se han cometido en el procedimiento infracciones de normas o garantías del procedimiento, como es el hecho de no haberse dictado la resolución que resolviera el recurso de reposición o el de proceder a la ampliación del plazo para presentar el escrito de conclusiones, ya que sin negar el derecho de la parte actora de solicitar la entrega de las grabaciones del juicio, ya que como dice el art. 89 de la LRJS , "1.-Las partes podrán pedir, a su costa, copia de las grabaciones originales" y "6. Del acta del juicio deberá entregarse copia a quienes hayan sido partes en el proceso, si lo solicitaren", sin embargo, ello no autoriza a ampliar el plazo para aportar el escrito de conclusiones, debiendo haberse presentado dicho escrito en el plazo que restaba hasta su vencimiento, ya que fue la propia desidia de la parte, al solicita el último día del plazo la entrega de dichas grabaciones, pudiendo haberlo solicitado en el inicio del mismo. Ahora bien, expuesto lo anterior, debe establecerse cuál es la indefensión de dichas infracciones han causado a la parte recurrente, y esta no se pone de manifiesto, ya que con ello en ningún caso se restringió los derechos de defensa de la parte demandada. Es alegado que la parte contraria conocía su escrito de conclusiones al redactar el suyo, lo que le daba cierta ventaja para establecer su contenido, para aceptar dicho alegato, habría que partir de que el procedimiento judicial se fundamenta en una estrategia del engaño y la ocultación, olvidando que de dichos escritos debe darse traslado a la parte contraria, el hecho de haberse exigido a la parte actora la presentación de escrito en el plazo inicialmente otorgado, ello no impediría el conocimiento por la parte actora, del presentado por la parte demandada, ya que este se presentó el día 21 y el plazo de presentación no vencía hasta el día 26. En todo caso, difícilmente ello podría comportar la nulidad de la sentencia, ya que como dice el art. 193 LRJS , la nulidad será de la resolución que infrinja las normas del procedimiento, que en todo caso, sería la providencia que amplía el plazo para conclusiones, pero en ningún caso de la sentencia dictada, y aun siendo cierto que la nulidad de aquella comportaría la nulidad de todas las resoluciones posteriores, entre otras, la de la sentencia, no se alcanza a entender en que se vería alterado el contenido de la misma, de imponerse que se dictara nueva sentencia. Ello hace que este motivo deba de ser desestimado.

TERCERO.- Con igual amparo procesal se solicita la nulidad de actuaciones por vulneración de los arts. 97.2LJS, 248.3 LOPJ y 24.1 de la Constitución Española , en base a una insuficiencia de hechos probados.



En principio, aun cuando la parte alega una insuficiencia del relato de hechos probados, lo que se pone de manifiesto en el texto del escrito del recurso es el desacuerdo con la valoración que de la prueba hace la sentencia de instancia, "toda vez que no ha entrado a pronunciarse sobre las pruebas presentadas por las codemandadas". Las conclusiones jurídicas de la sentencia de instancia se construyen en base a la totalidad de las pruebas practicadas, y así se recoge en el fundamento jurídico primero de la sentencia que " De conformidad con lo dispuesto por el art. 97.2 de la Ley 36/2011 , debe indicarse que la totalidad de los hechos declarados probados resultan de la documental aportada por las partes, del interrogatorio de las partes, así como de la pericial practicada a instancia de la parte actora en doña Alejandra Florinda Odontóloga de la actora desde 2012 hasta noviembre 2016, así como la pericial practicada a instancia de la parte actora en la Psicóloga doña Carolina Joaquina , cuyo informe obra al folio 104 ss. La testifical propuesta y practicada por la actora en la persona de doña Alejandra Florinda , Filomena Ofelia y doña Rebeca Carlota , antigua directora de tienda del centro de Armilla y Clara Caridad . La testifical propuesta por la empresa en la personal de don Constancio Onesimo (videoconferencia) exdirector regional de la zona sur, superior jerárquico del Sr. Romeo Ovidio (Fue despedido por la empresa en julio de 2015); don Obdulio Florian Instructor del expediente de acoso. La testifical propuesta por el codemandado en la persona de don Adrian Eladio trabaja en RRHH y Ramona Noemi . Todo ello de conformidad con lo dispuesto en los artículos 326 y ss LE Civil". Sobre la valoración de dichas pruebas, debe recordarse la convicción del juez de la instancia, a cuya presencia se han practicado las pruebas contradictorias como la testifical, debe ser respetada, pues corresponde en exclusiva a los Jueces y Tribunales ponderar los distintos elementos de prueba y valorar su significado y trascendencia en orden a la fundamentación del fallo contenido en la sentencia. Y esta libertad del Órgano Judicial para la libre valoración de la prueba, implica, como señala la doctrina (Sentencia del Tribunal Constitucional 175/1985, de 15 febrero) que pueda realizar inferencias lógicas de la actividad probatoria llevada a cabo, siempre que no sean arbitrarias, irracionales o absurdas, pues el Juez o Tribunal de instancia es soberano para la apreciación de la prueba, con tal de que su libre apreciación sea razonada, exigencia que ha puesto de manifiesto la propia doctrina constitucional (Sentencia del Tribunal Constitucional 24/1990, de 15 febrero). En el presente caso, a la vista de la sentencia de la instancia y de sus razonamientos, no cabe aceptar o al menos ello no se ha puesto de manifiesto, que la sentencia haya vulnerado las reglas de valoración de la prueba, remitidas a las normas de la sana critica en cuanto a las pruebas de testigos, lo que impide entresacar, como consecuencia de tales alegaciones, que este acreditada la infracción mencionada. Por ello debe rechazarse el presente motivo de recurso.

CUARTO.- En lo que hace al relato de hechos probados, ambos recurrentes solicitan su modificación, siendo pretensión de la recurrente, KIABI ESPAÑA KSCE SA, la revisión de los siguientes hechos probados: del tercero al décimo y duodécimo, decimoquinto, decimosexto, decimoséptimo y decimonoveno. Por la representación del recurrente Dº. Romeo Ovidio , de los hechos probados: desde el segundo al noveno y decimocuarto.

HECHO PROBADO SEGUNDO.- Se propone la siguiente redacción del Hecho Probado Segundo:

"La trabajadora inició la prestación de sus servicios en el centro de trabajo de Pulianas, donde tiene su domicilio habitual, como Consejera de Ventas.

La actora, el 1 de junio de 2014, fue trasladada al centro de trabajo de Armilla por acuerdo con la empresa suscrito ese mismo día, manteniéndose inalteradas el resto de sus condiciones laborales.

Un mes después de su traslado, el 1 de julio de 2014, la empresa y la actora suscriben un acuerdo de novación definitiva del contrato de trabajo, ascendiéndose a la actora a la categoría de Manager de Ventas."

HECHO PROBADO TERCERO.- Por la empresa solicita la modificación del hecho probado tercero, y la eliminación del hecho probado decimoquinto, proponiéndose para aquel la siguiente redacción:

"El codemandado don Romeo Ovidio , fue destinado al centro de Pulianas (Granada) en fecha 2014, coincidiendo con la actora 5 días.

El 1 de abril de 2015 el Sr, Romeo Ovidio es nombrado Director de tienda en el centro de Armilla (Granada), incorporándose el 6 de abril de 2015 (tras disfrutar de un permiso de mudanza), el codemandado en nombrado Director del centro de Armilla (Granada), la tienda donde presta sus servicios la actora.

La actora disfrutó de periodo de vacaciones del 13 al 19 de abril de 2015 y desde el 25 de abril de 2015 hasta el 8 de mayo de 2015 no acudió a su puesto de trabajo por estar su hijo ingresado.

La actora estuvo en situación de suspensión de empleo y sueldo del 21 al 23 de junio y disfruto de vacaciones 24 al 27 de julio.

La actora disfruto de otro periodo de vacaciones del 24 al 30 de agosto, tal y como se refleja en la nomina del eses mes.



El Sr. Romeo Ovidio disfruto de vacaciones del 10 al 23 de agosto de 2015."

Por la representación del Sr. Romeo Ovidio se solicita que el hecho probado quede redactado en los siguientes términos:

"El codemandado don Romeo Ovidio , fue destinado al centro de Pulianas (Granada) en fecha 25 de Mayo de 2014 (folios 326 de los autos, acuerdo de traslado del Sr. Romeo Ovidio), coincidiendo con la actora 5 días, hasta el traslado de esta ultima a Armilla, con fecha efecto 1 d junio de 2014 (folios 27 y 479 de los autos, acuerdo de traslado de la actora de la tienda de Pulianas a la tienda de Armilla).

En el centro de trabajo de Pulianas trabaja como vendedora Filomena Ofelia , quien ha declarado que se marchó de la empresa, tras el nuevo convenio. Que el condenando, como Jefe suyo le intimidaba, se sentía mal con él, por lo que se marchó para no tener problemas.

El 1 de abril de 2015 el Sr, Romeo Ovidio es nombrado Director de tienda en el centro de Armilla (Granada), incorporándose el 6 de abril de 2015 (tras disfrutar de un permiso de mudanza), la tienda donde presta servicios la actora.

La actora disfrutó de periodo de vacaciones del 13 al 19 de abril de 2015 (folio 436 nomina de abril, que refiere este periodo). Desde el 25 de abril de 2015 hasta el 8 de mayo de 2015 no acudió a su puesto de trabajo por estar su hijo ingresado... De todo ese periodo, únicamente se le computaron como vacaciones los días 5 al 6 de mayo.

La actora estuvo en situación de suspensión de empleo y sueldo del 21 al 23 de junio y disfruto de vacaciones 24 al 27 de julio...

La actora disfruto de otro periodo de vacaciones del 24 al 30 de agosto...

El Sr. Romeo Ovidio disfruto de vacaciones del 13 al 19 de julio..."

HECHO PROBADO CUARTO.- Por la empresa solicita la modificación del hecho probado CUARTO, proponiéndose para aquel la siguiente redacción:

"Cuarto.- El 13 de marzo se realiza por D. Constancio Onesimo (Director Regional de la Zona Sur) la entrevista anual de actividad y desarrollo en la empresa a la adora, acudiendo el codemandado Sr. Romeo Ovidio como invitado y en breve Director del centro de Armilla.

Se expresa por D. Constancio Onesimo que: La adora en su cargo de Manager de Ventas, coordinando un equipo, no cubre en su mayoría, los objetivos. Existen carencias en la adora para realizar el trabajo en equipo, para el desarrollo de personas, no es adecuado el desarrollo y la motivación de las personas a su cargo, por parte de la adora. Cumple sólo en parte las expectativas en sus responsabilidades, con carencias.

La actora no se presentó a ninguna de las vacantes del Centro de Nevada Shopping, para su traslado al nuevo centro, y en diciembre de 2016 el Sr. Romeo Ovidio va trasladado al nuevo centro".

Por la representación del Sr. Romeo Ovidio se solicita que el hecho probado quede redactado en los siguientes términos:

"El 13 de marzo de 2015, se realiza por los Sres. Don Constancio Onesimo (Director Regional de la zona sur) y el codemandado Sr. Romeo Ovidio (como invitado y en breve Jefe/Director del centro de Armilla, futuro jefe de la actora), la anual entrevista de actividad y desarrollo de la empresa a la actora.

En el informe de desarrollo, aparecen en el Punto 1 los objetivos fijados el año anterior, apareciendo como objetivos "a desarrollar", todos los relativos a RRHH, desarrollo de personas, clima social, liberación y trabajo en equipo (folio 334 de los Autos); En el punto 2, en el que se analiza el grado de cumplimiento de las responsabilidades propias de un manager, aparecen como incumplidas (calificadas como D por su responsable), todas las relativas al desarrollo del equipo, fomento de la colaboración y comunicación, desarrollo y motivación de personas y relación con clientes (folio 337 de los Autos);

En las conclusiones y recomendaciones de la referida entrevista, se expresa por Don Constancio Onesimo (Juan Pablo) que: Lidia Sara con el compromiso y capacidad de trabajo que tiene, puede conseguir lo que se proponga, pero debe centrarse y trabajar duro para corregirlas áreas a desarrollar.

Se expresa por el codemandado Romeo Ovidio (CC): Es clave las ganas que muestra para hacer las cosas bien, ánimo para hacerlo.

Se expresa por la demandante (IM): Me encuentro insegura hasta ahora, espero conseguir confianza para caminar hacia el futuro sin miedo a equivocarme. Adicionalmente, en el Feefback recogido en la misma página de la entrevista de desarrollo, la actora comenta: Necesito más feef-back de mi manager, no quiero que me



dejen caminar sin saber cómo lo hago. (Todo lo anterior se refiere literalmente en la Entrevista de desarrollo, folios 344 y 345).

El Sr. Romeo Ovidio se traslada al centro de Nevada en diciembre de 2016. La actora no está incluida en el equipo de Nevada".

HEHCO PROBADO QUINTO.-Por la empresa solicita la modificación del hecho probado QUINTO, proponiéndose para aquel la siguiente redacción:

"Quinto.- La actora no ha participado en algunas actividades de la tienda (Plano de Masa programado para un domingo) tras su incorporación el 7 de mayo tras el ingreso de su hijo, por indicar el Sr. Romeo Ovidio al resto de la plantilla que dejaran descansar a la actora.

La actora realiza funciones de tareas de descarga de mercancía con el torillo como el resto de mandos, tras haberse eliminado el puesto de mozo de almacén.

El codemandado D. Romeo Ovidio , desde su incorporación como jefe del centro de Armilla, exige el justificante de cualquier visita médica de acuerdo con el Convenio Colectivo de la empresa".

Por la representación del Sr. Romeo Ovidio se solicita que el hecho probado quede redactado en los siguientes términos:

"La actora no participó en una actividad de la tienda (Plano de Masa programado para un domingo) tras su incorporación por el ingreso de su hijo, por indicar el Sr. Romeo Ovidio al resto de la plantilla que dejaran descansar a la actora.

El codemandado nunca ha ordenado a la actora la realización de funciones de inferior categoría.

El codemandado D. Romeo Ovidio , desde su incorporación como jefe del centro de Armilla, exige el justificante de cualquier visita médica de acuerdo con el Convenio Colectivo de la empresa".

HECHO PROBADO SEXTO.- Por la empresa solicita la modificación del hecho probado SEXTO, proponiéndose para aquel la siguiente redacción:

"Sexto. La actora denunció (mediante escrito fechado el 8 de julio y recibido en la empresa el 13 de julio) a la Comisión por ACOSO. A petición el departamento de RRHH se pide a la actora que se ratifique en su denuncia, lo que se produce el 14-08-2015 y se abre el expediente, que obra unido a las actuaciones al folio 110, que se da íntegramente por reproducido Por lo expuesto, procede estimarse el Motivo Primero del recurso al haberse acreditado error del Juzgador de instancia al valorar dicho documento cuya relevancia incide en la fundamentación jurídica aplicada y en el fallo de la sentencia.

Se destaca que se abrió la investigación por acoso, citando a varias trabajadoras los primeros días del mes de septiembre de 2015. Las citadas trabajadoras declaran: no haber presenciado ningún trato vejatorio, humillante, discriminatorio u hostil por parte del Sr. Romeo Ovidio hacia la adora.

Previamente el Sr. Romeo Ovidio se reunió con algunas de las trabajadoras citadas como Belinda Frida (Presidenta del sindicato), Delia Isidora (Delegada sindical), Luisa Yolanda (empleada) y con Celestina Isidora (vendedora), es llamada por megafonía. El codemandado Romeo Ovidio la esperaba fuera con Otilia Julia , habla con ella, para que suba a entrevistarse con RRHH.

Mientras tanto, la adora se encontraba prestando sus servicios en el almacén, haciendo el trabajo de la mañana, camión, basura, despachar box, limpiando almacén.

Tras ello, la adora es llamada a la entrevista (Obdulio Florian viene a por ella).

Conclusión de la Comisión de investigación:

1º Que no se ha producido acoso moral por parte de Romeo Ovidio a Lidia Sara .

2º Sin embargo, como resultado del proceso de investigación, la Comisión recomienda que se lleven a cabo las siguientes medidas correctoras:

1. Procurar que estas dos personas no realicen funciones en el mismo centro de trabajo. Con el fin de poder cuanto antes resolver la situación de conflicto existente con otro actor nuevo en el puesto de Director de la tienda de Armilla.

2. Trabajar con el Director el que, en línea con las pautas de la empresa, apueste por un management orientado al desarrollo de personas. Considera alarmante que un Director manifieste que un mes de relación profesional sea suficiente para decidir si una persona del equipo puede contar o no con su confianza y tener una idea clara y definitiva sobre sus capacidades como MDV. Precisamente sobre los empleados sobre los que hay dudas, o



se tenga constancia de dificultades en el puesto de trabajo, es a los que más tiempo hay que dedicar para suplir sus posibles carencias y hacerles ver el camino que deben recorrer para superarlas. Sería también aconsejable impartir a la MDV la formación necesaria en línea con el plan de formación de la empresa.

En definitiva, entiende que no ha habido un acompañamiento suficiente del Director a la MDV y no se ha puesto en marcha ningún plan de acción para hacerle reconsiderar su actitud, más allá de cambiarla de sección o alguna conversación aislada. Ello ha hecho que la situación se agrave aún más (según manifestación de algunos testigos de las malas formas de la MDV).

Se afirma por la Comisión que el proceso de investigación se llevó a cabo bajo el principio de confidencialidad, equidad, contradicción en todo momento, pues las entrevistadas manifiestan que pensaban que la investigación versaba sobre la conducta de la actora frente al resto de empleadas".

Por la representación del Sr. Romeo Ovidio se solicita que el hecho probado quede redactado en los siguientes términos:

"Sexto. La actora denunció (mediante escrito fechado el 8 de julio y recibido en la empresa el 13 de julio) a la Comisión por ACOSO. A petición el departamento de RRHH se pide a la actora que se ratifique en su denuncia, lo que se produce el 14-08-2015 y se abre el expediente, que obra unido a las actuaciones al folio 110, que se da íntegramente por reproducido

Se destaca que se abrió la investigación por acoso, citando a los 15 trabajadores del centro de trabajo los días 1, 2 y 3 del mes de septiembre de 2015. Las citadas trabajadoras declaran no haber presenciado ningún trato vejatorio, humillante, discriminatorio u hostil por parte del Sr. Romeo Ovidio hacia la actora. Se dan por íntegramente reproducidos los referidos testimonios unidos a las actuaciones (folios 518 y siguientes).

Conclusión de la Comisión de investigación:

1º Que no se ha producido acoso moral por parte de Romeo Ovidio a Lidia Sara .

2º Sin embargo, como resultado del proceso de investigación, la Comisión recomienda que se lleven a cabo las siguientes medidas correctoras:

1. Procurar que estas dos personas no realicen funciones en el mismo centro de trabajo. Con el fin de poder cuanto antes resolver la situación de conflicto existente con otro actor nuevo en el puesto de Director de la tienda de Armilla.

2. Trabajar con el Director el que, en línea con las pautas de la empresa, apueste por un management orientado al desarrollo de personas. Considera alarmante que un Director manifieste que un mes de relación profesional sea suficiente para decidir si una persona del equipo puede contar o no con su confianza y tener una idea clara y definitiva sobre sus capacidades como MDV. Precisamente sobre los empleados sobre los que hay dudas, o se tenga constancia de dificultades en el puesto de trabajo, es a los que más tiempo hay que dedicar para suplir sus posibles carencias y hacerles ver el camino que deben recorrer para superarlas. Sería también aconsejable impartirá la MDV la formación necesaria en línea con el plan de formación de la empresa.

En definitiva, entiende que no ha habido un acompañamiento suficiente del Director a la MDV y no se ha puesto en marcha ningún plan de acción para hacerle reconsiderar su actitud, más allá de cambiarla de sección o alguna conversación aislada. Ello ha hecho que la situación se agrave aún más (según manifestación de algunos testigos de las malas formas de la MDV).

Se afirma por la Comisión que el proceso de investigación se llevó a cabo bajo el principio de confidencialidad, equidad, contradicción en todo momento".

HEHCO PROBADO SEPTIMO.- Por la empresa solicita la modificación del hecho probado SEPTIMO, proponiéndose para aquel la siguiente redacción:

"Séptimo: Existió una previa propuesta de la empresa de novación contractual el 25 de mayo de 2015: reducción de categoría profesional de Manager de Ventas a Consejera de Ventas, con la correlativa reducción de salario de 6.000 euros anuales y con la misma jornada de trabajo.

El mismo 25 de mayo de 2015, ante la no aceptación por la adora de la indicada propuesta, optó por presentar en RRHH mediante burofax una reducción de jornada".

Por la representación del Sr. Romeo Ovidio se solicita que el hecho probado quede redactado en los siguientes términos:

"Existió una previa propuesta de la empresa de novación contractual el 25 de mayo de 2015: reducción de categoría profesional de Manager de Ventas a Consejera de Ventas, con la correlativa reducción de salario de



6.000 euros anuales y con la misma jornada de trabajo. Esta decisión fue adoptada por Constanancio Onesimo y Adrian Eladio , y comunicada al codemandado por correo electrónico de 15 de mayo de 2015 para que éste se la trasladara a la actora.

El mismo 25 de mayo de 2015, ante la no aceptación por la actora de la indicada propuesta, optó por presentar en RRHH mediante burofax una reducción de jornada, hecho que sentó muy mal al Sr. Constanancio Onesimo y al Sr. Romeo Ovidio ".

HEHCO PROBADO OCTAVO.- Por la empresa solicita la modificación del hecho probado OCTAVO, proponiéndose para aquel la siguiente redacción:

"Octavo: La adora solicitó el 25 de mayo de 2015 reducción de jornada, mediante burofax, por cuidado de hijo menor de 2 años, con discapacidad del 75% (resolución de la Consejería de Igualdad y Políticas Sociales de la Junta de Andalucía de 22.05.2014).

La enfermedad del menor- Síndrome de Angelman y epilepsia sintomática- que presenta crisis y episodios de desconexión del medio, convulsiones, espasmos, con necesidad de ingreso hospitalario desde el 25 de abril de 2015 hasta el 8 de mayo de 2015, imposibilitándole compaginar la vida laboral y el cuidado del menor, que fue lo que motivó la petición de reducción de jornada.

La indicada petición, fue atendida por el Sr. Adrian Eladio , cruzándose diversos correos electrónicos con la actora entre el 28 de mayo y el 11 de junio, concediéndose la reducción de jornada solicitada y acordándose la concreción horaria en fecha 11 de junio y con fecha de efectos del 1 de julio de 2015.

El Sr. Constanancio Onesimo (Director Regional), a título personal, le recrimina la presentación de su solicitud por burofax por ser sorpresiva.

Por la representación del Sr. Romeo Ovidio se solicita que el hecho probado quede redactado en los siguientes términos:

"La actora, por cuidado de hijo menor de 2 años, con discapacidad del 75% (resolución de la Consejería de Igualdad y Políticas Sociales de la Junta de Andalucía de 22.05.2014), solicitó el 25 de mayo de 2015, mediante burofax, la adecuación de su jornada laboral, de conformidad con el artículo 34.8 del Estatuto de los Trabajadores , para poder prestar servicios de forma continua de lunes a sábado, y, alternativamente, de conformidad con el 37.5 del Estatuto de los Trabajadores solicita su reducción de jornada con la correspondiente disminución salarial, (según carta que consta en autos, Folio 32 de los autos, párrafos 3 y 4).

La enfermedad del menor- Síndrome de Angelman y epilepsia sintomática- que presenta crisis y episodios de desconexión del medio, convulsiones, espasmos, con necesidad de ingreso hospitalario desde el 25 de abril de 2015 hasta el 8 de mayo de 2015, imposibilitándole compaginar la vida laboral y el cuidado del menor, que fue lo que motivó la petición de reducción de jornada.

La indicada petición, fue atendida por el Sr. Adrian Eladio , cruzándose diversos correos electrónicos con la actora entre el 28 de mayo y el 11 de junio, concediéndose la reducción de jornada solicitada y acordándose la concreción horaria en fecha 11 de junio y con fecha de efectos del 1 de julio de 2015, correos que obran en autos (folios 495 a 497 y 59 y 60 respectivamente) y que se tienen por íntegramente reproducidos.

Tras la indicada petición, constan grabaciones de tres conversaciones mantenidas con D. Constanancio Onesimo y con el codemandado Sr. Romeo Ovidio , aportadas a los autos por la actora por pen drive adjunto a la demanda, "Archivo 1) Primera Romeo Ovidio ", con transcripción literal, en folios 407 a 409 y 729 a 731; Archivo 2) " Constanancio Onesimo ", con transcripción literal en el folio 36; Archivo 3) " Romeo Ovidio Despacho", con transcripción literal, en folios 732 a 735 y 416 a 419, y archivo ". Se tienen por íntegramente reproducidas".

HECHO PROBADO NOVENO.- Por la empresa solicita la modificación del hecho probado NOVENO, proponiéndose para aquel la siguiente redacción:

Noveno.- El Director de la tienda de Armilla, el codemandado Sr. Romeo Ovidio , en el mes de junio encomendó a la actora la realización de labores propias de puestos de mandos entre el que se encuentra el de Manager de Venta (categoría profesional de la actora), entre otras, las siguientes:

- Labores de fondos, dichas labores se realizan los martes entre las 8 y las 16 horas.
- Labores de almacén, recepción de mercancías y aseguramiento de limpieza en la tienda.

Por la representación del Sr. Romeo Ovidio se solicita que el hecho probado quede redactado en los siguientes términos:

2.-"El Director de la tienda de Armilla, el codemandado Sr. Romeo Ovidio , en el mes de junio encomendó a la adora la realización de labores de control de fondos. La adora desarrollaba labores en el almacén, recepción de mercancías, como el otro manager de la tienda, Horacio Sebastian ".

HECHO PROBADO DECIMO.- Por la empresa solicita la modificación del hecho probado DECIMO, proponiéndose para aquel la siguiente redacción:

"El 2 de julio de 2015, es sancionada por el Sr. Romeo Ovidio , con cuatro días de suspensión de empleo y sueldo a cumplir del 20 al 23 de julio de 2015, ambos incluidos, por la comisión de una infracción regulada en el Art. 44 letra B epígrafe 2 del convenio colectivo, por: "no atender al público con la corrección y diligencia debida", los días transcurridos en la semana del 18 al 24 de mayo.

Impugnada judicialmente por entender que la sanción obedece a una represalia por la solicitud de reducción de jornada de la actora del 25 de mayo de 2015, el Juzgado de lo Social núm. 7 de Granada, desestima la pretensión de la actora, declaración la inexistencia de represalia y la procedencia de la sanción. El Ministerio Fiscal emitió informe declarando la inexistencia de represalia y de vulneración de los derechos fundamentales de la actora."

HECHO PROBADO DUODECIMO.-Por la empresa solicita la modificación del hecho probado DUODECIMO, proponiéndose para aquel la siguiente redacción:

"Duodécimo: (...)

Informe de la Odontóloga Doña Alejandra Florinda , que viene tratando a la adora desde 2012 hasta noviembre de 2016, la adora ha sufriendo un problema en las piezas dentarias, pasando en los últimos meses a tener la pieza 24 rota (bruxismo). Informe obrante a las actuaciones al folio 168 y ss., cuyo contenido se da por reproducido íntegramente".

HECHO PROBADO DECIMOCUARTO.- Por la representación del Sr. Romeo Ovidio se solicita que el hecho probado quede redactado en los siguientes términos:

"Doña Rebeca Carlota , antigua directora del centro de la empresa demandada en Armilla (Granada) hasta el 26 de enero de 2015, declara que la actora TENIA UNA PROGRESIÓN IMPORTANTE EN LA EMPRESA. La actora trabajaba más horas de las que le tocaba. Nunca le ha exigido documentación médica por el problema de su hijo, dado que lo habitual en ella era recuperar las indicadas horas de ausencia.

La Sr. Rebeca Carlota tenía la expectativa de ser nombrada la nueva directora del Centro del Nevada, siendo por el contrario nombrado el condenado Sr. Romeo Ovidio y despedida la Sra. Rebeca Carlota "

HECHO PROBADO DECIMOQUINTO.- Por la empresa solicita la modificación del hecho probado DECIMOQUINTO, proponiéndose para aquel la siguiente redacción:

Supresión.

HECHO PROBADO DECIMOSEXTO.- Por la empresa solicita la modificación del hecho probado DECIMOSEXTO, proponiéndose para aquel la siguiente redacción:

1.- "La actora presentó solicitud de una plaza en el centro de Pulianas el 23 de diciembre de 2016, tras haber sido de alta tras el proceso de incapacidad temporal iniciado el 7 de septiembre de 2015. Solicitud que atendida, alegando la empresa:

"En este momento, ya no existen vacantes de MDV ni en la referida tienda, ni en el resto de tiendas de KIABI, ya que, como sabe, se ha iniciado un procedimiento de reorganización de la estructura de las tiendas, pasando del tradicional modelo de Director de tienda, MDV y vendedores, a un nuevo sistema de organización formado por la figura del Lider, Co-lider, Visual Merchandiser y vendedores. En consecuencia, no se están contratando nuevos MDV.

Tras la baja voluntaria de su cónyuge hace un mes, se abrió un proceso de selección para cubrir la vacante correspondiente al nuevo puesto de Co-Lider de la tienda, estando ya cubiertos, tanto el puesto de Lider, como el de Visual Merchandiser. A pesar de que el plazo de presentación de solicitudes para el puesto ya está cerrado, dado que el proceso de selección se ha paralizado por las Fiestas Navideñas, se hará una excepción con Ud. permitiéndole que, dado su interés por volver a la referida tienda, presente su solicitud para ocupar la referida vacante, hasta el próximo día 15/01/2017.

El Procedimiento, común a todos los empleados, es el siguiente:

Podrá acceder a la página de empleo de la Empresa a través del enlace <https://smartkiabi.com> y consultar los detalles de la oferta en el apartado de "Flash Movilidad".



Asimismo, podrá contactar con el área de Desarrollo & Gestión de carreras para tener más información sobre el puesto y el proceso enviando un e-mail en siguiente dirección: seleccionydesarrollo@kiabi.com.

Posteriormente, su candidatura se analizará y se integrará en el proceso de selección junto con la del resto de candidatos."

Pasado el 15/01/17, la actora no ha presentado su solicitud para ocupar la vacante de Colider en el centro de Pulianas."

HECHO PROBADO DECIMOSEPTIMO.-Por la empresa solicita la modificación del hecho probado DECIMOSEPTIMO, proponiéndose para aquel la siguiente redacción:

Decimoséptimo. El 14 de febrero de 2017 se ha notificado a la adora el cierre del centro de trabajo de Armilla con efectos del 31 de enero de 2017, alegando causas organizativas y productivas por traslado del polo comercial de la ciudad de Granada. Mediante acuerdos con el Comité Intercentros el 3 de noviembre de 2016 se acuerda la reestructuración de los puestos en la empresa, eliminando el puesto de Manager de Ventas.

La totalidad de las trabajadoras dependían del Sr. Romeo Ovidio . Todas ellas se han trasladado como equipo del Sr. Romeo Ovidio al centro NEVADA, a excepción del Sr. Horacio Sebastian que ha permanecido en el centro de Armillas hasta la liquidación del mismo, pactando tras ello, con la empresa su extinción laboral. La actora no ha concurrido a los procesos de selección abiertos en la empresa".

HECHO PROBADO DECIMONOVENO.-Por la empresa solicita la modificación del hecho probado DECIMONOVENO, proponiéndose para aquel la siguiente redacción:

"Decimonoveno.-El convenio colectivo de aplicación es el de la empresa Kiabi España KSCE S.A. de 7 de julio de 2014.

El art. 39 del Convenio de la empresa recoge que en caso de Incapacidad Temporal, a partir del vigésimo día, se complementará hasta el 100% de la base de cotización"

QUINTO.- El examen del anterior motivo, pasa por poner de manifiesto que como recuerda la reciente sentencia del Tribunal Supremo de fecha 5 de julio de 2017 que:

A) Sobre los motivos fundados por error en la apreciación de la prueba, la sentencia del Pleno de esta Sala de fecha 16 de diciembre de 2016 (recurso de casación 65/2016), evocaba la sentencia también del Pleno de 18 de julio de 2014 (recurso casación 11/2013), la cual recordaba, en su fundamento jurídico tercero, " la constante jurisprudencia de esta Sala (sentencias de 6-7-04 (red 169/03), 18-4-05 (red 3/2004), 12-12-07 (25/2007) y 5-11-08, (red 74/2007), entre otras muchas, respecto del error en la apreciación de la prueba, es inequívoca ", precisando que " Para que la denuncia del error pueda ser apreciada, es necesario que concurren los siguientes requisitos: a) Que se concrete con claridad y precisión el hecho que haya sido omitido o introducido erróneamente en el relato fáctico. b) Que tal hecho resulte de forma clara, patente y directa de la prueba documental obrante en autos, sin necesidad de argumentaciones o conjeturas. c) Que se ofrezca el texto alternativo concreto que deba figurar en la narración que se tilda de equivocada, bien sustituyendo o suprimiendo alguno de sus puntos, bien complementándolos. d) Que tal hecho tenga trascendencia para modificar el fallo de instancia " (entre las más recientes, SSTS/IV 17-enero- 2011 -rco 75/2010 , 21-mayo-2012 -rco 178/2011 , 20-marzo-2013 -rco 81/2012 dictada en Pleno , 16-abril-2013 -rco 257/2011 , 18-febrero-2014 -rco 74/2013 , 20- mayo-2014 -rco 276/2013)".

B) En la misma sentencia, se recuerda, también, que "Concretando los anteriores requisitos, la jurisprudencia de esta Sala ha especificado que para que la denuncia del error pueda ser apreciada, es necesario, entre otros extremos, que:

a) " una cosa es el error en la apreciación de la prueba que de haberse producido mostraría un relato histórico hecho en términos equivocados y otra muy distinta que la valoración jurídica de los comportamientos conduzca a resultados que el recurso considere erróneos, aun cuando el conjunto fáctico se halle acreditado en forma impecable " (STS/IV 20- marzo- 2012 -rco 40/2011); rechazándose las pretensiones que instan una nueva valoración de las prueba " porque con esta forma de articular la pretensión revisoría la parte actúa «como si el presente recurso no fuera el extraordinario de casación sino el ordinario de apelación, y olvidando también que en el proceso laboral la valoración de la prueba en toda su amplitud únicamente viene atribuida por el art. 97.3 del invocado Texto procesal al juzgador de instancia [en este caso a la Sala "a quo"], por ser quien ha tenido plena inmediatez en su práctica» (recientes, SSTS 21/10/10 -rco 198/09 ; 14/04/11 -rco 164/10 ; 07/10/11 -rcud 190/10 ; 25/01/12 -rco 30/11 ; y 06/03/12 -rco 11/11) " (STS/IV 23-abril-2012 -rco 52/2011 , y, además, entre otras, SSTS/IV 18-marzo-2014 -rco 125/2013 Pleno , 26-marzo-2014 -rco 158/2013 Pleno , 16-abril-2014 -rco 57/2013 Pleno).



b) " acerca del valor probatorio de los documentos sobre los que el recurrente se apoya para justificar la pretendida revisión de hechos declarados probados, nuestra Sentencia de 11 de Marzo de 2004 y las que en ella se citan han señalado que éstos [los documentos] deben tener una eficacia radicalmente excluyente, contundente e incuestionable, de tal forma que el error denunciado emana por sí mismo de los elementos probatorios invocados, de forma clara, directa y patente, y en todo caso, sin necesidad de argumentos, deducciones, conjeturas o interpretaciones valorativas " (STS/IV 26-octubre-2009 -rco 117/2008 ; en el mismo sentido, entre otras, SSTS/IV 2-junio-1992 -rco 1959/1991 , 7-octubre- 2011 -rco 190/2010 , 11-octubre-2011 -rco 146/2010 , 9-diciembre-2011 -rco 91/2011 , 23-enero-2012 -rco 87/2011 , 23-abril-2012 -rco 52/2011 , 14-mayo-2013 -rco 285/2011 , 5-junio- 2013 -rco 2/2012 , 18-marzo-2014 -rco 125/2013 Pleno); y,

c) " la revisión fáctica no se funde en el mismo documento -salvo supuestos de error palmario que no es el caso- en que se ha basado la sentencia impugnada para sentar sus conclusiones, ya que como la valoración de la prueba corresponde al juzgador y no a las partes, no es posible sustituir el criterio objetivo de aquel por el subjetivo juicio de evaluación personal del recurrente (STS de 11-11-09, recurso 38/08 , 26-1-10, recurso 96/09 y 31-5-12, recurso 166/11) " (entre las más recientes, SSTS/IV 11-noviembre-2009 - rco 38/2008 , 26- enero-2010 -rco 96/2009 , 23-abril-2012 -rco 52/2011 , 6-junio-2012 -rco 166/2012 , 18-diciembre-2012 -rco 18/2012), así como que " se proponga la introducción en el relato fáctico de datos de ese carácter, no conclusiones o valoraciones de carácter jurídico " (entre otras)".

Como puede apreciarse de la lectura del anterior fundamento jurídico, las partes, más que pretender hace correcciones puntuales de los errores de hechos en que ha incurrido la sentencia de instancia, lo que solicitan es que se proceda a redactar una nueva sentencia mediante una nueva valoración de la totalidad o casi totalidad de las pruebas practicadas en instancia, mediante la remisión a múltiples documentos o testificales, olvidando que como recuerda la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de mayo de 2001 "que la "cita global y genérica de documentos carece de valor y operatividad a los efectos del recurso de casación" (sentencias de 14 de julio de 1995 , 23 de junio de 1988 y 16 de mayo de 1986 , entre otras); que "el recurrente está obligado a determinar con exactitud y precisión el documento o documentos concretos y particularizados en que se apoya su pretensión revisora", añadiéndose además que "en los motivos en que se denuncia error en la apreciación de la prueba, a quien los formula no le basta con aludir al documento o documentos en que se basa tal error, sino que además ha de exponer en forma adecuada las razones por las que esos documentos acreditan o evidencian la existencia de ese error que se denuncia", siendo por consiguiente necesario "que el recurrente explique suficientemente los motivos o argumentos por los que esos documentos conducen a la convicción de que el Juzgador "a quo" ha incurrido en ese específico error, siendo totalmente inaceptable, y por tanto ineficaz, la mera enumeración o cita de tales documentos" (sentencia de 15 de julio de 1995); que la parte recurrente debe "señalar de modo preciso la evidencia del error en cada uno de los documentos sin referencias genéricas" (sentencias de 26 de septiembre de 1995 , 27 de febrero de 1989 y 19 de diciembre de 1998); esto es, la parte recurrente debe señalar el punto específico del contenido de cada documento que pone de relieve el error alegado, razonando así la pertinencia del motivo, mediante un análisis que muestre la correspondencia entre la declaración contenida en el documento y la rectificación que se propone (sentencia de 23 de septiembre de 1998) debiendo excluirse la remisión a declaraciones, ya sean de parte o de tercero, realizadas, dentro o fuera del procedimiento, o la incorporación de hechos intrascendentes a los efectos de la resolución a dictar o simples correcciones de estilo.

Expuesto lo anterior, procede hacer las siguientes correcciones del relato de hechos probado, en aquello que se acredita el error de la Juzgadora de Instancia, en base a la existencia de un documento que no requieren interpretaciones o valoraciones y que puedan tener trascendencia a los efectos de la resolución a dictar.

Procede acoger las siguientes revisiones:

HEHCO PROBDO SEGUNDO: "La actora, el 1 de junio de 2014, fue trasladada al centro de trabajo de Armilla por acuerdo con la empresa suscrito ese mismo día, manteniéndose inalteradas el resto de sus condiciones laborales.

Un mes después de su traslado, el 1 de julio de 2014, la empresa y la actora suscriben un acuerdo de novación definitiva del contrato de trabajo, ascendiéndose a la actora a la categoría de Manager de Ventas".

HECHO PROBADO TERCERO.- " El codemandado don Romeo Ovidio , fue destinado al centro de Pulianas (Granada) en fecha 25 de Mayo de 2014...La actora disfrutó de periodo de vacaciones del 13 al 19 de abril de 2015 (folio 437 nomina de mayo).

La actora estuvo en situación de suspensión de empleo y sueldo del 21 al 23 de junio (consta en el hecho probado decimo), y disfruto de vacaciones 24 al 27 de julio (folio 435).

La actora disfruto de otro periodo de vacaciones del 24 al 30 de agosto (folio 434).



El Sr. Romeo Ovidio disfruto de vacaciones del 13 al 19 de julio(folio 766) y del 10 al 23 de agosto de 2015 (folio 778)".

Debe ser rechazada la referencia a que "Desde el 25 de abril de 2015 hasta el 8 de mayo de 2015 no acudió a su puesto de trabajo por estar su hijo ingresado... De todo ese periodo, únicamente se le computaron como vacaciones los días 5 al 6 de mayo", en cuanto no alega documental que sin necesidad de valoraciones lo acredite, ni ello es reconocido expresamente en la demanda. El periodo de 25 de abril al 8 de mayo hace referencia a la hospitalización del hijo, no a la inasistencia al trabajo de la actora.

Procede eliminar la referencia a la trabajadora Filomena Ofelia por ser ajeno a la cuestión ahora debatida.

HECHO PROBADO CUARTO.- Debe ser rechazado por cuanto el hecho de que la entrevista fuera realizada por Don Constancio Onesimo (Director Regional de la zona sur), no acredita que lo manifestado en ella, no fueran hechas por el Sr. Romeo Ovidio, invitado a dicha entrevista. En todo caso el motivo en su totalidad debe ser rechazado por cuanto remite la parte de forma genérica al acta de dicha entrevista, sin que se señale el folio donde se constata que dichas manifestaciones fueron realizadas por el Sr. Constancio Onesimo sin intervención de el Sr. Romeo Ovidio.

HECHO PROBADO QUINTO.- El motivo debe ser rechazado por cuanto no se pone de manifiesto en que consintió el error padecido por la Juzgadora de Instancia, al valorar la prueba, procediendo las partes a hacer una nueva valoración de la misma.

HECHO PROBADO SEXTO.- El motivo debe ser rechazado, por cuanto la revisión se fundamenta en declaraciones ajena al procedimiento y no tener el texto propuesto efectos sobre la resolución a dictar. Dos son las frases que se pretenden incorporar por la empresa recurrente "Las citadas trabajadoras declaran: no haber presenciado ningún trato vejatorio, humillante, discriminatorio u hostil por parte del Sr. Romeo Ovidio hacia la adora" y que "las entrevistadas manifiestan que pensaban que la investigación versaba sobre la conducta de la actora frente al resto de empleadas". Ambas revisiones debe ser desestimada, por cuanto, ningún efecto revisorío puede tener las manifestaciones realizadas por terceros fuera del procedimiento.

HECHO PROBADO SEPTIMO.- El motivo debe ser rechazado, en cuanto que la actora solicito la reducción de jornada el 25 de mayo de 2015, ya deja constancia la sentencia de instancia en el hecho probado octavo. Igualmente deja constancia de que dicho hecho es anterior a las entrevistas realizadas, al decir que "Existió una previa propuesta de la empresa", En lo que hace los restantes hechos que se pretende eliminar, no se aporta documento que sin necesidad de valoración o interpretación, lo acredite

HECHO PROBADO OCTAVO.- Debe ser rechazado, en cuanto nada añade a los efectos de la resolución a dictar, sin que sea el relato los hechos probados, lugar adecuado para dejar constancia de los medios de pruebas utilizados por las partes a lo largo del procedimiento.

HECHO PROBADO NOVENO.- El motivo debe ser rechazado, ya que no se señala con la precisión exigidas el documento que sin género de dudas, y sin necesidad e valoraciones o interpretaciones pongan de manifiesto el error de la Juzgadora, limitándose la parte a hacer unos subjetiva valoración de la pruebas practicadas.

HECHO PROBADO DECIMO.- El motivo debe ser rechazado por intrascendente la modificación propuesta.

HECHO PROBADO DUODECIMO.- El motivo debe ser desestimado, en cuanto la parte nos remite al video 5, minuto 59:40, donde se recoge la declaración de D^a. Alejandra Florinda, cuando en dicho disco lo que recoge es la declaración de D^o. Constancio Onesimo. Se desconoce en base al informe emitido las extracciones realizadas.

HECHO PROBADO DECIMOCUARTO.- El motivo debe ser rechazado por ser intrascendente a los efectos de la resolución dictar.

HECHO PROBADO DECIMOSEXTO.- El motivo resulta intrascendente a los efectos de la resolución a dictar.

HECHO PROBADO DECIMOSEPTIMO.- El motivo deber ser rechazado por intrascendente.

HECHO PROBADO DECIMONOVENO.- El motivo debe ser rechazado por ser intrascendente a los efectos de la resolución a dictar

SEXTO.- Por los demandados, en su condición de recurrente, con fundamento en el artículo 193. c) de la LRJS denunciamos infracción de lo dispuesto en los arts. 316 y 376 de la LEC, por errónea valoración de la prueba testifical y del interrogatorio de parte. A la presente cuestión ya se ha dado respuesta en el fundamento jurídico tercero, limitándose la parte a poner de manifiesto la errónea valoración de la prueba, que a su criterio, realiza la juzgadora de instancia.



SEPTIMO.- Se denuncia, con igual amparo procesal, la infracción de art. 182 LJS y de la Jurisprudencia de desarrollo. RTS. 4.2.C Y 17 Y 18 DEL Estatuto de los Trabajadores , al no existir prueba suficiente de una situación de acoso moral por parte de los demandados, ni atentado a la dignidad, a su derecho a no ser discriminada o a su consideración debida.

Recoge la sentencia de esta Sala de 8 de junio de 2017 (recurso n. 228/2017), "recordemos que esta Sala se ha pronunciado en distintas ocasiones sobre el mobbing, como en la sentencia firme de fecha 13/10/2016, en el recurso de suplicación 1091/16 , donde exponemos:"(no es acoso)...la mera conflictividad en el seno de la relación por más incluso, que tal situación pueda repercutir negativamente en su estado de salud, pues como al respecto, tiene señalado esta Sala en anteriores pronunciamientos, el acoso moral o " mobbing" se define en términos generales, como el sometimiento sin reposo a pequeños ataques repetidos o también desde un punto de vista laboral, como una degradación deliberada de las condiciones de trabajo. Que debe tener siempre unos perfiles objetivos como son los de sistematicidad, reiteración y frecuencia y otros subjetivos como son la intencionalidad y la persecución de un fin.

Lo que caracteriza el acoso moral es la sistemática y prolongada presión psicológica que se ejerce sobre una persona en el desempeño de su trabajo tratando de destruir su comunicación con los demás, atacando su dignidad con el fin de que, perturbada su vida laboral, se aleje de la misma provocando su autoexclusión.

Lo que cualifica el acoso laboral es la concurrencia en el desarrollo del contrato de trabajo 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 el propio ámbito profesional. Esta presión psicológica ha de ir acompañada del elemento subjetivo de la intencionalidad y del elemento cronológico de la reiteración.

Dicha situación por tanto, que en la literatura actual viene denominándose " mobbing", suele tener su origen más que en relación directa con el desempeño del trabajo, en la manera de desarrollarse las relaciones interpersonales en el seno de la empresa. Desde ésta última perspectiva serían calificables como tales entre otras las siguientes conductas: a) ataques a través de medidas adoptadas contra el acosado, por las que se le limita las posibilidades de comunicarse con sus compañeros, o se aíslan o se cuestionan repetidamente sus decisiones o su trabajo; b) con ataques a la vida privada del trabajador, a la que se hace responsable de los fallos en el trabajo; c) agresiones verbales consistentes en la crítica permanente de su trabajo, o a través de gritos, insultos o levantar la voz repetidamente; d) a través de la creación de rumores y su difusión en el centro de trabajo contra dicha persona. (SSTSJ. Navarra 30.4 y 18.5.2001), etc. Ahora bien, el concepto de acoso no puede ser objeto de una interpretación amplia y no pueda ser confundido con una situación de conflicto en las relaciones entre empresario y trabajador.

En suma, el acoso moral en el trabajo implica toda una serie de conductas o actitudes hostiles, consistentes en atentar contra las condiciones de trabajo, con la correspondiente pérdida de funciones, el atentar contra la dignidad, que implica la pérdida de salud; y configuran una situación de acoso que somete al trabajador a un trato degradante, conculcando el derecho a la integridad moral e interdicción de tratos degradantes que protege el artículo 15 de la Constitución Española , así como el artículo 4.2. e) del Estatuto de los Trabajadores (derecho básico a la consideración debida a la dignidad).

Llegados a este punto, es necesario delimitar efectivamente, lo que constituye acoso y lo que son las tensiones ordinarias que subyacen en toda comunidad de personas, de las que no puede decirse que se encuentre exenta el entorno laboral, si tenemos en cuenta el permanente dinamismo con que se desenvuelve el trabajo en general y que genera por sí mismo tensiones físicas y psíquicas, desencadenantes de padecimientos para el trabajador en atención a la propia sensibilidad que pueda tener. De este modo, no todas las situaciones que revelen un conflicto entre un trabajador y su superior jerárquico o entre trabajadores de igual categoría han de calificarse, sin más, como acoso moral; es decir, no toda manifestación del poder empresarial, aunque se ejerza de forma abusiva, puede calificarse como acoso moral, sin perjuicio, obviamente, de que tales prácticas abusivas encuentren respuesta a través de otras vías previstas legalmente. Para recibir la consideración jurídica propia de acoso, ha de desenvolverse la actuación empresarial desde el prisma de una presión que ha de ser maliciosa y con cierta continuidad en el tiempo, con claro objetivo degradante para la personalidad del trabajador afectado por la conducta. Sin que la reacción que viene determinada por determinadas circunstancias personales de enfrentarse a determinadas situaciones aparentemente de conflicto deba equiparse a un incumplimiento empresarial, ni determinadas reacciones subjetivas generadas por exigencias de algunos ambientes de trabajo pueden equiparse a situaciones de hostigamiento o de acoso".

Expuesto lo anterior, debe recordarse que dice el art. 20 del ET , que "1. El trabajador estará obligado a realizar el trabajo convenido bajo la dirección del empresario o persona en quien este delegue. 2. 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 disposiciones legales, los convenios colectivos y las órdenes o instrucciones adoptadas por aquel en el ejercicio regular de sus facultades de dirección y, en su defecto, por los usos y costumbres. En cualquier caso, el trabajador y el empresario se someterán en sus prestaciones recíprocas a las exigencias de la buena fe. 3. El empresario podrá adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, guardando en su adopción y aplicación la consideración debida a su dignidad y teniendo en cuenta, en su caso, la capacidad real de los trabajadores con discapacidad".

Ello impide, en principio, entender como acoso aquellas actitudes del empresario que tienen por finalidad la organización, vigilancia y control de las obligaciones laborales del trabajador, tales como, la valoración que se realiza de la actora tras la entrevista el 13 de marzo de 2016, ya que la finalidad de dichas entrevista es justamente valorar o calificar la capacidad o actitud de los trabajados, si que pueda imponerse que dicha valoración deba ser siempre positiva, sin que se constate que dicha valoración tenía un objetivo degradante para la personalidad de la trabajadora afectada. Ni siquiera puede deducirse del resultado de dicha entrevista un cambio de actitud respecto a la actora, que había sido ascendido previamente a Manager de ventas, ya que justamente lo que se estaba valorando con la entrevista es su capacidad para este nuevo cargo. Tampoco puede calificarse como acoso, el hecho de que "el Sr. Romeo Ovidio no ha incluido a la actor en su nuevo equipo, para su traslado al nuevo centro ", ya que aún cuando pueda clasificarse como una resolución injusta o desacertada, no puede imponerse al director del establecimiento quien va a formar parte de su nuevo equipo, sino que aquellos que resulten excluidos puedan fundar en ello una conducta acosadora, ahora bien, ello no puede ser nunca un medio de exclusión o de desgradación deliberada de los derechos de la trabajadora, a lo que se hará referencia posteriormente. Tampoco puede verse dicha actitud por el proponerle a la actora de novación contractual, con reducción de categoría y de salario, ya que ello parece responder a las dificultades de la actora, por su situación personal, de responder a las nuevas responsabilidades contraídas en virtud de su nuevo cargo de Manager de venta.

La cuestión, por tanto, debe centrarse en examinar la actitud de los recurrentes respecto a la actora, tras la solicitud por parte de esta, el 25 de mayo de 2015, de una reducción de jornada, en primer lugar, como indica el hecho probado octavo de la sentencia, "la indicada petición, no solo no fue entendida incomprensiblemente por su jefe Sr. Constancio Onesimo , sino que esto dio lugar a que el Director de la tienda de Armilla así como por el Director regional Sr. Constancio Onesimo , adoptaran una actitud de recriminación hacia la actora ante su intención de pedir la reducción de jornada. Constancio Onesimo y Romeo Ovidio se personaron en su domicilio manifestando el: El Sr. Romeo Ovidio (director Regional) le recrimina que con la reducción de jornada "va a vivir un infierno" "que lo va a pasar mal", "que este jardín no saben cómo lo va a arreglar". Mi consejo es que convenzas a Romeo Ovidio que eres una buena manager, si no vais vivir un infierno los dos, vais a vivir un infierno para cada uno". "Imagínate lo que te va a costar y lo que vas a sufrir""en vez de buscar un formato de llevar a un acuerdo y que encaje por la calle de en medio... increíble"....

El Sr. Romeo Ovidio le manifiesta a la actora, ante su solicitud de reducción de jornada: "Yo no te quiero quitar tus derecho, que son tuyos, pero es necesario hablarlo" "Te estas equivocando" "Te estás equivocando mucho y no sabes cuánto" "Tu estas equivocando... Vamos, que te estás nublando". "te estás equivocando mucho Lidia Sara , las cosas no va por ahí, las cosas se te están yendo demasiado y creo se te pueden escapar... y no te estoy amenazando, porque yo no amenazo . Constan amenazas a Vicente Hernan , su marido, que trabajaba en la empresa en el centro de Pulianas. Tras estos acontecimientos, su marido ha causado baja en la empresa". A lo que añade el hecho probado noveno que "el Director de la tienda de Armilla, codemandado Sr. Romeo Ovidio en el mes de junio, encomendó a la actora la realización de labores de: Caja, lo que implicaba permanecer hasta el cierre de la tienda con prolongación de su jornada. Realizar los labores de almacén, como descarga de mercancías mediante el "torillo", de limpieza, etc". Por último, dice el decimoquinto hecho probado, "El 14 de febrero de 2017 se ha notificado a la actora el cierre del centro de trabajo de Armilla con efectos del 31 de Enero de 2017, alegando causas organizativas y productivas...la totalidad de las trabajadoras dependían del Sr Romeo Ovidio . Todas ellas se han trasladado como equipo del Sr. Romeo Ovidio al centro NEVADA", recogándose en el fundamento jurídico quinto que "sin atender a su solicitud de traslado al centro de Pulianas a sabiendas que el centro de Armilla se cerraría y la imposibilidad de formar parte de la relación laboral de la trabajadora que se debió quedarse en el centro de Armilla y posteriormente y ha motivado la decisión empresarial de extinción del contrato de trabajo de la actora por cierre del centro de Armilla".

En el presente caso se cumple lo presupuestos que ésta Sala tiene reiterado sobre el acoso, que es aquella situación de hostigamiento psicológico en el trabajo por la que una persona se ve sometida por otra u otras en su lugar de trabajo a una serie de comportamientos hostiles por los que se ejerce una violencia psicológica y sistemática durante un período prolongado de tiempo sobre otra persona en lugar de trabajo. Constituye pues una técnica de intimidación propia de empresas que no quieren o no pueden proceder al despido por la cual



el hostigador utiliza su cargo superior para ir arrinconando y aislando al trabajador elegido hasta acabar por inutilizarlo, después de un lento proceso de desgaste del que, a diferencia del acoso sexual o la violencia física, no quedan huellas aparentes.

Ante lo expuesto, habrá que concluir que carece de cualquier fundamento la pretensión de las partes recurrentes, ya que ante la solicitud de la parte actora de acceder a una reducción de jornada, ella debió ser tramitada, sin que se justifique, ante tal justificada petición, visto la necesidad de cuidado y asistencia de su hijo, el pretender coaccionarla, con promesa de un futuro incierto -"va a vivir un infierno" "que lo va a pasar mal" "Te estás equivocando mucho y no sabes cuánto"-, para que renunciara a sus derechos, como al final le fueron reconocidos. Si a ello se añade amenazar a su marido como medio de coacción y que "el Director de la tienda de Armilla, codemandado Sr. Romeo Ovidio en el mes de junio, encomendó a la actora la realización de labores de: Caja, lo que implicaba permanecer hasta el cierre de la tienda con prolongación de su jornada. Realizar las labores de almacén, como descarga de mercancías mediante el "torillo", de limpieza, etc., difícilmente puede entenderse que la empresa y el codemandado, no han actuado de forma maliciosa y con cierta continuidad en el tiempo, con claro objetivo degradante para la personalidad del trabajador afectado por la conducta. No puede entenderse que la actora que ha solicitado la reducción de jornada por su situación personal, se le prolongue su jornada, hasta el cierre de la tienda, o que sea sometida a realizar trabajos ajenos a su categoría, sin que por la empresa le pusiera coto al enfrentamiento entre la actora y el Sr. Romeo Ovidio , hasta el traslado de este en el mes de diciembre de 2016, a un nuevo establecimiento. Junto a ello, debe ponerse de manifiesto que aun cuando se ha dicho el director debe mantener las facultades para elegir su equipo que se trasladaría al Centro Nevada, pero acierta la Juzgadora al valorar dicho hecho, al entender como una clara acción de represalia, cuando se produjo el traslado de todos los trabajadores de la localidad de Armilla a dicho Centro, salvo otro trabajador que había pactado su salida de la empresa, a sabiendas que dicho establecimiento iba a ser cerrado, concluyendo con el despido de la actora por causas objetivas. En definitiva no nos encontramos ante la elección de su equipo por el director para el nuevo centro de trabajo, sino ante una nueva localización del centro de trabajo, del que la actora no debió ser excluida, a pesar de la incompatibilidad en el trabajo entre la actora y el Sr. Romeo Ovidio , ello podía verse solventado adoptando las medidas acordadas en el expediente de acoso y no mediante el despido de la actora.

OCTAVO.- Por ultimo se hace referencia a la infracción del art. 183 de la LJS, en cuanto acoge la pretensión económica de la parte actora, a los que hace referencia el hecho probado vigésimo de la sentencia de instancia, en los siguientes términos: " le abonen todos los demandados una indemnización de 38.731,49 ? en concepto de daños y perjuicios ocasionados, incluidos los daños morales, por los perjuicios, que cuantifica del siguiente modo (en aplicación del baremo de accidentes):

221 días improductivos y 10% de factor de corrección de los días improductivos (14.076,81 ? + 1.407,68 ?)

Gastos de tratamiento psicológico (1.200 ?)

Tratamiento dental (717 ? + 1.330 ?).

Daños morales por vulneración de derecho fundamental que sin perjuicio de la determinación por el Juzgado con base en el art. 183.2 LRJS , estima prudente en fijarlos en la cantidad de 20.000 ? adicionales.

Total 38.731,49 ?".

La parte recurrente se limita a mostrar su desacuerdo con dicho montante indemnizatorio, pero olvida que el mismo ha sido otorgado en base al baremo de accidentes, por lo que debió señalar la parte que precepto de dicho baremo ha sido infringido por la sentencia de instancia. Además la valoración realizada se basa en hechos de los que no deja constancia el relato de hechos probados.

FALLAMOS

Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por KIABI ESPAÑA KSCE S.A. Y Romeo Ovidio contra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 6 DE GRANADA, en fecha 15/3/17 , en Autos núm. 383/16, seguidos a instancia de Lidia Sara , en reclamación sobre DERECHOS FUNDAMENTALES, contra KIABI ESPAÑA KSCE S.A. , Romeo Ovidio Y MINISTERIO FISCAL, debemos confirmar y confirmamos la Sentencia recurrida.

Procede la pérdida de los depósitos y consignaciones en su caso, efectuados por la parte recurrente para interponer el presente recurso de Suplicación, a los que se dará el oportuno destino legal, condenándose a la empresa recurrente al abono de 300 ? en concepto de honorarios al letrado impugnante de recurso.

Notifíquese la presente Sentencia a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia, con advertencia de que contra la misma puede interponerse Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina que previene



el art. 218 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social y que habrá de prepararse ante esta Sala dentro de los DIEZ DÍAS siguientes al de su notificación, con los requisitos previstos en los números 2 y 3 del art. 221, debiéndose efectuar, según proceda, las consignaciones previstas en los arts. 229 y 230 de la misma, siendo la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de esta Sala la abierta en la entidad bancaria Santander Oficia C/ Reyes Católicos, 36 de esta Capital con núm. 1758.0000.80.1846/17. Si el ingreso se efectuare por transferencia bancaria, habrá de hacerse en la cuenta del Banco de Santander ES55 0049 3569 9200 0500 1274, debiendo indicar el beneficiario y en "concepto" se consignarán los 16 dígitos del número de cuenta 1758.0000.80.1846/17. Y pudiendo sustituir tal ingreso por aval bancario solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por entidad de crédito, sin cuyos requisitos se tendrá por no preparado el recurso.

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

PUBLICACION. - Leída y publicada en audiencia pública fue la anterior sentencia el mismo día de su fecha. Doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ