



Roj: **STSJ AND 118/2010 - ECLI: ES:TSJAND:2010:118**

Id Cendoj: **41091340012010100117**

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

Sede: **Sevilla**

Sección: **1**

Fecha: **19/01/2010**

Nº de Recurso: **1675/2009**

Nº de Resolución: **119/2010**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **JOAQUIN LUIS SANCHEZ CARRION**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Recurso.- 1675/09 (L), sent. 119/10

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA

SALA DE LO SOCIAL

SEVILLA

EXMO. SR. :

D. ANTONIO REINOSO Y REINO, PRESIDENTE

ILMOS SRES. :

D. JOAQUÍN LUIS SANCHEZ CARRIÓN

D^a. ELENA DÍAZ ALONSO

D. JOSÉ JOAQUÍN PÉREZ BENEYTO ABAD

D^a. ANA MARÍA ORELLANA CANO

D. JESÚS SÁNCHEZ ANDRADA

D. BENITO RECUERO SALDAÑA

En Sevilla, a 19 de enero dos mil diez.

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

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

SENTENCIA NÚMERO 119/2010

En el recurso de suplicación interpuesto por D. Patricio , representado por el Sr. Letrado D. Francisco Javier Martín Freniche, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 4 de Sevilla en sus autos núm. 926/08; ha sido encomendada la redacción al Ponente el Ilmo. Sr. DON JOSÉ JOAQUÍN PÉREZ BENEYTO ABAD, Magistrado, habiéndose emitido VOTO PARTICULAR por el Ilmo. Sr. DON JOAQUÍN LUIS SANCHEZ CARRIÓN.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Según consta en autos, el recurrente fue demandante contra EMPRESA DE GESTIÓN AMBIENTAL (EGMASA), en demanda de despido, se celebró el juicio, al que compareció el MINISTERIO FISCAL, y el 2 de marzo de dos mil nueve se dictó sentencia por el referido Juzgado, desestimando la pretensión.

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



"PRIMERO.- D Patricio , NIF. NUM000 , vino prestando servicios bajo las órdenes y la dependencia de la empresa Egmasa, Empresa de Gestión Ambiental, con una antigüedad de 1.07.1991, con la categoría profesional de auxiliar de gestión I, con un salario diario a efectos de despido de 60,19 euros.

SEGUNDO.- La empresa comunicó al trabajador la apertura de expediente disciplinario, que también se comunicó al Presidente del Comité de Empresa, y ello se hizo en los siguientes términos (folios 14 y 15):

".. El pasado día 3 de Junio, D^a Vanesa , Jefa de la Línea de Gestión del Territorio Natural, pone en conocimiento de la Dirección de esta Empresa, la situación por la que está pasando D^a Ascension , trabajadora adscrita a su línea.

Esta trabajadora expone que moralmente se encuentra abatida, angustiada y violentada por las acciones y la conducta que Ud. tiene hacia ella, atravesando momentos de ansiedad que le están afectando significativamente tanto a la vida personal, como al ámbito profesional, llegando al extremo de no poder desarrollar su trabajo con normalidad al encontrarse ambos prestando servicios en el lugar de trabajo.

Esta trabajadora ha decidido poner en conocimiento de sus superiores la situación por la que está atravesando a raíz de una carta que Ud. ha dirigido a su domicilio durante el mes de Mayo. En esta carta, relataba determinadas circunstancias personales, y comentarios hacia ella que han despertado en la trabajadora, la misma angustia, inquietud y malestar que había vivido desde años anteriores, durante el transcurso de los cuales no había puesto en conocimiento hasta este momento pensando que esta situación terminaría, circunstancia que no se ha producido.

Su actitud hostigadora hacia la trabajadora se ha puesto de manifiesto desde bastante tiempo atrás, en distintas actuaciones que ha tenido, quedando de manifiesto alguna de ellas al realizarse en presencia de personas pertenecientes al entorno laboral de la trabajadora, y a través de correos electrónicos y mensajes que remitía a la trabajadora de forma cíclica durante todo este período.

Todos estos hechos ponen de manifiesto una posible conducta susceptible de interferir de forma grave en el rendimiento laboral de la trabajadora, en cuanto la está obligando a desempeñar las funciones que tiene encomendadas en un entorno hostil, ofensivo e intimidatorio que afecta a su dignidad, situación que esta Empresa no está dispuesta a consentir en ningún caso, una vez ha tenido conocimiento de la misma.

De acreditarse la conducta antes descrita, constituiría una falta muy grave de conformidad a lo establecido en el artículo 39.o) del Convenio Colectivo entre Egmasa y el personal de Estructura corporativa (2006-2009)".

Por todo ello, la Dirección de la Empresa ha decidido comprobar la veracidad de las presentes imputaciones, para lo que se nombra a Da Estibaliz , Instructor del presente expediente contradictorio.

La sanción que pudiera serle impuesta, de acuerdo con lo establecido en el artículo 40.3 del reiterado Convenio Colectivo, consiste en:

- a) Suspensión de empleo y sueldo de un mes y un día a seis meses.
- b) Despido.

De conformidad con lo previsto en el artículo 42 del convenio colectivo, se le concede un plazo de 5 días, a partir del recibo de la presente comunicación, para que pueda realizar las alegaciones y presentar las pruebas que estime convenientes, asistido en su caso por sus representantes legales.

Sirva firma la copia de esta comunicación a los meros efectos de acreditar su notificación".

TERCERO.- El trabajador formuló alegaciones (folio 16):

"PRIMERA.- En primer lugar he de manifestar que la notificación recibida por parte del Sr. Director de Recursos Humanos ha causado una gran sorpresa, indignación y malestar en el suscrito, puesto que se le vierten acusaciones muy graves e ignominiosas.

SEGUNDA.- El alegante en ningún momento ha hostigado a la trabajadora en el entorno de la empresa, ni fuera de ella, no ha incomodado, ni incordiado la Sra. Ascension .

Entre esta trabajadora de Egmasa y el dicente hubo una buena relación amistosa fuera del ámbito laboral, que se interrumpió hace casi dos años.

Desde entonces no ha existido comunicación entre ambos y mucho menos una actitud hostigadora por parte del que suscribe hacia la trabajadora que le pueda afectar en su vida personal y laboral. Todo se ha desarrollado con normalidad, sin incorrecciones, ni molestias contra personal alguna o empleada de esta empresa pública.

Por lo expuesto



SOLICITO AL DIRECTOR DE RECURSOS HUMANOS, tenga por presentado y admitido el presente escrito, por formuladas en el tiempo concedido las ALEGACIONES contra las acusaciones del expediente disciplinario; y tras los trámites de rigor dicte una resolución por la que no sea sancionado el suscrito y se acuerde el archivo del expediente disciplinario, por la inexistencia de falta alguna".

CUARTO.- La Instructora elaboró unas conclusiones sobre el expediente en los siguientes términos (folios 91 a, que se dan por reproducidos):

"...1°.- Como indica el trabajador denunciado, en su documento de alegaciones, ha quedado constatado que desde 2003, D^a Ascension tenía una relación de amistad con el trabajador denunciado, el cual se incorporó en el grupo de amigos habituales de la trabajadora, formada en su mayoría por trabajadores de esta Empresa.

2°.- Por el contrario, la relación de ambos no se ha "desarrollado con normalidad, sin incorrecciones ni molestias" como ha especificado el denunciado en su documento de alegaciones.

Durante los tres primeros años se produjeron situaciones molestas y actitudes incorrectas y completamente fuera de lugar hacia la trabajadora por parte de D. Patricio .

Hechos como merodear su casas, encontrarlo en todo tipo de locales que ella frecuentaba con el ánimo de pasar con ella ese tiempo, intentar entrar en una escuela de Baile donde asistía a tomar clases la trabajadora con el simple propósito de "querer verla y mirarla cuando baila", asaltarla dentro de su vehículo, llamarla por teléfono de madrugada, forcejear la puerta de su domicilio par entrar.

Todo esto unido a msn al móvil y correos electrónicos incómodos, hicieron que la trabajadora dejase de alternar con su grupo y lo abandonara, lo que dio lugar a que poco a poco, los integrantes de éste fuesen apartando a Patricio del mismo ya que no atendía a razones ante la negativa de la trabajadora a mantener con él más que una amistad.

Todas estas actuaciones por parte del trabajador son cuanto menos extrañas y fuera de lugar.

3°.- Durante los dos años siguientes, no ha habido ningún tipo de contacto personal ni relación entre ambos, pero no han cesado los msn y llamadas al móvil. También han continuado de manera esporádica los correos electrónicos, siempre en el mismo tono incómodo que causa en la trabajadora una gran inquietud y angustia.

4°.- De esta forma han pasado 5 años hasta que la trabajadora ha recibido en su domicilio una carta de D. Patricio , donde pone de manifiesto una serie de hechos que han revivido en la trabajadora la situación vivida en los años anteriores, y que evidencia claramente que la "obsesión por ella" no ha finalizado en todo este período.

5°.- Posteriormente al envío de la carta ha seguido mandando mensajes al móvil con textos como "eres un encanto" o "qué guapa vienes hoy". También ha recibido llamadas cortadas ya con número oculto, que ella intuye son de Patricio .

Todas estas circunstancias han hecho que la trabajadora haya cambiado de móvil, intentado esta vez que no tenga acceso al número. Ha abandonado igualmente su domicilio y ha vuelto provisionalmente con sus padres, lo hace días alternos para no crear hábitos fijos diarios que Patricio pueda controlarle. Tampoco se queda sola en la oficinal, siempre está pendiente de que quede algún compañero más, temiendo encontrarlo por allí. Intenta igualmente salir a la calle siempre acompañada, ya que teme encontrárselo, como el ocurría en una primera etapa, por todos los sitios que frecuentaba.

Se ha planteado en distintos momentos ser ella la que abandonase el trabajo, ya que la situación le podía, pero también sentía mucha pena por él, ya que entiende que tiene un problema y que no es consciente de su comportamiento.

Actualmente no descarta cambiarse de domicilio cuando todo pase.

6°.- La trabajadora manifiesta no haber puesto en conocimiento de la empresa estos hechos con anterioridad ya que pensaba que era un capricho, que pasaría con el tiempo, pero precisamente la carta le ha indicado que no, que continúa igual que en su primera etapa.

En este momento contó con el apoyo de su actual pareja para contar todo y así lo hizo.

También llamó, apoyada por una amiga y compañera, al Instituto de la Mujer para contar lo sucedido recomendándole que había hecho lo debido que era ponerlo en conocimiento de la Empresa, y tranquilizándola de que ella no era culpable de nada.

7°.- Es relevante el interés de la trabajadora, y de todas las personas entrevistadas en que se tenga cuidado con la medida adoptada como resolución del expediente, todos tienen miedo de la reacción del denunciado, de lo que podría hacer en caso de verse sin trabajo y evidentemente "culpe a ella de todo".



La opinión generalizada es que todos le tiene pena, por ser una persona aislada, sin amigos y con muy pocas posibilidades de poder encontrar otro trabajo, de ahí que pidan que se reubique en otro sitio de la Empresa, pero que no se llegue al despido del mismo.

Los entrevistados indican que aunque no lo ven agresivo ni peligroso en condiciones normales, cuando "ha tomado algunas copas" en algunas ocasiones, su actitud ha cambiado volviéndose muy pesado en sus comentarios, además de ser muy radical e impulsivo, circunstancia que genera bastante miedo en la trabajadora, al haber tenido algún momento de forcejeo.

8°.- Ha quedado constatado igualmente que en cualquier caso, no es factible que el trabajador permanezca en las mismas instalaciones que la trabajadora; esta situación incomoda muchísimo a la trabajadora la cual se siente observada en todo momento, teniendo en cuenta que el trabajador denunciado se encuentra en recepción y es el que se encarga de repartir el material y los documentos de la valija, lo que hace inevitable un contacto más que visual en muchos casos.

9°.- Con respecto al ámbito laboral, según su responsable, la trabajadora no ha bajado su rendimiento durante todo este tiempo, se ha comportado como una profesional en su trabajo, manteniendo en todo momento su ritmo de trabajo a pesar de la presión a la que ha estado sometida.

Su responsable ha manifestado que en ningún momento ella ha sospechado nada de lo que le podía pasar a la trabajadora durante todo ese período, hasta el día en que ella misma voluntariamente fue a contarle con un gran nerviosismo, ya que no podía aguantar más al recibir la carta en su domicilio.

10°.- Actualmente la trabajadora no atiende su teléfono directo de la Ofical, lo está haciendo un compañero el cual le depura las llamadas a pasarle.

Concretamente el día 2 de Julio, día en que el trabajador presentó su documento de alegaciones, la trabajadora tuvo una llamada telefónica de un hombre, el cual se identificó como Javier Martín, un amigo personal de Patricio y que era de Campofrío.

Este Señor, instó a la trabajadora a que saliese de la oficina a la puerta porque quería hablar con ella. Ascension no aceptó el ofrecimiento y le dijo que no bajaría. En ello, que el supuesto amigo del denunciado acusó a la trabajadora de ser la culpable de todo lo que le estaba pasando a su Patricio, indicándole que "si lo echaban a la calle era por lo que ella había hablado".

Ese supuesto amigo era el letrado que representa a Patricio, el cual acudió con el trabajador a presentar las alegaciones y estuvo hablando conmigo interesándose por como se concluiría el expediente.

11°.- Circunstancias como la descrita anteriormente pone muy nerviosa a la trabajadora, ya que se evidencia que el trabajador denunciado tiene acceso a su correo, a su teléfono de Empresa, a su jornada de trabajo, a su hora de entrada y salida del centro. Es decir, en estos momentos se siente totalmente controlada por el denunciado en estos aspectos.

12°.- De todo lo expuesto resulta que la conducta hostigadora hacia la trabajadora por parte de D. Patricio no sólo ha afectado de forma intolerable a su vida personal, sino que está trascendiendo al ámbito de las comunes relaciones de trabajo, lo que no puede ser consentido por la Empresa, siendo significativo que actualmente la trabajadora ha desistido de atender personalmente las llamadas de teléfono recibidas en su puesto de trabajo, que deben serlo por otro de sus compañeros, y el temor fundado de que por la situación en la Empresa de D. Patricio, pueda éste conocer aspectos relevantes de su actividad diaria, lo que le genera un estado de continua ansiedad.

Si bien es cierto que la trabajadora se ha mostrado contraria a que se adopten medidas que impliquen el cese de la relación laboral del trabajador Patricio, minimizando ahora las conductas puestas de manifiesto como consecuencia de la investigación, circunstancia ésta que suele producirse en situaciones de acoso, no sólo porque provocan una grave distorsión de las relaciones de trabajo, sino también, y fundamentalmente, como responsable de la indemnidad psíquica de todas las trabajadora por este tipo de hechos"

QUINTO.- En fecha de 4.08.2008 la empresa comunicó al trabajador (folios 17 y 18), con copia para el Presidente del Comité de Empresa:

".. El pasado día 3 de Junio, D^a Vanesa, Jefa de la Línea de Gestión del Territorio Natural, pone en conocimiento de la Dirección de la empresa, de la situación por la que está pasando D^a Ascension, trabajadora adscrita a su línea, y de la cual ha tenido conocimiento ese mismo día por el propio relato de la trabajadora.

Esta trabajadora expone que moralmente se encuentra abatida, angustiada y violentada por las acciones y la conducta que Ud. tiene hacia ella, atravesando momentos de ansiedad que le están afectando



significativamente tanto a la vida personal, como al ámbito profesional, llegando al extremo de no poder desarrollar su trabajo con normalidad al encontrarse ambos prestando servicios en el lugar de trabajo.

Esta trabajadora decidió poner en conocimiento de sus superiores la situación por la que está atravesando a raíz de una carta que Ud. ha dirigido a su domicilio el pasado día 2 de Mayo de 2008. En esta carta, relataba determinadas circunstancias personales, y comentarios hacia ella que han despertado en la trabajadora, la misma angustia, inquietud y malestar que había vivido desde años anteriores, durante el transcurso de los cuales no había puesto en conocimiento hasta este momento pensando que esta situación terminaría, circunstancia que no se ha producido.

Su actitud hostigadora hacia la trabajadora se ha puesto de manifiesto desde bastante tiempo, aproximadamente desde hace 5 años que se conocen, evidenciándose por distintas actuaciones que se han producido, las cuales se han puesto de manifiesto algunas de ellas al realizarse en presencia de personas pertenecientes al entorno laboral de la trabajadora, y a través de correos electrónicos y mensajes que remitía a la trabajadora de forma cíclica durante todo este período, continuando éstos últimos de manera puntual posteriormente a la recepción de la carta mencionada.

Durante todo el período, D^a Ascension ha recibido llamadas telefónicas, algunas de ellas nocturnas que Ud. le realizaba, situación que le inquietaba bastante al encontrarse sola en su domicilio. Ha recibido también mensajes de móviles, y correos electrónicos con un contenido personal molesto que la trabajadora recibía en su puesto de trabajo.

Igualmente ha estado sometida a mucha presión, al provocar Ud. situaciones de encuentros de manera continuada, y dedicarse también en algún período concreto a merodear los alrededores de su casa, hasta llegar a abordar el vehículo de D^a Ascension e introducirse dentro.

De todo lo expuesto se evidencia que la conducta hostigadora hacia D^a Ascension no sólo ha afectado de forma intolerable a su vida laboral, sino que ha trascendido al ámbito de las comunes relaciones de trabajo, lo que no puede ser consentido por la Empresa, siendo significativo de actualmente la trabajadora ha desistido de atender personalmente las llamadas de teléfono recibidas en su puesto de trabajo, y tener que realizarlo otros compañeros, y el temor fundado de que por su situación de empleado de esta Empresa, conoce perfectamente aspectos relevantes de su actividad diaria, lo que le genera un estado de continua ansiedad.

Por todo lo descrito, la supuesta relación de amistad mantenida entre Ud. y D^a Ascension no se ha desarrollado con la normalidad y corrección que Ud. manifiesta en sus alegaciones, provocando bastantes molestias en la persona de la trabajadora e infiriendo de forma grave en el rendimiento laboral de la misma, en cuanto la está obligando a desempeñar las funciones que tiene encomendadas en un entorno hostil, ofensivo e intimidatorio que afecta a su dignidad.

Por todo lo expuesto, esta conducta es constitutiva de falta muy grave, según el artículo 39 apartado o) del vigente "Convenio Colectivo entre Egmasa y el personal de Estructura corporativa (2006-2009) por lo que la dirección de esta Empresa ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

De conforme con el artículo 40.3 del Convenio Colectivo se le sanciona con Despido.

El cumplimiento de la sanción se hará efectivo al día siguiente de la entrega del documento de resolución.

Sirva firmar la copia de esta comunicación a los meros efectos de acreditar su notificación".

SEXO.- La hechos relatados en la carta de despido han quedado probados, y así consta que:

- el actor remitió a la trabajadora correos electrónicos de tipo personal en fechas de 12.02.2003 (folios 101 y 102); 5.06.2003 (folio 103); 2.07.2003 (folio 104) 11.03.2004 (folio 105); 11.03.2004 (folio 106); 20.05.2004 (folio 107, en que reconoce haberse subido al coche de la trabajadora sin su permiso); 13.07.2004 (folio 108); 9.03.2005 (folio 110); 22.06.2005 (folio 111); 24.08.2006 (folio 112, todos ellos se dan por reproducidos). Algunos de dichos correos fueron vistos por D^a Esther .

- el actor remitió un escrito a la trabajadora pidiendo perdón (folios 113 y 114).

- El actor ha llegado a ir al domicilio de D^a Ascension y fue D. Norberto quien tuvo que convencerle que ella no le había invitado ir a dormir a su casa, y ese día D^a Ascension tuvo que llamar a una amiga para que se quedara con ella porque tenía miedo.

Por el contrario, el actor no ha visto minorada su categoría profesional, sino lo que se ha producido es un encaje salarial tras la negociación del Convenio Colectivo, y, aparte de él, bastantes trabajadores de la empresa



cobran el plus de antigüedad, sin que conste que por tal motivo hayan sido despedidos, según manifestó D. Victoriano , representante sindical de los trabajadores.

SÉPTIMO.- La relación laboral se rige por el Convenio Colectivo de Empresa.

OCTAVO.- El actor no ostenta ni ha ostentado la condición de representante legal o sindical de los trabajadores.

NOVENO.- Tras presentación de papeleta el 13.08.2008, con fecha 4.09.08 se celebró el preceptivo acto de conciliación, resultando sin avenencia (folio 22), por lo que interpuso la demanda origen del presente procedimiento."

TERCERO.- El demandante recurrió en suplicación contra tal sentencia, siendo impugnada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la sentencia desestimatoria de la pretensión de despido, se alza el demandante por el cauce de los apartados b) y c) del art 191 LPL, solicitando, una modificación de los hechos probados "en sobre todo a partir del apartado 6º" (sic), sin proponer redacción alternativa de hechos probados ni supresión de hecho alguno; como la infracción del art. 60 ET y art. 41.2 del Convenio Colectivo, alegando la prescripción de la falta, y la infracción del art. 39 o) del Convenio Colectivo al no acreditarse los hechos, realizando el recurrente una valoración alternativa de los distintos medios de prueba a la que se realiza en la sentencia. Alega infracción de la jurisprudencia con cita de la STS de 15-7-2003 (RJ 5410).

El actor fue despedido ex art. 54.2 g) ET por la demandada al considerarlo la empresa autor de un acoso por razón de sexo, horizontal, tipificado en el art. 39 o) del Convenio Colectivo de la empresa EGMASA (BOJA nº 36, 22-3-2006) como falta muy grave. No se debe olvidar que el empleador está obligado a la adopción de las medidas necesarias y adecuadas para evitar que una situación de acoso detectada continúe ya que su inhibición significaría además de complicidad, la violación de su obligación de garantizar la salud, la integridad física y psíquica y los derechos fundamentales de sus trabajadores (STSJ Asturias 9-5-2003 AS 3646) ello en concordancia con el art. 26 de la D/2006/54/CE

SEGUNDO.- Contestando al primer motivo del recurso, que adelantamos su desestimación, por las razones que siguen.

Para empezar, se ha destacar que se obvia en el recurso el requisito, para que pueda prosperar la revisión fáctica de una sentencia, de que ha de proponerse, por parte del recurrente, un texto alternativo. El recurrente, en este caso, no hace esa propuesta. Ya desde el principio el recurso adolece de uno de los requisitos formales esenciales en la interposición del recurso de suplicación, recurso extraordinario y de naturaleza casacional, esto es, que se ofrezca un texto alternativo concreto a figurar en la narración fáctica calificada de errónea, o bien sustituyendo a alguno de sus párrafos, o bien complementándolos.

La existencia de motivos específicos para poder impugnar resoluciones judiciales por vía del recurso de suplicación es uno de los elementos que permiten caracterizarlo como un recurso de naturaleza extraordinaria, casacional. No es suficiente con que exista una mera disconformidad de las partes con el pronunciamiento obtenido en la sentencia, sino que se requiere su justificación en alguna de las causas taxativamente señaladas en la Ley, lo que conduce a la limitación de las facultades de la Sala en orden al conocimiento mismo del recurso, los cuales se circunfieren a los motivos concretos que se corresponden con los previstos por la Ley.

Consecuencia de esa naturaleza extraordinaria del recurso es la propia forma de instrumentalizar la revisión, a saber: a) Se limitan doblemente los medios de prueba que pongan en evidencia el error del Juzgador; por una parte, porque de los diversos medios probatorios existentes únicamente puede acudir a la prueba documental, sea ésta privada, siempre que tenga carácter indubitado, o pública, y a la prueba pericial; por otra, por que tales medios de prueba, como corresponde a un recurso extraordinario, sólo pueden obtenerse de los que obran en autos; b) No basta con que la revisión se base en un documento o pericia, sino que es necesario señalar específicamente el documento objeto de la pretendida revisión; c) El error ha de evidenciarse esencialmente del documento alegado en el que se demuestre su existencia, sin necesidad de que el recurrente realice conjeturas, hipótesis o razonamientos; por ello mismo se impide la inclusión de afirmaciones, valoraciones o juicios críticos sobre la prueba practicada. Esto significa que el error ha de ser evidente, evidencia que ha de detectarse por sí misma, superando la valoración conjunta de las pruebas practicadas que haya podido realizar el juzgador "a quo" y d) No pueden ser combatidos los hechos probados si éstos han sido obtenidos por el Juez del mismo documento en que la parte pretende amparar el recurso, salvo sea ilógica o irracional la conclusión fáctica obtenida.

Por tanto, a través de este recurso no puede pretenderse que la Sala entre a efectuar una nueva valoración de la prueba practicada, sino que la revisión de los hechos probados debe efectuarse mediante nuevo o nuevos



documentos idóneos que patenten fehacientemente el error de hecho cometido y que por tanto sea necesario acudir a operaciones deductivas o razonamientos lógicos para descalificar los hechos probados sentados por el juzgador a quo.

Igualmente, y consecuencia del sistema de única instancia, el juicio valorativo sobre la prueba practicada corresponde en exclusiva al Juez "a quo", puesto que así le viene atribuido por Ley ex art. 97.2 LPL. En caso de duda acerca de las conclusiones fácticas que han de extraerse en el examen y valoración de un documento, en la medida en que de su lectura puedan sacarse conclusiones contradictorias o incompatibles entre sí, debe prevalecer la conclusión fáctica sentada por el juzgador a quo en virtud de la naturaleza excepcional del propio recurso que impide la valoración "ex novo" por la Sala de la prueba practicada.

Consideraciones las indicadas que aplicadas al caso examinado, determinan el rechazo de este motivo del recurso, en tanto que a través de él lo que pretende el recurrente es una nueva valoración de la totalidad los medios de prueba documentales para de ellos obtener una verdad privada, legítima, pero no avalada por los hechos.

Este motivo del recurso, tal como planteado, al margen de las consideraciones precedentes, no genera interés alguno, ya que, el mismo, no conduce en absoluto a una posible modificación de la sentencia de instancia. Es más en ningún caso, hace alusión a la consecuencia jurídica que supondría tal rectificación, y su repercusión en el fallo, quedando el recurso de acuerdo con el principio de rogación, vacío de contenido eficaz.

El recurrente bajo el amparo de este motivo del recurso solo realiza una exposición de su verdad privada, por carente de respaldo fáctico, y así por ejemplo valora una testifical, la del Sr. Bernardino, acto procesal prohibido en este recurso. Con la prueba documental realiza idéntica valoración en apoyo de su verdad privada y critica lo contenido en la aportada por la demandada en el acto del juicio, con consideraciones del tipo de que no la pudo examinar con detenimiento, que no se le facilitó copia, que procedió a impugnarla, que no fue ratificada por ninguno de los testigos; obviando que de tal prueba documental se le dio traslado a las partes en el acto de juicio para su examen (art. 94.1 LPL), y en ningún precepto procesal se prescribe el que deba aportarse copia para la otra parte, ni se establece un límite horario dentro del cual las partes deban proceder a realizar el citado examen, ni tampoco indica norma procesal alguna que el expediente disciplinario deba aportarse con anterioridad al acto del juicio. Se añade el hecho, que contradice tal alegato, que el demandante pudo obtener copia del expediente disciplinario, ya que como consta en la sentencia recurrida, la demandada mantuvo informado al actor y a sus representantes sindicales, ya que, este tuvo la ocasión de defenderse, como así lo hizo en su escrito de alegaciones.

Por todo lo expuesto, reiteramos que este motivo de revisión es desestimado.

TERCERO.- El recurrente alega la prescripción de la falta, alegación no realizada ni en la demanda ni en la instancia, y que es enunciada por primera vez en este recurso.

La Sala desestima tal alegación conforme a lo que venimos diciendo, por ejemplo en la STSJA Sevilla nº 3497/07 de 22 de noviembre, con referencias a nuestras SSTSJA Sevilla de 18-10-2002, y de 15-1-2004: No cabe la introducción en fase de recurso de puntos litigiosos que no se hubieran planteado en el Juzgado. Las cuestiones insitas en el poder de disposición de las partes que no fueron propuestas por éstas ante el Juzgado ni, consiguientemente, resueltas en la sentencia recurrida, las cuales se ven plenamente afectadas por el principio de prohibición de mutatio libelli.

La STS de 24-2-2009 (RJ 2577) expone que la prescripción si no es alegada en la instancia, ni en el recurso, y que de alegarse en él hubiera sido además una cuestión nueva, está prohibida su estimación, sea de oficio o a instancia de parte. Que el recurso posee una naturaleza extraordinaria significa que el ámbito del recurso, que el conocimiento del Tribunal Superior de Justicia queda limitado, de tal manera que las potestades de la instancia y del recurso no coinciden, puesto que en éste es más reducido.

Sostiene la doctrina, que si el recurso tiene por objeto analizar la legalidad de la sentencia, tanto en el sentido de si se ha interpretado la prueba con arreglo a derecho, como si se ha infringido alguna norma de derecho o doctrina legal, no se puede pretender la alegación de hechos o cuestiones nuevas, ni la práctica de nuevas pruebas, ni por tanto la nueva valoración de las pruebas practicadas en la instancia.

En efecto, no se admite la falta de identidad entre las alegaciones de la demanda, o contestación de la misma y las del recurso impugnatorio subsiguiente por los siguientes motivos:

- 1) El órgano que resuelve la suplicación no puede convertirse en juez de instancia.
- 2) Produce indefensión a la parte recurrida obligarle a hacer frente a una cuestión nueva frente a la que no pudo articular en momento procesal oportuno la correspondiente prueba. Por el contrario es preciso que se



respeten las exigencias derivadas de los principios de: preclusión; buena fe procesal; igualdad de partes; y derecho de defensa.

CUARTO.- El recurrente alega que los hechos descritos como probados no constituyen una infracción de las prescritas en el apartado o) del artículo 39 del Convenio Colectivo de aplicación ya que "nada hay de grave en este asunto para tomar la desproporcionada y abusiva determinación del despido". Partamos del inalterado relato histórico.

Son hechos relevantes relatados en la sentencia los siguientes:

1º La conducta del recurrente es continuada, y se remonta, al menos al año dos mil tres.(vid FDº 4º)

2º El recurrente intentó meterse en el coche de la víctima sin su permiso. (vid FDº 4º)

3º D. Norberto tuvo que acompañar a la víctima a su casa, persuadiendo al recurrente de que se fuera, pues ella no le había invitado a dormir. (vid FDº 4º)

4º La víctima ha tenido que cambiar su ritmo de vida a fin de no tener que coincidir con el recurrente en determinados sitios. (vid FDº 4º)

5º La víctima evita tener que entregar cosas al recurrente, y es ella la que solicita los taxis para aquellos desplazamientos que precisa, y no a éste, pese a que ella constituye, entre otras sus funciones. (vid FDº 4º).

6º La Jefa de la Línea de Gestión del Territorio Natural, pone en conocimiento de la Dirección de esta Empresa, la situación por la que está pasando Dª Ascension de ansiedad, angustia, inquietud, trabajadora adscrita a su línea. (vid HP 2º). Esta trabajadora expone que moralmente se encuentra abatida, angustiada y violentada por las acciones y la conducta que el recurrente tiene hacia ella, atravesando momentos de ansiedad que le están afectando significativamente tanto a la vida personal, como al ámbito profesional, llegando al extremo de no poder desarrollar su trabajo con normalidad al encontrarse ambos prestando servicios en el lugar de trabajo. (vid HP 2º)

7º El recurrente no ha cesado de enviar msn y llamadas al móvil y de manera esporádica los correos electrónicos, siempre en el mismo tono incómodo que causa en la trabajadora una gran inquietud y angustia (HP 6º con remisión a los f. 101 a 112).

8º La víctima recibió en su domicilio una carta del recurrente del siguiente tenor: "te pido perdón por haberte hecho daño, por no comprenderte, por no saber valorarte, por creérmelo, por imaginar por abusar de tu amistad, por mi comportamiento, por llevar tanto tiempo haciendo el ridículo, por creer tener a derecho a tu amistad, por fantasear, por mis ataques de celos, por pensar en ti, por no querer quitarme la venda de mis ojos, por ilusionarme por nada, por haberme enamorado de ti, por mirarte a los ojos, por no entender que somos diferentes y que pertenecemos a mundos distintos, por sentir escalofrío cada vez que me fijo en tus pechos, por haber soñado contigo, por creer que tus labios saben a nata y chocolate, por no tener el valor de decirte todo esto a la cara." (vid HP 6º, remisión a los f. 113 y 114)

9º La víctima ha cambiado de móvil. Ha abandonado igualmente su domicilio y ha vuelto provisionalmente con sus padres, lo hace días alternos para no crear hábitos fijos diarios que el recurrente pueda controlarle. Tampoco se queda sola en la oficina. Intenta salir a la calle siempre acompañada. (vid HP y FD 4º)

10º Actualmente la víctima no atiende su teléfono directo de la oficina, lo está haciendo un compañero el cual le depura las llamadas a pasarle. (vid HP y FD 4º)

11º La víctima ha recibido correos electrónicos del siguiente tenor:

"te juro que prefiero un orgasmo a un gol por la mismísima escuadra."

"Buenas noches, quiero hacerles una confesión: Igual que algunas mujeres fingen el orgasmo... Yo finjo que me gusta el fútbol..."

"A que hora te vas?? Me puedo ir contigo??"

"De todas formas gracias... y por favor sonríe. Vives en Los Remedios??" "A que hora te vas?? Me puedo ir contigo??"

"te escribo para pedirte perdón por lo del atraco del viernes al subirme a tu coche sin tu permiso, de verdad que lo siento no soy así ni me gusta hacer las cosas por la fuerza. No sé si esto que te estoy comentando te sirve, he intentado decírtelo a la cara pero no he podido porque creo que me ibas a dejar en ridículo como siempre. En cuanto de la entrada del concierto, ha sido un mal entendido en ningún momento he intentado ofenderte, lo único que pretendía era corresponder al detalle que tuvieron Marta, Sergio y Javi cuando me sacaron a mí la entrada del teatro, me dijo que ustedes también ibais a venir e intenté tener dinero suficiente para no dejar



a nadie fuera. No se si te sirve, pero es así, ni intento dañar, ni abusar, ni imponer a nadie nada, y menos a ti. Ojalá todo el mundo lo viera así, no crees ??? Un saludo."

"Por favor acércate a tomar una cerveza."

"Me creía que era M^a Luz, siento haberte molestado. Tengo mala suerte contigo, lo siento. ..pero q sepas q nunca he pretendido agobiarte ni hacer nada para q estés así conmigo. Ya queme he puesto te diré q lamento mucho cosas q le dije a Inés, no sé como pudieron salir de mi boca, tuve un ataque de ira. Te vuelvo a pedir perdón. Se q te va a valer nada de esto, pero me encantaría que por lo menos sirva para que no me veas como alguien que te quiere hacer mal, ni agobiarte."

"Anoche soñé contigo. Soñé q me ayudabas en un problema y al final me entregabas 5 pelos de tu melena y me decías q los guardases conmigo, q me darían suerte. Me dio rabia despertarme..."

A tal relato de hechos le son de aplicación el art. 39 o) del Convenio de empresa en relación con al art. 54.2 g) ET (pues si el acoso es cometido por un compañero puede considerarse como un incumplimiento contractual grave merecedora del despido disciplinario) ya que se considera acoso por razón de sexo (o acoso ambiental o acoso sexista) (art.4.2.e ET; art.7 LO 3/2007; art.8.13 y 13 bis RDLeg 5/2000; art. 28 Ley 62/2003) cualquier conducta gestual, verbal, o física, comportamiento o actitud realizada tanto, por superiores jerárquicos, como por compañeros o inferiores, que tiene relación o causa en el sexo de una persona, y que atenta por su repetición o sistematización contra la dignidad de la persona o su integridad física o psíquica, y que se produce en el marco de organización y dirección de un empresario, creando un entorno hostil, intimidatorio, degradante, humillante u ofensivo para la víctima.

En esta definición se contiene una referencia suficientemente clarificadora de los elementos definitorios del acoso sexista, que lo diferencian del sexual, en primer lugar por la necesidad de repetición o sistematicidad. También se hace referencia a elementos comunes con el acoso sexual, los resultados en términos laborales, ya que degradan sus condiciones de trabajo, y finalmente se refiere al ámbito de realización, el de organización y dirección de un empresario.

Como es de ver son elementos configuradores del acoso sexual:

- 1.Actuación que traiga causa en el sexo, que resulta ofensiva para su víctima.
- 2.Su tipo es el acoso ambiental.
- 3.El ámbito en que la actuación ha de tener lugar es el de organización y dirección empresarial, es decir, la propia empresa o, si es fuera de ella, ha de tener relación con el trabajo de la víctima.
- 4.Los sujetos activos de la actuación que pueden ser tanto el propio empleador como los compañeros de trabajo o incluso clientes o terceros relacionados con la víctima por causa de su trabajo.
- 5.Además, la configuración de la posible conducta acosadora, conducta de naturaleza sexual, incluye todo tipo de actuaciones físicas, verbales, gestuales.

Son conductas susceptibles de ser catalogadas dentro del concepto de acoso sexual, las bromas (STSJ Cantabria de 25-3- 2008, AS 1570, colocar un anuncio de teléfono de compañera ofreciéndose para relaciones sexuales) y comentarios de mal gusto; alusiones groseras e inaceptables; gestos, exhibición de pornografía indeseada por la víctima; hasta la agresión física más o menos grave; comportamientos que tienen causa en el sexo femenino de la víctima y que suponen la presión o la imposición y las molestias; sin que precisen ser verbales, o traspasar un límite físico, pero que sin embargo al igual que los comportamientos físicos son ofensivas, intimidatorias o humillantes para quien las recibe. En fin en el acoso sexista o acoso por razón de sexo, el objetivo del acosador no es sino la manifestación de su desprecio por las mujeres, la desconfianza en sus capacidades y el valor social secundario que en su opinión estas deben seguir ocupando; y en el fondo, en la motivación de dicho comportamiento no existe, o no existe solo, o no existe predominantemente, un deseo sexual sino una finalidad de dominio o de afirmación de poder.

La ofensividad constituye uno de los elementos calificadores más relevantes del concepto de acoso en sus dos modalidades, al que en el supuesto de acoso sexual se une inseparablemente el de indeseabilidad, es decir, el acoso sexual se configura como una violación del derecho a la dignidad pero también como una violación del derecho de libertad de la víctima de tal forma que una parece inexistente sin la concurrencia de la otra. En otras palabras, en el acoso discriminatorio, junto con el derecho de igualdad, el acoso sexista se concibe esencialmente como violación del derecho a la dignidad, mientras que en supuesto el acoso sexual se configura como una violación simultánea del derecho a la dignidad y a la libertad de la víctima de tal forma que una parece inexistente sin la concurrencia de la otra.



La interpretación del término ofensividad por el que se opte resulta relevante en óptica jurídica ya que determinará la existencia o inexistencia del acoso. Admite diversos sentidos, uno objetivo (solo se entenderían ofensivas aquellas actuaciones que socialmente, con criterio de razonabilidad, se consideren atentatorias a la dignidad de la persona), otro subjetivo (se entiende que la determinación de lo ofensivo queda al arbitrio de la víctima, equiparándose así a lo indeseado); y una postura ecléctica que combina ambos criterios rechazando tanto un standard estrictamente objetivo en el que no se tenga en consideración las circunstancias personales de la víctima, como otro exclusivamente subjetivo en el que una excesiva sensibilidad de la víctima pueda llevar a resultados irrazonables. Esta tercera postura que es la que aquí sostenemos y consideramos antijurídico tanto lo ofensivo en sentido objetivo como lo ofensivo en sentido subjetivo de tal manera que constituirá acoso toda actuación de cuya ofensividad es consciente el acosador que sabe, porque la víctima lo ha podido manifestar expresa o implícitamente, que le resulta ofensiva y a pesar de ello ha insistido en su actuación (lo que de otro lado constituye una muestra de la existencia de intencionalidad acosadora) y además, toda actuación respecto de la que el acosador debiera saber que resulta ofensiva dada su gravedad y las circunstancias concurrentes, aunque la víctima no manifestase nada por que no pudiese hacerlo o cuando esta manifestación no fuese suficientemente contundente y probada. Optamos por esta última interpretación del carácter ofensivo por resultar la más adecuada y conforme a las directrices comunitarias como con la doctrina jurisprudencial de las SSTC 224/1999 y 136/2001.

Regresando a los hechos probados, estimamos, como ya dijimos, que los mismos constituyen un acoso por razón de sexo del trabajador despedido hacia la persona de Doña Ascension, su compañera de trabajo, consistente en un comportamiento reiterado, intimidatorio, consistente en asaltos a su vehículo, a su domicilio, seguimientos, esperas, mensajes reiterados por diversos medios, todo para imponerle una relación, en atención a ser mujer, que la víctima no deseaba, había rechazado y le había solicitado el cese de esta conducta, en reiteradas ocasiones. La conducta reiterada del recurrente consistente en no dejarla en paz, imponerle su presencia, "asaltarla" tanto físicamente como por todos los medios de comunicación posibles (caratas, teléfono, móvil, sms, emails) constituye un acoso por razón de sexo pues la ofensividad de esas actuaciones el recurrente-acosador es consciente (vid f. 113 y 114 donde expresamente lo reconoce) sabe, porque la víctima le manifestó tanto expresa como implícitamente, que le resultaban ofensivas por intimidatorias y a pesar de ello ha insistido en su actuación (lo que de otro lado constituye una muestra de la existencia de intencionalidad acosadora) y además, respecto de esas actuaciones concretas que obran al inicio de este fundamento, el acosador debiera saber (y lo sabe, como lo expresa en los f. 101 a 114) que resultan ofensivas dada su gravedad (imposición de su presencia a toda hora y por cualquier medio, con alusiones sexuales, que provocan ansiedad e intimidación a la víctima) y las circunstancias concurrentes (la víctima está "cautiva" en un puesto de trabajo al que debe acudir diariamente, haciendo imposible eludir al acosador e incluso participa el letrado del acosador, vid. HP 4º. 10º). Por último resaltar que no se trata de una percepción que haya tenido únicamente la víctima, pues estos hechos han sido constatados por compañeros de trabajo y por su jefa directa que quien "levanta la liebre" e inicia las actuaciones disciplinarias. Todo ello, reiteramos, generó una situación de angustia y ansiedad a la trabajadora dentro y fuera de su lugar de trabajo que incidía en su vida profesional, llegando al extremo de no poder desarrollar su trabajo con normalidad.

En conclusión estimamos que no concurre infracción normativa ni jurisprudencial alguna y que la sanción es proporcional a la gravedad de los hechos por adecuarse a los principios de adecuación, y disuasión que exige la normativa comunitaria a las previsiones normativas sancionadoras de estas conductas de sus Estados miembros. Desestimados los motivos del recurso, confirmamos la sentencia por argumentos diversos a los en ella contenidos.

Vistos los precedentes preceptos legales y los de general aplicación.

FALLAMOS

Con desestimación del recurso de suplicación interpuesto por D. Patricio, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 4 de Sevilla en sus autos núm. 926/08, en los que el recurrente fue demandante contra EMPRESA DE GESTIÓN AMBIENTAL (EGMASA), en demanda de despido, y como consecuencia confirmamos dicha sentencia.

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



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

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

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

VOTO PARTICULAR

QUE FORMULA EL MAGISTRADO ILMO. SR. D. JOAQUÍN LUIS SANCHEZ CARRIÓN A LA SENTENCIA DICTADA EN EL RECURSO DE SUPPLICACIÓN NÚMERO 1675/2009

Mediante el presente Voto particular expreso mi desacuerdo con el criterio que, conforme al parecer mayoritario de la Sala, mantiene la precedente sentencia, confirmatoria de los razonamientos y el Fallo de la de instancia, radicando la disconformidad en que, a tenor de los hechos que se han declarado probados en las actuaciones, la conducta del recurrente no encuentra encaje legal en la normativa que se dice infringida por la Sala.

I. En primer lugar, la resolución de instancia se limita a rechazar la conducta del actor, de un modo teórico y global, sin tipificarla en ningún precepto legal o convencional, como le era exigible, lo que de por sí conducía a la estimación del recurso y a la revocación de la sentencia por vulnerar uno de los principios del derecho sancionador que impide imponer una sanción que no se ajuste a una infracción concreta perfectamente delimitada en una norma jurídica, estándole vedado a este Tribunal calificar y tipificar en vía de recurso, ex novo, los hechos o subsanar de oficio los defectos sustanciales de la resolución impugnada, dada la naturaleza extraordinaria del recurso de Suplicación. Por tanto, carente la conducta de tipificación normativa en la sentencia de instancia, no procedía sino declarar la improcedencia del despido por carecer de soporte legal en la propia resolución judicial. En todo caso, y como se argumenta a continuación, el recurso debió ser estimado también por otros motivos.

II. El recurrente considera que no resulta aplicable a la conducta enjuiciada lo dispuesto en el art. 54.2.d) del Estatuto de los Trabajadores y en el precepto correspondiente del Convenio colectivo, porque, sin negar la realidad de los hechos, no se dan todos los requisitos para imponerle la sanción de despido.

A tenor de lo establecido en el art. 4.2.e) del Estatuto de los Trabajadores, que desarrolla en esta materia y traslada al ámbito laboral el principio axial de lo que son derechos fundamentales en la Constitución, todo trabajador tiene derecho en la relación de trabajo "al respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad", lo cual comprende "la protección frente al acoso sexual y al acoso por razón de sexo". Es decir, la protección del trabajador frente a tales actos se configura como un genuino derecho subjetivo del trabajador y como tal se proyecta, en primer lugar y de manera principal, sobre el empresario, pero también sobre el resto de los trabajadores, de tal manera que cuando transgreden la previsión legal incurren en un incumplimiento de su deberes laborales y, de este modo, será acoso sexual en el trabajo aquel que se desempeña dentro del ámbito de organización y dirección del empresario.

Por consiguiente, el reconocimiento y respeto a la dignidad de la persona (art. 10 CE) implica, en el ámbito laboral, al empresario en su protección, lo que abre las puertas a la responsabilidad empresarial por el acoso realizado en su empresa aunque no sea el sujeto activo del acoso sexual, de tal manera que el empresario está obligado a no acosar y a proteger al trabajador del acoso de otras personas en su relación laboral o, en otras palabras, debe concebir una adecuada defensa frente al mismo mediante las oportunas medidas preventivas y, en su caso, represivas, tal como se constata en el art. 8.13 del texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, que sanciona al empresario cuando se produzca, dentro del ámbito a que alcanzan las facultades de dirección empresarial, una conducta de acoso sexual, cualquiera que sea el sujeto activo de la misma.

El acoso sexual aparece definido por primera vez en el art. 2.2 de la Directiva 2002/73 / CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de septiembre de 2002, que modifica la Directiva 76/207/CEE del Consejo relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, como "la situación en la que se produce cualquier comportamiento verbal, no verbal, o físico no deseado de índole sexual, con el propósito o el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo", añadiendo en su apartado 3º que cualquier conducta de este tipo automáticamente ha de ser considerada como un acto discriminatorio por razón de sexo. El precepto ha sido acogido por art. 7.1 de la Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.



El comportamiento constitutivo de acoso, conforme a la noción que resulta del art. 2.2 de la Directiva, gravita en torno al carácter "no deseado" del mismo y sobre el hecho de tener como objetivo o consecuencia el atentado a la dignidad y la existencia de un clima hostil.

Finalmente, el apartado 5 del art. 2 de la Directiva alienta a los Estados y a los interlocutores sociales a "adoptar medidas para prevenir todas las formas de discriminación por razón de sexo y, en particular, el acoso y el acoso sexual en el lugar de trabajo", mencionando expresamente a los Convenios colectivos entre los instrumentos eficaces para erradicar las conductas y prácticas discriminatorias en el trabajo. En el sentido expresado, y ad exemplum, el art. 44.10 del Convenio colectivo del Sector de Comercio de Detallistas de Alimentación de Cantabria (BOC de 3 de septiembre de 2007) considera falta muy grave el acoso sexual tanto físico como psicológico, realizado por un compañero de trabajo a cualquier trabajador "siempre que ocurra en el ámbito disciplinario del empresario", considerando, de forma similar a como lo hace el Convenio colectivo aplicado en el presente supuesto, que el acoso sexual consiste en "aquel comportamiento verbal o físico no deseado de índole sexual, que tenga por objeto o efecto violar la dignidad de la persona o crear un entorno intimidatorio hostil, degradante, humillante, ofensivo o perturbador".

Sin que deba perderse de vista que, conforme a nuestra jurisprudencia, en materia de despidos ha de valorarse la conducta en sí misma y en conjunción con todas las circunstancias que la precedieron o que le fueron coetáneas, para que la autoría quede bien precisada y las razones que pudieran determinar el acto reprochable sean debidamente concretadas conforme al principio de proporcionalidad (STS de 29 de abril de 1.986). En tal situación, constituye un elemento esencial que la conducta sea lo suficientemente grave como para crear un entorno negativo y lo sea, por otra parte, no sólo según la percepción subjetiva o la sensibilidad particular de quien lo padece, sino objetivamente considerada, habiendo en esta modalidad del acoso algo más que una repercusión negativa sobre una concreta condición de trabajo del acosado o una explícita discriminación en las condiciones de trabajo (STC núm. 224/1999, de 13 de diciembre), erigiéndose de esta manera la gravedad, en razón de crear un ambiente o un clima radicalmente odioso o ingrato, en un elemento importante del concepto.

III. Pues bien, la aplicación al supuesto analizado de la normativa y de la doctrina reseñadas llevaba, a mi entender, a revocar la declaración de procedencia del despido objeto de la litis, y ello no porque desde un punto de vista objetivo no se trate de un comportamiento reprochable por parte del actor, que lo es, y merecedor de algún tipo de sanción, sino porque la sanción de despido impuesta no encaja en el precepto convencional citado en el expediente -que no en la sentencia- de despido, a saber, el art. 39.o del Convenio colectivo de aplicación cuando califica como falta muy grave "la violación grave del derecho a la intimidad y la consideración debida a la dignidad de los trabajadores, incluidos el acoso y las ofensas verbales o físicas de naturaleza sexual", ni entre las faltas disciplinarias reguladas en el ET.

Y no tiene encaje legal en el marco laboral la conducta del actor porque las infracciones y sanciones contenidas en los Convenios colectivos se reducen, por su propia naturaleza, al limitado ámbito de las relaciones de trabajo en el que necesariamente han de producirse, pues en nuestro ordenamiento existen multitud de conductas que, según las circunstancias, pueden ser sancionadas por diferentes órganos administrativos y judiciales, sin que la competencia funcional de ninguno de ellos pueda invadir la de los otros.

En el presente caso, no consta -ni en la sentencia de instancia ni en la de la mayoría de la Sala- que los hechos probados se produjeran en el centro de trabajo ni encontrándose los intervinientes en los mismos en dependencias de la empresa o bajo el poder de dirección del empleador, sino que, muy al contrario, se trata de hechos que, al estar al margen del ámbito laboral, y aun siendo reprochables, escapan del control de esta jurisdicción y afectan a otros ámbitos y a otros órganos a los que igualmente se extienden las orientaciones emanadas de la Ley Orgánica de igualdad efectiva de mujeres y hombres.

En efecto, los hechos objetivos que se imputan al actor, que según el hecho probado 6 de la sentencia de instancia son los contenidos de la carta de despido, es decir, las conclusiones del expediente disciplinario relatadas en el hecho 5º, revelan que - al margen de las consideraciones y opiniones vertidas por el instructor, carentes de valor fáctico y de la cualidad de imputaciones-, el actor remitió a una trabajadora con la que había mantenido años antes una relación de pareja - lo que difumina la idea de que se trate de una persecución u hostigamiento producido en el trabajo o con motivo u ocasión del mismo- una carta a su "domicilio particular" relacionada con circunstancias personales antiguas de ambos, realizando a partir de entonces llamadas telefónicas y mensajes al teléfono particular de aquella y remitiéndole e-mails a su correo privado, sin que conste que ninguna de tales llamadas o correos se realizaran desde o hacia el lugar de trabajo o en presencia de directivos o de trabajadores de la empresa, sino todo lo contrario, ya que en el expediente solo se alude, al referirse a ellas, al "domicilio" de la trabajadora como lugar de recepción de las llamadas y mensajes -sin que los e-mails puedan, obviamente, ubicarse en un lugar determinado debido a las especiales características del medio informático utilizado- y a que el recurrente merodeó en ocasiones por "los alrededores de su casa" y de su "vehículo", es decir, por lugares ajenos por completo al ámbito del trabajo y de la empresa de ambos.



En definitiva, los actos imputados no tuvieron lugar en el centro de trabajo o con motivo u ocasión del mismo, ni dentro de la jornada laboral de la trabajadora, ni trascendieron a los compañeros de trabajo, a los directivos o a los clientes de la empresa, permaneciendo en el marco de las relaciones estrictamente íntimas y personales, no dejando de tratarse de una cuestión privada entre dos personas cuya condición de trabajadores de la misma empresa no justifica por sí solo que todos sus conflictos personales hayan de reconducirse sin más al ámbito de la jurisdicción laboral, pues, en este caso, no se desenvuelven en el ámbito empresarial al que se ciñen las relaciones de trabajo y al único al que hay que atenerse para calificar las conductas como faltas laborales.

Por ello, no comparto el contenido de la sentencia suscrita por la mayoría de la Sala, en cuanto se confirma una sentencia de instancia esbozada con abstracción del lugar de los hechos y del ámbito extralaboral en el que se producen. No nos encontramos ante una conducta de acoso sexual en el ámbito laboral -que, de haberlo sido, sí sería constitutiva de la infracción prevista como muy grave en el Convenio colectivo de aplicación en relación con la letra g) del apartado 2 del art. 54 del Estatuto de los Trabajadores-, sino ante hechos que, en todo caso, justificarían el ejercicio por parte de la ofendida de otras acciones que a esta jurisdicción no compete analizar.

FONDO DOCUMENTAL CENDO