



Roj: **STSJ M 14631/2020 - ECLI:ES:TSJM:2020:14631**

Id Cendoj: **28079340032020100919**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **30/11/2020**

Nº de Recurso: **483/2020**

Nº de Resolución: **914/2020**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **JOSE RAMON FERNANDEZ OTERO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Tribunal Superior de Justicia de Madrid - Sección nº 03 de lo Social

Domicilio: C/ General Martínez Campos, 27 , Planta 3 - 28010

Teléfono: 914931930

Fax: 914931958

34002650

NIG: 28.079.00.4-2020/0007297

Procedimiento Recurso de Suplicación 483/2020

ORIGEN:

Juzgado de lo Social nº 33 de Madrid Despidos / Ceses en general 185/2020

Materia: Despido

Sentencia número: 914/2020-C

Ilmos. Sres

D./Dña. JOSE RAMON FERNANDEZ OTERO

D./Dña. VIRGINIA GARCÍA ALARCÓN

D./Dña. JOSE IGNACIO DE ORO PULIDO SANZ

En Madrid a treinta de noviembre de dos mil veinte habiendo visto en recurso de suplicación los presentes autos la Sección 3 de la Sala de lo Social de este Tribunal Superior de Justicia, compuesta por los Ilmos. Sres. citados, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española,

EN NOMBRE DE S.M. EL REY

Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE

EL PUEBLO ESPAÑOL

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el Recurso de Suplicación 483/2020, formalizado por el/la LETRADO D./Dña. GABINA MARTIN MARTIN en nombre y representación de D./Dña. Bienvenido , contra la sentencia de fecha 11/06/2020 dictada por el Juzgado de lo Social nº 33 de Madrid en sus autos número Despidos / Ceses en general 185/2020, seguidos a instancia de D./Dña. Bienvenido frente a AMARA SA, en reclamación por Despido, siendo Magistrado-Ponente el/la Ilmo./Ilma. Sr./Sra. D./Dña. JOSE RAMON FERNANDEZ OTERO, y deduciéndose de las actuaciones habidas los siguientes



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Según consta en los autos, se presentó demanda por la citada parte actora contra la mencionada parte demandada, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, tras los pertinentes actos procesales de tramitación y previa celebración de los oportunos actos de juicio oral, en el que quedaron definitivamente configuradas las respectivas posiciones de las partes, dictó la sentencia referenciada anteriormente.

SEGUNDO: En dicha sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos en calidad de expresamente declarados probados:

"PRIMERO.- *D. Bienvenido ha prestado servicios para Amara, S.A. desde el 1-6-1990 con categoría de jefe de almacén y percibiendo n salario de 4.143,11 euros mensuales con prorrateo.*

SEGUNDO.- *Ha sido despedido el 10-1-2020 mediante carta que se da por reproducida.*

TERCERO.- *El 19-12-2019 el empresario ofreció a los trabajadores un coctel de Navidad que se celebró en el Hotel Auditorium.*

A dicho evento acudió la Sra. Alicia contratada desde el 2-9-2019 como moza de almacén para realizar tareas, tanto en el almacén cuya jefatura ostentaba el Sr. Bienvenido, como tareas administrativas. En el transcurso del cóctel el Sr. Bienvenido sale a fumar a un espacio abierto cerca de la escalera de incendios. Al mismo lugar acude a fumar la Sra. Alicia que inicia una conversación con el actor con el objeto de preguntarle sobre su rendimiento y consideración en el trabajo.

El Sr. Bienvenido, mientras le agarraba de la cintura se acercó indicándole que la veía muy bien y que estaba muy buena. Sigue la conversación y el Sr. Bienvenido intenta en repetidas ocasiones e incluso consigue tocarle el culo pese a los intentos que realizaba la Sra. Alicia para apartarle.

También le indicó que seguirían la fiesta en la habitación 304.

La Sra. Alicia cortó la conversación y entró en el lugar de celebración del cóctel encontrándose en ese momento con el Sr. Higinio que la ve alterada y le comenta el altercado que acaba de tener con el Sr. Bienvenido y le manifiesta que quiere irse de la empresa.

"112

w

g g

CUARTO.- *El 26-12-2019 la demandante denuncia lo ocurrido en el buzón ético de la empresa a través del correo del Sr. Higinio y se inicia un expediente de averiguación de lo ocurrido en el que el Sr. Bienvenido realiza las alegaciones que obran al documento 4 de la prueba de la demandada y que se dan por reproducidas.*

El expediente finaliza con la resolución de su instructor de 8-1-2020 en la que da por acreditado que el Sr. Bienvenido dirige a la Sra. Alicia comentarios de índole sexual en términos inadecuados e in consentidos proponiendo se adopten las medidas disciplinarias que procedan y que se concretan en la carta referida en el hecho 2º probado.

QUINTO.- *Consta celebrado acto de conciliación ante el SMAC."*

TERCERO: En dicha sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva:

" Desestimo la demanda formulada por D. Bienvenido, declaro la procedencia del despido realizado el 10/01/2020 y absuelvo a la mercantil AMARA S.A de las pretensiones en su contra".

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por la parte D./Dña. Bienvenido, formalizándolo posteriormente; tal recurso objeto de impugnación por la contraparte.

QUINTO: Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, en unión de la pieza separada de recurso de suplicación, a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en esta Sección en fecha 23/09/2020, dictándose la correspondiente y subsiguiente providencia para su tramitación en forma.

SEXTO: Nombrado Magistrado-Ponente, se dispuso el pase de los autos al mismo para su conocimiento y estudio, señalándose el día 24/11/2020 para los actos de votación y fallo.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO



PRIMERO: La sentencia explica las razones de su convicción probatoria en los FD 2º y 3º que dicen: << SEGUNDO.- El art. 4.2.e) ET garantiza a los trabajadores el respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad, comprendida la protección frente al acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, y frente al acoso sexual y al acoso por razón de sexo.

Los episodios que pudieran calificarse de constitutivos de acoso sexual se llevan a cabo en situaciones en las que acosador y víctima se encuentran solos los dos, de modo que su acreditación encuentra especiales dificultades ya que en muchas ocasiones es sólo la versión de la víctima el dato fáctico con el que se cuenta para llegar a la conclusión judicial de lo que pudo haber sucedido.

Es por ello que en estos casos, siendo la palabra de la víctima el elemento esencial para determinar lo acaecido, su credibilidad debe inferirse de toda otra serie de datos contextuales que se ofrezcan en la prueba con el fin de proporcionar al juzgador el convencimiento de su narración. Obvio es que en esa tarea lo manifestado por la víctima debe ser contrastado con la versión fáctica del presunto acosador, versión que también se acompaña con los datos contextuales oportunos.

En el presente caso este juzgador llega al convencimiento pleno de la veracidad de la narración fáctica ofrecida por la Sra. Alicia por las siguientes razones al valorar la prueba que se ha practicado:

Existe una identidad del relato ofrecido por ella en la denuncia que de los hechos realiza y en la versión que de ellos lleva a cabo en el acto de juicio donde sin titubeos narra lo acontecido cuando se encontraba a solas con el actor en el espacio que se empleaba para fumar en las instalaciones del Hotel Auditorium

* Esa identidad se extiende además al relato de cómo se desarrollaron de los acontecimientos

Dicho relato coincide parcialmente con las propias manifestaciones realizadas por el actor en su escrito de descargo en el expediente instruido donde reconoce sin ambages la conversación, el sitio donde tuvo lugar, el objeto de la misma y que en su transcurso le dijo en tono jocoso no recuerda que "si está muy guapa o muy buena". También reconoce el comentario referido a que el personal de almacén iba a seguir la fiesta en la 304 o 306.

El relato de la Sra. Alicia es a su vez coherente con un hecho inmediato que se encuentra con el Sr. Higinio cuando entraba en el hotel saliendo del lugar de fumar y que éste la ve alterada y al preguntarle, le comenta que el demandante le ha tocado el culo, le ha dicho que estaba muy buena y que por ello quiere irse de la empresa.

El relato de nuevo se confirma con la denuncia que el 26-12-2019 sólo siete días después y mediando la navidad, realiza la Sra. Alicia a través del correo del Sr. Higinio, contando los mismos acontecimientos.

Las manifestaciones del actor en su defensa en juicio en relación a lo acaecido y su contextualización se basan en dos apreciaciones subjetivas sobre la relevancia de lo ocurrido que se califica de una conversación trivial en la que aun reconociendo que le hubiera dicho que estaba muy guapa o muy buena (ambas adjetivaciones se emplean), la conducta del actor era irrelevante, negando haber intentado tocarle el culo y no dando importancia a la referencia a la habitación 304 dado que se trataba de una broma que tuvo su origen en el cóctel del año anterior y referida a que de esa habitación disponía un compañero y hablaron de seguir en ella la fiesta.

A los efectos de banalizar lo ocurrido se alega que en el hotel no existe ninguna habitación en esa numeración y así lo acredita el documento 9 de su prueba.

Ponderadas ambas narraciones como se ha indicado, a este juzgador le ofrece mayor credibilidad la de la Sra. Alicia por las razones que se acaban de expresar y por cuanto no se desvirtúan por la narración del actor.

No sólo por la parcial coincidencia de ambas sino porque datos como el referido a la pretendida broma de la habitación 304 no pudo así haber sido percibida por la Sra. Alicia que sólo llevaba tres meses en la empresa y por tanto desconocía el pretendido significado que dice el actor, y los testigos que aporta, se daba a esa expresión de seguir la fiesta en la habitación 304. En el contexto en el que la frase se dice tras haberle dicho a la Sra. Alicia que estaba muy buena y haber intentado e incluso conseguido tocarle el culo, sólo puede interpretarse como una directa y clara invitación a que la Sra. Alicia aceptara la proposición sexual a la que le invitaba su jefe directo.

TERCERO.- Siendo estos los hechos que se consideran acreditados, y no meras sensaciones como esgrimió la defensa del demandante, queda por determinar si son constitutivos de un incumplimiento grave de los deberes laborales al punto de justificar el despido.

La barrera entre el cortejo y el acoso sexual no es diáfana y menos cuando en muchas situaciones se pretende socialmente a través de lo que se califica como "políticamente correcto" imponer una nueva censura a los comportamientos de las personas en el ejercicio de su libertad.

Para calificar lo ocurrido en este caso como simple cortejo en el ejercicio de la libertad individual de las personas concernidas o acoso sexual debe tenerse en consideración en primer y esencial lugar si la Sra. Alicia



se sintió cortejada o acosada y en segundo lugar debe valorarse la relación interpersonal que la Sra. Alicia y el Sr. Bienvenido .

- No se aprecia dato alguno del que inferir que la Sra. Alicia se hubiera sentido

simplemente cortejada ni menos que lo hubiera admitido. No consta que ella pronunciara palabra o gesto alguno del que deducir que aceptaba el cortejo, antes al contrario indica con claridad que el actor intentó tocarle el culo en varias ocasiones y ella se apartaba. Pese a ello se le realiza una proposición clara: seguir la fiesta en la habitación 304. Estos acontecimientos tienen lugar en una relación interpersonal desigual. La Sra. Alicia llevaba tres meses en la empresa y era moza de almacén . El Sr. Bienvenido lleva en la empresa desde 1990 es jefe de almacen y por tanto, como quedó también acreditado, su jefe directo. No era sencillo en este contexto para la Sra. Alicia que tomara medidas aún más expeditivas de las que tomó que se consideran suficientes para acreditar sin duda su rechazo palmario a la situación propuesta por su jefe inmediato.

Frente a la sentencia se alza el actor en suplicación articulando en primer lugar y por el 193 b) de la Ley 36/2011 un motivo fáctico por el que pretende revisar el hecho probado 3º que ha de rechazarse al confundirse con su articulación estaalzada extraordinaria con una especie de segunda instancia o apelación.

La Ley encomienda la fijación de los hechos probados al Juez "a quo" (art. 97.2 L.R.J.S.) en coherencia con la circunstancia de que ante él se practican las pruebas y que en él se residen las competencias heurísticas para indagar la verdad material sin sujeción o con sujeción relativa a la actividad de las partes (art. 88, 92.1, 93.2, 95, etc. L.R.J.S.). El recurso de suplicación no es por ello una segunda instancia sino un recurso extraordinario de cognitio limitada, lo que se manifiesta especialmente en materia probatoria pues sólo puede combatirse el relato fáctico de la sentencia "a la vista de las pruebas documentales y periciales practicadas" (art. 193 b) de la citada Ley) lo que significa la indicación de una prueba documental indubitada o de una pericial objetiva y convincente que por sí misma, sin necesidad de hipótesis o conjeturas -ya que la prueba indiciaria no está citada en el precepto- y sin estar contradichos por otros medios probatorios -ya que el 193 b) de la L.R.J.S., veda la técnica de apreciación global o conjunta- evidencien el error del juzgador.

No puede pretender pues el recurrente la supresión de un hecho probado por entenderlo huérfano de prueba -pues eso presupone la facultad de examinarla toda, lo que incluye los elementos de convicción formados en la propia inmediatividad del juicio oral, lo que no es posible- debe indicar el sentido de la corrección de modo individualizado -pues no es el Tribunal sino la parte la que recurre- y ésta debe tener transcendencia jurídica, aunque sea extraprocésal, pues de lo contrario no se tutelaría ningún "interés" con el recurso.

Así se pretenden valorar de manera distinta a como lo hace el juez a quo las declaraciones del actor y su compañera, sin acreditar error alguno en la pormenorizada convicción judicial que detalla el FD 2º que ya recoge el dato de la inexistencia de habilitación en el hotel con la numeración 303 o 304.

Por el mismo cauce revisorio se pretende la revisión del hecho probado 4º proponiendo una redacción puramente aclaratoria, que no modifica los datos fácticos que hace constar el juez y que resulta totalmente irrelevante para el fallo de este recurso.

SEGUNDO: Ya por el 193 c) de la LRJL se articulan tres motivos íntimamente relacionados a defenderse a su través la declaración de improcedencia del despido. En el mencionado como tercero se denuncia la infracción del art. 4.2 del ET entendiendo que no puede reputarse acoso la conducta del actor por una circunstancia que concreta: 1-Ausencia de contexto laboral; 2- Ausencia de tensión, intimidación y hostilidad; 3- Ausencia de clima hostil e intimidatorio; 4- Inexistencia de petición de favores sexuales y 5- Inexistencia de efectos psicológicos en la trabajadora. Este alegato parte del error de base de suponer aceptada la versión fáctica que ha intentado introducir como motivo 1º, que hemos rechazado.

El motivo 4º alega la vulneración del art. 7.1 de la LO 3/2007 por entender que el relato fáctico no permite hablar de acoso sexual en el sentido de la definición legal y en el último motivo se alega la vulneración del art. 54.1 g) del ET en relación con el 30 del Convenio del Metal entendiendo de aplicación la doctrina gradualista, tanto atendiendo a las particularidades del caso (destacando que fue la trabajadora la que se dirigió al actor para conversar y quien puso fin a la conversación y la inexistencia por ello de perturbación psicológica) y a las de la larga duración de la relación laboral del actor durante la que no ha sido sancionado nunca con anterioridad.

Hemos de partir al efecto del relato fáctico contenido en la sentencia del que se desprende el contexto laboral en el que se produjeron los hechos pues el encuentro de los protagonistas fue con ocasión de un evento laboral y lo desencadenó un tema laboral como es la pregunta sobre la satisfacción del rendimiento en el trabajo que la subordinada, recién incorporada a la empresa, le dirige a su jefe, pregunta que obviamente responde a la preocupación por las expectativas futuras en la empresa.



En segundo lugar se evidencia un abuso de superioridad por el actor de su situación jerárquica en la empresa al utilizar la preocupación profesional de la actora para establecer un contacto físico con ella de carácter objetivamente libidinoso y al que difícilmente se hubiese atrevido sin la protección psicológica de la jerarquía laboral directa, insistiendo en el mismo pese a la oposición física de la trabajadora.

En tercer lugar la afectación psicológica la evidencia el hecho inmediato de la conversación con su otro jefe, el Sr. Higinio, al que manifiesta su intención de irse de la empresa tras el incidente, una intención que resume la respuesta que el actor había dado a la inquietud profesional que le había manifestado. Como resalta la sentencia no se trata de una situación de cortejo sino de aprovechamiento de la superioridad jerárquica laboral para superar la barrera de intimidad física de la trabajadora. Y no puede reprocharse a la empresa la infracción del principio de proporcionalidad pues la alternativa de una sanción inferior al despido hubiera originado un problema de convivencia laboral que supondría una desprotección de la trabajadora que ya había anunciado su intención de desistir del contrato ante el comportamiento de su jefe. La empresa debe proteger a la víctima y no al acosador. Se trata del principio cardinal de la actuación de todo poder social con potestad para resolver este tipo de conflictos que origina la humana convivencia. Y la misma directriz ha de seguir el poder judicial.

Se rechaza el recurso.

VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

FALLAMOS

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso interpuesto por el/la LETRADO D./Dña. GABINA MARTIN MARTIN en nombre y representación de D./Dña. Bienvenido, contra la sentencia de fecha 11/06/2020 dictada por el Juzgado de lo Social nº 33 de Madrid en sus autos número Despidos / Ceses en general 185/2020, seguidos a instancia de D./Dña. Bienvenido frente a AMARA SA, en reclamación por Despido y, en consecuencia, debemos confirmar y confirmamos la sentencia de instancia. Sin costas.

Incorpórese el original de esta sentencia, por su orden, al Libro de Sentencias de esta Sección de Sala.

Expídanse certificaciones de esta sentencia para su unión a la pieza separada o rollo de suplicación, que se archivarán en este Tribunal, y a los autos principales.

Notifíquese la presente sentencia a las partes y a la Fiscalía de este Tribunal Superior de Justicia.

MODO DE IMPUGNACIÓN: Se hace saber a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de casación para la unificación de doctrina que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala de lo Social dentro del improrrogable plazo de DIEZ DÍAS hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de esta sentencia. Siendo requisito necesario que en dicho plazo se nombre al letrado que ha de interponerlo. Igualmente será requisito necesario que el recurrente que no tenga la condición de trabajador, causahabiente suyo o beneficiario del Régimen Público de la Seguridad Social o no gozare del derecho de asistencia jurídica gratuita, acredite ante esta Sala al tiempo de preparar el recurso haber depositado 600 euros, conforme al artículo 229 de la LRJS, y consignado el importe de la condena cuando proceda, presentando resguardos acreditativos de haber efectuado ambos ingresos, separadamente en la cuenta corriente nº 2828- 0000-00-0483-20 que esta sección tiene abierta en BANCO DE SANTANDER sita en PS. del General Martínez Campos, 35; 28010 Madrid, pudiendo en su caso sustituir la consignación de la condena en metálico por el aseguramiento de la misma mediante el correspondiente aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por la entidad de crédito (art.230.1 L.R.J.S).

Se puede realizar el ingreso por transferencia bancaria desde una cuenta corriente abierta en cualquier entidad bancaria distinta de BANCO DE SANTANDER. Para ello ha de seguir todos los pasos siguientes:

Emitir la transferencia a la cuenta bancaria siguiente: IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274. En el campo ordenante, se indicará como mínimo el nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso y si es posible, el nif /cif de la misma. En el campo beneficiario, se identificará al juzgado o tribunal que ordena el ingreso. En el campo "observaciones o concepto de la transferencia", se consignarán los 16 dígitos que corresponden al procedimiento 2828-0000- 00-0483-20.

Una vez adquiera firmeza la presente sentencia, devuélvanse los autos originales al Juzgado de lo Social de su procedencia, dejando de ello debida nota en los Libros de esta Sección de Sala.

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

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con



pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ