

Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de Granada, Sala de lo Social, Sentencia 770/2018 de 22 Mar. 2018, Rec. 2362/2017

Ponente: Fernández López, Rafael.

Nº de Sentencia: 770/2018

Nº de Recurso: 2362/2017

Jurisdicción: SOCIAL

Se declara improcedente el despido de un trabajador que acosó sexualmente a su superiora, porque se produjo fuera del trabajo

DESPIDO DISCIPLINARIO. ACOSO SEXUAL. Trabajador que acorrala a otra empleada, hija de los dueños y superior jerárquica, diciéndole expresiones sexuales cuando salía de dejar a su hijo en el colegio. Ha sido condenado por delito de coacciones, pero en el ámbito laboral, el despido es improcedente porque la situación de acoso ha sido fuera del centro y del tiempo de trabajo. El poder de dirección del empresario no puede abarcar estos ámbitos externos a la relación laboral.

El TSJ Andalucía desestima el recurso de suplicación interpuesto por la empresa, y confirma la improcedencia del despido disciplinario por acoso sexual.

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA

CON SEDE EN GRANADA

SALA DE LO SOCIAL

AMS

SENT. NÚM. 770/18

ILTMO. SR. D. JOSÉ MANUEL GONZÁLEZ VIÑAS

PRESIDENTE

ILTMO. SR. D. JORGE LUIS FERRER GONZÁLEZ

ILTMO. SR. D. RAFAEL FERNÁNDEZ LÓPEZ

MAGISTRADOS

En la ciudad de Granada, a 22 de marzo de 2018

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

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación núm. **2362/17**, interpuesto por **HERMANOS ESCOBAR REYES SL** contra Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 2 de ALMERÍA, en fecha 27 de abril de 2017, en Autos núm. 690/2016, ha sido Ponente el Iltmo. Sr. Magistrado **D. RAFAEL FERNÁNDEZ LÓPEZ**.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- En el Juzgado de referencia tuvo entrada demanda interpuesta por D. Carmelo en reclamación de DESPIDO, contra HERMANOS ESCOBAR REYES S.L. Y NORIAS NATURE S.L. y admitida a trámite y celebrado juicio se dictó sentencia en fecha 27 de abril de 2017, por la que se estimaba la demanda.

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

" **1.-** El actor, D. Carmelo, mayor de edad, con NIE núm. NUM000, ha venido prestando sus servicios para la empresa HERMANOS ESCOBAR REYES S.L. dedicada a la actividad de envasado y manipulado de frutas y hortalizas desde el 17/10/2006, en el centro de trabajo sito en Carretera de La Mojonera nº 239, Las Norias, El Ejido (Almería) con la categoría profesional de mozo de almacén, en virtud de contrato a tiempo completo y percibiendo un salario de 38,45 euros/día incluida la parte proporcional de pagas extraordinarias, no ostentado cargo de representación sindical alguno (documental y no controvertido).

A la relación laboral le es de aplicación el Convenio Colectivo de Envasado y Manipulado de Frutas y Hortalizas de Almería (BOP 10 de noviembre de 2016)

2.- En fecha 10 de junio de 2016 la empresa demandada comunicó al actor su despido por motivos disciplinarios.

La carta que le fue entregada al actor y comunicada a los representantes sindicales (documento 1 de la demanda) era del siguiente tenor literal:

"De conformidad con lo dispuesto en el Artículo 55.1 del Estatuto de los Trabajadores, pongo formalmente en su conocimiento la decisión adoptada por esta empresa de proceder a su despido, el cual surtirá plenos efectos en el día de hoy, en el que se le entrega la presente notificación, procediendo a efectuar su baja en la Seguridad Social.

El motivo concreto en el que se fundamenta el despido que se lleva a cabo con la presente notificación es el establecido en el Artículo 43.k del Convenio Colectivo de manipulado y envasado de frutas, hortalizas y flores de Almería, en el cual queda calificado como falta muy grave "El acoso sexual". Así como de lo dispuesto en el artículo 54.1 y 54.2c) del Estatuto de los Trabajadores, al considerar como incumplimiento contractual grave y culpable "Las ofensas verbales o físicas al empresario o a las personas que trabajan en la empresa o a los familiares que convivan con ellos" y el artículo 54.2.d) del Estatuto de los Trabajadores, en cuanto a la transgresión de la buena contractual que suponen los hechos cometidos.

La sanción impuesta trae causa de los hechos acaecidos en fecha de ayer, a las 09:05 horas de la mañana, en la vía urbana Paseo de Las Mimosas, donde se ubica el Centro Liceo Mediterráneo de El Ejido (Almería). Momento en el cual, usted se ha dirigido a la Sra Asunción (a la que usted conoce perfectamente, puesto que es empleada en la Empresa Hermanos Escobar Reyes en la que Vd trabaja desde hace diez años y superior de Vd como Directora del Departamento Comercial) agarrándose a la ventanilla del vehículo en el que ella se encontraba, de forma poco decorosa, en los siguientes términos: "QUE GUAPA ESTÁS, VENDE CONMIGO, NO TE VAYAS". Impidiendo incluso el tránsito de la Sra. Asunción.

A ello la Sra. Asunción ha hecho caso omiso y le ha pedido por favor que la "dejara en paz". A pesar de su petición expresa, usted, mientras continuaba agarrado a la ventanilla de su vehículo, no solo no ha depuesto su actitud, sino que ha continuado de forma insistente, impidiendo la circulación del vehículo y volviéndole a manifestar: "MADRE MÍA COMO ESTÁS, VENDE CONMIGO", a la vez que deja caer un papel con el número de teléfono NUM001. La Sra. Asunción, ante la violencia de la situación, debe forzar el vehículo marcha atrás para poder escapar del lugar.

Los hechos descritos, le han provocado además, una fuerte crisis de ansiedad que ha precisado de tratamiento médico y farmacológico.

Tal y como puede deducir de lo expuesto, su comportamiento hacia su propia superior, además de compañera de trabajo, se traduce en una práctica no sólo poco profesional sino en una situación manifiestamente ofensiva y absolutamente reprochable, sobre la cual, la empresa se reserva el derecho al ejercicio de las acciones pertinentes.

De conformidad con el Artículo 44.c) del presente Convenio Colectivo, la dirección de la empresa puede imponer la sanción en su grado máximo si así lo estima.

De la presente comunicación se da traslado a la representación de los trabajadores.

Queda a su disposición la liquidación económica que le corresponde por salarios pendientes de pago y finiquito".

3.- El día 9 de junio de 2016 sobre las 09:05 horas Felisa, hija de los dueños de la mercantil HERMANOS ESCOBAR REYES S.L. y hermana del legal representante de la misma D. Mariano, tras dejar a su hijo en el colegio Centro Liceo Mediterráneo sito en Paseo de Las Mimosas de El Ejido (Almería), procedió a introducirse en su vehículo aparcado en las inmediaciones del centro para marcharse cuando, de repente, apareció D. Carmelo, quien agarrándose a la ventanilla del vehículo introdujo parcialmente la cabeza al tiempo que le decía: "Madre mía, que guapa estas, vente conmigo, no te vayas", impidiendo a Felisa poder circular y no haciendo caso a los requerimientos de ésta que le decía que la dejara en paz, insistiendo en que se fuera con él, dejando caer en el interior del vehículo un papel con un número de teléfono, no soltando el vehículo ni abandonando el lugar hasta que se acercó el padre de otro alumno del centro escolar, momento en el que Carmelo se marchó.

A consecuencia de los hechos descritos Felisa sufrió una crisis de ansiedad y en compañía de su marido sobre las 11 horas de la mañana acudió al centro de trabajo para explicar lo sucedido a su hermano, representante legal de la empresa. Al llegar al centro de trabajo se percató de que en las inmediaciones estaba el vehículo del actor, situación que agravó la crisis de ansiedad que ya presentaba, teniendo que trasladarse al centro de salud de Las Norias, El Ejido, y procediendo a continuación a interponer denuncia ante la Policía Nacional (testifical de Felisa y documento 1 de la demandada)

4.- Tramitada la denuncia se incoó por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 2 de El Ejido los autos de Juicio Inmediato por Delito Leve nº 30/2016, dictando el referido Juzgado Sentencia en fecha 14 de junio de 2016, documento 2 de la demandada cuyo contenido se da por reproducido.

El Fallo de la Sentencia era del siguiente tenor literal: "Que debo condenar y condeno a Carmelo como autor responsable de una DELITO LEVE DE COACCIONES del art. 172.3 del Código Penal, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de un mes de multa a razón de una cuota diaria de 4 euros, los que hace un total de 120 €, con responsabilidad penal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas de multa no satisfechas y costas. Y debo absolver y absuelvo a Carmelo del delito de acoso del que venía siendo acusado, declarando de oficio las costas de este pronunciamiento".

5.- Intentada la preceptiva conciliación ante el CMAC en fecha 5/07/2016, la misma concluyó con el resultado de sin avenencia (documento 2 de la demanda).

6.- En el acto del juicio la parte actora desistió de la demanda interpuesta frente a la mercantil NORIAS NATURE S.L., manteniendo su demanda frente a la codemandada HERMANOS ESCOBAR REYES S.L. "

Tercero.- Notificada la sentencia a las partes, se anunció recurso de suplicación contra la misma por HERMANOS ESCOBAR REYES SL, recurso que posteriormente formalizó, 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 JURIDICOS

PRIMERO.- : Se interpone recurso de suplicación al amparo del apartado c) del artículo 193 de la LRJS , precepto, que interpretado a luz del artículo 194 del mismo cuerpo legal, obliga no sólo a que se deba citar con precisión y claridad el precepto (constitucional, legal reglamentario, convencional o cláusula contractual) que estima infringido, concretando si tal infracción lo es por interpretación errónea, aplicación indebida o inaplicación, sino que además obliga que se argumente suficiente y adecuadamente las razones que crea le asisten para así afirmarlo, explicando en derecho exactamente las causas y alcance de la censura jurídica pretendida, de forma que haga posible que la Sala pueda resolver (principio de congruencia) y que la parte recurrida pueda defenderse de los motivos que constan en el recurso (principios de tutela judicial efectiva y contradicción).

SEGUNDO.- : La parte recurrente articula su recurso alegando en concreto que incurre la sentencia impugnada en infracción, por no aplicación, del artículo 47.k) del Convenio Colectivo de Trabajo del Sector de Manipulado y Envasado de Frutas, Hortalizas y Flores de Almería (BOP de 10.11.2016), así como del artículo 54.1.g) del Estatuto de los Trabajadores y el artículo 4.2.e) del mismo estatuto, al entender que acreditada la producción de una situación de acoso sexual por parte del trabajador despedido a otra empleada y superior jerárquica, el hecho de su producción fuera del centro y tiempo de trabajo no es óbice para su consideración como causa de despido disciplinario, habida cuenta la gravedad de la conducta, el lazo laboral que une a las partes y la necesidad de no desamparar a las

víctimas y de no proteger al agresor de forma injusta.

Al respecto, el artículo 4.2.e) del ET establece que en la relación de trabajo, los trabajadores tendrán, entre otros, derecho "al 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", siendo en consonancia causa de despido disciplinario, conforme al artículo 54.1.g) del mismo Estatuto, "el acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual y el acoso sexual o por razón de sexo al empresario o a las personas que trabajan en la empresa".

Por su parte, el artículo 47.k) del indicado Convenio de aplicación califica como falta muy grave el acoso sexual.

Pues bien, partiendo del inalterado relato de hechos probados el recurso que nos ocupa disiente de la valoración jurídica efectuada por la sentencia impugnada de la conducta enjuiciada, que *declara improcedente el despido del trabajador por no estimar encuadrable su comportamiento en la causa prevista en el artículo 54.1.g) del ET ni en la correspondiente falta muy grave por acoso sexual prevista en el citado Convenio, en concreto por haber tenido lugar los hechos relatados en la carta de despido fuera del ámbito laboral.*

En relación con dicha causa de despido, este TSJA, en su sentencia de la Sala de Sevilla de 22.9.2009, ya refería que "para que exista un acoso sexual ambientalmente constitucionalmente recusable ha de exteriorizarse, en primer lugar, una conducta de tal talante por medio de un comportamiento físico o verbal manifestado, en actos, gestos o palabras, comportamiento que además se perciba como indeseado e indeseable por su víctima o destinataria, y que, finalmente, sea grave, capaz de crear un clima radicalmente odioso e ingrato, gravedad que se erige en elemento importante del concepto. En efecto, la prohibición del acoso no pretende en absoluto un medio laboral aséptico y totalmente ajeno a tal dimensión de la persona, sino exclusivamente eliminar aquellas conductas que generen, objetivamente, y no sólo para la acosada, un ambiente en el trabajo hosco e incómodo. En tal sentido, la práctica judicial de otros países pone de manifiesto que ese carácter hostil no puede depender tan sólo de la sensibilidad de la víctima de la agresión libidinosa, aun cuando sea muy de tener en cuenta, sino que debe ser ponderado objetivamente, atendiendo al conjunto de las circunstancias concurrentes en cada caso, como la intensidad de la conducta, su reiteración, si se han producido contactos corporales humillantes o sólo un amago o quedó en licencias o excesos verbales y si el comportamiento ha afectado al cumplimiento de la prestación laboral, siendo por otra parte relevantes los efectos sobre el equilibrio psicológico de la víctima para determinar si encontró opresivo el ambiente en el trabajo. Así, fuera de tal concepto quedarían aquellas conductas que sean fruto de una relación libremente asumida, vale decir previamente deseadas y, en cualquier caso, consentidas o, al menos, toleradas".

De lo anterior cabe deducir que el acoso sexual, como modalidad agravada de las ofensas verbales o físicas al empresario o a las personas que trabajan en la empresa, parte del propio ámbito laboral como causa y lugar de realización de las conductas, de modo que mediante el aprovechamiento de dicho espacio de convivencia o con ocasión de las relaciones personales que se producen en el mismo, se efectúan conductas atentatorias contra la integridad sexual del empresario u otros trabajadores, ya sea mediante la utilización de expresiones o propuestas libidinosas o la realización de tocamientos o actos lúbricos no consentidos.

En este orden de cosas, como se expuso en la STSJ de Castilla-La Mancha de 18.9.2006, en relación con la genérica causa de despido de las ofensas verbales o físicas al empresario o a otros trabajadores, aplicable a la causa específica del acoso sexual que nos ocupa, que "Con la sanción de ese tipo de conductas se trata de proteger la disciplina jerárquica-laboral, la convivencia, la armonía y el respeto mutuo en que deben desarrollarse las relaciones personales entre los integrantes de la empresa, por la obligada comunidad que el trabajo crea en quienes participan en la producción y, finalmente, también se ofrece protección a la dignidad de la persona, derecho fundamental de todos los componentes de la relación laboral, constituyendo tanto un derecho como un deber básico para el trabajador, que debe respetarlo obligatoriamente. Por ello, las ofensas verbales o físicas para que constituyan una conducta sancionada con el despido tienen que estar relacionadas con el contrato de trabajo, esto es, el conflicto debe traer necesariamente su causa en la relación laboral, y no en aspectos particulares o ajenos a la misma, de modo que si se originan fuera del trabajo y se causan por razones ajenas al mismo, no existe fundamento suficiente para convalidar la decisión extintiva disciplinaria".

En suma, *las ofensas, y como supuesto agravado de las mismas el propio acoso sexual, deben producirse en el*

contexto de la relación laboral, puesto que si se producen fuera del lugar de trabajo y sin relación con el mismo el empresario carece de legitimación para utilizar su poder disciplinario, que únicamente deriva del contrato de trabajo y tiene por objeto proteger sus específicos intereses como empleador.

En el presente caso, en atención al momento y lugar en el que constan producidos los hechos relatados en la carta de despido, a saber, en la vía pública a primera hora de la mañana y tras dejar la trabajadora a su hijo en el colegio, no existe relación temporal o espacial entre la conducta vejatoria del demandante y la relación laboral compartida, al margen, como se pone de manifiesto en la sentencia impugnada, del mero conocimiento entre ambos generado en el centro de trabajo, sin que pueda deducirse de dicha sola circunstancia que la referida extralimitación tuvo lugar con ocasión del trabajo o con aprovechamiento de la prestación laboral.

Del mismo modo, la referida ajениdad al ámbito laboral impide sancionar la citada conducta conforme al artículo 47 del Convenio de aplicación, al exigir que las infracciones sean constitutivas de un incumplimiento contractual culpable del trabajador, tal y como se razona en la sentencia impugnada.

A mayor abundamiento, no puede deducirse la aplicación de un criterio contrario al expuesto en las sentencias de los Tribunales Superiores aludidas en el escrito de recurso, por cuanto como se argumenta en la impugnación del mismo, tanto en la sentencia del TSJ de Galicia de 7.5.2002 como en la de Valencia de 2.3.2009, las conductas enjuiciadas se realizaron bien con motivo de la relación laboral, al exigirse a la trabajadora que accediera a sus propuestas "si quería que no la cesaran", o en tiempo y lugar de trabajo, a saber, "cuando la trabajadora estaba a solas dentro de la empresa o en su puesto de trabajo".

Por todo lo expuesto y en atención al carácter ajeno a la relación laboral de la conducta descrita en la carta de despido, la misma queda al margen del poder de dirección del empresario, lo que no significa en modo alguno la impunidad del agresor, como demuestra la condena de que ha sido objeto ante la jurisdicción penal, y habiéndolo entendido así la sentencia de instancia, procede su confirmación, con desestimación íntegra del recurso que nos ocupa e imposición de las costas de suplicación a la empresa recurrente, en la suma de 300 € en concepto de honorarios de la dirección jurídica de la parte contraria.

En su virtud, vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación, por la autoridad que nos confiere la Constitución de la Nación Española y las leyes,

FALLAMOS

Que **desestimando** el recurso de suplicación interpuesto por HERMANOS ESCOBAR REYES SL contra Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 2 de ALMERÍA, en fecha 27 de abril de 2017, en Autos núm. 690/2016, seguidos a instancia de D. Carmelo, en reclamación de DESPIDO, contra HERMANOS ESCOBAR REYES S.L., debemos confirmar y confirmamos la Sentencia recurrida.

Se condena a la empresa recurrente a la pérdida del Depósito y Consignación efectuados para recurrir, a los que se dará su destino legal, así como al abono de los honorarios del Letrado impugnante de su recurso en cuantía de trescientos euros.

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 Oficina C/ Reyes Católicos, 36 de esta Capital con núm. 1758.0000.80.<ROLLO>. 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.<ROLLO>. 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.

PUBLICACIÓN:

La anterior sentencia ha sido leída y publicada en el día de su fecha por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente, de lo que doy fe.