

4.- SENTENCIA DE 6 DE MARZO DE 2017, RECURSO 1648/17.

En Las Palmas de Gran Canaria, a 6 de marzo de 2018.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de CANARIAS en Las Palmas de Gran Canaria formada por los Ilmos. Sres. Magistrados D./Dña. HUMBERTO GUADALUPE HERNÁNDEZ, D./Dña. MARÍA JESÚS GARCÍA HERNÁNDEZ y D./Dña. MARINA MAS CARRILLO, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el Recurso de Suplicación núm. 0001648/2017, interpuesto por D./Dña. FUERT CAN SL, frente a Sentencia 000244/2017 del Juzgado de lo Social N° 2 con sede en Puerto del Rosario (Fuerteventura) de Puerto del Rosario los Autos N° 0000715/2016-00 en reclamación de Despido siendo Ponente el ILTMO./A. SR./A. D./Dña. MARINA MAS CARRILLO.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La única instancia del proceso se inició por demanda y terminó por sentencia, cuya relación de hechos probados es la siguiente:

“PRIMERO. El trabajador actor, don Nacho, ha venido prestando sus servicios bajo la dependencia de la empresa demandada, FUERT CAN S.L. –ésta con CNAE 5510, dedicada a la actividad económica de ‘hoteles y alojamientos similares’ (doc.2 actor)-, la cual le venía reconociendo una antigüedad de veintiuno de octubre de dos mil seis, una categoría profesional de 2º jefe de bares, y la cual le abonaba en contraprestación a sus servicios un salario mensual –con p.p. extras- en importe de 1.731,38 € brutos -56,92 €- (Hecho Primero de la demanda, conformidad expresa ambas partes).

SEGUNDO. FUERT CAN S.L. puso en conocimiento del actor su despido disciplinario mediante comunicación escrita de fecha de treinta de junio de dos mil dieciséis –efectos en la misma fecha- en los siguientes términos que cabe recoger, ‘...decisión irrevocable de proceder a la extinción de su relación laboral con ésta empresa por despido disciplinario, al amparo del artículo 54, apartado g y d del vigente...Estatuto de los Trabajadores...HECHOS QUE MOTIVAN SU DESPIDO EL pasado 27 de junio a las 10:56 horas A.M., JJ como Jefe de Bares de su Dpto., informa al Director de Explotación, AA de los hechos que se detallarán a continuación, dada la gravedad de los mismos, con carácter inmediato, se informó a la Dirección de RRHH a los efectos de que se procediera a la apertura de los procedimientos pertinentes al respecto. La Trabajadora en un estado de ansiedad considerable, manifiesta a la Dirección de RRHH que se siente acosada por usted, ante tal situación se inicia a instancia de la misma el Protocolo de actuación de Acoso en la empresa. Se comunica a la presidenta del Comité de Igualdad GG...el inicio del mencionado protocolo, con sus correspondientes actuaciones. Debido al estado de angustia mostrado por la afectada se procede a enviar a la misma al CEM para ser valorada por el Doctor CC...informe que pasa a formar parte del

protocolo aperturado. Las manifestaciones de la trabajadora son las siguientes: Desde el inicio de la relación laboral sufre “bromas” de carácter sexual con manifestaciones verbales haciendo referencia a su físico especialmente hacia su trasero, expresándole ella que no le gustan esas bromitas. A raíz de las vacaciones del Jefe de Bares JJ, vacaciones disfrutadas del 1 de mayo al 29 de mayo del actual, quedando usted como responsable, se intensifica el acoso que la trabajadora siente, de tal manera que comienzan cachetadas en trasero, rozamientos en barra comentarios “si estuviese soltero estaríamos desgastados” y proposiciones de ir al office “a hacerlo”. El Domingo 12 de junio a las 8:45 horas aproximadamente, llevaba la chica la barqueta de los vasos al lavavajillas y usted entró, cerró la puerta cogiéndola de la costura de la falda acercándola y comenzando a besarle el cuello, a lo que ella le empujó retirándolo. A partir de ese momento utilizando su jerarquía superior comenzaron las amenazas de cambios de turnos, comentarios de que no servía para nada y que no sacaba el trabajo. JJ...su Jefe de Departamento hace una semana, y en vista de la mala cara de la chica y de una reacción que vio a lo lejos de ella retirándose asustada de usted, tras usted hacerle algún comentario, la llamó para preguntarle qué ocurría, ILMA se echó a llorar y le comentó la situación ante lo que él le dijo que no lo tenía que permitir, y ella le dijo que no quería hacer nada que su novio no sabía nada y que si decía algo ya no la iban a contratar en ningún hotel. Debido a su estado de ánimos su pareja le insistía en qué estaba pasando y el Domingo 26 de junio le contó la situación, ante lo cual él le dijo que tenía que informar a sus superiores y sino él pondría remedio. El lunes 27 por la mañana la trabajadora decide denunciar ante la dirección de la empresa el acoso que está sufriendo. Se procede a coger testimonio a los trabajadores/as que coinciden en el turno de ella. AA...Manifiesta que continuamente hace comentarios de carácter sexual a casi todas las trabajadoras pero que con algunas se pasa más que con otras y que con ILMA si ha presencia actuaciones de dejarle pasar y cogerle la cadera y escucharle comentarios tipo “Mira que buena que está...RR...Confirmar la situación que está viviendo ILMA y declara haber escuchado amenazas de cambio de turno y comentarios “Vas a salir a las 11:30 para yo ver cómo mueves el culo” Ha presenciado como las fotos que tiene la chica en el Facebook la ha mostrado a compañeros (A de bares y M de cocina) haciendo referencia a lo buena que está. EE...Declara Haber visto y escuchado el acoso a ILMA incluso amenazas por parte de él aprovechando su jefatura en el momento en que ella le paraba los pies. De cambios de turnos y horarios. La Dirección de RRHH junto MM como miembro del comité de igualdad y liberada sindicalmente, procedemos a escuchar su versión de los hechos. Usted niega de manera rotunda los hechos manifiesta que es simpático con todos sus subalternos y que no realiza comentarios sexuales. Que supone quién es y que la chica es inestable. Que solo realiza comentarios sexuales de las clientas con compañeros. Una vez pasada a dirección general los hechos y declaraciones, esta procede a comunicar a las autoridades competentes la situación, así como proceder al despido disciplinario ...’ (folios 4-6 actuaciones).

TERCERO. En el Auto dictado en fecha de veintinueve de marzo de dos mil diecisiete por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 1 de Puerto del Rosario en el procedimiento Diligencias Previas nº ... seguido tras denuncia formulada por doña ILMA contra el actor por un presunto delito de abusos sexuales, se recoge ‘...FUNDAMENTOS DE DERECHO PRIMERO.-...valorados los testimonios de los numerosos testigos que han declarado, testigos de una y otra parte, no se pueden extraer indicios claros de responsabilidad criminal contra el investigado y es que si tenemos en cuenta, algunos de esos testigos poseían vinculación laboral con el mismo, como en el caso de Don CC, con lo cual entendemos que sus testimonios no sean del todo objetivos e imparciales, no siendo además testigos directos de los hechos denunciados, y valorando, además que estos han supuesto el argumento del despido laboral del investigado por parte de la entidad

hotelera en la que el investigado desempeñaba su trabajo como camarero...de lo declarado por el resto de testigos, especialmente, las compañeras de trabajo del investigado y de la víctima, Doña y Doña..., particularmente, solo ha resultado claro que NACHO era en el trabajo una persona muy afectuosa, cariñosa y extrovertida y que con ILMA, la víctima, lo demostraba aún más, circunstancia ésta que de lo declarado por esta última resulta evidente, ya que ella misma, declara que al principio con NACHO iba todo bien, pero que después él se “pasaba” con ella y que esta situación le agobiaba mucho, sin embargo, se debe valorar también lo declarado por la propia víctima, cuando precisa que cree que “NACHO se enamoró y se encaprichó de ella”, pero que no es un “agresor sexual” y que lo que ella quería era que la dejase tranquila y que le diesen un toque de atención, pero no que le echasen del trabajo o que esto se llevase al vía judicial...valorando todo lo actuado de forma conjunta y racional entendemos que no existen indicios claros y contundentes de la existencia del elemento subjetivo o tendencial de la conducta investigada, es decir, un ánimo libidinoso, o propósito de obtener una satisfacción sexual...en base principalmente a las manifestaciones de la propia víctima los hechos acaecidos no revisten características de delito, debiendo ponderar el ambiente en que se han producido las situaciones denunciadas, es decir, en un contexto laboral distendido de personas jóvenes y sin obviar que, sin bien la conducta del investigado pudiera ser calificada de “agobiante” y molesta para la víctima, entendemos que podría haber sido resuelta disciplinariamente desde el punto de vista laboral, como la propia víctima ha manifestado y ha reconocido...PARTE DISPOSITIVA SE ACUERDA EL SOBRESEIMIENTO PROVISIONAL Y EL ARCHIVO DE LA PRESENTE CAUSA...’ (doc. 3 actor).

CUARTO. Doña ILMA no le comentó a su compañera doña AA personalmente que tenía ningún problema con el actor; vio que el actor decía a doña ILMA expresiones tales como ‘qué guapa eres’, ‘qué buena está’, o la cogía de la cadera; los hechos ocurrieron pocos días antes de que despidiesen al actor; el actor en alguna ocasión le dijo a doña AA ‘qué guapa era’ y no se lo tomó como que la ofendía o la acosaba, nunca la tocó ni le besó; el actor era dicharachero, bromista, a algunos trabajadores le llamaba ‘rubio’ o les tocaba la cabeza; el actor daba dos besos al llegar a todos los trabajadores, el actor se solía acercar mucho a sus compañeros de manera cariñosa (testifical de doña AA, quien comenzó a prestar servicios para la demandada hace cinco años como ayudante camarero en el departamento de bares, y quien coincidió con el actor y doña ILMA en el mismo centro de trabajo).

El actor era el segundo en la jerarquía del departamento de bares, tenía cargo de responsabilidad, daba órdenes a empleados y dirigía el trabajo; actor era un tío alegre, era persona bromista; no vio en ningún momento que el actor hiciese bromas o comentario sexuales, o bien que tocase a algún compañero con tendenciosidad sexual; doña ILMA le dijo a don JJ el veintisiete de junio de dos mil dieciséis que se sentía acosada por el actor y que quería hablar con dirección, aquella estaba desmejorada de la cara y un poco deprimida; la llevó al despacho del jefe de personal; ésta le dijo al jefe de bares lo que le había dicho la actora y que consultase con otros trabajadores para ver si sabían algo; el jefe de bares nunca tuvo constancia de ninguna queja anterior referida al actor durante toda su prestación de servicios; los turnos los fija el jefe de bares, el actor no cambió el turno injustificadamente en ninguna ocasión a doña ILMA (testifical de don JJ, quien presta servicios para la demandada aproximadamente desde hace diez años y es jefe de bares y coincidía con el actor y doña ILMA regularmente en el trabajo, y quien hablaba con el actor todos los días).

No vio ningún comportamiento constitutivo de acoso del actor sobre doña ILMA; doña RR estuvo reunida con recursos humanos una hora y media, y le expusieron comportamientos inadecuados –

expresiones como 'qué guapa estás'- del actor en otras cadenas hoteleras; que lo que le dijeron le condicionó la opinión que se formó del actor; éste es muy cariñoso y carismático, siempre intenta hablar con la gente, le gusta crear confianza fácil, tenía comportamientos tales como darse dos besos al llegar, incluso a los hombres, dar palmadas, les llamaba 'rubio'; era serio en el tema profesional; el actor y doña ILMA tenían una relación cordial y distendida, igual que aquél con el resto de compañeros; no vio que el actor besase en algún momento a doña ILMA (testifical de doña RR, quien prestó servicios intermitentes para la demandada entre noviembre 15' y abril 17' como ayudante camarera, y quien veía al actor y doña ILMA diariamente en el centro de trabajo).

El día doce de junio don SS coincidió con doña ILMA, quien entró a trabajar a las 8.30-9.00, y estuvo con ella hasta que terminó el turno a las 11.30; doña ILMA no le comentó que había sufrido un percance; no le llamó nadie de RR.HH.; el actor era un compañero normal, buen compañero, a veces bromista; a veces llegaba y le tocaba la cabeza y la espalda, e incluso le llegó a querer dar un beso; nunca escuchó al actor decir expresiones de contenido sexual a ninguna compañera (testifical de don SS, quien presta servicios para la demandada desde hace veinte años, quien coincidía con doña ILMA dos días a la semana, y quien no coincidía con el actor regularmente).

QUINTO. El trabajador actor, quien no consta que haya ostentado la condición de representante de los trabajadores, promovió acto de conciliación previa a la demanda ante el S.E.M.A.C. en fecha de veintisiete de julio de dos mil dieciséis; dicho acto, al que comparecieron ambas partes, tuvo lugar el día veinticinco de agosto de dos mil dieciséis y, a falta de acuerdo, se tuvo el mismo por celebrado sin avenencia (doc. 1 actor)."

SEGUNDO.- La parte dispositiva de la sentencia de instancia dice:

"Que ESTIMANDO la demanda formulada por DON NACHO contra la empresa FUERT CAN S.L., debo declarar y declaro IMPROCEDENTE el DESPIDO de fecha efectos de treinta de junio de dos mil dieciséis, condenando a la empresa demandada a que, en el plazo de cinco días desde la notificación de esta sentencia, opte, mediante escrito o simple comparecencia ante la secretaria de este Juzgado de lo Social, entre la readmisión del trabajador actor o el abono de una indemnización por importe de VEINTIDÓS MIL CIENTO SETENTA CON TREINTA Y CUATRO EUROS (22.170,34 €), más el abono de los salarios de tramitación desde la fecha de efectos del despido hasta la fecha de notificación de esta sentencia solo para el supuesto de optar por la readmisión del trabajador.

De conformidad con los artículos 23.1 y 23.6 de la Ley 36/2011, de diez de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social, póngase la presente resolución en conocimiento del FONDO DE GARANTÍA SALARIAL (FOGASA) a los efectos oportunos."

TERCERO.- Frente a dicha resolución se interpuso el recurso de suplicación, que fue impugnado de contrario.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la sentencia que declara la improcedencia del despido, presenta recurso de suplicación la empresa articulando dos motivos, uno solicitando la nulidad de la sentencia por infracción de normas y garantías de procedimiento por el cauce del art. 193.a) LRJS, y otro de censura jurídica por la letra c) de la misma norma.

La empresa procedió al despido del trabajador, jefe segundo de bares, por acoso sexual de una empleada que trabajaba con él en su sector, al amparo del art. 54.2.g) del ET. Tras denunciar la afectada la situación a su superior en la empresa, la dirección de la misma activó el protocolo de actuación por acoso. Llevada a cabo una investigación de los hechos, y acreditada una conducta constitutiva de acoso sexual, procedió al despido. La sentencia de instancia, pese a tener por probado que el actor dirigía a la trabajadora denunciante expresiones como “qué guapa eres”, “qué buena que estás”, o que la cogía por la cadera, interpreta que la conducta no reúne los requisitos objetivos y subjetivos para ser calificada de acoso sexual, pues no sólo no se han acreditado todos los hechos imputados en la carta de despido sino que los mismos no pueden suponer el ambiente laboral intimidatorio, hostil, humillante o degradante que exige su concurrencia. Acreditado además por prueba testifical que el actor era afable, bromista y cariñoso con todos los compañeros de uno y otro sexo, llega a la conclusión de que la conducta buscaba “la unión de sus compañeros para ayudarse mutuamente”, intentando “generar un buen clima laboral”. Tiene en cuenta que la actora nunca manifestó al actor que no la tratase con la misma cercanía o confianza con que trataba al resto de sus compañeros, lo que unido a la antigüedad del trabajador en la empresa de 2016, sin sanción en su haber, le lleva a no calificar los hechos como acoso sexual, al adolecer la conducta de la necesaria gravedad.

Ha sido impugnado de contrario por el trabajador demandante.

SEGUNDO.- En un primer motivo se solicita la nulidad de la sentencia por infracción del art. 24 de la CE, en relación con el art. 97 LRJS y art. 218 de la LEC, al no valorar el Juez de instancia el concreto medio practicado de interrogatorio de testigos, practicado en la persona de la trabajadora denunciante del acoso sexual.

Sostiene que es posible la desestimación de la demanda, dando por probados los hechos a partir del interrogatorio de la perjudicada, testimonio que es muchas de las veces el único que sustenta la imputación. Alega que la sentencia resulta totalmente contradictoria con la prueba practicada que no se valora, debe entenderse que se refiere al interrogatorio antes indicado, prueba a la que no se refiere en sus fundamentos de derecho y que, por tanto, no valora, siendo ésta una obligación del art. 97 de la LRJS.

Finalmente, denuncia incongruencia omisiva al no valorar la prueba practicada en su totalidad.

La Jurisprudencia constitucional (SSTC 155/12 de 16/07, 25/12 de 27/02) y la ordinaria (SSTS 30/04/12, Rec. 106/11; 7/10/11, Rec. 190/10; 18/11/10, Rec. 48/10) relativa a la incongruencia por defecto o ex silentio, ha establecido la siguiente doctrina, de la que nos hemos hecho eco en nuestras sentencias de 25/05/12 (Rec. 268/10), 23/05/12 (Rec. 1947/11) 30/04/12 (Rec. 44/10) y 27/04/12 (Rec. 83/10), según relato que se reproduce a partir de la dictada en el recurso n.º 648/2014 de fecha 30 de septiembre de 2014:

“ 1) Dicho vicio interno se da cuando la resolución judicial no resuelve sobre una de las pretensiones de las partes o deja sin respuesta a alguna de las cuestiones planteadas que tenga carácter esencial o fundamental para dirimir el litigio, de ahí que no se incurra en tal desviación cuando la alegación no atendida judicialmente no reúna los anteriores requisitos y se refiera a extremos de carácter puramente accesorio.

A tal efecto resulta esencial distinguir entre las alegaciones aducidas por las partes para argumentar sus pretensiones y las pretensiones en sí mismas consideradas, pues, si con respecto a las primeras puede no ser necesaria una respuesta explícita y pormenorizada a todas ellas, en relación con las segundas la exigencia de pronunciamiento judicial congruente se muestra con todo rigor, sin más posible excepción que la apreciación de que ha existido una desestimación tácita

2) Para valorar si se incurre en dicho defecto han de ponderarse en su integridad los datos fácticos y los argumentos contenidos en la fundamentación jurídica a fin de determinar si realmente ha existido una ausencia de pronunciamiento o por el contrario la pretensión o motivo de oposición han sido implícitamente desestimados de una forma razonada.

3) La estimación de que ha existido una respuesta tácita a las pretensiones deducidas en juicio, y no una omisión contraria al art. 24.1 CE, requiere que del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución judicial quepa deducir razonablemente no sólo que el órgano jurisdiccional ha valorado la pretensión formulada, sino también la “ratio decidendi” o la razón que se erige en causa de la resolución implícita.

4) No cabe apreciar incongruencia omisiva cuando la falta de respuesta judicial se refiere a pretensiones cuyo examen viene subordinado a la decisión que se adopte respecto de otras también planteadas en el proceso (o suscitadas de oficio, cuando ello es posible) que, al ser de enjuiciamiento preferente —por su naturaleza o por conexión procesal—, hacen innecesario un pronunciamiento sobre aquéllas otras.

C) La doctrina constitucional (SS 107/11, 127/08, 140/06, 42/05), y la ordinaria (STS/IV 23/12/93, Rec. 846/92; ha puesto de relieve que el mal denominado “vicio de incongruencia interna”, no hace referencia a un defecto de incongruencia que únicamente se produce cuando se constata una alteración de los términos en que fue planteada la contienda judicial, sino a los supuestos de incoherencia interna de la Sentencia, por existir un desajuste entre su fundamentación jurídica y el fallo, que se consideran lesivos del derecho a la tutela judicial efectiva en su dimensión de derecho a obtener una resolución fundada en Derecho, puesto que la contradicción entre la fundamentación y el fallo de una resolución constituye un defecto de motivación que no satisface los requerimientos constitucionales al no poder reputarse fundada en derecho una Sentencia cuya fundamentación discurre por una senda diametralmente opuesta a la del fallo y en la que se motiva lo contrario de lo que se falla.”

Como vemos, en el caso de autos no hay una incongruencia omisiva, puede haber una falta de motivación de la sentencia respecto de la prueba practicada, pero la misma no constituye una pretensión de la demanda en sí misma, como tampoco, resulta una incongruencia entre lo resuelto en el fallo y la fundamentación en derecho que lleva finalmente al Juez a tal pronunciamiento.

En cuanto a la falta de motivación es claro que la misma es una obligación que impone el art. 97. 2 de la LRJS cuando expresamente dice que “...apreciando los elementos de convicción, declarará

expresamente los hechos probados, haciendo referencia en los fundamentos de derecho a los razonamientos que le han llevado a esta conclusión”. No obstante, la doctrina sobre la necesidad de motivación de las sentencias, sintetizada en sentencia de esta Sala de de 30 de junio de 2014, recurso n.º 202/2013, explica respecto a la misma que “La necesidad de motivación fáctica no es solamente una exigencia de la legislación sino también de la Constitucional (Art. 120.3 CE) que se integra en el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva, y actúa, por un lado, para garantizar el ejercicio adecuado del derecho de defensa en juicio, y, por otro, como elemento preventivo de la arbitrariedad, aunque la misma no debe ser entendida en el sentido de que coarte la libertad del Juez en la formación de su convicción o de que le imponga una extensa y prolija redacción. Basta, en términos generales, con que la motivación fáctica sea suficiente; suficiencia que, como todo concepto indeterminado, habrá de ser precisada en cada caso concreto”. Y que ese deber se satisface cuando “en la fundamentación jurídica de la sentencia se expresan las razones por las que se ha llegado a la conclusión fáctica plasmada en el relato histórico, explicando el proceso de deducción lógica seguido para alcanzar la convicción judicial.”

En el caso de autos en el fundamento de derecho primero el Juez de instancia explica cuáles fueron las pruebas practicadas, interrogatorio de la demandada y de los testigos propuestos por ambas partes, así como la prueba documental que aportaron demandante y demandada. A continuación indica que las declaraciones de los testigos fueron valoradas conforme a las reglas de la sana crítica, teniendo en cuenta las circunstancias que en ellos concurrían y la razón de ciencia que dieron, conforme al art. 376 LEC. Esta manifestación debe ser completada con las indicaciones que obran en el ordinal cuarto de los hechos probados.

En el mismo relata las circunstancias que entiende probadas de entre las imputadas al trabajador a partir de cada uno de los testigos, señalando las circunstancias de los mismos que le llevan a dar por cierto su testimonio. Así entre paréntesis, se refiere a AA como quien comenzó a prestar servicios para la demandada hace 5 años como ayudante de camarera en el departamento de bares, y quien coincidió con el actor y doña Ilenia en el mismo centro de trabajo; a JJ del que dice entre paréntesis que presta servicios para la demandada desde aproximadamente hace diez años, y es jefe de bares y coincidía regularmente en el trabajo con el actor y doña ILMA, y quien hablaba con el actor todos los días; de RR que prestó servicios intermitentes para la demandada entre noviembre de 2015 y abril de 2017, como ayudante de camarera y quien veía al actor y doña ILMA diariamente en el centro de trabajo; y de SS, por último, quien presta servicios para la demandada desde hace veinte años, quien coincidía con Doña ILMA dos días a la semana, y quien no coincidía con el actor regularmente.

A sensu contrario debe entenderse que si ninguna de las manifestaciones de la trabajadora denunciante recogió en el relato fáctico de la sentencia, es porque no causó convicción en el mismo. La exigencia del art. 97.2 LRJS es de motivación de los razonamientos que han llevado a la declaración de los hechos probados, esto es, de los incorporados a la sentencia, por lo que no es estrictamente necesario justificar por qué el resto de los medios practicados, lo que se propusieron para acreditar otros hechos, no causaron la misma convicción.

Siendo potestad del Juez de instancia la valoración de la prueba practicada, y el interrogatorio de partes y testigos inatacable en suplicación salvo error evidente, arbitrariedad o razonamiento contrario a toda lógica, tampoco puede imponerse a Juez por esta Sala que entre a conocer nuevamente del medio de prueba que la parte señala, para cambiar el relato de los hechos probados

en su beneficio.

TERCERO.- En el motivo de censura jurídica la recurrente denuncia la infracción del art. 54.2.g) del ET y de los arts. 51 y 53 del mismo texto legal en relación con el art. 10.1 de la CE, en un intento de que el despido sea declarado procedente. Completa la denuncia con referencias a la Recomendación 92/131/ de 27 de noviembre de 1991 de la Comisión de la UE, relativa a la dignidad de la mujer y del hombre en el trabajo, invocando la prohibición de acoso sexual que resulta de la normativa europea.

Como ya dijo esta Sala en sentencia de fecha 8 de enero de 2016 en el recurso 867/2015:

“La prohibición de discriminación por razón de sexo tiene su razón de ser en la voluntad de terminar con la histórica situación de inferioridad, en la vida social y jurídica, de la mujer (por todas, STC 17/2003), cualificándose la conducta discriminatoria por el resultado peyorativo para la mujer que la sufre, que ve limitados sus derechos o sus legítimas expectativas por la concurrencia de un factor cuya virtualidad justificativa ha sido expresamente descartada por la Constitución, dado su carácter atentatorio a la dignidad del ser humano (art. 10.1 CE).

En consecuencia, la prohibición constitucional específica de los actos discriminatorios por razón de sexo determina que se habrá producido la lesión del art. 14 CE cuando se acredite que el factor prohibido representó el fundamento de una minusvaloración o de un perjuicio laboral, no teniendo valor legitimador en esos casos la concurrencia de otros motivos que hubieran podido justificar la medida al margen del resultado discriminatorio.

Este tipo de discriminación no comprende sólo aquellos tratamientos peyorativos que encuentren su fundamento en la pura y simple constatación del sexo de la persona perjudicada. También engloba estos mismos tratamientos cuando se funden en la concurrencia de condiciones o circunstancias que tengan con el sexo de la persona una relación de conexión directa e inequívoca (por todas, SSTC 182/2005, 214/2006, 17/2007, y 233/2007)”.

En palabras de la LO 3/2007, art. 1.1, las mujeres y los hombres son iguales en dignidad humana, e iguales en derechos y deberes, siendo el objeto de la esta ley hacer efectivo el derecho de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, en particular mediante la eliminación de la discriminación de la mujer, sea cual fuere su circunstancia o condición, en cualesquiera de los ámbitos de la vida y, singularmente, en las esferas política, civil, laboral, económica, social y cultural para, en el desarrollo de los arts. 9.2 y 14 de la Constitución, alcanzar una sociedad más democrática, más justa y más solidaria. Por ello, en su artículo 4 la Ley establece que la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres es un principio informador del ordenamiento jurídico y, como tal, se integrará y observará en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas.

El apartado g) del art. 54.2 ET fue introducido por el art. 37.5 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre de Medidas fiscales, administrativas y del orden social, que en palabras de la exposición de motivos de la Ley tenía como fin establecer diversas medidas para la aplicación del principio de igualdad de trato en el ámbito de las relaciones laborales, como complemento de las numerosas

normas que ya conformaban nuestro ordenamiento jurídico, en materia de no discriminación por todas las causas amparadas por el artículo 14 de la Constitución. Como referencia se tomaban las dos directivas aprobadas en el año 2000 a partir del artículo 13 del Tratado de la Comunidad Europea, la Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico; y la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, orientada a erradicar las discriminaciones basadas en la religión o convicciones, la discapacidad, la edad y la orientación sexual. Con ello adecuaba la legislación española a estas dos directivas procediendo a su transposición a nuestro derecho.

Este art. 54.2.g) ET ha sido modificada por la Disp. Adicional décimo primera. Trece de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, añadiendo como causa de despido el acoso sexual y al acoso por razón de sexo.

Esta Ley Orgánica 3/2007 define en su art. 7 el acoso sexual como:

"Artículo 7. Acoso sexual y acoso por razón de sexo.

1. Sin perjuicio de lo establecido en el Código Penal, a los efectos de esta Ley constituye acoso sexual cualquier comportamiento, verbal o físico, de naturaleza sexual que tenga el propósito o produzca el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo.
2. Constituye acoso por razón de sexo cualquier comportamiento realizado en función del sexo de una persona, con el propósito o el efecto de atentar contra su dignidad y de crear un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo.
3. Se considerarán en todo caso discriminatorios el acoso sexual y el acoso por razón de sexo.
4. El condicionamiento de un derecho o de una expectativa de derecho a la aceptación de una situación constitutiva de acoso sexual o de acoso por razón de sexo se considerará también acto de discriminación por razón de sexo."

En la STSJ^a Canarias -LP de 18 de septiembre de 2015 rec. 582/2015 , al resolver sobre despido cursado disciplinariamente por igual motivo de la letra g) del art. 54. 2 ET, se remitía a la STC 13 diciembre 1999 (RTC 1999/224), en la que se expresa:

"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 tal solo 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, es decir previamente deseada y, en cualquier caso, consentidas o, al menos, toleradas."

CUARTO.- Conforme a la normativa y doctrina expuestas, debe valorarse si los hechos acreditados por la parte recurrente suponen la discriminación por razón de sexo alegada, que es la infracción del ordenamiento constitucional que subyace al acoso sexual.

El trabajador demandante es segundo jefe de bares, lleva trabajando en la empresa desde el 21 de octubre de 2006, no constándole sanción alguna, como tampoco denuncia previa por inadecuado comportamiento de contenido sexual.

Es despedido el 30 de junio de 2016 por transgresión de la buena fe contractual y acoso por razón de sexo a una compañera de trabajo. Entre los comportamientos imputados: Sufrir bromas de carácter sexual con manifestaciones verbales haciendo referencia a su físico en especial a su trasero, expresando la denunciante que a ella no le gustan estas bromas, comportamiento que se intensifica en un periodo de vacaciones del jefe de bares, cuando procedió a propinar cachetes en el trasero a la compañera, llevar a cabo rozamientos en la barra, y dirigirle comentarios del tipo "si estuviese soltero estaríamos desgastados" con proposiciones de ir al office a hacerlo, y en fecha determinada habría procedido a encerrarse con ella en el lavavajillas, comenzando a besarla en el cuello comportamiento ante el que ella le empujó retirándolo. Este rechazo, continuaba la carta, supuso que el actor iniciara un comportamiento en el que le dirigía comentarios como que no servía para nada, amenazándola con cambios de turno.

De tales imputaciones sólo resultan acreditadas a partir de la testifical practicada, que el demandante dirigía a la trabajadora expresiones como "qué guapa estás" o "qué buena estás", y que la agarraba por la cadera.

Igualmente dicha prueba testifical acreditó que el demandante era un tipo alegre y bromista que a todos daba besos cuando llegaba, incluso a los hombres, llamando a sus compañeros varones "rubio" y "dándoles palmadas".

La denunciante no se quejó nunca del actor hasta el 27 de junio de 2016, en que dijo al Jefe de bares que iba a denunciar por acoso al demandante, consta, sin embargo, que estaba desmejorada y un poco deprimida.

Pues bien si el acoso sexual supone un comportamiento, verbal o físico, de naturaleza sexual que tenga el propósito o produzca el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo, a nadie se le escapa que por muy afable y cariñosa que sea una persona, o por mucho que le guste embromar a los compañeros de trabajo para crear buen ambiente, hay determinados comportamientos que objetivamente son inadecuados y que sólo de mediar consentimiento de la persona a la que se dirigen son aceptables.

En un ambiente de trabajo no crea buen ambiente ni facilita la colaboración entre compañeros, que los trabajadores varones digan a sus compañeras mujeres que además de ser guapas están buenas, mucho menos que estas expresiones vengán acompañadas de un contacto físico ajeno al socialmente aceptado entre personas, que carecen de un vínculo afectivo, pues no es propio de ningún ambiente laboral que un hombre tome por la cadera a una mujer con la que trabaja. Tales manifestaciones no son muestra de compañerismo, porque además de innecesarias requieren para ser admitidas sin reproche de una expresa aceptación por su receptor, que en ningún momento ha sido acreditado.

Muestra de lo impropio de la conducta sancionada es que solo consta tuviera como destinataria a la trabajadora que denunció al demandante. No tomaba el trabajador despedido por la cadera a ninguna otra, como tampoco decía a las demás compañeras que estuvieran buenas. Como mucho que eran guapas, expresión que carece de la connotación sexual y ofensiva de la primera. Tampoco consta que tal comportamiento lo adoptara con los hombres con los que trabajaba, a los que simplemente llamaba "rubios", les daba palmadas, y saludaba con un beso.

La mujer cuando trabaja, al igual que el hombre tiene derecho a hacerlo en un clima de cordialidad pero sobre todo de respeto, y no es respetuoso ni tiene en cuenta la dignidad propia, que se alabe su condición física como mujer en lugar de ponderarse la calidad de su trabajo. Esto es lo que crea buen ambiente, y es socialmente admitido. No lo es objetivamente hablando que se deban soportar piropos o contactos físicos no deseados, que como forma habitual de trato, crea el entorno ofensivo y humillante que supone el acoso sexual prohibido por la norma. El buen ambiente se genera mediante la igualdad de trato, igualdad que pasa por no degradar a una compañera de trabajo simplemente por ser mujer.

Se estima el motivo y con ello el recurso, lo que supone desestimar la demanda para declarar la procedencia del despido, con absolución de la demandada.

QUINTO.- En aplicación de lo dispuesto en el art. 235,1 LRJS (L 36/11) , no procede condena en costas, toda vez que la estimación, total o parcial, del recurso de suplicación implica que no haya parte vencida en el mismo, a efectos de imponer el pago de costas generadas en el mismo a alguno de los litigantes. (SSTS 14/02/07, RJ 2177; 29/01/09/1051)

Conforme al art. 204 LRJS (L 36/11), se decreta la devolución de la consignación y el depósito efectuados para recurrir a los que se dará el destino legal una vez firme esta resolución.

SEXTO.-A tenor del art. 218 LRJS (L 36/11) frente a esta resolución podrá interponerse recurso de casación para unificación de doctrina.

VISTOS: los artículos citados y los demás que son de general aplicación.

FALLAMOS

Se estima el recurso de suplicación interpuesto por FUERT-CAN, S.L. , representada por la Letrada doña Isabel Carolina Gallego Santana contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 2 de Arrecife de Las Palmas de fecha 31 de enero de 2017, dictada en autos nº 715/2016, y, con revocación de la misma, desestimamos la demanda declarando la procedencia del despido, y la extinción de la relación laboral a su fecha sin derecho a indemnización, con absolución de la demandada, sin costas.

Se decreta la devolución de la consignación y el depósito efectuados para recurrir a los que se dará el destino legal una vez firme esta resolución

Devuélvanse los autos originales al Juzgado de lo Social Nº 2 con sede en Puerto del Rosario (Fuerteventura) de Puerto del Rosario, con testimonio de la presente una vez notificada y firme a las partes.

ADVERTENCIAS LEGALES

Contra esta sentencia cabe Recurso de Casación para Unificación de doctrina, que se preparará por las partes o el Ministerio Fiscal por escrito ante esta Sala de lo Social dentro de los DIEZ DÍAS siguientes a la notificación de la sentencia de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 220 y 221 de la Ley 36/2011 de 11 de Octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social.

Para su admisión será indispensable que todo recurrente que no tenga la condición de trabajador o causahabiente suyo, o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social, y no goce del beneficio de justicia gratuita efectúe, dentro del plazo de preparación del recurso, el depósito de 600 € previsto en el artículo 229, con las excepciones previstas en el párrafo 4º, así como así como el importe de la condena, dentro del mismo plazo, según lo previsto en el artículo 230, presentando los correspondientes resguardos acreditativos de haberse ingresado en el BANCO DE SANTANDER c/c Las Palmas nº 3537/0000/66/1648/17 pudiéndose sustituir dicha consignación en metálico por el aseguramiento mediante aval bancario en el que se hará constar la responsabilidad solidaria del avalista, y que habrá de aportarse en el mismo plazo. Si la condena consistiere en constituir el capital-coste de una pensión de Seguridad Social, el ingreso de éste habrá de hacerlo en la Tesorería General de la Seguridad Social.

Para el supuesto de ingreso por transferencia bancaria, deberá realizarse la misma al siguiente número de cuenta:

IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274

Consignándose en el campo Beneficiario la Cuenta de la Sala y en Observaciones o Concepto de la Transferencia los 16 dígitos que corresponden al procedimiento.

Notifíquese la Sentencia a la Fiscalía de este Tribunal y líbrese testimonio para su unión al rollo de su razón, incorporándose original al Libro de Sentencias.

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