



Roj: **STSJ GAL 1186/2024 - ECLI:ES:TJGAL:2024:1186**

Id Cendoj: **15030340012024100871**

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

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **1**

Fecha: **05/02/2024**

Nº de Recurso: **4666/2023**

Nº de Resolución: **691/2024**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **JOSE ELIAS LOPEZ PAZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL

A CORUÑA

SENTENCIA: 00691/2024

PLAZA DE GALICIA, S/N

15071 A CORUÑA

Tfno: 981-184 845/959/939

Fax:

Correo electrónico:

NIG: 32054 44 4 2023 0000428

Equipo/usuario: JG

Modelo: 402250

SALA PRIMERA

RSU RECURSO SUPLICACION 0004666 /2023DD

Procedimiento origen: DSP DESPIDO/CESES EN GENERAL 0000065 /2023

RECURRENTE/S D/ña Justa

ABOGADO/A: KAREN DANIELA LOPERA VANEGAS

PROCURADOR:

GRADUADO/A SOCIAL:

RECURRIDO/S D/ña: MASPRO FOR PYME SL, Emilio

ABOGADO/A: RAFAEL BUSTO CUIÑAS, RAFAEL BUSTO CUIÑAS

PROCURADOR: ,

GRADUADO/A SOCIAL: ,

ILMO. SR. D. LUIS F. DE CASTRO MEJUTO

PRESIDENTE

ILMO. SR. D. JOSE ELIAS LOPEZ PAZ

ILMO. SR. D. RICARDO RON LATAS

En A CORUÑA, a cinco de febrero de dos mil veinticuatro.



Tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, la T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL, 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 SUPPLICACION 0004666 /2023, formalizado por el/la D/Dª LETRADA Dª KAREN DANIELA ABAD VANEGAS, en nombre y representación de Justa , contra la sentencia número 295 /2023 dictada por JDO. DE LO SOCIAL N. 4 de OURENSE en el procedimiento DESPIDO/CESES EN GENERAL 0000065 /2023, seguidos a instancia de Justa frente a MASPRO FOR PYME SL, Emilio , siendo Magistrado-Ponente el/la Ilmo/a Sr/Sra D/Dª JOSE ELIAS LOPEZ PAZ.

De las actuaciones se deducen los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: D/Dª Justa presentó demanda contra MASPRO FOR PYME SL, Emilio , siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia número 295 /2023, de fecha dieciocho de mayo de dos mil veintitrés.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: PRIMERO.-La actora, Dª Justa , ha venido prestando servicios para Maspro For Pyme S.L. desde el 7 de noviembre de 2022, como "responsable de marketing digital", ostentando la categoría profesional de "titulado de grado medio", con un salario bruto mensual de 1675 euros (incluida la parte de pagas extraordinarias), en virtud de contrato de trabajo indefinido obrante a los folios 82 a 87, y nómina del mes de diciembre al folio 89. Se firma consentimiento para realizar comunicaciones vía whatsapp (folio 121).Le resulta de aplicación el Convenio Colectivo estatal de empresas consultoras de planificación, organización de empresas y contable. SEGUNDO.- Por medio de escrito de fecha 12 de enero de 2023 firmado por el Sr. Emilio , se comunica a la trabajadora la extinción de la relación laboral mediante despido disciplinario, en virtud de lo establecido en el artículo 54 del Estatuto de los Trabajadores y el artículo 24 del XVII Convenio Colectivo estatal de empresas de consultoría y estudios de mercado y de la opinión pública. Donde en el apartado de faltas y sanciones, c) se considera que son faltas muy graves, faltar al trabajo más de dos días al mes sin causa justificada, siendo dicha falta, sanciona con el despido. Las razones que motivan el despido, según consta en dicho comunicado obrante al folio 8, son las siguientes: Usted, previa autorización de la dirección, realiza sus funciones en modo de teletrabajo, y desde el pasado 9/10/2023, no ha gestionado las redes sociales de la empresa ni el blog de la página web. De hecho, sus últimas publicaciones en el perfil de linkedin y en el blog de la web dewww.maspro.es datan del 3/1/2023. Por otra parte, tampoco ha propuesto la creación de eventos u otras acciones determinadas a obtener el contacto de empresarios, propietarios de Pymes, con facturación superior a 2 millones de euros y al menos 20 empleados, ni cualquiera de las otras gestiones que se especifican en su contrato de trabajo. Ante tal situación, hemos intentado ponernos en contacto con usted a través de distintos modos: de manera telefónica, a través de correo electrónico y de whatsapp, y en ningún momento usted ha contestado ni hemos tenido conocimiento de otra circunstancia que justifique esta situación. En este sentido, han pasado 4 días sin tener ningún tipo de noticias sobre usted, y dicha situación no se puede mantener por más tiempo. Los hechos descritos constituyen un incumplimiento contractual grave y culpable de sus obligaciones para con la empresa, por lo que no nos queda más remedio que proceder a su despido disciplinario, con efectos a partir de hoy doce de enero de 2023. A partir de hoy tiene a su disposición la cantidad que le corresponde en concepto de saldo y finiquito, en la que como es evidente, se descontaron estos cuatro días de absentismo injustificado, quedando definitivamente extinguida la relación laboral que le une con la empresa. De conformidad con lo establecido en el artículo 49.2 ET, se adjunto en el documento anexo la propuesta detallada de saldo y finiquito. Por otro lado, y con el fin de finalizar esta relación laboral de a manera más amistosa posible, le rogamos que a la mayor brevedad posible devuelva a Maspro For Pyme S.L. los siguientes artículos que dicha compañía ha puesto a su disposición: las llaves de la oficina que le fueron facilitadas por la dirección de la misma, los dos móviles de empresa, uno de ellos a nombre de uno de los socios, que la empresa le facilitó y puso a su disposición, los libros que la empresa le ha prestado, y que son el libro "Lovemarks. El futuro más allá de las marcas" de Kevin Roberts, y "Cómo construir una Story-Brand" de Donald Miller. TERCERO.-Al folio 90 obra documento de liquidación y finiquito que no consta firmado, en el que figura salario base, plus convenio, gratificación volt. absorbible, plus dedicación, parte proporcional de vacaciones, descuento por absentismo,



y la parte proporcional de pagas extraordinarias, sumando un total de 699,25 euros, con un líquido a percibir de 300,84 euros, dándose por reproducido. CUARTO.- A lo largo de la relación laboral el Sr. Emilio utilizó las siguientes expresiones dirigiéndose a la Sra. Justa : "eres un diamante en bruto, veo tanto talento que me pongo enfermo" (noviembre); "te aprecio mucho", "no sé que has hecho que te has metido en mi cabeza y en mi corazón" (diciembre); "mira, te presento a mi segunda esposa", dirigiéndose al camarero de un local nocturno el 22 de diciembre (habían salido a cenar la trabajadora, el Sr. Emilio y su socio el Sr. Martin); "mi mujer se ha marchado preocupada, porque ahora que mi marido trabaja con esta chica tan guapa, seguro que se va a enamorar de ella"(última semana de diciembre); "no quiero perderte como profesional ni como persona, porque te aprecio mucho, siento que no estés a gusto en la empresa, dime lo que necesitas de la empresa para estar a gusto"(2 de enero cuando solicita el teletrabajo); " te aprecio de verdad"; "te ruego que pases por las oficinas, tengo que hablar contigo unas cosas y prefiero hacerlo en persona, puedes venir tranquila, es para hablar tranquilamente sobre unos temas, a lo mejor hasta recibes un regalo de reyes". Al folio 15 se adjunta un correo electrónico enviado por el Sr. Emilio a la Sra. Justa en fecha 6 de enero de 2023, por medio del cual el demandado expresa sus sentimientos hacia la trabajadora, dándose su contenido por reproducido. La trabajadora se encuentra en situación de teletrabajo autorizada por la empresa desde el 2 de enero de 2023. QUINTO.-En fecha 9 de enero de 2023 la actora cursa proceso de incapacidad temporal(folios 16,17 y 43). Al folio 44 y siguientes obran partes médicos de confirmación de baja, en los que figura como diagnóstico cuadro ansioso depresivo secundario a acoso laboral, dándose por reproducidos los citados informes. Permanece en situación de incapacidad temporal a fecha de la celebración del juicio, con terapia psicológica quincenal (folio 55).La actora remitió el parte médico de baja del día 9 de enero de 2023 al Sr. Emilio (folios 14 y 120), remitiendo un correo electrónico con origen la cuenta DIRECCION000 y destinatario DIRECCION001 . El correo se remite sin asunto ni texto, conteniendo únicamente una imagen embebida en el cuerpo del mensaje. La visualización presentaba problemas en el móvil propiedad del representante de la empresa, produciéndose la descarga sin mayores inconvenientes en el ordenador portátil del perito que elaboró el informe obrante a los folios 136 y siguientes que se da por reproducido. SEXTO.-El día 9 de enero de 2023, la actora interpuso denuncia frente al Sr. Emilio ante la Comisaría Nacional de Ourense, obrante a los folios 10 a 13, dándose por reproducidos. La denuncia es comunicada por la policía al Sr. Emilio mediante llamada telefónica saliente el 13 de enero de 2023 a las 18:42:28 (folio 39).SÉPTIMO.-Celebrada conciliación entre las partes el día 2 de febrero de 2023, papeleta presentada el 18 de enero de 2023, sin avenencia. Por la parte conciliada se reconoce por la improcedencia del despido y se oferta la indemnización de 330 euros. OCTAVO.-La demanda ha sido recibida en este juzgado el día 15 de febrero de 2023.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente:

FALLO: Que debo estimar y estimo la petición subsidiaria de la demanda presentada por D^a Justa frente a MASPRO FOR PYME S.L. y D^o Emilio , declarando la improcedente del despido llevado a cabo por la empresa por medio de comunicado de 12 de enero de 2023, CONDENANDO a la parte demandada a que en el plazo legal de cinco días opte en forma legal entre la readmisión de la trabajadora en las condiciones anteriores al despido con abono de los salarios dejados de percibir, descontando los períodos de IT, o le indemnice en la cuantía de 454,32 euros.

CUARTO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de Suplicación por la parte demandante, impugnado de contrario. Elevados los autos a este Tribunal, se dispuso el paso de los mismos al Ponente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia de instancia estimo la petición subsidiaria de la demanda presentada por doña Justa frente a MASPRO FOR PYME S.L. y don Emilio , declarando improcedente del despido llevado a cabo por la empresa por medio de comunicado de 12 de enero de 2023, CONDENANDO a la parte demandada a que en el plazo legal de cinco días opte en forma legal entre la readmisión de la trabajadora en las condiciones anteriores al despido con abono de los salarios dejados de percibir, descontando los períodos de IT, o le indemnice en la cuantía de 454,32 euros. Contra este pronunciamiento se alza en Suplicación la actora, con la finalidad de que se declare la existencia de despido nulo y se indemnice a la actora por daño moral en la cantidad de 60.000 euros, articulando a tal efecto tres motivos de suplicación, el primero por el cauce del art. 193.b) de la LRJS, solicitando la revisión de hechos probados, y los restantes dedicados a examinar la infracción de normas sustantivas o de la jurisprudencia con amparo en el art. 193.c) LRJS.

SEGUNDO.- Por lo que se refiere, en primer lugar, al motivo de revisión fáctica, con amparo en el art. 193.b) de la LRJS, se solicita que se añada un nuevo HDP en el que se señale lo siguiente: " En fecha 28/12/22 Emilio envió un WhatsApp a Justa que dice: "No exageres, Por ti haría eso y mucho más"; el 06/01/23 Emilio envió un WhatsApp a Justa diciéndole: "Que sepas que el lunes tenía pensado invitarte a una mariscada al



Rocamar de Baiona una de las mejores marisquerías de Galicia. Tú te lo pierdes"; desde el 02/01/23 a solicitud de la trabajadora, ésta se encontraba en situación de teletrabajo ". La redacción del hecho probado anterior, cuya inclusión se solicita en la sentencia, resulta de los folios 8, 71 y 78, documental aportada por la parte actora. No se accede a ello, de un lado, porque parte de la adición propuesta presenta carácter valorativo y predeterminante del fallo, resultado de la interpretación parcial e interesada de los documentos propuestos, pretendiendo así sustituir el imparcial y objetivo criterio del juzgador de instancia por el interesado y subjetivo de parte; y del otro, porque la parte recurrente efectúa un relato absolutamente sesgado, parcial e interesado, derivado de los documentos propuestos, incidiendo sólo en lo que le interesa, pretendiendo así sustituir el objetivo criterio judicial por el comprensiblemente subjetivo de la propia parte.

TERCERO.- En el motivo amparado en el art. 193.c) de la LRJS, la parte actora denuncia infracción del 55.5 del ET; artículos 2.1, 2.2 y 26 de la Ley 15/2022, en relación con el artículo 14 de la CE y el artículo 96 de la LRJS, y artículo 4.1 letra e) del ET, que establece que todo trabajador tiene derecho al respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad, comprendida la protección frente al acoso sexual, considerando que existe un acoso sexual por parte del demandado, por lo que la extinción contractual debe ser considerada nula, con derecho a la indemnización solicitada en demanda por daño moral, en la cuantía de 60.000 euros.

Así pues, partiendo de los hechos que se declaran probados, la cuestión a dilucidar en el presente motivo de recurso consiste en determinar, si se ha producido acoso sexual en el ámbito laboral, tal como pretende la parte recurrente; o bien, por el contrario, no existe tal situación de acoso, tal como se concluye en la sentencia de instancia. Y esta cuestión ha de resolverse en el sentido expresado por la parte recurrente, sobre la base de las siguientes consideraciones:

1ª.- Porque centrado el debate en el examen de la conducta del empresario, para determinar si la misma es o no constitutiva de acoso sexual en el trabajo, para ello debemos partir necesariamente de lo establecido en la sentencia del Tribunal Constitucional de 13 de diciembre de 1999, y de la definición del concepto de acoso sexual en el ámbito laboral que en la misma se ofrece. Como en dicha sentencia se dice, se trata de delimitar que debe entenderse por el " concepto que, según la terminología acuñada en la jurisdicción social, se conoce como " acoso sexual en el trabajo", para averiguar si se ha producido, o no, un atentado a la intimidad personal (art. 18.1 CE). Esta primera delimitación conceptual dejaría a salvo, claro está, el diverso significado del acoso sexual tipificado como delito en el Código Penal . Un paso más en ese camino nos lleva al ámbito del Estatuto de los Trabajadores donde se proclama su derecho a que sea respetada su intimidad y a recibir la consideración debida a su dignidad, comprendida la protección frente a ofensas verbales, gestuales y físicas de tendencia libidinosa -art. 4.2 e)-".

Señalando que " en el ámbito de esa salvaguardia queda así prohibido no sólo el acoso en el cual el sometimiento de la mujer o el hombre a tales requerimientos no queridos ni pedidos de empleadores o compañeros, se erige en un peligro de la estabilidad en el empleo, la promoción, o la formación profesional o cualesquiera otra condiciones en el trabajo o en el salario, sino también el acoso sexual consiste en un comportamiento de carácter libidinoso no deseado por generar un ambiente laboral desagradable, incómodo, intimidatorio, hostil, ofensivo o humillante para el trabajador (Resolución del Consejo de las Comunidades Europeas de 29 de mayo de 1990 y art. 1 de la Recomendación de la Comisión de las Comunidades Europeas de 27 de noviembre de 1991, para la protección de la dignidad de la mujer y del hombre en el trabajo)".

Concluyendo que " para que exista un acoso sexual ambientalmente 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». A lo que se añade, «la configuración constitucional del acoso sexual, como atentado a la intimidad personal del trabajador (art. 18.1 CE), protege exclusivamente frente a comportamientos de significado libidinoso que no sean asumidos por la persona destinataria de los



mismos. En tal sentido, como se sigue del código de conducta de la Recomendación de la Comisión ya citada, lo que distingue al acososexual del comportamiento amistoso es que aquél es unilateral e indeseado, y el otro, voluntario y recíproco, correspondiendo a cada individuo la libre opción de aceptarlo o rechazarlo por ofensivo. En consecuencia, parece razonable que, salvo casos extremos, una señal del carácter no querido de tal conducta por parte de su destinataria sea conveniente para deshacer cualquier equívoco o ambigüedad al respecto como ocurrió en este caso sin que en consecuencia quepa hablar de tolerancia por su parte. Debe ser rechazado, pues, el razonamiento judicial, que parece imponer al eventual afectado por un acto de acososexual la carga de reaccionar con carácter inmediato y con una contundencia incompatible con la interpretación predicada por la sobredicha Recomendación".

2ª.- Aplicando estos mismos criterios sentados por el Tribunal Constitucional al caso ahora enjuiciado, los hechos probados de la sentencia de instancia ponen de relieve que la conducta del empresario demandado constituye un caso claro de acoso sexual ambiental, por cuanto incurrió en un comportamiento verbal, producido por las reiteradas insinuaciones románticas, hasta llegar a un correo electrónico de carácter romántico y sexual, en el que se utilizan expresiones tales como "nunca tuve verdaderos deseos de darle una hija a una mujer, y a ti sí que me gustaría dártela", todo ello indeseado por su destinataria, que en ningún momento ha demostrado aceptación de todo ello, y que dio lugar pocos días después a su baja por ansiedad.

En efecto, la conducta del empresario queda evidenciada por el contenido de las llamadas telefónicas grabadas por la trabajadora, habiéndose reproducido las conversaciones en el acto del juicio oral, acreditándose que la conducta del demandado, jefe de la demandante en la empresa codemandada "Xaraleira", constituye un acoso sexual en el ámbito laboral, habida cuenta que de los audios aportados y de la valoración que la Magistrada de instancia hace de los mismos y de la prueba testifical de la compañera de trabajo Eufrasia, de todo ello resulta acreditado que el demandado realizaba de manera constante comentarios de naturaleza sexual que afectaban a la libertad sexual de la demandante, sin que existiera el más mínimo indicio de reciprocidad o de aceptación por la trabajadora demandante, hasta el punto que en enero de 2023 la actora cursó proceso de incapacidad temporal por cuadro ansioso depresivo secundario a acoso laboral, y sin que el hecho de que la actora puntualmente en una ocasión quedase con su jefe y su socio para ir de cena y salir de copas enerve tal circunstancia, de un lado, porque se trata de una situación puntual; y del otro, porque no consta el momento en que se produjo, y además la conducta de una persona víctima de acoso sexual puede revestir diversos comportamientos, incluso como el aquí relatado, que no eluden la situación de acoso a la que ha sido sometida la actora.

Así, y resumiendo, de la relatado en pleito se constatan comentarios de naturaleza sexual idóneos para constituir un acoso sexual ambiental generando un clima de incomodidad a la receptora de los mismos. Este comportamiento a juicio de la Sala, tiene una gravedad evidente, pues no estamos aquí ante simples bromas, chanzas y comentarios de mal gusto que pueden darse con más o menos frecuencias en los centros de trabajo; sino ante una conducta reiterada, persistente e individualizada, de claro contenido libidinoso y romántico, que se produce de forma reiterada en el tiempo, fuera y dentro de la jornada laboral, afectando todo ello de forma especialmente grave al normal cumplimiento de la prestación laboral, creando un clima desagradable, incómodo, hostil y no deseado por la trabajadora, que en un contexto laboral no tiene por qué soportar esas injerencias en su vida privada, incidiendo también en el equilibrio psicológico de la trabajadora, provocándole una importante situación de estrés que la obligó a situarse en situación de incapacidad temporal con diagnóstico de cuadro ansioso depresivo secundario a acoso laboral. A esto debemos añadir que el hecho de que el demandado no hubiere solicitado de forma expresa y directa a la trabajadora favores sexuales, ello no desvirtúa la existencia de acoso sexual ambiental, para cuya concurrencia es más que bastante un comportamiento como el descrito, en el ámbito y circunstancias en que se vino reiterando y produciendo, hallándose constatado que la actitud de la trabajadora, víctima del acoso, estando plenamente demostrado que la actitud de la trabajadora no fue en ningún momento la de alentar o consentir el acoso sexual, sin llegar a ser partícipe activa de sus conversaciones, y no mostrando en modo alguno su conformidad con las insinuaciones que el empresario le hacía de forma reiterada.

Como se dice en la sentencia del Tribunal Constitucional, no es exigible al afectado por un acto de acoso sexual la carga de reaccionar con carácter inmediato y con especial contundencia, basta una señal del carácter no querido de tal conducta por parte de su destinataria para deshacer cualquier equívoco o ambigüedad al respecto, sin que en absoluta quepa hablar de tolerancia por su parte, siendo claro que nunca toleró la conducta de acoso de su jefe. Ciertamente que en una ocasión la actora salió "de copas" con su jefe y su socio, pero esta circunstancia sólo revela el lógico temor a perder el puesto de trabajo y en la esperanza de que ese acoso algún día iba a finalizar ante la falta de reciprocidad de la actora. Finalmente y al no cesar el demandado en su actitud, es cuando se produce esa situación de ansiedad de la trabajadora, que provocan su situación de baja laboral, y el consiguiente despido a los pocos días de iniciarse la situación de I.T.



Por todo lo razonado y de igual manera que concluye la sentencia del Tribunal Constitucional, " es claro, por tanto, que en el presente supuesto se dan los elementos definidores del acoso sexual. En primer lugar, no hay duda de que se produjo una conducta con tendencia libidinosa [en el caso aquí enjuiciado las llamadas telefónicas con comentarios verbales de naturaleza lujuriosa]. En segundo lugar, también ha quedado claro que la conducta no era deseada por la destinataria y finalmente que fue lo suficientemente grave, por su intensidad, reiteración y efectos sobre la salud mental de la trabajadora, generando así un entorno laboral hostil e incómodo objetivamente considerado, no sólo sentido como tal por la víctima, con menoscabo de su derecho a cumplir la prestación laboral en un ambiente despejado de ofensas de palabra y obra que atenten a su intimidad personal". Dando lugar, finalmente, a su baja laboral por estados de ansiedad.

3ª.- A mayor abundamiento de cuanto se deja expuesto, señalar también que la conducta enjuiciada encuentra también su adecuado encuadramiento en el vigente artículo 7 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, de Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres, que regula el acoso sexual y acoso por razón de sexo en los siguientes términos: " 1. Sin perjuicio de lo establecido en el Código Penal, o 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.

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.

Se considerarán en todo caso discriminatorios el acoso sexual y el acoso por razón de sexo.

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".

Así pues, los requisitos que deben concurrir para estar en presencia de acoso sexual son, a) un comportamiento verbal o física, de contenido sexual, que suponga un atentado contra la dignidad de una persona b) rechazo inequívoco de la víctima o ausencia de aceptación y c) actitud persistente en el tiempo. En el presente supuesto se cumplen todos los requisitos enumerados, tal como hemos analizado en el punto anterior, de modo que la conducta del demandado constituye vulneración del derecho fundamental a la intimidad y dignidad personal de la trabajadora, y, consecuentemente, debe responder de las medidas necesarias para la reparación de las consecuencias derivadas de estos actos, como son el pago de una indemnización que proceda por los evidentes daños y perjuicios de carácter moral causados a la misma. Por ello, y de acuerdo con lo dispuesto en el art. 55.5 del ET, el despido de la actora debe ser declarado nulo. En esta ocasión, de lo acreditado en pleito se constata la presencia de indicios de que se ha producido violación del derecho fundamental o libertad pública (el despido se produce pocos días después de la baja de la trabajadora por acoso), corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad.

A tales efectos se recuerda por Tribunal Constitucional que precisamente, la prevalencia de los derechos fundamentales del trabajador y las especiales dificultades probatorias de su vulneración en aquellos casos constituyen las premisas bajo las que la jurisprudencia constitucional ha venido aplicando la específica distribución de la carga de la prueba en las relaciones de trabajo, hoy recogida en los artículos 96.1 y 181.2 LRJS (SSTC 38/1981, de 23 de noviembre; 138/2006, de 8 de Mayo; y 342/2006, de 11 de Diciembre entre otras). Para que opere el desplazamiento al empresario del "onus probandi" no basta simplemente con que el trabajador afirme su carácter discriminatorio, sino que ha de acreditar la existencia de indicio que debe permitir deducir la posibilidad de que la vulneración constitucional se haya producido, que genere una razonable sospecha, apariencia o presunción en favor de semejante afirmación; es necesario que por parte del actor se aporte una prueba verosímil o principio de prueba revelador de la existencia de un panorama discriminatorio general o de hechos de los que surja la sospecha vehemente de una discriminación o vulneración del derecho en cuestión. Presente la prueba indiciaria, el demandado asume la carga de probar que los hechos motivadores de la decisión son legítimos o, aun sin justificar su licitud, se presentan razonablemente ajenos a todo móvil atentatorio de derechos fundamentales; no se le impone, por tanto, la prueba diabólica de un hecho negativo -la no discriminación-, sino la razonabilidad y proporcionalidad de la medida adoptada y su carácter absolutamente ajeno a todo propósito atentatorio de derechos fundamentales en lo que constituye una auténtica carga probatoria y no un mero intento de negar la vulneración de derechos fundamentales -lo que claramente dejaría inoperante la finalidad de la prueba indiciaria.

Que ha existido la vulneración de un derecho fundamental por parte del jefe de la trabajadora demandante es una cuestión que ya se examinó, de modo que la trabajadora no sólo ha aportado indicios, sino prueba concluyente de la existencia de tal vulneración, ya que al no cesar el demandado en su actitud, es cuando se produce esa situación de ansiedad de la trabajadora, que provocan su situación de baja laboral, y el



consiguiente despido a los pocos días de iniciarse la situación de I.T. Lo cual pone de manifiesto, que la conducta del empresario ha sido continuada a lo largo de un espacio temporal considerable, sin que por otra parte, la empleadora haya tratado de demostrar la concurrencia de alguna de las causas invocadas en la carta de despido como justificativas del mismo, por cuanto que, además de reconocer la improcedencia del despido en conciliación, no ha quedado acreditado por la empresa el absentismo en que basa la extinción de la relación laboral. Así, la trabajadora cursó proceso de incapacidad temporal el 9 de enero de 2023. Dicho documento fue enviado a su jefe, el Sr. Emilio, por correo electrónico con origen en la cuenta " DIRECCION000 " y destinatario " DIRECCION001 ", manifestando el demandado que se trataban de las direcciones de correo de la trabajadora y suya, respectivamente. Alega el empleador que no pudo descargar el parte médico remitido, siendo desconocedor de la situación de la trabajadora. Pero dicho alegato no puede ser tenido en cuenta a los fines pretendidos por la parte demandada, pues si bien el correo electrónico es enviado sin asunto ni texto añadido, contiene una imagen embebida en el cuerpo del mensaje, el parte médico, no pudiendo escudarse el Sr. Emilio en el hecho de que no se le descargase el documento en su terminal móvil, pues tal y como aclaró el perito que depuso a instancia de la empresa, el documento se visualizaba perfectamente desde su ordenador portátil. La actuación del Sr. Emilio no puede justificar el desconocimiento del proceso de IT de la trabajadora, pues sabía que la cuenta de correo origen era de la Sra. Justa .

En suma, se aprecia que en el cese de la relación laboral concurren motivos que suponen la vulneración del derecho fundamental de la actora, con vulneración por parte de su jefe del derecho a la intimidad y a la consideración debida a la dignidad de la trabajadora, lo que permite concluir que el cese de la trabajadora constituye un despido nulo con los efectos legales inherentes a dicha declaración (arts. 55 ET y 108. 2 y 113 de la LRJS).

Finalmente, a la vista de las más reciente doctrina jurisprudencial, constituida por la STS de 5 de octubre de 2017 (Recurso: 2497/2015), en ella se analiza la evolución sobre la materia hasta llegar a la jurisprudencia actual, tras los art. 182 y 183 de la vigente LRJS, que excepcionan la exigible identificación de circunstancias relevantes para la determinación de la indemnización solicitada en el caso de los daños morales unidos a la vulneración del derecho fundamental cuando resulte difícil su estimación detallada. Dicha Sentencia de la Sala 4ª del Tribunal Supremo, anula precisamente una Sentencia de este Tribunal Superior de Justicia de fecha 30 de marzo de 2015 (RSU 4764/2014), que en un supuesto de despido, habíamos estimado en parte el recurso de Suplicación de la empresa, confirmando la nulidad del cese, pero revocando parcialmente la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social, habíamos dejado sin efecto la condena de la empresa al pago de la indemnización complementaria por daños morales que en dicho supuesto se había fijado en el importe de 30.000 €. Pues bien, el Tribunal Supremo anula la Sentencia de este TSJ y mantiene la condena a los daños morales por el referido importe de 30.000€, señalando, en síntesis, que probada la violación de derechos fundamentales (en el caso allí analizado, vulneración de la garantía de indemnidad), debe acordarse el restablecimiento del demandante en la integridad de su derecho, lo que comporta, entre otros, la indemnización que procediera.

En dicha Sentencia de la Sala IV del Tribunal Supremo se fija la doctrina jurisprudencial actual, señalando que en estos casos:

a) La demanda deberá expresar con claridad los hechos constitutivos de la vulneración, el derecho o libertad infringidos y la cuantía de la indemnización pretendida, en su caso, con la adecuada especificación de los diversos daños y perjuicios, a los efectos de lo dispuesto en los artículos 182 y 183, y que, salvo en el caso de los daños morales unidos a la vulneración del derecho fundamental cuando resulte difícil su estimación detallada, deberá establecer las circunstancias relevantes para la determinación de la indemnización solicitada, incluyendo la gravedad, duración y consecuencias del daño, o las bases de cálculo de los perjuicios estimados para el trabajador (art. 179.3 LRJS), de donde es dable deducir que los daños morales resultan indisolublemente unidos a la vulneración del derecho fundamental y que tratándose de daños morales cuando resulte difícil su estimación detallada deberán flexibilizarse, en lo necesario, las exigencias normales para la determinación de la indemnización;

b) La sentencia declarará haber lugar o no al amparo judicial solicitado y, en caso de estimación de la demanda, según las pretensiones concretamente ejercitadas: Dispondrá el restablecimiento del demandante en la integridad de su derecho y la reposición de la situación al momento anterior a producirse la lesión del derecho fundamental, así como la reparación de las consecuencias derivadas de la acción u omisión del sujeto responsable, incluida la indemnización que procediera en los términos señalados en el artículo 183 (art. 182.1.d LRJS), de tal precepto, redactado en forma sustancialmente concordante con el relativo al contenido de la sentencia constitucional que otorgue el amparo (art. 55.1 LOTC), se deduce que la sentencia, como establece el citado art. 15 LOLS, debe disponer, entre otros extremos, la reparación de las consecuencias de la infracción del derecho o libertad fundamental incluyendo expresamente la indemnización, con lo que



la indemnización forma parte integrante de la obligación de restablecimiento en la integridad del derecho o libertad vulnerados;

c) Cuando la sentencia declare la existencia de vulneración, el juez deberá pronunciarse sobre la cuantía de la indemnización que, en su caso, le corresponda a la parte demandante por haber sufrido discriminación u otra lesión de sus derechos fundamentales y libertades públicas, en función tanto del daño moral unido a la vulneración del derecho fundamental, como de los daños y perjuicios adicionales derivados (art. 183.1 LRJS), se reiteran los principios del deber judicial de pronunciarse sobre la cuantía de la indemnización, así como de la esencial vinculación del daño moral con la vulneración del derecho fundamental;

d) El tribunal se pronunciará sobre la cuantía del daño, determinándolo prudencialmente cuando la prueba de su importe exacto resulte demasiado difícil o costosa, para resarcir suficientemente a la víctima y restablecer a ésta, en la medida de lo posible, en la integridad de su situación anterior a la lesión, así como para contribuir a la finalidad de prevenir el daño (art. 183.2 LRJS), deduciéndose que respecto al daño, sobre cuyo importe debe pronunciarse necesariamente el Tribunal, se atribuye a éste, tratándose especialmente de daños morales, la facultad de determinándolo prudencialmente, así como, con respecto a cualquier tipo de daños derivados de vulneraciones de derechos fundamentales o libertades públicas, se preceptúa que el importe indemnizatorio que se fije judicialmente debe ser suficiente no solo para la reparación íntegra, sino, además para contribuir a la finalidad de prevenir el daño, es decir, fijando expresamente los principios de suficiencia y de prevención; y

e) Finalmente, la importancia de la integridad en la reparación de las víctimas de los vulnerados derechos fundamentales y libertades públicas, incluida la indemnización procedente, se refleja en la esencial función atribuida al Ministerio Fiscal en el proceso social declarativo y de ejecución, al disponerse que "El Ministerio Fiscal será siempre parte en estos procesos en defensa de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, velando especialmente por la integridad de la reparación de las víctimas ... " (art. 177.3 LRJS) y que "El Ministerio Fiscal será siempre parte en los procesos de ejecución derivados de títulos ejecutivos en que se haya declarado la vulneración de derechos fundamentales y de libertades públicas, velando especialmente por la integridad de la reparación de las víctimas" (art. 240.4 LRJS).

De este modo, probada la violación de derechos fundamentales (atentado a la dignidad de la trabajadora por acoso sexual laboral,) debe acordarse el restablecimiento de la demandante en la integridad de su derecho. Tal integridad comporta, entre otros extremos, la reparación de las consecuencias derivadas de la acción u omisión del sujeto responsable, incluida la indemnización que procediera (art. 182.1.d LRJS en relación con el art. 183 del mismo texto procesal). Y en relación con el quantum indemnizatorio, la Sala IV del TS señala que la utilización del criterio orientador de las sanciones pecuniarias previstas por la LISOS para las infracciones producidas en el caso ha sido admitida por la jurisprudencia constitucional (STC 247/2006) y puede seguir teniéndose como parámetro razonable. En esta ocasión, el art. 8.13 de la LISOS señala como infracción muy grave "El acoso sexual, cuando se produzca dentro del ámbito a que alcanzan las facultades de dirección empresarial, cualquiera que sea el sujeto activo de la misma", y anuda a la misma el art. 40.1 las sanciones siguientes: "multa, en su grado mínimo, de 7.501 a 30.000 euros; en su grado medio de 30.001 a 120.005 euros; y en su grado máximo de 120.006 euros a 225.018 euros". En esta ocasión, la conducta debe señalarse como muy grave en grado medio, ya que la actora trabajó para su empresa desde el 7 de noviembre de 2022, hasta principios de enero de 2023, siendo el comportamiento de su jefe reiterado durante casi toda la relación laboral, por lo que debemos fijar la cuantía indemnizatoria en la cantidad de 30.001 euros, atendiendo al tiempo en que se prolongó la situación de acoso sexual padecida por la trabajadora, a su gravedad, a las expresiones proferidas por el empresario tendentes a conseguir un propósito sexual. Es decir, que estamos ante una conducta empresarial grave, continuada y persistente en el tiempo. Por todo ello:

FALLAMOS

Que estimando el recurso de Suplicación interpuesto por la representación letrada de la trabajadora doña Justa , debemos revocar y revocamos la sentencia dictada en estos autos por el Juzgado de lo Social núm. 4 de los de Ourense, de fecha 18 de mayo de 2023, y con estimación de la demanda de despido interpuesta por la referida actora, declaramos nulo su despido, condenando a la Entidad demandada MASPRO FOR PYME S.L. a la readmisión inmediata de la trabajadora, con abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha de despido, a razón de 55,07 euros/día brutos, asimismo condenamos a dicha mercantil a abonar a la trabajadora recurrente la cuantía de cincuenta mil euros (30.001 euros) en concepto de indemnización adicional por daño moral.

Notifíquese esta resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Galicia.

MODO DE IMPUGNACIÓN: Se hace saber a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de Casación para Unificación de Doctrina que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala dentro



del improrrogable plazo de diez días hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de la sentencia. Si el recurrente no tuviera la condición de trabajador o beneficiario del régimen público de seguridad social deberá efectuar:

- El depósito de 600 € en la cuenta de 16 dígitos de esta Sala, abierta en el Banco de SANTANDER (BANESTO) con el nº **1552 0000 37 seguida del cuatro dígitos correspondientes al nº del recurso y dos dígitos del año del mismo.**

- Asimismo si hay cantidad de condena deberá consignarla en la misma cuenta, pero con el código **80** en vez del 37 ó bien presentar aval bancario solidario en forma.

- Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria desde una cuenta abierta en cualquier entidad bancaria distinta, habrá que emitirla a la cuenta de veinte dígitos **0049 3569 92 0005001274** y hacer constar en el campo "Observaciones ó Concepto de la transferencia" los 16 dígitos que corresponden al procedimiento (**1552 0000 80 ó 37 **** ++**).

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

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ