



Roj: **STSJ MU 2057/2023 - ECLI:ES:TSJMU:2023:2057**

Id Cendoj: **30030340012023101009**

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

Sede: **Murcia**

Sección: **1**

Fecha: **13/10/2023**

Nº de Recurso: **112/2023**

Nº de Resolución: **992/2023**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **JUAN MARTINEZ MOYA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.J.MURCIA SALA SOCIAL

MURCIA

SENTENCIA: 00992/2023

UNIDAD PROCESAL DE APOYO DIRECTO

PASEO DE GARAY, 5 - 2ª PLANTA - 30005 - MURCIA (UPAD)

Tfno: 968817077-968229216

Fax: 968817266-968229213

Correo electrónico: tsj.social.murcia@justicia.es

NIG: 30030 44 4 2020 0007267

Equipo/usuario: RCM

Modelo: 402250

RSU RECURSO SUPLICACION 0000112 /2023

Procedimiento origen: DSP DESPIDO/CESES EN GENERAL 0000812 /2020

Sobre: DESPIDO DISCIPLINARIO

RECURRENTE/S D/ña Luis Angel

ABOGADO/A: JUAN JOSE CASTAÑO CARAVACA

PROCURADOR:

GRADUADO/A SOCIAL:

RECURRIDO/S D/ña: DIRECCION000

ABOGADO/A: JULIO JOSÉ VIZUETE MARÍN

PROCURADOR:

GRADUADO/A SOCIAL:

En MURCIA, a trece de octubre de dos mil veintitrés.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, compuesta por los Ilmos. Sres. D. MARIANO GASCÓN VALERO, D. MANUEL RODRÍGUEZ GÓMEZ y D. JUAN MARTÍNEZ MOYA, de acuerdo con lo prevenido en el art. 117.1 de la Constitución Española, en nombre S.M. el Rey, tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, ha dictado la siguiente

SENTENCIA



En el recurso de suplicación interpuesto por el letrado D. Juan José Castaño Caravaca, contra la sentencia número 263/2022 del Juzgado de lo Social número 8 de Murcia, de fecha 17 de noviembre de 2022, dictada en proceso número 812/2020, sobre DESPIDO, y entablado por D. Luis Angel frente a la empresa DIRECCION000 .

En la resolución del presente recurso de suplicación, actúa como Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. JUAN MARTÍNEZ MOYA, quien expresa el criterio de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. - Hechos Probados en la instancia y fallo.

En la sentencia recurrida, se consignaron los siguientes hechos probados:

PRIMERO.- El actor, D. Luis Angel , mayor de edad y con D.N.I. núm. NUM000 , ha venido prestando servicios para la empresa DIRECCION000 ., con una antigüedad desde 14-08-86, categoría profesional de Coordinador A y salario mensual de 2.825,04 €, incluida la prorrata de pagas extras; sin ostentar ni haber ostentado cargo sindical ni representativo alguno de los trabajadores.

SEGUNDO.- En fecha 04-11-20, la empresa notificó al actor carta de despido disciplinario de igual fecha y efectos desde el mismo día, del siguiente tenor literal:

Murcia, a cuatro de noviembre de dos mil veinte.

D. Luis Angel

DNI NUM000

Depto. Frutería

Estimado colaborador

Mediante la presente le comunico que la empresa ha adoptado la decisión de sancionarle con el despido por la comisión de una falta muy grave de acuerdo con los siguientes hechos:

El pasado día 13 de septiembre cuando su compañera Visitacion se encontraba reponiendo en la sala de Hipermercado, se cruzó con usted que llevaba unas cervezas y pese a llevar las manos ocupadas, cuando llegó a su altura, liberó una de sus manos y se agachó, como haciéndole una reverencia, para acariciarle la parte interna del muslo, y la movió con suavidad hacia arriba en dirección a sus partes íntimas. Relata que en ese momento se sintió desconcertada y completamente paralizada. Sorprendida por lo que le acababa de ocurrir, se dirigió hacia un compañero que estaba trabajando cerca para preguntarle si había visto lo que acaba de suceder, y éste, que no había presenciado la escena como más tarde confirmó pero que le vio muy alterada, le preguntó qué le había sucedido y ella se lo relató.

No era la primera vez que usted protagonizaba episodios de esta naturaleza, pues hubo una denuncia hacía varios meses de un comportamiento inadmisibles, toda vez que se dirigió su compañera Apolonia diciéndole "Tú lo que necesitas es que te follen bien para que se te quiten las tonterías, lo que debes hacer es buscarte un buen maromo y verás cómo te terminan gustando los tíos" Además, le molestaba continuamente con comentarios al referirse a su pareja como "tu marido", lo que le resultaba humillante y vejatorio. A partir de la denuncia y la llamada de atención que tuvo del Jefe de Personal, y luego del Director del centro, dejó de molestarle.

Pero continuó molestando a otras compañeras, como a Visitacion , a las que de forma continuada hacía comentarios sexuales, como "¡Qué culo tienes!", "¡Estás echando mucho culo!", "¡Mañana es mi cumpleaños, vámonos de cena y luego al hotel!", "¡Vaya pompa tienes!" "Parece que te ha engordado el culo", "¡Lo que yo haría con esa carne!, y otras similares, todo ello acompañado de miradas lascivas y explícitas a las partes íntimas que son objeto de comentario.

A Lorenza también ha dedicado frases similares en referencia a sus atributos como "¡Parece que te ha engordado el culo!" "¡Dime cuando estás sola en casa!", "¡Vaya "pompa" tienes!", "¡Vámonos de copas y después al hotel!", "¡Como te queda el vestido!", "Lo que yo te haría!" y otras similares. La última vez que ha recibido alguna expresión de este tipo ha sido a mediados del mes de septiembre pasado.

Esta señorita, al igual que todas las demás compañeras, manifiesta que cualquier conversación que se inicia con usted deriva en comentarios y frases de contenido sexual, o en frases machistas o soeces. También han manifestado que cuando ellas, o cualquier otra compañera, se cruzan con usted se le queda mirando el culo o los pechos de fonda descarada. Si algún día llega alguna de mal humor, o está callada o de forma poco habladora, siempre le dice "¡Tú lo que estás es mal follada!"

Todo el personal femenino con el que habitualmente usted se relaciona se ha acostumbrado ya a recibir ese tipo de comentarios, miradas explícitas y expresiones en su lugar de trabajo, por lo que a la mayoría al principio les molestaba, pero algunas personas ya se han acostumbrado y, directamente, le mandan a paseo sin darle mucha importancia, hecho que no provoca en usted el mínimo desánimo pues a pesar de ello incide usted continuamente.

Sobre dichos comentarios no es posible determinar una concreción temporal al tratarse de una conducta continuada.

El pasado 24 de septiembre de 2020, a raíz del tocamiento del muslo que realizó usted a D^a Visitacion el día 13, la Comisión Instructora de Tratamiento de Situaciones de Acoso recibió una solicitud de intervención formulada por el Sindicato FASGA que dio lugar a la tramitación del proceso descrito en la Disposición Final Segunda del Convenio Colectivo .

Las conclusiones de ese informe, que transcribimos literalmente a continuación, son que usted ha sido autor de acciones que son consideradas acoso sexual, habiéndose dado traslado del mismo a la Dirección del Departamento de Recursos Humanos de la empresa con fecha 9 de octubre pasado para que se adopten las medidas disciplinarias oportunas.

Dicho informe contiene lo siguiente:

C.I.T.S.A.

Comisión Instructora para el Tratamiento e Investigación de Situaciones de Acoso para las Empresas del grupo El Corte Inglés S.A.

Informe de conclusiones 17/2020

A/A Departamento de Recursos Humanos

El Corte Inglés S.A. - Región de Murcia

ANTECEDENTES

El pasado 24 de septiembre de 2020, la Comisión Instructora de Tratamiento de Situaciones de Acoso recibió una solicitud de intervención por parte de Don Jose Antonio , Secretario Regional de Fasga Levante, a instancia de una de sus afiliadas, Dña. Visitacion perteneciente a la plantilla del centro de trabajo de Myrtea de la empresa El Corte Ingles S.A., sito en Murcia, a través de correo electrónico, denunciando una supuesta situación de acoso laboral por parte de Don Luis Angel , responsable de frutería del mismo Centro de trabajo.

La Comisión Instructora - CITSA, es el Órgano encargado de la tramitación del proceso contemplado en el "Procedimiento de Prevención y Tratamiento de Situaciones de Acoso Moral, Sexual o por razón de Sexo para la empresa El Corte Ingles S.A." siendo este Procedimiento, aplicable a todos los trabajadores del Grupo de Empresas El Corte Inglés S.A.

La CITSA ha iniciado dicho Procedimiento, dando curso a la solicitud e iniciando la apertura del presente informe, una vez cumplidas las directrices que en este tipo de denuncias marca el plan de igualdad.

ACTUACIONES

Como consecuencia de la situación de emergencia sanitaria en la que se encuentra nuestro país la CITSA ha creído conveniente evitar los desplazamientos entre Comunidades, por lo que se ha iniciado el procedimiento de entrevistas mediante el sistema remoto microsoft Teams.

Los días 1,2 y 6 de octubre, los miembros de la Comisión Doña Vanesa y Doña Raquel entrevistaron a la denunciante, al denunciado y a otras cinco personas que podrían tener conocimiento de los hechos.

Las entrevistas se realizaron en remoto entre la sede del sindicato Fasga en Murcia, el departamento de personal del Centro y las instalaciones de la Citsa en Fuente del Berro, 14 de Madrid.

En total se realizaron siete entrevistas; todas ellas tuvieron lugar garantizando en todo momento la confidencialidad y privacidad que exige el protocolo. Todas las personas entrevistadas habían tenido relación laboral con la denunciante y el denunciado en algún momento de su vida laboral.

En cumplimiento de lo establecido en la normativa vigente en materia de Protección de Datos Personales todos los entrevistados han sido informados del tratamiento que se dará a los datos personales facilitados a esta Comisión.

Únicamente la denunciante y dos de los testigos entrevistados acudieron acompañada por su representante sindical, el resto de los entrevistados no lo consideró necesario.



Todas las conversaciones han sido grabadas con el previo consentimiento explícito de los interesados, estando todas ellas protegidas por el principio de confidencialidad de las actuaciones de la CITSA.

Una vez finalizadas las entrevistas, y con la información de los testimonios aportados y la documentación a la que se ha tenido acceso, la Comisión ha agotado su capacidad de investigación. Así, el Pleno de la Comisión se ha reunido y ha adoptado de forma unánime, el presente informe de conclusiones.

RESUMEN DE LOS TESTIMONIOS

La Sra. Visitacion trabaja en la sala del Hipermercado como reponedora. El denunciado no es su jefe directo es el responsable de frutería.

La denunciante describe su relación como de compañeros que han coincidido desde la inauguración del Centro.

Comienza el relato indicando que existen unos WhatsApp del año 2017 en los que el denunciado le propone tomarse unas copas y después ir a un hotel. La Sra. Visitacion no le había facilitado su teléfono y desconocía como lo había conseguido porque según afirma entre ellos no había confianza como para ello. Posteriormente deja de enviarle mensajes, pero sigue con comentarios verbales: "ay lo que haría yo con esa carne", "mañana no te cruces por delante mío que te muerdo", "madre mía como estás", "madre mía que cuerpo tienes". Ella en alguna ocasión le contestó, "déjate de tonterías, parece mentira que tengas una hija de 16 años, a lo que él le respondió: "si le pasa a ella que se defienda".

La denunciante refiere que este tipo de comentarios no van dirigidos en exclusiva a ella, llegando a expresar que no tiene fijación con la denunciante en especial. El denunciado se dirige en general a todas las trabajadoras que trabajan en el área de alimentación, que hartas del comportamiento del denunciado únicamente se limitan a "mandarlo a la mierda", porque han asumido que las groserías las dirige a cualquiera de las componentes femeninas del equipo.

El detonante para denunciarle sucede el pasado 13 de septiembre cuando se encontraba reponiendo en la sala de Hipermercado; en un momento dado el denunciado se dirigía a otra zona de la sala cruzándose con ella y pese a llevar las manos ocupadas, cuando llegó a su altura, liberó una de sus manos y le acarició la parte interna del muslo, moviéndola hacia arriba. Relata que se sintió desconcertada y paralizada. Sorprendida por lo que le acababa de ocurrirle se dirigió hacia un compañero que estaba trabajando cerca para preguntarle si había visto lo que acaba de suceder, éste no había presenciado la escena como más tarde confirmó a esta Comisión, pero le preguntó que le había sucedido y ella se lo relató.

La denunciante al día siguiente le contó lo ocurrido al 2º de la Sala, Don Alberto que a su vez informó al responsable de la Sala Don Ángel. En esta primera conversación manifestó que lo único que pretendía es que le llamaran la atención y que la dejase en paz.

El Sr. Ángel se entrevistó el día 14 de septiembre con la denunciante con el compañero que se encontraba cerca de la denunciante cuando sucedió el incidente y con otra trabajadora que también relató haber tenido encontronazos verbales con el denunciado. Habló también con el denunciado Don Luis Angel, para aclarar lo que había sucedido, en presencia de Don Alberto.

Don Alberto comenta que el denunciado no le da importancia, al contacto físico que se produjo con la denunciada el día 13, que lo califica como un saludo. Don Alberto también nos trasmite que ha tenido denuncias anteriores de comentarios verbales fuera de lugar vertidos por el denunciado.

En la entrevista que mantuvieron con el denunciado, hasta 3 veces negó conocer a Visitacion. Al preguntarle sí se había producido recientemente algún incidente con ella, él no recordaba haber tenido relación con ella. Al preguntarle más concretamente por el tocamiento que había denunciado la Sra. Visitacion, el denunciado le quitó importancia y lo calificó como una broma. Tampoco admitió haber enviado algún whatsapp a la Sra. Visitacion.

A continuación, la Sra. Visitacion fue cambiada de turno de trabajo para que no coincidieran. La denunciante comenzó el día 29 de septiembre una baja médica de la que fue dada de alta el pasado 6 de octubre.

El Sr. Ángel puso en conocimiento del Jefe de Personal, Sr. Ernesto, el contenido de las conversaciones mantenidas y éste le indicó que elaborase un informe de lo sucedido, el cuál ha sido facilitado a esta Comisión por el Sr. Ernesto.

El Sr. Ángel en su entrevista informa a esta Comisión que no es la primera vez que el denunciado protagoniza episodios de esta naturaleza, pues hubo una denuncia hace aproximadamente 13 meses de un comportamiento inadmisibles del denunciado, dirigiéndose a una compañera le dijo "lo que necesitas es que te follan bien para que se te quiten las tonterías, lo que debes hacer es buscarte un buen maromo"; el denunciado únicamente se excusa diciendo que es su manera de ser, que son bromas sin importancia. El Sr. Ángel añade



que incluso en la última evaluación de desempeño se le rectificó su manera de proceder, advirtiéndole de la gravedad de su manera de comportarse.

El compañero que se encontraba cerca, tal y como indicó a la denunciante, confirmó a esta comisión que no había presenciado los hechos denunciados, pese a que estaban trabajando cerca. Vio a Luis Angel que se dirigía hacia el obrador y posteriormente Visitacion le relató lo sucedido encontrándose entre sorprendida y nerviosa, añadiendo que también había estado recibiendo mensajes en el pasado. El testigo conoce a Luis Angel y sabe que habitualmente se dirige a las mujeres piropeándolas, aunque no ha oído comentarios groseros.

Una de las testigos describe al denunciado como una persona "babosa" "machista" y "mujeriego", pasa de ser un jefe colega con chascarrillos graciosos a verter comentarios fuera de tono como, por ejemplo, "te voy a follar que es lo que te hace falta". Hace comentarios fuera de lugar tanto a mujeres, como homosexuales, utilizando comentarios despectivos y en el caso de algún compañero llamándole "nena", "nenita". La testigo ha percibido miradas lascivas cuando mira a las mujeres del área, fijándose en el culo cuando se dan la vuelta.

Esta testigo afirma que hasta ahora no había oído que hubiese pasado a la acción con tocamientos o con roces no deseados, únicamente conocía agresiones verbales de carácter sexual, de las que ella misma ha sido víctima.

Otra de las testigos relata tener amistad con la denunciante. Nos indica que fue ella la que le contó lo sucedido y que le aconsejó que no lo dejara pasar porque pese a que ella no ha tenido ningún contacto físico con el denunciante, sí ha recibido comentarios que le han hecho sentirse incomoda; como "vámonos de cena", "que culo tienes", "estas echando mucho culo". Describe al denunciado como una persona, dicharachera, alegre, cuenta chistes, pero ante un comentario tan inocente como: "mañana es mi cumpleaños", el denunciado contestaba pues "vámonos de cena y después a un hotel".

La testigo ha intentado hacerle comprender que, aunque se lleven bien como compañeros que son, no se puede admitir ciertos comentarios fuera de lugar.

Este tipo de comentarios los han ido eludiendo "mandándolo a la mierda", incluso llegando a normalizar su comportamiento y dejándole por imposible.

Lo considera una persona impulsiva que no valora la trascendencia que pueden tener sus comentarios, pese a haberle dicho en repetidas ocasiones que esos comentarios no proceden entre compañeros.

El denunciado admite haber tenido el contacto que denuncia la Sra. Visitacion, pero relata que en ningún momento intercambia ninguna palabra con ella, que es la denunciante la que se dirige a él diciéndole: " Luis Angel que no me entere yo que te falta a ti de na", motivado porque le ve llevando un bocadillo y 2 latas de bebida, él en ese momento, al llegar a su altura, se agachó y la saludo tocándole a la altura de la rodilla, "dándole un pellizco", aunque divaga e indica que no lo recuerda exactamente. Lo describe como un acto reflejo.

Posteriormente asegura que al ponérsele en medio del pasillo se sintió provocado. Admite que, si ella no le hubiese saludado, no hubiese pasado nada, que sólo fue un gesto cariñoso hacia ella.

Cuando esta Comisión le pregunta sobre los whatsapp que ha intercambiado con la denunciante, y que obran en nuestro poder, miente asegurando que nunca ha intercambiado ningún mensaje con la Sra. Visitacion. Sólo recuerda uno que ella le envió en Nochevieja felicitándole.

Admite que hace unos 13 meses mantuvo una conversación con una compañera, pero en "tono distendido, en ningún caso para ofenderla", indicándole que quizá su condición sexual se debía a que no había probado a tener relaciones con hombres. Admite que por ese motivo ella se enfadó y dio una queja de él y por eso le llamaron la atención. Asegura que en la actualidad se lleva muy bien con ella.

Afirma que desde ese momento y tras la llamada de atención del Sr. Ernesto ha reducido tanto los comentarios, que incluso le han llegado a decir que ha cambiado mucho y que no parece el mismo.

Los testigos entrevistados le definen como tosco y algo básico, pero sin intención malsana de conseguir ningún favor sexual; es más de incontinencia verbal, sobre todo con las mujeres. Consideran que no tiene dobleces, ni dobles intenciones en sus comentarios.

CONCLUSIONES

El pleno de la Comisión Instructora, tras la investigación realizada, atendiendo a la información aportada por los testigos y la admisión de los hechos por el denunciado, ha alcanzado las siguientes conclusiones:

En el presente caso se han producido una serie de conductas que son consideradas acoso sexual:

Verbales: comentarios soeces, proposiciones, descalificaciones, comentarios sobre la apariencia física.

Escritas: proposiciones, comentarios insinuantes,



Físicas: contacto físico deliberado y no deseado

Esta Comisión considera que, en el presente caso, pese a que el denunciado parece que no tiene una intención consciente y deliberada de ofender o de conseguir favores sexuales de las trabajadoras de su entorno, existe un comportamiento verbal y físico que podemos calificar de acoso sexual y que en ningún caso debe consentirse en un entorno laboral.

Este informe será trasladado a la Dirección de Recursos Humanos de la Región de Murcia para que se tomen las medidas que consideren oportunas para erradicar este tipo de comportamientos que bajo ningún concepto deben admitirse, agravándose en este caso por ostentar el denunciado un puesto de responsabilidad con un equipo humano a su cargo.

El contenido del informe tiene carácter confidencial por lo que su uso o difusión en el entorno laboral rompería dicha confidencialidad y podría considerarse una trasgresión de la buena fe contractual.

En virtud del punto 5º del Procedimiento de Actuación la Comisión remite el informe de conclusiones a la solicitante y al Departamento de Recursos Humanos para que actúe de la forma que considere oportuna, conforme al punto 6º del Proceso de Solución mediante pronunciamiento contenido en las Disposiciones Generales de la Disposición Final Segunda del Convenio Colectivo de aplicación, procediendo a su posterior archivo dándose por finalizado el proceso.

CITSA

En Madrid a 09 de octubre de 2020"

Obviamente, la empresa no puede permitir que ningún trabajador trate de esta forma a ninguna compañera, máxime tratándose de un jefe de departamento, como es usted.

El apartado 16 del art. 55 del convenio describe el acoso sexual como "Toda conducta, en el ámbito laboral, que atente gravemente al respeto a la intimidad y dignidad mediante la ofensa, verbal o física, de carácter sexual o acoso moral. Si la conducta es llevada a cabo prevaleciendo de una posición jerárquica supondrá una circunstancia agravante de aquella".

En el presente caso ha cometido usted dos infracciones susceptibles de ser definidas, de acuerdo con el convenio, como acoso sexual. La primera, la ofensa de carácter físico, al realizar el tocamiento de la cara interior del muslo de su compañera Visitacion el pasado día 13 de septiembre, de acuerdo con lo anteriormente descrito; pero también, y en segundo lugar, es posible definir como acoso sexual el constante y continuado trato vejatorio al que somete a algunas compañeras con comentarios subidos de tono, de carácter sexual o machista, que aunque puedan ser vividos por usted como algo "gracioso", o realizado en plan de "broma", es algo que resulta objetivamente repugnante y que no puede ser consentido en ningún lugar de trabajo.

Ambas conductas, además, podría constituir una transgresión de la buena fe, así como una situación de abuso de confianza en el desempeño de su trabajo, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 13 del mismo precepto 55, lo que solo se puede calificar infracciones muy graves, que deben ser graduadas al máximo en virtud de lo dispuesto en el citado precepto, dada su condición de jefe y la continuidad y reiteración de su conducta, lo que conlleva la aplicación de la máxima sanción de despido de la empresa, todo ello con efecto desde este mismo momento.

Firme usted la presente en prueba de su recepción, significándole que queda a su disposición en el departamento de personal la correspondiente liquidación de haberes. Igualmente le informamos que esta decisión ha sido previamente puesta en conocimiento de su representación sindical conforme a lo previsto legalmente.

Recibí original Fdo. Ernesto

Jefe de Personal

Fdo. Luis Angel

DNI NUM000

TERCERO.- Entre las 15,02 h. y las 15,19 h. del día 27-04-17, el actor y D^a Visitacion mantuvieron la siguiente conversación mediante whatsapp:

Luis Angel : Que te Keda

Soy Luis Angel Voy

por 5 cigarro

???



Visitacion : Que tonto

Pero era en serio jajajaja

Vaya un Luis Angel

(envío de una fotografía)

Estoy comiendo con mi abu jajajaja

Luis Angel : No se k poner Visitacion :

Luis Angel : Pues si, era en serio

De las pocas veces que lo hago

Visitacion : Pobre mío

Quien te ha dado mi número ???

Luis Angel : Como ya sabes que era en serio, me voy arriba a la galería a comer solo y hacer tiempo hasta las 6

El número ya lo tenía

Visitacion :

Luis Angel : Aunque podrías arreglarlo y recogerme y tomar una copa

Y después un hotel

Te as queda o muda

Visitacion : Muda y muerta Luis Angel : Escusas

Visitacion : Estás muy mal

Luis Angel : Mañana no te cruces por delante de mi

Que te muerdo

Vivan los malentendidos

Ads cariño

Mañana hablamos

Visitacion : A que el teléfono lo has cogido del sobre de mi renta???

Que estaba en la tienda

Luis Angel : No cabrona, no se como pero lo tenia

Y mi gozo en un pozo

Aiiiiii

Miedosa

Visitacion : Estás muy mal te lo digo, La Celestina te mata

CUARTO.- En fecha 24-05-19 el actor fue amonestado verbalmente por el Jefe de Personal, D. Ernesto , como consecuencia de comentarios de índole sexual efectuados a D^a Apolonia y a otras compañeras de trabajo. A partir de ese momento, no consta que el actor haya realizado ningún otro comentario de esa índole a ninguna compañera de trabajo.

QUINTO.- El día 13-09-20 el actor se cruzó con D^a Visitacion , que se encontraba reponiendo productos en la sala de Hipermercado y, cuando llegó a su altura le tocó la parte interna de un muslo.

SEXTO.- En fecha 17-11-20 fue presentada papeleta de conciliación ante el S.R.L.

SEGUNDO.- Fallo de la sentencia de instancia.

En la sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo: *"Que desestimando la demanda planteada por D. Luis Angel , frente a la empresa DIRECCION000 . y absolviendo a esta última de los pedimentos deducidos en su contra, debo declarar y declaro la procedencia del despido enjuiciado y convalidada la extinción del contrato de trabajo que con el aquel se produjo, sin derecho a indemnización ni a salarios de tramitación"*

TERCERO.- De la interposición del recurso y su impugnación.



Contra dicha sentencia fue interpuesto recurso de suplicación por el letrado D. Juan José Castaño Caravaca, en representación de la parte demandante

CUARTO.- De la impugnación del recurso.

El recurso interpuesto ha sido impugnado por el letrado D. Julio José Vizueté Marin en representación de la parte demandada.

QUINTO.- Admisión del recurso y señalamiento de la votación y fallo.

Admitido a trámite el recurso se señaló el día 11 de octubre de 2023 para los actos de votación y fallo.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

FUNDAMENTO PRIMERO. - Objeto del recurso de suplicación y resumen de antecedentes procesales.

1. El Juzgado de lo Social número Siete de Murcia ha declarado, en sentencia dictada el 17-11-2022, la procedencia del despido disciplinario del trabajador demandante que realizó la empresa demandada, DIRECCION000, al imputarle en la carta de despido un tocamiento en la cara interior del muslo a una trabajadora de la empresa, y por trato continuado y vejatorio a compañeras de trabajo con contenido sexual y "machista". Ambos comportamientos quedaron plasmados en los hechos probados (y también reiterados en la fundamentación jurídica con valor fáctico) si bien en la sentencia de instancia se consideró como hecho determinante de la conducta constitutiva de despido procedente la primera de las acciones - el tocamiento en "parte interna del muslo" a una compañera-, descartando la segunda imputación porque ya había sido objeto de una amonestación anterior, teniéndola en cuenta solo a los efectos de reincidencia.

2. Se alza en suplicación el demandante estructurando el recurso en tres motivos:

(a) Al amparo de la letra a) del artículo 193 LRJS interesa la nulidad de la sentencia a través de una doble vía:

- Por una parte, conforme con el artículo 202.2 de la LRJS entiende que dicha sentencia ha infringido normas y garantías de procedimiento que le han producido indefensión al recurrente.

- Por otra parte, achaca también a la sentencia el vicio de incongruencia. Invoca al respecto infracción del artículo 218 de la LEC en relación con el 105.2 de la LRJS, con lesión del artículo 24 de la CE, considerando ha alterado los términos del debate.

(b) Al amparo de la letra b) del artículo 193 de la LRJS solicita la revisión de los hechos probados.

(c) Al amparo de la letra c) del art. 193 LRJS, suscita el examen de las infracciones de normas sustantivas o de la jurisprudencia, motivo que a su vez integra otros tres submotivos centrados: 1) En considerar que se ha infringido el artículo 7 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres; 2) En invocar infracción del artículo 7 del Código Civil, así como la jurisprudencia que lo interpreta y la doctrina de los actos propios; y 3) En entenderse que se han conculcado los artículos 24 y 9.3 de la CE, en relación con el artículo 105.2 de la LRJS, así como la jurisprudencia que lo interpreta, reprochando a la sentencia incurrir en incongruencia y arbitrariedad.

Estos tres motivos le conducen a pedir principalmente la nulidad de la sentencia por las infracciones procesales alegadas; y alternativamente su revocación, estimando la demanda y reconociendo la improcedencia del despido.

3. El recurso ha sido impugnado por la empresa demandada.

FUNDAMENTO SEGUNDO. - Motivo primero: sobre los quebrantamientos formales de la sentencia recurrida.

4. Como precedentemente hemos expuesto el motivo suplicacional del artículo 193 a) LRJS por infracción procesal se desdobra en dos reproches. El primero referente a la falta de motivación de la sentencia. El segundo porque se considera que ha incurrido en vicio de incongruencia. En ambos casos, en el recurso se sostiene que ambas infracciones han generado indefensión al recurrente.

5. Ninguna de estas infracciones procesales acontecen en la sentencia.

6. En cuanto a la falta de motivación de la sentencia.

6.1 Tesis del recurso: se justifica este reproche acudiendo a extensas argumentaciones en las que se mezclan valoraciones personales del recurrente sobre las pruebas testificales y pericial, intentando construir un relato de hechos nuevo y atacando la convicción probatoria contenida en la sentencia a través de un juicio de parte. Se



vierte una serie de alegatos para señalar que la Sentencia "no ha realizado una ponderación objetiva atendiendo al conjunto de las circunstancias concurrentes del caso, tales como la intensidad de la conducta, su reiteración, si se han producido contactos corporales humillantes o sólo un amago o bien si quedó en licencias o excesos fruto del trato admitido por las partes, y si el comportamiento ha afectado al cumplimiento de la prestación laboral". Para tratar de fundamentar esa falta de motivación también se dice que, tras la lectura de la sentencia, "no se alcanza a saber si, desde el punto de vista jurídico, el juzgador considera que existió (o no existió) una conducta de acoso sexual (...)", e incluso acusa a la sentencia de no haber valorado y ponderado en orden a la gravedad de la conducta "si existe afectación sobre el equilibrio psicológico" (sic) de algunas de las trabajadoras que testificaron. Y finalmente se llevan a cabo una serie de alegaciones que ponen de manifiesto una discrepancia sobre la valoración (o ausencia) de valoración de medios probatorios (pericial y testifical) y divergencias sobre la calificación de la consideración de la conducta como reincidente.

6.2 Desestimación del submotivo. Si se lee con atención la sentencia, en su parte fáctica y jurídica, se infiere con claridad que da respuesta motivada a la controversia suscitada. Las alegaciones que pretenden justificar la falta de motivación de la sentencia nada tienen que ver con esa categoría jurídica. Se trata de valoraciones probatorias de parte, mezcladas con valoraciones jurídicas discrepantes con lo decidido en la sentencia que se tratan de envolver bajo un manto de quebranto formal de la sentencia inexistente. Ciertamente es que el canon constitucional de la "motivación suficiente" no se ve satisfecho mediante la simple exposición de una conclusión, fáctica o jurídica, sino que requiere un razonamiento o inferencia (STC 8/2014, de 27 de enero). Y también es doctrina constitucional que la que señala que el mero enunciado formal, sin argumentos, sin razonamiento que los proyecte al caso y a la institución jurídica a debate implica que la decisión o aparece razonada en contraste con la *ratio* de la norma, y que tampoco se justifica que la solución hermenéutica sea acorde con los fines que procura la institución, y con sus presupuestos, a la vista de las circunstancias del caso. Y que tampoco resulta esta exigencia "cumplida con la mera emisión de una declaración de voluntad en un sentido u otro, sino que debe ser consecuencia de una exégesis racional del ordenamiento jurídico y no fruto de la arbitrariedad (por todas, SSTC 146/2005, de 6 de junio, F. 7, y 13/2012, de 30 de enero, F. 3)" (STC 145/2012, de 2 de julio, FJ 4). Ahora bien, la lectura de la sentencia recurrida contiene hechos probados claros y vinculados al objeto de debate. También hay una fundamentación jurídica y valoración sobre la prueba practicada en el acto de juicio (principalmente testifical dado la naturaleza de los hechos imputados), ajustada a los parámetros de motivación suficiente. Por tanto, este primer submotivo ha de ser desestimado.

7. Con relación la falta de congruencia de la sentencia.

7.1 Tesis del recurso: se aduce en el recurso la infracción de los artículos 218 de la LEC en relación con el 105.2 de la LRJS, considerando que la sentencia es incongruente porque ha modificado los términos del debate judicial. Concretamente considera que los hechos en los que funda el despido están recogidos en el apartado 9 del artículo 55 del Convenio Colectivo aplicable y no en el apartado 16. De ahí que se sostenga que el juez de instancia se ha apartado de la causa de pedir (conducta de acoso art. 55 apartado 16) para llevarla al (art. 55 apartado 9) que recoge otros motivos distintos como son el comportamiento adecuado de respeto y consideración. De lo que colige que "al situar la conducta en otro apartado del mismo precepto, cambia las reglas del debate, infringiendo el artículo 218 de la LEC, al conceder algo por motivo distinto del alegado, e igualmente y por el mismo motivo, infringe el artículo 105.2 de la LRJS, generando una clara indefensión en el trabajador que basó su estrategia defensiva en el acoso sexual, y no, en la conducta de respeto y consideración".

7.2. Desestimación del submotivo. Las alegaciones sobre las que se vertebra el recurso nada tienen que ver con las reglas de la congruencia de la sentencia, por varias razones:

-Primera porque la congruencia supone un ajuste "sustancial" entre lo pedido y lo resuelto que, por tanto, no exige del fallo "una conformidad literal y rígida con las peticiones de las partes, sino racional y flexible" (ST 16 febrero 1993, rcud. 1203/1992). La congruencia se plantea, pues, como una necesidad de correlación entre determinada actividad procesal de las partes, por un lado, y la actividad decisoria o resolutoria que el juez plasma en la sentencia, por otro. En el caso, la calificación del despido contenida en el fallo de la sentencia, que no es otra que la de procedencia, es conforme a derecho y resulta congruente con lo que fue objeto de debate.

-En segundo término, el artículo 218 de la LEC dispone que las sentencias deben ser claras, precisas y congruentes con las demandas y con las demás pretensiones de las partes, deducidas oportunamente en el pleito. Asimismo, aclara que "El tribunal, sin apartarse de la causa de pedir acudiendo a fundamentos de hecho o de Derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer, resolverá conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes". El precepto quiso ajustarse a lo que previamente había venido diciendo la jurisprudencia constitucional: la incongruencia "desajuste entre la respuesta judicial y los términos en que los litigantes han configurado el debate, concediendo más o menos, o cosa distinta de lo pedido" (SSTC 20/1982, 67/1993, 224/1997)- resulta



de confrontar la parte dispositiva de la sentencia con el objeto del proceso delimitado por sus elementos, subjetivos y objetivos, causa de pedir y petitum, pero tal confrontación no significa una conformidad rígida y literal con los pedimentos de los suplicos de los escritos (STC 171/1993).

- En tercer lugar porque "[E]l derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) no incluye un pretendido derecho al acierto judicial en la selección, interpretación y aplicación de las disposiciones legales, pero sí comprende, entre otras dimensiones, el derecho a obtener una resolución judicial motivada que, ... supone, en primer lugar, que la resolución ha de estar suficientemente motivada, es decir, contener los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión; [...] la motivación debe contener una fundamentación en Derecho, lo que conlleva la garantía de que la decisión no sea consecuencia de una aplicación arbitraria de la legalidad, ni resulte manifiestamente irrazonable, incurra en un error patente o en una evidente contradicción entre los fundamentos jurídicos, o entre éstos y el fallo, ya que, en tal caso, la aplicación de la legalidad sería tan sólo una mera apariencia (SSTC 147/1999, de 4 de agosto, FJ 3; 25/2000, de 31 de enero, FJ 2; 87/2000, de 27 de marzo, FJ 3; 82/2001, de 26 de marzo, FJ 2; 221/2001, de 31 de octubre, FJ 6; 55/2003, de 24 de marzo, FJ 6; 223/2005, de 12 de septiembre, FJ 3; y 276/2006, de 25 de septiembre, FJ 2, entre otras muchas)" (STC 138/2014, de 8 de septiembre, FJ 2).

- Finalmente, ha de concluirse para rechazar este motivo de nulidad que una cosa es aducir por la empresa demandada, o que hubiera sido apreciados por el juez en la sentencia, hechos distintos de los motivadores de la carta de despido, lo que resultaría impertinente; y otra cosa bien distinta es que, como sucede en la sentencia recurrida, se lleve a cabo una calificación jurídica de los hechos contenidos en la carta de despido, en los términos que se hayan acreditado, sin introducir hechos ni considerar hechos distintos. Lo que se ha declarado probado como determinante de la causa del despido son datos fácticos contenidos en la carta de despido. Así las cosas, la cuestión de calificación jurídica en el marco del elenco de sanciones previstas en el Convenio Colectivo no puede fundamentar en rigor un reproche de incongruencia ni desde luego ha podido generar indefensión toda vez que el acto de la vista y las pruebas practicadas, a tenor de lo que se establece en la sentencia, se ha centrado en los hechos imputados en la carta de despido. En otras palabras: la calificación que el empresario haya hecho de estos hechos, si es que lo ha hecho, pues no es obligado, no vincula al tribunal que puede considerar que es una causa distinta de despido la que en verdad tiene lugar.

FUNDAMENTO TERCERO. - Segundo motivo del recurso: sobre la revisión de los hechos probados.

8.- Al amparo de la letra c) del artículo 193 de la LRJS se solicitan en el recurso diecisiete peticiones revisoras del relato de hechos probados. En unas interesa la revisión propiamente dicha de algunos apartados de los hechos probados; y la mayoría de las peticiones se orientan a ampliar el relato fáctico.

9.- En la revisión fáctica casacional, que sirve de modelo para la de suplicación, reiterada jurisprudencia (por todas STS, Social sección 1 del 22 de marzo de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:1348) y las que allí cita) viene exigiendo, para que el motivo de revisión de hechos prospere, los siguientes requisitos:

1. Que se señale con claridad y precisión el hecho cuestionado (lo que ha de adicionarse, rectificarse o suprimirse).
2. Bajo esta delimitación conceptual fáctica no pueden incluirse normas de Derecho o su exégesis. La modificación o adición que se pretende no debe comportar valoraciones jurídicas. Las calificaciones jurídicas que sean determinantes del fallo tienen exclusiva y adecuada ubicación en la fundamentación jurídica.
3. Que la parte no se limite a manifestar su discrepancia con la sentencia recurrida o el conjunto de los hechos probados, sino que se delimite con exactitud en qué discrepa.
4. Que su errónea apreciación derive de forma clara, directa y patente de documentos obrantes en autos (indicándose cuál o cuáles de ellos así lo evidencian), sin necesidad de argumentaciones o conjeturas [no es suficiente una genérica remisión a la prueba documental practicada].
5. Que no se base la modificación fáctica en prueba testifical ni pericial. La variación del relato de hechos únicamente puede basarse en prueba documental obrante en autos y que demuestre la equivocación del juzgador. En algunos supuestos sí cabe que ese tipo de prueba se examine si ofrece un índice de comprensión sobre el propio contenido de los documentos en los que la parte encuentra fundamento para las modificaciones propuestas.
6. Que se ofrezca el texto concreto conteniendo la narración fáctica en los términos que se consideren acertados, enmendando la que se tilda de equivocada, bien sustituyendo o suprimiendo alguno de sus puntos, bien complementándolos.
7. Que se trate de elementos fácticos trascendentes para modificar el fallo de instancia, aunque puede admitirse si refuerza argumentalmente el sentido del fallo.



8. Que quien invoque el motivo precise los términos en que deben quedar redactados los hechos probados y su influencia en la variación del signo del pronunciamiento.
9. Que no se limite el recurrente a instar la inclusión de datos convenientes a su postura procesal, pues lo que contempla es el presunto error cometido en instancia y que sea trascendente para el fallo. Cuando refuerza argumentalmente el sentido del fallo no puede decirse que sea irrelevante a los efectos resolutorios, y esta circunstancia proporciona justificación para incorporarla al relato de hechos, cumplido -eso sí- el requisito de tener indubitado soporte documental.
- [...] De acuerdo con todo ello, aun invocándose prueba documental, la revisión de hechos sólo puede ser acogida si el documento o dictamen de que se trate tiene *"una eficacia radicalmente excluyente, contundente e incuestionable, de tal forma que el error denunciado emane por sí mismo de los elementos probatorios invocados, de forma clara, directa y patente, y en todo caso sin necesidad de argumentos, deducciones, conjeturas o interpretaciones valorativas"* (STS de 16 de noviembre de 1998, recurso 1653/1998).
- No puede pretender el recurrente, de nuevo, la valoración total de las pruebas practicadas o una valoración distinta de una prueba que el juzgador "a quo" ya tuvo presente e interpretó de una determinada manera, evitando todo subjetivismo parcial e interesado en detrimento del criterio judicial, más objetivo, imparcial y desinteresado. Por ello, la jurisprudencia excluye que la revisión fáctica pueda fundarse "salvo en supuestos de error palmario... en el mismo documento en que se ha basado la sentencia impugnada para sentar sus conclusiones, pues como la valoración de la prueba corresponde al Juzgador y no a las partes, no es posible sustituir el criterio objetivo de aquél por el subjetivo juicio de evaluación personal de la recurrente" (STS de 6 de junio de 2012, rec. 166/2011, con cita de otras muchas)".
- 10.-** El recurso debe ser desestimado porque incumple varios de los requisitos que esta Sala viene exigiendo para que resulte viable cualquier rectificación fáctica. En efecto:
- En cuanto al primera revisión fáctica. Pretende consignar en el hecho probado segundo texto alternativo del siguiente tenor:
"El pasado día 13 de septiembre cuando su compañera Visitación se encontraba reponiendo en la sala de Hipermercado, se cruzó con usted que llevaba unas cervezas y ante la frase que esta le dirigió de " Luis Angel que no me entere yo que te falta a ti de ná" pese a llevar las manos ocupadas, cuando llegó a su altura, liberó una de sus manos y se agachó, como haciéndole una reverencia, para darle un toque en la rodilla. Sin que la Sra. Visitacion evitara el contacto apartándose o abandonando el lugar al verlo llegar.
 - Acto seguido, tras el hecho, la misma no dijo absolutamente nada al trabajador, no le recriminó nada, y según manifiesta, ambos prosiguieron como si nada, cada uno para un lado".
 - La petición revisoria ha de ser desestimada puesto que se pretende justificar en declaraciones testificales - prueba inhábil a estos efectos- y en conjeturas y razonamientos.
 - La segunda y tercera revisiones tienen por objeto expulsar parte del contenido del hecho probado segundo de la sentencia, petición inviable puesto con fundamento en valoraciones probatorias de las declaraciones testificales y haciendo valoraciones jurídicas sobre la necesidad de haber tenido que someter a contradicción dichos testimonios. Pero es que además resulta absolutamente inocuo desde el momento en que el hecho probado segundo no es más una mera transcripción de la carta de despido, de ahí que no contiene ninguna convicción judicial probatoria sobre el particular salvo la constancia y contenido de dicha comunicación.
 - La cuarta pretensión novatoria tiene por objeto adicionar en el apartado tercero de los hechos probados texto del siguiente tenor: "Que el trabajador no fue sancionado por la mercantil por conducta de acoso sexual laboral hacia un número indeterminado de compañeras, sino llamado al orden, con amonestación verbal exclusivamente, por comentarios inapropiados o fuera de lugar, ordenando al trabajador que se disculpase con una de ellas, la Sra. Apolonia . Que la acción no fue calificada conforme a la relación de infracciones y sanciones que prevé el convenio colectivo y, por tanto, al trabajador no se le informó debidamente de sus consecuencias". Tampoco puede prosperar no solo porque se indica prueba inhábil a efectos revisorios (está basada en declaraciones realizadas en el acto de juicio) sino porque contiene valoraciones jurídicas de parte, inadecuadas en un relato de hechos probados, carentes del soporte documental.
 - La quinta adición que se solicita destinada a insertarla en el apartado cuarto de la crónica de la sentencia es del siguiente tenor: "Que el trabajador pidió disculpas a la persona que se sintió ofendida por el comentario (Dª Apolonia), y tras esta, el trato entre ambos fue correcto y cordial sin ningún tipo de incidencia más". También está destinada al fracaso por una doble razón: se vuelve a remitir a las declaraciones testificales y de parte contenidas en la vista y son juicios y valoraciones subjetivas.



- La sexta petición revisoria se concibe como adición a fin incorporarla en el hecho probado quinto. Sin embargo no solo no es una adición fáctica pues no explicita un texto alternativo claro, limitándose a señalar que del "visionado de las imágenes de la conversación entre la Sra. Visitacion y el Sr. Luis Angel (Fundamento de Derecho 3º), se evidencia la existencia de un trato cercano y de un "acuerdo" entre ambos para verse a la salida del trabajo (...)", sino que constituye un agregado y juicios de valor sobre supuestas reacciones de la trabajadora atribuyéndole el valor de indicios, técnica suplicacional vedada para que pueda prosperar este motivo del recurso.

- La séptima revisión tiene por objeto adicionar un triple contenido al hecho probado sexto: "Que la denuncia de estos hechos se produce el 13/9/20 y coincide cuando la mercantil había iniciado un ERE por cierre de sus instalaciones"; b) Y también agregar: a) "Que, a la Sra. Visitacion y a las otras dos declarantes, testigos propuestas por la empresa, no les ha afectado el ERE que la mercantil promovió por cierre de sus instalaciones, conservando todas ellas su empleo"; c) "Que todas ellas han experimentado una mejora sustancial en sus puestos de trabajo con respecto al que desempeñaban hasta ese momento, pasando de reponedoras en la sala del supermercado (transportando pesos), a trabajar en el call center de la mercantil (atendiendo llamadas de teléfono), constando, además, que una de ellas, la Sra. Lorenza, ha pasado a ocupar un puesto de mando intermedio (Coordinadora Dpto. Call Center)". No solo carecen de sustento documental claro e indubitado - se vuelve a mencionar minutos de las grabaciones-; sino que ni de la pericial realizada sobre el volcado del móvil y del escrito de demanda puede inferirse palmariamente el texto propuesto.

- La octava adición persigue introducir el siguiente contenido al hecho probado octavo: "Que entre la Sra. Visitacion y el Trabajador, se intercambiaban WhatsApp con felicitaciones cariñosas de navidad. Que se intercambiaron entre ambos a través de WhatsApp acontecimientos de la esfera familiar, como enviarle las fotos de las capturas de pesca del marido de la denunciante y ponerse a hablar de la zona de captura". Tampoco puede ser atendida esta pretensión. Sin perjuicio de considerar que los mensajes de WhatsApp no puedan negárseles virtualidad revisoria como prueba documental en su versión de texto, no así cuando incorporen videos o audios; en el presente caso resulta absolutamente irrelevante la primera parte de la versión propuesta, además de improcedente por contener valoraciones probatorias.

- La novena petición revisoria tiene por finalidad adicionar como hecho probado noveno: "Que la Sra. Lorenza, iba a comer, al menos en una ocasión, junto con más compañeros a casa del trabajador". Tal extremo se pretende inferir de declaraciones testificales, lo que es rechazable; pero es que además resulta absolutamente irrelevante para la decisión.

- La décima petición tiene por objeto agregar como hecho probado décimo la siguiente afirmación: "Que en la zona en la que sucedieron los hechos, la mercantil disponía de cámaras de video vigilancia". Nuevamente infiere esta circunstancia de la prueba testifical lo que no resulta atendible por lo reiteradamente expuesto.

- La undécima petición consiste en agregar al relato fáctico "Que la denunciante, ocultó deliberadamente en su declaración ante la CITSA, (en adelante Comisión Instructora para el Tratamiento de Investigación de situaciones de Acoso, para las empresas del grupo DIRECCION000.), que había sido ella la que entabló conversación con el trabajador momentos antes de los hechos, reconociendo después, en su declaración en sala, que efectivamente le dijo al trabajador cuando lo vio situándose frente a él, mientras este con las manos ocupadas se dirigía a comerse el bocadillo del almuerzo, la frase " Luis Angel que no me entere yo que te falta a ti de ná". El texto propuesto ha de ser desestimado puesto que constituye un juicio de valor interesado de la propia parte.

- La duodécima y la decimotercera tiene por misión hacer valoraciones sobre el informe de la CITSA, lo que se compadece mal con la correcta técnica para lograr la revisión de hechos probados.

- La decimocuarta revisión tiene por finalidad realizar una serie de valoraciones sobre el nivel de dependencia entre trabajador despedido y la trabajadora. También está destinada al fracaso esta petición de alteración del relato puesto que son valoraciones de parte basadas muy indirectamente en declaraciones realizadas en el acto de juicio y en apreciaciones de la pericial a instancia del demandante. Con todo, de asumirse resultarían completamente irrelevantes para variar el signo del fallo.

- En decimoquinto lugar interesa que se añada un texto que noticie que expresivo "Que la Sra. Visitacion no buscó auxilio en sus superiores en el año 2017, si consideraba que las conductas del Sr. Luis Angel no eran adecuadas". Nuevamente la versión propuesta se apoya en testificales, lo que resulta estéril a los efectos de lograr una revisión.

- Con la decimosexta variación también se pretende agregar al relato de hechos probados el siguiente apartado: "pese a que la mercantil, a través del Sr. Apolonia tal como se expone en el informe de la CITSA, tenía conocimiento de supuestas denuncias anteriores de comentarios verbales fuera de lugar vertidos por el



trabajador, la mercantil no abrió expediente disciplinarlo a este ni se puso en conocimiento de la Comisión este extremo". Se indica como apoyo probatorio el informe del CITSA al que se alude en la carta de despido. Debe rechazarse no solo por resultar un juicio conclusivo, sino porque, aunque fuera cierto resulta irrelevante para variar el signo del fallo.

-Por último, de manera imprecisa y confusa, sin concretar si trata de adición o revisión de algún apartado de los hechos probados propone con la decimoséptima petición revisoria que se expulse determinada acotación contenida en el texto de la carta de despido (aunque no se indica expresamente en el escrito de recurso) sobre los elementos tenidos en cuenta por la comisión instructora, en orden a formular sus conclusiones, tras la investigación realizada. Concretamente pide que se elimine la expresión "la admisión de los hechos por el denunciado". No sólo vuelve a incurrir en el defecto de apoyarse en declaraciones del propio trabajador demandante, y de llevar a cabo una valoración de las pruebas practicadas de manera global, especificando en particular la valoración del informe CITSA, sino porque también resulta intrascendente para variar el signo del fallo a tener de los hechos que declarados probados que no han resultado desvirtuados.

11.- Por todo lo expuesto, el motivo de revisión de hechos ha de ser desestimado en su integridad.

FUNDAMENTO TERCERO. - Sobre el tercer motivo del recurso por infracción de las normas jurídicas o de la jurisprudencia al amparo del artículo 193 c) de la Ley de la Jurisdicción Social.

12.- La censura jurídica de fondo contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social se despliega en el recurso que se examina sobre tres apartados:

-Primero para invocar infracción del artículo 7 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres

-En segundo lugar, para denunciar la infracción del artículo 7 del Código Civil, así como la jurisprudencia que lo interpreta y la doctrina de los actos propios.

-El tercero y último invocando la conculcación de los artículos 24 y 9.3 de la CE, en relación con el artículo 105.2 de la LRJS, así como la jurisprudencia que lo interpreta.

13.- Ninguna de las tres infracciones normativas logra su propósito. Vayamos por partes.

14.- Con la primera viene a sostenerse en el recurso que los hechos contenidos en la carta de despido no constituirían una conducta de acoso sexual en los términos del artículo 7 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Para fundamentar esta infracción se realiza en el recurso una doble consideración: por una parte, resta valor a los *comentarios de contenido sexual hacia la trabajadora que fue objeto de tocamiento al señalar que dichos comentarios no van dirigidos en exclusiva a la trabajadora, sino que los profiere a todas las trabajadoras del área de alimentación, no teniendo "fijación con la denunciante especialmente"; y por otra parte, "que son dichas trabajadoras las "que hartas del comportamiento del denunciado únicamente se limitan a "mandarlo a la mierda", porque han asumido que las groserías las dirige a cualquiera de las componentes femeninas del equipo".*

15.- Expuesta así la fundamentación del recurso resulta manifiestamente rechazable:

(a) De entrada, por su planteamiento, porque, aunque se dieran por ciertas esas afirmaciones, que no lo son, no atenuarían la gravedad del incumplimiento laboral cometido el trabajador demandante; y

(b) Porque se construye de espaldas al relato de hechos probados donde se constata con claridad, tres hechos, uno nuclear y determinante del despido y dos que se toman en consideración como antecedentes y circunstanciales que corroboran el incumplimiento grave y culpable del trabajador demandante.

Se trata: (1) del hecho probado quinto que refiere "El día 13-09-20 el actor se cruzó con D^a Visitacion , que se encontraba reponiendo productos en la sala de Hipermercado y, cuando llegó a su altura le tocó la parte interna de un muslo; (2) del hecho probado cuarto que constata que "En fecha 24-05-19 el actor fue amonestado verbalmente por el Jefe de Personal, D. Ernesto , como consecuencia de comentarios de índole sexual efectuados a D^a Apolonia y a otras compañeras de trabajo A partir de ese momento, no consta que el actor haya realizado ningún otro comentario de esa índole a ninguna compañera de trabajo"; y (3) el contenido del hecho probado tercero que da por probado el cruce de conversaciones a través WhatsApp entre el trabajador despedido y la trabajadora que si bien se remontan a abril de 2017, constituyen datos objetivos del comportamiento verbal, de carácter sexual, inadecuado, indeseado, ofensivo y degradante de la conducta vejatoria que se le imputa.

16.- El acoso como causa de despido disciplinario, aparece recogido en el artículo 54.2 g) del ET como una conducta o acto discriminatorio. Por su parte, como aparece en la carta de despido, la conducta que se le imputa al trabajador está recogida en el apartado 16 del art. 55 del Convenio Colectivo del Sector de Grandes



Almacenes (B.O.E. de 07-10-17) que tipifica como faltas muy graves: "16. Toda conducta, en el ámbito laboral, que atente gravemente al respeto a la intimidad y dignidad mediante la ofensa, verbal o física, de carácter sexual o acoso moral. Si la referida conducta es llevada a cabo prevaleciendo de una posición jerárquica, supondrá una circunstancia agravante de aquélla".

17.- En el recurso se pretende dar valor influyente para mitigar la gravedad de la acción del trabajador despedido sobre el tocamiento que hizo a la trabajadora la convicción judicial contenida en la sentencia (fundamento de Derecho segundo) que alude a la no constancia de la intencionalidad sexual de dicho tocamiento.

A juicio de la Sala, esta tesis que se sostiene en el recurso para rebajar la gravedad de la conducta del trabajador despedido, deviene completamente irrelevante. La conducta, aun cuando consideramos que estuviera desprovista de ese matiz, no deja de ser degradante, ofensiva y atentatoria a la dignidad de la trabajadora. Además se trae al recurso de manera sesgada porque se puede leer en el fundamento jurídico segundo que "(...) si bien es cierto que no consta que el tocamiento efectuado a D^a Visitación tuviese ningún tipo de intencionalidad sexual (...)"; sin solución de continuidad completa su razonamiento la sentencia expresando que "(...) es lo cierto que el actor ya había sido sancionado anteriormente mediante amonestación verbal el 24-05-19 por conductas constitutivas de acoso sexual a compañeras de trabajo; por lo que debía observar un comportamiento adecuado de respeto y consideración hacia sus compañeras, que infringió al llevar a cabo tal conducta". Y culmina afirmando que "Ello se ve agravado por la condición que ostenta como jefe de departamento, aun cuando no sea un superior jerárquico directo de la trabajadora afectada. Por lo que dicha conducta es incardinable en el apartado 16 del art. 55 del Convenio Colectivo del Sector de Grandes Almacenes y, por tanto, constitutiva de falta muy grave."

18.- El acoso sexual se define legalmente como "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" (artículo 7.1 de la Ley Orgánica de Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres); y el acoso por razón de sexo como "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" (art. 7.2 LOIEMH/2007).

Teniendo en cuenta estas definiciones legales proyectadas al relato de hechos probados cabe inferir:

1) Que el tocamiento que el trabajador despedido hizo a la trabajadora supone un incumplimiento grave y culpable desde una perspectiva laboral, puesto que entraña una conducta vejatoria, humillante y difícilmente puede desvincularse en última instancia a sus sesgos sexuales si atendemos a los antecedentes referidos tanto en el trato con dicha trabajadora como con en su entorno laboral;

2) Que la LOIEMH a diferencia de la Directiva 2006/54/CE que en su artículo 2.1 d) contempla el doble elemento objetivo ofensivo y el subjetivo "no deseado", precisamente elimina de la definición de acoso el "no deseado", lo que fue en su momento refrendado por la jurisprudencia constitucional (STC 224/1999, de 13 de diciembre- y también por el Tribunal de Primera Instancia de la Unión Europea cuando afirmó, que si los hechos no se corresponden con "una manera corriente de expresar un interés sexual", la víctima no necesita manifestar el carácter indeseado - sentencia 26 de enero de 1995, caso D. contra la Comisión-

3) Es claro, por tanto, que en el presente supuesto se dan los elementos definidores del acoso sexual, y en todo caso, de una ofensa física claramente atentatoria a la dignidad de una persona incompatible en un entorno laboral en el que además quien tiene ese comportamiento ostenta una categoría en la empresa superior al de la trabajadora, aunque no sea su superior jerárquico directo. No hay duda de que se produjo una conducta que difícilmente puede desvincularse de un contexto sexual, aunque en la sentencia recurrida exprese que no haya quedado probado que tuviera "intencionalidad sexual", lo que en modo alguno atenúa ni desdibuja la gravedad objetiva y humillación de esos tocamientos en un entorno laboral. También ha quedado claro que la conducta no era deseada por la destinataria, rechazo que por demás no tenía por qué expresarlo de manera explícita máxime si tenemos en cuenta el entorno laboral de dependencia de la víctima en que se produjo tal acción. El contacto físico (tocamiento) al producirse en una parte del cuerpo íntima como es la parte interior del muslo, aprovechando que la trabajadora estaba realizando su tarea reponiendo productos en la sala del hipermercado, revela la gravedad del comportamiento del trabajador, agravado y contrastado por la reiteración de esas acciones que a todas luces generaban 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.

19.- Llegados a este punto, las dos últimas censuras jurídicas decaen de plano. Por una parte, apelar a la supuesta permisividad o tolerancia de la empresa con relación a los comportamientos pasados del trabajador en los que vertían comentarios de contenido sexuales a compañeras de trabajo para justificar que la conducta



del trabajador no merece la sanción de despido, resulta, a juicio de la Sala, inviable. Esas acciones fueron en su momento sancionadas. Basta leer el hecho probado cuarto para constarlo. Además, en este litigio, el hecho que justifica el despido disciplinario es un hecho distinto sobre el que la empresa ejerce su potestad disciplinaria, esta vez con mayor gravedad e intensidad: el tocamiento físico del trabajador a una compañera de trabajo. En suma, no hay base para sostener la infracción del artículo 7 del Código Civil y su relación con la doctrina de los actos propios.

20.- La tercera y última censura jurídica en la que invoca la conculcación de los artículos 24 y 9.3 de la CE, en relación con el artículo 105.2 de la LRJS, para justificar que la sentencia incurre en incongruencia y arbitrariedad no es más una réplica esquematizada de lo que fue objeto del primer motivo del recurso. Vuelve a reprochar a la sentencia recurrida que alteró el objeto de debate al cambiar la tipificación de la conducta imputada en la carta de despido. Pasó del acoso sexual imputado en la carta de despido a las ofensas de carácter sexual también contempladas en el Convenio Colectivo aplicable en otro apartado como falta muy grave (art. 55 apdo. 16), lo que le generó indefensión.

21.- Esta censura jurídica ha de desestimarse por tres razones:

1ª) La carta de despido ha de contener la exposición de los hechos imputados de forma clara y precisa a fin de que el trabajador tenga pleno conocimiento de cuales son los motivos que han dado lugar a su despido y pueda articular la adecuada defensa en el acto del juicio oral, sin que se produzca indefensión alguna. Esta exigencia ha quedado plenamente cumplida en la carta de despido.

2ª) Sólo los hechos alegados en la carta de despido pueden ser alegados por el empresario en proceso posterior de despido resultando vetado ampararse motivos distintos a los contenidos en la comunicación escrita artículo (105.2 dos LRJS). No consta que se hayan invocado hechos distintos a los contenidos en la carta de despido.

3ª) Sin embargo - matiz y presupuesto jurídico sobre el que no repara el recurrente- la calificación que el empresario haya hecho de estos hechos, en la carta de despido no es obligada, y no vincula al tribunal que puede considerar que es una causa distinta de despido la que en verdad tiene lugar.

22.- En suma, la sentencia de instancia no incurre en las infracciones denunciadas, por lo que desestimamos el recurso y confirmamos el pronunciamiento de procedencia del despido

FUNDAMENTO CUARTO. - Costas

23.- Dispone el artículo 235 de la LRJS en su apartado 1 que "La sentencia impondrá las costas a la parte vencida en el recurso, excepto cuando goce del beneficio de justicia gratuita (...)". En el presente caso, gozando el demandante del beneficio de justicia gratuita, no ha lugar a pronunciamiento sobre las costas.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, la Sala de lo Social de este Tribunal, por la autoridad que le confiere la Constitución, ha decidido:

- 1.- Desestimar el recurso interpuesto por el letrado D. Juan José Castaño Caravaca en nombre y representación de D. Luis Angel .
2. Confirmar la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 8 de Murcia el 17 de noviembre de 2022, dictada en el proceso número 812/2020.
3. No hacer pronunciamiento sobre las costas.

Dese a los depósitos, si los hubiera, el destino legal.

Notifíquese esta sentencia a las partes y al Ministerio Fiscal de este Tribunal Superior de Justicia.

ADVERTENCIAS LEGALES

Contra esta sentencia cabe Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, que necesariamente deberá prepararse por escrito firmado por Letrado dirigido al Servicio Común de Ordenación del Procedimiento (SCOP) y presentado dentro de los 10 días hábiles siguientes al de su notificación.

Además, si el recurrente hubiera sido condenado en la sentencia, deberá acompañar, al preparar el recurso, el justificante de haber ingreso en la cuenta de Depósitos y Consignaciones abierta en el Banco de Santander, S.A.

Dicho ingreso se podrá efectuar de dos formas:



1.- Presencialmente en cualquier oficina de Banco de Santander, S.A. ingresando el importe en la cuenta número: 3104-0000-66-0112-23.

2.- Mediante transferencia bancaria al siguiente número de cuenta de Banco de Santander, S.A.: ES55-0049-356 9-9200-0500-1274, indicando la persona que hace el ingreso, beneficiario (Sala Social TSJ Murcia) y en el concepto de la transferencia se deberán consignar los siguientes dígitos: 3104-0000-66-0112-23.

En ambos casos, los ingresos se efectuarán a nombre de esta Sala el importe de la condena, o bien aval bancario en el que expresamente se haga constar la responsabilidad solidaria del avalista. Si la condena consistiese 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 y una vez se determine por éstos su importe, lo que se le comunicará por esta Sala.

El recurrente deberá acreditar mediante resguardo entregado en la Secretaría del SCOP, al tiempo de la personación, la consignación de un depósito de seiscientos euros (600 euros), en la entidad de crédito Banco de Santander, S.A., cuenta corriente indicada anteriormente.

Están exceptuados de hacer todos estos ingresos las Entidades Públicas, quienes ya tengan expresamente reconocido el beneficio de justicia gratuita o litigase en razón a su condición de trabajador o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social (o como sucesores suyos), aunque si la recurrente fuese una Entidad Gestora y hubiese sido condenada al abono de una prestación de Seguridad Social de pago periódico, al anunciar el recurso deberá acompañar certificación acreditativa de que comienza el abono de la misma y que lo proseguirá puntualmente mientras dure su tramitación.

Una vez firme lo acordado, devuélvase las actuaciones al Juzgado de lo Social de origen para el oportuno cumplimiento.

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