

Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de Sevilla, Sala de lo Social, Sentencia 2145/2017 de 6 Jul. 2017, Rec. 2692/2016

Ponente: Pérez-Beneyto Abad, José Joaquín.

Nº de Sentencia: 2145/2017

Nº de Recurso: 2692/2016

Jurisdicción: SOCIAL

Grave machismo sexual de un trabajador hacia sus nuevas compañeras

ACOSO SEXUAL. DESPIDO. Humillación y coacción a una compañera de trabajo para realizar la llamada "prueba del plátano" delante de los alumnos de un centro de discapacidad. La conducta del trabajador, reiterada en el tiempo y que hacía siempre con las trabajadoras novatas, no puede ser considerada como una broma, pues es lo suficientemente grave para valorar que estamos ante un despido totalmente procedente.

El TSJ Andalucía desestima el recurso de suplicación interpuesto contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3 de Jerez de la Frontera que declaró procedente el despido disciplinario del trabajador.

Recurso nº 2692/16-L, sentencia nº 2145/17

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA, MELILLA, CEUTA

SALA DE LO SOCIAL

SEVILLA

ILTMOS. SRES.:

D^a. M^a ELENA DÍAZ ALONSO

D^a. MARIA GRACIA MARTINEZ CAMARASA

D. JOSÉ JOAQUÍN PÉREZ BENEYTO ABAD

En Sevilla, a seis de Julio de dos mil diecisiete.

La Sala de lo Social de Sevilla del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, compuesta por los Iltmos. Sres. citados al margen.

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

SENTENCIA NÚMERO 2145/17

En el recurso de suplicación interpuesto por D. Abelardo , representado por el Graduado Social D. Francisco J. Camacho Barba, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de Jerez de la Frontera en sus autos núm. 0531/15; ha sido Ponente el Iltmo. Sr. DON JOSÉ JOAQUÍN PÉREZ BENEYTO ABAD, Magistrado, quien expresa el parecer de esta Sala sobre la resolución que merece el presente recurso.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Según consta en autos, el recurrente fue demandante contra AFANAS EL PUERTO Y BAHÍA (AFANAS UNIDAD DE DÍA), en demanda de despido, se celebró el juicio y el 3 de junio de 2016 se dictó sentencia por el referido Juzgado, desestimando la pretensión declarando procedente el despido disciplinario, covalidándolo.

SEGUNDO.- En la citada sentencia y como hechos probados se declararon los siguientes:

"PRIMERO.- La parte demandante, D. Zaira , mayor de edad y con DNI nº NUM000 , entró a prestar sus servicios por cuenta y bajo la dependencia de la empresa demandada AFANAS EL PUERTO Y BAHÍA (AFANAS UNIDAD DE DÍA), con CIF nº G-11014909 desde el día 22/06/09, mediante un contrato de trabajo indefinido a tiempo completo, con una jornada laboral de 09,30 a 18,00 horas de lunes a viernes, con categoría profesional de Cuidador, con centro de trabajo en Unidad de Día de Gravemente Afectados en la Barriada Valdelagrana en El Puerto de Santa María (Cádiz), percibiendo un salario mensual de 977,22 € desglosado:

Salario Base 893,52 €

Antigüedad 33,52 €

Complemento Personal 31,61 €

Prorrata Pagas Extras 79,64 €

Las partes se rigen por el XIV Convenio Colectivo General de Centros y Servicios de Atención al Personal con Discapacidad.

SEGUNDO.- Con fecha 19/03/15 la empresa comunicó al actor su despido disciplinario, que damos por reproducida en su integridad (doc. 9 de la empresa) con efectos ese mismo día por la comisión de una falta calificada como muy grave contra la compañera de trabajo Dña. Flor por unos hechos ocurridos en la semana del 21 al 27 de febrero de 2015, de conformidad con los arts. 68 y 69 del CC de aplicación.

TERCERO.- La trabajadora Dña. Flor comenzó a prestar sus servicios como Cuidadora para la empresa demandada a finales de diciembre de 2014, realizando su trabajo en semanas alternas.

En su segunda semana de trabajo, los trabajadores de la empresa D. Fausto , D. Abelardo , D. Isidro , D. Romualdo y en algunas ocasiones D. Juan Antonio , le comentaron que existía una prueba que tenía que pasar consistente en "comerse un plátano delante de los hombres".

Estos trabajadores cada vez que la actora se incorporaba a su puesto de trabajo le cantaban una canción con la siguiente letra "el único fruto del amor, es la banana, es la banana" y cuando pasaban a su lado, intentaban rozarse con ella e incluso le daban golpecitos en el hombro o por detrás cuando pasaban con un carro. La trabajadora mostraba su enfado en todas las ocasiones y los otros le contestaban que lo hacía "porque no formaba parte de la unidad aún", insistiéndole que por las buenas o las malas tendría que comerse el plátano, sin que Dña. Flor accediera a ello.

CUARTO.- El 24 y/o 25 de febrero de 2015 -sin que se haya podido aclarar el día exacto- la Sra. Flor se encontraba en el comedor entre las 13,30 y las 14,00 horas, siendo el horario de comida, y había plátanos de postre.

El actor, junto a los otros trabajadores citados, se dirigió a Dña. Flor manifestándole "coge el plátano más grande, hoy es tu día, hoy te lo vas a comer", sin que la compañera les hiciera ningún caso.

QUINTO.- Tras terminar la comida los usuarios del centro que están a cargo de la Sra. Flor , ésta se dirigió con ellos al aula que tiene asignada donde se encuentra ella sola con ellos, en número de 9, tratándose de personas con algún tipo de discapacidad física y/o sensorial o ambas.

En torno a las 15,00 horas, ya encontrándose la trabajadora con sus 9 alumnos dentro del aula, abrieron la puerta de la misma, el actor y el Sr. Fausto , portando el primero un plátano en la mano y quedándose en el quicio de la puerta parados y sonriendo. El actor comenzó a pelar el plátano cantando, junto al otro, "el único fruto del amor es la banana, es la banana", estando presente los alumnos. Una vez que el actor ha pelado completamente el plátano, comenzó a balancearlo hacia adelante y atrás, y ambos se dirigen a la compañera diciéndole "venga Flor , ven que te tiene que comer el plátano", negándose en todo momento la trabajadora a cumplir dicho requerimiento.

Lejos de poner su actitud, continuaron diciéndole que era una prueba que tenía que pasar obligatoriamente, por las buenas o por las malas y que si le daba vergüenza comérselo delante de otros compañeros, que se lo comiera delante de ellos dos. La Sra. Flor se negó constantemente, a lo que ellos le amenazaron con llamar a otros

compañeros, continuado en su negativa Dña. Flor , pidiéndoles que la dejaran en paz, llamándolos "machistas de mierda".

El actor y el Sr. Fausto procedieron a llamar a D. Romualdo y D. Isidro , quienes se encontraban en la clase del fondo. Al ver la situación, Dña. Flor empujó al actor y al Sr. Fausto para salir del aula, ya que éstos le impedían cualquier salida, lo que no pudo conseguir, por lo que corrió hacia la otra puerta del aula que estaba cerrada, sin que pudiera abrirla al no llegar al pestillo que no alcanzaba por su altura y que estaba muy apretado. En ese momento, entró el D. Isidro y empujó a la compañera, impidiendo que consiguiera su propósito.

Dña. Flor comenzó a gritarles "por favor dejadme en paz", colocándose detrás de la mesa central que hay en el aula, continuando en su petición la dejaran, en un estado muy nervioso y asustada. El actor, junto a los otros, lejos deponer su actitud, le dijeron que iban llamar a Mariana , que es una persona con discapacidad que trabaja con los cuidadores y cumple las órdenes del actor y los otros citados, para que la sujetara y ellos la golpearían con el plátano en la cara mientras tanto.

La Sra. Flor mostrándose convencida que lo harían, asustada y desesperada por la situación en la que no podía salir del aula y teniendo miedo, se acercó al actor y dio un mordisco al plátano, tirando el trozo en la papelera de la puerta de entrada, y les gritó "iros de aquí ya está".

El actor, y los otros, le dieron un golpecito en la espalda, cada uno, diciéndole que no se preocupara que ya había pasado todo y que formaba parte de la unidad, a lo que ella les llamó "machistas de mierda", contestándole que si quería al día siguiente ellos iban a traer una ostra y se la comerían delante de ella. Finalmente, Dña. Flor les rogó que la dejaran en paz, que estaba totalmente humillada y que no comprendía el sentido de aquello, contestándole que era "para medir su capacidad bucal y que no sería la última vez".

SEXTO.- Mientras todo esto ocurría, con una duración de unos 15-20 minutos, los alumnos de Dña. Flor estaban presentes.

Y D. Romualdo se quedó fuera del aula, asomándose por una ventana "ojo de buey", no quedándose todo el rato, pues permaneció solo unos minutos allí.

SÉPTIMO.- El actor mientras permaneció en el aula de la compañera realizando los actos descritos, había abandonado el aula que tiene asignada, así como a los alumnos que tiene, dejándolos solos.

OCTAVO.- Dña. Flor se sintió muy avergonzada y humillada ese día y los siguientes a los hechos descritos, siendo incapaz de denunciarlos en su entorno familiar ni a la Dirección de la empresa. No fue hasta al final de la semana siguiente cuando se atrevió a relatarle lo ocurrido a su marido.

En la semana del 2-8 de marzo se encontraba de descanso, y al volver a trabajar el día 9, se lo comentó a su compañera, Dña. Claudia .

NOVENO.- El día 09/03/15 el Sr. Fausto se dirigió a una compañera nueva, que se encontraba en el comedor, Dña. Penélope diciéndole "tú no te has comido el plátano".

Lo que pudo ver y oír Dña. Flor , quien finalmente decidió acudir a la Dirección de la empresa para denunciar lo que había ocurrido, haciéndolo el 11/03/15.

DÉCIMO.- Ese mismo día 11, sobre las 20,00 horas, la responsable de RRHH (Dña. Crescencia) recibió llamada telefónica del responsable de Recursos de Discapacidades (D. Federico) manifestándole que quería verla urgentemente al día siguiente para poner en su conocimiento personalmente una serie de hechos sucedidos en la empresa; lo que finalmente ocurrió.

UNDÉCIMO.- El demandante no ostenta ni ha ostentado ningún cargo representativo ni consta su afiliación.

DUODÉCIMO.- Se ha presentado la papeleta de conciliación ante el CMAC, celebrándose el intento de conciliación "sin avenencia". "

TERCERO.- El demandante recurrió en suplicación contra tal sentencia, siendo impugnado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la sentencia desestimatoria de la pretensión de despido disciplinario por "malos tratamientos

de palabra u obra a los jefes y/o compañeros/as" al realizar el recurrentes conductas de violencia machista, se alza tal demandante con "amparo procesal en el art. 193 apartado b) y c) de la Ley de la Jurisdicción Social , se pretende la revisión de las normas de derecho sustantivo y de la jurisprudencia aplicada" (sic) con el argumento de que "entiende que dada la jurisprudencia existente no es aplicable el art. 69 apartado c/ del Convenio" al ser la primera falta y que no es grave apoyándose en testimonios, y que es una broma.

El recurso fracasa al formalizarse al margen de las normas que lo regulan obviando tanto el art. 193 en sus distintos apartados como el art. 196.2 LRJS puesto que sin ningún tipo de orden ni separación de motivos se mezclan cuestiones sustantivas y de presunta interpretación jurídica con pretendidas revisiones de hechos probados que, sin amparo en documento o pericia de tipo alguno, no son más que elucubraciones y libérrimas y subjetivas interpretaciones de la prueba practicada inicialmente.

La deficiente técnica jurídica con la que se formula el recurso lo aboca al fracaso.

Conviene recordar, que tanto la doctrina Constitucional como la ordinaria (por todas STC nº 230/01 , 16/92 , 40/92 , 71/02) interpretando

los artículos de la LPL, hoy arts. 193 y 196 LRJS , vienen manteniendo que el recurso de suplicación es extraordinario y no es una segunda instancia, lo que impide el estudio del fondo de la cuestión debatida con la amplitud de una apelación. De este modo se deben cumplir rigurosamente los requisitos legales que condicionan el éxito de este extraordinario recurso, y en especial la concreción de motivos expuestos de forma separada que respalden la pretensión que en el recurso se ejercita.

Por ello, en concordancia con tales criterios hermenéuticos, es de observar que si se articula la revisión de los hechos declarados probados con fundamento en el apartado b) del citado art. 193, como ha puesto de manifiesto el Tribunal Supremo en reiteradas sentencias, "la revisión de hechos -de singular importancia en cuanto la resultancia fáctica constituye la base indispensable para el examen del derecho aplicable- exige los siguientes requisitos: 1º) Fijar qué hecho o hechos han de adicionarse, rectificarse o suprimirse. 2º) Precisar los términos en que deben quedar redactados los hechos probados y su influencia en la valoración del signo del pronunciamiento. 3º) Citar concretamente la prueba pericial o documental que, por sí sola, demuestre la equivocación del juzgador, de una manera manifiesta, evidente y clara...pues el error que se imputa debe derivarse inequívocamente de pruebas singulares y tasadas. y 4º) Que la revisión propuesta sea trascendente para el fallo, de tal manera que pueda tener virtualidad modificativa de aquel". Y siempre teniendo presente que la revisión fáctica no tiene un fin en sí misma, sino que se proyecta, con carácter necesario, hacia la pertinente consideración o modificación de la tesis jurídica sostenida en la sentencia, por lo que la actuación del motivo requiere ineludiblemente que vaya acompañada del adecuado motivo dedicado al análisis de la censura jurídica correspondiente.

Y, por último, si el motivo se apoya en el apartado c) del indicado art. 193 por dedicarse al examen del derecho aplicado, se impone que se determine la concreta norma sustantiva o jurisprudencia infringida, fundamentando su pertinencia, esto es, se ha de indicar el artículo o artículos de la normativa que el recurrente entiende vulnerados con exposición de los argumentos jurídicos en virtud de los que debe llegarse a la conclusión de su aplicación indebida.

En el caso que nos ocupa *es un sarcasmo calificar de broma una conducta reiterada, consistente en que cuando se incorporan trabajadoras jóvenes a la empresa, en la unidad de día, el recurrente, junto a mas trabajadores, las obligan a realizar conductas humillantes y de carácter sexual, en presencia de alumnos. Al recurrente le hubiera bastado aplicar la regla de oro de la ética, simplemente pensando si él hubiera consentido que su hija o su esposa hubieran sido sujetos pasivos de tal "broma"; suponemos que no.*

SEGUNDO.- No es ninguna broma la conducta que el actor, junto al compañero Fausto , realizaron en febrero y marzo del 2015, consistente en que desde que la Sra. Flor comenzó a trabajar para la empresa a finales de Diciembre de 2014, perseguirla para que se sometiera a la denominada "prueba del plátano", "prueba" que venían llevando a cabo estos trabajadores con todas las nuevas trabajadoras que se incorporaban al Centro de trabajo, sin conocimiento de la empresa. Consistía en que las trabajadoras se sometieran a una prueba de contenido y representación sexual como era pelar un plátano, metérselo en la boca y darle un mordisco delante de otros trabajadores del Centro de trabajo.

Como la Sra. Flor no se sometió a los requerimientos del actor y su compañero Fausto , cada vez que se incorporaba a su puesto de trabajo le cantaban una canción con la letra "el único fruto del amor es la banana" y cuando pasaban

a su lado intentaban rozarse con ella e incluso le daban golpecitos en el hombro o golpecitos por detrás cuando pasaban con un carro. Ante estos contactos la actora se volvía mostrando su enfado y estos trabajadores le manifestaban justificando este trato "como aún no formas parte de la unidad". Asimismo, le insistían que por las buenas o por las malas tendría que comerse un plátano, sin que la trabajadora pese a las insistencias y trato burlesco accediera a ello, situaciones de enorme tensión. En esa continua situación de persecución y burla, para que se sometiera a la prueba que le demandaba el actor y su compañero Fausto , un día en que la Sra. Flor se encontraba en el comedor, a la hora de la comida que se inicia entre las 13:30 y las 14:00, aprovechando que los usuarios discapacitados tenían plátanos de postre, el actor y su compañero Fausto se dirigieron a la Sra. Flor diciéndole: "coge el plátano más grande que halla", "hoy es tu día", "hoy te lo vas a comer", negándose en todo momento la Sra. Flor a comerse el plátano. Más tarde, cuando la trabajadora se encontraba ya en su Aula con 9 alumnos discapacitados, entre las 15:00 y 16:00, el actor y su compañero Fausto abren la puerta del Aula, llevando un plátano en la mano y se quedan parados en el quicio de la puerta sonriendo, acaeciendo a continuación lo relatado en los HP 5º y ss.

Pero la situación no acabó ahí sino que el recurrente y su compañero Fausto realizaron un nuevo intento de reproducir la misma conducta, una semana después, con otra compañera de nuevo ingreso, Penélope , en concreto el día 9 de Marzo de 2015.

Tal conducta encuentra acomodo en el escueto catálogo de faltas que recoge el Convenio, en concreto en el art. 68. c) del XIV Convenio Colectivo General de Centros y Servicios de Atención a Personal con Discapacidad recoge como falta muy grave: "c) Los malos tratamientos de palabra u obra a los jefes y compañeros/a" en relación con el art. 4. e) ET y con el art. 7 de la Ley 13/2007 , al suponer las conductas relatadas unas ofensas verbales y físicas, en que por las especiales circunstancias que aparecen en este supuesto es un acoso, conducta concertada entre varios trabajadores, reiterada en el tiempo, y forzando el consentimiento de la victima mediante la humillación pública y la coacción física, la sanción puesta es mas que adecuada a la gravedad de tal conducta y sin que quepa la aplicación de la teoría gradualista a estas conductas de acoso relacionadas con el factor de discriminación ilícita por razón de sexo, de manera que toda conducta de acoso ha de ser sancionada con el despido. El tenor literal de la Ley 13/2007 se opone a tal posibilidad, en cuanto confiere especial gravedad al acoso por razón de sexo si es una mujer la victima.

La conducta de acoso por razón de sexo, de un trabajador frente a una trabajadora, es causa de despido disciplinario, sin que sea posible por el convenio colectivo rebajar la gravedad de la falta laboral, de manera que no sea susceptible de despido y es así como debe interpretarse el art. 68. c) del XIV Convenio Colectivo General de Centros y Servicios de Atención a Personal con Discapacidad .

Fracasado el motivo del recurso, se confirma la sentencia por argumentos diversos a los en ella contenidos.

Vistos los precedentes preceptos legales y los de general aplicación.

FALLAMOS

Con desestimación del recurso de suplicación interpuesto por D. Abelardo , contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de Jerez de la Frontera en sus autos núm. 0531/15, en los que el recurrente fue demandante contra AFANAS EL PUERTO Y BAHÍA (AFANAS UNIDAD DE DÍA), en demanda de despido , y como consecuencia confirmamos dicha sentencia.

Notifíquese esta sentencia a las partes y al Excmo. Sr. Fiscal de este Tribunal, advirtiéndose que, contra ella, cabe recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, que podrá ser preparado dentro de los DIEZ DÍAS hábiles siguientes a la notificación de la misma, mediante escrito dirigido a esta Sala, firmado por abogado -caso de no constar previamente, el abogado firmante deberá acreditar la representación de la parte-, con tantas copias como partes recurridas, expresando el propósito de la parte de formalizar el recurso; y en el mismo deberá designarse un domicilio en la sede de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo a efectos de notificaciones, con todos los datos necesarios para su práctica y con los efectos del apartado 2 del artículo 53 LRJS .

En tal escrito de preparación del recurso deberá constar: a) exposición de "cada uno de los extremos del núcleo de la contradicción, determinando el sentido y alcance de la divergencia existente entre las resoluciones comparadas, en atención a la identidad de la situación, a la igualdad sustancial de hechos, fundamentos y pretensiones y a la diferencia de pronunciamientos"; b) "referencia detallada y precisa a los datos identificativos de la sentencia o

sentencias que la parte pretenda utilizar para fundamentar cada uno de los puntos de contradicción"; c) que las "sentencias invocadas como doctrina de contradicción deberán haber ganado firmeza a la fecha de finalización del plazo de interposición del recurso", advirtiéndose, respecto a las sentencias invocadas, que "Las sentencias que no hayan sido objeto de expresa mención en el escrito de preparación no podrán ser posteriormente invocadas en el escrito de interposición".

Únase el original de esta sentencia al libro de su razón y una certificación de la misma al presente rollo, que se archivará en esta Sala.

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

PUBLICACIÓN: En Sevilla a seis de Julio de dos mil diecisiete.