



Roj: **STSJ AS 3575/2022 - ECLI:ES:TSJAS:2022:3575**

Id Cendoj: **33044340012022102477**

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

Sede: **Oviedo**

Sección: **1**

Fecha: **29/11/2022**

Nº de Recurso: **2216/2022**

Nº de Resolución: **2479/2022**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **MARIA DE LA ALMUDENA VEIGA VAZQUEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

### **T.S.J.ASTURIAS SALA SOCIAL**

#### **OVIEDO**

SENTENCIA: 02479/2022

#### **T.S.J.ASTURIAS SALA SOCIAL DE OVIEDO**

C/ SAN JUAN Nº 10

**Tfno:** 985 22 81 82

**Fax:** 985 20 06 59

**Correo electrónico:**

**NIG:** 33044 44 4 2022 0001325

Equipo/usuario: MGZ

Modelo: 402250

#### **RSU RECURSO SUPLICACION 0002216 /2022**

Procedimiento origen: DSP DESPIDO/CESES EN GENERAL 0000225 /2022

Sobre: RESOLUCION CONTRATO

**RECURRENTE/S D/ña** Andrés , Arturo , Baltasar , DIRECCION000 CB

**ABOGADO/A:** ALMA MARIA PANTIGA FERNANDEZ, ALMA MARIA PANTIGA FERNANDEZ , FERNANDO CARRASCOSA MENENDEZ , ALMA MARIA PANTIGA FERNANDEZ

PROCURADOR: , , ,

GRADUADO/A SOCIAL: , , ,

**RECURRIDO/S D/ña:** Andrés , Arturo , Baltasar , DIRECCION000 CB , MINISTERIO FISCAL, FONDO DE GARANTIA SALARIAL

**ABOGADO/A:** ALMA MARIA PANTIGA FERNANDEZ, ALMA MARIA PANTIGA FERNANDEZ , FERNANDO CARRASCOSA MENENDEZ , ALMA MARIA PANTIGA FERNANDEZ , , LETRADO DE FOGASA

**PROCURADOR:** , , , , ,

**GRADUADO/A SOCIAL:** , , , , ,

**Sentencia nº 2479/22**

En OVIEDO, a veintinueve de noviembre de dos mil veintidós.



Tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, la T.S.J.ASTURIAS SALA SOCIAL, formada por los Ilmos. Sres. D. JORGE GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, Presidente, D<sup>a</sup> CATALINA ORDOÑEZ DIAZ y D<sup>a</sup> MARIA DE LA ALMUDENA VEIGA VAZQUEZ, Magistrados 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 0002216/2022, formalizado por la Letrada Doña Alma María Pantiga Fernández, en nombre y representación de DON Andrés , DON Arturo y DIRECCION000 CB, y el formalizado por el Letrado D. Fernando Carrascosa Menéndez, en nombre y representación de D. Baltasar , contra la sentencia número 316/2022 dictada por JDO. DE LO SOCIAL N. 6 de OVIEDO en el procedimiento DESPIDO/CESES EN GENERAL 0000225/2022, seguidos a instancia de DON Baltasar contra la empresa DIRECCION000 CB, Andrés , Arturo , MINISTERIO FISCAL y FONDO DE GARANTIA SALARIAL, siendo Magistrado-Ponente **la Im MARIA DE LA ALMUDENA VEIGA VAZQUEZ.**

De las actuaciones se deducen los siguientes:

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO:** DON Baltasar presentó demanda contra la empresa DIRECCION000 CB, Andrés , Arturo , MINISTERIO FISCAL y FONDO DE GARANTIA SALARIAL,, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia número 316/2022, de fecha quince de junio de dos mil veintidós.

**SEGUNDO:** En la sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos expresamente declarados probados: "PRIMERO.-La demandante D<sup>a</sup>. Baltasar comenzó a prestar servicios para la empresa DIRECCION000 C.B. el 26-09-16 a medio de un contrato de trabajo temporal convertido poco después en uno de duración indefinida, a jornada completa, con la categoría profesional de Auxiliar de Cocina, con un salario bruto diario en cómputo anual de 41,60 €, sujeta en cuanto a sus condiciones laborales al Convenio Colectivo de Hostelería y Similares del Principado de Asturias.

SEGUNDO.-El local en el que presta servicios la demandante consta de dos plantas; en la de arriba destinada a barra y cafetería se encuentran los clientes y camareros, y en la planta inferior están los aseos, un pequeño vestuario, un almacén y la cocina, en la que únicamente trabaja la demandante, acudiendo esta en ocasiones a la zona superior para ayudar a los camareros.

Los codemandados D. Andrés y D. Arturo son miembros integrantes de la Comunidad de Bienes.

La demandante tuvo alquilada una vivienda propiedad de D. Andrés desde el 01-09-17 hasta el 09-03-22, al haber adquirido la primera una vivienda en propiedad.

TERCERO.-El demandado D. Andrés mantenía con la actora conversaciones telefónicas y vía Whatsapp, en los que se mezclaban cuestiones profesionales con las puramente personales; concretamente y en lo que aquí interesa, tuvieron lugar las siguientes conversaciones telefónicas entre los citados, con expresión del minuto de grabación:

El 15-07-20:

2:30: Andrés : Si me ve Valeriano echarte mano le dará un sponcio, ja, ja, ja

2:33: Baltasar : A quien, ah

2:35 Andrés : madre mía

2:37 Baltasar : A mí también

2:39 Andrés : a ti también y a mí

2:45 Baltasar : esta semana estás tú más intenso

2:49 Andrés : Yo que sé, es que, no, estoy siempre, lo que pasa es que bueno a veces no se



2:54 Baltasar : uhh ya  
2:57 Andrés : yo por ti jajaja  
2:58 Baltasar : ah  
2:59 Andrés : voy a por ti y tú a por mí.  
3:01 Baltasar : Yo no por ti  
3:02 Andrés : sí  
3:03 Baltasar : eso te lo estás inventando tú  
3:04 Andrés : No. los ojinos a veces  
3:06 Baltasar : No. ningunos ojitos  
3:07 Andrés : No. si lo sé yo, yo sé cómo eres tú, si no, yo sé que tu no necesitas eso  
3:11 Baltasar : a ti se te metió esa loquera  
3:12 Andrés : no, no, no  
3:15 Baltasar : mira yo a tí te he dicho que no  
3:18 Andrés : cierra los ojos no hables  
3:19 Andrés : si pero  
3:20 Baltasar : no no claro que tengo que hablar  
3:21 Andrés : Pero como dicen los de Podemos, como decía el otro cuando la incidencia de Gijón que se subieron los sueldos el primer día del pleno de la legislatura, que decía la alcaldesa que salió, ya lo intentaron antes, pero yo me negué a que lo subieran los políticos y tal, y le dicen, pero bueno los de Podemos no querían, dice ella sí, pero lo dijeron con la boca muy pequeña  
3:42 Baltasar : ¿con la boca muy pequeña?  
3:45 Andrés : Si, con la boca muy pequeña decía que no querían subirlo  
3:47 Baltasar : ah  
3:48 Andrés : jajajajaja  
3:49 Baltasar : Pero yo si te estoy diciendo con la boca grande  
3:50 Andrés : No  
3:51 Baltasar : que no, ahh  
3:51 Andrés : no no no  
3:52 Baltasar : ah  
3:53 Andrés : no es verdad  
3:54 Baltasar : No, ¿qué es verdad que?  
3:55 Andrés : no, que no, no es así, por la experiencia que tengo  
3:57 Baltasar : que no, no no, no es no,  
3:57 Andrés : Por la experiencia que tengo  
3:57 Baltasar : no es no  
4:02 Baltasar : no es no  
4:04 Baltasar : bueno  
4:05 Andrés : Entonces marchó, entonces me voy  
4:08 Baltasar : ya  
4:09 Andrés : luego vuelvo  
4:12 Andrés luego vuelvo a verte  
Día 16-07-20:



0:30 Baltasar : pero vienes a la hora justo  
0:32 Andrés : cuando te cambias  
0:33 Baltasar : ah  
0:34 Andrés : cuando te cambias  
0:35 Baltasar : aja, para que te me metas en el vestidor, que me repugna cuando me lo haces  
0:38 Andrés : quien  
0:39 Baltasar : te lo he dicho mucho no me gusta  
0:39 Andrés : lo tomas a mal  
0:42 Baltasar : ¿qué?  
0:43 Andrés : ¿lo tomas a mal? Que si lo tomas a mal que me tienes aquí  
0:46 Baltasar : claro porque no me gusta  
0:56 Baltasar : marcha, que yo me voy a cambiar  
Día 13-05-21:  
2:09 Andrés : Siempre contigo vale  
2:11 Baltasar : ¿Qué?  
2:16 Baltasar : Andrés cuantas veces  
2:17 Andrés : hacer el amor contigo  
2:18 Baltasar : cuantas veces te voy a decir que no  
2:20 Andrés : ah no, puedes.  
2:22 Baltasar : pero, o sea y te enfadas  
2:23 Andrés : no, no me enfado  
2:24 Baltasar : sí, sí, sí  
2:24 Andrés : no, no, el otro día me enfade porque me plantaste en Generali  
2:27 Baltasar : ah y por eso me vas a decir que si no me das el televisor y nada y nada  
2:32 Andrés : no, pero me da por ponerlo por derecho, sabes que los tengo amañaos  
2:34 Baltasar : pero es que  
2:35 Andrés : pero no miraste ni por mí.  
2:36 Baltasar : Hombre, porque no, porque no, Andrés  
2:41 Baltasar : Andrés , pero es que no  
2:42 Andrés : no yo no tengo en cuenta eso  
2:43 Baltasar : ya, ya lo sé pero es que no quiero ¿Cómo te lo digo?  
2:47 Andrés : ja, ja, ja  
2:48 Baltasar : Yo sé que tú quieres, pero una cosa es que tú quieras y otra que yo quiera.  
2:52 Andrés : Sí, pero es que tú quieres también, ye por darme en la cabeza, por harcerme...  
2:54 Baltasar : ¿Qué? ¿Aja que te, que? ¿Qué?  
2:58 Andrés : por darme a mí en la ceja para que te quiera joder  
3:03 Baltasar : que me tienes en tu cabeza  
3:04 Andrés : No. si eso sí pero siempre  
3:08 Baltasar : será porque te digo que no siempre  
3:10 Andrés : no, no, no tiene nada que ver  
3:11 Baltasar : y entonces



- 3:14 Andrés : mira, mira tú todo lo que quieras, pero yo te (no se entiende bien)
- 3:25 Andrés : me miras con cariño
- 3:27 Baltasar : no, pero es que es qué, pero es que esas son ideas que ya te lo he dicho mucho
- 3:32 Andrés : sí, sí
- 3:32 Baltasar : porque no es que te mire a tí en específico.
- 3:36 Andrés : entonces
- 3:37 Baltasar : nooo es que a veces estoy contenta y por eso tengo cara.
- 3:38 Andrés : uy sí, pero no, uy dios
- 3:47 Andrés : te juro que lo sé por los ojos
- 3:48 Baltasar : na, pero no, esos son cosas que ves tú
- 3:50 Andrés : no, no, son cosas reales, eso te lo digo yo.
- 3:53 Baltasar : te he dicho, pero entonces si fuera real, ¿por qué te digo que no?
- 3:58 Andrés : pero eso me dices que no, por hacerte de rogar
- 4:00 Baltasar : naaa si hacerme de rogar, casi un año y pico, imagínate tú que no, no es hacerme de rogar es que no quiero
- 4:10 Andrés : yo si
- 4:12 Baltasar : ah
- 4:13 Andrés : si quieres si
- 4:15 Baltasar : que tu si quieres bueno, vale eso lo sé, pero una cosa es que tú quieras y otra
- 4:16 Andrés : ja, ja, ja, ja
- 4:24 Andrés : Apiádate de mí, oíste apiádate de mí
- 4:29 Baltasar : ya
- 4:35 Andrés : cuando quieras vienes y le damos
- 4:36 Baltasar : que no, porque no quiero
- 4:42 Andrés : dame la conformidad
- 4:43 Baltasar : ..... ..
- 4:44 Andrés : dame la conformidad
- 4:45 Baltasar : ah si
- 4:46 Andrés : no me la das
- 4:47 Baltasar : por gusto nada más, para que no digas nada
- 4:52 Andrés : tú crees que yo no tuviera otra persona que le tocara contigo aquí, yo, por ejemplo.
- 5:00 Baltasar : entonces me tengo que meter a prostituta
- 5:01 Andrés : hay muchas mujeres que, qué se yo, no ofrecen confianza, tú vas conmigo siempre, si no tuviera confianza contigo yo no te iba a tratar así.
- 5:10 Baltasar : entonces que me tengo que meter a prostituta para que no me quieras
- 5:14 Andrés : si no te quiero yo quien te va a querer
- 5:47 Andrés : a pesar de que me he enfadado muchas veces y tú conmigo, que tú también haces frente fuerte, no te quedas corta, pero sin embargo dentro hay procesión
- 6:00 Baltasar : ¿dentro de qué?
- 6:01 Andrés : dentro hay procesión
- 6:02 Baltasar : Ah el tuyo
- 6:03 Andrés : no y tú también



- 6:05 Baltasar : pero, pero, como voy a, si yo te he dicho mil veces, tú crees que si yo quisiera hace rato
- 6:20 Andrés : yo no es que este rogando ni nada, pero quiero quedar contigo, y me vas a decir que sí ¿de verdad que no?
- 6:32 Baltasar : ¿Qué?
- 6:33 Andrés : ¿de verdad que no?
- 6:33 Baltasar : de verdad, verdadita que no
- 6:38 Andrés : no creo
- 6:39 Baltasar : Ah bueno, te digo después que no y me dices que no crees, entonces
- 6:43 Andrés : no no, pero sé que lo haces, lo dices con un no pequeño.
- 6:48 Baltasar : No que me vas a hacer llorar de verdad, tu ríe y yo lloro.
- 6:53 Andrés : no pero pasa igual que allí también, yo sé que ahh se ve se ve sin embargo no lo haces enfadada, yo como no es enfadada.
- 7:01 Baltasar : te dije mil veces que no
- 7:03 Andrés : como no es enfadada yo ataco
- 7:04 Baltasar : te dije mil veces que no
- 7:12 Andrés : a tí te gusta que te haga caricias, es lo único que te gusta a ti
- 7:14 Baltasar : si hombre si
- 7:16 Andrés : hombre vaya hombre que lo sé
- 7:18 Baltasar : ay es cuestión de respirar, déjame trabajar
- 7:29 Andrés : luego vamos a quedar
- 7:30 Baltasar : Dios mío de mi vida, yo no entiendo, como no entiendes
- 7:40 Baltasar : dale ya sé que luego vas a llegar todo enfadado ahí
- 7:42 Andrés : no, no
- 7:46 Baltasar : como siempre te digo que no, llegas vas a hacer pataleta
- 7:49 Andrés : no no, el otro día lo que me pareció mal fue
- 7:52 Baltasar : que me miraste mal, claro que te voy a mirar mal si me estás diciendo que si...
- 7:56 Andrés : no, pero es que yo no te había dicho nada, eso fue después, te dije que, si quieres lo mires, que estabas allí abajo, me dijiste.
- 8:03 Andrés : no, no, yo llegué en la mañana y no me miraste
- 8:04 Baltasar : Ah pero, pero si quieres cosas
- 8:06 Andrés : no yo llegué por la mañana
- 8:07 Baltasar : me dijiste y yo te dije ah me estas queriendo decir
- 8:10 Andrés : pero eso fue después cuando ya no me miraste por la mañana ya
- 8:13 Baltasar : porque me estabas fastidiando con el mismo tema y te decía que no, y entonces allí tú te enfadaste
- 8:20 Andrés : Yo no lo veo, si es que no es que no
- 8:28 Baltasar : hombre, bueno pero te estoy diciendo que no
- 8:32 Andrés : pero es que yo quiero convencerte
- 8:33 Baltasar : aaaah
- 8:34 Andrés : jajaja... tú dices que no y yo quiero convencerte de que sí, vale. Y sé que voy a convencerte de que sí, que sí. Que lo sé.
- 8:42 Baltasar : ya, anda vete déjame trabajar, me voy a poner a llorar



8:49 Andrés : yo lo sé, sé que sí porque me dices un no flojo

8:57 Baltasar : un no flojo, si hasta me enfado, eso es una cebolla, si hasta me enfado contigo que es donde dices que te miro feo eso no es un no flojo, como quieres que te diga el no para decírtelo de ahora en adelante.

9:15 Andrés : En la mañana me miras bien

9:18 Baltasar : no, es porque algunos días estoy contenta, pero porque, porque sí, por mis hijas, por existir, pero no porque quiera follar contigo

9:28 Andrés : sí pero yo creo que no quieres conmigo, no te apetece con nadie, te lo digo yo, pasas del tema, no eres caliente.

9:37 Baltasar : bueno será eso

9:39 Andrés : no eso te lo digo yo que sí, te lo digo yo que te conozco

9:43 Baltasar : si claro como los ojos

9:48 Andrés : ya te lo digo yo, que lo sé.

9:52 Baltasar : ay Andrés vas a hacer que me duela la cabeza

Asimismo constan los siguientes mensajes de Whatsapp entre las partes en las fechas y horas que se indican:

07-12-21 4:36: Andrés : Bailamos

07-12-21 4:47: Andrés : me gustan las perras

07-12-21 4:49: Baltasar : ¿Qué estás queriendo decir con eso?

07-12-21 4:50: Andrés : De dos patas

07-12-21 4:51: Baltasar : Bueno vete a un puticlub que allá encontrarás muchas

07-12-21 4:51: Andrés : Están muy folladas

07-12-21 4:52: Baltasar : ¿Tú me estás queriendo decir perra?

07-12-21 4:52: Andrés : No a tí

07-12-21 4:54: Baltasar : Entonces a mí qué más me da si te gustan las perras o no

07-12-21 4:54: Andrés : Hay perras guapas

07-12-21 9:56: Baltasar : Después me pides que te respete

07-12-21 10:04: Andrés : No quería ofenderte

CUARTO.- El 02-03-22 la demandante presentó una denuncia ante la Policía por hechos sucedidos entre el 01-09-16 y ese mismo día, con motivo de que su jefe a quien identificó como Andrés , le hacía propuestas de índole sexual todos los días, intentando en ocasiones abrir la puerta del habitáculo donde se cambiaba.

Con motivo de estos hechos se instruyen las Diligencia Previas nº 428/2022 ante el Juzgado de Instrucción nº 2 de Oviedo, en las cuales se levantó un Acta de Cotejo autorizada por Auto de fecha 27- 04-22 con el siguiente resultado según consta en el Acta: "A ese efecto exhibe la denunciante D<sup>a</sup>. Baltasar su teléfono móvil Marca LG NUM000 . En su presencia se accede al contenido de la aplicación WHATSAPP para visualizar la conversación mantenida con el número de teléfono NUM001 , correspondiente a contacto registrado como " Ramón ".

Se hace constar que no es posible el cotejo de las capturas de mensajes que constan numerados como Doc. 1 a 8, ya que se corresponden con conversación mantenida desde otro número de móvil distinto del que en este acto aporta D<sup>a</sup>. Baltasar , ya que manifiesta haber cambiado de línea.

Así se procede a cotejar lo que se corresponde con las conversaciones que sí se conservan en el móvil exhibido en este acto, NUM001 , documentos 9 al 11, si bien dichos documentos del 09 al 11 constan en la aplicación de WHATSAPP correspondiente al número 603895506 que se conserva en el terminal exhibido a pesar de que la compareciente manifiesta que no tiene esa línea porque cambió de número. La conversación así exhibida se corresponde íntegramente con la transcripción que consta en los documentos 09 al 11, que se trata de conversación mantenida con el contacto " Ramón " siendo el primer mensaje de 21 de marzo de 2021 a las 08:31 horas y el último de 13 de agosto de 2021 a las 2:56 horas.

Se exhibe la conversación mantenida con el referido contacto Ramón desde la línea NUM000 correspondiente con las transcripciones aportadas y que constan como documentos del 12 al 20, que comienzan con mensaje





de 02/04/2021 a las 12:33 p.m. y terminando con mensaje de 10 de febrero de 2022 a las 08:53 horas, comprobando que se corresponde íntegramente con dichas transcripciones".

El 02-02-22 se dictó una Diligencia de Constancia "para hacer contar el error de transcripción advertido en el Acta de Cotejo practicada el pasado 05 de Mayo de 2022, concretamente en el segundo párrafo del segundo de los dos folios de que consta el Acta, cuando dice: "Así se procede a cotejar lo que se corresponde con las conversaciones que sí se conservan en el móvil exhibido en este acto, NUM001 ", debe entenderse referido al móvil que efectivamente se exhibió por la compareciente, número NUM000 , y no el número NUM001 que se hizo constar por error. Error fácilmente constatable al contrastar con el contenido del Acta en el que se identificó correctamente el móvil exhibido en su inicio, por lo que se salva con esta Diligencia de Constancia que pasa a formar parte inseparable del Acta mencionada, poniéndose en conocimiento de las partes."

QUINTO.-El 03-03-22 la demandante pasó a la situación de incapacidad temporal con el diagnóstico de "trastorno adaptativo agudo", debido a "crisis de ansiedad en relación con problema en el trabajo. Refiere malos modos continuos desde hace tiempo. Hoy nuevo conflicto que ha desencadenado asistencia actual. Llanto en consulta, temblorosa, asustada, cefalea..."; situación en la cual permanece en la actualidad.

SEXTO.-Por la parte actora se promovió con fecha 22-03-22 acto de conciliación en reclamación de extinción del contrato por incumplimiento de las obligaciones empresariales y abono de una indemnización, el que se celebró el 06-04-22 con la asistencia de ambas partes, no alcanzándose un acuerdo entre ellos por lo que finalizó Sin Avenencia.

SEPTIMO.-En la tramitación de estos autos se han observado las prescripciones legales."

**TERCERO:** En la sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva: "Que estimando la demanda presentada por D<sup>a</sup>. Baltasar contra la empresa DIRECCION000 C.B., D. Andrés y D. Arturo en su calidad de miembros integrante de la comunidad de bienes, con intervención del MINISTERIO FISCAL, debo declarar y declaro extinguido el contrato de trabajo existente entre las partes desde el 26-09-16 con efectos al día de la fecha, condenando a los demandados citados por una parte, y a D. Andrés a título individual por otra, a abonar a la actora conjunta y solidariamente la cantidad de 7.893,60 euros en concepto de indemnización por la resolución que se decreta, así como la de 20.000 € en concepto de indemnización por daño moral; todo ello sin perjuicio de la responsabilidad del FONDO DE GARANTIA SALARIAL dentro de los límites establecidos en la Ley, para el caso de insolvencia total o parcial de los sujetos obligados."

**CUARTO:** Frente a dicha sentencia se anunciaron sendos recursos de suplicación por Andrés , Arturo y la empresa DIRECCION000 CB y de otra por Baltasar formalizándolos posteriormente. Tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte.

**QUINTO:** Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en fecha 21 de octubre de 2022.

**SEXTO:** Admitido a trámite el recurso se señaló el día 17 de noviembre de 2022 para los actos de votación y fallo.

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

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** El presente procedimiento trae causa de la demanda presentada por la actora, trabajadora que prestaba sus servicios por cuenta de la entidad demandada desde el 26 de septiembre de 2.016 con la categoría profesional de auxiliar de cocina, solicitaba la extinción de su contrato de trabajo por grave incumplimiento empresarial, condenando a la comunidad de bienes empleadora y sus dos integrantes, codemandados, a indemnizarle en la cantidad cuantificada conforme a lo establecido para el despido improcedente, así como en una cantidad adicional de 121.000 euros en concepto de daño moral por la vulneración de derechos fundamentales.

La sentencia de instancia, concluyendo acreditado que la trabajadora había sido objeto de acoso sexual, estima parcialmente la demanda y declara la extinción de la relación laboral, condenando en los términos del fallo a abonar a la actora conjunta y solidariamente la cantidad de 7.893,60 euros en concepto de indemnización por la resolución que se decreta, así como la de 20.000 euros en concepto de indemnización por daño moral, todo ello sin perjuicio de la responsabilidad del Fondo de Garantía Salarial dentro de los límites legales.

Disconformes con la sentencia de instancia, recurre en suplicación ambas partes demandante y demandada.

La representación letrada de la comunidad de bienes y sus dos integrantes codemandados lo hace para interesar al amparo de dos motivos ex artículo 193.c) de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social la





revocación de la sentencia de instancia en virtud de la que resultaron condenados, solicitando con carácter principal la absolución de sus representados y de manera subsidiaria la minoración de la indemnización por vulneración de derecho fundamental, fijando su cuantía en 7.501 euros.

La representación letrada de la trabajadora demandante, por su parte, plantea sendos motivos al amparo de los apartados b) y c) del artículo 193 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social para que se revoque en parte la sentencia a los estrictos efectos de incrementar la indemnización por daño moral impuesta como consecuencia de la vulneración de derechos fundamentales declarada, fijando la cuantía en la de 121.000 euros postulada en la demanda.

Ambos recursos son respectivamente impugnados de contrario por la representación letrada de demandante y la de los codemandados para interesar su desestimación, solicitando además la primera la condena en costas por dicha desestimación. También el Ministerio Fiscal ha evacuado el traslado conferido en el trámite de impugnación interesando la desestimación de ambos y la confirmación de la sentencia de instancia.

**SEGUNDO.-** Recurriendo las dos partes la sentencia de instancia, solo la representación letrada de la trabajadora demandante lo hace para interesar la revisión del relato de hechos probados al amparo del artículo 193.b) LJS. La pretensión de la trabajadora recurrente pasa por varias modificaciones que conciernen a los hechos probados segundo, tercero y quinto, pretensión a la que se opone en su escrito de impugnación la representación de los codemandados al considerar que infringen las amplias facultades valorativas del Juzgador de instancia y las elementales reglas de la revisión fáctica en materia de suplicación que reivindica para solicitar su desestimación. Razones de lógica procesal conducen a que deban ser examinadas en primer término a fin de delimitar el marco fáctico del que habremos de partir, si bien conviene previamente recapitular acerca de cuáles son tales reglas en este tipo de recurso.

Es el de suplicación un recurso de carácter extraordinario y objeto limitado que impide considerar que el Tribunal venga facultado a revisar o analizar el proceso en toda su dimensión, sino tan sólo aquellos aspectos en los términos legales establecidos y conforme a los que el punto de partida es que las facultades para alterar las premisas fácticas de la sentencia de instancia están sujetas a requisitos de ineludible cumplimiento al corresponder en nuestro ordenamiento laboral al juzgador de instancia la valoración de la prueba en toda su amplitud por ser quien ha tenido plena inmediatez en su práctica ( sentencias del Tribunal Supremo de 21 de octubre de 2.010 -rco. 56/2010-, 14 de abril de 2.011 -rco. 164/2010-, 25 de enero de 2.012 -rco. 30/2011- y 6 de marzo de 2.012 -rco. 86/2011-).

Como resumidamente expone la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 2.015 (rco. 309/2014): " a) que el proceso laboral está concebido como un proceso de instancia única -que no grado-, lo que significa que la valoración de la prueba se atribuye en toda su amplitud - art. 97.2 LRJS - únicamente al juzgador de instancia [...], por ser quien ha tenido plena inmediatez en su práctica, y que la revisión de sus conclusiones únicamente puede ser realizada cuando un posible error se desprenda de manera evidente de documentos idóneos para tal fin, pero rechazando que ello pueda conducir a negar las facultades de valoración que corresponden al Tribunal de instancia, únicamente fiscalizables si no se han ejercido conforme a las reglas de la sana crítica (recientes, SSTS 02/07/14 -rco 241/13 -; 16/09/14 -rco 251/13 -; y 15/09/14 -rco 167/13 -); b) que expresamente ha de rechazarse la formulación del motivo revisorio cuando con ella se pretende que esta Sala lleve a cabo una nueva valoración de la prueba [obteniendo, naturalmente, consecuencias distintas de las que aparecen plasmadas en el relato histórico de la sentencia recurrida], como si el presente recurso no fuera el extraordinario [...] sino el ordinario de apelación ( SSTS 03/05/01 -rco 2080/00 -; [...] 08/07/14 -rco 282/13 -; y SG 22/12/14 -rco 185/14 -); y c) que los documentos al efecto invocados «deben tener una eficacia radicalmente excluyente, contundente e incuestionable», hasta el punto de afirmarse que la certidumbre del error está reñida con la existencia de una situación dubitativa ( SSTS 15/09/14 -rco 167/13 -; 16/09/14 -rco 251/13 -; y SG 18/07/14-rco 11/13 -)".

Constituyen reglas básicas que ha venido compendiando la doctrina del Tribunal Supremo sobre la forma en que se ha de efectuar la revisión fáctica: a) Que se indiquen qué hechos han de adicionarse, rectificarse o suprimirse, sin que en ningún caso bajo esta delimitación conceptual fáctica puedan incluirse normas de derecho o su exégesis. b) Que se sustente en prueba documental o pericial y que de esta naturaleza se cite concretamente la que, por sí sola, demuestre la equivocación del Juzgador, de una manera manifiesta, evidente y clara. c) Que se precisen los términos en que deben quedar redactados los hechos probados y su influencia en la variación del signo del pronunciamiento. d) Que tal variación tenga trascendencia para modificar el fallo de instancia (entre otras, Sentencias del Tribunal Supremo de 16 de septiembre de 2.014, rco. 251/2013, de 14 de mayo de 2.013, rco. 285/2011, de 5 de junio de 2.011, rco. 158/2010 y de 17 de enero de 2.011, rco. 75/2010).

Reteniendo tales reglas, acudimos al examen de las revisiones propuestas, siendo en primer lugar solicitada por la representación de la trabajadora la modificación del hecho probado segundo en el concreto párrafo que



alude a que los codemandados D. Andrés y D. Arturo son miembros integrantes de la comunidad de bienes para añadir " *siendo D. Andrés el jefe de la actora y el dueño del negocio* ". Alega que se trata de un extremo relevante para resaltar dicha condición de quien perpetró la conducta enjuiciada, citando como soporte "los documentos obrantes en la causa". Tal falta de concreción del aval revisor ya es de entrada un obstáculo a acceder a la adición pretendida, pues abocaría a la Sala a una revisión de la prueba documental en toda su amplitud impropia del papel que, como hemos dicho, nos corresponde. Pero tampoco la relevancia que afirma el recurso se aprecia, constando como consta que el referido integra la comunidad de bienes que es titular del negocio de hostelería y, además, en otros pasajes de la sentencia -con indudable valor fáctico en fundamentos de derecho- la relación de superioridad con la actora. Por tanto se desestima.

En segundo lugar, se propone también la revisión del extenso hecho probado tercero que alude a conversaciones telefónicas y vía whatsapp que la sentencia de instancia tiene por acreditadas y de las que particularmente refleja parte por su transcripción. Dicha revisión atiende a cuatro aspectos. Primero, modificar el primer párrafo del hecho probado para hacer constar, en lugar de que habían tenido lugar "conversaciones telefónicas" que recoge con expresión del minuto de grabación, que " *tuvieron lugar las siguientes conversaciones en persona entre demandante y demandado reconocidas por este último en el acto de la vista, encontrándose entre las citadas, con expresión del minuto de grabación, las siguientes*". Segundo, añadir un nuevo párrafo con la siguiente redacción: " *En relación a las comunicaciones vía Whatsapp, el demandado envió a la actora, entre otros, los siguientes mensajes: "Pero no te dejas fácil, ya tenía el calzoncillo mojado" "Pues la culpa la tienes tú por estar buena" "Ven conmigo que estoy solo" "Bailamos me gustan las perras"*". Tercero, añadir otro nuevo párrafo con la siguiente redacción: " *Tanto las grabaciones de las conversaciones en persona mantenidas entre demandante y demandado grabadas con el teléfono móvil de la actora como los mensajes de Whatsapp fueron peritados, concluyendo el autor del informe que eran veraces no habiendo sufrido alternación o manipulación alguna*". Cuarto, añadir un último párrafo adicional con la siguiente redacción: " *Uno de los testigos, concretamente, D. O[...] R[...] B[...], afirmó haber oído a través de su teléfono móvil, mientras hablaba con la demandante, que Andrés le dijese que quería con ella y que como no se dejaba iba a tener que violarla porque sabía que tenía ganas* ".

Con el propósito de resaltar la entidad de la conducta enjuiciada, el recurso acude como soporte probatorio a los documentos obrantes en la causa relativos a las capturas de whatsapp, los mensajes de whatsapp y los audios grabados por la actora con su terminal móvil en cuanto de ellos se concluye que las conversaciones no son telefónicas sino audios que recogen conversaciones en persona, que omite indebidamente la sentencia el contenido que el recurso quiere introducir porque tanto las conversaciones grabadas como los mensajes de whatsapp, fueron objeto de un informe pericial que concluyó que eran veraces al no haber sido alterados ni modificados y que uno de los testigos reconoció haber escuchado a través de su teléfono los extremos a que la adición alude.

Dar respuesta a la pretensión deducida exige partir así de que es el Juzgador de instancia quien de conformidad con el artículo 97.2 LJS tiene atribuidas con plenitud las facultades para valorar las pruebas y los restantes elementos de convencimiento presentados ante él, disponiendo para su examen de amplios márgenes de actuación delimitados por las reglas de la sana crítica. Que el proceso laboral esté concebido como un proceso de instancia única -que no grado- significa, en primer lugar, que la finalidad del motivo de revisión fáctica es corregir " *el presunto error cometido en la instancia y que sea relevante para el fallo*" ( sentencias del Tribunal Supremo de 22 de mayo de 2.006, rco. 79/2005, y de 20 de junio de 2.006, rco. 189/2004). Y en segundo lugar, que la revisión ha de rechazarse cuando a la postre pretende también " *de nuevo, la valoración total de las pruebas practicadas o una valoración distinta de la 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*" ( Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 2.016, rco. 188/2015).

De entrada, desde luego no es admisible como soporte para la revisión la prueba testifical y nuevamente incurre también el recurso en el defecto de remitir a una extensa y heterogénea prueba documental -y a lo sumo pericial- en tal amplitud que ni siquiera concreta de la misma -como tampoco concreta con la redacción propuesta- los extremos que evidencien más allá de cualquier duda y sin necesidad de conjeturas el error del Juzgador a quo acerca del tipo o contenido de las conversaciones y mensajes . Por otro lado, consideraciones al margen acerca de la relevancia a efectos del fallo de las precisiones que pretenden ser introducidas -en realidad apenas para dotar de mayor intensidad a una reiterada conducta ya de entidad que viene calificada en la instancia de acoso sexual-, lo cierto es que esa misma prueba fue objeto de expresa valoración de la que el fundamento de derecho da razón expresando que " *de las pruebas practicadas resulta que el demandante reconoció su voz en las grabaciones telefónicas que fueron reproducidas en el acto del juicio (aunque de manera parcial dada su duración), habiéndose aportado no obstante a autos las grabaciones íntegras; sin embargo negó la autenticidad de los mensajes de Whatsapp que le fueron exhibidos aportados por la parte actora como documento nº 5 en sus 6 primeras páginas, que son los mismos que no pudieron ser cotejados en el Juzgado*



de Instrucción por corresponder con otro número de teléfono de la actora, ya que según esta manifestó había cambiado de número; pero los restantes mensajes de Whatsapp que comienzan el 02-04-21 a las 12:33 son los que por el Juzgado se pudieron cotejar; también son estos últimos los que fueron objeto del informe pericial de la parte actora a fin de acreditar que los mismos no habían sido alterados o manipulados, al igual que las grabaciones telefónicas también aportadas en formato audio y cuyo contenido aparece transcrito en el documento 6 de la parte actora; por tanto no se toman en consideración a estos efectos los primeramente citados del documento nº 5, pero sí los restantes; y con los mismos se acreditan las manifestaciones del demandado que han quedado reflejadas en el Hecho Probado Cuarto". El recurso de suplicación no es instrumento adecuado a fin de proceder a una nueva valoración de los mismos medios de prueba aportados sino solo y exclusivamente para corregir errores del Juzgador cuando con documentos idóneos se ponga de manifiesto el desacierto de la convicción judicial, lo que por las razones expuestas no acontece.

Por último, el recurso solicita la revisión del hecho probado quinto para añadir un párrafo *in fine* al mismo con la siguiente redacción: "Según el historial médico de la actora obrante en autos, se recoge una asistencia el día 6 de Mayo de 2019 describiéndose la asistencia de la siguiente manera: "Problemas laborales, el jefe la riñe". Asimismo, consta una nueva asistencia 2 días después, el 6 de Mayo de 2019, donde se dice: "Sensación de ansiedad. Problemas de abuso y conflicto en el trabajo. Problemas económicos que le impiden dejarlo". Tal adición se funda en "los documentos obrantes en la causa relativos al historial clínico de la actora" con el único fin de poner en evidencia que la actora lleva sufriendo los hechos desde hace "al menos" tres años y la desproporción que juzga entre ello y la indemnización por el daño moral irrogado. Empero de nuevo el recurso nos aboca a la indeterminación en la amplitud del soporte probatorio ofrecido, sin identificar en autos tales documentos ni razonar tampoco de manera singular la pertinencia y utilidad para evidenciar un eventual error cual si correspondiera a esta Sala el examen y valoración de la prueba en toda su amplitud. Además tampoco dichos informes sirven al fin de evidenciar una circunstancia de entidad atendiendo que su contenido simplemente recoge tan genéricas manifestaciones de la actora y el carácter continuado del que dan cuenta los hechos probados.

Por las razones expuestas, el motivo de revisión fáctica se rechaza íntegramente, manteniendo el relato de la sentencia recurrida inalterado.

**CUARTO.-** Llegados a la censura jurídica de la sentencia de instancia, ambas partes la recurren al amparo del artículo 193.c) LJS articulando en orden a sostener sus respectivas pretensiones los codemandados dos motivos y la demandante uno, coincidente éste con el segundo del recurso de los primeros en cuanto en ambos se discute -los codemandados con carácter subsidiario- el importe de la indemnización por vulneración de derecho fundamental. Es preciso comenzar, por tanto, por el examen del recurso interpuesto por la representación de los codemandados en la medida en que con carácter principal censura jurídicamente la sentencia para obtener la absolución de sus representados negando la existencia de acoso sexual, lo que de tener éxito haría innecesario el examen acerca de la cuantía de la indemnización dimanante de la condena para la reparación del daño moral irrogado.

Mediante el primer motivo de censura jurídica la representación letrada de la comunidad de bienes e integrantes que resultaron condenados denuncia que la sentencia infringe el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de los artículos 4.2 y 50.1.c) del Estatuto de los Trabajadores. Tal reproche jurídico se funda principalmente en la valoración de la prueba efectuada por el Juzgador y, por un lado, en la carga probatoria que concierne a cada litigante en el proceso, en este caso en relación con el grave incumplimiento empresarial imputado para la extinción del contrato de trabajo. Resumidamente, la infracción desde esta perspectiva sostiene que la demandante no concretó el contexto temporal en que se produjeron las conductas reprochadas al empresario, ni pormenorizó exhaustivamente los derechos fundamentales comprometidos, afectando el derecho de defensa de contrario ante tal indeterminación. Por otro lado y tras relatar doctrina más propia del hostigamiento y acoso laboral, valora determinados hechos conforme a la misma para concluir que nada así ha resultado probado y que a juicio de la parte la demanda tiene un componente puramente económico. Por último, ya desde la tesis de que los únicos hechos en definitiva acreditados derivarían de las conversaciones y whatsapp que la sentencia transcribe y la parte reconoce como mantenidas entre empresario y trabajadora, sostiene que solo se puede inferir de las mismas la existencia de una buena relación, que nada en contrario atestiguaron los trabajadores que declararon como testigos y que distinguir entre el cortejo y el acoso sexual, dada la confianza y tono jocoso que destilan, no es posible, constituyendo a lo sumo unas conversaciones "subidas de tono". Merced a todo ello concluye que hubiera procedido la absolución de sus demandados al no haber resultado acreditado el acoso sexual en que la demanda fundaba todos sus pedimentos.

La impugnación del recurso por la trabajadora se opone al éxito del motivo de censura jurídica discutiendo la realidad de las afirmaciones en que aquél se funda y ateniéndose, en cualquier caso, a la valoración de los



hechos efectuada por el Juzgador *a quo* para destacar que no evidencian otra cosa que la grave situación a que de modo continuado durante años la actora se vio sometida desde el prevalimiento de su jefe en su superioridad, dependencia y precaria situación económica.

Aun cuando todo el recurso gira realmente en torno a discrepar de la valoración de los hechos realizada por el Juzgador *a quo*, no solo habremos de partir de los que han quedado inalterados en esta sede, sino también de distinguir los dos niveles en que formalmente se plantea. En primer lugar, el reproche invoca las reglas de la carga de la prueba para, en realidad, comenzar por censurar la indeterminación de los hechos imputados por la trabajadora en su demanda. Se advierte un reproche ya planteado en la instancia en la medida en que al mismo día contestación la sentencia de instancia en los siguientes términos: " *en lo referido a la situación de indefensión por no especificarse en la demanda cuándo sucedieron los hechos y quien los presencié, esta última cuestión afecta exclusivamente a la prueba que se practique en el acto del juicio, por lo que no hay razón alguna para especificarla en la demanda; y en todo caso tales hechos no sucedían evidentemente a la vista y en presencia de otras personas o compañeros de trabajo, sino en la planta baja del establecimiento donde solamente trabajaba la actora, por lo que no podía haber ningún testigo presencial de los hechos; y en cuanto a la precisión temporal de los mismos, esta resulta necesaria cuando se imputen hechos o actos puntuales determinantes del incumplimiento empresarial, pero no cuando se trata de conductas continuadas y con carácter permanente, aun cuando no se produzcan necesariamente todos los días, ya que lo contrario supondría exigir a la trabajadora que se encuentra en tal situación, el tener que estar con el teléfono móvil grabando permanentemente durante toda la jornada laboral, lo cual resulta imposible en la práctica, existiendo grabaciones aisladas de los años 2020 y 2021, además de los Whatsapp, que evidencian la persistencia de la conducta a lo largo del tiempo*". Ciertamente en las circunstancias fácticas a que se refería la demanda de la actora, dada la reiteración y naturaleza de unos hechos que no solo se remontaban desde tiempo atrás a su interposición, sino sobre todo en un contexto descrito desde la cotidianidad y ocultación a terceros, difícilmente puede la Sala discrepar del razonamiento judicial de instancia cuando, además, el propio examen de la demanda no avala la tesis de los recurrentes al contar aquélla con una concreción suficiente para conjurar la indefensión en orden a combatirlos.

En un segundo nivel, el reproche en la carga de la prueba es ya claramente valorativo y transita por los requisitos que el recurso considera por integrar el concepto de acoso laboral y por el encaje en el mismo de los hechos -unos los probados, otros los adicionalmente apuntados- que analiza al margen de la sentencia recurrida. Dar respuesta exige varias consideraciones jurídicas previas. Comenzando por las reglas de la carga de la prueba cuya infracción primero denuncia el recurso, lo que establece el artículo 217 LEC es que " *Corresponde al actor y al demandado reconviniente la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda y de la reconvenición*" (apartado dos) e " *Incumbe al demandado y al actor reconvenido la carga de probar los hechos que, conforme a las normas que les sean aplicables, impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos a que se refiere el apartado anterior*" (apartado tres). Ahora bien, de entrada prescinde el recurso de la especialidad en materia de prueba establecida en los procesos en que se alegue vulneración de derechos fundamentales o móviles discriminatorios, en virtud de la cual, una vez que se hayan constatado los indicios de esa vulneración o discriminación, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad (artículos 96.1 y 181.2 LJS). En cualquier caso y más importante, no podemos apreciar infracción de cualquiera de dichas reglas por el mero argumento de que la parte discrepe de la valoración de los hechos acreditados, pues ello dista mucho de que la actora no hubiera cumplido con la carga de acreditarlos a la luz del relato conformado por la valoración judicial de las pruebas propuestas y practicadas.

No es admisible confundir los hechos que se declaran acreditados con la valoración judicial de los mismos: mientras los hechos necesariamente vinculan en sede de suplicación en tanto no sean objeto de exitosa revisión por las partes, " *la valoración de la prueba es cometido exclusivo del Juez o Tribunal que presidió el juicio, el cual deberá determinar qué hechos alegados por las partes, de interés para la resolución del pleito, han quedado o no acreditadas a fin de declararlas o no probadas y esta valoración la lleva a cabo el juzgador libremente, apreciando toda la prueba en su conjunto sin otras limitaciones que las derivadas de la "sana crítica" [ arts.316 , 348 , 376 y 382 de la LEC ], esto es, sin llegar a conclusiones totalmente ilógicas o absurdas*" (entre otras muchas, sentencia del Tribunal Supremo de 12 de mayo de 2.008, rco. 81/2007). Al hilo de ello, conviene recordar que el objeto del recurso de suplicación no es el objeto del litigio librado por las partes en la instancia sino la sentencia dictada y en sede de censura jurídica la Sala es mera revisora de la conclusión judicial merced a dos límites: la infracción sustantiva denunciada y las premisas fácticas que hayan quedado inalteradas en la instancia.

Tomando en consideración el mismo relato de hechos probados que obra en la sentencia recurrida, encontramos en sede de fundamentación jurídica que la razón de la estimación de la demanda radica en





que concluye el Juzgador a quo que los mismos se incardinan plenamente en el concepto de acoso sexual denunciado en la demanda, concepto que en la doctrina judicial que cita se distingue con claridad del acoso laboral que no es de aplicación al caso. Se argumenta en concreto al fundamento de derecho segundo que el acoso sexual en el trabajo es, desde un punto de vista genérico, un acoso laboral pero con una naturaleza propia y diferenciada, como así ha sido caracterizado de manera pormenorizada en una reciente sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 3 de mayo de 2.022 cuya doctrina parcialmente transcribe. Merced a dicha doctrina, considera que no son aplicables los criterios que la parte demandada opone para la existencia de un acoso laboral -la reiteración, la frecuencia y la duración de la situación de acoso- porque " *un acoso laboral es sustancialmente distinto de un acoso de naturaleza sexual, tanto por sus fines como por los medios empleados, [...] situación completamente distinta a la del acoso sexual, ya que lo se pretende mediante este no necesariamente es perseguir el aislamiento de la trabajadora en su ámbito laboral, ni que esta se autoexcluya del trabajo cesando voluntariamente, sino y fundamentalmente el manifestar abierta y explícitamente el deseo de mantener una relación de tipo sexual mediante el acoso continuado con el fin de que la trabajadora acceda a sus pretensiones; y todo ello en el marco de una relación empleador-empleada, lo que determina la existencia de una posición de superioridad material en cuanto que la negativa de la trabajadora podría propiciar una reacción adversa por parte del empresario con consecuencias en el ámbito laboral; no significa ello que no puedan darse situaciones de relaciones de ese tipo entre ambos, pero siempre que sea en el marco de una relación libremente consentida y admitida; por el contrario el acoso sexual se caracteriza por la persistencia en la conducta a pesar de la negativa expresa de la trabajadora a tales proposiciones, y además de manera clara y reiterada*".

Por otra parte, " *La equiparación que la parte demandada pretende realizar con los requisitos exigibles para un acoso moral o laboral en cuanto a la frecuencia y duración del acoso no son trasladables por tanto a los casos de acoso sexual, ya que ello significaría que una trabajadora tendría que admitir comportamientos constitutivos de un acoso sexual, siempre que los hechos se produjesen en intervalos superiores a una semana y con una duración inferior a seis meses; por el contrario, la actitud persistente en el tiempo debe entenderse referida a que exteriorizada tal conducta por parte del acosador, y manifestada expresamente la oposición por parte de la acosada, este insista en su conducta de manera reiterativa, sin ser necesario por tanto el transcurso de un determinado período temporal para entenderse consumada la situación de acoso; y de hecho el Convenio Colectivo tipifica en su artículo 43.12 como infracción muy grave constitutiva de despido "Todo comportamiento o conducta, en el ámbito laboral, que atente al respeto a la intimidad y dignidad de la mujer o el hombre mediante la ofensa física o verbal, de carácter sexual. Si tal conducta o comportamiento se lleva cabo prevaleciendo de una posición jerárquica supondrá una circunstancia agravante de aquélla"; de la misma manera y paralelamente, el artículo 7 de la Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo de Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres, también considera como 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"; al igual que el E.T. en su artículo 4.2 e) que califica como derecho básico del trabajador el "respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad, comprendida la protección frente al acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, y frente al acoso sexual y al acoso por razón de sexo"; sin que en ninguna de tales normas se contenga exigencia o requisito alguno de unas frecuencias ni duración mínima de la situación, que permitan al empleador realizar tales conductas de manera reiterada aunque separadas en el tiempo*".

Tales consideraciones resultan plenamente ajustadas a la propia doctrina de esta Sala de lo Social, sirviendo al efecto simplemente traer a colación la sentencia de este Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 30 de septiembre de 2.015 (rsu. 1932/2015) en la que adicionalmente se exponía que: « *El Art. 7 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres ofrece una definición de acoso sexual y acoso por razón de sexo de carácter general, si bien deja al margen el Código penal, ámbito en el que seguirá rigiendo el Art. 184. La directiva 73/2002 había introducido sendas definiciones del acoso relacionadas con el sexo de una persona y del acoso sexual, considerando ambas conductas como comportamientos discriminatorios. La trasposición que lleva a cabo el precepto legal citado también califica expresamente como discriminatorios tanto al acoso sexual como el acoso por razón de sexo, aunque es claro que tal modo de proceder afecta igualmente a otros derechos fundamentales como son la dignidad ( Art. 10.1 de la CE ), la intimidad ( Art. 18 de la CE ) y la integridad física y moral ( Art. 15 de la CE )*.

*Se considera 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", mientras que el acoso por razón de sexo es "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".*

*Con anterioridad a la Ley, el acoso sexual ya había sido objeto de definición por el Tribunal Constitucional (SSTC 224/199 y 207/2001) precisando que "para que exista un acoso sexual ambientalmente constitucionalmente recusable*



ha de exteriorizarse, en primer lugar, una conducta de tal talante por medio de un comportamiento físico o verbal manifestado, en actos, gestos o palabras, comportamiento que además se perciba como indeseado e indeseable por su víctima o destinataria, y que, finalmente, sea grave, capaz de crear un clima radicalmente odioso e ingrato, gravedad que se erige en elemento importante del concepto. En efecto, la prohibición del acoso no pretende en absoluto un medio laboral aséptico y totalmente ajeno a tal dimensión de la persona, sino exclusivamente eliminar aquellas conductas que generen, objetivamente, y no solo 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 solo de la sensibilidad de la víctima de la agresión libidinosa, aun cuando sea muy de tener en cuenta, sino que debe ser ponderado objetivamente, atendiendo al conjunto de las circunstancias concurrentes en cada caso, como la intensidad de la conducta, su reiteración, si se han producido contactos corporales humillantes o solo 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".

La diferencia fundamental entre el acoso sexual y el acoso por razón de sexo reside en que el primero se caracteriza por su naturaleza sexual, es decir, por la relación o apelación de índole sexual dirigido a la persona acosada; por otra parte, de la definición legal no se desprende necesariamente la concurrencia de un ánimo lúbrico o de satisfacción carnal del agresor, siendo encuadrables en el precepto las conductas de contenido sexual que no pretendan otra cosa que molestar. Como señala el Código de Conducta comunitario, aprobado por Resolución del Consejo de Ministros de 20 de mayo de 1990, relativa a la protección de la dignidad de la mujer y del hombre en el trabajo (90/C167/02): "La principal característica del acoso sexual es que es indeseado por parte de la persona objeto del mismo, y corresponde a cada individuo determinar el comportamiento que le resulta aceptable y el que le resulta ofensivo. La atención sexual se convierte en acoso sexual si continúa una vez que la persona objeto de la misma ha indicado claramente que la considera ofensiva, si bien un único incidente de acoso puede constituir acoso sexual si es lo suficientemente grave. Lo que distingue el acoso sexual del comportamiento amistoso es que el primero es indeseado y el segundo aceptado y mutuo".

Por otra parte, hay que precisar que el legislador nacional contempla como constitutivos de acoso los comportamientos en los que concurra alternativamente bien el propósito bien el efecto de atentar contra la dignidad, prescindiendo así de una prueba de la intencionalidad del agresor. Por lo demás, dentro de la definición legal caben todos los tipos de acoso sexual, y no solamente el acoso ambiental, pues el precepto se refiere a cualquier comportamiento verbal o físico.

[...] Una comparativa con las definiciones contenidas en la Directiva 2006/54/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006 -artículos 2.1.c) y d)- nos permite comprobar que, en estas definiciones comunitarias, se exige, además de que el comportamiento tenga el propósito o produzca el efecto de atentar contra la dignidad de una persona y, en su caso, de crear un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo, que el comportamiento sea no deseado, lo cual no deja de ser paradójico porque parece dar a entender que un acto objetivamente ofensivo no es acoso si además no es no deseado - es decir si la víctima no manifiesta una negativa al acto objetivamente ofensivo -. Como se ha visto la Ley O. 3/2007 ha prescindido de esa precisión y, por tanto, no es necesario acreditar, cuando el acercamiento sexual es objetivamente ofensivo, una negativa de la víctima para la constitución del ilícito, sin perjuicio, naturalmente, de que, si la víctima consiente expresamente o ha realizado actos inequívocos de consentimiento, desaparezca la ofensividad, aunque entonces es el agresor quien deberá de acreditar la causa de justificación [...].»

Por otra parte y como también se advertía en dicha sentencia, « en palabras de la sentencia del Tribunal Constitucional 136/2001 , a propósito del acoso sexual, "sin descartar la realidad psicológica del acoso que la actora dice haber sufrido, los hechos psicológicos solo pueden probarse a través de los hechos físicos", en otras palabras, que no es igual sentirse acosado que estar realmente acosado; lo primero depende del singular mundo psicológico del sujeto afectado, cambiante en cada persona; lo segundo, de los elementos de realidad que puedan ser percibidos objetivamente...", es decir, para que se cumpla la objetividad del acoso hay que tener en cuenta no solo la percepción de la víctima, sino las circunstancias objetivas que concurran en el supuesto de hecho».

Llevando tales consideraciones al relato de hechos del caso enjuiciado, el razonamiento judicial no incurre en infracción alguna de las denunciadas, ni viene desautorizado por las razones ofrecidas en el recurso. Prosigue el Juzgador a quo que con la prueba aportada en autos " se acreditan las manifestaciones del demandado que han quedado reflejadas en el Hecho Probado Cuarto; y si bien es cierto que tras la escucha de las mismas no se aprecia una situación de abierto enfrentamiento entre ambas partes, en el sentido de que la actora no muestra en el curso de las conversaciones un enfado manifiesto, manifestaciones de ira o expresiones terminantes de dar





por concluida la conversación, o dejar la zona de trabajo para subir a la planta superior donde se encontraban los camareros, ni constan comentarios con compañeros de trabajo acerca de tal situación y del comportamiento del demandado, ello no excluye la situación de acoso sexual denunciada. El demandado sostiene que mantenía una buena relación con la actora tanto en el trabajo como a nivel personal, y que tales comentarios eran en broma en función de tal relación de confianza; sin embargo lo que se deduce de los mismos es que las conversaciones, que no comentarios aislados, tenían una finalidad concreta y determinada, que era que la demandante accediese a las pretensiones del demandado de carácter sexual; y no a medio de insinuaciones más o menos veladas, sino mediante requerimientos directos y expresos a pesar de las reiteradas manifestaciones en contra de la demandante. Todo ello hay que ponerlo en el contexto de una relación de superioridad empresario-trabajador, y de una situación de dependencia de económica, ya que tal y como manifestó el cónyuge de la actora en el acto del juicio, él estaba sin trabajo y tenían tres hijas, por lo que era de todo punto necesario que su esposa mantuviese su trabajo".

En función de cuanto reflejan los hechos probados se considera acreditada una conducta mantenida a lo largo del tiempo y constitutiva de un acoso sexual en el trabajo en cuanto " *totalmente inadecuada, improcedente y fuera de lugar, además de ofensiva y atentatoria a la dignidad de la trabajadora, especialmente en una relación de superioridad por jerarquía empresarial*", lo que constituye causa de extinción de la relación laboral ex artículo 50.1.c) ET. Tal conclusión no solo no contradice la carga probatoria que a la parte actora incumbe en este tipo de procesos, sino que hemos de convenir con el Juzgador *a quo* en que coherente con el tenor objetivo de las conversaciones y mensajes que el hecho probado tercero relata, huérfanas las conductas descritas en la sentencia de instancia de otra justificación o explicación razonable que la clara finalidad de que " *la demandante accediese a las pretensiones del demandado de carácter sexual [...] a pesar de las reiteradas manifestaciones en contra de la demandante*", con pleno encaje en el concepto de acoso sexual que ha quedado descrito.

Llegados a este punto, de cuanto hemos expuesto se infiere suficientemente acreditada la situación de la que trae causa el grave incumplimiento empresarial que justifica en la sentencia recurrida la extinción de la relación laboral y las demás circunstancias anudadas a la misma, por lo que consiguientemente el motivo de censura jurídica que solo discute aquél para la absolución de sus representados viene abocado al fracaso, debiendo ser desestimado.

**QUINTO.-** El segundo motivo de censura jurídica del recurso de los codemandados denuncia con carácter subsidiario infracción de los artículos 8.13 y 39 de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social. En síntesis aboga por una interpretación alejada del automatismo de la indemnización en supuestos de vulneración de derechos fundamentales fundada en la jurisprudencia que cita por sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 9 de junio de 1.993 y 8 de mayo de 1.995. Sostiene que, conforme a la misma y al marco legal del artículo 183 LJS, incluso en el caso de que haya resultado acreditada dicha vulneración es precisa la alegación y acreditación de elementos objetivos que mínimamente evidencien el daño sufrido, lo que en el presente caso juzga no ha acontecido porque se acude a una comparación en aplicación de la LISOS. Añade que no solo la naturaleza consentida y jocosa de las conversaciones, sino también la avanzada edad, circunstancias familiares y prestigio empresarial de su representado -aquel a quien concretamente se imputan las conductas reseñadas- tornan la cuantía de veinte mil euros fijada en la sentencia recurrida totalmente desproporcionada. Al efecto también cita una sentencia de Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 18 de julio de 2.019 que considera más acertada por fijar una indemnización muy inferior para un supuesto que juzga aún más grave. Finalmente, aunque la argumentación rechaza de principio acudir sin más a los parámetros de la LISOS, el recurso concluye solicitando para el caso de ratificar la vulneración de derechos fundamentales apreciada en la instancia -cual acontece- la imposición de la indemnización " *en su grado mínimo, es decir, en la cuantía de 7.501 euros de conformidad con el artículo 40.1.c) de la LISOS* ".

Por su parte, el único motivo de censura jurídica del recurso de la demandante atañe también a la cuantía de la indemnización por daño moral pero con la pretensión de que sea incrementada, reiterando la cuantía de ciento veintidós mil euros postulada en la demanda. Plantea el reproche de esta naturaleza por la infracción de los artículos 8.13 y 40.1.c) de la LISOS en dos niveles que parten de que la propia sentencia incardina la conducta descrita en una infracción muy grave para la que se prevé en el ámbito de dicha ley una horquilla de sanciones en tres tramos que la recurrida sitúa en el grado mínimo cuando el precepto contempla " *en su grado máximo de 120.006 euros a 225.018 euros*". Por un lado, invocando que el artículo 39.7 de la propia LISOS establece que se sancionará en el máximo de la calificación que corresponda toda infracción que consista " *en la persistencia continuada de su comisión*", cual aquí sucede por la reiteración en el tiempo de la conducta enjuiciada y determinaría la condena por la cuantía postulada. Por otro lado, reprochando en cualquier caso el carácter exiguo de la cuantía indemnizatoria fijada en sentencia merced a invocar varios pronunciamientos judiciales de Tribunales Superiores de Justicia que, en supuestos de vulneración de derechos fundamentales y a efectos de cuantificación del daño moral, ponderando la gravedad de las conductas concluyeron una



indemnización proporcionalmente mayor. En particular, destaca sentencia de esta propia Sala del Tribunal Superior de Justicia de Asturias que condena en supuesto de acoso laboral al importe de treinta mil euros (sentencia de 6 de marzo de 2.009), sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia de la que destaca que incluso por un hecho sexual puntual condena al importe de quince mil euros (sentencia de 8 de marzo de 2.022) o sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias que condena por hechos que el recurso juzga muy similares al presente en cuantía de ciento cincuenta mil euros (sentencia de 10 de febrero de 2.022). Por último, con cita de una reciente sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 20 de abril de 2.022, subraya que también el Alto Tribunal ha fijado indemnizaciones superiores como aconteció en dicho supuesto -"despido de un trabajador que se encontraba de baja laboral"- al fijar para la reparación del daño moral la cuantía de sesenta mil euros.

Dado el idéntico sustrato fáctico y aspecto jurídico de la sentencia recurrida en torno al que giran sendos motivos de censura jurídica -respectivamente impugnados de contrario-, descartado el reproche jurídico formulado con carácter principal por la empresa, debe abordarse seguidamente el reproche jurídico formulado acerca de la adecuación de indemnizar el daño moral causado y su cuantía.

Comenzaremos recordando que en la jurisprudencia sentencias como la del Tribunal Supremo de 5 de octubre de 2.017 (rcud. 2497/2015) ha sentado que « Las SSTs 17 diciembre 2013 (rco 109/2012 ), 8 julio 2014 (rco 282/2013 ), 2 febrero 2015 (rco 279/2013 ), 26 abril 2016 -rco 113/2015 - o 649/2016 de 12 julio (rec. 361/2014 ), entre otras, exponen lo siguiente acerca de la indemnización por daño moral cuando existe vulneración de derecho fundamental ( arts. 179.3 , 182.1.d , 183.1 y 2 LRJS ): 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: ... d) 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 ("cuando la prueba de su importe exacto resulte demasiado difícil o costosa" y arg. ex art. 179.3 LRJS ), 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».

La indemnización del daño moral es, ante la constatación de la vulneración de un derecho fundamental, necesaria consecuencia para el restablecimiento del derecho y ello conlleva, una vez descartada su naturaleza facultativa, una segunda cuestión no menos importante cual es la de su cuantificación. Si algo tienen en común sendos recursos al respecto es poner de manifiesto la prolija casuística en la materia, casuística naturalmente



anudada a la necesidad de ponderación de las circunstancias concurrentes en cada caso que revela la plural y heterogénea muestra ofrecida de sentencias dictadas por diferentes Tribunales Superiores de Justicia aunque ex artículo 1.6 CC tampoco constituyan jurisprudencia a efectos de censura jurídica.

En la jurisprudencia y con vocación de aplicación a todos los supuestos de vulneración de derechos fundamentales -pues encontramos supuestos particulares de acoso sexual a lo sumo en la doctrina judicial de las Salas-, la citada Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de octubre de 2.017 (rcud. 2497/2015) ofrecía como pautas de aplicación al caso de "  *fijar la cuantía de la indemnización en función tanto del daño moral unido a la vulneración del derecho fundamental, como de los daños y perjuicios adicionales derivados (arg. ex art. 183.1 LRJS )* " y señala que «  *Concretada en este caso la pretensión indemnizatoria de la parte demandante a la reparación del daño moral, al no haberse acreditado perjuicios materiales concretos, para cumplir con el deber de cuantificar el daño, puede determinarse prudencialmente cuando, como acontece como regla tratándose de daños morales, la prueba de su importe exacto resulte demasiado difícil o costosa, flexibilizando, en lo necesario, las exigencias normales para la determinación de la indemnización, y debiendo ser la indemnización fijada suficiente para resarcir a la víctima y para 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 (arg. ex arts. 179.3 y 183.2 LRJS ). [...] el acudimiento a la LISOS actúa como parámetro orientador, pero ello no significa que haya que examinar el asunto desde la misma óptica que cuando se está imponiendo una sanción administrativa (legalidad, tipicidad, non bis in ídem, etc.). Aquí se parte de que ha existido vulneración de derechos fundamentales y de que se debe fijar la indemnización asociada a ello. Tanto los propios hechos probados, expuestos más arriba, cuando la explicación que da la sentencia de instancia ponen de relieve que estamos ante una conducta empresarial grave [...] En esas condiciones, que se acuda a las sanciones previstas para infracciones empresariales muy graves parece lógica. Además, el artículo 8.2 LISOS considera infracción muy grave "las decisiones del empresario que supongan un trato desfavorable de los trabajadores como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción administrativa o judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación».*

La jurisprudencia unificada ha proseguido ahondando en que, como expone la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de abril de 2.022 (rcud. 2391/2019), «  *1.- Por otro lado, como recientemente han recordado nuestras SSTS de 22 de febrero de 2022, Rcu. 4322/2019 y de 9 de marzo de 2022, Rcu. 2269/2019 , la STS de 5 de octubre de 2017, Rcu. 2497/2015 contiene un resumen de la doctrina actual de la Sala en la materia, con cita de sentencias anteriores de la Sala en las que hemos dicho que los daños morales resultan indisolublemente unidos a la vulneración del derecho fundamental, y al ser especialmente difícil su estimación detallada, deben flexibilizarse las exigencias normales para la determinación de la indemnización. Reiterando esa doctrina, la indemnización de daños morales abre la vía a la posibilidad de que sea el órgano judicial el que establezca prudencialmente su cuantía, sin que pueda exigirse al reclamante la aportación de bases más exactas y precisas para su determinación, en tanto que en esta materia se produce la "inexistencia de parámetros que permitan con precisión traducir en términos económicos el sufrimiento en que tal daño [moral] esencialmente consiste ... [lo que] lleva, por una parte, a un mayor margen de discrecionalidad en la valoración ... y, por otra parte, "diluye en cierta medida la relevancia para el cálculo del quantum indemnizatorio" de la aplicación de parámetros objetivos, pues "los sufrimientos, padecimientos o menoscabos experimentados "no tienen directa o secuencialmente una traducción económica" [ SSTS/Iª 27/07/06 Ar. 6548; y SSTS/4ª 28/02/08 -rec. 110/01 -] ( SSTS 21/09/09 -rcud 2738/08 -; y 11/06/12 -rcud 3336/11 )* ", de tal forma que "en atención a la nueva regulación que se ha producido en la materia tras la LRJS se considera que la exigible identificación de "circunstancias relevantes para la determinación de la indemnización solicitada" ha de excepcionarse en el caso de los daños morales unidos a la vulneración del derecho fundamental cuando resulte difícil su estimación detallada".

2.-  *Igualmente, hemos afirmado que la utilización del criterio orientador de las sanciones pecuniarias previstas por la Ley de infracciones y sanciones del orden para las infracciones producidas en el caso, ha sido admitido por la jurisprudencia constitucional ( STC 247/2006, de 24 de julio ), a la par que considerado idóneo y razonable en precedentes decisiones de esta Sala (SSTS de 15 de febrero de 2012, Rcu. 6701 ; de 8 de julio de 2014, Rec. 282/13 ; de 2 de febrero de 2015, Rec. 279/13 ; de 19 de diciembre de 2017, Rcu. 624/2016 y de 13 de diciembre de 2018 ; entre muchas otras). Con la utilización de los elementos que ofrece la cuantificación de las sanciones de la LISOS, no estamos haciendo una aplicación sistemática y directa de la misma, sino que nos ceñimos a la razonabilidad que algunas de esas cifras ofrecen para la solución del caso, atendida a la gravedad de la vulneración del derecho fundamental. De esta forma, la más reciente doctrina de la Sala se ha alejado más -en la línea pretendida por la ya referida LRJS- del objetivo propiamente resarcitorio, para situarse en un plano que no descuida el aspecto preventivo que ha de corresponder a la indemnización en casos como el presente.*

3.-  *Sin embargo, en multitud de ocasiones el recurso a la utilización de los elementos que ofrece la cuantificación de las sanciones de la LISOS no resulta, por sí mismo, suficiente para cumplir con relativa precisión la doble función de resarcir el daño y de servir de elemento disuasorio para impedir futuras vulneraciones del derecho*





fundamental. Ello es debido a que la horquilla de la cuantificación de las sanciones en la LISOS para un mismo tipo de falta (leve, grave, muy grave) resulta ser excesivamente amplia. Piénsese que, en estos momentos, la sanción por la comisión de una falta muy grave en materia laboral puede fijarse entre 7.501 euros y 225.018 euros, según el artículo 40 LISOS; y, al tiempo de producirse los hechos la horquilla de dichas sanciones estaba entre 6.251 euros y 187.515 euros. Por ello, el recurso a las sanciones de la LISOS debe ir acompañado de una valoración de las circunstancias concurrentes en el caso concreto. Aspectos tales como la antigüedad del trabajador en la empresa, la persistencia temporal de la vulneración del derecho fundamental, la intensidad del quebrantamiento del derecho, las consecuencias que se provoquen en la situación personal o social del trabajador o del sujeto titular del derecho infringido, la posible reincidencia en conductas vulneradoras, el carácter pluriofensivo de la lesión, el contexto en el que se haya podido producir la conducta o una actitud tendente a impedir la defensa y protección del derecho transgredido, entre otros que puedan valorarse atendidas las circunstancias de cada caso, deben constituir elementos a tener en cuenta en orden a la cuantificación de la indemnización».

Cuanto antecede conlleva apreciar al caso dos consecuencias prácticas. La primera, que en efecto la LISOS no es de automática y necesaria aplicación en todo caso y al margen de las circunstancias concurrentes acreditadas, siquiera tampoco por la pretensión de la recurrente que pasa por la literalidad de la previsión del artículo 39.7 LISOS. La segunda, que sin embargo ello no significa que la indemnización por importe de veinte mil euros fijada en la sentencia guarde adecuada proporción desde la perspectiva de la valoración de los hechos a que debemos atenernos según la sentencia recurrida. Valoración en la que, además, ninguna incidencia podemos acoger que tuvieren las circunstancias del codemandado que en su recurso invoca, pues la finalidad de la indemnización es la reparación del daño moral padecido por la víctima.

En nuestro caso, la sentencia recurrida razona " En cuanto a la indemnización por daño moral, tal infracción está contemplada en el artículo 8.13 de la LISOS referido a las infracciones en materia de relaciones laborales, calificando como conducta 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"; a la que el artículo 40.1 c) de la misma Ley aplica unas sanciones que van de 7.501 a 30.000 € en su grado mínimo, de 30.001 a 120.005 en su grado medio, y de 120.006 a 225.018 € en su grado máximo. Si bien efectivamente los daños morales son indemnizables en casos de vulneración de derechos fundamentales, los mismos no derivan del solo hecho de la infracción de un derecho fundamental, sino de la afectación que tal vulneración haya producido en la persona de la trabajadora, por lo que en principio los daños deberán ser objeto de acreditación, bien vía directa, bien indiciariamente por deducirse de una situación que haya afectado a la dignidad personal de la trabajadora en un grado mínimamente relevante, o porque haya producido una incidencia apreciable en su vida personal o familiar; no pudiendo por el contrario deducirse el daño del solo hecho de la declaración de procedencia de la declaración extintiva, cuyas consecuencias desde el punto de vista laboral se entienden reparadas a medio de la indemnización fijada para el despido improcedente; ello significa que puede producirse una declaración extintiva o la nulidad de un despido con vulneración de derechos fundamentales, y sin embargo no conllevar derecho a indemnización alguna por no haberse acreditado no el grado o cuantía de los perjuicios morales sufridos, sino que se haya producido algún perjuicio de tipo moral; de manera que una cosa es la acreditación de la existencia del daño moral, y otra distinta es la determinación de la cuantía del mismo [...] ha quedado acreditado en primer lugar que las consecuencias de la conducta del demandante ha supuesto la pérdida del puesto de trabajo de la actora, aun cuando esta se haya producido a su instancia; así como el largo tiempo de exposición a la situación de acoso, el hecho de ser el autor del mismo el propio empresario, y la situación de incapacidad temporal la cual si bien no pudo constatarde de manera directa que haya sido debida a tal situación, existe al menos una conexión temporal por cuanto la incapacidad temporal se inició al día siguiente de presentar la denuncia en Comisaría, alegando la actora una crisis de ansiedad en relación con problemas en el trabajo desde hacía tiempo, con un nuevo conflicto que motivó la asistencia médica. En función de todo lo expuesto, se concluye en el sentido de que efectivamente la demandante ha sufrido un efectivo daño moral susceptible de ser indemnizado, el que en atención a las circunstancias concurrentes se indemniza con la cantidad de 20.000 € correspondientes al nivel medio del grado mínimo previsto para las infracciones muy graves" (fundamento de derecho quinto).

Ciertamente por las razones ut supra expuestas no cabe sin más acoger la automaticidad de la aplicación de las reglas de valoración de la LISOS, automaticidad que en este caso la pretensión de cantidad de la demanda conllevaría por el pleno encaje de la conducta como infracción muy grave y la reiteración en el tiempo de la que, por ejemplo, también participan por definición supuestos de acoso laboral igualmente calificables ex artículo 8.11 como infracción muy grave sujeta al mismo régimen sancionador por tramos del artículo 40.1.c). Como advierte la más reciente jurisprudencia que hemos anticipado, precisamente porque en casos como el que nos ocupa la horquilla de la cuantificación de las sanciones en la LISOS para un mismo tipo de falta resulta ser excesivamente amplia, incluso el eventual recurso a las sanciones previstas en la misma no exime de una valoración de las circunstancias concurrentes en el caso concreto, valoración que se soslayaría por automaticidad pretendida. Empero ello no significa que, merced a dicha exigible valoración



de las circunstancias fácticas acreditadas, no asista la razón a la trabajadora recurrente en cuanto a que la cuantificación en la instancia resulte exigua en proporción a aquéllas y, como quiera que no puede ser compartida por la Sala, procede estimar en parte la pretensión de incremento deducida en el recurso.

Son elementos acreditados a considerar para ello singularmente los siguientes. Hemos de contextualizar la relación laboral de la trabajadora -que se remonta al año 2.016- en una prestación de servicios que tiene lugar en la planta inferior del local, donde " *están los aseos, un pequeño vestuario, un almacén y la cocina, en la que únicamente trabaja la demandante, acudiendo esta en ocasiones a la zona superior para ayudar a los camareros*" (hecho probado segundo). A tenor de las conversaciones a que alude la sentencia (hechos probados tercero y cuarto), consta una conducta mantenida a lo largo del tiempo -al menos desde las primeras conversaciones del año 2.020 que se transcriben en hechos probados- que, como bien describe el Juzgador *a quo*, " *no comentarios aislados, tenían una finalidad concreta y determinada, que era que la demandante accediese a las pretensiones del demandado de carácter sexual; y no a medio de insinuaciones más o menos veladas, sino mediante requerimientos directos y expresos a pesar de las reiteradas manifestaciones en contra de la demandante*". Ello, incluso cuando " *la actora no muestra en el curso de las conversaciones un enfado manifiesto, manifestaciones de ira o expresiones terminantes de dar por concluida la conversación, o dejar la zona de trabajo para subir a la planta superior donde se encontraban los camareros*" y " *aun en las circunstancias alegadas por el demandado*" que alude a la confianza y tono jocoso de los comentarios -consideración que la transcripción del hecho probado tercero en absoluto avala-, pues convenimos en que " *era totalmente inadecuada, improcedente y fuera de lugar, además de ofensiva y atentatoria a la dignidad de la trabajadora, especialmente en una relación de superioridad por jerarquía empresarial*" (fundamento de derecho tercero). Adicionalmente apunta la sentencia como razón de que durante ese tiempo se aquietase la trabajadora a dicha conducta " *el contexto de una relación de superioridad empresario-trabajador, y de una situación de dependencia de económica, ya que tal y como manifestó el cónyuge de la actora en el acto del juicio, él estaba sin trabajo y tenían tres hijas, por lo que era de todo punto necesario que su esposa mantuviese su trabajo*" (fundamento de derecho tercero). Aunque no haya quedado acreditado la situación de incapacidad temporal a que alude el hecho probado quinto "de manera directa" haya sido debida a tal situación, no cabe desmerecer la situación que transluce la asistencia médica aun en ausencia de otros elementos acreditativos de conceptos adicionales. Por último y como subraya el Juzgador *a quo*, tampoco cabe desconsiderar que las consecuencias de la conducta del demandante han supuesto la pérdida del puesto de trabajo de la actora, aun cuando esta se haya producido a su instancia.

Teniendo todos estos elementos en cuenta se debe estimar parcialmente la pretensión de reparación de la actora. Ello se traduce en que, aun sin acoger una cuantía que debemos entender como pretensión de máximos, fijamos la indemnización en la cantidad de sesenta mil euros que, si ciertamente se sitúa en el tramo medio de las sanciones para infracciones muy graves que contempla el artículo 40.1.b) LISOS, supone incrementar la fijada tomando en consideración las circunstancias del caso también por la anualización en alrededor dos veces el salario (hecho probado primero) durante el período de acoso sexual acreditado. Tal cantidad se considera por las razones expuestas más proporcionada y ajustada a dichas circunstancias en aplicación de la anterior doctrina para la cuantificación en términos ponderados el perjuicio derivado del daño moral infringido a la trabajadora.

La íntegra desestimación del recurso de los codemandados y la estimación parcial del recurso de la actora conllevan la revocación de la sentencia recurrida en el único aspecto del incremento de la cuantía a que aquéllos vinieron condenados en concepto de indemnización por el daño moral causado, fijando en su lugar el importe de sesenta mil euros y manteniendo la sentencia de instancia en los restantes extremos que no han sido combatidos.

Dada la desestimación del recurso a su vez interpuesto por los codemandados, procede de conformidad con el artículo 235.1 LJS imponerles las costas causadas, a cuyo efecto comprenden los honorarios del letrado de la trabajadora impugnante hasta 500 euros más IVA, con pérdida del depósito efectuado por aquéllos para recurrir de conformidad con lo previsto en el artículo 204.4 LJS.

**VISTOS** los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

## FALLAMOS

Estimando en parte el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de la demandante D.<sup>a</sup> Baltasar y desestimando el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de los codemandados DIRECCION000 C.B., D. Andrés y D. Arturo, ambos contra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 6 de Oviedo en fecha 15 de junio de 2.022 dictada en los autos número 225/22 promovidos a instancia de aquélla frente a éstos y el Fondo de Garantía Salarial en los que ha sido parte el Ministerio Fiscal,



debemos revocar y revocamos parcialmente dicha resolución en el único sentido de declarar que la cuantía de la indemnización adicional en concepto de daño moral a que vinieron condenados asciende a 60.000 euros, manteniendo los restantes pronunciamientos de la sentencia de instancia.

Dese a los depósitos y consignaciones efectuados para recurrir el destino legal, con imposición a los codemandados recurrentes de las costas del presente recurso, entre las que se incluyen los honorarios del letrado de la parte recurrida e impugnante en la cuantía de 500 euros, más IVA.

#### *Medios de impugnación*

Se advierte a las partes que contra esta sentencia cabe interponer **recurso de casación para la unificación de doctrina**, que habrá de prepararse mediante **escrito** suscrito por letrado, presentándolo en esta Sala de lo Social dentro del improrrogable plazo de los diez días hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de la misma, en los términos de los artículos 221, 230.3 de la LRJS, y con los **apercibimientos** contenidos en éstos y en los artículos 230.4, 5 y 6 de la misma Ley.

#### *Depósito para recurrir*

Conforme al artículo 229 LRJS, todo condenado que no sea trabajador o causahabiente suyo, o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social, junto a ese escrito debe justificar el ingreso del **depósito para recurrir (600 €)**.

#### *Consignación o aseguramiento del importe de la condena*

Asimismo, ( artículo 230.1 LRJS), la parte condenada debe justificar, al preparar el recurso, haber **consignado en metálico**: bien la cantidad objeto de condena, bien el incremento de cuantía respecto de la fijada por el Juzgado de lo Social, o bien el importe de la mejora voluntaria de la acción protectora de la Seguridad social o su incremento. Puede sustituirse esa consignación por el aseguramiento mediante **aval** solidario de duración indefinida, emitido por entidad de crédito, y pagadero a primer requerimiento.

#### *Exenciones de los depósitos y consignaciones*

**Están exentos** de la obligación de constituir los depósitos, cauciones, consignaciones o cualquier otro tipo de garantía previsto en las leyes: el Estado, las Comunidades Autónomas, las entidades locales, las entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de los mismos; las entidades de derecho público reguladas por su normativa específica, los órganos constitucionales, los sindicatos, y quienes tuvieren reconocido el beneficio de justicia gratuita.

#### *Forma de realizar el depósito o consignación*

**a) Ingreso directamente en el banco:** se harán en la **cuenta** de Depósitos y Consignaciones que esta Sala de lo Social del TSJA tiene abierta en el **Banco Santander**, oficina de la calle Uría nº 1. El nº de cuenta se conforma con los dígitos siguientes: 3366 0000 66, seguidos de otros 6: los cuatro primeros conforman el nº del rollo -empezando por ceros si es preciso- y después otros 2, que corresponden a las dos últimas cifras del año del rollo.

En el campo concepto constará: "**37 Social Casación Ley 36-2011**", si se trata del depósito, o "**consignación**" si se trata del importe de condena.

**b) Ingreso mediante transferencia bancaria:** se indicará el código **IBAN** del BS: ES55 0049 3569 9200 0500 1274; siendo imprescindible indicar también la cuenta del rollo como quedó dicho, y rellenar el campo concepto aludido.

De efectuarse **diversos pagos o ingresos** en la misma cuenta se deberá especificar por cada concepto; cuando obedezcan a otros recursos de la misma o distinta clase, debe contar -en el campo de observaciones- la fecha de la resolución recurrida utilizando el formato dd/mm/aaaa.

Pásense las actuaciones a la Sra. Letrada de la Administración de Justicia para cumplir los deberes de publicidad, **notificación** y registro de la Sentencia.

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