

El TS se pronuncia por primera vez sobre las características que deben concurrir en un comportamiento implícito para entender que existe acoso sexual en el ámbito funcional y disciplinario

No ha lugar al recurso contra la sentencia que confirmó la sanción impuesta al recurrente por infracción muy grave de acoso sexual continuado. Señala la Sala que, conforme al art. 7 de la LO 3/2007, sobre igualdad efectiva entre mujeres y hombres, el acoso sexual es un comportamiento explícito o implícito guiado por la libido o deseo sexual, y que para su apreciación al menos han de valorarse tres órdenes de datos.

Por un lado, la existencia o inexistencia de aceptación libre por parte de la persona afectada; incluso si hubiera consentimiento, un comportamiento objetivo y gravemente atentatorio contra la dignidad de la persona afectada podría constituir acoso sexual. Por otro, el contexto en que el comportamiento se produce, valorando hasta qué punto la persona afectada ha podido eludir los requerimientos y las molestias. Y, por último, la dimensión temporal, pues a menudo no tiene el mismo significado -ni la misma gravedad- un suceso aislado que toda una serie sostenida y continuada de actos. En el presente supuesto la sentencia impugnada razona adecuadamente que el comportamiento del recurrente estuvo guiado por la libido, fue continuado durante dos años y no tuvo ninguna clase de acogida por parte de la persona afectada, que además era su subordinada, por lo que la calificación como infracción muy grave de acoso sexual se ajusta a Derecho.

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Cuarta

Sentencia núm. 1569/2023

En Madrid, a 27 de noviembre de 2023.

Esta Sala ha visto el recurso de casación nº 8880/2021, promovido por DON Abel , representado por el procurador de los tribunales don Carlos José Navarro Gutiérrez y defendido por el letrado don Guillermo Arroyo Hernández, contra la sentencia nº 1129/2021, de 11 de octubre, dictada por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en el recurso de apelación nº110/2021.

Siendo parte recurrida la UNIVERSIDAD REY JUAN CARLOS, representada y defendida por el letrado de su asesoría jurídica don Leopoldo Javier Gómez Zamora en virtud de la representación que legalmente ostenta.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Luis María Díez-Picazo Giménez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El presente recurso de casación tiene por objeto la sentencia nº 1129/2021, de 11 de octubre, dictada por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en el recurso de apelación nº 110/2021, que estimó el recurso de apelación interpuesto por la Universidad Rey Juan Carlos contra la sentencia de 18 de septiembre de

2020, dictada en el procedimiento abreviado 551/2019 por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 31 de Madrid, instado por el ahora recurrente, contra la resolución de 8 de octubre de 2019 del Rector de la Universidad Rey Juan Carlos, que le impuso una sanción de suspensión de funciones durante seis meses por la comisión de una infracción muy grave de acoso sexual de carácter continuado.

La sentencia recurrida contiene parte dispositiva del siguiente tenor literal:

"[...] FALLO:

ESTIMAMOS el recurso de apelación número 110/2021, interpuesto por la Universidad Rey Juan Carlos, a través del letrado D. Leopoldo Javier Gómez Zamora contra la Sentencia de fecha 18 de septiembre de 2020, dictada en el procedimiento abreviado 551/2019 por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 31 de Madrid, revocando la misma y en su lugar:

DESESTIMAMOS el recurso contencioso administrativo interpuesto por el Procurador de los Tribunales D. Carlos Navarro Gutiérrez en nombre y representación de D. Abel , contra la Resolución de fecha 8 de octubre de 2019 del Rector de la Universidad Rey Juan Carlos que impone una sanción de suspensión de funciones durante seis meses por la comisión de una falta muy grave. Todo ello sin imposición de las costas procesales en primera y segunda instancia. [...]"

SEGUNDO.- Notificada la anterior sentencia, la representación procesal de don Abel , presentó escrito preparando el recurso de casación, que la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid tuvo por preparado, ordenando el emplazamiento de las partes y la remisión de las actuaciones a esta Sala del Tribunal Supremo.

TERCERO.- Recibidas las actuaciones ante este Tribunal, por diligencia de ordenación de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, se tuvo por personados y partes en concepto de recurrente a don Abel, y como recurrido a los servicios jurídicos de la Universidad Rey Juan Carlos.

CUARTO.- Por auto de 20 de octubre de 2022, la Sección Primera de esta Sala acordó:

"[...] SEGUNDO.- La cuestión en la que, en principio, se entiende existe interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia a efectos de que se determinen los requisitos que configuran el concepto de acoso sexual, en concreto, de acoso por razón de sexo del artículo 7 de la L.O. 3/2007, de 22 de marzo, de Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres, de manera que se precise si tiene que concurrir una solicitud de favor sexual, o si puede concurrir ese carácter con actitudes ambiguas, a efectos de que se considere como falta muy grave del artículo 95.2 b) del Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público.

TERCERO.- A su vez, se identifican como norma jurídica que, en principio, serán objeto de interpretación el artículo 7 de la L.O. 3/2007, de 22 de marzo, de Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres, en relación con lo dispuesto en el artículo 95.2.b) del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Estatuto Básico del Empleado Público.

Todo ello, sin perjuicio de que la sentencia haya de extenderse a otras normas o cuestiones jurídicas, si así lo exigiere el debate finalmente trabado en el recurso. [...]"

QUINTO.- Teniendo por admitido el recurso de casación por esta Sala, se emplazó a la parte recurrente para que, en treinta días, formalizara escrito de interposición, lo que realizó, suplicando:

"[...] se tenga por interpuesto recurso de casación contra la sentencia núm. 1129/2021, de fecha 11 de octubre de 2021 (Recurso de Apelación núm. 110/2021) dictada por la Sección Octava -Sección de Apoyo- de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid y, previos los trámites legales oportunos, dicte sentencia por la que casándola, con estimación de este

recurso, se fije jurisprudencia en la que se declare que sin la constatación de una conducta en la que materialmente concurra un componente de contenido sexual no podrá tenerse por cometida la infracción por acoso sexual sancionada en el artículo 7 de la LOIEMH, no pudiendo considerarse cometida tal infracción cuando se aprecien exclusivamente conductas ambiguas en las que no concurra un explícito contenido sexual; o en el mejor criterio que pueda determinar esa Sala como más ajustado a Derecho, y con arreglo a dicha doctrina.

1- Casándola, anule la Sentencia recurrida, dictando en su lugar nueva sentencia por la que, en su consecuencia, se acuerde también la nulidad de la Resolución Sancionadora dictada frente a mi representado. O subsidiariamente,

2- Anule la Sentencia recurrida y proceda a la devolución de los autos al Tribunal de instancia para el dictado de nueva sentencia que resuelva sobre la Resolución Sancionadora dictada frente a mi representado, teniendo en consideración la doctrina que establezca la Sala al respecto de la cuestión suscitada en el presente recurso.[...]"

SEXTO.- Por providencia de 25 de enero de 2023, se emplazó a la parte recurrida para que, en treinta días, formalizara escrito de oposición.

Por la representación procesal de la parte recurrida, se presentó escrito de oposición al recurso de casación que finaliza suplicando a la Sala:

"[...] dicte sentencia por la que se desestime el recurso de casación y se confirme la resolución judicial recurrida[...]"

SÉPTIMO.- De conformidad con lo previsto en el artículo 92.6 de la Ley de esta Jurisdicción, atendiendo a la índole del asunto, no se consideró necesaria la celebración de vista pública.

OCTAVO.- Mediante providencia de 22 de septiembre de 2023, se designó Magistrado Ponente al Excmo. Sr. don Luis María Díez-Picazo Giménez y se señaló para votación y fallo la audiencia del día 21 de noviembre de 2023, en cuyo acto tuvieron lugar, habiéndose observado las formalidades legales referentes al procedimiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente recurso de casación es interpuesto por la representación procesal de don Abel contrala sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 11 de octubre de 2021.

Los antecedentes del asunto son como sigue. El ahora recurrente en casación era Jefe del Servicio de Oncología del Hospital Universitario Fundación de Alcorcón, dependiente de la Universidad Rey Juan Carlos. Una médico de dicho servicio, presentó denuncia contra él por acoso sexual, con base en constantes muestras de atención no requeridas durante el período comprendido entre junio de 2016 y junio de 2018. Dichas muestras de atención se concretaban en convocatorias al despacho del Jefe del Servicio por motivos no profesionales, llamadas de este al móvil y al busca, y trato diferente en lo relativo a la inclusión de fotografías en la página web del servicio y otras actividades del mismo. Instruido expediente disciplinario, concluyó mediante resolución del Rector de la Universidad Rey Juan Carlos de 8 de octubre de 2019, que impuso al recurrente una sanción de suspensión de seis meses por la infracción muy grave de acoso sexual continuado. Como fundamento normativo, la citada resolución se apoyaba en el art. 95.2.b) del Estatuto Básico del Empleado Público en relación con el art. 7 de la Ley Orgánica 3/2007, sobre igualdad efectiva entre mujeres y hombres.

Disconforme con ello, el ahora recurrente interpuso recurso contencioso-administrativo, que fue estimado por sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 31 de Madrid de 18 de

septiembre de 2020. Esta consideró que el pliego de cargos formulado en el expediente disciplinario no respetaba el derecho fundamental a ser informado de la acusación (art. 24.2 de la Constitución), al no contener los elementos esenciales del hecho sancionable y de su calificación jurídica y, por consiguiente, no permitir el adecuado ejercicio del derecho de defensa.

Contra esta sentencia de primera instancia, la Universidad Rey Juan Carlos interpuso recurso de apelación, que fue estimado por la sentencia ahora impugnada. Esta comienza examinando las actuaciones seguidas en el expediente disciplinario con especial atención al pliego de cargos, concluyendo que fue suficientemente preciso y que no hubo vulneración alguna del derecho del actor a ser informado de la acusación ni a ejercer adecuadamente su derecho de defensa. Una vez aclarado esto, la sentencia impugnada entra en el fondo del asunto; algo que, por haber apreciado una irregularidad procedimental, no había llegado a hacer la sentencia de primera instancia. La sentencia impugnada, tras un detenido análisis de la STC 224/1999 y de diversos textos normativos españoles y supranacionales, sostiene que la conducta constitutiva de acoso sexual no consiste necesariamente en un acto físico o verbal expreso, sino que puede bastar un acercamiento ofensivo guiado por la "libidinosidad". Aplicando esta idea a las circunstancias del caso, la sentencia impugnada concluye que hubo acoso sexual por más que el sancionado no requiriese expresamente favores sexuales de su subordinada, ni se propasara físicamente con ella. Viene a concluir que una conducta guiada a obtener satisfacción sexual, continuada en el tiempo, y no deseada e incluso rechazada por la afectada es subsumible en la definición de acoso sexual recogida en el apartado primero del art. 7 de la Ley Orgánica 7/2003, sobre igualdad efectiva entre mujeres y hombres.

SEGUNDO.- Preparado el recurso de casación, fue admitido por la Sección Primera de esta Sala mediante auto de 20 de octubre de 2022. La cuestión declarada de interés casacional objetivo es la siguiente:

"[...] La cuestión en la que, en principio, se entiende existe interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia a efectos de que se determinen los requisitos que configuran el concepto de acoso sexual, en concreto, de acoso por razón de sexo del artículo 7 de la L.O. 3/2007, de 22 de marzo, de Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres, de manera que se precise si tiene que concurrir una solicitud de favor sexual, o si puede concurrir ese carácter con actitudes ambiguas, a efectos de que se considere como falta muy grave del artículo 95.2 b) del Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público. [...]"

TERCERO.- Los escritos de interposición del recurso de casación y de oposición al mismo, ambos estructurados y razonados, giran, en sustancia, sobre un único problema, a saber: si el acoso sexual, tal como está definido en el apartado primero del art. 7 de la Ley Orgánica 3/2007, debe consistir en una actuación física o verbal explícitamente sexual (tesis del recurrente) o si lo determinante es una actuación con finalidad sexual y atentatoria contra la dignidad de la persona afectada (tesis de la Administración universitaria). Este es el debate casacional.

CUARTO.- Abordando ya el tema litigioso, conviene recordar cuál es el fundamento legal de la infracción disciplinaria aquí examinada. El art. 95.2.b) del Estatuto Básico del Empleado Público tipifica como falta muy grave, entre otras conductas, "el acoso moral, sexual y por razón de sexo". Y para determinar qué es el acoso sexual y el acoso por razón de sexo, debe acudir a los apartados primero y segundo del art. 7 de la ya mencionada Ley Orgánica 3/2007:

"[...] 1. Sin perjuicio de lo establecido en el Código Penal, a los efectos de esta Ley constituye acoso sexual cualquier comportamiento, verbal o físico, de naturaleza sexual que tenga el propósito o produzca el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo.

2. Constituye acoso por razón de sexo cualquier comportamiento realizado en función del sexo de una persona, con el propósito o el efecto de atentar contra su dignidad y de crear un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo.

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

4. El condicionamiento de un derecho o de una expectativa de derecho a la aceptación de una situación constitutiva de acoso sexual o de acoso por razón de sexo se considerará también acto de discriminación por razón de sexo. [...]"

La Administración universitaria se apoyó en una lectura conjunta de esos dos preceptos legales como base de su resolución. Ninguna de las partes discute que esas son las normas aplicables, como tampoco lo han hecho las sentencias de instancia y de apelación. Lo único que se discute es qué interpretación debe darse a la definición legal de acoso sexual. Sobre ello, en lo que hace a las sanciones administrativas y disciplinarias, no ha habido hasta ahora jurisprudencia de esta Sala.

Pues bien, para dilucidar la cuestión hay que diferenciar, ante todo, entre acoso sexual y acoso por razón de sexo. De la lectura del art. 7 de la Ley Orgánica 3/2007 se infiere, sin excesiva dificultad, que el acoso sexual es un comportamiento guiado por la libido o deseo sexual, elemento que no está presente en el acoso por razón de sexo. Este último consiste, más bien, en el menosprecio, el maltrato, la amenaza, la represalia y otras conductas ofensivas que están determinadas por el sexo de la persona afectada. Aquí el móvil no es la libido, sino el desprecio o la subestima del agente hacia personas de un sexo determinado. El fenómeno tradicionalmente más usual ha sido el de un hombre hacia las mujeres en general o, por decirlo brevemente, el machismo.

El acoso sexual es un comportamiento distinto. Sin duda alguna, debe entenderse como un comportamiento guiado o determinado por la libido: el agente busca alcanzar el contacto sexual, de un tipo u otro, con la persona afectada. Prescindir de la libido como móvil del acoso sexual conduciría a incluir en una misma categoría comportamientos muy diversos. Este es el presupuesto del que debe partirse, como de manera atinada y muy razonada hace la sentencia impugnada.

Ahora bien, una vez sentado ese punto de partida, forzoso es reconocer que los contornos del acoso sexual no siempre son nítidos. Ello se debe a que las pautas y los usos del ser humano en el terreno sexual no son -ni han sido nunca- simples. Existe una notable variedad de formas de conducirse. Y si tal variedad existe en lo que -en cada tiempo y lugar- se considera correcto y lícito, también se da en lo que se considera inaceptable. En otras palabras, la experiencia multiseccular enseña que el "comportamiento de naturaleza sexual", por remitirse a la expresión legalmente adoptada en el ordenamiento español, no puede reducirse a lo atinente al acceso carnal, ni menos aún a su consumación. Sostener lo contrario conduciría a una visión inaceptablemente simplista y errónea de las relaciones humanas. De aquí que el apartado primero del art. 7 de la Ley Orgánica 3/2007 no pueda ser interpretado únicamente como contacto físico o como requerimiento del mismo mediante palabras. Tan es así que ese precepto legal significativamente no dice que el "comportamiento, verbal o físico, de naturaleza sexual" haya de ser explícito. Hay formas de conducirse que, aun siendo implícitas, resultan inequívocas dentro de un determinado ambiente cultural.

El verdadero interrogante es entonces qué características deben concurrir en un comportamiento implícito para que quepa razonablemente subsumirlo en la definición establecida en el mencionado apartado primero del art. 7 de la Ley Orgánica 3/2007 y, por consiguiente, para que sea respetuoso de la exigencia de tipicidad inherente al art. 25 de la Constitución.

Pues bien, aparte de que se trate -como quedó dicho más arriba- de un comportamiento guiado o determinado por la libido o deseo sexual, esta Sala entiende que hay al menos tres órdenes de datos a valorar: A) La existencia o inexistencia de aceptación libre por parte de la persona afectada. Además, incluso si hubiera consentimiento, un comportamiento objetivo y gravemente atentatorio contra la

dignidad de la persona afectada podría constituir acoso sexual. B) El contexto (profesional, docente, etc.) en que el comportamiento se produce, valorando hasta qué punto la persona afectada ha podido eludir los requerimientos y las molestias. C) La dimensión temporal, pues a menudo no tiene el mismo significado -ni la misma gravedad- un suceso aislado que toda una serie sostenida y continuada de actos.

Ni que decir tiene que, como ocurre tantas veces en el mundo jurídico, estos elementos habrán de valorarse a la vista de las circunstancias de cada caso. Debe subrayarse, además, que se trata de criterios o indicios racionales de que un comportamiento es constitutivo de acoso sexual, sin que desde luego hayan de darse todos ellos cumulativamente.

No es ocioso añadir que, si bien la jurisprudencia penal sobre el delito de acoso sexual (art. 184 del Código Penal) puede servir de orientación en esta sede, la definición del acoso sexual es más amplia a efectos disciplinarios que a efectos penales. Ello se debe no solo a que el Derecho Penal opera solo contra las transgresiones más graves de los bienes jurídicos, sino también a que en la esfera disciplinaria se tutela también el correcto funcionamiento de los servicios públicos y, por tanto, pueden y deben sancionarse conductas que no serían penalmente reprochables. Esta mayor amplitud de lo disciplinario no supone, como se ha visto, merma de la exigencia de tipicidad.

QUINTO.- A la vista de cuanto queda expuesto, la respuesta a la cuestión de interés casacional objetivo es que el apartado primero del art. 7 de la Ley Orgánica 3/2007 no exige que el "comportamiento, físico o verbal, de naturaleza sexual" sea explícito. Puede ser implícito, siempre que resulte inequívoco.

Así, dado que la sentencia impugnada razona muy atinadamente que el comportamiento del recurrente estuvo guiado por la libido, fue continuado durante dos años y no tuvo ninguna clase de acogida por parte de la persona afectada, que además era su subordinada, no cabe sino concluir que la calificación como infracción muy grave de acoso sexual es ajustada a Derecho.

SEXTO.- Con arreglo al art. 93 de la Ley Jurisdiccional, en el recurso de casación soportará cada parte sus propias costas.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

No ha lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de don Abel contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 11 de octubre de 2021, sin costas.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.