



Roj: STSJ ICAN 8/2022 - ECLI:ES:Tsjican:2022:8

Id Cendoj: 35016340012022100002

Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social

Sede: Palmas de Gran Canaria (Las)

Sección: 1

Fecha: 10/02/2022

Nº de Recurso: 1481/2021

Nº de Resolución: 138/2021

Procedimiento: Recurso de suplicación

Ponente: GLORIA POYATOS MATAS

Tipo de Resolución: Sentencia

En Las Palmas de Gran Canaria, a 10 de febrero de 2022

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de CANARIAS en Las Palmas de Gran Canaria formada por los Ilmos. Sres. Magistrados D./Dña. JAVIER RAMÓN DÍEZ MORO, D./Dña. GLORIA POYATOS MATAS, D./Dña. YOLANDA ÁLVAREZ DEL VAYO ALONSO, D. ÓSCAR GONZÁLEZ PRIETO y Dª MARÍA JESÚS GARCÍA HERNÁNDEZ ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

### **SENTENCIA**

En el Recurso de Suplicación núm. 0001481/2021, interpuesto por D./Dña. Amparo , frente a Sentencia 000138/2021 del Juzgado de lo Social Nº 8 de Las Palmas de Gran Canaria los Autos Nº 0000854/2019-00 en reclamación de Derechos fundamentales siendo Ponente el ILTMO./A. SR./A. D./Dña. GLORIA POYATOS MATAS.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- Según consta en Autos, se presentó demanda por D./Dña. Amparo , en reclamación de Derechos fundamentales siendo demandado/a D./Dña. Esteban , SERVICIO TÉCNICO GILy MAPFRE ESPAÑA SA1 y celebrado juicio y dictada Sentencia desestimatoria, el día 03/03/2021, por el Juzgado de referencia.SEGUNDO.- En la citada Sentencia y como hechos probados, se declaran los siguientes:

"PRIMERO.-: Dña. Caridad presta su servicios para la empresa demandada desde el 3 de noviembre de 2014, con la categoría profesional de Mozo de Almacén, con contrato por tiempo indefinido a tiempo completo (reducción de jornada al 50% por cuidado de hijos menores), con salario global diario de 39,50 euros, incluida prorrata de paga extra.

SEGUNDO.- Las relaciones laborales en la empresa se regulaban por el Convenio Colectivo de COMERCIO DE FERRETERIA, EFECTOS NAVALES, MATERIALES ELECTRICOS, ELECTRODOMESTICOS, JOYERÍA Y PLATERÍA, MUEBLES METALICOS Y OTROS DE LA ACTIVIDAD COMERCIAL (Boletín Oficial de la Provincia de Las Palmas. Anexo al Número 26, viernes 1 de marzo de 2019).

TERCERO.- Desde abril de 2017 viene sufriendo en el centro de trabajo de la empresa, durante el horario laboral, una serie de actuaciones de carácter sexual, por parte del titular de la empresa D. Esteban , consistentes en acercamientos hacia ellas, susurros indicándolas que le besarán en los labios, besos, mordiscos, tocamientos en las nalgas y otras partes del cuerpo e incluso llegando a abordar el interior de sus prendas íntimas a fin de acceder a sus zonas genitales. Dichos actos, venían repitiéndose casi a diario y fueron proferidos por su jefe directo, el dueño y titular de la empresa, ello en horario laboral, en el centro de trabajo y aprovechando ocasiones en las que se encontraba sola, en las que el ahora demandado aislaba a la actora del resto de compañeros .Dª. Caridad , viéndose cada día más afectada, avergonzada y atemorizada, buscó el apoyo de una amiga a la que le contó la situación, diciéndole esta que tenía que denunciarlo, tras lo que compró una



cámara de video para poder grabar en su puesto de trabajo los momentos en los que se quedaba a solas y su jefe aprovechaba para agredirla sexualmente. Tras grabar varias agresiones sexuales efectuadas por el mencionado empresario interpuso una denuncia ante la Unidad de Familia y Mujer de la Policía Nacional en las 3 Palmas de Gran Canaria, el día 05/04/2018, Tras la referida denuncia recayó y se siguió por el Juzgado de Instrucción N° 4 de Las Palmas de Gran Canaria, el Juicio Rápido 1522/2018 por los hechos referidos en el párrafo anterior, que dio lugar a la Sentencia condenatoria en la vía penal de fecha 7 de abril de 2018, dictó dicho Juzgado de Instrucción y cuyo fallo es del siguiente tenor literal: "Ratificando íntegramente el fallo y demás pronunciamientos producidos "in voce" en el acto del Juicio Oral, debo condenar y condeno al acusado D. Esteban como autor criminalmente responsable de dos delitos de acoso sexual, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de PRISION de CUATRO MESES e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena por cada uno de ellos, y al abono de las costas procesales". En la citada Sentencia, figura como UNICO HECHO PROBADO por conformidad de las partes el siguiente literal: "El acusado Esteban , con D.N.I NUM000 , mayor de edad, sin antecedentes penales, desde hace aproximadamente unos años, con ocasión del trabajo que desarrollaba en la empresa DIRECCION004 sita en la CALLE000 nº NUM001 de esta ciudad como encargado de la misma ha sometido a Dª Caridad y Dª Amparo que trabajaban como dependientas en la misma sede, a un trato intimidatorio con contenido sexual reflejado en las acciones que seguidamente se expresarán: El acusado buscaba cualquier excusa para acercarse a Dª Caridad y Dª Amparo y tocar sus cuerpos, darle besos en las mejillas acercándose a la comisura de los labios. Desde enero de 2018 la situación va a más, agarrándoles fuertemente las nalgas a la vez que les intenta dar besos en los labios incluso llega a morder la oreja con orientación sexual a Dª Caridad . Dichos hechos se han repetido en varias ocasiones durante los últimos meses. Como consecuencia de la tensión creada por la actuación del acusado Dª Caridad 4 se encontró en baja laboral desde el 6 de abril de 2018 y Dª Amparo desde el 5 de abril de 2018".

CUARTO.- La actora en fecha 6/4/2018 inicio IT por enfermedad común con el diagnostico de VIOLACIONES A ADULTOS y fue dada de alta el 25-10-2018.

QUINTO.- En fecha de 24-10-2018 y tras interponer demanda por extinción por incumplimiento laboral del empresario se llegó a un acuerdo ante el Juzgado de lo Social número 9 , donde el empresario reconoció los hechos y se comprometió a abonar una indemnización De 7277,8 euros , quedando extinta la relación laboral el citado día.

(documento aportado con la demanda)

SEXTO.- La empresa tenia concertado con la compañía MAPFRE un seguro de responsabilidad civil por accidente de trabajo por la cantidad de 170.710,51 euros y un sublimite por víctima der 60.101,21 euros

(d.1 de MAPFRE)

SEPTIMO.- La parte actora padece las siguientes patología: DIRECCION000 con sintomatología ansiosa similar al DIRECCION001 . DIRECCION002 . Episodio depresivo de intensidad moderada.

(pericial del Dr Carlos Daniel )

OCTAVO.- La demanda entró en el decanato el 31-07-2019."

TERCERO.- El Fallo de la Sentencia de instancia literalmente dice:"Que debo desestimar y desestimo la demanda interpuesta por Caridad contra Esteban y MINISTERIO FISCAL Y MAPFRE ESPAÑA SA en reclamación por ACOSO SEXUAL al apreciar la prescripción de la acción, absolviendo a los codemandados de todos los pedimentos deducidos en su contra.."

CUARTO.- En fecha 17/05/2021 se dicta Auto Aclaratorio de la Sentencia, cuya parte Dispositiva literalmente dice:"ACUERDO.- Aclarar la sentencia de fecha tres de marzo del dos mil veintiuno en el sentido de hacer constar que en el encabezamiento, hechos probados y fallo donde dice " Caridad ", debe decir " Amparo ".

QUINTO.- Que contra dicha Sentencia, se interpuso Recurso de Suplicación por la parte D./Dña. Nombre y apellidos: Intervención a elegir (4), y recibidos los Autos por esta Sala, se formó el oportuno rollo y pase al Ponente.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia de instancia y el auto de aclaración de 17 de mayo de 2021, desestima la demanda interpuesta por Dª Amparo en materia de vulneración de derechos fundamentales (acoso sexual) con reclamación anudada de indemnización de daños y perjuicios en concepto de daño moral, apreciando la excepción de prescripción de la acciónalzada por las demandadas.



Frente a la citada sentencia se alza la actora mediante el presente recurso de suplicación que ha sido impugnado por la compañía aseguradora MAPFRE ESPAÑA SA y el empresario Don Esteban " DIRECCION004".

SEGUNDO. - En el primer motivo del recurso, al amparo del art. 193 b) de la LRJS, se solicita la revisión fáctica al amparo de la prueba documental y pericial practicada. Específicamente se solicita la revisión fáctica del hecho probado quinto de la sentencia, proponiéndose la siguiente literalidad:

"La actora interpuso demanda de extinción por incumplimiento laboral del empresario, recayendo en el Juzgado de lo Social N° 2 de este partido, autos 748/18. En fecha 17-09-2018 se llegó a un acuerdo, donde el empresario reconoció la causa de extinción del contrato, quedando extinguida la relación laboral el citado día comprometiéndose a abonar la cantidad de 7.277,80 euros, quedando extinta la relación laboral el citado día y haciendo mención expresa en dicha Acta de Conciliación Judicial la reserva expresa de acciones por los daños morales por las vejaciones y honorabilidad y perjuicios sufridos".

Se ampara la recurrente en prueba documental: folios 80 y 81 de autos.

La recurrente entiende sustancial esta modificación fáctica contenida en la demanda de extinción contractual por acoso sexual, planteada el 20 de agosto de 2018, en la que expresamente se hace una reserva de acciones por daño moral (hecho sexto de esta demanda), al igual que reiteró esta reserva de acciones en el acta de conciliación judicial de 17 de septiembre de 2018. Ello tiene incidencia en la excepción de prescripción alzada por las demandadas en el acto del juicio y que fue estimada por la sentencia recurrida.

La empresa demandada e impugnante no se opuso a la veracidad de la propuesta de revisión fáctica, pero consideró que la misma carece de relevancia para variar el fallo, al entender que el "dies a quo" del plazo de prescripción de la acción planteada se inició con la fijeza de la sentencia de 7 de abril de 2018 dictada por el juzgado de Instrucción nº 4 de Las Palmas y no en la fecha de la extinción contractual ni del alta médica.

La Entidad Mapfre España SA, tampoco cuestiona la literalidad propuesta, pero entiende que debe desestimarse por ser irrelevante para mutar el fallo, pues en la presente acción no se reclaman secuelas o daños temporales sino una indemnización por vulneración de derechos fundamentales.

También, al amparo de lo previsto en el art. 197.1 LRJS, esta impugnante propuso revisión fáctica, en base al art. 193 b) de la LRJS, del hecho probado sexto proponiéndose la siguiente redacción:

"La empresa tenía concertado con la compañía Mapfre un seguro de responsabilidad civil por accidente de trabajo por la cantidad de 170.710,51€ y un sublímite por víctima de 60.101,21€. En las condiciones generales se recoge que son riesgos no cubiertos los causados por provocación intencionada del siniestro por parte del asegurado, sus dependientes o representantes. Respecto a la cobertura de accidentes personales se define como lesión corporal derivada de causa violenta, súbita, externa y ajena a la intencionalidad del asegurado y se excluye expresamente la participación activa del asegurado en actos delictivos y las enfermedades."

No se concretiza la prueba en la descansa esta propuesta de revisión, o en su caso el folio concreto del que deriva la pretendida redacción.

Los hechos declarados probados pueden ser objeto de revisión mediante este proceso extraordinario de impugnación (adicionarse, suprimirse o rectificarse), si concurren las siguientes circunstancias:

a)-que se concrete con precisión y claridad el hecho que ha sido negado u omitido, en la resultancia fáctica que contenga la sentencia recurrida;

b)-que tal hecho resalte, de forma clara, patente y directa de la prueba documental pericial obrante en autos, sin necesidad de argumentaciones más o menos lógicas, puesto que concurriendo varias pruebas de tal naturaleza que ofrezcan conclusiones divergentes, o no coincidentes, han de prevalecer las conclusiones que el Juzgador ha elaborado apoyándose en tales pruebas (no siendo cauce para demostrar el error de hecho, la «prueba negativa», consistente en afirmar que los hechos que el juzgador estima probados no lo han sido de forma suficiente ( STS 14 de enero, 23 de octubre y 10 de noviembre de 1986) y STS, 17 de noviembre de 1990) "...sin necesidad de conjeturas, suposiciones o interpretaciones"...);

c), que se ofrezca el texto concreto a figurar en la narración que se tilda de equivocada, bien sustituyendo alguno de sus puntos, bien completándola;

d) que tal hecho tenga trascendencia para llegar a la modificación del fallo recurrido;

e) que en caso de concurrencia de varias pruebas documentales o pericia en las que se presenten conclusiones plurales divergentes, sólo son eficaces los de mayor solvencia o relevancia de los que sirvieron de base al establecimiento de la narración fáctica y;



f) que en modo alguno ha de tratarse de la nueva valoración global de la prueba incorporada al proceso.

Aplicando la citada doctrina al caso que nos ocupa se estima la propuesta de modificación del hecho probado quinto de la sentencia porque se extrae de forma clara y sin conjeturas de los documentos señalados por la actora, sin que se haya cuestionado su veracidad por las impugnantes. Su contenido completa el relato fáctico y evidencia el interés de la actora en reclamar por "daños morales por las vejaciones y honorabilidad y perjuicios", vinculados al acoso sexual padecido, reservándose a tales efectos, las acciones pertinentes. Ello evidencia una actitud activa y no pasiva o de dejación, con relevancia jurídica, que será objeto de análisis en el siguiente motivo centrado en la infracción jurídica.

Por lo que respecta a la propuesta de modificación fáctica efectuada por la impugnante MAPFRE, en relación al hecho probado sexto, se desestima al no especificarse la prueba y en su caso, el folio, en la que descansa su propuesta de redacción. A lo anterior, añadimos que la propuesta es irrelevante para cambiar el sentido del fallo, tal y como se explicará en el siguiente apartado.

En base a lo expuesto se estima el primer motivo del recurso.

TERCERO. - En el segundo motivo del recurso, al amparo de lo previsto en el art. 193 c) de la LRJS, se denuncia la infracción de normas sustantivas y jurisprudencia. Específicamente se opone a la interpretación judicial efectuada en el cómputo del "dies a quo" de la prescripción de la acción planteada, en aplicación del art. 179.2 LRJS. Se invocan, también las SSTS 2 de diciembre de 2002 (Rec. 738/2002) y de 12 de febrero de 2019 (Rec. 175/2018). En cuanto a la indemnización reclamada se alude a nuestra Sentencia de 12 de marzo de 2019 (Rec. 1596/2018).

La recurrente entiende que la sentencia recurrida incurre en las infracciones descritas al apreciar la excepción de prescripción de la acción. Ello es así, a criterio de la actora, porque el inicio del cómputo del plazo de prescripción debe iniciarse en la fecha de efectos de la extinción del contrato de trabajo (17 de septiembre de 2018) o, subsidiariamente, a la fecha del alta médica, el 25 de octubre de 2018, destacando la jurisprudencia de la Sala IV del Tribunal Supremo contenida en las sentencias invocadas que recuerda que cualquier duda en relación al "animus conservandi" de la acción por la parte debe interpretarse siempre en el sentido más favorable para el titular del derecho y más restrictivo para la prescripción. Se pone de relieve, también, la reserva de acciones efectuada por la actora contenida en la modificación fáctica propuesta (hecho probado quinto).

El empresario impugnante, Don Esteban, se opuso, defendiendo que el plazo del cómputo del año de prescripción se inició con la fijeza de la sentencia penal (7 de abril de 2018) y se destaca que tras dicha sentencia no se denunciaron por la recurrente más actos de acoso sexual. Por ello, en virtud del art. 59.2 ET, teniendo en cuenta que la papeleta de conciliación en la que trae su causa este procedimiento se presentó el 18 de junio de 2019 y la demanda el 20 de septiembre de 2019, es claro que la acción ya estaba prescrita al iniciarse. En cuanto a la petición de condena a una indemnización de 150.000 euros, también se opuso, especialmente a su cuantificación porque es desproporcionada y desorbitada, añadiendo que la contingencia del proceso de baja por IT padecido por la actora lo fue por contingencia común y no profesional y, además, la pérdida del empleo de la trabajadora ya fue resarcida y compensada con el importe indemnizatorio legalmente establecido.

La impugnante MAPFRE se remite a la fundamentación jurídica de la sentencia recurrida indicando que debe iniciarse el cómputo del plazo de prescripción a la fecha de la sentencia penal (7/4/18).

Igualmente se efectúa una oposición subsidiaria a tenor de los siguientes extremos, amparados en el art. 197.1 LRJS.

En primer lugar, se reitera la excepción ya esgrimida en la vista oral de falta de legitimación pasiva por falta de aseguramiento, al ser la acción ejercitada de responsabilidad civil ex delicto y se alude a la exclusión contenida en el art 19 de la Ley de Contrato de Seguro (LCS). Entiende esta impugnante que los estrictos términos establecidos en la póliza fijan responsabilidad civil derivada de accidente de trabajo, pero en este caso se reclama una indemnización por vulneración de derechos fundamentales que no ha sido objeto de cobertura, por ello entiende que no existe responsabilidad alguna en caso de condena por esta Entidad. También se alude a la excepción de falta de legitimación activa de la actora que debió reclamar en el procedimiento penal la correspondiente indemnización civil ( art. 112 Ley Enjuiciamiento Criminal).

Resolveremos, antes de continuar, estas dos excepciones alzadas por la compañía aseguradora.

Por lo que respecta a la *falta de legitimación pasiva de la impugnante*, sostenida en la falta de aseguramiento al estar ante una acción de responsabilidad civil derivada de un delito y no tratarse de un accidente de trabajo, hemos de advertir que la falta de legitimación pasiva "ad causam" no es una excepción procesal propiamente dicha, de las que regula el artículo 416 de la LEC en relación con el artículo 85.2 de la LRJS, sino que es una



cuestión de fondo, y atañe a la resolución del fondo que nos va a exigir, en su caso, analizar si la indemnización reclamada por la actora, caso de estimarse, genera responsabilidad respecto de la Entidad aseguradora en virtud del contrato de seguro de responsabilidad civil por accidente de trabajo suscrito entre la empresa demandada y la compañía MAPFRE.

De este modo, a diferencia con lo que ocurre con la legitimación "ad procesum", en la actualidad regulada en el artículo 416.1.1. de la LEC, no precisa ser alegada, sin perjuicio de su firme oposición de fondo al exponer que la indemnización de daños y perjuicios civil, reclamada por la actora no se integra dentro del aseguramiento concertado con la empresa, lo que se resolverá, en su momento, a la hora de determinar las responsabilidades en orden al abono de la indemnización reclamada.

Tal y como se recuerda en la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de abril de 2003, que trae a colación las resoluciones de la Sala Civil de dicho Tribunal de 18 de mayo de 1962 y 20 de diciembre de 1989:

"Debiéndose distinguir, como establece la teoría científica, la "legitimatío ad processum" de la "legitimatío ad causam", según la terminología forense, aquélla, como capacidad que es necesario poseer para ser sujeto de una relación procesal y poderla realizar con eficacia jurídica, sin la cual no se puede entrar en el conocimiento de la cuestión de fondo; mientras que ésta aparece en función de la pretensión formulada, requiriendo una aptitud específica determinada, mediante la justificación necesaria para intervenir en una litis especial y concreta, por obra de una relación en que las partes se encuentran respecto a la cosa que es objeto del litigio; aquéllas, denominaciones de contenido más expresivo, según los tratadistas procesales, que el conocido desde antiguo, como falta de personalidad y falta de acción, que la doctrina jurisprudencial admitía ya desde la Sentencia de 22 de septiembre de 1860, en que así se declara, fecha desde la cual se viene diferenciando una y otra, no pueden ni deben ser confundidas, tanto por ser cosas distintas, como por los efectos diversos que de ellas se derivan, ya que la primera hace relación a la forma, se ha de fundar en la falta de las condiciones y requisitos que para comparecer en juicio se expresan en el n.º 2.º del art. 533 de la LECiv, mientras que la segunda, "sine actione legis", se basa en la falta de acción, de razón y de derecho que asiste al que litiga, falta que, por afectar al fondo del asunto, a la esencia de la pretensión que se reclama, sustancia el pleito".

En relación a la alegada *falta de legitimación activa de la actora* al entender que debió reclamar la indemnización civil vinculada al acoso sexual padecido, en el procedimiento penal al que refiere el hecho probado tercero de la sentencia, debe igualmente desestimarse, porque sobre esta concreta cuestión y la interpretación que debe darse al art. 112 LECrim, se ha pronunciado de manera reiterada la jurisprudencia civil, en relación con aquellos supuestos en los que, ejercitada la acción penal y no reservada la acción civil para un ulterior proceso, esta última no se concreta en una pretensión específica posibilitando su posterior postulación en el orden jurisdiccional civil.

En este sentido se pronuncia la Sala civil del STS de 13 de abril de 2004 (LA LEY 1162/2004):

"desde luego, sin que haya existido renuncia expresa al ejercicio de esas acciones, no es posible descalificar la decisión del otro orden, porque, según versión que la recurrida extrae de la normativa penal ( arts. 112 y 113 LECrim), no cabe esa reserva de la acción civil cuando no se ejercitó la misma por los propios perjudicados o dañados -hoy recurrentes- ya que, frente a ello, ha de sobreponerse, aparte del principio generador de la tutela efectiva de los Tribunales, ex art. 24 CE, la pertinencia, en aras de una justicia material de habilitar a esos perjudicados que, ante el evidente pronunciamiento de los Tribunales penales de que esa acción/responsabilidad civil derivada no había sido objeto de pronunciamiento y, porque, por su no recurso, no habían ejercitado esa facultad de reserva a instancia de parte, no debe impedirseles este ulterior ejercicio, lo que aquellos órganos le permiten cuando expresan tal posibilidad colmando de satisfacción los intereses dañados.

Y porque, se mire como se mire, jamás el orden penal juzgó la responsabilidad civil, luego no es posible que, en el plano de la lógica enjuiciadora, se pueda decir que hubo cosa juzgada concerniente a esa responsabilidad, elusiva de este orden civil.»

Efectivamente, cuando el art. 112 LECrim. señala que «ejercitada sólo la acción penal, se entenderá utilizada también la civil ...», está estableciendo un mero automatismo en favor de la acusación accionante al habilitarle para pretender civilmente en base a los hechos que conforman el proceso penal. Pero de este inciso no es posible inferir una obligación impuesta a la parte accionante de pretender lo que no quiere, ni tampoco puede deducirse el efecto preclusivo, porque la literalidad del precepto no establece tal cosa; y, además, porque no puede hacerse depender el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva ( art. 24 CE), de una formalidad como es la "expresa" reserva de la acción.

#### A)- OBJETO DEL RECURSO

Para situar el debate jurídico debemos partir de la acción planteada por la actora en la demanda al amparo del procedimiento especial de tutela de derechos fundamentales regulado en los arts. 177 a 184 de la LRJS.



En el escrito de demanda se citan expresamente como vulnerados los derechos fundamentales contenidos en los arts. 14 y 15 de la CE (derecho a la no discriminación por razón de sexo y derecho a la integridad física y moral), aunque también se hace referencia al derecho a la dignidad ( art. 10. 1º CE) y a la libertad ( art. 17 CE) vinculándolos al acoso sexual continuado padecido por la trabajadora desde abril 2017, por parte de su empleador, D. Esteban . En base a lo establecido en el art. 183 LRJS, la demandante solicita paralelamente una indemnización reparadora del daño moral producido que cuantifica en 150.000 euros, usando como parámetro de cálculo, la LISOS.

La sentencia recurrida apreció la excepción de prescripción de la acción, aplicando el plazo anual contenido en el art. 179.2 LRJS en relación con el art. 59 ET, e iniciando el "dies a quo" a partir del día 7 de abril de 2018, en coincidencia con la fecha de la sentencia dictada por el juzgado de Instrucción nº 4 de Las Palmas de Gran Canaria por la que se condena al empresario demandado por dos delitos de acoso sexual, uno de ellos siendo la víctima la actora.

La recurrente no cuestiona el plazo de prescripción aplicado (anual) sino su contabilización entendiendo que debe iniciarse el "dies a quo" a partir de la extinción contractual, esto es el 19 de septiembre de 2018, o subsidiariamente desde la fecha del alta médica de la trabajadora, el 25 de octubre de 2018, por lo que habiéndose presentado la papeleta de conciliación el 18 de junio de 2019, la acción no se hallaría prescrita y una vez superado el impedimento de la prescripción de la acción, se solicita la estimación de la demanda planteada condenándose a las demandadas a abonar a la actora la indemnización por daños y perjuicios morales de 150.000 euros.

## B)-HECHOS RELEVANTES

A continuación, destacamos los datos relevantes del relato fáctico.

-La actora, con antigüedad de 3/11/14 presta servicios para el empresario demandado con la categoría profesional de "mozo de almacén", con contrato indefinido y tiene reconocida una reducción de jornada y salario del 50% por cuidado de hijos menores.

-Desde abril de 2017 viene sufriendo en el centro de trabajo y durante su jornada laboral actuaciones de carácter sexual, por parte del titular de la empresa D. Esteban , consistentes en:

\*acercamiento,

\*susurros indicándole que le besara en los labios,

\*besos,

\*mordiscos,

\*tocamientos en las nalgas y otras partes del cuerpo

\* llegando a abordar el interior de sus prendas íntimas a fin de acceder a sus zonas genitales.

- Dichos actos, venían repitiéndose casi a diario y fueron proferidos por su jefe y dueño de la empresa, aprovechando ocasiones en las que se encontraba sola, aislando a la actora del resto de compañeros.

-La actora viéndose cada día más afectada, avergonzada y atemorizada, buscó el apoyo de una amiga a la que le contó la situación, diciéndole esta que tenía que denunciarlo, tras lo que compró una cámara de video para poder grabar en su puesto de trabajo los 9 momentos en los que se quedaba a solas y su jefe aprovechaba para agredirla sexualmente.

-Tras grabar varias agresiones sexuales interpuso una denuncia ante la Unidad de Familia y Mujer de la Policía Nacional en las 3 Palmas de Gran Canaria, el día 05/04/2018, Tras la referida denuncia recayó y se siguió por el Juzgado de Instrucción Nº 4 de Las Palmas de Gran Canaria, el Juicio Rápido 1522/2018 , que dio lugar a la sentencia condenatoria en la vía penal de fecha 7 de abril de 2018, en cuyo fallo se condenó a D. Esteban , como autor criminalmente responsable de dos delitos de acoso sexual, a la pena de prisión de cuatro meses e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena por cada uno de ellos, y al abono de las costas procesales.

En la citada Sentencia, figura en el relato fáctico, el siguiente literal:

"El acusado desde hace aproximadamente unos años, con ocasión del trabajo que desarrollaba en la empresa DIRECCION004 (...) ha sometido a Dª Caridad y Dª Amparo que trabajaban como dependientas en la misma sede, a un trato intimidatorio con contenido sexual reflejado en las acciones que seguidamente se expresarán: El acusado buscaba cualquier excusa para acercarse a Dª Caridad y Dª Amparo y tocar sus cuerpos, darle besos en las mejillas acercándose a la comisura de los labios. Desde enero de 2018 la situación va a más,



agarrándoles fuertemente las nalgas a la vez que les intenta dar besos en los labios incluso llega a morder la oreja con orientación sexual a D<sup>a</sup> Caridad . Dichos hechos se han repetido en varias ocasiones durante los últimos meses. *Como consecuencia de la tensión creada por la actuación del acusado D<sup>a</sup> Caridad se encontró en baja laboral desde el 6 de abril de 2018 y D<sup>a</sup> Amparo desde el 5 de abril de 2018*".

-La actora estuvo de baja por Incapacidad temporal desde el 6/4/2018 y hasta el 25/10/2018 con el diagnóstico "Violaciones a adultos". (No obstante, en el Doc. nº 4 adjunto a la demanda consistente en el parte de baja médico de D<sup>a</sup> Amparo de fecha se recoge como diagnóstico: " DIRECCION002 " y la baja médica es de fecha 5 de abril de 2018).

-Actualmente, la actora padece: DIRECCION000 con sintomatología ansiosa similar al DIRECCION001 . DIRECCION002 . Episodio depresivo de intensidad moderada.

-La actora interpuso acción de extinción contractual frente al demandado que finalizó con acuerdo entre las partes de fecha 17/9/2018, y previo reconocimiento por el empresario de los incumplimientos quedó extinguida la relación laboral con abono a la actora de indemnización de 7.277'80 euros, haciendo mención expresa la actora en el acta de la reserva expresa de acciones por los daños morales por las vejaciones y honorabilidad y perjuicios sufridos

### C)-NORMATIVA APLICABLE

#### \*Normativa Internacional

-Artículos 2 c), 5.b) y 11.1 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW) y Recomendación nº 33 del Comité CEDAW10 (obligación de diligencia debida de los poderes públicos del Estado). España ratificó la CEDAW en 1984 y también su protocolo facultativo.

-Recomendación nº 33 del Comité CEDAW de 3 de agosto de 2015, sobre el acceso de las Mujeres a la Justicia.

-Convenio nº 190 de la OIT (2019) sobre la violencia y acoso (pendiente de ratificación por España) y Recomendación nº 206 (aplicable como guía interpretativa). Es la primera norma internacional que tiene por objetivo poner fin a la violencia y el acoso en el mundo del trabajo.

#### \*Normativa Regional

- Artículo 14 del Convenio Europeo Derechos Humanos (prohibición de la discriminación).

- Artículo 3, 40 y 45 y del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011 (vigente en España desde el 1/8/14). Entre los objetivos del convenio cabe señalar la protección de las mujeres contra todas las formas de violencia, además de prevenir, perseguir y eliminar la violencia contra las mujeres; eliminar toda forma de discriminación contra las mujeres y promover la **igualdad** real entre mujeres y hombres mediante la autonomía de las mujeres, así como concebir un marco global, políticas y medidas de protección y asistencia a todas las víctimas de violencia contra las mujeres.

-Artículo 20 (prohibición de discriminación por razón de sexo) y artículo 26 (derecho a la dignidad y protección frente al acoso sexual ocupacional) de la Carta Social Europea.

#### \*Normativa de la UE

-Artículo 3 (Derecho a la integridad física y psíquica) y artículo 21 de la Carta Europea de derechos Fundamentales de la UE (prohibición de discriminación por razón de sexo).

- Artículo 2.1 d) y 18 de la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de julio de 2006 relativa a la aplicación del principio de **igualdad** de oportunidades e **igualdad** de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición), que define el acoso por razón de sexo. Dicha Directiva sostiene que el acoso sexista y sexual son discriminatorios y contrarios al principio de **igualdad** de trato entre mujeres y hombres:

"Por consiguiente, se deben prohibir estas formas de discriminación y deben estar sujetas a sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias".

-Resolución del Parlamento Europeo, de 11 de septiembre de 2018, sobre las medidas para prevenir y combatir el acoso sexual y psicológico en el lugar de trabajo, en los espacios públicos y en la vida política en la Unión.

#### \*Normativa interna

-Artículos 10.1 (derecho a la dignidad), 14 (derecho a la no discriminación por razón de sexo), 18.1 (derecho a la intimidad) 9.2 (remoción de obstáculos para lograr **igualdad** real), art. 14 (no discriminación por sexo), y 10.2 (Derechos fundamentales y Convenios internacionales) de la Constitución Española



- Artículo 7 de la Ley Orgánica 3/ 2007, de 22 de marzo para la Igualdad<sup>11</sup> Efectiva de Mujeres y Hombres que define acoso sexual como: "cualquier comportamiento, verbal o físico, de naturaleza sexual que tenga el propósito o produzca el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo"

El artículo 10 preceptúa las consecuencias jurídicas que deben tener las conductas discriminatorias, considerando nulos y sin efecto los actos discriminatorios y: "darán lugar a responsabilidad a través de un sistema de reparaciones o indemnizaciones que sean reales, efectivas y proporcionadas al perjuicio sufrido, así como, en su caso, a través de un sistema eficaz y disuasorio de sanciones que prevenga la realización de conductas discriminatorias".

Y el art. 48 establece medidas empresariales específicas para prevenir el acoso sexual y el acoso por razón de sexo en el trabajo.

- Artículo 4.2 d) y 17 del Estatuto de los Trabajadores

-Aunque no es propiamente normativa, destacamos, por su importancia, que Pacto de Estado contra la Violencia de **Género** de 2017, en la medida número 92 incluye la obligación de implantar medidas y protocolos contra el acoso sexual o el acoso por razón de **género** en las empresas, para mejorar la regulación y los derechos de las trabajadoras víctimas, abordando tal cuestión en la normativa de prevención de riesgos laborales.

#### D)-ACOSO SEXUAL OCUPACIONAL E IMPARTICIÓN DE JUSTICIA CON PERSPECTIVA DE **GÉNERO**

El acoso sexual y sexista ocupacional, tienen un incuestionable impacto de **género**, al afectar estadísticamente más a las trabajadoras en relación a sus compañeros varones. Tal y como se recoge en el reciente estudio impulsado por el Ministerio de **Igualdad** del Gobierno de España denominado "El acoso sexual y acoso por razón de sexo en el ámbito laboral de España" publicado en 2021, a nivel de la UE, el estudio realizado en 2013 por la Agencia de los Derechos Fundamentales de la UE ("European Union Agency for Fundamental Rights. FRA") mediante entrevistas a 48.000 mujeres en los 28 países de la UE, concluye que el acoso sexual es una experiencia generalizada y común para muchas mujeres de la UE y una de cada cinco mujeres ha sido objeto de tocamientos, abrazos o besos en contra de su voluntad desde los 15 años de edad. De las mujeres que han sufrido acoso sexual al menos en una ocasión desde los 15 años de edad, un 32 % señalaron como autor a un compañero de trabajo, un superior o un cliente (pág. 12 del Informe).

De otro lado, la Macroencuesta de Violencia Contra la Mujer 2019 realizada por la Delegación del Gobierno contra la Violencia de **Género** en el que se estudia la prevalencia del acoso sexual contra las mujeres, da una idea fehaciente de la extensión del fenómeno: del total de mujeres de 16 o más años residentes en España, el 40,4% ha sufrido acoso sexual en algún momento de su vida, el 18,1% ha sufrido acoso sexual en los últimos 4 años, y el 10,2% han sufrido este acoso en los últimos 12 meses. Extrapolando estas cifras a la población, se estima que 8.240.537 mujeres residentes en España de 16 o más años han sufrido acoso sexual en algún momento de sus vidas. Y el 17,3% del total de mujeres que sufrió acoso sexual respondió que se trataba de alguien del trabajo (6,5% un jefe o supervisor hombre, 12,5% otro hombre del trabajo, 0,3% una jefa o supervisora, 0,9% otra mujer del trabajo).

Incluso el reciente Convenio nº 190 de la OIT (2019) sobre la violencia y acoso (pendiente de ser ratificado por España), reconoce expresamente, en su preámbulo, tal impacto:

"la violencia y el acoso por razón de **género** afectan de manera desproporcionada a las mujeres y las niñas, y reconociendo también que la adopción de un enfoque inclusivo e integrado que tenga en cuenta las consideraciones de **género** y aborde las causas subyacentes y los factores de riesgo, entre ellos los estereotipos de **género**, las formas múltiples e interseccionales de discriminación y el abuso de las relaciones de poder por razón de **género**, es indispensable para acabar con la violencia y el acoso en el mundo del trabajo"

Detectado el impacto desproporcionado de **género** del acoso sexual ocupacional, identificado internacionalmente como una forma de violencia de contra las mujeres ( art. 3 Convenio de Estambul), este Tribunal debe extremar las cautelas e integrar, necesariamente, la perspectiva de **género** en el enjuiciamiento del caso que debe implementarse como metodología de resolución en toda controversia judicial en la que se involucren relaciones asimétricas o patrones estereotípicos de **género**, aún cuando las partes no lo soliciten expresamente.

Tal y como hemos venido diciendo, entre otras, en nuestras sentencias de 7 de marzo de 2017 (Rec. 1027/2016), y de 2 de mayo de 2017 ( Rec. 1237/2016), confirmada por el Pleno del TS en sentencia de 29 de enero de 2020-Recud.97/2017), juzgar con perspectiva de **género** no es una opción judicial sino una obligación normativa y vinculante.





El derecho a la **igualdad** y el acceso a la justicia son normas imperativas de derecho internacional público generadoras de obligaciones erga omnes a tenor de lo previsto en el art. 53 y 64 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (ratificado por España en BOE nº 142 de 13 de junio de 1980), en relación con los arts. 1, 9.2º, 14, 10.2º y 96 de la Constitución Española en relación con los artículos 2 c), 5.b) y 11.1 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW) y Recomendación nº 33 del Comité CEDAW (obligación de diligencia debida de los poderes públicos del Estado), correspondiendo a quienes juzgamos el "control de convencionalidad" tal y como se recoge en la reciente Sentencia del Tribunal Constitucional nº 140/2018 de 20 de diciembre. La normativización interna del anterior mandato, lo tenemos en el art. 4 y 15 de la LOIEMH.

La perspectiva de **género**, debe integrarse en la aplicación e interpretación del ordenamiento jurídico, sustancialmente en tres fases del procedimiento judicial:

1ª-En la aplicación e interpretación de las normas procesales, evitando el excesivo rigorismo procesal que impida el acceso a la justicia de las mujeres.

2ª-En la valoración de la prueba. Evitando una justicia mecánica y teniendo en cuenta el contexto, momento histórico, y las características personales de la víctima (origen social, nivel cultural, edad, etc.).

3ª-Y en la aplicación de las normas sustantivas. El ejercicio argumentativo debe tener presente el enfoque contextualizado y pro persona.

Hacer real el principio de **igualdad** no permite neutralidad, hay que adoptar un enfoque constitucional, removiendo los obstáculos que lo dificulten, e integrando la perspectiva de **género**, como criterio hermenéutico, de acuerdo con la doctrina constitucional contenida en diversas resoluciones, como la Sentencia del Tribunal Constitucional 216/1991, de 14 de noviembre recoge: " la **igualdad** que el art. 1.1 de la Constitución proclama como uno de los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico -inherente, junto con el valor justicia, a la forma de Estado Social que ese ordenamiento reviste, pero también, a la de Estado de Derecho- no sólo se traduce en la de carácter formal contemplada en el art. 14 y que, en principio, parece implicar únicamente un deber de abstención en la generación de diferenciaciones arbitrarias, sino asimismo en la de índole sustancial recogida en el art. 9.2 , que obliga a los poderes públicos a promover las condiciones para que la de los individuos y de los grupos sea real y efectiva ". Y, en relación a la LOIEMH señala la Sentencia del Tribunal Constitucional 12/2008, de 29 de enero ( RTC 2008, 12 ), que "el art. 9.2 CE expresa la voluntad del constituyente de alcanzar no sólo la **igualdad** formal sino también la **igualdad** sustantiva, al ser consciente de que únicamente desde esa **igualdad** sustantiva es posible la realización efectiva del libre desarrollo de la personalidad; por ello el constituyente completa la vertiente negativa de proscripción de acciones discriminatorias con la positiva de favorecimiento de esa **igualdad** material ".

También la Sentencia del Tribunal Constitucional nº 26/2011 de 14 de marzo de 2011 insiste en la interpretación de la norma de manera más favorable a la efectividad a los derechos fundamentales de las mujeres y no de forma mecánica o formalista en correspondencia al mandato constitucional de remoción de los obstáculos impeditivos de la **igualdad** real o sustancial, y en la misma línea la Sentencia del Tribunal Constitucional nº 39/2002 del Pleno de este Tribunal, de 14 de febrero de 2002.

Y ya más recientemente, la Sentencia del Tribunal Constitucional 113/2021 en la que expresamente se recoge (FJ2):

"(...) la interdicción de aquellas decisiones impeditivas de un pronunciamiento sobre el fondo que, por su rigorismo, por su formalismo excesivo o por cualquier otra razón revelen una clara desproporción entre los fines que aquellas causas preservan y los intereses que sacrifican, vulnerando las exigencias del principio de proporcionalidad (así, STC 63/2021, de 15 de marzo, FJ 3). Aparece reforzada en el caso en que la pretensión objeto de respuesta esté vinculada a derechos fundamentales sustantivos o intereses de relevancia constitucional, lo que implica la obligación de que se exteriorice el nexo de coherencia entre la decisión adoptada, la norma que le sirve de fundamento y los fines que justifican la institución. No cabe una motivación estereotipada ni la mera constatación apodíctica de que "no se cumplen las circunstancias" que la ley exige ni la justificación en el carácter discrecional de la potestad que se ejerce, pues las potestades discrecionales deben también ejercerse motivadamente ( STC 81/2018, de 16 de julio, FJ 3).

E)-SOBRE EL "TEMPUS PRAESCRPTIONIS"

Expuesto lo precedente, debemos resolver cuando debe iniciarse el "dies a quo" del año de prescripción de la acción de derechos fundamentales planteada, en base a lo previsto en el art. 179.2 en relación con el art. 59.2 del ET.

En el caso que nos ocupa concurren especiales circunstancias que deben ser valoradas necesariamente.



1ª)-Circunstancias psicológicas, sociales y personales de la víctima de acoso sexual, como modalidad de violencia de **género**.

Ha resultado probado que la actora padece una serie de dolencias psicológicas (Hecho probado 7º- HP7º), causadas por la situación de acoso sexual continuado sufrido en la empresa desde abril de 2017 y que la arrastró a un proceso de baja médico un año después (desde el 6/4/2018 hasta el 25/10/2018- HP4º). Proceso médico que, con independencia de su tramitación formal por contingencias comunes tiene un claro su nexo causal con el acoso sexual severo, que se evidencia a simple vista por el diagnóstico ("síndrome de ansiedad"-según el parte de baja aportado como doc. nº 4, anexo a la demanda). Además, dicho nexo causal quedó probado en la sentencia penal de 7 de abril de 2018, en la que literalmente se recoge:

"Como consecuencia de la tensión creada por la actuación del acusado ....Dª Caridad se encontró de baja laboral desde el 6 de abril de 2018 y Dª Amparo desde el 6 de abril de 2018"

Las partes no cuestionan la firmeza de la sentencia penal, por lo que es vinculante para este Tribunal por el efecto de la cosa juzgada material ( art. 222.4º LEC- SSTS de 4 marzo 2010 RJ 2010\2476, de 9 diciembre 2010 RJ 2011\1455, y de 26 mayo 2011 JUR 2011\223518, por todas).

La interpretación social del derecho con perspectiva de **género** exige la contextualización y la actuación conforme al principio pro persona, que se configura en este ámbito como un criterio hermenéutico que obliga a los órganos jurisdiccionales a adoptar interpretaciones jurídicas que garanticen la mayor protección de los derechos humanos.

1.1-Las afecciones psicológicas de la demandante, perviven, incluso, a la fecha de la celebración del juicio (24/2/21), lo que debe ser tenido en cuenta como una circunstancia de desequilibrio emocional y afectación cognitiva, que concurre por culpa imputable al sujeto activo del acoso y, a la vez, empleador.

Obviar el desequilibrio psicológico que ha afectado a la actora y le sigue afectado por razón del grave y prolongado acoso sexual padecido en su puesto de trabajo supone dar ventaja judicial a quien fue el causante directo de esas dolencias y poner a su servicio la interpretación del derecho y supone, a la par, impedir a la trabajadora, víctima de violencia de **género** (en su modalidad de acoso sexual) acceder a la justicia. Hay que tener en cuenta que la gravedad del maltrato psicológico y/o físico que padecen las víctimas de este delito sexual les impide, en muchas ocasiones, salir de un bucle de violencia que limita su capacidad de decidir y las lleva a prolongar el maltrato y postergar la denuncia. En otras ocasiones entran en una especie de " DIRECCION003 ", justificando y negando el acoso e incluso ocultando social y familiarmente los daños, por vergüenza, y ello puede prolongarse mucho más allá del estricto periodo en el que se someten al acoso físico directo, pues éste se proyecta psicológicamente en el tiempo, dependiendo de la fortaleza y los apoyos que tenga cada mujer.

1.2-Factores sociales. Sobre la tardanza en denunciar de las víctimas de violencia de **género** se ha pronunciado reiteradamente la Sala Penal del Tribunal Supremo en una novedosa y reciente jurisprudencia, integrando la perspectiva de **género**, entre otras, la STS de 2 de abril de 2019 (Rec.2286/2018), en la que se analiza la estigmatización que produce en las víctimas la violencia de **género**, hasta el punto de llegar a considerarse culpables, siendo víctimas y "todo ello, las convierte en más víctimas aún, porque lo son del agresor, y lo son, también, del propio sistema en quien, en muchas ocasiones, no confían si no tienen la seguridad de que denunciar va a ser algo positivo para ellas y no algo negativo".

En el caso de la actora, además, la denuncia interpuesta en abril 2018 (doc. 2 anexo a la demanda) y el posterior proceso penal que obligó a la actora a revivir todas las situaciones de acoso para poder exteriorizarlas tanto ante la Policía como ante el juez penal, supuso revivir cada acto de acoso padecido durante más de un año en su centro de trabajo.

También la Sala civil, se ha pronunciado en esta línea, mediante su doctrina sobre "los daños continuados", condicionando, en reclamaciones de responsabilidad civil, el inicio del plazo de prescripción a la fecha de consolidación de las lesiones. Así en la STS (Sala Civil) de 14 de julio de 2010 (Rec. 1968/2006) se pronuncia en estos términos:

"El tribunal sentenciador se pronuncia sobre la prescripción de la acción teniendo en cuenta explícitamente la jurisprudencia de esta Sala sobre los daños continuados, con cita expresa de varias sentencias como las de 12 de febrero de 1981 ( RJ 1981, 530 ), 6 de mayo de 1985, 17 de marzo de 1986 ( RJ 1986, 1474) y 15 de marzo de 1993 , y ninguna de las dos partes discute el contenido de esta jurisprudencia, conforme a la cual no se inicia el cómputo del plazo de prescripción, en los casos de daños continuados o de producción sucesiva, hasta la producción del definitivo resultado, si bien matizando que esto es así "cuando no es posible fraccionar en etapas diferentes o hechos diferenciados la serie proseguida" ( SSTS 15-3-93, citada en la sentencia recurrida, y 5-6-03 ( RJ 2003, 4124 ) , 14-3-07 y 20-11-07 ( RJ 2008, 19) entre otras), como también se puntualiza que en



los casos de lesiones con secuelas el cómputo del plazo de prescripción no se inicia con el alta médica sino cuando se determina el alcance invalidante de las secuelas ( SSTS 22-7-08 ( RJ 2008, 4493) y 3-12-07 , con cita en ambas de otras muchas)."

1.3-Abuso de poder en contexto laboral. Otro factor que influye en la tardanza en accionar es el hecho de que no estamos ante una relación laboral más, sino ante relación laboral en la que el empleador de la actora es a la vez su acosador. El relato fáctico revela la existencia de una pluralidad de actos de vejación, intimidación, menosprecio, degradación y humillación prolongados en el tiempo, destinados a anular la libertad en un escenario del miedo, que llevó a la operaria a soportar tales vejaciones durante más de un año. En este contexto de desigualdad, temor y abuso de poder debe recordarse que la diferente socialización de hombres y mujeres llevan a estas últimas, en muchos casos, a la sumisión, hasta que logran salir de la espiral. Por todas, referimos nuestra sentencia de 31 de mayo de 2020 (Rec. 250/2021) en la que valoramos la diferente socialización de mujeres y hombres, en la resolución del caso)

2ª)- Ejercicio del "animus conservandi" de la acción

El segundo elemento a tener en cuenta en el "tempus praescriptionis" es la reserva de acciones que expresamente se hizo la actora y que consta en el acta de conciliación al que llegó la actora y la empresa demandada en el acta de conciliación de 1617 de septiembre de 2018 ( autos 748/2018 del juzgado social nº 2 de Las Palmas), en la que expresamente se reserva "las acciones por los daños morales por vejaciones y honorabilidad y perjuicios sufridos".

Debe recordarse también que la jurisprudencia ha venido dando prevalencia a la protección de los derechos fundamentales frente a la institución de la prescripción, y así la STS de 12 de febrero de 2019 (Recud. 175/2018) nos recuerda:

"la prescripción es una institución no fundada en principios de estricta justicia, sino en la presunción de abandono o dejadez en el ejercicio del propio derecho y seguridad jurídica, por lo que la aplicación que de la misma se haga por los Tribunales no debe ser rigurosa sino cautelar y restrictiva, tal y como viene reconociendo reitera doctrina de esta Sala [ STS de 28 de febrero de 2018 (RJ 2018, 1076) , R. 16/2017 , entre otras]. Es por ello que "cualquier duda que al efecto pudiera suscitarse ... habría de resolverse precisamente en el sentido más favorable para el titular del derecho y más restrictivo de la prescripción", y, en consecuencia, "cuando la cesación o abandono en el ejercicio de los derechos no aparece debidamente acreditado y sí por el contrario lo está el afán o deseo de su mantenimiento o conservación, la estimación de la prescripción extintiva se hace imposible a menos de subvertir sus esencias" [ STS de 26 de junio de 2013, rcud 1161/2012 (RJ 2013, 7228) ] (...)

Además, y con base en lo dispuesto en el art. 1973 del Código Civil , también se ha venido reconociendo que la prescripción de las acciones se interrumpe, no solo por su ejercicio ante los Tribunales o por reclamación extrajudicial del acreedor, también por cualquier acto de reconocimiento de la deuda por el deudor. Este efecto de interrupción está vinculado al efecto extintivo que supone la prescripción de forma que, como dice la jurisprudencia "en cuanto aparezca fehacientemente evidenciado el "animus conservandi" por parte del titular de la acción, incompatible con toda idea de abandono de ésta, ha de entenderse queda correlativamente interrumpido el "tempus praescriptionis". [ STS de 26 de junio de 2013, rcud 1161/2012]"

Y este ánimo de conservar la acción se hace patente en el caso que nos ocupa porque la trabajadora de forma clara, expresa e inequívoca puso de manifiesto su reserva de acciones por los daños morales derivados de las vejaciones y perjuicios sufridos, obviamente, vinculados al acoso sexual padecido y causa directa del planteamiento de la acción de extinción contractual.

En base a lo expuesto, el "dies a quo" del plazo de la acción de prescripción anual de la presente acción, contabilizándolo desde la fecha de la sentencia penal (7 de abril de 2018), se habría visto interrumpida mediante la expresa reserva de acciones realizada por la trabajadora el 17 de septiembre de 2018 (doc. nº 11 adjunto a la demanda).

Otra interpretación sería restrictiva para los derechos humanos de la actora y podría suponer una discriminación institucional por incumplimiento del principio internacional de diligencia debida al impedir el acceso a la justicia de la actora, mediante una interpretación restrictiva, mecánica y carente de perspectiva de **género**. La buena calidad de los sistemas de justicia requiere su ajuste a las normas internacionales, dando lugar a una resolución sostenible de la controversia que tengan en cuenta las cuestiones de **género** de las mujeres, tal y como viene exigiendo de forma reiterada, el Comité de la CEDAW a los países partes (Recomendación nº 33).

Por todo ello, y teniendo en cuenta que la actora planteó la demanda en fecha 31 de julio de 2019 (HP8º) y, con anterioridad a esta fecha, la papeleta de conciliación (18 de junio de 2019), es claro que no ha transcurrido el año de prescripción de la acción planteada entre el 17/9/18 y el 31/7/19.



## F)- RESOLUCIÓN DEL FONDO. ACOSO SEXUAL Y VULNERACIÓN DE DD.FF.

Despejado el obstáculo de la prescripción, procede resolver el fondo del asunto que, a tenor del relato fáctico, no cuestionado por las demandadas, permite a esta Sala su resolución. A ello se suma la obligación de diligencia debida vinculante para este Tribunal que, en casos de violencia de **género**, bajo la modalidad sexual, como acontece aquí, exige una justicia ágil para prevenir, investigar, castigar y conceder una indemnización reparadora por los actos de violencia contra las mujeres ( art. 5 en relación con el art. 1 del Convenio del Consejo de Europa sobre Prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica). Y en la misma línea se establece en Recomendación nº 33 del Comité CEDAW (14 d), en la que se indica que los Estados partes deben disponer de: "recursos apropiados y eficaces que se apliquen y que den lugar a una solución sostenible de las controversias que tenga en cuenta las cuestiones de **género**".

Pues bien, a tenor de lo contenido en el hecho probado tercero de la sentencia se hace evidente que la actora ha sido víctima, al menos durante un año (desde abril 2017 y hasta la baja por IT iniciada el 5 de abril de 2018) de un acoso sexual grave y continuado perpetrado por el empleador y superior jerárquico de la trabajadora, Don Esteban , que se hace evidente a través de las actuaciones descritas en el propio relato fáctico que dio lugar a la condena penal del acosador como responsable de dos delitos de acoso sexual (a la actora y a otra trabajadora). A ello se suma el propio reconocimiento del empresario en el acta de conciliación de 17 de septiembre de 2018 ( autos 748/2018 del juzgado social nº 2 de Las Palmas), referida en el HP5º.

A la vista de estos datos habrá que concluir que la actora ha cumplido sobradamente con su obligación, satisfaciendo con holgura la carga de aportar algo más que un principio de prueba de la violencia que denuncia haber padecido, ya que las acciones son lo suficientemente claras y precisas como para revelar, de manera inequívoca, la vinculación causal existente entre aquellas acciones de acoso y la lesividad probada y vinculada a las mismas.

En base a lo anterior debe estimarse el recurso planteado por lo que respecta a la declaración de vulneración de los derechos fundamentales de la actora ( arts. 10.1, 14 y 15 de la CE), a tenor de lo previsto en el art.182 LRJS

## G)-INDEMNIZACIÓN REPARADORA DEL DAÑO MORAL. FACTOR PREVENTIVO Y DISUASORIO DE LA INDEMNIZACIÓN

La actora reclama en su demanda una indemnización por el daño moral derivado de la vulneración de los derechos fundamentales, con amparo en el art. 183 LRJS, que cuantifica en 150.000 euros. Se toma como parámetro de cuantificación la LISOS (art. 8.13 en relación al art. 40.1 c) de la LISOS).

La Doctrina ha definido el daño moral como el menoscabo o lesión no18 patrimonial provocado por el acto antijurídico. Por tanto, la noción de daño moral se desarrolla en base a dos presupuestos: la naturaleza del interés lesionado y la extrapatrimonialidad del bien jurídico afectado.

Debe estimarse la petición de indemnización reparadora del daño moral que se reclama, una vez constatadas las vulneraciones denunciadas, sobre lo cual se ha venido pronunciando positivamente el Tribunal Constitucional recordando en su Sentencia nº 247/2006 de 24 julio que:

"Al analizar la relación entre los pronunciamientos indemnizatorios y la efectiva reparación del derecho fundamental vulnerado, si bien es cierto que este Tribunal ha declarado que, en principio, la fijación de una u otra cuantía no es susceptible de convertirse en objeto de vulneración autónoma de los derechos fundamentales, no es menos cierto que también hemos declarado que "la Constitución protege los derechos fundamentales ... no en sentido teórico e ideal, sino como derechos reales y efectivos" ( STC 176/1988, de 4 de octubre , FJ 4). Así, los arts. 9.1, 1.1 y 53.2 CE impiden que la protección jurisdiccional de los derechos y libertades se convierta en "un acto meramente ritual o simbólico" ( STC 12/1994, de 17 de enero , FJ 6), lo que igualmente proclaman, en el ámbito propio del amparo constitucional, los arts. 1, 41 y 55 LOTC."

Ahora bien, debiendo cuantificarse el daño moral, surge el arduo problema de su ponderación económica. Y es que ya se indica en las sentencias del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 2015 y 29 de enero de 2013 ( Rec. 95/2014 y 89/2012) que el sujeto, con el daño moral, "sufre un daño psicológico que, con independencia de otras consecuencias que puedan depender de las condiciones personales del sujeto afectado, seda en todo caso, sin que sea factible a veces aportar prueba concreta del perjuicio sufrido y de su cuantificación monetaria, dada su índole".

Debe recordarse, además, que tal y como se preceptúa en el art.10 de la LOIEMH, las indemnizaciones reparadoras derivadas de actos discriminatorios por razón de sexo deben tener también un componente disuasorio y preventivo. En este caso, además, el acoso sexual practicado redunda en la obligación empresarial de prevención de riesgos, tal y como dijimos en nuestra Sentencia de 22 de marzo de 2021 (Rec. 779/2020).



En la misma línea, el art. 18 de la Directiva 2006/54 y el art. 30 del Convenio de Estambul, así como el 19 b) de la Recomendación nº 33 del Comité CEDAW.

La sentencia del Tribunal Constitucional nº 247/2006 de 24 de julio, abrió el camino en la difícil tarea de fijar indemnización reparadora del daño moral (pretium doloris), ante dificultad de objetivar económicamente lo incuantificable (el dolor). No obstante, en la citada sentencia se convalida como parámetro objetivo adecuado, la Ley de Infracciones y sanciones en el orden social 5/2000 (LISOS). Este mismo parámetro de cálculo ha sido ya utilizado por esta misma Sala en la Sentencia de 15 de diciembre de 2017 (. nº 1249/2017), entre otras.

Por tanto, se estima la utilización de la LISOS a los efectos de cuantificar la indemnización reparadora del daño moral.

El art. 8.13 de la LISOS califica de infracción muy grave: "El acoso sexual, cuando se produzca dentro del ámbito a que alcanzan las facultades de dirección empresarial, cualquiera que sea el sujeto activo de la misma".

Y de otro lado por lo que respecta a las cuantías de las sanciones, el redactado del art. 40.1 c) al momento de plantear la demanda preveía las siguientes sanciones (anteriores a la modificación de la Ley 10/2021 de 9 de julio):

"Las muy graves con multa, en su grado mínimo, de 6.251 a 25.000 euros; en su grado medio de 25.001 a 100.005 euros; y en su grado máximo de 100.006 euros a 187.515 euros".

A efectos de graduación, siguiendo las previsiones contenidas en el art. 39 de la LISOS, debemos tener en cuenta la gravedad del acoso sexual padecido por la actora destacando los siguientes datos:

-Duración del acoso: Un año, al menos, desde abril de 2017 y hasta el 5 de abril de 2018 (baja médica). (HP3º)

-Patologías: " DIRECCION000 con sintomatología ansiosa similar al DIRECCION001 . DIRECCION002 . Episodio depresivo de intensidad moderada" (HP7º).

-Baja médica de la actora desde el 5/4/2018 hasta el 25/10/2018 (más de seis meses), "como consecuencia de la tensión creada por la actuación del acusado" (Sentencia penal-HP3º).

-Acoso sexual múltiple. Debe tenerse presente, también, que el acoso sexual afectó no solo a la actora sino también a otra compañera de trabajo.

-Autoría del acoso. Reviste especial gravedad que el sujeto activo del acoso fuese el propio empresario a quien le correspondía vigilar y proteger la salud laboral de la trabajadora. No estamos ante un caso de falta de diligencia debida en la deuda de seguridad empresarial, sino ante una negligencia dolosa imputable a la propia persona del empleador.

Todo lo anterior nos lleva a graduar la cuantificación de la indemnización de acuerdo con la horquilla económica prevista en el grado máximo del art. 40.1 c) de la LISOS, considerando razonable y ajustada, la indemnización reclamada por la actora cuantificada en 150.000 euro. Esta indemnización se reconoce exclusivamente por el daño moral aparejado a la multivulneración de derechos fundamentales ( arts. 10.1, 14 y 15 de la CE), siendo, por tanto, compatible, sin solaparse, con la indemnización ya percibida por la actora por la pérdida de su trabajo ( art. 50.2 ET ET).

#### H)- RESPONSABILIDAD DE LA ENTIDAD ASEGURADORA

Procedemos a continuación a resolver sobre la cuestión de la responsabilidad de la Entidad aseguradora MAPFRE que mostró oposición a este respecto, esgrimiendo dos razonamientos, el primero es que no cabe la responsabilidad de la aseguradora en virtud del art. 19 de la LCS ("exceptio doli") al tratarse de una indemnización por hecho doloso (delito). Y el segundo es que no estamos ante una demanda de responsabilidad civil derivada de accidente de trabajo, por lo que quedaría fuera de la cobertura de la póliza.

Por lo que respecta al art. 19 de la LCS, establece: "el asegurador estará obligado al pago de la prestación, salvo en el supuesto de que el siniestro haya sido causado por mala fe del asegurado".

La jurisprudencia ha venido interpretando que en el concepto mala fe se incluye el dolo, pero su no asegurabilidad limita sus efectos en relación a la persona asegurada cuando la mala fe o el dolo deriva de la misma persona asegurada.

Efectivamente el seguro se caracteriza por la aletoriedad que se quebraría en los supuestos en los que el siniestro depende de la voluntad del asegurado. Pero no impide que la compañía aseguradora deba responder frente a los terceros perjudicados en el caso de que en el daño o perjuicio causado a los terceros sea debido a la conducta dolosa del asegurado.



En este caso, el asegurador dispone de la facultad de repetición contra el asegurado reconocida expresamente por el art. 76 de la LCS. Así lo indica la mencionada STS (Sala 2ª) de 29 de mayo de 1997 (RJ 1997/3637): "El art. 19 de la Ley de Contratos de Seguro, tiene su aplicación en las relaciones entre partes, pero no afecta al derecho indemnizatorio propio y autónomo de la víctima del siniestro".

De este modo, en el caso del seguro de responsabilidad civil, la jurisprudencia penal se ha inclinado más en tutelar los intereses de las personas perjudicadas partiendo de que los principios rectores de la institución aseguradora, no constituye tanto un medio de protección del patrimonio del asegurado como un instrumento de tutela de los "terceros perjudicados". En consecuencia, se trata de amparar a las víctimas frente al riesgo generado, dando cobertura a las indemnizaciones procedentes con independencia de que el evento generador del daño sea un ilícito civil o un ilícito penal, sea culposo o doloso, siempre que el daño se haya cometido con un vehículo de motor y con motivo de la circulación.

En esta línea, se han condenado a entidades aseguradoras por delitos de abusos sexuales, lesiones u homicidios cometidos por empleados de empresas que, a su vez, han sido condenadas como responsables civiles subsidiarias. Es el caso contemplado en la STS (Sala 2ª) de 17 de octubre de 2000 (RJ 2000/9152), en el que un socio trabajador de una cooperativa cuyo objeto era el cuidado de niños, fue condenado por un delito de abusos sexuales, condenando también como responsable civil subsidiaria a la cooperativa y a su compañía aseguradora como responsable civil directa. En la misma, la STS (Sala 2ª) de 11 de marzo de 2002 (RJ 2002/6891), en la que el director de un centro dependiente de una parroquia comete el mismo delito y es condenada, también, la entidad aseguradora de responsabilidad civil de la parroquia.

Las SSTs (Sala 2ª) de 22 de abril y 27 de mayo de 2002 (RJ 2002, 5454 y 7756), se refieren a delitos de lesiones cometidos por empleados de discotecas. El TS mantiene los mismos argumentos a los que nos hemos referido para condenar como responsables civiles a las aseguradoras que garantizaban la responsabilidad civil de estos establecimientos.

Y con el mismo criterio se ha pronunciado la Sala 1ª en la STS de 20 de julio de 2005 (RJ 2005/5099).

Aplicando la citada jurisprudencia al caso que nos ocupa debemos llegar a idéntica conclusión pues la mala fe o el dolo solo es viable a los efectos previstos en el art. 19 LCS cuando el seguro limita sus efectos al propio asegurado que incurre en dolo, pero no cuando estamos ante terceras personas perjudicadas, como es el caso de la actora. Se desestima esta excepción.

Para acabar y por lo que respecta a la oposición de la aseguradora que niega que estemos ante una indemnización civil derivada de accidente de trabajo, se desestima.

En primer lugar porque ha resultado probado en el procedimiento penal que el proceso de baja médica de la actora iniciado el 5/4/18 y que se prolongó hasta el 25/10/18 deriva directamente del acoso sexual perpetrado por el empleador (HP3º), y a ello se añade que tal acoso sexual se produjo "en el centro de trabajo" y durante "horario laboral", repitiéndose los actos de acoso "casi a diario" (HP3º), todo lo cual deja claro que el daño moral que reclama la actora en su demanda, deriva de una acción dolosa directa del empresario que no solo ha vulnerado sus derechos fundamentales sino, además, tiene una conectividad directa con el proceso de baja médica sufrido por la trabajadora que, con independencia de su tramitación formal, se corresponde con una contingencia de carácter profesional (accidente de trabajo), en aplicación nítida del art. 156 de la LGSS.

En palabras del Tribunal Constitucional en su Sentencia nº 161/2021 de 4 de octubre:

"el reconocimiento, respeto y protección de este mandato deba informar la legislación positiva y la práctica judicial ( art. 53.3 CE)- no puede quedar condicionada por requisitos formales como son el previo reconocimiento o declaración judicial o administrativa de una situación de incapacidad, lo que pugnaría, por un lado, con la exigencia constitucional de que la promoción de la **igualdad** del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas ( art. 9.2 CE)"

Por lo expuesto, procede la responsabilidad directa de la Compañía aseguradora codemandada, si bien con las limitaciones que constan en el contrato de seguro y que han resultado probadas en la sentencia de instancia (HP6º), en la que se fija un sublímite por víctima de 60.101'21 euros.

Por todo ello, se condena al empresario demandado y sujeto activo del acoso sexual, Don Esteban a abonar a la actora la cantidad de 89.898'79 euros y a la Compañía aseguradora MAPFRE ESPAÑA SA a abonarle la restante cantidad de 60.101'21 euros, del total de la indemnización de 150.000 euros reconocida.

CUARTO.- No procede la imposición de costas, en virtud de lo previsto en el art. 235 de la LRJS

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación.



## FALLAMOS

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto por D. Amparo frente la Sentencia nº 138/2021 de 3 de marzo de 2021 dictada por el Juzgado de lo Social nº 8 de Las Palmas de Gran Canaria, que revocamos y, estimando la demanda declaramos que el empresario demandado ha vulnerado los derechos fundamentales de la actora ( arts. 10.1, 14 y 15 CE), asimismo declaramos la nulidad radical de tal actuación y condenamos a Don Esteban a abonar a la actora una indemnización por daño moral ascendente a 89.898'79 euros, y a la Compañía aseguradora MAPFRE ESPAÑA SA otra cantidad ascendente a 60.101'21 euros, condenando a las demandadas a estar y pasar por las anteriores declaraciones . Sin costas.

Devuélvanse los autos originales al Juzgado de lo Social Nº 8 de Las Palmas de Gran Canaria, con testimonio de la presente una vez notificada y firme a las partes.

## ADVERTENCIAS LEGALES

Contra esta sentencia cabe Recurso de Casación para Unificación de doctrina, que se preparará por las partes o el Ministerio Fiscal por escrito ante esta Sala de lo Social dentro de los DIEZ DÍAS siguientes a la notificación de la sentencia de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 220 y 221 de la Ley 36/2011 de 11 de Octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social.

Para su admisión será indispensable que todo recurrente que no tenga la condición de trabajador o causahabiente suyo, o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social, y no goce del beneficio de justicia gratuita efectúe, dentro del plazo de preparación del recurso, el depósito de 600 € previsto en el artículo 229, con las excepciones previstas en el párrafo 4º, así como así como el importe de la condena, dentro del mismo plazo, según lo previsto en el artículo 230, presentando los correspondientes resguardos acreditativos de haberse ingresado en el BANCO DE SANTANDER c/c Las Palmas nº 3537/0000/66/1481/21 pudiéndose sustituir dicha consignación en metálico por el aseguramiento mediante aval bancario en el que se hará constar la responsabilidad solidaria del avalista, y que habrá de aportarse en el mismo plazo. Si la condena consistiere en constituir el capital-coste de una pensión de Seguridad Social, el ingreso de éste habrá de hacerlo en la Tesorería General de la Seguridad Social.

Para el supuesto de ingreso por transferencia bancaria, deberá realizarse la misma al siguiente número de cuenta:

IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274

Consignándose en el campo Beneficiario la Cuenta de la Sala y en Observaciones o Concepto de la Transferencia los 16 dígitos que corresponden al procedimiento.

Notifíquese la Sentencia a la Fiscalía de este Tribunal y líbrese testimonio para su unión al rollo de su razón, incorporándose original al Libro de Sentencias.

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