

## Monográfico.

# Nuevos fragmentos de «justicia resarcitoria» en el orden social: persistentes lagunas y antinomias

---

## Presentación

«Uno de los medios más eficaces para que las cosas no cambien nunca por dentro es renovarlas –o removerlas– constantemente por fuera. Por eso –decía mi maestro– los originales ahorcarían si pudieran a los novedosos, y los novedosos apedrean cuando pueden sañudamente a los originales»

«Nunca os aconsejaré el escepticismo cansino y melancólico de quienes piensan estar de vuelta de todo. Es la posición más falsa y más ingenuamente dogmática que puede adoptarse. Ya es mucho que vayamos a alguna parte. Estar de vuelta, ¡ni soñarlo...!»

*Juan de Mairena (sentencias, donaires, apuntes  
y recuerdos de un profesor apócrifo)*

1. La introducción del «principio de constitucionalidad» en el juicio valorativo cotidiano que exige, no solo teórica, sino prácticamente (arts. 9.1 y 24 [Constitución española](#) –CE–; art. 5 [Ley Orgánica del Poder Judicial](#)), la aplicación por los jueces y tribunales de la ley es una pieza crucial en la realización del ambicioso programa normativo de la Constitución, que lejos de favorecer el desbordamiento de la discrecionalidad del intérprete, como a menudo se le critica, le añadiría un «plus de sujeción al Derecho». Y ello por dos razones básicamente. Primera, porque acota el catálogo de interpretaciones legítimas, en virtud del principio hermenéutico de selección de aquella más favorable a la efectividad de los fines constitucionales, y en especial de la mayor eficacia práctica (garantía judicial del efecto útil) de los derechos fundamentales. Segunda, porque el deber de observancia constitucional hace más exigente el deber de razonar las decisiones judiciales, proscribiendo el decisionismo, tan «arraigado en los hábitos judiciales»<sup>1</sup>, bajo la cobertura formal del «prudente arbitrio».

---

<sup>1</sup> Vid. Andrés Ibáñez, P. (2004). Prólogo. En L. Ferrajoli, *Derecho y garantías. La ley del más débil* (p. 20). Madrid: Trotta.

En efecto, esta sujeción mayor del juez a la ley ya no sería, como en el viejo paradigma del Estado legal (y liberal) de Derecho, sujeción, acrítica e incondicionada, a su letra, sino que impone el deber de interpretación siempre conforme a la Constitución, en general, y de forma muy particular a las garantías de los derechos fundamentales que reconoce. La función judicial *ex* artículo 24 de la CE se concibe esencialmente, pues, no como «boca de la ley», sino como garantía de efectividad de los derechos fundamentales de la persona. Precisamente, y para mantenernos siempre en un plano de estricta concreción normativa y práctica, el artículo 183 de la *Ley reguladora de la jurisdicción social* –LRJS– quiso reflejar esta concepción de la función judicial como sistema de actualización práctica de las garantías de efectividad de los derechos fundamentales en relación con las técnicas de justicia resarcitoria o garantías de resarcimiento de los daños y perjuicios causados, en virtud de incumplimientos en el ámbito de las relaciones laborales de las normas que los protegen, a los trabajadores. Por eso, no solo incluyó la reparación dentro de la tutela judicial efectiva, sino que estableció cuatro clarísimos mandatos a los jueces –en general a los operadores jurídicos–:

- a) La reparación de los daños por lesión de derechos fundamentales debe facilitarse, más cuanto más difícil sea su cuantificación, hasta el punto de presumirse la automaticidad del daño moral, remitiendo al juez la función de cuantificación razonada.
- b) La reparación ha de ser íntegra, de modo que no quede ningún daño ni perjuicio sin la tutela indemnizatoria debida.
- c) La cuantificación deberá razonarse, en todo caso, atendiendo a la naturaleza y entidad de cada tipo de daño y concepto perjudicial (principio de vertebración). Así se deduce de la diferenciación de actitudes del juez en la cuantificación según el tipo de daño.
- d) En todo caso, la cuantificación no solo debe incorporar la función reparadora del daño en su integridad, sino que ha de cumplir una función preventiva del mismo (función de disuasión indemnizatoria).

Pues bien, ninguno de esos cuatro mandatos parece estar cumpliéndose plenamente en la práctica jurídica del orden social, que sigue apareciendo notablemente «viciada», porque persistirían las lagunas y las contradicciones entre los mandatos normativos (constitucional y legal) y la realidad empírica de la actividad jurisdiccional. Por eso, no es la primera vez, ni será la última, que estimemos tan oportuno como necesario recoger los principales «fragmentos» o «momentos», cada cierto tiempo, en que se concreta esa «justicia resarcitoria» en el orden social, a fin de evidenciar sus, aún pocos y lentos, avances, y desvelar, crítica pero siempre constructivamente, sus, todavía excesivas, resistencias. La actualidad judicial de estos meses nos deja muchos ejemplos de esta tensión o conflicto entre la función de progreso judicial y su función conservadora.

2. Piénsese, por ejemplo, que en el campo que debería ser más fructífero para una mayor modernización de la justicia resarcitoria en el orden social de la jurisdicción, el relativo a los daños profesionales a causa de los incumplimientos empresariales de deberes preventivos, con la con-

siguiente violación de los derechos fundamentales del artículo 15 de la CE en relación con el artículo 14 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, las deficiencias siguen acumulándose, sin corregirse prácticamente ninguna. En este sentido, es una convicción científica muy extendida la del insuficiente conocimiento del criterio más objetivado, aunque no único ni exclusivo, de cuantificación del que disponemos: el nuevo «baremo de daños corporales debidos a accidentes viales». Aunque la jurisprudencia social asume su aplicabilidad, a título orientativo, la práctica judicial mayoritaria sigue anclada en el viejo, lo que no solo resultaría incoherente con la evolución legislativa, sino que mantiene a este orden en situación de claro retraso resarcitorio respecto del civil.

Así lo evidenciarían algunos casos especialmente relevantes, como el asunto *Spanair* (STS 833/2017, de 24 de octubre). Por eso, este monográfico incorpora un exhaustivo estudio del mismo, a cargo de una magistrada especialista en la materia, que nos servirá para detallar las fallas de la tutela resarcitoria en el orden social, en especial atendiendo a la suerte dispar de esta misma pretensión sobre idéntico accidente en el orden civil, con resultados diversos y que parece perpetuar ese denunciado retraso de la justicia resarcitoria laboral en la evolución del «Derecho de Daños» a la persona. Por fortuna, otros asuntos recientes, incluso en relación con daños profesionales de diferente índole, como los psicosociales, nos reconcilian con doctrinas, inicialmente de instancia y/o de suplicación, que parecen ofrecer mayores expectativas para la evolución y la apertura a esa ya urgente renovación. Otro reconocido magistrado y un abogado en este especializado y técnico campo jurídico-social nos dan cuenta de algunos de esos avances, una vez más, tratando de buscar el, difícil, equilibrio entre sus aspectos de mejora y aquellos que todavía se resisten al perfeccionamiento, técnico y de política jurídica, del «Derecho Social de Daños» a la persona del trabajador.

**3.** ¿Y qué decir del daño (moral) discriminatorio por razón de sexo? Pues lo que venimos lamentando desde hace tiempo: la magistratura social española sigue infravalorando ese daño. Si esta deficiencia de la práctica judicial resarcitoria social doblemente viciada (hace lagunoso el sistema y hace crónicas sus contradicciones) resulta inasumible desde hace tiempo, hoy nos debería resultar más urgente de corrección. Estamos viviendo una renovada etapa de lucha por el derecho antidiscriminatorio por razón de sexo, conforme evidencia la más activada realidad de nuestros días. Sin embargo, en materia de garantías indemnizatorias, plenas y disuasorias, seguimos, dicho sea con cierta carga irónica y metafórica, «en pañales».

Pese a que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) nos ha vuelto a reprochar la poca protección preventiva que el Derecho español ofrece frente al plus de riesgo discriminatorio que padecen las mujeres en el mercado de trabajo español, en especial, pero no solo, si deciden ser madres (*asunto Porras Guisado*), lo cierto es que la jurisprudencia social interna sigue dando la espalda a una garantía realmente efectiva frente a aquel, como podrían ser, entre otras, las indemnizaciones disuasorias, además de íntegramente reparadoras de todos los daños asociados a la discriminación. Aquí traeremos a colación todas estas deficiencias a propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de noviembre de 2017 (rec. 3657/2015). Las deficiencias, conceptuales, normativas y, por supuesto, prácticas están a la orden del día, de modo que incluso aquellas sentencias que parecen nimbarse con el aura de «sentencia ejemplar» terminan reproduciendo los vicios y deficiencias de la tradición.

Sería el caso de la muy mediática [Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía/Málaga de 14 de febrero de 2018 \(rec. 2089/2017\)](#). En ella, como se sabe, se ha puesto coto a la discriminación salarial sufrida por una trabajadora respecto de sus compañeros, obligando a la empresa a corregir esa «brecha salarial de género» y condenándola no solo a reintegrar lo debido (diferencia salarial), sino a pagar una importante indemnización de daños morales. Pero, además de que, lamentablemente y como sucede más de una vez, la trabajadora está despedida (en el relato de hechos no se aclara la suerte judicial de esta situación), la sentencia «confunde», a mi juicio incomprensiblemente, el criterio propio de la cuantificación del daño moral por discriminación de sexo y el del daño patrimonial.

Por eso, aunque adiciona una indemnización de 35.000 euros por daño moral, que considera ahora ya automático por la sola vulneración –con lo que adquiere vigencia el art. 183 LRJS y la última jurisprudencia social que la interpreta en tal sentido, como aquí se recordará–, cae en el error de utilizar como criterio la diferencia retributiva, sin duda por estricto criterio de comodidad de juicio, alejándose de la referida función constitucional de efectividad de la tutela judicial del derecho fundamental. Y lo peor es que a la sala de suplicación malagueña –que había distinguido, con buen criterio, en teoría ambos daños, traicionándolo en la práctica– ese criterio le parecerá «lógico y razonable»:

(...) habiendo declarado (...) la vulneración del derecho (...), debe fijarse necesariamente una indemnización por los daños morales (...), indemnización que la sentencia de instancia fija en la cuantía de 35.000 €, teniendo en cuenta las diferencias entre los salarios percibidos por la actora y los que le hubiera correspondido percibir en el caso de que no hubiese existido la referida discriminación por razón de sexo, criterio que esta Sala considera lógico y razonable, ya que viene a compensar a la actora por los perjuicios económicos (...)

En fin, siempre con el debido respeto, la sala parece ignorar que «la lógica, al igual que los valores que le atribuye la dogmática positivista y en contra de lo predicado por esta, no forma parte de la realidad empírica del derecho» (Perfecto Andrés Ibañez; *vid.* nota 1). Por lo tanto, la referencia lógica que presupone no solo no sería tal (poca lógica hay en fijar como daño moral lo que se considera como daño económico), sino que deja en la práctica desprotegido su deber de fijar la indemnización también en función disuasoria *ex* artículo 183 de la LRJS. En consecuencia, el juicio positivo que merece su fondo exige añadir un juicio crítico por lo viciado de su razonar la indemnización, contradiciendo claramente la lógica y la justicia resarcitorias.

4. Ciertamente, no es el único ni, lamentablemente, será el último. Estas contradicciones entre la teoría normativa exhibida por la práctica judicial, orientada a garantizar los derechos más frecuentemente lesionados y sus resultados empíricos, reales, ofrecen un abanico de casos sin fin. Esta presentación sí debe tenerlo. Por eso bastará con referir dos sentencias calificadas de «ejemplares», altamente difundidas y muy bien valoradas, por una parte, claro (abogacía de los trabajadores), por la otra muy criticadas (abogacía de empresa), que incurrir en el mismo error y vicio, a

mi entender. De un lado, repárese ahora en la esperada [Sentencia del Juzgado de lo Social, núm. 1, de Cuenca, 171/2018, de 7 de marzo](#), dictada en respuesta a la [Sentencia del TJUE de 18 de enero de 2018, C-270/16, asunto Ruiz Conejero](#).

En ella se declara la nulidad del despido por discriminación indirecta, sufrido por un trabajador con discapacidad, a raíz del agravamiento de sus dolencias por obesidad mórbida, al entender que el [artículo 52 d\) del Estatuto de los Trabajadores](#) no excluye del umbral de faltas computables para el absentismo sancionable las derivadas de esas dolencias. No es esta la cuestión que aquí interesa analizar, que será objeto de análisis detallado en el próximo número. Aquí es relevante resaltar que, al igual que la sala de suplicación malagueña apenas referida –e igualmente sin la debida cita de la jurisprudencia social reciente que así lo asevera, prefiriendo citar doctrinas de suplicación muy antiguas y precedentes a la nueva jurisprudencia social–, presume la existencia de daño moral discriminatorio, ahora por razón de discapacidad. Sin embargo, aplicando el recurrente criterio de la «soberanía judicial» o su absoluta discrecionalidad, valorará que, atendiendo a la falta de intencionalidad lesiva, solo procederá 1 euro de indemnización por el daño moral:

(...) ya que (...) se presume ante la violación (...) pero al no concurrir la intencionalidad del empleador (...), y estando facultado el órgano judicial, de forma soberana, para cifrar el daño moral con arreglo a su prudente arbitrio, atendidas las circunstancias del caso, se cuantifica la cantidad económica a satisfacer por dichos daños morales efectivamente causados en la simbólica cuantía de 1 €. (Fundamento jurídico sexto).

Como en el caso anterior, pero centuplicado, me parece que el razonamiento no solo es ilógico (incoherente entre la constatación de una violación del derecho fundamental y la fijación de una cantidad no ya solo simbólica, sino incluso ridícula), sino contrario a la ley y al Derecho, cuyo sentido práctico no puede ser vaciado apelando a un inexistente poder jurídico de decisión judicial soberana. Sin ánimo alguno de frivolarizar, sino tan solo de ironizar en lo que entiendo es un craso error del juez, que reduce a una tutela simbólica indemnizatoria lo que debió ser una tutela disuasoria por la indemnización *ex* artículo 183 de la [LRJS](#) en relación con el artículo 24 de la [CE](#), la decisión del juez de instancia con quense no está muy lejos de la previsión inicial de la Sala Civil para el «Caso Preysler» (reparación de la violación de su derecho a la privacidad porque la prensa rosa difundió unas «pequeñas arruguitas» que le habían salido a la famosa) y que, tras un atormentado proceso –que seguro aquí no se dará–, terminó con la condena del Tribunal Constitucional al Tribunal Supremo y la de este al Constitucional –indemnización de 500 €, a pagar por toda la ciudadanía–.

Precisamente, y es el segundo y último ejemplo que traigo de injusticia resarcitoria en el orden social, no ha merecido indemnización alguna al orden social la violación de derechos de privacidad del trabajador a la [Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, 25/2018, de 12 de enero](#). En este caso, pese a que se comprueba la violación del derecho fundamental a la vida privada del trabajador *ex* artículo 18 de la [CE](#), anulando por esa causa la prueba de los incumplimientos contractuales del trabajador y que le valieron el despido, inicialmente

declarado procedente por la instancia social, ni cabe la declaración de nulidad del despido ni se plantea indemnización alguna por la violación de este derecho fundamental. Una vez más, y al margen de la cuestión de fondo –que ya mereció un largo análisis en el [monográfico de febrero](#)–, el tribunal de suplicación social deja huérfana de toda tutela resarcitoria, por tanto nada íntegra, cuanto menos disuasoria, la violación expresa del derecho, limitándose la tutela resarcitoria a la tradicional: la indemnización tasada por el despido improcedente.

Más allá del caso concreto, objeto de un profundo y crítico [análisis](#) por otro magistrado bien conocido de los lectores y gran especialista también en la materia, con un criterio contrario, exhibido ya por la sala vasca de suplicación social hace años, estamos, por enésima vez, ante una buena oportunidad para poner de relieve la deficiencia profunda jurídica con la que iniciábamos esta presentación, que aquí llega a su fin, por el momento. En efecto, si nadie en su sano juicio osaría negar que la jurisdicción social hace una intensa gala de aceptación de su deber de interpretación de las leyes vigentes conforme a la Constitución –aunque ahora el centro de interés esté en los niveles internacionales europeos, TJUE y Tribunal Europeo de Derechos Humanos–, tomando clara conciencia de su normatividad positiva de sus imperativos, la práctica sigue evidenciando lo viciado de la experiencia en ciertos ámbitos, como en el de la (in)justicia resarcitoria.

Cristóbal Molina Navarrete

Director

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la  
Seguridad Social. Universidad de Jaén