

Presentación

En busca de un Derecho Social de Daños justo y eficiente: Persistentes injusticias resarcitorias de los daños a la persona

En el estado actual del ordenamiento jurídico, en el que la Constitución –y hoy el Derecho Comunitario, habría que añadir– asume una posición preeminente, el «daño extra-patrimonial» no puede seguir siendo identificado únicamente ni con el daño a la integridad psicofísica (daño biológico o a la salud) ni con el daño moral subjetivo (sufrimiento contingente y turbación pasajera del ánimo). Además, debe incluir el resarcimiento de todos los valores de la persona constitucionalmente protegidos sin que quepa restricción a etiquetas, más o menos fantásticas o creativas (daños existenciales, daños relacionales, pérdidas de oportunidad, etc.), ni tasar su quantum de forma apriorística, pues siempre resulta necesario un juicio de equidad resarcitoria.

Casación Civil Italiana. SS 8828 y 8827/31 de mayo de 2003

1. Frente al intenso dinamismo que el «Derecho de Daños» ha desplegado en los últimos años en el Derecho de los Contratos (la [STS, Sala 4.^a, de 2 de febrero de 2015, rec. núm. 279/2013](#), hace una tangencial referencia a esta apertura), dejando emerger conceptos y principios evolutivos, en especial en el ámbito del «daño extra-patrimonial», el Derecho del Trabajo sigue adoleciendo de un extremado raquitismo y una excesiva obsolescencia de sus sistemas resarcitorios de este tipo de daños. Estas persistentes debilidades del que podría llamarse «Derecho Social de Daños Personales», hoy *in fieri*, en plena reconstrucción, tienen hondas raíces. Del lado del trabajador, los diversos sistemas de responsabilidad objetiva (en relación con los daños derivados del contrato de trabajo, desde los estrictamente laborales –daños ocupacionales–, hasta los daños a la salud –daños profesionales–) tienen la ventaja de eximir de las complicadas obligaciones de prueba del daño y de su imputabilidad subjetiva, facilitando un cobro seguro y rápido, sin complejos y dilatados procesos. Del lado del interés empresarial, las diversas limitaciones cuantitativas que se asocian a tales sistemas (tasación de las indemnizaciones de despido; carácter tarifario de la prestación de seguridad social; el más moderno sistema de valoración asentado en «Baremos») favorecen la reducción –o ajuste– de los costes. Por lo tanto, aun alejándose del viejo sistema de inmunidad (prohibición de acciones de resarcimiento civil adicional), sí haría más previsible y rentable su gestión. La [STSJ de Madrid 291/2017, de 24 de marzo, rec. núm. 51/2017](#), de forma más estéril o erudita que efectiva, sintetiza bien esta evolución para el ámbito de los accidentes –y enfermedades– laborales.

Consecuentemente, tan arraigada tradición habría dejado profundas secuelas, en las leyes y en la experiencia forense. Las primeras han venido ofreciendo «pobrísimas armas» a los opera-

dores jurídicos para una actualización a la altura de los tiempos. La segunda porque habría mantenido su falta de adiestramiento sea en la identificación de los «tipos de daños» y «conceptos perjudiciales» asociados a aquellos (la distinción, con sólida base doctrinal, ha sido asumida por la [Ley 35/2015](#), relativa al sistema de valoración-baremo para los daños derivados de la seguridad vial) sea, todavía más, en su cuantificación, particularmente de los daños no patrimoniales (daños morales subjetivos, daño a la salud o biológico; daños a la vida de relación normal o daño existencial, etc.). La ausencia de métodos objetivados específicos de valoración (tipo «baremo» o tipo «guía judicial») agravarían estas deficiencias. Se consuma, así, el favor por la valoración conjunta y prudencialmente cicatera del daño extra-patrimonial.

2. Por supuesto, nuestro ordenamiento jurídico-laboral de «daños extra-patrimoniales» no ha permanecido inmóvil en este tiempo, aunque en el ámbito más conocido y relevante en la práctica, el de la siniestralidad laboral, esa presencia de viejas reglas e instituciones (como el recargo de prestaciones de Seguridad Social) resulte más visible, y sin que ni la renovación que marcó la [LPRL](#) ni la que derivó de la [LRJS](#) haya sido suficiente, hasta el momento. Ciertamente, ni las leyes (Derecho legislado) ni la experiencia jurisprudencial (Derecho viviente) permanecen estáticas, como podrá comprobarse en los diversos «Diálogos» que, elaborados por reconocidos especialistas, de la judicatura y de la abogacía, así como de la doctrina científica, conforman este monográfico. Hace una década (julio de 2007), podría legítimamente concluirse que esta rama del Derecho del Trabajo ofrecía la imagen de un edificio en ruinas, caótico, sea en (1) el ámbito de los daños profesionales (resarcimiento por los daños a la salud laboral) sea en el de (2) los daños asociados a la lesión de –otros (todo siniestro laboral viola la integridad de las personas *ex art. 15 CE*)– derechos fundamentales; e incluso hace apenas media década (2012-2013), esta conclusión podría mantenerse, aunque algo más atemperada. No obstante, desde 2011, resultaría injusto sostener ese calificativo sin más, siendo más certero y honesto científicamente, también realista, constatar el proceso activado de renovación, haciendo más propicia la imagen de edificio en reconstrucción.

Al respecto, conviene dejar breve constancia de las cuatro principales referencias que promovieron tal proceso evolutivo, inacabado –seguro, inacabable–. La primera, en el plano jurisprudencial, fue la rectificación impulsada, en torno al modo de operar la doctrina, de la *compensatio lucri cum damno* (compensación de los daños con las prestaciones de seguridad social recibidas), por la jurisprudencia de las «dos sentencias gemelas» de 17 de julio de 2007 (su importancia se recoge en sugerente [análisis](#) de la [STS de 2 de marzo de 2016](#), [rec. núm. 3959/2014](#), con un completo cuadro de precedentes y secuelas). Una jurisprudencia que, si bien para los daños a la seguridad y salud en el trabajo (daños profesionales), llamaba por fin la atención sobre la inclusión, como condición necesaria de la efectividad de la tutela judicial, de un razonamiento desagregado o vertebrado de todos los daños y conceptos perjudiciales en juego. Lamentablemente, como verán los lectores en cada uno de los «Diálogos» sobre el «estado del arte jurisprudencial» en materia de resarcimiento de daños personales o extra-patrimoniales, ese principio ha quedado relegado al ámbito de los daños profesionales, sin colonizar el propio de los daños asociados a la lesión de los demás derechos fundamentales.

Precisamente, el segundo hito jurídico-evolutivo, también del lado jurisprudencial, se produjo en 2011, cuando la jurisprudencia social abandonó definitivamente el vestigio, todavía presente en nuestro sistema jurídico-indemnizatorio por aquel entonces, de la prohibición de acumular acciones civiles adicionales a las típicas de reclamación de indemnizaciones laborales (despido, acción resolutoria, modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, etc.), muy en especial respecto de los despidos nulos y de las extinciones causales *ex artículo 50 del ET* (dimisiones provocadas o despidos indirectos). Aunque permaneció minoritaria la corriente que entendió que la indemnización de ruptura *ex artículo 50 del ET* solo refería a los daños ocupacionales, esto es, por pérdida de empleo, legitimándose una acción de reclamación del resto de daños –a la salud de la persona, daños morales...–, lo cierto es que, constatada una lesión de un derecho o de una libertad fundamental de los trabajadores, se derivaría la posibilidad de exigir esa acción de indemnización adicional, incrementando el coste de esas gestiones empresariales antijurídicas, a fin no solo de una mayor justicia resarcitoria sino de alentar medidas disuasorias contra ellas. La actual realidad confirma este cambio, para unos expresivo de una apertura peligrosa a usos resarcitorios oportunistas o alimentadora de «riesgos morales», para otros una coherente exigencia derivada de la preeminencia de los derechos fundamentales y la imposibilidad de tasación legal predeterminada de los daños derivados de sus violaciones. Sea como fuere, resulta una práctica consolidada, tenga éxito (minoría) o no (la mayoría)¹.

Sin duda, a esa consolidación en la experiencia forense de acciones de daños añadidas a las laborales para un plus indemnizatorio ayudó claramente el tercer hito en el cambio, la nueva *Ley Reguladora de la Jurisdicción Social* (LRJS). Su entrada en vigor (2012) supuso, tanto respecto de este aspecto (la exportación acumulativa de la acción propia de daños asociados a violaciones de derechos fundamentales) como del más relevante aún, el relativo al doble (nuevo) principio de resarcimiento íntegro de todos los daños y de su efecto disuasorio o preventivo (art. 183 LRJS), un gran revulsivo del sistema indemnizatorio. En cierto modo, también llamaba a la vertebración, al diferenciar la prueba según el tipo de daño.

Su impacto, sin embargo, no fue inmediato. Así, de un lado, hubo que esperar dos años para que la jurisprudencia social se sintiera concernida por algunos de esos cambios legales –en

¹ Si lo tuvo, por ejemplo, en la *STSJ de Castilla y León/Burgos, de 16 de marzo de 2016, rec. núm. 159/2016* (10.000 € por daños derivados de acoso moral en el trabajo), declarada firme por *ATS de 21 marzo de 2017, RCUUD 1814/2016*. O también en la *STSJ de Andalucía/Málaga, de 22 de octubre de 2015, rec. núm. 1163/2015* (en un caso de modificaciones sustanciales de trabajo, aunque pidió casi 10.000 €), se reconoció el derecho de la trabajadora a ser repuesta en sus anteriores condiciones de trabajo condenando a la empresa a abonar a la actora una indemnización de 1.500 euros por los daños morales producidos (firme por *ATS de 14 de marzo de 2017, RCUUD 178/2016*). En cambio, no hubo éxito en la *STSJ de Asturias 825/2017, 30 de marzo, rec. núm. 412/2017*: reconoce el incumplimiento de derechos básicos del trabajador (vacaciones, pago puntual de salarios, impago de complementos por IT), pero no que haya una situación de estrés laboral sancionable. Tampoco para la *STSJ de Murcia 280/2017, de 15 de marzo, rec. núm. 885/2016* (un vigilante de seguridad reclama por modificación sustancial de condiciones de trabajo por represalia, con lo que adiciona la indemnización de daños morales; le es denegada). La deniega también la *STSJ de Galicia, 1399/2017, de 9 de marzo*, etc.

algún caso verdaderamente innovador, e incluso «revolucionario» respecto del clásico Derecho de Daños—. Así sucedería con la superación de la doctrina jurisprudencial que exigía una rígida prueba del daño moral derivado de la lesión de un derecho fundamental y que persistió, por la convalidación constitucional, hasta —y sería el cuarto hito jurídico de evolución del sistema reparador en materia de daños derivados de lesiones de derechos fundamentales— la [STS de 17 de diciembre de 2013, rec. núm. 109/2012](#) (aún la [STS de 15 de abril de 2013, rec. núm. 1114/2012](#), mantenía la vieja doctrina). Aunque la doctrina posterior avanza en esa superación (SSTS de [2 de febrero de 2015, rec. núm. 279/2013](#); [26 de abril de 2016, rec. núm. 113/2015](#), y [ATS de 4 de abril de 2017, RCU 3148/2016](#)), todavía no clarifica si vuelve a su prístina doctrina de la automaticidad del daño moral —constatada la lesión del derecho fundamental, el daño moral debe presumirse, desplazándose la cuestión solo a la cuantificación—. De ahí que se perpetúen las diferencias en los criterios evidenciados por las doctrinas de suplicación².

3. De otro lado, habrá que esperar más, *ad calendas graecas*, para el mandato de la disposición final quinta de la [LRJS](#). Como es conocido, ordenaba al Gobierno elaborar un «sistema de valoración-baremo» específico para los daños profesionales, a fin de mejorar la reparación «civil» (por su técnica jurídica; la materia y orden competente es social, como dejó claro la [LRJS](#) y terminó por asumir la voraz Sala Civil: [STS, Sala 1.ª, 639/2015, de 3 de diciembre](#)). El mandato caducó, y si bien hubo oportunidad de renovarlo con la [Ley 35/2015](#), que estableció uno análogo para elaborar un sistema-baremo de daños derivados de los errores médico-sanitarios, aquel no se actualizó. Por lo tanto, la situación sigue como estaba antes, manteniéndose, e incluso agudizándose, las muchas dudas y contradicciones arrastradas en la vigencia —orientativa, que no arbitraria— del anterior Baremo vial (autonomía del daño moral, vertebración de daños, etc.).

Consecuentemente, la aplicación del innovado sistema de valoración-baremo, emerge al primer plano de la escena. De ahí el gran interés de los «Diálogos» al respecto de los abogados, especialistas exitosos en el foro, [Juan Ignacio MARCOS](#) y [Javier LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA](#).

La disputa está abierta. Así lo pondría de relieve la doctrina judicial de suplicación que, cierto no mayoritaria, pero relevante, pone en cuestión la utilidad de acudir, para estos casos, al otro «sistema de valoración» en litigio para orientar la prudencialmente soberana facultad del juez: el sancionador ([LISOS](#)). Una interesante crítica de la opción mayoritaria puede leerse en la sugerente, por más de un concepto (p. ej., respecto del juego de la compensación de culpas en un caso en el que la muerte por exposición al amianto, ese «silencioso homicida en serie», se cruza e interactúa con otro «no menos peligroso homicida en serie», el tabaquismo), [STSJ de Galicia 1481/2017, de 20 de marzo](#). En ella se reparte a partes iguales las culpas (tabaquismo y asbestosis),

² No hay presunción, p. ej., para la [STSJ de Valencia de 9 de febrero de 2016, rec. núm. 3360/2015](#) (firme por [ATS de 20 de abril de 2017, RCU 2183/2016](#)). Tampoco para la [STSJ de Extremadura 201/2017, de 31 de marzo](#) (que declara el despido nulo por represalia —como reacción a reclamaciones extrajudiciales—, pero no la indemnización adicional solicitada). Sí, para la [STJS de Madrid de 15 de julio de 2016, rec. núm. 440/2016](#) (firme por el citado [ATS de 4 de abril de 2017](#)).

dividiendo, como Salomón, la cuantía correspondiente en virtud del Baremo vial. Precisamente, esta «contaminación social en serie» por agentes –químicos– del desarrollo ha levantado voces contra las insuficiencias, en todo caso, del sistema de responsabilidad «civil», por íntegramente reparador que fuese, para solicitar –siguiendo la experiencia francesa– un sistema socializado de reparación, esto es, un Fondo de Compensación o de Solidaridad para las víctimas del amianto.

4. Pero si el nuclear sistema de reparación de daños profesionales mantiene importantes incertidumbres y obsolescencias (a la problemática aplicativa del nuevo sistema de valoración-baremo hay que sumar la siempre polémica dinámica del recargo de prestaciones de la Seguridad Social, tan resistente como caótico en su aplicación por una bamboleante jurisprudencia), tampoco termina de culminarse la evolución del otro sistema resarcitorio neurálgico, el de daños extra-patrimoniales o personales (no solo morales) por la lesión de los derechos fundamentales del trabajador³. Al respecto, nuevas cuestiones surgen, sin que la evolución actuada esté dando una correcta solución, pesando más las inercias del pasado. Así, emerge la necesidad de reparar daños a la personalidad derivados de lesiones de derechos fundamentales poco usuales en nuestro ámbito, como sería la libertad religiosa (por eso recomendamos vivamente la lectura con fruición del «Diálogo» entablado por el magistrado especialista de la sala vasca social de suplicación, [Juan Carlos BENITO BUTRÓN](#) con la [Sentencia del Juzgado de lo Social de Palma de Mallorca](#)). O las nuevas situaciones que asume la reparación íntegra de daños a la salud psicosocial por incumplimientos de deberes preventivos, sin concretarse en acoso, bastando el estrés ([STSJ del País Vasco de 22 de marzo de 2016, rec. núm. 392/2016](#); firme por [ATS de 14 de marzo de 2017, RCU 1860/2016](#)); e incluso el reconocimiento de la acción de daños extra-patrimoniales a las nuevas situaciones de nulidad de despido creadas por las primeras aplicaciones ([SJS n.º 33 de Barcelona, de 23 de diciembre de 2016](#); [STSJ de Castilla-León/Valladolid, de 2 de julio de 2015, rec. núm. 796/2015](#), firme por [STS 314/2017, de 6 de abril](#)) de la teoría de las enfermedades asimilables a la discapacidad, tras los últimos pronunciamientos del TJUE.

Sin embargo, el problema de las persistentes deficiencias aplicativas del nuevo sistema de justicia resarcitoria por daños asociados a la violación de derechos fundamentales es mayor y afecta al entero sistema. Así lo evidenciaría la pertinaz dificultad de resolver eficazmente las demandas de justicia resarcitoria respecto de los derechos fundamentales más clásicos y más experimentados (libertad sindical, prohibición de discriminación, etc.). La causa de la persistencia estaría, a mi juicio, en que, a día de hoy, existe una profundísima, e inasumible, contradicción (antinomía) entre las nuevas bases generales (plano teórico o juicio de principios) del régimen indemnizatorio de los daños asociados a la lesión de derechos fundamentales, muy profundamente renovadas respecto del pasado –aunque permanezcan aspectos deficitarios, incluso algunos errados–, y la concreta aplicación práctica de las mismas (plano de la experiencia concreta del mundo de la

³ Para el empleador *vid.* [SAN 220/2015, 18 de diciembre](#) (aunque fue desestimatoria, no descarta la posibilidad práctica de una acción de este tipo, en especial respecto de las críticas desmesuradas o injuriosas de los representantes de los trabajadores).

vida laboral real). Así, frente a ese pasado no tan lejano –como acabamos de reseñar–, que hacía más hincapié en los principios de justicia rogada (sin petición y prueba del daño por la parte no hay indemnización, ni siquiera de daños extra-patrimoniales asociados a lesiones de derechos fundamentales) y de limitación de las indemnizaciones (mayor preocupación por no hacer de la indemnización un instrumento de enriquecimiento injusto; estricta proporcionalidad de las indemnizaciones; *compensatio lucri cum damno*, etc.), hoy se asumen los siguientes principios:

- a) *La indemnización de daños integra el deber de restablecimiento integral del derecho o libertad vulnerados*. Por lo tanto, el daño moral es inherente a dicha vulneración, por lo que el juez deberá pronunciarse siempre ([STS de 12 de julio de 2016, rec. núm. 361/2014](#)).
- b) La identificación de los daños a la esfera extra-patrimonial de la persona (trabajadores o sindicatos) asociados a la violación del derecho fundamental en juego no requiere una prueba precisa de los mismos, sino que puede bastar con la prueba de los hechos, cuando atendiendo a su entidad (intensidad y duración) y características cabe derivarlos de ellos, como sería el caso de los daños psicosociales ([STC 247/2006](#))⁴.
- c) Este deber judicial de pronunciarse necesariamente sobre la cuantía indemnizatoria en tales casos debe orientarse por diversos principios jurídicos, en especial, tanto por el de «*suficiencia de la reparación*» para que esta resulte íntegra, respecto del conjunto de los daños (el principio de suficiencia de la reparación solo tiene sentido al servicio de la función de reparación íntegra, sin que sea válido un nivel inferior), cuanto por el de «*prevención disuasoria a futuro*» de análogos daños ([STS 22/2017, de 11 de enero, FJ 9.º](#)).
- d) Esta protección indemnizatoria frente a los daños extra-patrimoniales o personales es *de orden público*, al existir un interés general a su resarcimiento, como probaría el que el Ministerio Fiscal, que será siempre parte en estos procesos de defensa de derechos fundamentales, tenga expresamente atribuida la *función de velar especialmente por la integridad de la reparación de las víctimas* ex artículos 177.3 y 240.4 de la LRJS ([STS 22/2017, de 11 de enero, FJ 9.º, punto 2, letra e](#)).
- e) *El juez (de instancia) es soberano en la determinación o valoración del daño* ([STS 22/2017, de 11 de enero, FJ 9.º, punto 4](#)), recurriendo al prudente arbitrio cuando el daño resulte de difícil valoración objetiva (siempre con los daños morales). Ahora bien, no es posible interpretar esa atribución de funciones ni con la discrecionalidad judicial ni mucho menos con la arbitrariedad, pues es un imperativo de la efectividad del derecho fundamental a la tutela judicial que sea una valoración fundamentada, según *el principio de valoración vertebrada del conjunto de daños asociados a la vulneración del derecho fundamental en juego*. Este principio de método de valora-

⁴ No se corrige de nuevo la posición jurisprudencial, manteniendo la doctrina de la no automaticidad del daño por lesión de derecho fundamental, pero sí se abre paso la doctrina de la prueba indiciaria. *Cfr.* [STS de 18 de julio de 2012, rec. núm. 126/2011](#).

ción resarcitoria, reconocido expresamente en el sistema de valoración de los daños por accidentes de circulación vial, tiene un valor general, por cuanto la doctrina constitucional lo exige como reflejo de la garantía de efectividad de la tutela (SSTS de 17 de julio de 2007, recs. núms. 4367/2005 y 513/2016). Además de «prudente», el juicio ha de ser jurídico, esto es, basado en razones jurídicas («*jurisprudente*»).

5. Si la letra y la música de los nuevos principios suena bien, e incluso cada vez mejor, su concreción práctica emerge extremadamente distorsionada, átona, más retórica que práctica, y en todo caso disonante, discordante. A fin de que pueda comprobarse esa tensión, entre lo que se «predica» de nuevo (plano del discurso jurisprudencial) y lo que se «practica» de viejo (plano experimental), se ha efectuado en este monográfico, como ya se viene anticipando, una cuidada selección de aquellos fallos judiciales y jurisprudenciales más relevantes y recientes, por supuesto debidamente anotados y concordados con precedentes y posteriores decisiones. Y así se habría hecho respecto de los clásicos derechos fundamentales colectivos –libertad sindical–, con sendas magníficas lecturas, académica (Yolanda MANEIRO) y forense (Juan José GONZÁLEZ), así como de los individuales, usuales (integridad personal) y «modernos» (libertad religiosa), a cargo de los ya varias veces referidos especialistas del mundo de la judicatura (Juan Carlos BENITO-BUTRÓN) y también de la abogacía (Juan Ignacio MARCOS).

Por supuesto, aquí podría –y seguramente debería– terminar. No obstante, para dar algunas pruebas de experiencia concreta, fieles a la razón de ser de esta sección, de cuanto se ha afirmado en torno a esta disonancia entre lo que se dice y lo que se practica, anticipando lo que luego, con más detalle encontrarán desarrollado en cada «Diálogo», me permito poner dos ejemplos de alarmante infraestimación de daños extra-patrimoniales derivados de la lesión de derechos fundamentales: *la libertad sindical*, de un lado, y *la prohibición de discriminación* por razón de sexo, por otro lado.

6. Orillando el importante problema de desigualdad valorativa a la hora de fijar los *daños extra-patrimoniales derivados de la lesión del derecho fundamental a la libertad sindical*, tan distorsionante para la coherencia e igualdad en la aplicación del Derecho, pero de difícil –no imposible– control por el Tribunal Supremo, destacamos lo puramente retórica que resulta la aplicación de los nuevos principios legales de reparación del daño, como el del efecto preventivo-disuasorio. Así, la *STS 825/2016, 11 de octubre, rec. núm. 68/2016*, concluyó la plena razonabilidad del criterio de la Audiencia Nacional que tiene por ajustada a derecho una indemnización de 1.500 euros:

«En nuestro caso [la empresa Lieberbank adoptó unilateralmente, pese a tener vigencia un acuerdo en virtud del cual se comprometía a negociar toda medida de reestructuración de plantilla, un sistema de bajas voluntarias incentivadas, afectando potencialmente a más de 600 trabajadores] *resulta indudable el daño moral ocasionado al sindicato* [...], pues se ha obviado la necesaria negociación con él, para la adopción de una medida de especial relevancia para el colectivo de trabajadores cuya defensa e interés tiene constitucionalmente encomendados, lo que sin duda influye en su ima-

gen y crédito, por lo que *prudencialmente resulta oportuno fijar la indemnización en concepto de daños morales en la cantidad de 1.500 euros*, equivalente a la multa con que sería sancionada con arreglo a los arts. 7.7, 39 y 40 de la LISOS, la empresa por la medida acordada, imponiéndose la sanción correspondiente en su grado medio» ([SAN 193/2015, de 20 de noviembre](#), FJ 6.º).

¿De verdad es íntegramente resarcitoria y preventiva del daño una indemnización de 1.500 euros? No solo se trata de entidades financieras que manejan miles de millones de euros, sino que arrastran una larga trayectoria de incumplimientos, en diversas modalidades, de este mismo derecho.

Naturalmente, las frustraciones en orden a una mayor justicia resarcitoria pueden ser mayores, a más elevada sea la cuantía solicitada. Y si no, bastará para comprobarlo la conclusión de la [SAN 40/2017, de 27 de marzo](#), según la cual:

«En el presente caso (la empresa, Atos, impidió a un sindicato estar en la mesa de negociación de una modificación organizativa, al tiempo que decidió negociar directamente con la plantilla afectada la novación) resulta indudable el daño moral ocasionado al sindicato actor, pues se ha obviado la necesaria negociación con él, para la adopción de una medida de especial relevancia para el colectivo de trabajadores cuya defensa e interés tiene constitucionalmente encomendados, lo que sin duda influye en su imagen y crédito, por lo que prudencialmente resulta oportuno fijar la indemnización en concepto de daños morales en la cantidad de 1.500 euros, equivalente a la multa con que sería sancionada con arreglo [...], cuantificación esta similar a la adoptada por esta Sala en precedentes similares [...]».

No, pese a lo que pudiera parecer, no nos hemos equivocado al repetir el texto, sino que, sencillamente, la sala «se plagia a sí misma», y exhibe el mismo criterio con las mismas –no similares– palabras y alcanzando idéntica –no similar– cuantía prudencial: la lesión de la libertad sindical por negociaciones individuales en masa, puenteando o ninguneando a los sindicatos con legitimación para tal negociación, valen, para la Audiencia Nacional, 1.500 euros. Da igual lo que se pida –en este caso se solicitó una indemnización por daño moral de 12.000 €– y las características concretas de la lesión, porque la justicia resarcitoria en tal caso se situaría para la Audiencia Nacional en 1.500 euros. Cierto, no negaremos a esta doctrina el valor de la extrema previsibilidad de su fallo indemnizatorio –como el conocido anuncio publicitario, vayas a donde vayas, siempre cuesta lo mismo el viaje–, con lo que la seguridad jurídica está blindada para este nivel jurisdiccional, que, como vemos, amparado en la soberanía de la instancia se suele confirmar por el Tribunal Supremo. Pero es manifiesto que la justicia resarcitoria otra vez está ausente y con la absoluta complicidad del Tribunal Supremo que, en virtud de la momificada doctrina de la soberanía, suele mantener esa valoración, *incumpliendo de raíz el artículo 24 de la CE*.

Cierto, no siempre son 1.500. La vulneración de la libertad sindical en virtud de una conducta empresarial de discriminación retributiva (privación de la retribución variable cuando la [mujer]

delegada sindical hace uso de su crédito horario) valdría 3.000 euros ([STSJ de Madrid de 15 de julio de 2016, rec. núm. 440/2016](#); firme por [ATS de 4 de abril de 2017, RCU 3148/2016](#)). ¿La cuantía es una íntegra reparación suficientemente disuasoria, que contribuirá a evitar que vuelvan estos comportamientos, dejando de ser un clásico en los repertorios de jurisprudencia? El mínimo sancionador de esta conducta muy grave es de 6.000 euros.

7. Precisamente, esta última referencia nos sitúa ante el otro ejemplo de infravaloración de un daño extra-patrimonial: *el daño discriminatorio por razón de sexo*. En el caso, aunque se trataba de una representante sindical en un sector muy feminizado (tele-operadoras), nunca se planteó la cuestión de la discriminación por razón de sexo, sino sindical. Aunque en ambos casos la sanción mínima correspondiente, por ser infracción muy grave (art. 8.11 LISOS), sería de 6.000 euros (art. 40 LISOS), la demanda tan solo pidió 3.000. ¿Un caso aislado? Aunque no es posible hacer aquí un recorrido mínimamente exhaustivo, es evidente que no. Más bien sucede todo lo contrario, pues estamos ante una consolidada práctica de infraestimación del daño extra-patrimonial discriminatorio asociado a aquellas.

Para ilustrarlo, bastará con recordar brevemente el caso que dio lugar a la muy célebre [STJUE de 17 de diciembre de 2015, C-407/14](#), caso *Arjona Camacho*, que afrontó por primera vez en el Derecho de la UE la cuestión, típica anglosajona, de los «daños punitivos». La cuestión de fondo que subyace a la misma, más allá del aspecto técnico de esta figura, es la convicción judicial de que el sistema de reparación del daño discriminatorio por razón de sexo vigente no responde a elementales razones de justicia resarcitoria, porque ni repararía íntegramente los daños asociados ni, mucho menos, cumpliría con función preventiva alguna.

El caso se refiere al despido de una trabajadora contratada por una conocida empresa de seguridad. El 27 de enero de 2014, estando embarazada (tras haberse sometido a un tratamiento médico a tal fin durante los meses previos de noviembre y diciembre de 2013), inició un proceso de IT por enfermedad común y bajo el diagnóstico de náuseas con vómitos. En dicha situación, permaneció la trabajadora hasta el 4 de febrero de 2014, en que fue dada de alta médico-laboral y por mejoría compatible con su trabajo habitual. En virtud de la existencia de cierto riesgo biológico, para su salud y para el buen fin del feto, la baja precedente mutó en una suspensión por riesgo, con la correspondiente prestación. Lamentablemente, el 17 de febrero de 2014, abortó y por tal causa permaneció en situación de IT (del 18 de febrero al 3 de marzo de 2014). Una vez reincorporada, y hasta su despido disciplinario (el 24 de abril de 2014), fecha en la que estaba de nuevo embarazada, tras someterse a nuevos tratamientos de fertilidad, si bien volvió a abortar, la trabajadora no solo exhibió ante todos su firme voluntad de continuar con su sueño de ser madre, sino que también se mostró activa a favor de un determinado sindicato.

Disconforme con su despido, la señora Arjona Camacho reclama la nulidad al entender que constituía una discriminación por razón de sexo. Junto a la readmisión, solicitó indemnización de 6.000 euros en concepto del daño moral. El juzgado remitente, estimando probada la discriminación, entiende que en vez de los 6.000 euros reclamados, procedería solo la mitad, porque

se ha consumado en un solo y único acto (el de fecha 24 de abril de 2014), sin que haya estado precedido, «a diferencia de lo que en otros muchos casos acontece, de actuaciones singulares y directamente afectantes sobre la trabajadora y en su perjuicio». En suma, no aprecia el juez una situación de «acoso discriminatorio por razón de sexo», sino una discriminación por un acto peyorativo vulnerador de su derecho como mujer a devenir madre.

Precisamente, atendiendo a esta situación y absolutamente convencido el juez social de lo necesario de una mayor reprobación social en forma de sanción económica ejemplar, preguntará al TJUE si, con arreglo al artículo 18 de la [Directiva 2006/54/CE](#), según el cual el daño debe ser reparado o indemnizado de manera disuasoria, puede conceder a la señora Arjona Camacho una indemnización que vaya más allá de la reparación íntegra del perjuicio que ha sufrido, en forma de daños punitivos, para servir de ejemplo a su antiguo empresario y a otros. Sin ir más allá en esta cuestión, ya sabemos que, recorrido el camino al «oráculo luxemburgués» del gran *praetor imperator* por el juez nacional, la respuesta no fue la esperada –como era probable–, de modo que la [STJUE de 17 de diciembre de 2015](#) no admitió tal facultad del juez de aplicar «daños punitivos», al margen de lo que su ley nacional fijase de forma clara y precisa.

Decepcionado con la respuesta –es lo que tiene preguntar a los oráculos, tan ambiguos hoy como en la Grecia clásica–, la Sentencia del Juzgado n.º 1 de Córdoba, con fecha de 21 de diciembre de 2014, confirmó la indemnización de 3.000 euros, apelando a su prudente arbitrio. Así concluirá:

«[...] se considera como más adecuada la cantidad de 3.000 [...], *tanto para resarcir suficientemente a la víctima* y restablecerla [...] en la medida de lo posible, en la integridad de su situación anterior a la lesión, [...] *como para contribuir a la finalidad de prevenir el daño* (tal y como exige el art. 183.2 LRJS)».

Ciertamente, la decisión no puede causar más perplejidad. Primero por el método para la cuantificación de la indemnización, que lo deja a la más absoluta arbitrariedad; ¿con base a qué criterio racional llega a la conclusión de que 3.000 euros constituyen la cantidad que realmente resarce íntegramente a la víctima? ¿Y por qué no los 6.000 que pidió –y que sería la sanción mínima de aplicar la LISOS–⁵, pues no parece irrazonable esa cantidad para una violación de un derecho fundamental como el que analiza y en razón de un motivo tan reprochable como el de querer ser madre y sí daría satisfacción a su pretensión? Segundo, ¿es mínimamente creíble que una empresa de la magnitud de la demandada vaya a sentir presión disuasoria suficiente para renegar de conductas de este tipo por una indemnización de 3.000 euros? ¿Qué puede inducir al juez a confiar en que una indemnización tan pírrica a la altura de 2015 pueda tener el más mínimo efecto en la empresa para asumir la gravedad de su conducta y el verdadero grado de reprobación social de la misma, de modo que pueda sentir que su reputación o imagen en el mercado puede resentirse con tal cuantía?

⁵ Por ejemplo, así lo estima la [STSJ de Valencia de 1 de julio de 2014, rec. núm. 1305/2014](#). También, si bien para un supuesto de no discriminación en general –exclusión de listas de contratación por represalia–, la [STSJ de Galicia 1326/2017, de 9 de marzo, rec. núm. 3139/2016](#).

No cabe duda de que estamos ante un ilustrativo ejemplo, pero ni mucho menos único, ni siquiera excepcional, de un gravísimo problema de «incultura indemnizatoria del orden social» en general, y la «infravaloración del daño discriminatorio por razón de sexo en particular», que, naturalmente, exige una mutación profunda de la situación jurídico-judicial, que debe afectar a todos los operadores jurídicos en las relaciones laborales. Por supuesto, siempre podría ser peor, dado que «mejor» infravalorar el daño que ignorarlo, como ha sucedido en el caso que acaba de resolver la [STS 321/2017, de 18 de abril, RCUd 2771/2015](#).

En ella se declara nulo, revisando el opuesto criterio de suplicación (que declaró la improcedencia), el despido injustificado (se alegó absentismo laboral) de una trabajadora con reducción de jornada por cuidado de familiar (reitera la doctrina fijada en [SSTS de 25 de noviembre 2014, RCUd 2344/2013](#) y [20 de enero de 2015, RCUd 2415/2013](#)). Pues bien, en ninguna de las instancias se reconoció indemnización alguna. Cierto, no ignoro que no se trató de una nulidad por discriminación sino objetiva. Ahora bien, creo que es necesario incluir otros argumentos de derechos fundamentales que sí permitirían abrir la vía indemnizatoria, a fin de disuadir, una vez más, de este tipo de medidas cebadas con las mujeres: el despido es indirectamente discriminatorio por razón de género, en tanto que son las mujeres las que solicitan estas reducciones con mucha mayor frecuencia que los hombres (todas las sentencias del Tribunal Supremo en materia, salvo una, afectan a mujeres)⁶. Y si quien lo solicita fuese un hombre (citada [STS de 25 de noviembre de 2014](#)), debe aplicarse la doctrina sobre prohibición de discriminaciones por razones familiares ([STC 26/2011](#)).

¿Puro caso episódico? ¿A las defensas letradas ya no les suele pasar eso, «abusando» de lo contrario, del exceso de pedir indemnizatorio? Lamentablemente no, la inercia lastra en exceso. La [STS de 4 de abril de 2017, RCUd 3466/2015](#), sanciona con la nulidad el despido de una trabajadora sometida a un tratamiento de fecundación in vitro. Presentada la correspondiente demanda, los dos niveles jurisdiccionales más próximos –instancia y suplicación sociales–, aunque vislumbraron indicios de actuación discriminatoria por razón de sexo, ponderaron más la realidad de las causas imputadas en la carta de despido. La trabajadora, disconforme, presenta recurso de casación para la unificación de doctrina, con aportación como sentencia de contraste de la [STJUE de 26 de febrero 2008, C-506/06](#), Sabine Mayr. La discriminación vendría fundada en dos razones. De un lado, porque, si bien no está embarazada, en un sentido estricto, sí que podría haberlo estado de tener éxito el tratamiento que estaba siguiendo (doctrina de la pérdida de oportunidad), por lo que en juego estarían no solo derechos constitucionales y ordinarios, sino también comunitarios. De otro, porque, el solo hecho del despido estando sometida a un tratamiento de fecundación in vitro conocido puede entenderse contrario al derecho a la igualdad de trato (art. 19 [Directiva 2006/54/CE](#)), correspondiendo la prueba de la procedencia del despido al empleador (arts. 96 y

⁶ Para los permisos *vid.* [STS 10/2017, de 10 de enero](#) (demanda de conflicto colectivo estimada por considerar contraria a derecho la práctica empresarial consistente en computar como ausencias la baja maternal así como la baja por riesgo de embarazo a los efectos de días productivos para tener derecho a las retribuciones de los variados incentivos, así como el derecho de los afectados a las diferencias retributivas que de ello se deriven).

179.2 LRJS). A juicio del Tribunal Supremo, si existiría discriminación por razón de sexo, como evidenciaría el que el propio empleador reconoció la improcedencia del mismo. Por lo tanto, *¿cuál sería la indemnización correspondiente a tan clara vulneración de un derecho de la personalidad?*

La fórmula es sencilla de calcular: $IDM = 0$ (IDM es «indemnización por daño moral»; 0 es la cuantía que le ha correspondido). ¿Por qué? Porque ni el abogado en la demanda ni el Alto Tribunal en la sentencia han tenido a bien considerar relevante tal cuestión.

Por supuesto, y para terminar con un horizonte más posibilista y esperanzador, la situación o «estado del arte jurisprudencial» relativo a la valoración del daño por discriminación de sexo admite ejemplos recientes más halagüeños. La STS 43/2017, de 24 de enero, RCU 1902/2015, que considera discriminatorio por razón de sexo el impago, a una médico residente, de guardias no realizadas durante el tiempo que estuvo con adaptación de su trabajo por riesgo derivado de su embarazo *ex* artículo 26 de la LPRL, marcará un importante –nuevo– punto de inflexión al respecto. Constatada, con un elaborado razonamiento jurídico, la vulneración, condena al pago, junto a lo no percibido (daño patrimonial), de una indemnización de daño moral discriminatorio equivalente a 6.251 euros por daños morales (cuantía mínima de la multa *ex* art. 40.1 c) LISOS). Y para ello, trae a colación, ahora sí con algún efecto práctico, real, no puramente testimonial, la nueva función preventiva de las indemnizaciones por lesión de derechos fundamentales:

«Respecto de la indemnización por los daños morales sufridos a consecuencia de la lesión de un derecho fundamental, si bien la doctrina de esta Sala [...] abandonó una postura favorable a la concesión automática para exigir la justificación de bases y elementos clave de la indemnización reclamada, nuestra más reciente doctrina de la Sala se ha alejado [con el debido respeto, ya hemos visto que, en la práctica, no] del objetivo propiamente resarcitorio, para situarse en un plano que no descuida el aspecto preventivo que ha de corresponder a la indemnización en estos casos, en línea con lo dispuesto en el art. 183 LRJS (STS, Sala 4.ª, de 5 de febrero y 13 de julio de 2015, rec. núm. 77/2014 y 221/2014, respectivamente, 18 de mayo y 2 de noviembre de 2016, rec. núm. 37/2015 y 262/2015, respectivamente)» (FJ 8.º, punto 4).

8. Pese a este soplo de esperanza, *no creo errar cuando alerto sobre la persistencia de importantes deficiencias de justicia resarcitoria* en el ámbito socio-laboral, sea con relación a los daños a la salud e integridad psicofísica de los trabajadores, sea, en general, al conjunto de daños extra-patrimoniales (no solo morales) asociados a los derechos fundamentales de la persona del trabajador. Si hemos elegido esta materia, para un nuevo monográfico de doctrina y jurisprudencia social, es para mostrar, con razonable suficiencia, en poco espacio, pero muy intenso, «la cara» –evolución abierta– y «la cruz» –las contumaces resistencias inerciales al cambio– de esta moneda. Con carácter general, puede concluirse que no son tanto revisiones legislativas las que se precisan para seguir avanzando en reconstrucción y modernización del Derecho de Daños a la persona en las relaciones laborales, sino también, y, sobre todo, aprendizajes profesionales, y cambios de actitud, que ayuden a solventar esta anomalía jurídico-social de nuestro Derecho del

Trabajo, que sigue teniendo en su rama de Derecho Social de Daños una asignatura pendiente y que, todos los operadores, deberían tomarse mucho más en serio.

Ciertamente, se necesitan parámetros más objetivados que pongan de relieve una justicia resarcitoria no solo más vertebrada, sino también más coherente, en aras del valor de la justicia y la igualdad. No puede seguir confundiéndose soberanía de juicio con una plena discrecionalidad. El exceso de «prudencia judicial» desmiente o quiebra la efectividad de la tutela judicial que, en este ámbito, y desde diversos aspectos, brilla por su ausencia. En suma, los diversos «Diálogos» aquí seleccionados mostrarán cuánto tiene este edificio de renovación y cuánto de avejentado.

Cristóbal Molina Navarrete
Director

