

Reparación adecuada y efectividad de la norma a través de la indemnización laboral

María Amparo Ballester Pastor
Catedrática de Universidad
Universitat de València, EG

*Olvido y atrevimiento son dos cosas
que hacen a los hombres errar mucho,
pues el olvido los conduce a que no se acuerden
del mal que les puede venir por el yerro que hicieron
y el atrevimiento les da osadía para cometer lo que no deben...
...Y porque tales hechos como estos se hacen con soberbia,
deben ser escarmentados crudamente,
porque los que los hacen reciban la pena que merecen,
y los que lo oyeren se espanten y tomen de ello escarmiento
por el que se guarden de hacer cosa que reciban otro tal.*

Párrafo inicial de la Partida Séptima
Atribuido a Alfonso X (1265)

He escogido como tema de mi intervención en esta mesa redonda dedicada a los principios esenciales del Derecho del Trabajo el de las indemnizaciones, reparaciones o compensaciones por incumplimiento de la norma laboral por parte del empresario¹. Más que enlazar con los principios específicos del Derecho del Trabajo el tema de las indemnizaciones enlaza con los principios generales del ordenamiento jurídico. Ello es así porque las indemnizaciones tienen como finalidad no solo la reparación efectiva del daño causado, que es un principio esencial de cualquier ordenamiento, sino también la efectividad del propio ordenamiento (efecto disuasorio). Ciertamente la vertiente disuasoria tiene otras herramientas para hacerse efectiva, pero no queda al margen de las funciones de la indemnización y en este sentido será tratada a continuación. En todo caso, esta doble vertiente de la indemnización laboral es un tema relevante y de notable actualidad porque se está configurando ahora mismo un nuevo escenario, en el que las indemnizaciones por incumplimientos laborales están comenzando a adquirir una relevancia inusitada.

1.EL PECULIAR SISTEMA INDEMNIZATORIO CLÁSICO EN EL ORDEN LABORAL ESPAÑOL

En cualquier ordenamiento y en cualquier rama del Derecho la indemnización a la víctima de un comportamiento ilegal se configura en una idea nodal e incuestionable, tanto fuera como dentro de una relación contractual (fundamento del *tort law* en

¹ Analicé con más detalle el tema de las indemnizaciones laborales en el supuesto concreto de la vulneración de derechos fundamentales en mi trabajo BALLESTER PASTOR, “El proceloso camino hacia la efectividad y adecuación de las indemnizaciones por vulneración de derechos fundamentales”, *Revista de Derecho Social*, 69, 2015

Common Law y de la responsabilidad contractual y extracontractual en el Derecho Civil). Sin embargo, en la tradición jurídico laboral española la cuestión de la reparación efectiva por daños al trabajador que ha sido víctima de un incumplimiento de la normativa laboral por parte del empresario ha sido bastante peculiar: de un lado, la norma laboral ha predeterminado la cuantía del daño provocado por el comportamiento ilícito del empresario a partir de indemnizaciones tasadas en los casos en que la responsabilidad empresarial por daño era más frecuente (despido o rescisión contractual). De hecho en estos casos la existencia de cualquier daño adicional, que no estuviera identificado y cuantificado, ha sido generalmente cuestionado². De otro lado, cualquier reclamación adicional por eventuales daños que pudieran suscitarse por incumplimiento de la norma laboral han correspondido, hasta hace poco, a la jurisdicción civil (por ejemplo, en el caso de la indemnización por accidente de trabajo motivado por incumplimiento de la norma de prevención o en el caso de la indemnización adicional a la establecida para la rescisión contractual del art. 50 ET). Todo daño que excediera de lo previsto en la norma laboral mutaba su naturaleza a extracontractual, y se desplazaba al orden jurisdiccional civil. El orden jurisdiccional se mantenía, pues, matemático y cerrado en lo relacionado con las indemnizaciones por daños. En este contexto, las indemnizaciones variables, en atención a las circunstancias concurrentes en cada caso, resultaban extrañas en la jurisdicción social. Ello explica que llegaran a consolidarse en el ámbito jurídico laboral fórmulas de actuación que podían resultar extrañas en otras ramas del ordenamiento pero que en la disciplina laboral terminaron siendo asumidas: así sucedió con la falta de reconocimiento de indemnizaciones superiores a las tasadas, con la intensa resistencia a reconocer la concurrencia del daño moral que se mantuvo durante muchos años (probablemente porque requería una tarea de identificación del daño y de cuantificación que era extraña a la experiencia jurídico laboral de indemnizaciones tasadas) y por la obsesiva búsqueda de baremos objetivos para la cuantificación de los daños, particularmente de los morales.

Sin embargo, en los últimos años, la situación se ha alterado sustancialmente. La normativa y la jurisprudencia han ido evolucionando hasta configurar un escenario que presenta similitudes con el sistema de indemnización por daños en la jurisdicción civil por responsabilidad extracontractual. Entre otras cosas, ello implica un salto al vacío de la incertidumbre. Algunos elementos del nuevo marco se presentan a continuación.

2.LA INDEMNIZACIÓN POR LA TOTALIDAD DEL DAÑO CAUSADO

La norma procesal actual (LRJS³) ha reconocido expresamente la posibilidad de que las indemnizaciones por extinción del contrato, por rescisión contractual o por cualquier otra causa sean incrementadas en la cuantía que correspondiera a los daños infligidos al trabajador por vulneración de derechos fundamentales. De este modo la norma pretende que se garantice al trabajador la reparación completa por el daño sufrido y no una mera aproximación por aplicación de indemnizaciones tasadas. Esta posibilidad de acumulación de una indemnización adicional a la indemnización tasada se establece

²Por ejemplo, se consideraba que la indemnización prevista en el art. 50 ET para la rescisión contractual a iniciativa del trabajador con causa justificada aglutinaba ya todos los posibles daños. Por todas, STS de 11 de Marzo de 2004 (rec. 3994/2002). Un comentario acerca del alcance de esta sentencia por POYATOS MATAS, “Análisis de la sentencia de la Sala Social del Tribunal Supremo de 11 de Marzo de 2004 y acoso moral a 45 días por año trabajado”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 649, 2004

³Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, Ley 36/2011, de 10 de Octubre

expresamente en los art. 183.3 LRJS y 26.2 LRJS⁴. La indemnización adicional a la indemnización prevista para la rescisión por aplicación del art. 50 ET presenta actualmente pocas dudas. Fue necesario, sin embargo, para que se admitiera esta posibilidad de adición de indemnizaciones la Directiva 2002/78 de la UE (*infra*), un replanteamiento del TS en 2006⁵, y una nueva configuración normativa que actualmente se encuentra en el art. 183.3 LRJS. Tampoco la indemnización adicional en caso de despido nulo presenta actualmente ningún dilema: empieza a reconocerse con cierta normalidad⁶ como no podía ser de otra manera, dado que el despido nulo es precisamente la calificación que corresponde en caso de despido en el que hubiera concurrido vulneración de derechos fundamentales. En ambos casos se pone de manifiesto que la indemnización legal prevista en el ET no necesariamente cubre todos los posibles daños generados al trabajador cuando se produce una extinción contractual contra su voluntad.

La cuestión se plantea con relación a una eventual indemnización adicional en otros supuestos, y particularmente en el caso de despido declarado improcedente. Es razonable pensar que a fuerza de indemnizaciones por despido improcedente cada vez más bajas, las previstas legalmente no sirvan para compensar todos los daños ocasionados al trabajador por un ilícito empresarial (ésta es, al fin y al cabo, la situación que conduce a la calificación de despido improcedente). El principal problema práctico que presenta la indemnización adicional en caso de despido improcedente es la vinculación que debe tener, según el art. 183.3 LRJS, con la vulneración de un derecho fundamental, sobre todo teniendo en cuenta que la declaración de improcedente supone que no ha existido esta vulneración porque de haber sido así el despido hubiera sido calificado de nulo. Pero este obstáculo puede salvarse porque cabe también la indemnización por daños por ilegalidad a partir de la simple concurrencia de daños morales, sin necesidad de que estos vayan vinculados a un derecho fundamental. Efectivamente, cuando el art. 2 LRJS configura la competencia jurisdiccional social para el conocimiento de los conflictos suscitados por la indemnización por daños generados al trabajador por el empresario se refiere a todo tipo de daños (*los daños originados en el ámbito de la prestación de servicios*)⁷. Con la única matización de que el daño ocasionado por el empresario sea consecuencia de un comportamiento ilícito de éste (*qui suo iure utitur neminem laedit*), ello permite reclamar indemnización por daños en cualquier temática. Y de hecho, así está reconociéndose en la actualidad. Por ejemplo, en la STS de 14 de Abril de 2014 (rec. 1667/2013) se planteaba un supuesto de

⁴En el art. 183.2 LRJS se establece lo siguiente: *3. Esta indemnización será compatible, en su caso, con la que pudiera corresponder al trabajador por la modificación o extinción del contrato de trabajo o en otros supuestos establecidos en el Estatuto de los Trabajadores y demás normas laborales. Con anterioridad ya se estableció en la ley 13/2009, de 3 de Noviembre, de la nueva oficina judicial, la compatibilidad entre la indemnización por daños por vulneración de derechos fundamentales y la que pudiera corresponder al trabajador por la modificación o extinción del contrato de trabajo* (antiguo art. 180 LPL).

⁵La STS de 17 de Mayo de 2006 (rec. 4372/2004) estableció la posibilidad de que en el proceso de rescisión contractual por la vía del art. 50 ET se reconociera el derecho a la indemnización adicional resarcitoria por vulneración de derechos fundamentales. Se trataba de un supuesto de acoso moral.

⁶Por todas, STS de 5 de Febrero de 2013, rec. 89/2012

⁷El art. 2 LRJS establece la competencia de la jurisdicción social: *b) En relación con las acciones que puedan ejercitar los trabajadores o sus causahabientes contra el empresario o contra aquéllos a quienes se les atribuya legal, convencional o contractualmente responsabilidad, por los daños originados en el ámbito de la prestación de servicios o que tengan su causa en accidentes de trabajo o enfermedades profesionales, incluida la acción directa contra la aseguradora y sin perjuicio de la acción de repetición que pudiera corresponder ante el orden competente.*

indemnización por daños morales derivados de la orden empresarial, posteriormente declarada ilícita, que supuso para los trabajadores la pérdida del derecho de descanso mínimo entre jornadas que se superponía al descanso mínimo semanal. El TS reconoció en esta sentencia el derecho a una indemnización por daños morales. Es en este ámbito donde podría plantearse si no cabría también una indemnización adicional por daños morales en el caso de que el ilícito empresarial fuera un despido declarado improcedente, cuando la aplicación de la indemnización legalmente establecida no compensara suficientemente el daño real infligido al trabajador. A fin de cuentas, cuando es el empresario el que reclama por daños al trabajador el parámetro de referencia es la compensación de todo el daño causado por éste, sin aplicación de ningún límite máximo. La compensación efectiva por todo el daño causado es un principio jurídico esencial que sería difícilmente cuestionable en cualquier otra rama del ordenamiento jurídico y que deriva directamente del art. 1101 del código civil. Por ello no se trata de que la normativa procesal (en este caso los art. 183.3, 26.2 o 2 LRJS) haya establecido un derecho sustantivo, para lo que no tendría capacidad: sencillamente la norma procesal actual refiere una consecuencia de lo establecido en el art. 1101 del código civil, sin entrar en contradicción con el ET porque nada al respecto se establece en este texto.

3.LA NORMALIZACIÓN DE LOS DAÑOS MORALES

Suele ponerse como referencia de sistema jurídico con indemnizaciones efectivas y disuasorias el ordenamiento norteamericano. Pese a la vinculación a los precedentes judiciales, el Derecho Común permite la aplicación de planteamientos abiertos e innovadores vinculados a la idea general de justicia en contraposición al derecho continental o fruto de la codificación, que suele considerarse más rígido en sus planteamientos⁸. El propio sistema de Derecho Común parece haber permitido que se despliegue toda la potencialidad de los daños morales y los daños punitivos. Estos dos conceptos son los que explican las elevadas cuantías indemnizatorias norteamericanas, puesto que los daños patrimoniales difícilmente pueden hacerlo al sustentarse en datos objetivos. Los daños punitivos tienen su origen en los ordenamientos de Derecho común (a ellos se hará referencia más abajo), y se corresponden con aquella cuantía de la indemnización que tiene una finalidad disuasoria.

Los daños morales forman parte del Derecho Común pero también del derecho codificado. De hecho los daños morales forman parte de la tradición jurídica continental desde el Derecho Romano (el *ius iniuriarum*). Constituían ya entonces el daño al honor, al prestigio, a la personalidad y pretendían la reparación de los bienes o intereses no patrimoniales. De hecho los daños morales pueden encontrarse en las Partidas (1265) por referencia al daño a una persona “en sí misma”⁹. Teniendo en cuenta que las Partidas pretendían ser una actualización del Derecho Romano en un momento en que Alfonso X aspiraba al Imperio podría considerarse que los daños morales aparecen ya en una de las primeras referencias escritas de lo que podría constituir la tradición

⁸MAGNUS, “Why is U.S. tort law so different?”, *Journal of European Tort Law*, 102, 2010, pág. 6 ss

⁹En la partida séptima se define el daño como el *empeoramiento o menoscabo o destrucción que el hombre recibe “en sí mismo” o en sus cosas*. Esta referencia a los daños en sí mismo, permite una doble diferenciación: los daños en uno mismo se diferencian, primero, de los daños patrimoniales (sus cosas); y, de otro lado, permite una diferenciación de los daños corporales o físicos o en la persona, que vendrían a ser solo una parte de los daños en uno mismo. La formulación de la partida séptima permite, pues, incluir la responsabilidad por los daños morales

jurídica europea. Nuevamente volvió a aparecer la formulación del daño “en si mismo”, en el proyecto de código civil de García Goyena (1851), en un intento por incorporar a la codificación española el contenido de la partida séptima. Finalmente el proyecto de García Goyena no prosperó y en el código civil de 1889 no consta mención alguna ni al daño moral ni a aquel referente histórico de las Partidas. Así y todo, la jurisprudencia española posterior a la promulgación del código civil incorporó los daños morales con total normalidad al concepto genérico de daño, como lo venía haciendo desde las Partidas, asimilándolo al daño al honor, la honra, la fama, la reputación, la dignidad o la estima moral¹⁰. Y no solo el daño al honor y la honra se encuentran dentro del concepto de daño moral, sino también cualquier daño al acervo extrapatrimonial de la personalidad. De este modo, los daños morales han servido para compensar el dolor por la muerte de un familiar¹¹, la frustración por la pérdida de la visión¹² o la tristeza por el atropello de un animal de compañía¹³. Sirva lo expuesto para acreditar que el daño moral forma parte de nuestra tradición jurídica y, por tanto, ni es una figura reciente, ni ha sido artificialmente importada.

En el ámbito jurídico laboral, sin embargo, los daños morales parecían no existir hasta hace relativamente poco tiempo. Actualmente sabemos que son el coste de la pérdida de dignidad, de autoestima y de prestigio, el miedo vinculado a la pérdida del empleo, a que empeoren las relaciones humanas en la empresa, a sus repercusiones en la vida familiar y social, así como la preocupación, la ansiedad o el cansancio vinculado a una reclamación judicial para defenderse frente a una ilegalidad. Como en el ámbito civil, los daños morales que surgen en la relación de trabajo son los que se refieren al ámbito existencial subjetivo de la persona, afectando a su espíritu, a sus sentimientos, a su propia identidad, a sus relaciones sociales y a su propia percepción de la dignidad¹⁴. Similares perjuicios concurren cuando quien reclama la indemnización es un sindicato (prestigio ante los afiliados y resto de la sociedad, relaciones con otros sindicatos, esfuerzo dedicado a una negociación incumplida, así como similar preocupación, ansiedad o cansancio vinculado a una reclamación judicial para defenderse frente a una ilegalidad). El daño moral a un sindicato no puede considerarse algo extraño: A fin de cuentas, el daño moral ha sido reconocido a las personas jurídicas desde la STS de 31 de Marzo de 1930. Pero los daños morales han parecido diluirse e incluso justificarse en la propia relación contractual durante muchos años. Este planteamiento que negaba su existencia resultaba en parte consecuente con el hecho de que todo lo relacionado con la responsabilidad empresarial por incumplimiento o estaba tasado o no existía o, en todo caso, tenía que ser reconocido en la jurisdicción civil. Debe diferenciarse, sin embargo, entre las indemnizaciones por accidentes de trabajo motivados por incumplimiento de la

¹⁰Suele utilizarse como referencia de la primera sentencia del TS posterior al código civil que reconoció los daños morales la STS de 6 de Diciembre de 1912. En ella se hacía referencia expresa al art. 1902 del código civil en relación con la partida séptima, para condenar a una indemnización por los daños causados a una joven por la publicación de una noticia falsa acerca de su relación con un monje. En la sentencia podía leerse lo siguiente: *La honra, el honor y la fama de la mujer constituyen los bienes sociales de su mayor estima, y su menoscabo la pérdida de mayor consideración que pueda padecer en una sociedad civilizada, incapacitándola para ostentar en ella el carácter de depositaria y custodia de los sagrados fines del hogar doméstico, base y piedra angular de la sociedad pública, debiendo por tanto ser apreciados estos daños como uno de los más graves.* Con posterioridad, SSTS de 14 de Diciembre de 1917 (reputación profesional de un médico) o 31 de Marzo de 1930 (prestigio mercantil de una entidad).

¹¹STS de 12 de Noviembre de 1957

¹²STS de 10 de Marzo de 1967

¹³SAP de Oviedo de 16 de Noviembre de 1999

¹⁴ALVAREZ ALONSO, “La indemnización por lesión de derechos fundamentales en el ámbito laboral y la problemática de los daños morales”, *Relaciones Laborales*, 9, 2014, pág. 9

normativa de prevención, las indemnizaciones por vulneración de derechos fundamentales y las indemnizaciones por daños provocados por el empresario a partir de comportamientos ilegales. Los primeros disponen de un reconocimiento generalizado e incluso de un sistema de cuantificación incuestionable (el baremo de accidentes de circulación); los segundos han tenido una evolución complicada, pero actualmente están reconocidos en la LRJS; el reconocimiento de los terceros (los daños morales por mero incumplimiento empresarial) son más escasos, aunque disponen de algún reconocimiento jurisprudencial.

a) Los daños morales vinculados a la responsabilidad empresarial por accidentes de trabajo

La obligación de hacer efectiva la obligación de prevención de riesgos en el trabajo que provenía de las instituciones comunitarias no podía detenerse en la mera promulgación de la Ley española de Prevención de Riesgos Laborales (Ley 31/1995, de 8 de Noviembre). Las indemnizaciones efectivas por daños a partir del incumplimiento empresarial se sumaron a otros dos mecanismos para asegurar el cumplimiento de la normativa de prevención: sanción administrativa y recargos, ambos compatibles con la indemnización por daños. Desde el principio el baremo que se utilizó para la cuantificación de la indemnización en este caso fue el baremo de accidentes de circulación (actualmente en la Ley 35/2015, de 22 de septiembre). La aplicación del mismo no resultaba extraña: a fin de cuentas tanto un accidente de circulación como el incumplimiento de la normativa de prevención tenían como presupuesto una negligencia y un incumplimiento de la normativa que había ocasionado daños a la integridad de la persona. En el ámbito de los accidentes de trabajo el baremo de circulación nunca tuvo el carácter de obligatorio¹⁵ pero, para los supuestos en que se utilizara, su aplicación fue supervisada por el TS a efectos de que se siguieran criterios homogéneos de interpretación del mismo¹⁶. Una de las últimas interpretaciones al respecto sirvió, precisamente, para reforzar la cuantía de los daños morales en los accidentes de trabajo originados por incumplimiento de la normativa de prevención¹⁷. Efectivamente, la STS de 23 de Junio de 2014 (rec.1257/2013) estableció que el factor corrector de la tabla IV del anexo al baremo de circulación (incapacidad permanente para la ocupación habitual) se refería exclusivamente a los daños morales. Por ello debía reconocerse en su totalidad la allí establecida en tal concepto, sin descuento alguno de lo percibido en concepto de prestación de seguridad social por incapacidad permanente, que era lo que parcialmente sucedía con anterioridad¹⁸. La aplicación del nuevo baremo de 2015 no ha alterado sustancialmente los términos de la cuestión, lo que implica que, en general, se ha ampliado la cuantía de los daños morales en caso de accidente de trabajo por vulneración de la normativa de prevención. Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que la aplicación del baremo de circulación para la determinación de los daños morales (además de los patrimoniales) vinculados a un accidente de trabajo se limita exclusivamente a los daños morales “automáticos” generados por la mera existencia de

¹⁵Por todas, SSTS de 20 de Octubre de 2008, rec. 672/2007; de 30 de Junio de 2010, rec. 4123/2008; y de 18 de Octubre de 2010, rec. 101/2010

¹⁶Por ejemplo, SSTS de 17 de Julio de 2007, rec. 4367/2006 y rec. 515/2006.

¹⁷Sobre la inclusión del daño moral en el baremo de accidentes de circulación, entre otros, MAGRO SERVET, “Inclusión del daño moral como elemento indemnizable en el derecho de la circulación y posibilidades de oposición al pago de la aseguradora”, *La Ley*, 17198/2011

¹⁸Sobre el alcance de la doctrina anterior a esta sentencia y el alcance de la nueva, GINES I FABRELLAS, “Daño moral derivado de accidente de trabajo y enfermedad profesional”, en GOMEZ POMAR Y MARIN GARCIA (Dir.), *El daño moral y su cuantificación*, Barcelona, 2015, pág. 471 a 529

lesiones o daños a la integridad. Esta automaticidad se encuentra ratificada por el Tribunal Constitucional que, en su momento, estableció que resultaba acomodado a la Constitución que el baremo de accidentes de circulación estableciera una cuantía para los daños morales vinculados a las lesiones sufridas¹⁹. Esta solución es consecuente con la naturaleza del accidente de trabajo, y con la desvinculación personal del causante del daño y la víctima. Pero en el caso del accidente de trabajo por vulneración de la normativa de prevención existe una relación personal entre responsable del daño y víctima, que puede teóricamente hacer que, en algún caso, existieran daños morales por comportamientos empresariales vulneradores de derechos fundamentales con naturaleza autónoma diferenciada de los daños morales automáticos ocasionados por el sufrimiento de lesiones como consecuencia del accidente de trabajo. Así se ha reconocido en alguna ocasión en sede de suplicación social²⁰. Sería otro factor que podría incrementar la cuantía de los daños morales en accidente de trabajo por incumplimiento de la normativa de prevención.

b) Los daños morales por vulneración de derechos fundamentales

Los daños morales por vulneración de derechos fundamentales cuentan actualmente con formulación expresa en el art. 183.1 LRJS. Este precepto normaliza el daño moral, integra la doctrina del Tribunal Constitucional y definitivamente revierte una larga doctrina jurisprudencial que había degradado la responsabilidad por daños morales por vulneración de derechos fundamentales. Esta evolución podría sintetizarse del siguiente modo:

1) En la STS 9 de junio de 1993 (rec. 3856/1992) se estableció de modo rotundo que, apreciada la lesión del derecho de libertad sindical, se presumiría la existencia del daño moral sin necesidad de prueba alguna al respecto surgiendo automáticamente el derecho a la indemnización²¹. La responsabilidad por daños morales aparecía configurada como una consecuencia natural e ínsita en la vulneración de un derecho fundamental.

2) En 1996 el TS rectificó esta doctrina inicial y estableció que no resultaba suficiente con que quedara acreditada la vulneración del derecho fundamental para que el Juzgador hubiera de condenar a la persona conculcadora al pago de una indemnización por daños morales. Para llegar a la condena al abono de la correspondiente indemnización era necesario que, en primer lugar, el demandante alegara adecuadamente en su demanda las “bases y elementos clave

¹⁹La sentencia de referencia fue la STC 181/2000, de 29 de Junio, aunque posteriormente hubieron múltiples en similar sentido (por ejemplo, STC 105/2004, de 28 de Junio). Un comentario sobre su alcance por REGLERO CAMPOS, “La jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el baremo de valoración de daños a las personas de la LRCSCVM, posterior a la STC 181/2000”, *Derecho privado y Constitución*, 18, 2004

²⁰STSJ del País Vasco de 11 de Noviembre de 2014, rec. 2022/2014

²¹Se establecía literalmente lo siguiente en la STS de 9 de Junio de 1993: “...la sentencia que declare la existencia de la vulneración del derecho fundamental debe tener preceptivamente un contenido complejo con varios pronunciamientos que el Juez no puede eludir: a) declaración de nulidad radical del comportamiento antisindical; b) ordenar el cese inmediato del mismo; c) acordar la restauración de la situación al momento anterior; y d) mandar que se reparen las consecuencias del acto, incluyendo la indemnización que procediera y por esto debe entenderse que no es necesario probar que se ha producido un perjuicio para que nazca el derecho al resarcimiento sino que, por el contrario, una vez acreditada la vulneración del derecho fundamental se presume la existencia del daño y debe decretarse la indemnización correspondiente”. Se añadía también lo siguiente: “...cifrándose la compensación en esta cantidad ponderando las circunstancias concurrentes en el caso, la naturaleza de la lesión y el escaso período de tiempo que duró el comportamiento antisindical”.

de la indemnización” que reclamaba, y, en segundo lugar, que quedaran acreditados, cuando menos, “indicios o puntos de apoyo” suficientes en los que pudiera basarse la condena indemnizatoria²². La consecuencia de esta doctrina fue, en la práctica, la imposibilidad de que prosperaran las reclamaciones por daños morales, dado que por definición este tipo de daños no encuentran soporte en situaciones con equivalencia patrimonial directa y clara.

3) En la STC 247/2006 de 24 de Julio se estableció la procedencia de la indemnización por daños morales en caso de vulneración de derechos fundamentales. No alteró, al respecto la doctrina del TS de 1996 que requería aquellas *bases y elementos clave de la indemnización*, pero consideró, al respecto, que era suficiente para evidenciar el daño moral la descripción de las circunstancias en que dicha vulneración se había producido²³. A partir de esta doctrina del Tribunal Constitucional los daños morales seguían requiriendo aquellos bases y elementos clave, pero al respecto resultaba suficiente acreditar la gravedad de la vulneración en atención a las circunstancias concurrentes. De otro lado, la utilización de bases para la cuantificación requería una labor de aproximación por parte del demandante, que se satisfacía, por ejemplo, cuando la cuantía reclamada encontraba paralelismo con la establecida como sanción ante comportamientos parecidos en la LISOS. Expresamente estableció esta sentencia del TC que no es *factible a veces aportar prueba concreta del perjuicio sufrido y de su cuantificación monetaria, dada su índole*.

4) Actualmente la LRJS incorpora la doctrina del TC sobre los daños morales en dos preceptos: su art. 183.1²⁴ y su art. 179.3²⁵. En el primero se

²²Por todas, SSTS de 22 de Julio de 1996 (rec. 3780/95), de 28 de Febrero de 2000 (rec.2346/99), de 12 de Diciembre de 2007 (rec. 25/07) y de 6 de Abril de 2009 (rec.191/2008)

²³ Estableció la STC 247/2006, al respecto, lo siguiente: “*En efecto, la exigencia jurisprudencial a la que se refiere la Sentencia impugnada de alegar adecuadamente las bases y elementos clave de la indemnización reclamada, y asimismo de acreditar en el proceso, cuando menos, indicios o puntos de apoyo suficientes en los que se pueda asentar la condena indemnizatoria, debe entenderse cumplida en el presente caso. El demandante expuso detalladamente en su demanda rectora de autos la conducta antisindical de la que venía siendo víctima de manera prolongada en el tiempo por su activismo sindical en defensa de los derechos e intereses del colectivo de profesores de religión y moral católica al que pertenece, conducta que le ha ocasionado tanto perjuicios económicos perfectamente cuantificables (reducción de jornada laboral con la consiguiente reducción salarial), como daños morales para su imagen y dignidad como representante sindical, de más difícil cuantificación pero cuya realidad no puede negarse pues, como acertadamente señala el Ministerio Fiscal en sus alegaciones, resulta patente que un trabajador que, como el recurrente, es sometido a un trato discriminatorio, derivado del ejercicio de funciones sindicales en defensa de sus compañeros de trabajo, de la intensidad y duración en el tiempo del que ha quedado acreditado en el relato de hechos probados, sufre un maltrato o daño psicológico que, con independencia de otras consecuencias que puedan depender de las condiciones personales del sujeto afectado, se da en todo caso, sin que sea factible a veces aportar prueba concreta del perjuicio sufrido y de su cuantificación monetaria, dada su índole.*”

²⁴Art. 183.1 LRJS: *Cuando la sentencia declare la existencia de vulneración, el juez deberá pronunciarse sobre la cuantía de la indemnización que, en su caso, le corresponda a la parte demandante por haber sufrido discriminación u otra lesión de sus derechos fundamentales y libertades públicas, en función tanto del daño moral unido a la vulneración del derecho fundamental, como de los daños y perjuicios adicionales derivados.*

²⁵Art. 179.3 LRJS: *La demanda, además de los requisitos generales establecidos en la presente Ley, deberá expresar con claridad los hechos constitutivos de la vulneración, el derecho o libertad infringidos y la cuantía de la indemnización pretendida, en su caso, con la adecuada especificación de los diversos daños y perjuicios, a los efectos de lo dispuesto en los artículos 182 y 183, y que, salvo en el caso de los daños morales unidos a la vulneración del derecho fundamental cuando resulte difícil su estimación detallada, deberá establecer las circunstancias relevantes para la determinación de la indemnización solicitada, incluyendo la gravedad, duración y consecuencias del daño, o las bases de cálculo de los perjuicios estimados para el trabajador.*

establece que el juez “deberá” pronunciarse acerca de la indemnización correspondiente por vulneración de derechos fundamentales, incluyendo los daños morales. La obligatoriedad a la que se refiere este precepto probablemente no implica que el juez deba sustituir la acción de las partes (con la matización que se expone en el siguiente párrafo): parece que sirve tan solo para neutralizar la doctrina del TS de 1996, restituyendo la naturalidad de la indemnización por vulneración de derechos fundamentales en el sentido propugnado por la STC 246/2006. Lo más relevante es que en el art. 179.3 LRJS se establece para los daños morales que, *cuando resulte difícil su estimación detallada* (lo que previsiblemente ocurrirá casi siempre), se exime al demandante de concretar aquellas bases y elementos clave de la indemnización que reclamaba la doctrina del TS de 1996. Bastaría al respecto la referencia a *...la gravedad, duración y consecuencias del daño*, tal y como estableció la doctrina del Tribunal Constitucional de 2006.

Una matización cabe hacer, sin embargo, al tema de la capacidad de los tribunales para establecer de oficio indemnizaciones, porque no puede decirse que esta posibilidad esté definitivamente descartada en nuestro ordenamiento. Recientemente el TS ha reconocido en varias ocasiones algunas indemnizaciones de oficio, sin haber sido previamente solicitada por la parte demandante, e incluso ante comportamientos empresariales que no podían considerarse ilícitos. Así sucedió cuando el TS cambió su doctrina acerca de las consecuencias que debían aplicarse cuando se producía la cobertura reglamentaria del puesto ocupado por el indefinido no fijo en la Administración²⁶. Aunque la doctrina anterior había establecido que la cobertura de la plaza era causa para la extinción, la jurisprudencia más reciente ha establecido que procede en estos casos la indemnización establecida para la extinción de los contratos temporales²⁷. Dicho reconocimiento se ha producido sin que hubiera sido solicitado en la demanda, y el TS lo ha fundado en la aplicación de lo establecido en el art. 49.1.c ET²⁸. Previamente, en el poco tiempo que duró la doctrina del reconocimiento de la misma indemnización por extinción de contratos temporales en el supuesto de amortización de la plaza ocupada por el indefinido no fijo, también se reconoció dicha indemnización aun sin haber sido solicitada en demanda²⁹. Probablemente se trata de una solución de emergencia motivada por la necesidad de asegurar la adecuada aplicación de la Directiva 99/70 de 28 de Junio de 1999, sobre el trabajo de duración determinada, en los términos que había establecido el TJUE en 2014³⁰. Pero en todo caso se trata de una peculiaridad que no puede dejar de constatarse y que plantea la cuestión de si no podría servir también el art. 183.1 LRJS como fundamento de indemnizaciones de oficio por vulneración de derechos fundamentales, del

²⁶Traté el tema de la extinción de los contratos indefinidos no fijos con referencia a ésta y a otras cuestiones en BALLESTER PASTOR, “Novedades y rémoras de la contratación temporal en la Administración Pública”, *Revista de Derecho Social*, 72, 2016

²⁷Que el art. 49.1.c ET cuantifica en 12 días de salario por año de servicio.

²⁸Un comentario al respecto por BERTRAN DE HEREDIA, “Extinción de indefinidos no fijos por cobertura de plaza ¿Indemnización por extinción, si o no?”, *Una mirada crítica a las relaciones laborales* (blog del autor), 2015

²⁹STS de 13 de Enero de 2014, rec. 1380/2012. Al respecto, ARENAS VIRUEZ, “Extinción del contrato indefinido no fijo por cobertura y por amortización de la plaza”, *Temas Laborales*, 129, 2015, pág. 156.

³⁰STJUE de 11 de Diciembre de 2014, asunto *Leon Medialdea*, C-86/14

mismo modo que el art. 49.1.c ET ha servido para justificar indemnizaciones de oficio en otros supuestos.

5)La ratificación de la doctrina en torno a la indemnización por daños morales se produjo en la STS de 5 de febrero de 2013, rec. 89/2012. Esta sentencia, de la que fue ponente el Magistrado Alarcón Caracuel, se produjo en un momento transitorio puesto que la LRJS ya había sido aprobada pero el caso planteado correspondía a un momento anterior. Se refería a un supuesto de despido nulo por vulneración de derechos fundamentales, producido tras comportamientos empresariales contrarios a la dignidad del trabajador (incumplimientos empresariales a órdenes judiciales de reposición por traslados y modificaciones ilícitas). Sirvió, en todo caso, para consolidar una interpretación en torno a los daños morales que se ha reiterado en sentencias posteriores³¹, que refuerza la doctrina del RC y que se sustenta en torno a los siguientes elementos: (i) La normalización del daño moral, cuya prueba ya no requiere ni las bases ni los elementos clave a los que hacía referencia la doctrina del TS de 1996; (ii) la no automaticidad de la indemnización por daños morales (propia de la doctrina del TS de 1993), puesto que el reconocimiento del daño moral requiere tener en cuenta los factores concurrentes (fundamentalmente, gravedad de la conducta y efectos en la víctima); (iii) la validez del baremo de la LISOS, para la determinación de la cuantía de la indemnización, aunque su aplicación no resulta obligatoria y es sencillamente una de las posibles; (iv) y la confirmación de la validez de indemnizaciones efectivas (por suficientemente elevadas: en este caso se reconoció una indemnización por daños morales de 60.000 euros), particularmente en un supuesto como el que se planteaba que terminó con la calificación de la nulidad del despido que ya tiene establecido su propio sistema de restitución *in natura*.

5)Hay un aspecto de notable importancia en este marco configurado para los daños morales por vulneración de derechos fundamentales, y es la incertidumbre en torno a su cuantía. El baremo de la LISOS es admisible pero no es obligatorio. En principio parece adecuado porque refleja la penalización social frente al comportamiento ilícito del empresario. A fin de cuentas el daño moral surge a partir de la consideración de esta actitud culpable y degradante del empresario. Pero incluso aunque se utilice (parece ser que se está convirtiendo en el parámetro de referencia más recurrido), la sanción por infracción muy grave prevista en la LISOS tiene un espectro amplísimo: por ejemplo, en grado medio establece una multa entre 25 000 y 100 000 euros. Es previsible, pues, que ante situaciones parecidas se produzcan diferentes indemnizaciones. Y ello se refuerza por la propia formulación del art 183.2 LRJS, que señala que *El tribunal se pronunciará sobre la cuantía del daño, determinándolo “prudencialmente” cuando la prueba de su importe exacto resulte demasiado difícil o costosa, para resarcir suficientemente a la víctima...* Al respecto, el TS admite la aplicación de diferentes baremos o incluso la no aplicación de ninguno

³¹Por ejemplo, STS de 14 de Marzo de 2014, rec.119/2013, sobre los daños morales vinculados a la falta de información por parte de la empresa a los delegados sindicales de un determinado sindicato. Los factores que en esta sentencia se consideraron suficientes para entender que concurría responsabilidad por daños morales fueron *el perjuicio para la actividad sindical en defensa de los trabajadores dado el contenido de la información solicitada y denegada, y más, si tenemos en cuenta la falta de funcionamiento del comité de empresa... la reiteración del comportamiento empresarial; ... (y) la existencia de resoluciones judiciales anteriores en las que (la empresa) ya había sido condenada por idéntica situación.*

de ellos (STS de 14 de Abril de 2014, rec. 1667/2013) y además refiere que no procede alterar los criterios para la determinación de la indemnización aplicados en instancia a menos que exista manifiesta arbitrariedad (STS de 14 de Marzo de 2014, rec. 119/2013). Hasta la fecha la intervención del TS para hacer homogéneos los criterios de interpretación de algún baremo se han limitado al baremo de circulación para los accidentes de trabajo motivados por incumplimiento de la normativa de prevención. No existen criterios para la interpretación del baremo de la LISOS. Teniendo en cuenta que las circunstancias concurrentes en cada caso son diferentes para la determinación de los daños morales, por la propia naturaleza de los mismos, aunque la conducta de origen sea la misma; teniendo en cuenta también que el hecho de que la indemnización sea impredecible refuerza su carácter disuasorio porque imposibilita que la cuantía de una eventual indemnización se incorpore al listado de gastos ordinarios de la empresa; teniendo en cuenta asimismo que la determinación prudencial de las indemnizaciones forma parte de la formulación del art. 183.2 LRJS; y teniendo en cuenta, finalmente, que éste es el modo en que se actúa en la jurisdicción civil, la incertidumbre no parece un problema demasiado grave. Más bien parece constituir un nuevo escenario al que probablemente convendría acostumbrarse.

c) Los daños morales por ilícito empresarial

Más arriba ya se ha expuesto la posibilidad de que, en sede jurisdiccional social, se reclamen del empresario indemnizaciones por daños morales a partir de situaciones no constitutivas de vulneración de derechos fundamentales, sino de meras ilegalidades de aquel. Este fue el supuesto que dio lugar a la STS de 14 de abril de 2014³². La ilegalidad consistió en el solapamiento del descanso diario entre jornadas con el descanso semanal. El conflicto resuelto por la STS versaba acerca de la procedencia de indemnización por daños morales (art. 1101 cc). La sentencia de instancia admitió la demanda y reconoció de este modo una indemnización de 4.576 euros, en los términos solicitados. Hay varios aspectos relevantes en esta sentencia: (i) Reconoce la procedencia de daños morales por simple ilegalidad, sin necesidad de que concurra vulneración de derechos fundamentales. Y para ello hace referencia expresa al art. 1101 del código civil, lo que no es demasiado frecuente en la jurisdicción social; (ii) Acepta como parámetro para la cuantificación del daño moral el de los salarios correspondientes a las horas de solapamiento, porque no se cuestionó por la contraparte. El criterio del TS, por tanto, es el de la no corrección de la indemnización que había sido demandada y reconocida en primera instancia, al no concurrir desproporción o arbitrariedad; (iii) Lo más llamativo del procedimiento de unificación ante el TS es que, en la sentencia de contraste, que obedecía a idéntico supuesto, el criterio utilizado por el juez de instancia le llevó a reconocer una indemnización de solo 1.000 euros. La STS de 14 de abril de 2014 se enfrentó, pues, no solo a la aplicación de una indemnización por los daños morales como consecuencia de una actuación ilegal, sino que también se enfrentó a la diversificación de indemnizaciones ante situaciones iguales por aplicación de criterios diferentes por parte de los varios juzgadores de instancia.

4. EL DILEMA DE LOS DAÑOS PUNITIVOS (O EL EFECTO DISUSASORIO DE LAS INDEMNIZACIONES)

³²Rec. 1667/2013. Sobre el mismo asunto y con similar tenor se pronunció el TS en otras tres sentencias de la misma fecha (rec.1665/2013, rec.1666/2013 y rec.1668/2013)

El art. 183.2 LRJS incorpora actualmente la finalidad preventiva a la indemnización por vulneración de derechos fundamentales. Establece su inciso final lo siguiente: *El tribunal se pronunciará sobre la cuantía del daño, ... para resarcir suficientemente a la víctima y restablecer a ésta, ... “así como para contribuir a la finalidad de prevenir el daño”*. Tradicionalmente (incluso antes del actual art. 183.2 LRJS) se ha considerado en España que las indemnizaciones por vulneración de derechos fundamentales tienen una naturaleza híbrida, disuasoria/represiva, de un lado, y reparadora, de otro³³. Pero el objetivo disuasorio se diluía en el reparador y nunca justificó una indemnización adicional a la estrictamente reparadora. Latía la idea de que la función disuasoria por incumplimientos empresariales (constituyeran o no vulneración de derechos fundamentales) se satisfacía por medio de la aplicación de sanciones administrativas. Lo que a continuación se expone no guarda relación con esa funcionalidad diluida o implícita de cualquier indemnización, sino con el posible reconocimiento de una indemnización adicional para garantizar el efecto disuasorio cuando la compensación estricta pudiera no ser suficiente.

a) La justificación de la indemnización por daños punitivos: origen y evolución

El plus indemnizatorio autónomo con función disuasoria es el que en derecho anglosajón recibe el nombre de *punitive damages*, una figura de origen británico que ha terminado siendo arquetipo norteamericano³⁴ y que introduce el factor preventivo/disuasorio en el sistema indemnizatorio por daños de los países del *common law*. Sin embargo, en los sistemas de derecho civil continental, la tradición jurídica se ha configurado en torno a la separación entre la finalidad preventiva (correspondiente al Poder Público por medio de la sanción administrativa) y la función reparadora (correspondiente a la indemnización estrictamente reparadora por daños)³⁵. De hecho por parte de algunos sectores en Europa continental existe una oposición radical a los daños punitivos por considerarse ajenos a la tradición europea y especialmente al principio *nulla pena sine legge*³⁶. La responsabilidad civil privada y la responsabilidad criminal o administrativa permanecen desgajadas en la tradición continental, mientras que en la tradición anglosajona del *common law* la figura de los *punitive damages* existe

³³ Por todas, STS de 20 Septiembre 2007 (rec.3326/2006), en la que expresamente se señalaba, con relación a una indemnización por vulneración de derechos fundamentales adicional a la establecida por rescisión contractual del art. 50 ET, lo siguiente: *De otra parte tampoco es ocioso argumentar aludir a la oportunidad de mantener la procedencia de estas indemnizaciones adicionales, habida cuenta del conveniente efecto disuasorio que representan frente a posibles infracciones de los derechos fundamentales de los trabajadores.*

³⁴ P. SALVADOR CODERCH, “Punitive damages”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 4, 2000, pág. 139

³⁵ Existen bastantes estudios acerca de las diferencias entre los sistemas anglosajones de derecho común y los continentales en relación a la admisión de los daños punitivos. Por todos, H. KOZIOL, “Punitive damages – A European perspective”, 68 *Louisiana Law Review*, 2008; or J. GOTANDA, “Punitive damages: a comparative analysis”, 42 *Columbia Journal Of Transnational Law (2003-2004)*

³⁶ Por ejemplo, EUROPEAN GROUP ON TORT LAW, “Principles of European Tort Law: text and commentary”, 2005, pág. 159 (<http://www.egt.org/>) o STUDY GROUP IN A EUROPEAN CIVIL CODE AND RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (AQUIS GROUP), “Principles, definitions and models rules of European Private Law. Draft common frame of reference” 2009, Art. VI-6, (<http://www.copecl.org/>)

como una institución a mitad de camino entre ambas³⁷. Sin embargo, ambos sistemas han terminado por mezclarse.

De un lado, se aprecia cierta evolución en los sistemas jurídicos continentales hacia la integración de los daños punitivos en las correspondientes indemnizaciones. Por ejemplo, en Francia se ha planteado la revisión del código civil a efectos de que se incorporen los daños punitivos en la responsabilidad por daños³⁸. Fundamentalmente este reconocimiento de la función disuasoria de la indemnización por daños en los sistemas continentales se ha desarrollado al tiempo que se desarrollaba la conciencia acerca de la escasa protección dispensada por la indemnización civil. De este modo, la incorporación de los daños punitivos a la indemnización civil por daños permitiría incrementar su cuantía, dado que la aplicación de criterios objetivos en su determinación ha supuesto un ajuste a la baja que en ocasiones no asegura una reparación efectiva³⁹. Sin embargo, pese a las críticas y reticencias, su lenta y progresiva integración en los sistemas continentales, parece indudable.

Al mismo tiempo, en los países del *common law* se van introduciendo matizaciones a los daños punitivos que recuerdan características del derecho continental de daños, al menos en tanto en cuanto intentan encontrar un marco objetivo de referencia: (i) Por ejemplo, en Reino Unido, donde se originaron los daños punitivos, actualmente su imposición queda prácticamente limitada a dos supuestos: determinadas actuaciones graves e inconstitucionales de los funcionarios y cuando el demandado hubiera especulado con el hecho de que sus ganancias con el daño superaran la indemnización a la que pudiera ser condenado⁴⁰. (ii) En algunos Estados norteamericanos existen tope máximos para la determinación de los daños punitivos⁴¹ e incluso doctrinalmente se han intentado aproximaciones cuantitativas por medio de fórmulas matemáticas que tienen en cuenta factores tales como la probabilidad de no ser descubierto, índice de litigiosidad, cuantía del daño, etc... a efectos de establecer parámetros de medición objetiva para el factor preventivo/disuasorio⁴². Sin embargo los Tribunales

³⁷T. ROUHETTE, "The availability of punitive damages in Europe: growing trend or nonexistent concept", 74 *Defendant Counsel Journal* (2007), pág. 320

³⁸J. GOTANDA, "Charting developments concerning punitive damages: is the tide changing?", 45 *Columbia Journal Transnational Law* (2006-2007), pág. 507. Asimismo refiere este autor la existencia de decisiones judiciales ejecutorias de sentencias norteamericanas de sentencias condenatorias por daños punitivos en Italia y España, lo que podría considerarse un reconocimiento implícito de su legitimidad, dado que solo procede el *exequátur* cuando la obligación para cuyo cumplimiento se haya procedido sea lícito en el país ejecutante. Constatando el acercamiento entre el sistema norteamericano de los daños punitivos y el sistema alemán, V. BEHR, "Punitivedamages in American and German Law – tendenciastowardsapproximation of apparently irreconcilable concepts", 78 *Kentucky LawReview* (2003), pág. 148-152; De hecho la jurisprudencia alemana admitió en alguna sentencia antigua la funcionalidad disuasoria de la indemnización por daños, tal y como refieren P. SALVADOR CODERCH Y M.T. CASTIÑEIRA PALOP, *Prevenir y castigar. Libertad de información y expresión, tutela del honor y funciones del derecho de daños*, Madrid, 1997, pág. 171. Con relación a España, S.R. JABLONSKY, "Translation and comment: enforcing U.S. punitive damages awards in foreign Courts – a recent case in the Supreme Court of Spain", 24 *Journal of Law and Commerce*, (2004-2005), pág. 391.

³⁹Al respecto, H. KOZIOL, "Punitivedamages – A European perspectiva", op. cit. pág. 758; y P. SALVADOR CODERCH, "Punitivedamages", op. cit. pág. 150. Frente a ello se ha alegado que si las indemnizaciones reparadoras son insuficientes deberían establecerse mecanismos de corrección al alza, pero no incorporar factores de corrección externos como los daños punitivos.

⁴⁰Al respecto, MAGNUS, "Why is..", op. cit. pág. 10

⁴¹J. GOTANDA, "Punitive damages: a comparative analysis"..., op. cit. pág. 392

⁴²S. SHAVELL y A.M. POLINSKY, "Punitive damages: an economic analysis", 111 *Harvard Law Review* (1998), pág. 2

norteamericanos suelen utilizar fundamentalmente el criterio de la razonabilidad en la determinación de la cuantía de los daños punitivos⁴³ (iii) Algunos Estados norteamericanos han eliminado los daños punitivos aunque es interesante resaltar que los Estados con mayor tradición europea continental (por ejemplo Louisiana) los han incorporado expresamente en sus ordenamientos⁴⁴. (v) Algunos Estados norteamericanos han introducido el beneficio social en los daños punitivos, estableciendo la obligación de que parte de ellos revierta en el Estado⁴⁵.

En todo caso, el debate actual en torno a los daños punitivos, tanto en los sistemas anglosajones como en los continentales es consecuencia de una nueva amenaza: históricamente el mantenimiento de los daños punitivos en los sistemas del *common law* constituyó un resquicio del antiguo régimen. Simbolizaba la resistencia a la separación entre el derecho público y el privado al tiempo que cuestionaba el principio de legalidad. Ello explica la semioscuridad en la que se mantuvieron los daños punitivos durante siglos en los sistemas anglosajones. Pero el renacimiento de los daños punitivos evidencia que puede ser un instrumento para la efectividad del derecho en un mundo globalizado con intensas desigualdades. En efecto, la virtualidad de los daños punitivos se ha reforzado a partir de la globalización, y de la existencia de empresas multinacionales a las que el bajo nivel de litigiosidad individual en el ámbito del consumo privado no las disuadiría de llevar a cabo comportamientos ilegales. Asimismo, el propio principio de seguridad jurídica ha ido consolidando en todos los sistemas jurídicos un marco indemnizatorio que, a fuerza de baremos y de aplicaciones matemáticas, no solo ha menguado las indemnizaciones a mínimos, sino que también las ha hecho totalmente previsibles. En consecuencia, la aplicación estricta del principio de legalidad ha implicado que el coste del comportamiento ilícito se incorpore a las estrategias empresariales sobre costes y no necesariamente para que dichos derechos se cumplan. Cuando se trasladan estos presupuestos al ámbito jurídico laboral las similitudes resultan evidentes: existe un contexto de desigualdad claro, no solo entre las empresas grandes y las pequeñas, sino también entre empresarios y trabajadores (el conflicto clásico entre capital y trabajo, acentuado recientemente a base de recortes y reformas laborales). Al mismo tiempo se acentúa el aislamiento entre trabajadores como consecuencia, no solo del retroceso del sindicalismo clásico, sino también del incremento de la rotación laboral. No parece arriesgado concluir en que las indemnizaciones compensatorias estrictas en muchas ocasiones pueden no tener la eficacia disuasoria suficiente como para asegurar efectividad a la norma laboral.

b)La normativa de la Unión Europea sobre los daños punitivos

⁴³De hecho en el asunto que suele considerarse emblemático en la tradición norteamericana de los daños punitivos (BMW of North America Inc. Vs Gore, 517 U.S. 559 (1996)) la parte demandante intentó una aproximación “objetiva” para la determinación de los daños punitivos (daño real multiplicado por 1000, que eran los vehículos que podían haber sido repintados por BMW sin que se hubiera advertido ni reclamado). Pero la Corte Suprema aplicó parámetros de razonabilidad y forzó a una indemnización por daños punitivos inferior.

⁴⁴Como por ejemplo, New Hampshire, MAGNUS, “Why is...”, op. cit. pág. 6

⁴⁵Por ejemplo, el 75% de los daños punitivos deben abonarse al erario público en el Estado de Georgia, MAGNUS, “Why is...”, op. cit. pág. 7

El TJUE desde antiguo ha establecido que las indemnizaciones por discriminación por razón de sexo debían tener una entidad suficiente para ser disuasorias⁴⁶. Actualmente, en la Directiva 2006/54 de 5 de Julio de 2006 (directiva de refundición sobre discriminación por razón de sexo) se diferencia entre la indemnización que corresponde a la víctima de discriminación por razón de sexo (art. 18⁴⁷) y la sanción por incumplimiento que los Estados miembros deben establecer para garantizar la efectividad de la Directiva (art. 25⁴⁸). Pero esta separación entre indemnización y sanción de la Directiva no es tajante: Efectivamente, el art. 18 de la Directiva 2006/54 establece que los Estados miembros deben garantizar indemnizaciones reales y efectivas, que sean a su vez *disuasorias* y proporcionales. Y el art. 25 de la Directiva señala, a su vez, que las sanciones *podrán incluir la indemnización a la víctima*. La Directiva de este modo reconoce la posibilidad de que reparación y sanción vayan juntas (en una indemnización que incluya daños punitivos adicionales) o separadas (indemnización reparadora, de un lado; y sanción, de otro). En el asunto *Arjona Camacho*⁴⁹ el TJUE estableció que, pese a que el art. 18 de la Directiva 2006/54 establecía que la indemnización debía ser disuasoria, no cabía deducir que todas las indemnizaciones por vulneración del derecho a la no discriminación por razón de sexo debían incluir daños punitivos. También estableció el TJUE en el asunto *Arjona Camacho* que era legítimo que los ordenamientos permitieran la inclusión de daños punitivos en estas indemnizaciones, pero que ello no dejaba de ser una prerrogativa para asegurar la efectividad de lo establecido en la Directiva (art. 25), no una obligación para los Estados miembros, que disponen de libertad para asegurar la efectividad de la Directiva por cualquier medio⁵⁰. Este dilema en torno a la posible inclusión de los daños punitivos en las indemnizaciones por vulneración del derecho a la no discriminación surgió a partir de la reforma operada en 2002 en la Directiva 76/207 (la directiva antidiscriminatoria por razón de género anterior a la actual Directiva 2006/54) por medio de la Directiva 2002/73. La reforma consistió en añadir al típico precepto de garantía de efectividad que se establece en todas las Directivas (y que se contenía en el art. 6 de la Directiva 76/207) una previsión expresa en torno a la necesidad de que existiera una indemnización real y efectiva⁵¹.

⁴⁶ Por ejemplo, en la STJUE de 10 de abril de 1984, asunto *Von Colson y Kamann*, C-14/83, el Tribunal estableció que la indemnización en un supuesto de discriminación por razón de sexo en el acceso al empleo debía tener un *efecto disuasorio real respecto al empresario* (párrafo 23).

⁴⁷ Establece al respecto el art. 18 de la Directiva 2006/54, en su primer inciso, lo siguiente: *Los Estados miembros introducirán en sus ordenamientos jurídicos nacionales las medidas necesarias para garantizar la indemnización o la reparación, según determinen los Estados miembros, real y efectiva del perjuicio sufrido por una persona a causa de una discriminación por razón de su sexo, de manera disuasoria y proporcional al perjuicio sufrido.*

⁴⁸ Establece el art. 25 de la Directiva 2006/54 lo siguiente: *Los Estados miembros establecerán el régimen de sanciones aplicable en caso de incumplimiento de las disposiciones nacionales adoptadas en cumplimiento de la presente Directiva, y adoptarán todas las medidas necesarias para garantizar su aplicación. Las sanciones, que podrán incluir la indemnización a la víctima, serán efectivas, proporcionadas y disuasorias.*

⁴⁹ STJUE de 17 de Diciembre de 2015, C-407/14

⁵⁰ Así lo estableció desde antiguo el TJUE, por ejemplo, en la STJUE de 10 de Abril de 1984, C-14/83, asunto *Von Colson y Kaman*

⁵¹ La previsión de indemnización es novedosa porque no suele aparecer en las Directivas. La reforma operada en 2002 supuso que la indemnización compensatoria en casos de discriminación por género, pasaba a ser obligatoria, no una mera garantía del cumplimiento de la Directiva. El precepto garantizador de efectividad de la Directiva pasó a ser el art. 8. quinto de la Directiva 76/207, que posteriormente fue el art. 25 de la actual Directiva 2006/54. Este precepto es el que expresamente utiliza el término *sanción*.

En la actualidad el art. 18 de la Directiva 2006/54 sigue siendo un precepto excepcional en esta materia. De hecho, ni siquiera las otras dos Directivas antidiscriminatorias (la 2000/43⁵² y la 2000/78⁵³) establecen la obligatoriedad de indemnizaciones: tan solo hacen referencia a que las “sanciones” establecidas deben ser disuasorias, y *que podrán incluir la indemnización a la víctima*⁵⁴. Esta formulación se mantiene en la esfera de la mera garantía de efectividad de las Directivas, dejando libertad a los Estados miembros para que escojan la medida disuasoria que consideren oportuno. En el caso de que se estableciera una indemnización cabría tanto la doctrina continental de la diferenciación entre reparación privada y sanción pública, como la anglosajona de los daños punitivos incorporados a la indemnización. En puridad de términos, sin embargo, las Directivas 2000/43 y 2000/78 no establecen que deba existir indemnización porque no existe en estas Directivas un equivalente al art. 18 de la Directiva 2006/54. En lo que aquí interesa, sin embargo, que reconocen la posibilidad de que la indemnización contenga daños punitivos si así lo estableciera el ordenamiento.

Todavía es posible encontrar más indicios en el ordenamiento de la Unión Europea que apuntan a la virtualidad disuasoria (y no estrictamente compensatoria) de las indemnizaciones. Efectivamente, la libertad de que disponen los Estados miembros para escoger el mecanismo que consideren más adecuado para garantizar la efectividad de lo establecido en una Directiva puede consistir en el establecimiento de una indemnización. En ese caso corresponde al juez interno determinar si esta indemnización es adecuada para garantizar la efectividad de la Directiva. Así lo estableció expresamente el TJUE con relación a la eventual indemnización que pudiera reconocerse en los casos de extinción del indefinido no fijo en la Administración por cobertura reglamentaria o por amortización de la plaza que ocupara⁵⁵. La indemnización, por tanto, puede ser un instrumento válido para garantizar la efectividad de la normativa de la Unión Europea, tan válido como una sanción administrativa o una sanción penal. De ello puede concluirse, pues, que el ordenamiento de la Unión Europea no se opone a la eficacia disuasoria autónoma que puedan tener los daños punitivos en una indemnización por daños.

c) Cabida de los daños punitivos en el ordenamiento jurídico laboral español

En el art. 183.2 LRJS el factor disuasorio aparece no solo como un factor posible a tener en cuenta en el cálculo de la indemnización por vulneración de derechos fundamentales, sino como un factor aparentemente obligatorio (*El Tribunal se pronunciará...*). La finalidad resarcitoria y la finalidad preventiva son, así, los dos ejes determinantes de la

⁵² Directiva 2000/43, de 29 de Junio de 2000, que prohíbe la discriminación por razón de origen racial o étnico

⁵³ Directiva 2000/78, de 27 de Noviembre de 2000, que prohíbe la discriminación por razón de edad, discapacidad, religión, convicciones y orientación sexual

⁵⁴ En el art. 15 de la Directiva 2000/43 se establece que *Dichas sanciones, que podrán incluir la indemnización a la víctima, serán efectivas, proporcionadas y disuasorias*. La misma redacción tiene el art. 17 de la Directiva 2000/78

⁵⁵ En la STJUE de 11 de Diciembre de 2014, C-86/14, asunto *León Medialdea*, se establece lo siguiente: *...incumbe al juzgado remitente apreciar, con arreglo a la normativa, a los convenios colectivos y/o a las prácticas nacionales, qué naturaleza ha de tener la indemnización concedida a un trabajador como la demandante en el litigio principal para considerar que esa indemnización constituye una medida suficientemente efectiva para sancionar los abusos, en el sentido de la cláusula 5, apartado 1, del Acuerdo marco*. Este asunto versaba acerca de la aplicación en España de la Directiva 1999/70, sobre trabajo de duración determinada, en relación con las consecuencias de la amortización o la cobertura reglamentaria de la plaza ocupada por el indefinido no fijo en la Administración.

cuantía indemnizatoria. La referencia expresa a la finalidad preventiva del art. 183.2 LRJS resulta de particular interés porque remite a una cuantía adicional a la destinada estrictamente a reparar el perjuicio causado (*así como...*), lo que parece reconducir al daño punitivo adicional si la indemnización estricta no cumpliera su finalidad disuasoria. Algunas sentencias en España han empezado ya a reconocerlo⁵⁶. La doctrina científica española acepta⁵⁷ o no⁵⁸ el daño punitivo autónomo con fundamento en similares argumentaciones a las que más arriba se han referido.

En mi opinión, es perfectamente admisible en el ordenamiento jurídico laboral español la indemnización adicional por daños punitivos que reconoce el art. 183.2 LRJS en caso de vulneración de derechos fundamentales. Y no parece que la norma procesal española haya creado de esta manera un derecho sustantivo, sino que meramente se ha limitado a reflejar una característica de las indemnizaciones para que sean efectivas. Por ello, aunque no se establezca expresamente, tal vez también cabría reconocer la posibilidad de daños punitivos en las indemnizaciones que procedieran por cualquier ilegalidad del empresario, aunque no hubiera existido vulneración de derechos fundamentales.

El concepto de daños punitivos no es ajeno a la tradición jurídico laboral española: Es buena prueba de ello el recargo de prestaciones de seguridad social⁵⁹ establecido en el art. 164 LGSS⁶⁰ que, por cierto, es mencionado entre los estudios civilistas comparados como claro ejemplo de integración normalizada de daños punitivos en sistemas de responsabilidad de tipo continental⁶¹, aunque parte de la doctrina iuslaboralista haya cuestionado su justificación⁶². El art. 164 LGSS ha superado el filtro del art. 25 de la Constitución española (*nulla poena sine legem*). Pero a poco que se busque en el ordenamiento laboral español es posible advertir otros instrumentos de fijación de daños punitivos: por ejemplo, en el art. 281 LRJS, dedicado al auto de resolución del incidente de no readmisión en las sentencias de despido, se establece la posibilidad de que el juez fije una indemnización adicional de hasta quince días de salario por año de servicio con

⁵⁶ Por ejemplo, en la SJS 13 de Barcelona, de 14 de marzo de 2014 (autos 1227/13) se establece lo siguiente: *Finalmente en cuanto a la función preventiva que conforme a lo dispuesto en el art. 183.2 LRJS debe tener la indemnización que se fije, constituyendo una verdadera indemnización punitiva, teniendo en cuenta que no constan, por lo menos, no se han alegado ni justificado otras situaciones en que la empresa haya sido declarada o condenada como autora de vulneración de derechos fundamentales a otros trabajadores, pero por otra parte tratarse de una empresa con multitud de centros de trabajo, un número importante de trabajadores y una capacidad económica considerable, que impone establezca una indemnización significativa para que pueda tener algún efecto preventivo, es necesario establecer en este punto un indemnización por importe de 10.000 euros*

⁵⁷ C. MOLINA NAVARRETE, *Análisis de la nueva Ley reguladora de la Jurisdicción Social. Nuevas reglas legales, nuevos problemas, nuevos retos*, Madrid, 2012, pág. 316, considera que el art. 183.2 incluye la indemnización autónoma adicional por daños punitivos

⁵⁸ Por ejemplo, aplicando presupuestos procedentes de la teoría civil de responsabilidad por daños, considera que el concepto de daños punitivos es incompatible con el ordenamiento español, M.T. ALAMEDA CASTILLO, “Repensando el modelo de tutela resarcitoria en la vulneración de derechos fundamentales inespecíficos en el contrato de trabajo”, *Revista de derecho Social*, 66, 2014, pág. 46

⁵⁹ Sobre su naturaleza híbrida, son estudios ya clásicos, J.L. MONEREO PEREZ, *El recargo de prestaciones por incumplimientos de seguridad e higiene en el trabajo*, Civitas, 1992, pág. 86ss; o ALFONSO MELLADO, *Responsabilidad empresarial en materia de seguridad y salud laboral*, Valencia, 1998, pág. 31 ss.

⁶⁰ Real Decreto Legislativo 8/2015 de 30 de Octubre. El art. 164 de la actual LGSS de 2015 se corresponde con el art. 123 de la anterior LGSS

⁶¹ P. SALVADOR CODARCH, “Punitive damages”... op. cit. pág. 140

⁶² Entre otros, Y. VALDEOLIVAS GARCIA, *Aseguramiento y protección social de los riesgos profesionales. Análisis a la luz de la responsabilidad empresarial en materia preventiva*, Albacete, 2012, pág. 124 ss

un máximo de doce mensualidades sin que en ninguna parte aparezca que la funcionalidad de esta cuantía adicional sea estrictamente la reparación efectiva del daño. Sirva lo expuesto para constatar que ni la función disuasoria de las indemnizaciones como cuantía adicional sustantiva (daño punitivo, pues) es ajena a la tradición española, ni presenta vicios de constitucionalidad (porque nunca se ha establecido así para figuras similares, como por ejemplo el recargo de prestaciones de seguridad social), ni siquiera es contraria a la tradición europea.

De otro lado, las críticas tradicionales a los daños punitivos, que no solo han surgido en la esfera del derecho continental sino que emergen fundamentalmente de la doctrina anglosajona, no son insuperables: (i) La incertidumbre en torno a la cuantía de los daños punitivos ha sido, en ocasiones, objeto de crítica⁶³, pero es precisamente esta incertidumbre la que permite que tenga virtualidad su eficacia preventiva. Similar incertidumbre también concurre en la cuantificación de los daños morales sin que ello justifique su desaparición; (ii) Tampoco es insuperable el hecho de que los daños punitivos puedan concurrir con otras sanciones administrativas impuestas por la misma vulneración. La cuestión ha superado el filtro de constitucionalidad en el caso de los recargos de prestaciones de seguridad social, que puede convivir y acumularse a la sanción administrativa correspondiente. Pero en todo caso, en el ámbito de la “razonabilidad” en la determinación que corresponde al juez, nada impide que se tenga en cuenta la sanción que se hubiera impuesto o que pudiera corresponder. Y ello no porque resulten incompatibles sino simplemente porque la determinación del factor disuasorio depende de múltiples factores, uno de los cuales debe ser la imposición de eventuales sanciones. (iii) También la posible multiplicación de daños punitivos por múltiples reclamaciones (por ejemplo, por vulneración del derecho de huelga con múltiples reclamantes individuales o en caso de una actuación constitutiva de acoso con múltiples víctimas) es susceptible de solucionarse. La posibilidad de que, en tal caso, los daños punitivos fueran desproporcionados al multiplicarse su aplicación a cada uno de los reclamantes (teoría del *total harm*) ha sido una de las principales críticas realizadas desde la doctrina anglosajona a los daños punitivos⁶⁴. La solución a este problema, sin embargo, no es imposible: primero, porque con carácter general un mayor volumen de afectados incrementa la ilegalidad y, por consiguiente, aconseja una ejemplaridad también mayor⁶⁵; y, segundo, porque es posible tener en cuenta cierto ajuste proporcional de los daños punitivos para cada reclamante en atención a la existencia real o potencial de eventuales reclamaciones por daños en torno al mismo comportamiento.

Curiosamente, en algunos casos parece no suponer problema alguno la disminución de la indemnización en atención a la situación económica del obligado a su pago. Y esto, a fin de cuentas, es una aplicación de los daños punitivos inversa o a la baja. Existen varios ejemplos de sentencias en primera instancia en España que han ajustado a la baja la cuantía global de la indemnización resarcitoria por daños morales, teniendo en cuenta la situación económica de la empresa⁶⁶, con lo cual han hecho primar la finalidad

⁶³Por todos, D.B. DOBBS, “Ending punishment in punitive damages: deterrence-measured remedies”, 40 *Alabama Law Review* (1988), pág. 831

⁶⁴B. COLBY, “Beyond the multiple punishment problem: punitive damages as punishment for individual, private wrongs”, 87 *Minnesota Law Review* (2003), pág. 583

⁶⁵ Así resuelve el problema del *total harm*, H. KOZIOL, “Punitive damages...”, op. cit. pág. 755

⁶⁶ En la SAN de 14 de noviembre de 2013 (sent. nº 193/2013) se estableció lo siguiente: ... *fijamos de manera prudencial una indemnización de 600 euros para cada sindicato afectado teniendo presente la grave situación económica en la que se encuentran las empresas demandadas*”.

preventiva de la indemnización (en negativo) frente a la reparadora. Este ajuste a la baja sería imposible en el caso de que existieran daños patrimoniales efectivos de la víctima, constatados fehacientemente, en cuyo caso la disminución en atención a la capacidad económica del acreedor sería impensable. Por ello no se acierta a comprender por qué resulta admisible en aquellas sentencias la alteración a la baja de los daños morales. Probablemente haya influido que estas interpretaciones judiciales a la baja se inserten en un contexto de reticencia histórica frente al daño moral, pero este marco debiera quedar definitivamente corregido con la nueva regulación de la LRJS.