

DEREITOS FUNDAMENTAIS, INDEMNIZACIÓN POR DANOS MORAIS E PRUDENTE ARBITRIO DO XULGADOR NA SÚA DETERMINACIÓN: UNHA TORMENTA PERFECTA

JESÚS R. MERCADER UGUINA

Catedrático de Dereito do Traballo e da Seguridade Social
Universidade Carlos III (España)

jmercader@per.uc3m.es

RESUMO

O presente traballo analiza os diversos problemas que xeran as indemnizacións por danos morais derivadas da vulneración de dereitos fundamentais. Nel estúdase a evolución da doutrina xurisprudencial nesta materia e reflexiónanse sobre as principais consecuencias e problemas xurídicos que suscitan as ditas interpretacións. Cuestións como a automaticidade das indemnizacións nestes casos; a lóxica reparadora que se atopa tras elas; as funcións e disfuncións do recurso á Lei de infraccións e sancións da orde social como baremo substitutorio do réxime tarifario común ou, en fin, os complexos problemas que pode xerar a función preventiva das indemnizacións como danos punitivos escondidos, son obxecto de análise ao longo deste traballo.

Palabras chave: Dereitos fundamentais; danos morais, prudente arbitrio do xulgador; función reparadora e preventiva das indemnizacións.

ABSTRACT

This paper analyses the various problems posed by compensation for non-pecuniary damages arising from the infringement of fundamental rights. It studies the evolution of jurisprudential doctrine in this field and reflects on the main consequences and legal problems that such interpretations raise. Issues such as the automaticity of compensation in these cases; the reparatory logic behind

Recibido: 10/07/2022; Aceptado: 20/07/2022

them; the functions and dysfunctions of the use of the Law on Social Order Infringements and Penalties as a substitute for the common tariff system or, finally, the complex problems that can arise from the preventive function of compensation as hidden punitive damages, serve as an object of analysis throughout this article.

Keywords: Fundamental rights; non-material damages; prudent arbitration of the judge; reparatory and preventive function of compensation

RESUMEN

El presente trabajo analiza los diversos problemas que plantean las indemnizaciones por daños morales derivadas de la vulneración de derechos fundamentales. En el mismo se estudia la evolución de la doctrina jurisprudencial en esta materia y se reflexionan sobre las principales consecuencias y problemas jurídicos que dichas interpretaciones plantean. Cuestiones como la automaticidad de las indemnizaciones en estos casos; la lógica reparadora que se encuentra tras las mismas; las funciones y disfunciones del recurso a la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social como baremo sustitutorio del régimen tarifario común o, en fin, los complejos problemas que puede plantea la función preventiva de las indemnizaciones como daños punitivos escondidos, son objeto de análisis a lo largo del mismo.

Palabras clave: Derechos fundamentales; daños morales, prudente arbitrio del juzgador; función reparadora y preventiva de las indemnizaciones.

SUMARIO

1. Voando pontes co dereito común de danos: As indemnizacións por vulneración de dereitos fundamentais; 2. De que falamos cando falamos de vulneración de dereitos fundamentais?: Algúns complexos territorios de fronteira; 3. A presunción de prexuízo na vulneración de dereitos fundamentais: A viaxe de ida e volta á reparación automática do dano moral; 4. A cuantificación dos danos morais: Demasiadas preguntas; 4.1. Cara a onde mira Jano na

indemnización por danos morais?: Víctima ou empresa; 4.2. O "baremo" da LISOS: Os riscos dunha doutrina instalada; 4.3. A fixación prudente de indemnizacións: O xuíz de instancia é soberano na determinación e valoración do dano?; 5. Un futuro incerto: Os danos punitivos escondidos.

1. VOANDO PONTES CO DEREITO COMÚN DE DANOS: AS INDEMNIZACIÓNS POR VULNERACIÓN DE DEREITOS FUNDAMENTAIS

A reparación patrimonial dos ataques á dignidade persoal constitúe unha consecuencia natural dunha conduta esencialmente intolerable como é aquela que afecta o "núcleo básico, ineludible e irrenunciable do *status* xurídico do individuo".¹ A tutela especialmente reforzada que caracteriza os dereitos fundamentais implica, en caso de apreciarse unha violación destes, o restablecemento da vítima na integridade do dereito e a reposición no seu dereito, o que comprende a eliminación e a reparación íntegra das consecuencias xurídicas ou fácticas da actuación lesiva. Iso comporta un resarcimento dos prexuízos de índole económica efectivamente producidos. As indemnizacións nestes casos convértense en instrumento necesario para cumprir coa teleoloxía que subxace no texto constitucional que, como lembrou en varias ocasións o seu máximo intérprete, materialízase na idea de que "a Constitución protexe os dereitos fundamentais (...) non en sentido teórico e ideal, senón como dereitos reais e efectivos",² o que impide que a protección xurisdiccional dos dereitos e liberdades se converta en "un acto meramente ritual ou simbólico".³ Trátase, en

¹ Sobre a conexión entre dereitos e dignidade da persoa, v., J.J. SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA, Voz "*Dignidad de la persona*", *Enciclopedia Jurídica Básica*, Madrid, Civitas, 1995, II, p. 2491, onde insiste en que "os dereitos fundamentais son considerados como facultades ou pretensións integrantes do *status básico* do individuo, elementos imprescindibles para o seu desenvolvemento e proxección inmediata da súa dignidade de persoa".

² STC 176/1988, do 4 de outubro.

³ STC 12/1994, do 17 de xaneiro.

resumo, de establecer un efectivo remedio subsidiario cando non resulta posible restitución "in natura".⁴

Dende instancias internacionais, os "Principios de dereito europeo da responsabilidade civil", elaborados polo European Group on Tort Law, precisan no seu art. 2:102 entre os intereses protexidos: "A vida, a integridade física e psíquica, a dignidade humana e a liberdade gozan da protección máis ampla" e recollen no art. 10:301 os criterios de resarcimento polo "dano non patrimonial", que se produce, particularmente, "se a vítima sufriu un dano corporal ou un dano á dignidade humana, á liberdade ou a outros dereitos da personalidade», e na súa valoración deben tomarse en consideración "todas as circunstancias do caso, incluíndo a gravidade, duración e consecuencias do dano". Ademais, concrétase que "nos casos de dano corporal, o dano non patrimonial corresponde ao sufrimento da vítima e ao prexuízo da súa saúde física ou psíquica".

Son indemnizables non só os danos materiais e físicos senón tamén aqueles danos extrapatrimoniais que denominamos danos morais, e a súa natureza é extrapatrimonial porque consiste na privación do exercicio dun ou máis dereitos de contido non patrimonial. Por moito que no noso ordenamento o art. 1902 do CC proclame a obriga de indemnizar "calquera dano" en xeral (a diferenza de Alemaña e Italia, onde o dano "non patrimonial" só se indemniza nos casos especialmente previstos na lei), iso non nos exime da necesidade de precisar *que é* o dano moral. Aínda que entre os civilistas é frecuente definilo en negativo ("*prexuízo que nin implica unha perda de diñeiro, nin falta de ganancia, que non entraña ningunha consecuencia pecuniaria nin diminución do patrimonio da vítima*"), a xurisprudencia da Sala Cuarta do Tribunal Supremo describiu o dano moral como "aquele que está representado polo impacto ou sufrimento psíquico ou

⁴ Como lembran Y. MANEIRO VÁZQUEZ, *La tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas por los tribunales laborales*, La Coruña, Netbiblo, 2007, pp. 172-173 y D. ÁLVAREZ ALONSO, *La indemnización por lesión de derechos fundamentales en el ámbito laboral y la problemática de los "daños morales"*, Relaciones Laborales, 2014, nº 9, p. 93.

espiritual que na persoa poden desencadear certas condutas, actividades ou, mesmo, resultados, tanto se implican unha agresión directa a bens materiais, como ao acervo extrapatrimonial da personalidade, sendo o infrinxido á dignidade e á estima moral, así como o referido ao prestixio". Un dano baixo sospeita porque, como denunciaba Díez-Picazo, con demasiada frecuencia utilízase como un "concepto comodín", que o mesmo vale para un roto que para un descosido.⁵

No social, o modelo resarcitorio destes danos, como é sobradamente coñecido, atopa acomodo no art. 183 da Lei 36/2011, do 10 de outubro de 2011 pola que se regula a xurisdición social ("LXS"), cando establece que: "*Cando a sentenza declare a existencia de vulneración, o xuíz deberá pronunciarse sobre a contía da indemnización que, no seu caso, lle corresponda á parte demandante por sufrir discriminación ou outra lesión dos seus dereitos fundamentais e liberdades públicas, en función tanto do dano moral unido á vulneración do dereito fundamental, como dos danos e prexuízos adicionais derivados*". Igualmente, engade o apartado 2: "*O tribunal pronunciarase sobre a contía do dano, determinándoo prudencialmente cando a proba do seu importe exacto resulte demasiado difícil ou custosa, para resarcir suficientemente á vítima e restablecela, na medida do posible, na integridade da súa situación anterior á lesión, así como para contribuír á finalidade de previr o dano*".

A remisión ao xuíz da valoración do dano moral rompe un dos "particularismos" do Dereito do Traballo: a técnica da "taxación" ou "tarificación" das responsabilidades empresariais.⁶ O esforzo normativo encamiñouse dende sempre e ata o día de hoxe a "taxar" as consecuencias económicas da conduta empresarial e evitar a decisión xudicial de, practicadas as probas sobre o dano, fixar a

⁵ L. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *El escándalo del daño moral*, Pamplona, Thomson-Cívitas, 2008, pp. 80 e ss.

⁶ En expresión de C. MOLINA NAVARRETE, *Indemnizaciones disuasorias, nueva garantía de efectividad de la tutela social: entre retórica judicial y prácticas innovadoras*, Albacete, Bomarzo, 2019, p. 11.

indemnización adecuada ao feito axuizado. O carácter taxado implica que co pago da cantidade determinada legalmente dáse satisfacción a todos os prexuízos que se derivan da perda do emprego, tanto materiais (perda de salario e posto de traballo) como inmateriais (perdida de oportunidade de exercer a actividade profesional, de prestixio e imaxe no mercado laboral).⁷ En consecuencia, nin o empresario pode pretender o pago dunha cantidade menor nin o traballador reclamar unha maior tratando de acreditar o dano efectivamente sufrido. Unha solución que, como lembrou o ATC 43/2014, acomódase plenamente ao texto constitucional dado que: “non é posible afirmar que a opción do lexislador en favor dun sistema legal de indemnización taxada por despedimento se atope falta de fundamento, en atención ás razóns que poden xustificar obxectivamente a elección deste sistema: en concreto, a eliminación das dificultades de proba dos danos por parte do traballador, ou a unificación dos criterios a aplicar polo Xuíz e a simplificación do cálculo xudicial, así como a certeza e seguridade xurídica”.

Non fai falta lembrar, a pesar diso, que estamos nun tempo en que o modelo de indemnizacións taxadas obsérvase con desconfianza. O dito modelo indemnizador é ríxido e non graduable en relación a diversos parámetros. Négase, ademais, calquera posibilidade ao xulgador de tomar en conta as circunstancias concretas de cada caso, algo que para o Tribunal Constitucional italiano é necesario para poder “personalizar” o dano sufrido pola parte traballadora e adoptar a decisión que se estime máis adecuada sobre a contía resarcitoria. Afirmar na súa Sentenza 194/2018, que “o lexislador acaba por traizoar o obxectivo primordial da protección da indemnización, que consiste en prever unha indemnización adecuada polos danos sufridos polo traballador inxustamente despedido”.

O Tribunal Superior de Xustiza de Cataluña, na súa Sentenza do 23 de abril de 2021 (R^o 5233/2020), e en relación coa solicitude de ampliación da indemnización legal con base no

⁷ STS 29 de xaneiro de 1997 (R^o 3461/1995).

artigo 10 do Convenio 158 da OIT e na Carta Social Europea (1966), considerou que en determinados “supostos excepcionais” a indemnización resultante por aplicación da lei pode non resultar “adeuada” e, por tanto, contraria ao art. 10 do Convenio 158 OIT. Para o que se require o cumprimento de dous requisitos: (i) A notoria e evidente insuficiencia da indemnización establecida legalmente por resultar esta manifestamente exigua. (ii) A clara e evidente existencia dunha ilegalidade, fraude de lei ou abuso de dereito na decisión empresarial extintiva do contrato. Non resulta descartable que a “indemnización adecuada” incorpore outros conceptos resarcitorios cando a conduta extintiva do empregador cause prexuízos á persoa asalariada que superen o mero lucro cesante (dano emerxente, dano moral etc). Pero, ademais, esixe a sentenza, para evitar calquera indicio de arbitrariedade ou vulneración da tutela xudicial efectiva, que no *petitum* da demanda do traballador despedido se concreten os danos e prexuízos e se practique proba contraditoria sobre a súa contía.

O debate está aberto tras a reclamación colectiva presentada por UXT-CEC ante o Comité Europeo de Dereitos Sociais na que se alega que a lexislación española sobre despedimentos individuais sen causa xustificada (art. 56 ET e art.110 LXS) e a lexislación posterior contraveñen o art. 24 da Carta Social Europea revisada (dereito á protección en caso de terminación do emprego) ao prever un sistema de cálculo predeterminado legalmente que non permite modular a indemnización legalmente prevista ou avaliada para reflectir o dano íntegro sufrido, nin garante o seu efecto disuasorio.⁸ Debates pendentes á marxe, o certo é que a determinación polo xuíz dos danos de acordo co seu prudente arbitrio, “cando a proba do seu importe exacto resulte demasiado difícil ou custosa” contribúe a voar outra das pontes que tradicionalmente veñen afastando o réxime resarcitorio laboral do modelo civil. Mostra diso é a recente sentenza do

⁸ Pode atoparse en: <https://www.coe.int/en/web/european-social-charter/-/new-complaint-registered-concerning-spa-1>.

Pleno da Sala do social do Tribunal Supremo, do 20 de abril de 2022 (Rº 2391/2019), condenando a unha axencia de viaxes ao pago de 60.000 euros a un dos seus empregados como compensación por dano moral no caso dun despedimento nulo. Con ela alcanza singulares perfís unha cuestión obxecto de permanente debate: Ata onde chega o prudente arbitrio do xulgador á hora de precisar o alcance dos danos non patrimoniais cando se vulnera un dereito fundamental? Un pronunciamento que se sitúa na liña doutros anteriores e tamén recentes, en concreto as SSTs do 22 de febreiro de 2022 (Rº 4322/2019) e do 9 de marzo de 2022 (Rº 2269/2019), pero que, como dicimos, abre novas e non tan novas vías de análise.

2. DE QUE FALAMOS CANDO FALAMOS DE VULNERACIÓN DE DEREITOS FUNDAMENTAIS?: ALGÚNS COMPLEXOS TERRITORIOS DE FRONTEIRA

Complicada resulta, ademais, a determinación precisa de cal é o elenco de dereitos fundamentais que cabe deducir da nosa Constitución; en resumo, “de que falamos cando falamos de dereitos fundamentais”.⁹ Esta é a cuestión que interesou ao noso Tribunal Constitucional e na que se centraron os pronunciamentos sobre a materia nunha serie de sentenzas que arrincan da 11/1981, e entre as que se inclúen as Sentenzas do Tribunal Constitucional 137/1986, do 6 de novembro, 26/1987, do 27 de febreiro, 160/1987, do 27 de outubro e 161/1987, do 27 de outubro. Nelas, o Tribunal identificará os dereitos fundamentais con aqueles comprendidos na Sección primeira do Capítulo segundo do Título primeiro da Constitución.

A cuestión adquiriu cotas de notable complexidade e viuse en certa medida enturbada no noso Ordenamento pola referencia que o art. 81 CE fai, ao enumerar as materias reservadas a lei orgánica, aos dereitos fundamentais e

⁹ P. CRUZ VILLALÓN, *Formación y evolución de los derechos fundamentales*, Revista Española de Derecho Constitucional, 1989, nº 25, p. 36.

liberdades públicas.¹⁰ O carácter excepcional que a lei orgánica ten no sistema lexislativo español, e que conduce a unha interpretación restritiva das materias a ela reservadas, proxectou os seus efectos sobre a máis xenérica determinación da concepción dos dereitos fundamentais, irradiando a ela o referido carácter restritivo. Sobre esta base e con este fundamento, xurisprudencia constitucional e doutrina científica mantiveron, non sen certos titubeos, unha concepción “topográfica” dos dereitos fundamentais e tenderon a identificar como tales exclusivamente os establecidos na Sección primeira do Capítulo segundo do Título I da CE.

Tal concepción non mostrou unha face pacífica. Antes ao contrario, foron moitas as voces que se pronunciaron contra esta utilización restritiva da expresión dereitos fundamentais. Unha das principais críticas sairá do seo do propio Tribunal Constitucional.¹¹ Como principal patrocinador desta corrente, Rubio Llorente sinalou que a opción que circunscribe o elenco de dereitos fundamentais aos recoñecidos na Sección 1ª do Capítulo 2ª do Título I da Constitución constitúe unha solución reduccionista, que “só resulta posible a partir dunha primacía excesiva e case excluínste pola interpretación literal, pois o único argumento forte que cabe aducir en favor de tal redución é precisamente o teor literal da rúbrica que encabeza esa Sección 1ª. O de que estes dereitos son accionables na vía de amparo carece naturalmente de valor,

¹⁰ J. GARCIA TORRES, *Reflexiones sobre la eficacia vinculante de los derechos fundamentales*, Poder Judicial, 1988, nº 10, pp. 12-13.

¹¹ Así, o voto particular proposto por F. RUBIO LLORENTE á STC 26/1987, 27 de febreiro afirmará: “non comparto de ningún xeito a restrinxida concepción dos dereitos fundamentais (...) e que reduce o conxunto de tales dereitos ao daqueles que están protexidos polo recurso de amparo. Esta concepción, que se aparta do seu uso habitual na doutrina, obrigaría a negar a existencia de dereitos fundamentais en todos aqueles sistemas xurídico-constitucionais nos que non existe esta vía procesual e é, ao meu xuízo, absolutamente incompatible con nosa propia Constitución que tamén subtrae á libre dispoñibilidade do lexislador (art. 53.1) os dereitos comprendidos na Sección 2ª do Capítulo II que son tamén, por iso mesmo, dereitos fundamentais (...)”.

pois a vía procesual a través da que pode facerse valer non é nunca definición da natureza dun dereito".¹²

O propio Tribunal Constitucional chegou a sinalar que non todas as situacións xurídicas recoñecidas nos arts. 15 a 29 teñen a consistencia e a estrutura de dereitos subxectivos, únicos susceptibles de amparo. Nesta vía protéxense dereitos, non normas. Neste sentido maniféstase o ATC 360/1990, do 5 de outubro, no que o Tribunal Constitucional declara que: "o feito de que o contido normal dos preceptos situados na Sección Primeira (...) sexan dereitos e liberdades non quere dicir que todos e cada un dos seus extremos constitúan ese tipo de institucións xurídicas: algúns principios inseríronse nese apartado constitucional por distintas razóns, entre outras, a simple conexión temática. O importante para determinar a natureza dun enunciado constitucional non é só a súa localización dentro da Norma fundamental, senón outros datos, entre os que destaca a propia estrutura normativa que en cada caso posúa o enunciado...".

Nesta mesma liña situouse un importante sector da doutrina e mesmo o propio Tribunal Constitucional, que utiliza con frecuencia un concepto máis amplo de dereito fundamental.¹³

O termo dereitos fundamentais é utilizado pola nosa Constitución de forma anfibolóxica e, por iso, non pode estrañar que anfiboloxico sexa tamén o uso que fai o Tribunal Constitucional. Este opera en moitos casos cun concepto máis amplo que ao que conduce a reserva de lei orgánica e "o único reproche que cabe dirixir ao Tribunal é o de non advertir expresamente desta utilización anfibolóxica do termo".¹⁴ Así, para Cruz Villalón, dereitos fundamentais son os do Capítulo II do Título I da Constitución, na medida que "os dereitos fundamentais debían ser dereitos subxectivos, debían ter un

¹² F. RUBIO LLORENTE, *Problemas de la interpretación constitucional en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español*, en *La forma del poder (Estudios sobre la Constitución)*, Madrid, CEC, 1993, p. 626.

¹³ P. CRUZ VILLALÓN, *Formación y evolución de los derechos fundamentales*, cit., p. 38.

¹⁴ P. CRUZ VILLALÓN, *Formación y evolución de los derechos fundamentales*, cit., pp. 39-40.

contido determinado ou determinable, debían ser susceptibles de tutela xudicial efectiva e debían impoñerse ao lexislador: a partir deses datos, o art. 53.1 CE daba a máis precisa das respostas, remitindo aos dereitos do Capítulo II, sen distinción de seccións”.¹⁵ En consecuencia, cando nos preguntamos polo alcance dos dereitos fundamentais na relación de traballo, estamos a referirnos aos dereitos contidos nos arts. 14 a 38 CE.

Definido o espazo de tutela, unha controvertida cuestión de fronteira véñse formulando en relación co feito de se a nulidade obxectiva baseada na soa circunstancia do embarazo implica automaticamente a existencia de indemnización ou sería necesario probar a existencia dunha efectiva discriminación por razón de sexo. Un primeiro territorio no que se abre o debate sobre o alcance das indemnizacións derivadas de vulneracións de dereitos fundamentais é o relativo á súa proxección sobre os efectos do art. 55.5 ET. Resumidamente, procede a indemnización por danos e prexuízos na medida en que a nulidade do despedimento é, nestes casos, unha especificación da nulidade por discriminación ou, pola contra, o suposto ao que atende o art. 55.5 b) ET esixe unha proba adicional da existencia de discriminación e só, por tanto, cando quede probada esta procederá ao seu resarcimento?

A doutrina do Tribunal Supremo entendeu que o art. 55.5 b) ET establece unha garantía obxectiva e automática a favor da muller embarazada, polo que o seu despedimento nunca pode ser cualificado de improcedente, senón que dará lugar á declaración de procedencia ou de nulidade, sen necesidade, neste caso, de que medie móbil discriminatorio ou de que o empregador coñeza o estado de xestación (entre outras, STS do 17 de outubro de 2008, R^o 1957/2007 ou 14 de xaneiro de 2015, R^o 104/14). A finalidade da norma é proporcionar á traballadora embarazada unha tutela máis enérxica que a ordinaria fronte á discriminación, dispensándoa da carga de

¹⁵ P. CRUZ VILLALÓN, *Concepto de derecho fundamental: identidad, status, carácter*, en AA.VV., *Problemas actuales de los Derechos fundamentales*, Madrid, Universidad Carlos III, 1994, p. 161.

acreditar indicio ningún sobre a conculcación do dereito fundamental e eximíndoa de probar que o empresario tiña coñecemento do embarazo; cuestión esta que pertence á esfera máis íntima da persoa e que a traballadora pode desexar manter -lexitimamente- preservada do coñecemento alleo; á parte de que con iso tamén se corrixe a dificultade probatoria de acreditar a citada circunstancia [coñecemento empresarial], que mesmo se presenta atentatoria contra a dignidade da muller. Todo iso leva a entender que o precepto é “configurador dunha nulidade obxectiva, distinta da nulidade por causa de discriminación contemplada no parágrafo primeiro e que actúa en toda situación de embarazo, á marxe de que existan ou non indicios de tratamento discriminatorio ou, mesmo, de que conorra ou non un móbil de discriminación”.¹⁶

Partindo da unánime aceptación destas premisas, o certo é, con todo, que nin a doutrina de suplicación, nin tampouco a científica mantiveron, en relación coa cuestión formulada sobre a indemnización nestes casos, posicións uniformes.

Así, a STSX País Vasco de 12 xuño de 2018 (Rº 1028/2018), partindo da aplicación dos criterios que o art. 55 ET regula e da cualificación de nulidade do despedimento, considera que “é indiferente o coñecemento de tal circunstancia polo empregador respecto a unha indemnización de danos e prexuízos por vulneración do dereito fundamental. Procede estimar esta petición. A causa diso é que o despedimento nulo por causa de embarazo responde a unha tutela obxectiva, tanto da maternidade como da discriminación por razón de sexo. Iso implica que opere unha protección reforzada á traballadora nesta situación, con independencia, xa o citamos, de que exista coñecemento por parte do empregador desta circunstancia. Resaltar, respecto a esta última apreciación, que conforme o art. 183.3 LXS, a conculcación dun dereito fundamental implica a reparación”.

¹⁶ Obrigada lectura nesta materia é o excelente traballo que realizou J. GIL PLANA, *El despido de la trabajadora embarazada*, Madrid, Civitas, 2011

Esta liña interpretativa parece reiterarse pola sentenza ditada pola Sala do social do Tribunal Superior de Xustiza de Madrid o 18 de xuño de 2021 (R^o 286/2021), que conclúe que “as situacións protexidas neses apartados actúan como garantía da igualdade de trato e de oportunidades entre mulleres e homes no emprego e a ocupación, que é un dereito básico das persoas traballadoras e que a declaración de nulidade que procede por aplicación dos citados apartados do art. 55.5 do ET efectúase, e isto é importante, salvo que se declare a procedencia do despedimento por motivos non relacionados co embarazo ou co exercicio do dereito aos permisos e excedencia sinalados”. Non pode aplicarse unha “obxectividade aséptica” no caso axuizado, xa que estamos en presenza dunha actuación claramente vulneradora dos dereitos da parte traballadora ao producirse unha discriminación por razón de sexo constitucionalmente vedada.¹⁷ A referida doutrina vén establecer un automatismo indemnizador no caso de nulidade ex art. 55.5 b) ET sobre a base de proxectar a sombra de discriminación sobre estas actuacións. Para esta liña interpretativa os efectos naturais que a nulidade implica (a readmisión e o pago dos salarios de tramitación) non son suficientes e o desvalor da conduta extintiva debe asimilarse ao seu ataque á dignidade persoal e, por tanto, require dun resarcimento adicional. En resumo, tal e como establecen os Principios de Dereito Europeo da Responsabilidade Civil, cuxo valor interpretativo foi confirmado polo Tribunal Supremo nalgún pronunciamento, podería engadirse ao curso argumental que tal atención basearíase no art. 10:301. (1) “En atención ao alcance da súa protección (artigo 2:102), a lesión dun interese pode xustificar a compensación do dano non patrimonial. Este é o caso, en especial, se a vítima sufriu un dano corporal ou un dano á dignidade humana, á liberdade ou a outros dereitos da personalidade”.

¹⁷ Como lembra E. ROJO TORRECILLA nun magnífico comentario a este pronunciamento

(<http://www.eduardorojotorrecilla.es/2021/07/despedimento-por-embarazo-e-dereito.html>)

Un fundamento adicional deste xeito de razoamento podería acharse na STXUE do 22 de febreiro de 2018, Jessica Porras Guisado, C-103/1635. Nela afirmábase, certamente, que “tendo en conta o risco que supón para o estado físico e psíquico das traballadoras embarazadas, que deran a luz ou en período de lactación a continxencia dun despedimento, a protección en concepto de reparación, aínda cando dea lugar á readmisión da traballadora despedida e ao pago da retribución deixada de percibir por mor do despedimento, non pode substituír á protección de carácter preventivo”. Por iso conclúese que, “co fin de garantir tanto a fiel transposición do art. 10 da Directiva 92/85 como a protección das traballadoras embarazadas, que deran a luz ou en período de lactación contra o risco de despedimento, os Estados membros non poden limitarse a establecer unicamente, en concepto de reparación, a nulidade dese despedimento cando non estea xustificado”. Aquí atoparíase un argumento de reforzo para a extensión indemnizadora.

Non obstante, como vimos dicindo, a posición non é pacífica. A STSX Castela-León, Valladolid, 18 de novembro de 2015 (R^o 2005/2015), diferencia con boas razóns nulidade obxectiva e nulidade por causa de discriminación. Deste xeito, “se aparece un panorama indiciario de discriminación polo feito de que a traballadora se atopase de baixa laboral por razón do seu embarazo e o aborto (como resultaba no caso), sendo ademais que a empresa aveuse á pretensión principal e non tentou nin a máis mínima proba de que a súa conduta fose allea a unha intencionalidade discriminatoria”, o resultado é que o despedimento é “nulo non pola mera aplicación da norma obxectiva do art. 55.5 ET, senón porque, aínda que tal norma non existise, a situación de baixa por embarazo ou maternidade produce un panorama indiciario de que un despedimento en tal situación pode ter relación con tal circunstancia e iso obriga o empresario a acreditar que a súa motivación foi allea a tal finalidade, incluída a proba, no seu caso, de que descoñecese tal circunstancia”. Por tanto, “o despedimento era nulo neste caso non soamente por aplicación da norma obxectiva, senón por considerarse

acreditada discriminación ilícita con base nas normas aplicables á valoración da carga da proba". Por conseguinte, existe vulneración de dereitos fundamentais e procede a indemnización por tal causa (3000 euros, ao confirmarse neste punto o pronunciamento de instancia).

O referido pronunciamento remítese ao da mesma Sala do 17 de xullo de 2013 (R^o 1171/2013), no que se confirma que, nestes casos, farase precisa, ademais da mera constatación do feito determinante da nulidade obxectiva, dunha conduta vulneradora dos dereitos fundamentais, o que esixirá a análise casuística de cada concreto suposto que haxa de xulgarse.

A referida doutrina vén confirmarse pola máis recente Sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de Cataluña do 21 de xuño de 2021 (R^o 1926/2021). Nela declárase a nulidade automática do despedimento pero a falta de proba do coñecemento por parte da empresa da situación de embarazo da traballadora impide que incorrese en violación do dereito fundamental a non discriminación por razón de sexo contemplado no art. 14 CE e, en consecuencia, que proceda a condena a indemnización dos danos e prexuízos morais. E iso, razoa a Sala, "xa que a infracción do dereito fundamental ha de ser voluntaria e culpable, e unicamente cabe condena a indemnización de danos e prexuízos, segundo o art. 183 LXS, cando a sentenza declare a vulneración do dereito fundamental, que neste caso concreto non resultou acreditado, razón pola que, sen necesidade de examinar os restantes argumentos que para a absolución da condena ao pago de indemnización de danos morais que contén a sentenza, conclúese a estimación do recurso e a revogación, en parte, da sentenza, no extremo relativo á condena ao pago de 25.000 euros en concepto de indemnización de danos e prexuízos derivados da vulneración do dereito fundamental á prohibición de discriminación por razón de xénero, que se deixa sen efecto".

Desta segunda liña interpretativa extráese sen dificultade que non pode entenderse que a indemnización por vulneración de dereitos fundamentais regulada no art. 183

LXS siga a mesma pauta de obxectivización, senón que require que quede acreditada unha conduta contraria ao dereito fundamental. Por conseguinte, a imposición de indemnización en casos de declaración de despedimento nulo, cando este deveu tal pola aplicación puramente obxectiva dos artigos 55.5 b) ET e 108.2.b LXS, esixe que, ademais, se poida considerar acreditado que a actuación empresarial tivo unha intencionalidade discriminatoria. Farase precisa, ademais da mera constatación do feito determinante da nulidade obxectiva, dunha conduta vulneradora dos dereitos fundamentais, o que esixirá a análise casuística de cada concreto suposto que haxa de xulgarse.

O debate está sobre a mesa e a solución, dende logo, non é sinxela. A regulación do art. 55.5 b) ET contén, como lembrou a STC 92/2008, do 21 de xullo, unha "garantía de indemnidade" reforzada para as traballadoras embarazadas, pero é máis cuestionable que estea a sentar unha sorte de presunción "*iuris et de iure*" de discriminación. Pois, como tamén precisou o Tribunal Constitucional no citado pronunciamiento: "para entender vulnerado pola empresa o dereito da traballadora á non discriminación por razón de sexo, non basta co feito de que a traballadora fose despedida estando embarazada". E é que, "ao feito do embarazo e á circunstancia concorrente do despedimento será preciso engadir outros elementos que poñan indiciariamente en conexión o un (o factor protexido —embarazo) co outro (o resultado de prexuízo que concretaría a discriminación —extinción contractual), xa que o estado de xestación constitúe unicamente, en principio, un presuposto da posibilidade mesma da lesión do art. 14 CE, pero non un indicio de vulneración que por si só desprace ao demandado a obriga de probar a regularidade constitucional do seu acto".

Tamén suscita dúbidas a automática aplicación da STXUE do 22 de febreiro de 2018, Jessica Porrás Guisado, C-103/1635. Por iso é polo que o Tribunal Superior de Xustiza de Cataluña

na súa sentenza do 26 de abril de 2018, R^o 3002/2015,¹⁸ ao resolver sobre o fondo do asunto, conectou os mecanismos reparadores a outros tan significativos e relevantes como os que derivan da tutela dos riscos laborais no Dereito comunitario (“existe unha terceira tutela por razón de riscos laborais no Dereito comunitario, que é a que aquí interesa e que non é nin antidiscriminatoria nin obxectiva, senón que se trata dunha tutela da muller embarazada fronte ao despedimento, ao que a Directiva 92/85 considera como un risco para a súa saúde física e psíquica”).

Con todo, as dúbidas que se suscitan son relevantes e os argumentos nunha e outra dirección fundaméntanse en poderosos razoamentos. Quizais deba ser o Tribunal Supremo o que unificando doutrina nos dote de máis luz nesta materia.

3. A PRESUNCIÓN DE PREXUÍZO NA VULNERACIÓN DE DEREITOS FUNDAMENTAIS: A VIAXE DE IDA E VOLTA Á REPARACIÓN AUTOMÁTICA DO DANO MORAL

Producida a vulneración dun dereito fundamental resulta necesario formularse se procede un automático resarcimento polos danos morais derivados. O apartado 3 do artigo 9 da Lei orgánica 1/1982, do 5 de maio, de protección civil do dereito á honra, á intimidade persoal e familiar e á propia imaxe, parece deixar escasa marxe á dúbida: “*a existencia de prexuízo presumirase sempre que se acredite a intromisión ilexítima. A indemnización estenderase ao dano moral [...]*”. Sobre esta base, a Sala do Civil do Tribunal Supremo foi constante na aplicación da presunción de dano moral en supostos de intromisións no dereito á honra, intimidade e propia imaxe pero non sucedeu o mesmo coa Sala do social que transitou por distintas solucións nunha longa viaxe de ida e volta¹⁹ en que, por expresalo en palabras

¹⁸ Remitimos neste punto ao comentario de <https://ignasibeltran.com/2018/06/01/embarazadas-y-despido-colectivo-la-respuesta-del-tsj-de-cataluna-al-caso-porras-quisado>

¹⁹ Como lembra a lectura do excelente traballo de E. LÓPEZ TERRADA, *La controvertida indemnización por lesión de los derechos fundamentales de las*

do propio Tribunal Supremo, a cuestión “non tivo a uniformidade que sería desexable”.

E é que, en efecto, a doutrina do Tribunal Supremo transitou por zonas de incerteza ata alcanzar a plena aceptación da idea de que toda vulneración dun dereito fundamental leva inseparablemente unida a existencia dun dano moral que debe ser indemnizado sen necesidade de que se acredite un específico prexuízo, dado que este se presume. A referida evolución cifraa a propia Sala do social na súa Sentenza 61/2018 de 25 xaneiro en tres diferentes momentos, etapas ou, como prefere dicir, “posicións” sobre esta cuestión.

Conforme unha “primeira posición” entendeuse procedente a condena ao pago da indemnización polos danos morais causados, sen necesidade de que se acredite un específico prexuízo, dado que este se presume. Nas SSTS 9 de xuño de 1993 (Rº 3856/1992) e 8 de maio de 1995 (Rº 1319/94) estableceuse que a sentenza que aprecie lesión do dereito fundamental (no caso, liberdade sindical) ha de condenar á indemnización dos danos morais, sen necesidade de que se acredite un específico prexuízo, dado que este se presume: *“debe entenderse que non é necesario probar que se produciu un prexuízo para que naza o dereito ao resarcimento senón que, pola contra, unha vez acreditada a vulneración do dereito fundamental presúmese a existencia do dano e debe decretarse a indemnización correspondente”*.

A “segunda posición” veu alterar a anterior liña interpretativa e a establecer a esixencia de bases e elementos clave da indemnización reclamada que a xustifiquen suficientemente e que estean acreditados indicios ou puntos de apoio suficientes nos que se poida asentar a condena. A STS 22 de xullo de 1996 (Rº 7880/95), marca o punto de inflexión: *“a sentenza desta Sala do 9 de xuño de 1993 non pode ser entendida no sentido de que o demandante nestes especiais procesos queda totalmente exento da obriga de alegar e razoar na súa demanda os fundamentos da súa pretensión*

indemnizadora, nin que tampouco estea obrigado a acreditar unha mínima base fáctica que sirva para delimitar os perfís e elementos da indemnización que se haxa de aplicar; antes ao contrario, o que se declara nesa sentenza é perfectamente compatible coa necesidade de que o devandito demandante, para que a súa petición indemnizadora poida ser estimada, teña que cumprir as esixencias que se acaban de mencionar”.

Esta doutrina logo reiterada por, entre outras, as SSTS do 11 de xuño de 2012 (Rº 3336/2011), 15 de abril de 2013 (Rº 1114/2012) impuxo que o demandante debe achegar ao xuíz indicios ou elementos suficientes que sustenten a súa concreta petición indemnizadora; acreditada a violación do dereito, non é automática a aplicación da indemnización de danos e prexuízos senón que precisa da alegación de elementos obxectivos, aínda que sexan mínimos, nos que se basea o cálculo. O Tribunal Supremo lembra que, para que prospere unha condena por danos e prexuízos, é necesario que “se cumpran determinados requisitos e, entre eles, que medie petición da parte demandante concretando a cantidade solicitada, así como as bases necesarias para impoñer a condena reparatoria (sic) e o seu alcance, razoando a súa pretensión. A partir de aí, o órgano xurisdiccional, apreciando as peculiaridades de cada caso, fixará o importe da indemnización de maneira discrecional, sen que a súa decisión poida ser revisada no recurso, salvo que resulte irrazoable ou desproporcionada”.

O certo é que a STC 247/2006, do 24 de xullo, que resolveu o recurso de amparo formulado por un profesor de relixión dun centro de educación secundaria por vulneración de dereitos fundamentais, veu avala en abstracto a doutrina da Sala 4ª do Tribunal Supremo aínda que considerou que a súa aplicación ao caso concreto non respectara o dereito á tutela xudicial efectiva do recorrente pois as ditas bases ou indicios foron alegados e probados polo demandante e valorados na Sentenza de instancia -confirmada en suplicación- para fixar a indemnización pretendida: a intensidade e agresividade do comportamento antisindical da Administración demandada, o seu carácter torpe, evidente e ostensible e a súa finalidade

disuasoria (tanto para o demandante de amparo como para o resto do colectivo de traballadores ao que aquel pertencía); o feito de que o demandante sufrise un traslado de centro; que vise drasticamente reducidos a súa xornada e os seus ingresos; e, en fin, que se lle impedise durante meses o exercicio das súas funcións sindicais e, mesmo, acudir ás sesións do comité de empresa para o que fora elixido democraticamente polos traballadores.

Probablemente a principal virtualidade da sentenza radicaba "en alertar contra a lectura en exceso rigorista que a doutrina do unificada do Tribunal Supremo que se fixo ás veces nos últimos anos e cuxa aplicación sen matices pode producir situacións de inxustiza material como a que o Alto Tribunal resolve. Hai, en efecto, ocasións nas que a lesión do dereito é por si mesma elocuente sobre os danos producidos, sobre o seu alcance e posible cuantificación, e, nestes casos, esixir unha achega de proba suplementaria para recoñecer o dereito á indemnización pode ser unha forma de negar a tutela adecuada fronte á lesión dun dereito fundamental. Pero (continúa sinalando o autor) creo que non menos desafortunado sería pretender restaurar a vella doutrina do Tribunal Supremo e concluír a toda présa, sen atender ás circunstancias concorrentes, que en toda lesión dun dereito fundamental debe presumirse un dano, en última instancia moral, e que, sobre a base da presunción, pode ademais cuantificarse. A esixencia xurisprudencial de que quen pretenda o resarcimento dun dano achegue polo menos un principio de proba que o acredite está chea de sentido común".²⁰

²⁰ F. PEREZ DE LOS COBOS, *Tutela judicial efectiva y determinación de la indemnización por tutela de la libertad sindical (Comentario a la STC 247/2006)*, en M. ALONSO OLEA y A. MONTOYA MELGAR, *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, Madrid, Civitas, 2007, XXIV, p. 389. Un interesante comentario a esta sentenza pode atoparse en Y. MANEIRO VÁZQUEZ, *El derecho a la indemnización por daños morales como consecuencia de la lesión de la libertad sindical a la luz de la sentencia TC 247/2006, de 24 de julio*, *Dereito: revista xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, 2013, Vol. 22, nº ext, pp. 245-263.

Pero o certo é que, como agudamente se sinalou,²¹ a interpretación que o Tribunal Constitucional fixo da esixencia de achegar indicios suficientes da existencia dun dano "non parece tan afastada, en realidade, dunha presunción de dano moral. Se a conduta antisindical tivo una certa gravidade pode asumirse razoablemente que esta produciu tal dano. O que non será aceptable é que o demandante alegue sinxelamente unha vulneración do dereito fundamental e reclame a reparación dun dano moral sen poñer de manifesto aqueles aspectos da violación que puidesen afectar á súa dignidade". Resultado de todo iso é que a STC 247/2006 foi lida na lóxica aperturista que actualmente informa o resarcimento do dano moral.

A "terceira posición" ten como pronunciamento de referencia a STS do 19 de decembro de 2017 (Rº 624/2016). Esta recoñece abertamente un novo cambio de criterio: "a doutrina da Sala tamén foi modificada". Un cambio que, recapitulando os pronunciamentos anteriores, fundaméntase en varias razóns: «en primeiro lugar atendendo ao criterio aperturista que actualmente informa o resarcimento do dano moral (...), e pola consideración acerca da "inexistencia de parámetros que permitan con precisión traducir en termos económicos o sufrimento en que tal dano [moral] esencialmente consiste ... [o que] leva, por unha banda, a unha maior marxe de discrecionalidade na valoración (...)" e, por outra banda, "dilúe en certa medida a relevancia para o cálculo do quantum indemnizador" da aplicación de parámetros obxectivos, pois "os sufrimentos, padecementos ou menoscabos experimentados "non teñen directa ou secuencialmente unha tradución económica". E sobre todo, "en atención á nova regulación que se produciu na materia tras o art. 179.3 LXS, precepto para o que a esixible identificación de "circunstancias relevantes para a determinación da indemnización solicitada" ha de opoñerse excepción (...) "no caso dos danos morais unidos á

²¹ A. AGUILERA RULL, *Daño moral por discriminación*, en F. GÓMEZ POMAR, I. MARÍN GARCÍA (Dir.), *El daño moral y su cuantificación*, Barcelona, Bosch, 2017, pp. 572-573.

vulneración do dereito fundamental cando resulte difícil a súa estimación detallada". Criterios aos que certamente se adiantaba a Sala ao afirmar que dada a índole do dano moral, existen algúns danos deste carácter cuxa existencia ponse de manifesto a través da mera acreditación da lesión... o que adoita suceder, por exemplo, coas lesións do dereito á honra ou con determinadas condutas antisindicaís (...)

A citada liña interpretativa atopa o seu último fito confirmatorio na STS do 20 de abril de 2022 (Rº 2391/2019), que condena a unha axencia de viaxes ao pago de 60.000 euros a un dos seus empregados como compensación por dano moral no caso dun despedimento nulo. Un pronunciamento que se sitúa na liña doutros anteriores e tamén recentes, en concreto as SSTS do 22 de febreiro de 2022 (Rº 4322/2019) e do 9 de marzo de 2022 (Rº 2269/2019). Parten os referidos pronunciamentos dunha idea clásica na doutrina do noso Tribunal Supremo: os "danos morais resultan indisolublemente unidos á vulneración do dereito fundamental, e ao ser especialmente difícil a súa estimación detallada, deben flexibilizarse as esixencias normais para a determinación da indemnización"; por iso, na indemnización destes danos ábrese "a vía á posibilidade de que sexa o órgano xudicial o que estableza prudencialmente a súa contía, sen que poida esixirse ao reclamante a achega de bases máis exactas e precisas para a súa determinación". De modo que, como expresou a citada STS do 22 de febreiro de 2022, é perfectamente adecuada a actuación do traballador que se limita a solicitar unha determinada cifra en concepto de indemnización por danos morais con remisión á LISOS ao non ser "necesariamente esixible unha maior concreción na exposición de parámetros obxectivos de moi difícil cumprimento en atención á propia natureza dos danos morais reclamados".

O regreso á automaticidade queda santificado e con iso, como nunha aguda reflexión sinalou Aurelio Desdentado, "fóméntase ademais o activismo por parte do xuíz social cando se dispensa á parte da carga de establecer a valoración económica dos *danos difíciles* de avaliar, pero encoméndase

ao órgano xudicial esta tarefa: “o tribunal pronunciarase sobre a contía do dano, determinándoo prudencialmente cando a proba do seu importe exacto resulte demasiado difícil ou custosa” Estamos dentro dos límites da congruencia? Non rompe o equilibrio das partes ao dispensar a unha delas da carga de establecer a valoración do dano que reclama e ao encomendar ao xuíz a súa determinación? Non afecta isto ao principio de contradición?”.

Dicía Desdentado nun traballo inédito no que reflexionaba sobre o futuro da LXS: “A valoración económica da compensación do dano moral é algo que non pode ser acreditado a través da proba, porque non cabe un resarcimento en sentido propio, que resulta imposible pola propia natureza do dano – non hai, en realidade, prezo da dor -. Do que se trata, é de ofrecer unha compensación que nalgunha ocasión vinculouse á finalidade de conceder certas “satisfaccións polas dores padecidas” e isto é algo que, pola súa propia natureza, é de apreciación discrecional. Así que a parte terá que acreditar o dano moral e o seu alcance con referencia ás circunstancias concorrentes no caso e pedir a cantidade que, ao seu xuízo, compensa ese dano, mentres que o órgano xudicial, á vista das alegacións e da proba, establecerá *discrecionalmente* a compensación adecuada, pero sobre datos que terá que achegar quen pide esa reparación. O que non cabe é dispensar á parte da carga de alegar e acreditar o dano, encomendando esa tarefa ao órgano xudicial, para o que será máis difícil determinar un dano moral que non experimentou, á parte de que con esa substitución da parte polo xuíz lesiónase o dereito de defensa da parte contraria. Hai que ter claro que non se trata dun problema de dificultade, senón da *natureza* da reparación e do carácter discrecional e non regulado da súa apreciación”. Sexa como sexa, o retorno á automaticidade quedou definitivamente certificado tras a aprobación da Lei 15/2022, do 12 de xullo, integral para a igualdade de trato e a non discriminación. O seu art. 27 (Atribución de responsabilidade patrimonial e reparación do dano) establece que: “A *persoa física ou xurídica que cause discriminación por algún dos*

motivos previstos no apartado 1 do artigo 2 desta lei reparará o dano causado proporcionando unha indemnización e restituíndo á vítima á situación anterior ao incidente discriminatorio, cando sexa posible. Acreditada a discriminación presumirase a existencia de dano moral, que se valorará atendendo ás circunstancias do caso, á concorrencia ou interacción de varias causas de discriminación previstas na lei e á gravidade da lesión efectivamente producida, para o que se terá en conta, no seu caso, a difusión ou audiencia do medio a través do que se produciu”.

4. A CUANTIFICACIÓN DOS DANOS MORAIS: DEMASIADAS PREGUNTAS

4.1. Cara a onde mira Jano na indemnización por danos morais?: Vítima ou empresa

O debate sobre a lóxica das indemnizacións por danos morais derivados da vulneración de dereitos fundamentais ten como o Deus Jano unha “dobre face”, que metaforicamente axuda a representar o anverso e o reverso de todo problema e, por extensión, o dualismo estrutural que integra o humano. É que a precisa definición de sobre que debe proxectarse a tutela resarcitoria xera un marco de problemas de non fácil solución. En resumidas contas, resulta complexo discernir en ocasións o real alcance do réxime indemnizador ou, por expresalo mellor, cara a onde mira: cara á vítima ou cara á empresa? Os danos morais resarcen o impacto ou sufrimento anímico sufrido pola persoa traballadora na súa dignidade e autoestima cando non é contratada, é despedida ou acosada ou non son outra cousa que un recarga/sanción privada dirixida a penalizar a decisión vulneradora da empresa que se proxecta de forma reflexa sobre a vítima? Esta dúbida asalta aos especialistas procedentes do puro dereito de danos aos que resulta difícil entender a complexa estrutura do social nesta materia.

Se o obxecto fose a tutela da vítima é evidente que os equilibrios a alcanzar coa indemnización son distintos e diversos dos que deben buscarse cando a súa función se

dirixe a sancionar a actuación empresarial. E así, se o esquema de reparación ten como obxecto o dano sufrido pola vítima, será evidente que un suposto de despedimento deberá ter unha distinta resposta que un de non contratación. No primeiro prodúcese “a extinción dunha relación laboral xa existente ao redor da cal a vítima moi probablemente organizou a súa vida e da cal dependerá en gran parte a súa estabilidade económica e persoal, así como a dos seus familiares. Nos supostos de non contratación, aínda que a vítima se atope tamén nunha situación de angustia e incerteza que pode verse agravada cando, debido á conxuntura económica, é especialmente difícil acceder ao emprego, o padecemento parece que debería ser menor. Non é igual de dolorosa a perda dun emprego que xa se ten, que a non obtención dun debido a que podería obterse”.²²

Como tampouco merecerá o mesmo tratamento “unha discriminación por razón de embarazo ou maternidade ao resultar especialmente lesiva porque ao incidir [esta] nun trato social arraigado, resulta moi proclive a que deixe pegada anímica sobre o que pode suceder en posteriores ocasións, con repercusión no seu modo de proceder futuro respecto da posibilidade de compatibilizar a vida laboral e a maternidade. A existencia dun patrón de conduta xeneralizado afecta, sen dúbida, á incerteza padecida pola vítima que temerá, de forma totalmente xustificada, que as súas decisións reprodutivas e de coidado volvan prexudicar a súa vida profesional. Poderían, mesmo, no peor dos casos, motivar unha renuncia a posibles maternidades futuras”. Como tamén deberá ser tratada de forma distinta a situación de discriminación directa e a indirecta “se temos en conta que a discriminación indirecta non só abarca os casos de discriminación directa encuberta senón que pretende principalmente poñer freo a adopción de políticas empresariais que producen un impacto adverso sobre un determinado colectivo”.²³

²² Os entrecomillados pertencen ao brillante traballo de A. AGUILERA RULL, *Daño moral por discriminación*, cit., p. 563.

²³ A. AGUILERA RULL, *Daño moral por discriminación*, cit., pp.564 e 567.

Pero, por sorprendente que poida resultar, a nostalxia dos criterios tarifados levou a que os Tribunais quedasen atrapados pola utilización do criterio orientador das sancións pecuniarias previstas pola Lei de infraccións e sancións da orde social ("LISOS") para as infraccións producidas e que segundo recoñeceu a doutrina do Tribunal Supremo "foi admitido pola xurisprudencia constitucional, á vez que considerado idóneo e razoable en precedentes decisións desta Sala."²⁴ Parece que a face da empresa aparece nun evidente primeiro plano á hora de construír o réxime indemnizador por danos morais e, por tanto, o esquema que proporciona a LISOS resulta plenamente adaptado ao seu obxectivo por moito que o interese real da vítima quede nun máis que evidente segundo plano.

O Tribunal Supremo reafírmase á hora de cuantificar as indemnizacións procedentes, aínda que como se precisa "non estamos a facer unha aplicación sistemática e directa da mesma, senón que nos cinguimos á razoabilidade que algunhas desas cifras ofrecen para a solución do caso, atendida á gravidade da vulneración do dereito fundamental". Desta forma, engádese, "a máis recente doutrina da Sala afastouse máis do obxectivo propiamente resarcitorio, para situarse nun plano que non descoida o aspecto preventivo que ha de corresponder á indemnización en casos como o presente". Pero o que tamén parece evidente é que canto máis se atende a función preventiva máis se afasta a reparadora.

4.2. O "baremo" da LISOS: Os riscos dunha doutrina instalada

Certamente, "a normalización xudicial dunha técnica sucedánea da tarifación lexislativa" a través do "baremo sancionador da LISOS,"²⁵ resulta unha realidade absolutamente consolidada na práctica dos nosos Tribunais

²⁴ SSTS 15 de febreiro de 2012 (Rº 67/11) e 8 de xullo de 2014 (Rº 282/13).

²⁵ Os entrecomillados pertencen a C. MOLINA NAVARRETE, *Indemnizaciones disuasorias, nueva garantía de efectividad de la tutela social: entre retórica judicial y prácticas innovadoras*, cit., p. 19.

que se constata coa lectura de calquera pronunciamento que estableza unha indemnización por danos morais. A pesar do seu forte arraigamento, o recurso a esta fórmula parte na súa lóxica dunha petición de principio: unha construción das indemnizacións por danos morais que mira á lóxica sancionadora pública.

Diso parece ser consciente o Tribunal Supremo e na xa citada STS do 20 de abril de 2022 (Rº 2391/2019), profunda na alma dual reparadora e preventiva na que se moven estas indemnizacións. Sobre esta base afirma que "en multitude de ocasións o recurso á utilización dos elementos que ofrece a cuantificación das sancións da LISOS non resulta, por si mesmo, suficiente para cumprir con relativa precisión a dobre función de resarcir o dano e de servir de elemento disuasorio para impedir futuras vulneracións do dereito fundamental. Iso é debido a que o intervalo da cuantificación das sancións na LISOS para un mesmo tipo de falta (leve, grave, moi grave) resulta ser excesivamente amplío". Sobre esta base vén introducir criterios de personalización das indemnizacións que deberemos seguir con atención se miramos de esguello a lenta pero progresiva debilitación do sistema de indemnizacións taxadas. Así, entre os a ter en conta á hora de calcular a devandita compensación, o Tribunal recomenda tomar en consideración aspectos tales como: "a antigüidade do traballador na empresa, a persistencia temporal da vulneración do dereito fundamental, a intensidade do quebrantamento do dereito, as consecuencias que se provoquen na situación persoal ou social do traballador ou do suxeito titular do dereito infrinxido, a posible reincidencia en condutas vulneradoras, o carácter pluriofensivo da lesión, o contexto no que se puido producir a conduta ou unha actitude tendente a impedir a defensa e protección do dereito transgredido, entre outros que poidan valorarse atendidas as circunstancias de cada caso, deben constituír elementos a ter en conta para a cuantificación da indemnización".

Pero a LISOS está no centro mesmo do modelo e incorpora solucións que, non por consolidadas, resultan menos

arriscadas. A substitución e a tentación do automatismo acaban provocando unha deriva perigosa, que se advirte na tendencia a recorrer á hora de fixar a reparación á escala das multas que a LISOS prevé para as correspondentes infraccións administrativas, co que, como agudamente puxo de manifesto Aurelio Desdentado, confúndese a función de reparación coa función represiva, abrindo a porta das indemnizacións punitivas en concorrencia co réxime de sancións penais e administrativas, co consecuente risco de infracción do principio "*non bis in idem*", se o infractor foi xa sancionado coa mesma multa que agora se toma como elemento decisivo de cálculo da indemnización. A duplicidade de sancións viola o principio de previsibilidade da sanción: "a suma da pluralidade de sancións crea unha sanción allea a xuízo de proporcionalidade realizado polo lexislador e materializa a imposición dunha sanción non prevista legalmente".²⁶

A remisión á LISOS produce tamén un efecto singular: transforma a lóxica do xuíz na de inspector de Traballo. Unha metamorfose que se observa con nitidez na STSX Canarias do 12 de marzo de 2019 (R^o 1596/2018). Nela lémbrese que "é obvio que a cuantificación dos danos morais é un asunto que dificilmente se pode reconducir a un baremo estandarizado aplicable a cada caso particular, pero o certo é que é norma cada vez máis habitual na xurisdición social recorrer á LISOS para fixar, xa sexa como aproximación, unha indemnización en concordancia coas sancións que fixa a citada Lei".

A partir diso e sobre a cita da STSX Canarias 15 de febreiro de 2016 (R^o 1251/2015), a sentenza procede, en primeiro termo, a tipificar a sanción: "No caso que nos ocupa a demandante utiliza un parámetro de cálculo inadecuado tecnicamente porque descansa no art. 8.12 LISOS, sendo máis adecuado o art. 7.5^o da LISOS (infraccións graves) que expresamente refire ás infraccións derivadas de "a transgresión das normas e os límites legais ou pactados en

²⁶ STC 2/2003, do 16 de xaneiro.

materia de xornada, traballo nocturno, horas extraordinarias, horas complementarias, descansos, vacacións, permisos e en xeral o tempo de traballo a que se refiren os artigos 12 , 23, 34 a 38 ET”.

Sobre esta base, nun segundo momento, gradúa a sanción seguindo a doutrina administrativa que esixe no ámbito sancionador público non só a mención do criterio que concorra nos termos do art. 39.2 LISOS ou a mera remisión xenérica ao devandito artigo, senón que a súa invocación require unha motivación específica, fuxindo de calquera apreciación subxectiva. Di a sentenza: “trátase dunha empresa de considerable volume, que emprega a máis de 100 traballadores, sendo por iso relativamente máis fácil adaptarse ás peticións de redución de xornada dos empregados, cuestión moito máis dificultosa en pequenas ou medianas empresas; a denegación da redución de xornada carecía absolutamente da máis mínima e seria motivación, non facendo unha análise detallada da imposibilidade de acceder ao solicitado, máxime cando existían compañeiros que tiñan concedida redución de xornada, e nin sequera produciuse contestación (...) á petición de concreción horaria, actitude que non pode cualificarse senón como polo menos irregular, por máis que non tivese soporte legal, como sinalamos, non entendendo que dificultade existía en polo menos contestar á petición denegándoa, xa que non ha de presumirse que todos os traballadores son expertos en Dereito Laboral”.

Conclúe, por todo iso, que “ao cualificarse a infracción de grave debe modularse a indemnización a teor das previsións contidas no art. 40.1º b) da LISOS cuxas multas van dos 626 euros (grao mínimo) ata 6.250 euros (grao máximo). De acordo co anterior, esta Sala modula a indemnización na cantidade de 1.250 euros que se corresponde co máximo previsto no tramo medio (art. 40.1º b) LISOS). Aplícase o grao medio porque a verdadeira discusión respecto ao horario matinal solicitado pola demandante limítase a dous días en concreto (martes e venres), pois a demandante xa viña realizando horario matinal os restantes días da semana (luns,

mércores e xoves), dende que solicitou a redución de xornada con efectos 16 de agosto de 2016. Por tanto o dano moral é inferior ou parcial. A iso debe sumarse o feito de que a empresa ten unhas dimensións pequenas, e o persoal adscrito ao departamento de Administración redúcese a 5 persoas. Por todo iso, debemos estimar parcialmente a petición de indemnización por dano moral solicitada pola parte demandante na cantidade de 3.125 euros, que se considera razoable”.

Cando se termina a lectura da sentenza asalta a dúbida: Concluimos a lectura dunha acta de infracción ou dunha sentenza dun Tribunal de xustiza? Os criterios de modulación da indemnización vincúlanse coas condicións da vítima ou coas da empresa? A doutrina sentada vén establecer criterios de gradación que parecen atopar un certo xogo de espellos co establecido no art. 39 LISOS e, polo tanto, traslada a este ámbito as mesmas inseguridades que as existentes no ámbito administrativo. Sirvan como botón de mostra as consideracións que deron lugar ao nacemento do Criterio Técnico 45/2006 da Inspección de Traballo polo que se establecen orientacións interpretativas sobre as circunstancias de gradación nas actas de obstrución ao labor inspector, no que se afirma: “As diferenzas que se veñen observando nas propostas de sanción son considerables, ata o punto de que por feitos iguais ou análogos propóñense sancións de contía moi dispar”. E, conclúe, “hai que examinar cada caso, pero nas situacións sensiblemente iguais debe darse unha sanción similar por obra dos principios de igualdade e seguridade xurídica”. Pode trasladarse este obxectivo tamén ás decisións xudiciais? A resposta é, evidentemente, negativa.

Finalmente, a insuficiencia do baremo da LISOS ponse de manifesto no que poderíamos cualificar de paradoxo na discriminación salarial. Bo exemplo é a STSX Málaga 14 de febreiro de 2018 (Rº 2089/2017). Considérase existente a vulneración do devandito dereito fundamental á non discriminación salarial por razón de sexo que implica necesariamente a existencia de, polo menos, uns danos

morais para a traballadora que sufriu a dita vulneración "(...) declarando a sentenza de instancia a vulneración do dereito fundamental, debe fixarse necesariamente unha indemnización polos danos morais que a dita vulneración ocasionou á demandante, indemnización que a sentenza de instancia fixa na contía de 35.000 €, tendo en conta as diferenzas entre os salarios percibidos pola demandante e os que lle correspondería percibir no caso de que non existise a referida discriminación por razón de sexo". Fronte ao sistema tantas veces criticado de indemnizacións tarifadas derivadas da LISOS e que "a aplicación xudicial tende a pechar as súas pinzas, quedándose por prudencia, no mínimo medio",²⁷ a indemnización establecida resulta especialmente xenerosa. Pero seguramente o é porque "confunde incomprensiblemente o criterio propio da cuantificación do dano moral por discriminación de sexo e o dano patrimonial".²⁸

Prodúcese deste xeito unha nova contradición estrutural dado que "nun mesmo orde de cousas parecen máis lesivos o despedimento ou a non contratación que unha discriminación salarial, pois mentres que nos dous primeiros supostos a vítima vese privada da relación laboral, no terceiro a privación afecta tan só as condicións laborais. O dereito norteamericano federal dá razón desta distinción na medida en que recoñece á vítima dunha discriminación directa o dereito a reclamar a indemnización dos danos morais e á vítima dunha discriminación salarial só un dereito á compensación da diferenza salarial, que poderá ser dobrada ao arbitrio do Tribunal".²⁹

O conxunto de disfuncións fan certa a afirmación de acordo coa cal: "aínda que puidese resultar tentador, a efectos de

²⁷ Os entrecomillados pertencen a C. MOLINA NAVARRETE, *Indemnizaciones disuasorias, nueva garantía de efectividad de la tutela social: entre retórica judicial y prácticas innovadoras*, cit., p. 19.

²⁸ Como sinala C. MOLINA NAVARRETE, *Nuevos fragmentos de "justicia resarcitoria" en el orde social: persistentes lagunas y antinomias*, CEF. Trabajo y Seguridad Social, 2018, nº 421, p. 100.

²⁹ A. AGUILERA RULL, *Daño moral por discriminación*, cit., p. 564.

fixar o montante do dano moral, tratar de aplicar os baremos aprobados para outras ramas do dereito privado ou mesmo utilizar como punto de partida as previstas no ordenamento laboral, esta non é unha boa solución (...) A solución xa vixente que deixa ao arbitrio do xulgador a cuantificación do dano parece pois a máis razoable”.³⁰ Quizais deberíamos pensar en reconstruír o “prudente arbitrio” sobre novas bases asumindo con naturalidade que a valoración do dano é unha función fundamentalmente xurisdiccional, que se atopa sometida en todo caso a unha importante marxe de discrecionalidade. Pero iso non quere dicir que esa valoración se poida efectuar de maneira caprichosa ou arbitraria, senón que debe vir sempre sometida a determinados criterios imperativos, como poderían resultar:³¹ “1º) Aplicar o concepto articulado do dano, é dicir, deslindar con claridade os distintos intereses en xogo. 2º) Desprezar como non indemnizable a lesión de intereses que non presenten unha relevancia significativa. 3º) Valorar separadamente cada unha das partidas que si resulten merecedoras dunha compensación: meritevolezza, chámano os italianos”.

4.3. A fixación prudente de indemnizacións: O xuíz de instancia é soberano na determinación e valoración do dano?

Respecto á fixación do “quantum indemnizador”, é doutrina do Tribunal Supremo que, en principio, a cuantificación dos danos é algo que corresponde fixar prudencialmente ao órgano xudicial de instancia unicamente e só debe ser revisado ou suprimido cando se presente desorbitado, inxusto, desproporcionado ou irrazoable.³² A inmediatez característica do proceso laboral na instancia proxéctase á

³⁰ A. AGUILERA RULL, *Daño moral por discriminación*, cit., p. 581.

³¹ E. LLAMAS POMBO, *De nuevo sobre el llamado daño moral. Algunos apuntes para la reflexión*, en M. J. SANTOS MORÓN, J. R. MERCADER UGUINA, P. DEL OLMO (Dir.), *Nuevos retos del Derecho de daños en Iberoamérica*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, p. 42.

³² STS 2 de febreiro de 2015 (Rº 279/2013) ou STS 11 de xaneiro de 2017 (Rº 11/2016).

hora de precisar o concreto alcance que deba ter a indemnización de danos e prexuízos contemplada na LXS. De feito, nalgunha ocasión, á vista do art. 183 LXS, o Tribunal Supremo chegou a entender que só excepcionalmente cabe revisalo en casación, "ao ser competencia da Sala de instancia fixar libremente o seu importe".³³

Nos seus últimos pronunciamentos o Tribunal Supremo parece matizar a súa doutrina como pode extraerse da xa citada STS do 20 de abril de 2022 (Rº 2391/2019), que opta "por fixar prudentemente a dita indemnización, e non por devolver as actuacións á Sala de procedencia para que se fixen alí, o que retardaría notablemente a plena satisfacción do dereito fundamental vulnerado". A economía e eficacia procesual impóñense á lóxica da retroacción de actuacións ao xuíz de instancia. O resultado é que o Tribunal Supremo toma os mandos da gradación para explicarnos como realizar o xuízo de ponderación que acompaña tal actual.

O resultado é que o alto tribunal estima adecuada a cantidade de 60.000 euros en concepto de danos morais, o que como a propia sentenza recoñece "supón ao redor de dúas anualidades do seu salario e sitúase na franxa media das referidas sancións do texto vixente da LISOS", todo iso "tendo en conta a duración da relación entre as partes (ao redor dos 18 anos), así como o resto de circunstancias do caso, especialmente o feito de que se atopase o traballador nunha situación de incapacidade temporal cuxo orixe estaba relacionado cos aspectos que, finalmente, deron lugar á violación do seu dereito fundamental". O fallo, ademais, condena en costas á axencia de viaxes na contía de 1.500 euros. O resultado chamou a atención pola cantidade alcanzada en relación cos seus inmediatos precedentes cuxas indemnizacións se fixaron en 6.251 euros (aínda que as indemnizacións solicitadas eran notablemente inferiores, 15.525 euros e 25.000 euros, ás do pronunciamento ao que nos vimos referindo no que o recorrente viña solicitando unha indemnización de 150.000 euros e, que no seu recurso

³³ STS 30 de abril de 2014 (Rº 213/2013).

solicitou, de maneira subsidiaria, a cantidade de 76.087,8 euros correspondente a dúas veces e media a súa retribución anual) e polo feito de vir dotar de carta de natureza a función preventiva destas indemnizacións.

5. UN FUTURO INCERTO: OS DANOS PUNITIVOS ESCONDIDOS

Como se sinalou con acerto, “a miúdo escóndense uns danos punitivos baixo a aparencia dunha indemnización por dano moral. É dicir, non se reputa explicitamente o carácter punitivo dunha parte da “indemnización”, pero esta calcúlase máis sobre a base do reproche da conduta do responsable que sobre a verdadeira entidade do dano padecido pola vítima”. Son os que chamei “danos punitivos escondidos”.³⁴ Resulta intuitivo pensar que a indemnización dos danos cumpre tamén nos supostos de vulneración de dereitos fundamentais unha “función correctiva, catártica, restauradora da orde xurídica e social alterada polo causante e responsable dos danos e, por tanto, análoga á punitiva. A esta función de xustiza correctiva facía alusión a STSX Cataluña 14 de novembro de 2013 (Rº 3194/2013), que en caso de discriminación indirecta por razón da antigüidade establecía que a reparación do dano “ha de ser correctiva, en tanto que a satisfacción do dereito vulnerado vén dada polas consecuencias que sobre o causante provoque a compensación polo sufrimento producido). Sen dúbida, certas condutas discriminatorias son supostos de feito paradigmáticos de aplicación do principio de xustiza correctiva, como son os casos de violencia de xénero ou sexual, os de acoso sexual ou por razón de sexo ou mesmo os de discriminacións directas intencionais. En tanto que comportamentos dolosos, a estes éelles aplicable a idea de que «o principio [...] de retribución, en cuxa virtude quen causou un dano -e sobre todo, quen o cause a ciencia e conciencia-

³⁴ Os entrecorcheados pertencen a E. LLAMAS POMBO, *De nuevo sobre el llamado daño moral. Algunos apuntes para la reflexión*, cit., p. 29.

ha de pagar por iso está presente en todas as culturas históricas e contemporáneas”.

Ábrese, neste punto, unha nova fronte de dúbida en relación co alcance e contido desa indemnización con funcións preventivas. A cuestión proxéctase sobre o tradicional debate sobre a admisibilidade no noso dereito do sistema de danos punitivos que parecía quedar resolto tras a STXUE 17 de decembro 2015 (C 407-14), Arjona Camacho que entendeu que, a Directiva 2006/54/CE, do Parlamento Europeo e do Consello, do 5 de xullo de 2006, relativa á aplicación do principio de igualdade de oportunidades e igualdade de trato entre homes e mulleres en asuntos de emprego e ocupación, a falta de disposición no ordenamento español que permita o pago de danos punitivos, non prevé que o xuíz nacional poida condenar por si mesmo ao autor dunha discriminación ao pago de tales danos. O efecto disuasorio real buscado pola normativa comunitaria non implica a concesión á vítima dunha discriminación por razón de sexo dunha indemnización en concepto de danos punitivos, que vai máis aló da reparación íntegra dos prexuízos efectivamente sufridos e é unha medida sancionadora.

Aínda que algúns pronunciamentos en suplicación parecen confirmar esta liña, por exemplo, a STSX Castela-A Mancha 21 de decembro de 2017 (Rº 1401/2017), na que se afirmaba que non cabe unha “indemnización preventiva adicional”, en consonancia coa Sentenza do TXUE do 17 de decembro 2015, que establece que no dereito social español non existen indemnizacións punitivas con carácter xeral”, o certo é que outros admiten un incremento indemnizador (“indemnización preventiva adicional”) vinculado aos devanditos fins como a STSX do País Vasco do 17 de xullo de 2018 (Rº 128/2018) e iso co obxectivo de “evitar futuras prácticas de acoso moral”. Máis lonxe chega a STSX Andalucía, Sevilla, 19 de maio de 2022 (Rº 2453/2020), que directamente afirma: “a finalidade da condena indemnizadora por vulneración de dereitos fundamentais prevista no art. 183 LXS é dobre, unha resarcitoria e outra compensatoria, a contía deber ser de tal entidade que sexa disuasoria de futuras condutas pois non

hai que esquecer que as indemnizacións por danos e prexuízos ex art. 183 LXS son uns danos punitivos ou "punitive damage" (...)". Os danos punitivos, como resume Salvador Codérch,³⁵ "impóñense para previr, *pero tamén para castigar e ensinar*; para previr *tanto como para retribuír e expresar indignación* -dito positivamente: *reafirmar a confianza no dereito violado e facer xustiza*". Ábrese, pois, un novo territorio de controversia.

Nos sistemas de dereito civil continental, a tradición xurídica configurouse ao redor da separación entre a finalidade preventiva (correspondente ao Poder Público por medio da sanción administrativa) e a función reparadora (correspondente á indemnización estritamente reparadora por danos). O art. 10:101 dos Principios de dereito europeo da responsabilidade civil parte da base de que a indemnización é un pago en diñeiro que ten por obxecto compensar á vítima, é dicir restablecela, na medida en que o diñeiro poida facelo, na posición que tivese se o ilícito polo que se reclama non se producise. Con iso indica, por unha banda, que a función principal da indemnización é compensar á vítima. Ao gardar silencio sobre outras cuestións, "o precepto rexeita implicitamente tanto as indemnizacións simbólicas (nominal damages), existentes por exemplo no Dereito francés (un franc de dommages et intérêts) ou no inglés, como as indemnizacións punitivas (punitive/exemplary damages) existentes, aínda que con distinto alcance, tanto no Dereito inglés como no norteamericano".³⁶ En todo caso, o establecemento dun sistema de indemnizacións punitivas podería chocar co art. 25.1 CE.

En resumo, parece claro que a toda vulneración dun dereito fundamental corresponde unha indemnización polo dano moral infrinxido. Pero a partir de aí faise a escuridade. Cal sexa o método máis adecuado para cuantificar o dano parece remitirnos á "prudencia" de cada xuíz. "Prudencia" é unha

³⁵ P. SALVADOR CODERCH, *Punitive damages*, InDret 01/2000, p. 10.

³⁶ M. MARTÍN-CASALS, *Principios de derecho europeo de la responsabilidad civil: texto y comentario*, Pamplona, Aranzadi Thomson Reuters, 2008

palabra que posúe unha longa vida e exalta unha virtude. Prudencia implica valor, equilibrio, temperanza, xustiza e sabedoría práctica, é a deliberación recta que culmina na palabra ou a acción oportunas. A prudencia é escoller dentro do razoable o menor mal na conciencia da incerteza e do risco.³⁷ Nocións todas elas vagas e nas que os homes diverxen e diverxerán á hora de dotalas de contido. Pero como conclúe o coro de Antígona: "Isto é o futuro. O presente espera actos".

³⁷ As referencias pertencen a P. AUBENQUE, *La prudencia en Aristóteles*, Barcelona, Crítica, 1999, pp. 184, 186