Indemnizaciones por vulneración de derechos fundamentales: problemas prácticos

JESÚS R. MERCADER

CATEDRÁTICO DE DERECHO DEL TRABAJO DE LA UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID

I. Los derechos fundamentales y derecho de daños en las relaciones laborales

La ciudadanía del trabajador en la empresa

- •La dignidad de la persona en el trabajo y sus límites (art. 10.1 CE).
- •La expansión de la tutela antidiscriminatoria: Formas clásicas y nuevas formas de discriminación (art. 14 CE).
- •La integridad moral y física en el trabajo (art. 15 CE): El acoso moral y los riesgos psicosociales.
- •Sociedad multicultural y derechos fundamentales: los derechos constitucionales de los trabajadores extranjeros. Los nuevos horizontes de la libertad ideológica y de conciencia (art. 16 CE).
- •La vertiente "material" del derecho a la tutela judicial efectiva: La garantía de indemnidad (art. 24 CE).
- •La construcción de los derechos fundamentales específicamente laborales a la luz del cambio tecnológico: Las nuevas formas huelga y el esquirolaje virtual (art. 28 CE).

La ciudadanía digital del trabajador en la empresa

- •El fin de la privacidad: el "trabajador transparente". Uso de internet, correos electrónicos y secreto de las comunicaciones (art. 18.1 y 3 CE).
- •La protección de datos se "come" el derecho a la intimidad: RGPD y Ley Orgánica 3/2018, de Protección de Datos personales y Garantía de los Derechos Digitales.
- •La libertad de expresión en la sociedad del espectáculo: Las redes sociales.
- •La era de los whistleblowers: Directiva UE 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019, relativa a la protección de las personas que informan sobre infracciones del Derecho de la Unión.

Un tema en expansión....

El despido de una embarazada es nulo pero no discriminatorio si la empresa no lo sabía

Si se prueba el desconocimiento del embarazo por la compañía, no se impone indemnización por daños morales puesto que no hay prueba de la violación de ningún derecho fundamental

Antonio David Flores y condena a 'Sálvame' a pagarle una indemnización

La justicia considera nulo el despido por "vulneración de su derecho fundamental al honor"

TRABAJO >

Elevar la indemnización por daños morales es una "medida preventiva" del acoso laboral

- El tribunal tiene en cuenta otras condenas similares a la empresa
- Añade 12.000 euros a la sanción como "componente disuasorio"

Un trabajador de Limpiezas Plata logra más indemnización por daños morales

El TSJA fija la cifra en 12.000 euros por los perjuicios causados al empleado al que la empresa abrió varios expedientes

¿Porqué debemos indemnizar la vulneración de derechos fundamentales?

- •Instrumento para restaurar el equilibrio previo al intento de sacar partido de conductas intolerables pero provechosas en el terreno de los intangibles
- •Exigencia que se desprende directamente del **imperativo constitucional de protección real y efectiva** (y no meramente simbólica) de los derechos fundamentales (STC 176/1988; 247/2006).
- •Remedio subsidiario en caso de que sea posible una restitución in natura.

Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil

Art. 2:102. Intereses protegidos (2) La vida, la integridad física y psíquica, la dignidad humana y la libertad gozan de la protección más amplia.

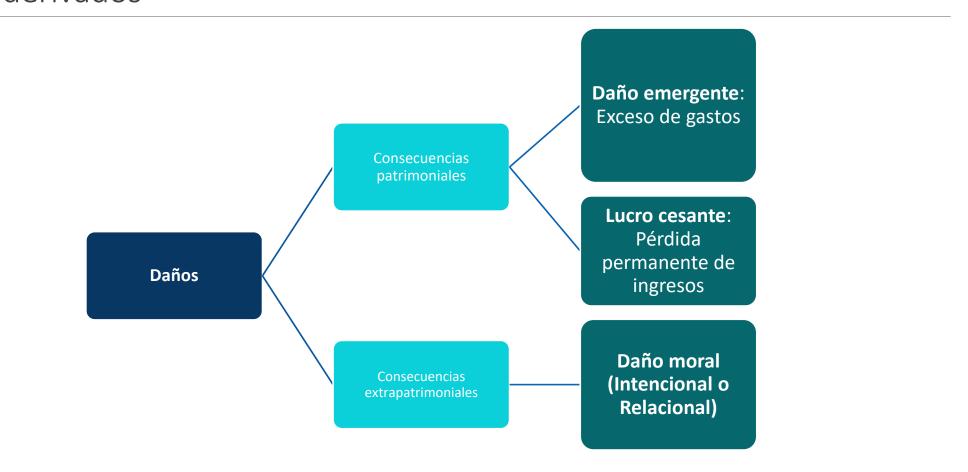
Art. 10:301. (1) En atención al alcance de su protección (artículo 2:102), la lesión de un interés puede justificar la compensación del daño no patrimonial. Este es el caso, en especial, si la víctima ha sufrido un daño corporal o un daño a la dignidad humana, a la libertad o a otros derechos de la personalidad.

Plazo de prescripción: STS 305/2021, de 27 de enero

- •El plazo de prescripción aplicable al ejercicio de acciones resarcitorias de los daños y perjuicios causados por violación de derechos fundamentales, es el de **un año** del art. 59.1 ET para el ejercicio de las acciones que nazcan con ocasión del contrato de trabajo (STS 26-1-2005, Rº 35/2003).
- •El "dies a quo" para el transcurso de la prescripción se inicia <u>el día en el que la acción pudo</u> <u>ejercitarse</u>, tal y como dispone el art. 1969 del CC y art. 59.2 ET.
- En el caso de acciones independientes de despido e indemnización de daños cual es el "dies a quo: ¿Fecha de presentación de la demanda de despido o fecha de firmeza de la sentencia?: "la fecha en que se dictó la sentencia por el Tribunal Supremo, que es cuando de un modo firme y definitivo queda establecido que existió vulneración del derecho fundamental" (STSJ Galicia 9-10-2019, Rº 3093/2019).

II. Daños derivados: Daño emergente, lucro cesante y precio del dolor ("satisfacciones por los dolores padecidos")

Daños derivados



El art. 179.3 LJS (Demanda)

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, (...), 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.

La prueba de los daños morales: un viaje de ida y vuelta

Automaticidad de la indemnización por daños morales

STS 9-6-1993 (Rº 3856/92)

Existencia de datos probatorios no solo del posible daño, sino también de los parámetros identificadores de su cuantía STS 22-7-1996 (Rº 3780/95)

Este tipo de daño "se da en todo caso, sin que sea factible a aportar prueba concreta del perjuicio sufrido y de su cuantificación monetaria, dada su índole en el caso del daño moral

STC 247/2006

Los daños morales resultan
"indisolublemente unidos" a la
vulneración del derecho fundamental y
"cuando resulte difícil su estimación
detallada" (lo que, no hay que olvidar,
ocurrirá casi siempre) deberán
flexibilizarse, en lo necesario, las
exigencias normales para la
determinación de la indemnización

III. ¿Cómo se cuantifican los daños morales?

El art. 183US (Contenido de la sentencia)

- 1. 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.
- 2. El tribunal se pronunciará sobre la cuantía del daño, <u>determinándolo prudencialmente cuando la prueba de su importe exacto resulte demasiado difícil o costosa</u>, para <u>resarcir</u> suficientemente a la víctima y <u>restablecer</u> a ésta, en la medida de lo posible, en la integridad de su situación anterior a la lesión, así como para contribuir a la finalidad de **prevenir** el daño.
- 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.

¿Cuál es la determinación "prudencial?

- •La STS 2-2-2015 (Rº 279/13) razona que: «Entendemos que una mayor precisión en indicios de daño y bases de resarcimiento es -tratándose de daño moral- absolutamente inexigible, cuando no imposible»; y que: «procede indicar:
 - El importe de resarcimiento fijado prudencialmente por el órgano judicial de instancia únicamente debe ser corregido o suprimido cuando se presente desorbitado, injusto, desproporcionado o irrazonable.
 - La fijación del importe de la indemnización por daños morales ha de ajustarse "a **parámetros de razonabilidad** que no resulten excesivos y desorbitados en función de las circunstancias del caso"
 - La utilización del criterio orientador de las sanciones pecuniarias previstas por la LISOS para las infracciones producidas en el caso ha sido admitido por la jurisprudencia constitucional (STC 247/2006), a la par que considerado idóneo y razonable en precedentes decisiones de esta Sala (SSTS 15-2-2012, Rº 67/11; y 8-7-2014, Rº 282/13)».

Cuantificación a través del art. 40 LISOS

ANTES (hasta el 30/09/2021)				
	GRADO	DESDE (€)	HASTA (€)	
LEVE	Mínimo	60	125	
	Medio	126	310	
	Máximo	311	625	
GRAVE	Mínimo	626	1.250	
	Medio	1.251	3.125	
	Máximo	3.126	6.250	
MUY GRAVE	Mínimo	6.251	25.000	
	Medio	25.001	100.005	
	Máximo	100.006	187.515	

AHORA (a partir del 1/10/2021)				
	GRADO	DESDE (€)	HASTA (€)	
LEVE	Mínimo	70	150	
	Medio	151	370	
	Máximo	371	750	
GRAVE	Mínimo	751	1.500	
	Medio	1.501	3.750	
	Máximo	3.751	7.500	
MUY GRAVE	Mínimo	7.501	30.000	
	Medio	30.001	120.005	
	Máximo	120.006	225.018	

Cuantificación

	LISOS	TRIBUNALES
Acoso moral (STSJ Andalucía 1-6-2017, R° 2276/2016)	Infracción considerada muy grave y sancionada de 6.251 a 187.515 € (art. 8.11 LISOS)	10.000 € (Grado mínimo)
Hostigamiento laboral hacia ex pareja sentimental (STSJ Galicia 22-5-2017, R° 5313/2016).	Infracción considerada muy grave y sancionada de 6.251 a 187.515 € (art. 8.11 LISOS)	12.000 euros
Modificación sustancial y acoso laboral (STSJ Andalucía/Sevilla 27-9-2017, R° 2989/2016).	Infracción considerada muy grave y sancionada de 6.251 a 187.515 € (art. 8.11 LISOS)	6.251 €
Agresión física e insultos a una trabajadora (STSJ País Vasco 13-6-2017, R° 1215/2017).	Infracción considerada muy grave y sancionada de 6.251 a 187.515 € (art. 8.11 LISOS)	Grado mínimo (de 6.251 a 25.000 euros) y concretamente en la cantidad de 12.000 euros

Cuantificación

	LISOS	Tribunales
Transgresión de los derechos de información, audiencia y consulta de los representantes de los trabajadores (STS 12-7-2016, Rº 361/14).	Falta grave 626 a 6.250 € (art. 7.7 LISOS)	6.000 € (Grado máximo)
Vulneración del derecho de libertad sindical por parte de una empresa que no permite al sindicato demandante la utilización del sistema de correo electrónico (STS 21-2-2019, Rº 214/2917).	Falta grave 626 a 6.250 € (art. 7.7 LISOS)	6.000 € (Grado máximo) ran volumen de trabajadores que empleados (en cifra superior a 8.000 personas) y su consiguiente capacidad económica
Decisión unilateral de la empresa sin tener en cuenta la representación de los trabajadores según se había pactado (STS 11-10-2016, Rº 68/2016).	Falta grave 626 a 6.250 € (art. 7.7 LISOS)	1.500 € (Grado Medio)
Incumplimiento de la obligación legal de acceso a la misma información y documentación que la empresa pone a disposición del Comité de Empresa (SAN 7-2 2020 proc. 12/2020)	Falta grave grado mínimo, de 626 a 1.250 euros,	25 €. Incluso en el caso de optarse por la cuantía mínima de la sanción, tal indemnización resultaría "desproporcionada a las circunstancias del caso", por lo que esa cantidad se estima suficiente tanto para atender la finalidad resarcitoria como preventiva de la indemnización.

Riesgos del "baremo" LISOS

- •Se produce una unificación de todas las formas de vulneración de derecho fundamentales catalogándose como infracciones graves o muy graves.
- •Aunque el art. 40 LISOS permite una graduación de las multas las horquillas son tan amplias que su aplicación difícilmente permite garantizar la igualdad en la concesión de las indemnizaciones.
- •Identificación entre función de reparación con la función represiva, abriendo la puerta de las indemnizaciones punitivas en concurrencia con el régimen de sanciones penales y administrativas, con el consiguiente riesgo de infracción del principio "non bis in idem", si el infractor ha sido ya sancionado con la misma multa que ahora se toma como elemento decisivo de cálculo de la indemnización.

¿Juez inspector?: STSJ Canarias de 12 de marzo de 2019 (Rº 1596/2018)

- •Los derechos de reducción de jornada y concreción horaria tienen una **dimensión constitucional** (STC 3/2007 y 26/2011), por lo que se deben interpretar de la manera más favorable a la efectividad de los Derechos Fundamentales en juego (art. 14 y 39 CE), y no de forma mecánica o formalista.
- Posibilidad de reclamación de daños y perjuicios de forma acumulada a la demanda de conciliación se permite por el art. 139 LIS.
- En los casos analizados el Tribunal llega a la conclusión que **no se justifican los daños materiales** (patrimoniales) que se producen por la reducción retributiva de la parte de la jornada no realizada por el ejercicio del derecho a la reducción de art. 37.6 ET. Pero si se reconoce el derecho a la indemnización por **daños morales**.
- •La determinación de la **cuantía indemnizatoria** se hace aplicando la LISOS. Los problemas en este caso serían, por un lado, la determinación de tipo infringido, y por otro, la determinación de los criterios de graduación de las sanciones:
 - (i) En relación con el tipo ha entendido que la infracción es la grave del art. 7.5 LISOS (infracciones en materia de jornada) y no la muy grave del art. 8.12 LISOS (infracciones en materia de vulneración del derecho a la igualdad y no discriminación).
 - (ii) Se impone sanción en su grado medio con cuantía de 3.125 €. En relación con los **criterios de graduación**, se tiene en cuenta el **tamaño de las empresas**, **el tamaño de los departamentos de los trabajadores solicitantes del derecho, o el alcance de la concreción** (por ejemplo, en uno de los supuestos, la trabajadora solo necesitaba concretar en turno de mañana dos de los cinco días de la semana, porque el resto ya lo disfrutaba en este turno).

La paradoja de la discriminación salarial

- STSJ Málaga 14-2-2018 (Rº 2089/2017)
- •Se considera **existente la vulneración de dicho derecho fundamental a la no discriminación por razón de sexo** que conlleva necesariamente la existencia de, al menos, unos daños morales para la trabajadora que ha sufrido dicha vulneraciones
- "(...) habiendo declarado la sentencia de instancia la vulneración del derecho fundamental, debe fijarse necesariamente una indemnización por los daños morales que dicha vulneración ha ocasionado a la actora, indemnización que la sentencia de instancia fija en la cuantía de 35.000 €, teniendo en cuenta las diferencias entre los salarios percibidos por la actora y los que le hubiera correspondido percibir en el caso de que no hubiese existido la referida discriminación por razón de sexo".

Otras fórmulas

- •La aplicación de las tablas contenidas en la ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, como hace por ejemplo el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en sus Sentencias de 2 de junio de 2015 y de 5 de septiembre de 2017, Rº 1483/2017), en las cuales ya figuran los criterios para compensar el daño moral; o el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Granada, Sentencia núm. 171/2018 de 25 enero.
- •Una anualidad del salario bruto del afectado. Ejemplo de ello es la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid núm. 5/2016 de 18 enero, que confirmando la emitida por el Juzgado de lo Social núm. 6, condenó a una empresa a abonar 81.902,27 euros por daño moral.

¿Indemnizaciones simbólicas?

•La indemnización simbólica de 1 euro resulta una cantidad insignificante si se considera en el contexto de la reparación del daño causado.

Según la jurisprudencia de la Sala 1ª de Tribunal Supremo TS Sentencia 388/2018 de 21 junio, no es admisible que se fijen indemnizaciones de carácter simbólico, pues al tratarse de derechos protegidos por la CE como derechos reales y efectivos, con la indemnización solicitada se convierte la garantía jurisdiccional en un acto meramente ritual o simbólico incompatible con el contenido de los artículos 9.1, 1.1. y 53.2 CE y la correlativa exigencia de una reparación acorde con el relieve de los valores e intereses en juego (STC 186/2001, FJ 8).

- •El art. 10:101 PETL parte de la base de que la indemnización es un pago en dinero que tiene por **objeto compensar a la víctima**, es decir restablecerla, en la medida en que el dinero pueda hacerlo, en la posición que hubiera tenido si el ilícito por el que se reclama no se hubiera producido. Con ello indica, por una parte, que la función principal de la indemnización es compensar a la víctima.
- •Al guardar silencio sobre otras cuestiones, el precepto rechaza implícitamente tanto las indemnizaciones simbólicas (nominal damages), existentes por ejemplo en el Derecho francés (un franc de dommages et intérêts) o en el inglés, como las indemnizaciones punitivas (punitive / exemplary damages) existentes, aunque con distinto alcance, tanto en el Derecho inglés como en el norteamericano (MARTIN CASALS).

III. Algunas cuestiones problemáticas

¿Procede indemnización si se vulneran derechos fundamentales y el despido es declarado improcedente?

Indemnización por vulneración de derechos fundamentales en caso de despido improcedente:

- •STC 61/2021, de 15 de marzo entiende que es incongruente (afectando con ello al art. 24 CE) que una sentencia que declara una vulneración de un Derecho fundamental de la persona trabajadora, no se pronuncie sobre la cuantía de la indemnización que debe recibir por dicha vulneración.
- •Con independencia de cuál sea la calificación final del despido -nulidad o improcedencia-, la sentencia que declare una prueba ilícita por vulneración de un Derecho fundamental, deberá pronunciarse sobre la cuantía de la indemnización compensatoria.

¿La nulidad objetiva del art. 55.5 ET conlleva indemnización?

El art. 55.5 ET. Será nulo el despido que tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la ley, o bien se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador.

Será también nulo el despido en los siguientes supuestos:

b) El de las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del periodo de suspensión a que se refiere la letra a).

La existencia de nulidad objetiva conlleva automáticamente la existencia de indemnización

- •STSJ País Vasco de 12 junio de 2018 (Rº 1028/2018), partiendo de la aplicación de los criterios que el art. 55 ET regula y de la calificación de nulidad del despido considera que "es indiferente el conocimiento de tal circunstancia por el empleado respecto a una indemnización de daños y perjuicios por vulneración del derecho fundamental. Procede estimar esta petición. La causa de ello es que el despido nulo por causa de embarazo responde a una tutela objetiva, tanto de la maternidad como de la discriminación por razón de sexo".
- •STSJ de Madrid el 18 de junio de 2021 (Rº 286/2021). No puede aplicarse, una "objetividad aséptica" en el caso enjuiciado, ya que estamos en presencia de una actuación claramente vulneradora de los derechos de la parte trabajadora al haberse producido una discriminación por razón de sexto constitucionalmente vedada (ROJO).

La existencia de nulidad objetiva no conlleva automáticamente la existencia de indemnización

- •STSJ Castilla-León, Valladolid, 18-11-2015 (Rº 2005/2015): el art. 55.5 ET es «configurador de una nulidad objetiva, distinta de la nulidad por causa de discriminación contemplada en el párrafo primero y que actúa en toda situación de embarazo, al margen de que existan o no indicios de tratamiento discriminatorio o, incluso, de que concurra o no un móvil de discriminación»
- •No puede entenderse que la indemnización por vulneración de derechos fundamentales regulada en el artículo 183 LJS siga la misma pauta de objetivización, sino que requiere de que quede acreditada una conducta contraria al derecho fundamental.
- •STSJ de Cataluña de 21 de junio de 2021 (Rº 1926/2021). En la misma se declara la nulidad automática del despido pero la falta de prueba del conocimiento por parte de la empresa de la situación de embarazo de la trabajadora impide que haya incurrido en violación del derecho fundamental a no discriminación por razón de sexo contemplado en el art. 14 CE y, en consecuencia, que proceda la condena a indemnización de los daños y perjuicios morales

V. La finalidad preventiva de la indemnización por vulneración de derechos fundamentales

Función preventiva de la indemnización

Art. 10:101 PERC: La indemnización es un pago en dinero para compensar a la víctima, es decir, para reestablecerla, en la medida en que el dinero pueda hacerlo, en la posición que hubiera tenido si el ilícito por el que reclama no se hubiera producido. La indemnización también contribuye a la finalidad de prevenir el daño.

El art. 183.2 LJS 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"*.

¿ Punitive damages?

- •El plus indemnizatorio autónomo con función disuasoria es el que en derecho anglosajón recibe el nombre de *punitive damages*, que introduce el factor preventivo/disuasorio en el sistema indemnizatorio por daños de los países del *common law*.
- •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).
- El Abogado General Paolo Mengozzi en sus conclusiones al asunto Arjona Camacho, C-407/2014, la figura de los daños punitivos puede considerarse una expresión de la teoría de la pena privada, pues no tratan sólo de reparar, sino también "de conceder, además de la reparación íntegra, una cantidad que se espera que, por su carácter sancionador, disuada no sólo al autor del perjuicio de repetir, enel caso en cuestión, su comportamiento (...) sino también al resto de actores de actuar de tal modo".

La normativa de la Unión Europea sobre los daños punitivos

- El TJUE desde antiguo ha establecido que las indemnizaciones por discriminación por razón de sexo debían tener una entidad suficiente para ser disuasorias. 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*.
- La Directiva 2006/54 de 5 de Julio de 2006 (directiva de refundición sobre discriminación por razón de sexo):
- El art. 18 de la Directiva 2006/54 establece que 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.
- •El art. 25 de la Directiva señala, a su vez, que 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.

STJUE 17 de diciembre 2015 (C407-14), Arjona Camacho

- •El art. 18 de la Directiva 2006/54 obliga a la previsión de una indemnización que cubra íntegramente el perjuicio sufrido, pero no prevé el abono de daños punitivos.
- •El efecto disuasorio real buscado por la normativa comunitaria no implica la concesión a la víctima de una discriminación por razón de sexo de una indemnización en concepto de daños punitivos, que va más allá de la reparación íntegra de los perjuicios efectivamente sufridos y es una medida sancionadora.
- •Rechaza autorizar al juez social, sin norma nacional específica, para acudir a la técnica de los daños punitivos.

¿Indemnizaciones preventivas adicionales?

- •STSJ Castilla La Mancha 21 de diciembre de 2017 (Rº 1401/2017), no cabe una "indemnización preventiva" adicional, en consonancia con la Sentencia del TJUE de 17 de diciembre 2015, que establece que en el derecho social español no existen indemnizaciones punitivas con carácter general.
- •STSJ del País Vasco de 17 de julio de 2018 (Rº 128/2018) incrementa la indemnización concedida (de 20.000 euros) en 12.000 euros, por considerar que la reiteración de la conducta del Servicio Vasco de Salud es una circunstancia que no fue valorada en la instancia a efectos indemnizatorios: Objetivo "evitar futuras prácticas de acoso moral.

MUCHAS GRACIAS