

XI CONFERENCIA  
FRANCISCO TOMÁS Y VALIENTE



# PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES: LA GARANTÍA DE INDEMNIDAD\*

María Luisa Segoviano Astaburuaga\*\*

## I. INTRODUCCIÓN

Sra. Secretaria General de la Universidad Autónoma de Madrid,  
Sr. Decano de la Facultad de Derecho,

Queridos profesores y profesoras, alumnos y alumnas,

Es para mí un motivo de enorme satisfacción y también de responsabilidad el impartir esta conferencia, Francisco Tomás y Valiente en su décimo primera edición.

Agradezco sinceramente a la Universidad que me haya brindado la ocasión de poder compartir estos momentos de reflexión. Me resulta especialmente agradable ya que, yo que he sido docente durante veinte años, como profesora asociada de Derecho Procesal de la Universidad de Valladolid, siento una enorme nostalgia de mi actividad y de lo gratificante que siempre me ha resultado la transmisión del saber.

Estamos en la décimo primera conferencia Tomás y Valiente, con la que la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid rinde homenaje al ilustre profesor, asesinado por ETA en el año 1996. Catedrático de Historia del Derecho, fue elegido Magistrado del Tribunal Constitucional, siendo designado Presidente del Tribunal en 1986, cargo que desempeñó hasta 1992.

Como puso de relieve la profesora Casas Bahamonde en su discurso de la V Conferencia Tomás y Valiente «Su vida y su obra representan la defensa del Estado de Derecho constitucional, del Estado Social y Democrático de Derecho que es España por decisión de la Constitución (art. 1.1)».

Es especialmente oportuno en estos delicados momentos por los que atraviesa el TC, recordar las palabras del entonces Presidente del Tribunal: «La vida y el prestigio de las instituciones depende tanto de lo que ellas hacen como de lo que se hace con ellas».

---

\* XI Conferencia Tomás y Valiente, pronunciada el 17 de octubre de 2023.

\*\* Magistrada del Tribunal Constitucional.

El Tribunal requiere para su adecuado funcionamiento dos elementos: serenidad y respeto.

La serenidad se predica tanto *ad intra*, serenidad de los componentes del Colegio, como *ad extra*, serenidad de la sociedad, serenidad de los medios de comunicación.

El respeto implica acatar las decisiones del Tribunal, las ya adoptadas y las que en un futuro se puedan adoptar, no excluyéndose la crítica técnica, constructiva, jurídica, pero sí la descalificación permanente y el rechazo irrazonable e inmotivado de toda resolución que no sea la que se considera adecuada por los detractores del Tribunal.

## II. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y SU INCIDENCIA EN EL ÁMBITO LABORAL

La Constitución Española consagra una protección especial a los derechos de las personas trabajadoras en el seno de la relación laboral ya que, además de los derechos que les corresponden en cuanto «personas», los denominados por la doctrina «derechos de la persona», se les reconocen unos derechos específicos, derivados de su condición de personas trabajadoras. Estos últimos, a su vez, pueden ser contemplados desde una perspectiva individual o colectiva, siendo ejemplo de los primeros, entre otros, el derecho al trabajo, al salario, a la seguridad e higiene... encontrándose entre los segundos el derecho a la negociación colectiva, a la sindicación, a la huelga, a la adopción de medidas de conflicto colectivo, etc.

Aparece el reconocimiento de estos derechos en el Título I de la Constitución, en sus Capítulos II y III.

Surge, junto a los dos grupos anteriores de derechos, un tercer grupo, resultado de la combinación de los dos anteriores, que da origen a un tercer género de derechos. Se trata de derechos fundamentales, calificados de neutros, en cuanto son reconocidos a toda persona, con independencia de que exista o no una relación laboral, que se tiñen de «laboralidad» al ejercitarse en el ámbito de una relación laboral.

La característica de estos últimos es, precisamente, las limitaciones a las que se ven sometidos como consecuencia de su desarrollo en el entorno de una relación laboral sobre la que se proyecta la injerencia del empresario, cuyo poder de dirección, en ocasiones, limita el ejercicio de estos derechos.

Debemos tomar en consideración que la actuación empresarial en el seno de la relación laboral no limita su «poder de dirección» a la mera prestación de la actividad laboral por parte de la persona trabajadora, sino que se extiende a otros ámbitos, en ocasiones impuestos por la propia normativa, como puede ser la vigilancia de la salud de la persona trabajadora. Incluso, una vez finalizada la relación laboral, puede subsistir la intromisión del empresario en la esfera de la actividad de dicha persona, como sucede en los supuestos en que se ha suscrito un «pacto de no competencia», para después de extinguido el contrato de trabajo, si bien este pacto no puede tener una duración superior a dos años para los técnicos, y seis meses para los demás trabajadores, tal como establece el artículo 21.2 del Estatuto de los Trabajadores.

Hay que tener presente, finalmente, el omnímodo conocimiento y control que ejercen las empresas sobre las personas trabajadoras, que les prestan sus servicios, a

través de las nuevas tecnologías, que puede conducir, si se traspasan ciertos límites, a la vulneración de algunos derechos fundamentales de dichas personas, como puede ser el honor, la intimidad, el secreto de las comunicaciones o la libertad sindical.

Estas reflexiones nos conducen a poner de relieve la necesidad de protección y garantía de los derechos fundamentales, no sólo frente a los poderes públicos, sino también frente al empresario por ser, precisamente, en su esfera de actuación como empleador, en virtud del poder que le otorga la suscripción de un contrato de trabajo, donde existe un mayor peligro de vulneración de los derechos fundamentales de la persona trabajadora.

El Tribunal Constitucional no ha permanecido insensible ante esta espinosa cuestión, y ha venido manteniendo una constante jurisprudencia, a partir de la sentencia 88/85 de 19 de julio, en la que estableció lo siguiente: «la celebración de un contrato de trabajo no implica, en modo alguno, la privación para una de las partes, el trabajador, de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano, entre otros el derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones (art. 20.1.a) y cuya protección queda garantizada frente a eventuales lesiones mediante el impulso de los oportunos medios de reparación, que en el ámbito de las relaciones laborales se instrumenta, por el momento, a través del proceso laboral. Ni las organizaciones empresariales forman mundos separados y estancos del resto de la sociedad, ni la libertad de empresa, que establece el artículo 38 del texto constitucional legitima el que quienes prestan servicios en aquéllas por cuenta y bajo la dependencia de sus titulares deban soportar despojos transitórios o limitaciones injustificadas de sus derechos fundamentales y libertades públicas, que tienen un valor central y nuclear en el sistema jurídico constitucional. Las manifestaciones de «feudalismo industrial» repugnan al Estado social y democrático de Derecho y a los valores superiores de libertad, justicia e igualdad a través de los cuales ese Estado toma forma y se realiza (art. 1.1)»

### III. EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

Dentro del amplio catálogo de derechos fundamentales reconocidos en la Constitución nos detenemos en el derecho a la tutela judicial efectiva.

Aparece recogido en el artículo 24 de la Constitución que dispone: «Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso pueda producirse indefensión».

De nada serviría esta declaración constitucional si, con posterioridad, ante una reclamación de nuestros derechos, nos vemos desprotegidos frente a eventuales conductas de represalia por parte de aquellas personas frente a las que ejercitamos dichos derechos.

El TC ha señalado desde la década de los noventa que dentro del derecho a la tutela judicial efectiva se encuentra comprendida la garantía de indemnidad.

Significa que «del ejercicio de la acción judicial o de los actos preparatorios o previos al mismo no pueden seguirse consecuencias perjudiciales en el ámbito de las relaciones públicas o privadas para la persona que los protagoniza» (STC 114/1993, de 18 de enero).

## IV. REGULACIÓN

### 1. ÁMBITO INTERNACIONAL

#### A. **Convenio 158 de la OIT, de 22 de junio de 1982, ratificado por España en 1985 (BOE 29/06/1985).**

Artículo 5: «Entre los motivos que no constituirán causa justificada para la terminación de la relación de trabajo figuran los siguientes: (...)

C) Presentar una queja o participar en un procedimiento entablado contra un empleador por supuestas violaciones de leyes o reglamentos, o recurrir ante las autoridades administrativas competentes»

### 2. ÁMBITO DE LA UNIÓN EUROPEA

#### A. **Directiva 2006/54/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombre y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición)**

Artículo 24: «Victimización.

Los Estados miembros introducirán en sus ordenamientos jurídicos nacionales las medidas que resulten necesarias para proteger a los trabajadores, incluidos los que sean representantes de los trabajadores según las leyes y/o prácticas nacionales, contra el despido o cualquier otro trato desfavorable del empresario como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato».

#### B. **Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico**

Artículo 9:

«Protección contra las represalias.

Los Estados miembros adoptarán en sus ordenamientos jurídicos las medidas que resulten necesarias para proteger a las personas contra cualquier trato adverso o consecuencia negativa que pueda producirse como reacción ante una reclamación o ante un procedimiento destinado a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato.»

**C. Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (religión o convicciones, discapacidad, edad, u orientación sexual)**

Artículo 11: «Protección contra las represalias. Los Estados miembros adoptarán en sus ordenamientos jurídicos las medidas que resulten necesarias para proteger a los trabajadores contra el despido o cualquier otro trato desfavorable adoptado por parte del empresario como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato».

**2. DERECHO INTERNO**

**A. Estatuto de los Trabajadores**

Artículo 4: «2. En la relación de trabajo el trabajador tiene derecho (...)

g) Al ejercicio individual de las acciones derivadas de su contrato de trabajo».

Artículo 17, apartado 1: «Serán igualmente nulas las órdenes de discriminar y las decisiones del empresario que supongan un trato desfavorable de los trabajadores como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción administrativa o judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación».

Artículo 12, apartado 4: «e) La conversión de un trabajo a tiempo completo en un trabajo parcial y viceversa tendrá siempre carácter voluntario para el trabajador y no se podrá imponer de forma unilateral o como consecuencia de una modificación sustancial de condiciones de trabajo al amparo de lo dispuesto en el artículo 41.1.a). El trabajador no podrá ser despedido ni sufrir ningún otro tipo de sanción o efecto perjudicial por el hecho de rechazar esta conversión, sin perjuicio de las medidas que, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 51 y 52.c), puedan adoptarse por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción».

Artículo 68: «Los miembros del comité de empresa y los delegados de personal, como representantes legales de los trabajadores, tendrán, a salvo de lo que se disponga en los convenios colectivos, las siguientes garantías: (...)

c) No ser despedido ni sancionado durante el ejercicio de sus funciones ni dentro del año siguiente a la expiración de su mandato, salvo en caso de que esta se produzca por revocación o dimisión, siempre que el despido o sanción se base en la acción del trabajador en el ejercicio de su representación, sin perjuicio, por tanto, de lo establecido en el artículo 54. Asimismo no podrá ser discriminado en su promoción económica o profesional en razón, precisamente, del desempeño de su representación».

**B. Ley 31/1995, de 9 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales**

Artículo 21.4: «Los trabajadores o sus representantes no podrán sufrir perjuicio alguno derivado de la adopción de las medidas a que se refieren los apartados anteriores [suspensión o abandono del trabajo por riesgo grave e inminente], a menos que hubieran obrado de mala fe o cometido negligencia grave.»

Artículo 30.4: «Los trabajadores designados no podrán sufrir ningún perjuicio derivado de sus actividades de protección y prevención de los riesgos profesionales en la empresa. En ejercicio de esta función, dichos trabajadores gozarán, en particular, de las garantías que para los representantes de los trabajadores establecen las letras a), b) y c) del artículo 68 y el apartado 4 del artículo 56 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores».

**C. LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres**

Artículo 9: «Indemnidad frente a represalias. También se considerará discriminación por razón de sexo cualquier trato adverso o efecto negativo que se produzca en una persona como consecuencia de la presentación por su parte de queja, reclamación, denuncia, demanda o recurso, de cualquier tipo, destinados a impedir su discriminación y a exigir el cumplimiento efectivo del principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres».

**D. Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación**

Artículo 2: «Ámbito subjetivo de aplicación. Se reconoce el derecho de toda persona a la igualdad de trato y no discriminación con independencia de su nacionalidad, de si son menores o mayores de edad o de si disfrutan o no de residencia legal. Nadie podrá ser discriminado por razón de nacimiento, origen racial o étnico, sexo, religión, convicción u opinión, edad, discapacidad, orientación o identidad sexual, expresión de género, enfermedad o condición de salud, estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos, lengua, situación socioeconómica, o cualquier otra condición o circunstancia personal o social».

Artículo 6: «Represalias. A los efectos de esta ley se entiende por represalia cualquier trato adverso o consecuencia negativa que pueda sufrir una persona o grupo en que se integra por intervenir, participar o colaborar en un procedimiento administrativo o proceso judicial destinado a impedir o hacer cesar una situación discriminatoria, o por haber presentado una queja, reclamación, denuncia, demanda o recurso de cualquier tipo con el mismo objeto.

Quedan excluidos de lo dispuesto en el párrafo anterior los supuestos que pudieran ser constitutivos de ilícito penal».

**E. Ley 36/2011, de 10 de octubre, Ley reguladora de la Jurisdicción Social**

Artículo 96: «Carga de la prueba en casos de discriminación y en accidentes de trabajo. 1. En aquellos procesos en que de las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de indicios fundados de discriminación por razón de sexo,

orientación o identidad sexual, origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad, acoso y en cualquier otro supuesto de vulneración de un derecho fundamental o libertad pública, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad».

**F. LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres**

Artículo 13: «Prueba. 1. De acuerdo con las Leyes procesales, en aquellos procedimientos en los que las alegaciones de la parte actora se fundamenten en actuaciones discriminatorias, por razón de sexo, corresponderá a la persona demandada probar la ausencia de discriminación en las medidas adoptadas y su proporcionalidad».

**G. Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación**

Artículo 30: «Reglas relativas a la carga de la prueba. 1. De acuerdo con lo previsto en las leyes procesales y reguladoras de los procedimientos administrativos, cuando la parte actora o el interesado alegue discriminación y aporte indicios fundados sobre su existencia, corresponderá a la parte demandada o a quien se impute la situación discriminatoria la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad.

2. A los efectos de lo dispuesto en el párrafo primero, el órgano judicial o administrativo, de oficio o a instancia de parte, podrá recabar informe de los organismos públicos competentes en materia de igualdad.

3. Lo establecido en el apartado primero no será de aplicación a los procesos penales ni a los procedimientos administrativos sancionadores, ni a las medidas adoptadas y los procedimientos tramitados al amparo de las normas de organización, convivencia y disciplina de los centros docentes».

**H. Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción**

La finalidad de la Ley es doble, tal y como aparece en su artículo 1: «Finalidad de la ley.

1. La presente ley tiene por finalidad otorgar una protección adecuada frente a las represalias que puedan sufrir las personas físicas que informen sobre alguna de las acciones u omisiones a que se refiere el artículo 2, a través de los procedimientos previstos en la misma.

2. También tiene como finalidad el fortalecimiento de la cultura de la información, de las infraestructuras de integridad de las organizaciones y el fomento de la cultura de la información o comunicación como mecanismo para prevenir y detectar amenazas al interés público.

Artículo 36: «Prohibición de represalias. 1. Se prohíben expresamente los actos constitutivos de represalia, incluidas las amenazas de represalia y las tentativas de represalia contra las personas que presenten una comunicación conforme a lo previsto en esta ley.

2. Se entiende por represalia cualesquiera actos u omisiones que estén prohibidos por la ley, o que, de forma directa o indirecta, supongan un trato desfavorable que sitúe a las personas que las sufren en desventaja particular con respecto a otra en el contexto laboral o profesional, solo por su condición de informantes, o por haber realizado una revelación pública.

3. A los efectos de lo previsto en esta ley y a título enunciativo, se consideran represalias las que se adopten en forma de:

a) Suspensión del contrato de trabajo, despido o extinción de la relación laboral o estatutaria, incluyendo la no renovación o la terminación anticipada de un contrato de trabajo temporal una vez superado el período de prueba, o terminación anticipada o anulación de contratos de bienes o servicios, imposición de cualquier medida disciplinaria, degradación o denegación de ascensos y cualquier otra modificación sustancial de las condiciones de trabajo y la no conversión de un contrato de trabajo temporal en uno indefinido, en caso de que el trabajador tuviera expectativas legítimas de que se le ofrecería un trabajo indefinido; salvo que estas medidas se llevaran a cabo dentro del ejercicio regular del poder de dirección al amparo de la legislación laboral o reguladora del estatuto del empleado público correspondiente, por circunstancias, hechos o infracciones acreditadas, y ajenas a la presentación de la comunicación.

b) Daños, incluidos los de carácter reputacional, o pérdidas económicas, coacciones, intimidaciones, acoso u ostracismo.

c) Evaluación o referencias negativas respecto al desempeño laboral o profesional.

d) Inclusión en listas negras o difusión de información en un determinado ámbito sectorial, que dificulten o impidan el acceso al empleo o la contratación de obras o servicios.

e) Denegación o anulación de una licencia o permiso.

f) Denegación de formación.

g) Discriminación, o trato desfavorable o injusto».

## **I. Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social**

Artículo 183. «Indemnizaciones. 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, determinándolo prudencialmente cuando la prueba de su importe exacto resulte demasiado difícil o costosa, para resarcir suficientemente a la víctima y restablecer 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.

4. Cuando se haya ejercitado la acción de daños y perjuicios derivada de delito o falta en un procedimiento penal no podrá reiterarse la petición indemnizatoria ante el orden jurisdiccional social, mientras no se desista del ejercicio de aquella o quede sin resolverse por sobreseimiento o absolución en resolución penal firme, quedando mientras tanto interrumpido el plazo de prescripción de la acción en vía social».

#### **J. LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres**

Artículo 10. «Consecuencias jurídicas de las conductas discriminatorias. Los actos y las cláusulas de los negocios jurídicos que constituyan o causen discriminación por razón de sexo se considerarán nulos y sin efecto, y darán lugar a responsabilidad a través de un sistema de reparaciones o indemnizaciones que sean reales, efectivas y proporcionadas al perjuicio sufrido, así como, en su caso, a través de un sistema eficaz y disuasorio de sanciones que prevenga la realización de conductas discriminatorias».

#### **K. Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación**

Artículo 25. «Medidas de protección y reparación frente a la discriminación. 1. La protección frente a la discriminación obliga a la aplicación de métodos o instrumentos suficientes para su detección, la adopción de medidas preventivas, y la articulación de medidas adecuadas para el cese de las situaciones discriminatorias.

2. El incumplimiento de las obligaciones previstas en el apartado anterior dará lugar a responsabilidades administrativas, así como, en su caso, penales y civiles por los daños y perjuicios que puedan derivarse, y que podrán incluir tanto la restitución como la indemnización, hasta lograr la reparación plena y efectiva para las víctimas».

#### **V. CONCEPTO**

La garantía de indemnidad es un derecho que forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva y que proporciona al que ejercita tal derecho la protección adecuada frente a los eventuales actos de represalia que puedan tener causa en su ejercicio.

También se habla de indemnidad de la trabajadora frente a posibles discriminaciones por razón de sexo o del representante sindical por represalias frente al ejercicio de los derechos sindicales.

Si bien se emplea este término como derecho del trabajador a la protección frente a discriminaciones en el empleo por los motivos proscritos en el artículo 14 CE, o por razón del ejercicio de la libertad sindical (art. 28 CE), la mayoría de los

pronunciamientos del TC se enmarcan dentro del concreto ámbito laboral y afectan a la persona trabajadora. En el ámbito laboral la garantía de indemnidad se traduce en la imposibilidad de adoptar medidas de represalia derivadas del ejercicio por la persona trabajadora de la tutela de sus derechos. La distinta posición ocupada por persona trabajadora y empresario en el seno de la relación laboral y la posibilidad de ejercicio por este último de sus facultades de dirección, organización y sanción hacen que el marco laboral sea más proclive a estas acciones.

## VI. ORIGEN

### 1. TRIBUNAL SUPREMO

Con anterioridad a su reconocimiento por el TC podemos encontrar antecedentes en sentencias de la Sala Cuarta del TS que, si bien no aludían expresamente a la garantía de indemnidad, otorgaban una protección al trabajador frente a represalias por haber formulado una reclamación frente a su empresa.

Así la STS de 8 de julio de 1986 que declara la nulidad de un despido disciplinario de una trabajadora a la que se imputaba haber ofendido a la empresa por las expresiones contenidas en un recurso de alzada frente a la Administración (redactado por su abogado), reclamando determinados derechos laborales.

La STS de 17 de junio de 1988 declara la nulidad del despido al apreciar la existencia de una represalia por haber formulado el trabajador una reclamación frente a la empresa por la imposición de una sanción.

En estos dos supuestos se declara la nulidad del despido al entender que es una represalia por la reclamación formulada por el trabajador y, por lo tanto, que se ha producido una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva.

La STS de 16 de mayo de 1990 declara la nulidad de un despido sin causa alguna al acreditarse que el mismo obedeció a que el trabajador había interpuesto denuncias ante la Inspección de Trabajo.

La STS de 19 de julio de 1990 declara la nulidad del despido al estimar que obedeció a que los trabajadores acudieron a los Tribunales formulando una reclamación contra la empresa.

En definitiva, con anterioridad a que el TC reconociese explícitamente la garantía de indemnidad, ya existía en el ámbito del orden social de la jurisdicción una incipiente doctrina protectora de la persona trabajadora frente a las represalias.

### 2. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

La STC 7/1993, de 18 de enero, si bien no acuñó el término «garantía de indemnidad», declaró que el despido que constituye una reacción empresarial frente al ejercicio por el trabajador de su derecho a la tutela judicial efectiva tendente al reconocimiento de los derechos de los que se cree asistido, ha de calificarse como nulo. Se fundamenta en el artículo 5.c) del Convenio 158 de la OIT y artículo 4.2.g) ET.

Es una conducta vulneradora del derecho a la tutela judicial efectiva y ha de ser sancionada con la nulidad del despido.

Se contempla así una faceta nueva del derecho a la tutela judicial efectiva, al incluir la protección eficaz frente a posibles despidos que constituyan una represalia por el ejercicio de aquel derecho.

La STC 14/1993, de 18 de enero, fue la que utilizó por vez primera el término «garantía de indemnidad» proscribiendo, por resultar contrario a la tutela judicial efectiva, toda reacción empresarial que tuviera por causa el ejercicio de ese derecho fundamental, indicando además que el ámbito de su protección no se limitaba al ejercicio propiamente dicho de acciones judiciales, sino que debía alcanzar a los actos previos y preparatorios exigidos legalmente para tal ejercicio.

La STC 120/2006, de 24 de abril, señaló que esta garantía opera con independencia del resultado que haya tenido la reclamación formulada. En este caso, la trabajadora desistió de la demanda formulada sobre reconocimiento de derechos. La STC no apreció vulneración porque no se había estimado la demanda de la trabajadora.

## VII. JURISPRUDENCIA SALA CUARTA DEL TRIBUNAL SUPREMO

### 1. SALARIOS

STS 02/02/2021	CUD 2414/2018
STS06/07/2021	CUD 4973/2018
STS 15/11/2022	CUD 2645/2021

### 2. INDEFINIDOS NO FIJOS

STS 14/11/2019	CUD 2173/2017
STS 12/01/2022	CUD 579/2019
STS 24/06/2020	CUD 3471/2017
STS 26/04/2022	CUD 1477/2019
STS 22/09/2021	CUD 2125/2018
STS 09/12/2021	CUD 92/2019
STS 18/04/2022	CUD 1408/2019
STS 19/05/2020	CUD 4496/2017
STS 29/06/2020	CUD 2776/2017
STS 16/07/2020	CUD 1921/2018
STS 27/10/2021	CUD 3493/2018

### 3. SUCESIÓN DE EMPRESA

STS 15/12/2022	CASACIÓN 167/2022
----------------	-------------------

4. ERTE COVID DESPIDO

STS 19/10/2022      CUD 2206/2021

5. INDEMNIZACIÓN DAÑO MORAL

STS 09/03/2022      CUD 2269/2019  
STS 20/04/2022      CUD2391/2019

6. FALTA DE LLAMAMIENTO A TRABAJADOR FIJO DISCONTINUO

STS 20/01/2022      CUD 2674/2020

7. REDUCCIÓN NÚMERO DE REPRESENTANTES

STS 03/07/2020      CASACIÓN 17/2019

8. REDUCCIÓN DEL CRÉDITO HORARIO

STS 14/07/2022      CASACIÓN 135/2020

**VIII. MODALIDAD PROCESAL DE TUTELA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES PÚBLICAS**

1. REGULACIÓN

La LRJS dedica el Capítulo XI, del Título II, del Libro II, artículos 177 a 184 a la modalidad procesal de tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas, refiriéndose a la recurribilidad de las sentencias recaídas en materia de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas en el artículo 191.3.f) de la LRJS.

2. PROCEDIMIENTO DE TUTELA DE DERECHOS FUNDAMENTALES

El artículo 182 de la LRJS contiene una minuciosa descripción del contenido de la sentencia que recaiga en estos procesos:

«La sentencia declarará haber lugar o no al amparo solicitado y, en caso de estimación de la demanda, según las pretensiones concretamente ejercitadas:

– Declarará la existencia o no de vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas, así como el derecho o libertad infringidos, según su contenido

constitucionalmente declarado, dentro de los límites del debate procesal y conforme a las normas y doctrina constitucionalmente aplicables al caso, hayan sido o no acertadamente invocadas por los litigantes.

- Declarará la nulidad radical de la actuación del empleador, asociación patronal, Administración pública o cualquier otra persona, entidad o corporación pública o privada.

- Ordenará el cese inmediato de la actuación contraria a derechos fundamentales o a libertades públicas o, en su caso, la prohibición de interrumpir una conducta o la obligación de realizar una actividad omitida, cuando una u otra resulten exigibles, según la naturaleza del derecho o libertad vulnerados.

- Dispondrá el restablecimiento del demandante en la integridad de su derecho y la reposición de la situación al momento anterior a producirse la lesión del derecho fundamental

- Dispondrá la reparación de las consecuencias derivadas de la acción u omisión del sujeto responsable, incluida la indemnización que procediera, en los términos señalados en el artículo 183.

En el supuesto de estimar que no se ha producido la denunciada vulneración de un derecho fundamental, desestimaré la demanda.

En el supuesto de que se hubiera acordado la adopción de las medidas cautelares previstas en el artículo 180 de la LRJS, el Juez en la propia sentencia acordará lo procedente».

### 3. EXAMEN DEL ELEMENTO CULPABILÍSTICO EN LA CONDUCTA DEL SUJETO ACTIVO

Una primera cuestión que se plantea, respecto a la existencia o no de vulneración de derechos fundamentales, reside en si es exigible, para entender producida tal vulneración, la concurrencia del elemento culpabilístico en el causante de la vulneración, es decir, si se exige dolo o culpa en la conducta del mismo.

La respuesta ha venido dada de forma contundente por la jurisprudencia constitucional que en la sentencia 11/98, de 13 de enero, seguida de las posteriores SSTC 33/98, 35/98, 45/98, 60/98, 77/98, 94/98, 104/98, 105/98, 106/98, 123/98, 124/98, 223/98, 30/99, 44/99 y 45/99, ha establecido que «la vulneración de derechos fundamentales no queda supeditada a la concurrencia de dolo o culpa en la conducta del sujeto activo, a la indagación de factores psicológicos y subjetivos de dicho control. Este elemento intencional es irrelevante y basta constatar la presencia de un nexo de causalidad adecuado entre el comportamiento antijurídico y el resultado lesivo prohibido por la norma».

Es decir, una vez que el Juez o Tribunal constata que hay una vulneración de un derecho fundamental, la sentencia contendrá el pronunciamiento estimatorio de la demanda, en los términos establecidos en el artículo 180 de la Ley de Procedimiento Laboral, sin que tenga que acreditar el actor que en tal comportamiento aparece el dolo o la culpa y sin que el demandado pueda conseguir la desestimación de la demanda probando que su comportamiento obedeció a un error inexcusable.

La mera vulneración de un derecho fundamental, dada la tutela reforzada que nuestro ordenamiento otorga a estos derechos, acarrea la declaración en la senten-

cia de la existencia de tal vulneración, al margen de toda consideración acerca del grado de culpabilidad que pudiera concurrir en la conducta del vulnerador.

La STS, Sala Cuarta de 12 de diciembre de 2012, casación 25/2007, entendió que se había producido vulneración del derecho de huelga en la conducta de la empresa demandada que, por error, en un día en que había convocada huelga de TCP, dio orden de que despegaran dos aviones que no estaban incluidos en los servicios esenciales fijados para ese día. La sentencia considera que el hecho de que el empleador emitiera por error órdenes de vuelo, de dos vuelos que no estaban designados como servicios esenciales, es irrelevante que fuera por error pues, lo decisivo, a efectos de determinar si se ha producido o no vulneración de la libertad sindical es que la decisión unilateral de la empresa -sea o no por error- ha producido una consecuencia lesiva, cual es minimizar los efectos de la huelga, al realizarse con normalidad dos vuelos no incluidos en los citados servicios esenciales e imponer a los TCP, que estaban en huelga, la realización de su trabajo, dándoles las pertinentes órdenes de vuelo, indicando que se trataba de servicios esenciales.

#### 4. REPOSICIÓN DE LA SITUACIÓN AL MOMENTO ANTERIOR A PRODUCIRSE LA VULNERACIÓN DEL DERECHO

El artículo 182.1.c) de la LRJS señala, entre los pronunciamientos que necesariamente ha de tener la sentencia que estime que se ha producido vulneración de un derecho fundamental, ordenar el cese inmediato de la actuación contraria a derechos fundamentales o libertades públicas y la reposición de la situación al momento anterior a producirse la lesión del derecho fundamental, así como la reparación de las consecuencias derivadas de la acción u omisión del sujeto responsable, incluida la indemnización que procediera, en los términos señalados en el artículo 183 de la LRJS.

El último pronunciamiento de la sentencia ha de referirse necesariamente a la «reparación» de las consecuencias de la vulneración de un derecho fundamental. Hay que señalar que alguna de las consecuencias ya han debido resultar cuando menos paliadas o limitadas, al disponer el precepto que en la sentencia el Juez ha de ordenar el cese inmediato de la actuación contraria a derechos fundamentales o libertades públicas y la reposición de la situación al momento anterior a producirse dicho comportamiento. Ocurre, sin embargo, que si bien es posible imponer el cese en la conducta vulneradora de un derecho fundamental, con mucha frecuencia resulta imposible reponer la situación al momento anterior a producirse la citada vulneración. Piénsese por ejemplo en la conducta empresarial, vulneradora del derecho de libertad sindical, de impedir a una persona trabajadora asistir a las reuniones sindicales o asistir a cursos de formación, imponer la prestación de servicios por encima de los establecidos como servicios mínimos en una jornada de huelga, impedir a los piquetes informativos informar sobre la huelga, etc... En todos estos supuestos no cabe la reposición a la situación anterior, pues no es posible que la persona trabajadora asista a una reunión o a unos cursos de formación que ya se han celebrado, o que los servicios que se realizaron el día de la huelga, impuestos por el empresario por encima de los servicios fijados como mínimos por

la autoridad administrativa, dejen de realizarse o que informen los piquetes cuando la jornada de huelga ya ha pasado.

En otras ocasiones, si bien resulta materialmente posible la reposición de la situación al momento anterior a producirse la vulneración del derecho fundamental, la concurrencia de determinadas circunstancias que pueden afectar a la seguridad jurídica y a la buena fe de terceras personas conducen a no otorgar efecto retroactivo a la declaración de existencia de vulneración de un derecho fundamental. El Tribunal Constitucional en sentencia 73/1984, de 27 de junio, apreció que la denegación del derecho a participar en las negociaciones colectivas a la Federación Estatal de Banca y Ahorro de Comisiones Obreras supone una vulneración del derecho a la negociación colectiva y a la libertad sindical, pero ello no conduce al restablecimiento del derecho de la demandante reponiendo la situación al momento de constitución de la comisión negociadora, pues ello generaría repercusiones económicas y jurídicas imprevisibles, podría afectar a la seguridad jurídica y a la buena fe en las relaciones laborales.

Existen, por lo tanto, dos supuestos en los que no se repone la situación al momento anterior a producirse la vulneración de un derecho fundamental, uno por imposibilidad material de reponer la situación por ser esta irreversible, el otro, porque tal reposición podría afectar a la seguridad jurídica y a la buena fe de otras personas, vulnerando derechos, a su vez, merecedores de protección.

## 5. REPARACIÓN DE LAS CONSECUENCIAS DERIVADAS DEL ACTO VULNERADOR

### A. Vía de reparación del daño

El pronunciamiento final de la sentencia ha de venir referido a la condena al sujeto responsable a la reparación de las consecuencias derivadas del acto, incluida la indemnización que procediera en los términos señalados en el artículo 183 de la LRJS

Hemos visto con anterioridad que, en ocasiones, si bien se acuerda el cese inmediato de la conducta vulneradora del derecho fundamental, no es posible reponer la situación al momento anterior a producirse dicha vulneración.

La reparación en ese supuesto habrá de comprender también el daño causado por la imposibilidad de reponer la situación al momento anterior a producirse la vulneración del derecho.

La vía de reparación del daño, a la que expresamente alude el artículo 182.1.D) de la LRJS es la de «la indemnización que procediera», aunque pueden existir otras vías de reparación, como pudiera ser el que la empresa comunicara a los trabajadores la incidencia real de una huelga, cuando previamente había facilitado unos datos inexactos minimizando el seguimiento que la huelga había tenido.

La reparación de las consecuencias derivadas de la vulneración procede en todo caso. A este respecto hay que tener presente que «la Constitución protege los derechos fundamentales, no en sentido teórico e ideal, sino como derechos reales y específicos (STC 176/1988, de 4 de octubre) y que los artículos 9.1,1.1. y 53.2 C. E. impiden que la protección jurisdiccional de los derechos y libertades se convierta en un «acto meramente ritual o simbólico» (STC 12/1994, de 17 de enero) lo

que igualmente proclaman en el ámbito propio del amparo constitucional, los artículos 1.41 y 55 LOTC. Por su parte la STC 274/06, de 24 de julio que otorgó el amparo solicitado por el recurrente, anulando la sentencia dictada el 21 de julio de 2003 por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, entendió que «la denegación sin motivación razonable de cualquier indemnización a un trabajador que ha sufrido por parte de una Administración Pública un comportamiento lesivo de su derecho de libertad sindical de la índole, intensidad, reiteración y duración en el tiempo del analizado, limitando los efectos del procedimiento de tutela a la declaración de nulidad de la conducta vulneradora, no puede considerarse suficiente para lograr una reparación real y efectiva del derecho fundamental vulnerado, que queda por ello desprotegido». En definitiva el TC entiende que, constatada la existencia de vulneración del derecho de libertad sindical de un trabajador, de forma intensa y reiterada, sólo cabe denegarle una indemnización, motivando razonablemente tal denegación.

En el supuesto de vulneración de la garantía de indemnidad. Procederá su reparación, fijando la indemnización que procediere.

Los daños que pueden producirse son materiales y morales, pasando seguidamente a su examen.

## B. Daños materiales

Los daños materiales son tanto la pérdida que se haya sufrido (daño emergente) como la ganancia que se haya dejado de obtener (lucro cesante), tal como establece el artículo 1106 CC.

En el ámbito de los derechos fundamentales tales daños pueden ser de muy variada índole, así por ejemplo, el establecer categorías diferentes con salarios diferentes para trabajos de igual valor, que encubre una situación de discriminación por razón de sexo, tiene un claro contenido material, cual es la diferencia entre el salario reconocido a la categoría habitualmente ostentada por los trabajadores y el importe correspondiente a la categoría de las trabajadoras; el contenido del daño material de la lesión de la libertad sindical, exteriorizado en no reconocer a un delegado sindical las primas, pluses etc... que se abonan a los demás trabajadores de su categoría, consiste en el importe de tales primas, pluses...; el despido de un representante de los trabajadores, declarado nulo por vulneración del derecho de libertad sindical, se traduce en la readmisión en su puesto de trabajo y abono de los salarios dejados de percibir durante la tramitación del despido.

En el supuesto de vulneración de la garantía de indemnidad habrá de examinarse en que ha consistido el acto vulnerador, si se le ha asignado un salario inferior o se le ha privado de determinados complementos, la indemnización por el daño material consistirá en el abono de dichas diferencias salariales. En el supuesto de despido, procederá la declaración de nulidad y la reposición a su puesto de trabajo con abono de los salarios dejados de percibir.

Para que proceda el reconocimiento de la indemnización de daños y perjuicios por daños materiales se exige, tal como señala la STS de 23 de marzo de 2000, CUD 362/99, siguiendo la doctrina recogida, entre otras, en las sentencias de 9 de junio de 1983 (CUD 3856/92), 8 de mayo de 1995 (CUD 1319/94), 22 de julio de 1996, 20 de enero de 1997, (CUD 2059/96), 2 de febrero de 1998 (CUD) 28 de

febrero de 2000 (CUD 2346/99) y 23 de mayo de 2000 (CUD 362/99), no simplemente que se acredite que se ha producido vulneración de un derecho fundamental, sino que el demandante alegue en su demanda las bases de la indemnización que reclama por daño material, que en el supuesto concreto corresponde dicha indemnización y que queden acreditados, al menos, indicios suficientes en los que se pueda asentar dicha condena.

Se impone, por tanto, al demandante la carga de alegar y razonar en su demanda que la vulneración del derecho le ha ocasionado un daño, cuantificar el importe de la indemnización que reclama, fundamentar su pretensión indemnizatoria y aportar, al menos indicios, del daño producido y las bases para la fijación de la indemnización reclamada.

### C. Daños morales

Mucha mayor dificultad reviste la cuestión relativa a la indemnización de los daños morales.

El daño moral es una creación jurisprudencial que desde una perspectiva amplia puede ser definido como todo daño que no es patrimonial, siendo relevantes las grandes dificultades existentes para la cuantificación del mismo.

La jurisprudencia se ha venido esforzando en construir el concepto de daño moral, resaltando que, aunque el mismo no se encuentre específicamente nominado en el Código Civil, tiene adecuado encaje en la exégesis de ese amplísimo «reparar el daño causado», que emplea en su artículo 1902, tal como tiene declarada la Sala a partir de la sentencia de 6 de diciembre de 1912.

La STS, Sala Primera, de 25 de junio de 1984, recurso 403/84, señala lo siguiente: «La construcción del referido daño como sinónimo de ataque o lesión directos a bienes o derechos extrapatrimoniales o de la personalidad, peca hoy de anticuada y ha sido superada tanto por la doctrina de los autores como de esta Sala;

Así, actualmente, predomina la idea del “daño moral” representado por el impacto o sufrimiento psíquico o espiritual que en la persona pueden producir ciertas conductas, actividades o, incluso, resultados, tanto si implican una agresión directa o inmediata a bienes materiales, cual si el ataque afecta al acervo extrapatrimonial o de la personalidad (ofensa a la fama, al honor, honestidad, muerte de persona allegada, destrucción de objetos muy estimados por sus propietarios, etc.)

De ahí que, ante, frente o junto a la obligación de resarcir que surge de los daños patrimoniales, traducido en el resarcimiento económico o dinerario del “lucro cesante” y/o del *damnum emergens*, la doctrina jurisprudencial haya arbitrado y dado carta de naturaleza en nuestro derecho a la reparación del daño o sufrimiento moral, que si bien no atiende a la reintegración de un patrimonio, va dirigida, principalmente, a proporcionar en la medida de lo humanamente posible una satisfacción como compensación al sufrimiento que se ha causado (sentencia de 31 de mayo de 1983 y las en la misma citadas)».

Por su parte la STS, Sala Primera, de 3 de noviembre de 1995, recurso 764/92, en relación al daño moral ha precisado lo siguiente: «El daño moral ha de integrarse por los dolores y sufrimientos que repetidas secuelas hayan producido al recurrente y que, por naturaleza, se refieren, según la línea seguida entre otras en S. de esta Sala de 22-05-95: “a toda la gama de sufrimientos y dolores físicos o psíquicos

que haya padecido la víctima a consecuencia del hecho ilícito”. Así cabe comprender como conceptos integradores del daño moral eventualidades como las siguientes: si el hecho ilícito causó, teniendo en cuenta la mayor o menor intensidad o gravedad de éste, el propio padecimiento que cualquier persona experimente desde que se produjo la lesión hasta su total curación, si por las características de la lesión, se origina un componente de desquiciamiento mental en el así lesionado, también es posible que ello integre ese daño moral, así como la existencia de ese dolor físico en quien ha padecido cualquier tipo de mutilación o lesión corporal afecta a cualquier elemento del cuerpo del dañado que, a su vez, produzca cualquier deformidad pues que le depare a la víctima dolor o desazón al verse privado en el futuro de una fisonomía corporal normal y análoga a la que antes ostentaba».

En anteriores sentencias la Sala Primera había abordado la cuestión relativa al daño moral señalando que tienen la condición de indemnizables a título de *pecunia doloris* los sufrimientos provocados por la muerte de un familiar (S. de 20-12-1930, 8-04-1936, 17-02-1956, 7-12-1968, 25-12-1969), e incluso por la convivencia y dependencia económica de aquel a quien se reputaba marido, muerto en accidente de automóvil (sentencia de 25-11-1969) o del sufrimiento experimentado por defectos funcionales y pérdida de órganos de carácter residual derivados de un accidente (sentencia de 29-5-1952, 10-3-1967, 7-10-1970), así como también del que pudiera haberse provocado por la dispersión de los restos mortales del antepasado del actor, aunque ello no se estimase al no estar probado el hecho alegado (sentencia 7-12-1979), e incluso, de los originados por los perjuicios que a los actores se les produjo al perder los locales y viviendas que ocupaban en el local parcialmente derrumbado (sentencia 23-10-1978).

La STS Sala Primera, de 10-02-2006, recurso 2280/99, señala que «la reparación de daño o sufrimiento moral, que no atiende a la reintegración de un patrimonio, va dirigida, principalmente, a proporcionar en la medida de lo humanamente posible una satisfacción como compensación al sufrimiento que se ha causado, lo que conlleva la determinación de la cuantía de la indemnización apreciando las circunstancias concurrentes (entre otras STS de 31-05-1983, 25-06-1984, 28-03-2005 y 28-04-05).

Como podemos observar todas las sentencias examinadas hacen referencia al daño moral de las personas físicas, planteándose la cuestión de si la persona jurídica puede también sufrir un daño moral y ser indemnizada por el mismo. La cuestión reviste especial importancia en el ámbito laboral pues la LRJS legítima, de forma especial, como sujeto demandante al sindicato, apareciendo legitimado tanto activamente (art. 177.1 de la LRJS) como coadyuvante (art. 177.2 de la LRJS).

El daño moral cabe en las personas jurídicas como reconoció la STS. Sala Primera, de 31 de marzo de 1930, refiriéndose a las lesiones al prestigio mercantil de una persona moral o jurídica que sufría la afrenta.

Las personas jurídicas no pueden sufrir dolor, angustia, depresión, etc... por lo que el daño moral en las mismas se manifiesta en el prestigio y estima moral en el concepto público, tal como ha señalado la STS Sala Primera, de 20-02-2002, recurso 2855/1996.

La STS de 21 de mayo de 1997, recurso 441/1997, ha establecido lo siguiente: «La tutela judicial del prestigio de las sociedades mercantiles, la ha admitido esta Sala en determinados supuestos (Ss de 28-4-1989, 15-4-1992 –citada en el recurso– y 26-3-1993 y 9-12-1993, entre otras) así como el Tribunal Constitucio-

nal (Ss de 11-11-1991 y 26-9-1995); si bien debe de reconocerse que la doctrina jurisprudencial civil no se mantiene uniforme, pues se presenta discrepante, pero en trance de ir centrando la cuestión y de depurar divergencias, resulta más proclive y merecedor de amparo este derecho al honor, que si bien tiene en la Constitución un significado personalista, como inherente a la dignidad humana, según el artículo 18, aunque parece que lo acentúa en el derecho a la intimidad, ello no excluye la extensión de su protección y garantía a las personas jurídicas respecto a los ataques injustificados que afecten a un prestigio profesional y social, que conforman integración de su patrimonio moral, con repercusión en el patrimonial, por sus resultados negativos, y así puede traducirse en una pérdida de la confianza de la clientela, de proveedores y concurrentes comerciales o de rechazo o minoración en el mercado de forma general y todo ello como consecuencia de que las personas jurídicas también ostentan derechos de titularidad al honor, con protección constitucional, pues no se puede prescindir totalmente del mismo, en su versión de prestigio y reputación profesional, necesarios para el desarrollo de sus objetivos sociales y cumplimiento de los fines para los que fueron constituidas, con un componente de personas individuales, que siempre resultan identificables y a las que también les afecta, en mayor o menor medida, el desprestigio del ente en el que estén integradas. La jurisprudencia que residenciaba en el artículo 1902 del Código civil el ataque al prestigio de las sociedades, fue enmendada —como declara la sentencia de 24-mayo-1994— por la Sala, al admitir que los ataques al prestigio profesional cabe encuadrarlos en la defensa de su honor (ss. de 11-6-1990, 23-3-1991 y 20-12-1993).

Asimismo se ha puesto de relieve por una consolidada doctrina jurisprudencial la dificultad de probar el daño moral.

La STS, Sala Primera, de 19 de octubre de 2000, recurso 2423/1995, al examinar la procedencia de la indemnización por daño moral solicitada por el hijo de una persona que falleció en un hospital y estuvo en la Sala mortuoria siete días, sin que fuera comunicada a los familiares su fallecimiento, frente a la alegación del servicio de salud demandado de que no existía daño moral, pues el hijo había desatendido a su padre hasta el punto de que acudió solo al centro médico donde falleció, entiende que sí existe daño moral. Razona que «... cuando se trunca una vida siempre deja algún rastro de sufrimiento, pena y aflicción, y también desazón en sus mas allegados, sobre todo si se da la circunstancia de no haber tenido al menos la posibilidad de asistir al paciente en los últimos momentos de su vivir y con efectos de pesar y desasosiego por habérseles privado de llevar a cabo su velatorio y enterramiento inmediato, como es lo normal, debido todo esto al retraso provocado por el actuar poco ejemplar del Servicio de Salud, lo que es bastante para instaurar desequilibrio y desarmonía humana intensa que, al presentarse como daño espiritual, autoriza a considerar que se produjo al actor efectivo daño moral».

La Sala ante el hecho acaecido de la permanencia del cadáver del padre siete días en la sala mortuoria partiendo de que el fallecimiento de un familiar siempre causa dolor, circunstancia agravada en el supuesto examinado por la demora del Servicio de Salud en comunicar al hijo el fallecimiento del padre, reconoció la existencia de daño moral, sin exigir ninguna prueba de que efectivamente tal hecho le había originado al reclamante sufrimiento, dolor y angustia. Razona la Sentencia que «la jurisprudencia consolidada es ya antigua de esta Sala viene considerando la indemnización por daños morales, reconociendo que su valoración no puede obte-

nerse de una prueba objetiva, pero no por ello se ata a los Tribunales de Justicia e imposibilita legalmente para fijar su cuantificación (sentencia 27-7-1994, 3-11-1995, 21-10-1996, que parten de la de 6-12-1912) a cuyo efecto ha de tenerse en cuenta y ponderar las circunstancias concurrentes en cada caso».

Sin embargo la exigencia probatoria es más intensa cuando el que reclama por daño moral es una persona jurídica pues, como ya se ha señalado con anterioridad, el concepto de daño moral difiere sensiblemente de las personas físicas. Así la STS Sala Primera, de 10-2-2006, al rechazar la indemnización por daño moral solicitada por una empresa a otra a la que encargó grabar un vídeo infantil e incluyó escenas pornográficas, recurso 2097/1999, razona de forma similar a la de 19-10-2000, llegando a un resultado diferente. Consta en dicha Sentencia lo siguiente: «los daños morales efectivamente no resultan de pruebas directas u objetivas, por lo que cabe su cuantificación judicial atendiendo a las circunstancias concurrentes, conforme ha declarado la jurisprudencia desde la sentencia antigua de 6-12-1912 y de 19-12-1949 y posteriores de 24-12-1983, 25-6-1984, 3-6-1991, 27-7-1994, 3-11-1995, 21-10-1996, 19-10-2000 y 9-12-2003». La sentencia concluye que «Aquí se trata de desprestigio comercial, que está intensamente relacionado con la repercusión mercantil negativa, es decir que la sociedad hubiera efectivamente sufrido pérdidas y aminoramiento en sus negocios, lo que se decretó que no había tenido lugar y para nada se demostró que la imagen mercantil resultase dañada en el ámbito comercial del negocio de vídeos infantiles».

Hay determinados supuestos en que la ley reconoce el derecho a indemnización por daños morales, aun no probada la existencia de perjuicio económico. Así el artículo 140.2 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual textualmente dispone que «En caso de daño moral procederá su indemnización, aún no probada la existencia de perjuicio económico. Para su valoración se atenderá a las circunstancias de la infracción, gravedad de la lesión y grado de difusión ilícita de la obra». Dicho precepto ha venido siendo interpretado en el sentido de que los daños morales no son objeto de prueba en sí mismos, sino que lo que debe probarse es el hecho generador del daño y las circunstancias de su producción. En definitiva, acreditada la vulneración del derecho de propiedad intelectual y reclamada la pertinente indemnización por daños morales, procede fijar la indemnización correspondiente, sin necesidad de probar los daños morales, pero teniendo en cuenta a la hora de fijar el *quantum*, las circunstancias de la infracción, la gravedad de la lesión y el grado de difusión ilícita de la obra (STS Sala Primera de 19-4-2007, recurso 1465/2000).

En el ámbito laboral se ha venido reconociendo la existencia de daños morales y la indemnización por los mismos, tanto a personas físicas como a personas jurídicas, especialmente a los sindicatos, por el cauce procesal del artículo 177 y siguientes de la LRJS, modalidad procesal de tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas.

La cuestión no es tanto la existencia de daños morales por la vulneración de derechos fundamentales, cuestión pacíficamente admitida, sino si es preciso o no probar el daño moral o, dicho en otras palabras, si la constatación de la vulneración de un derecho fundamental genera *per se* daño moral y ha de ser reparado mediante el abono de la oportuna indemnización o, si es preciso que quede acreditado, no

sólo la vulneración de un derecho fundamental, sino también que dicha vulneración ha ocasionado un daño moral.

Dicha cuestión no ha sido resuelta de forma homogénea por la jurisprudencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo. En un primer momento la sentencia de 9 de junio de 1993, recurso 5539/93, siguiendo la de 23 de julio de 1990, declaró de forma contundente que «se debe entender que esta interpretación es adecuada –declarada la violación de derecho fundamental se presume la existencia del daño moral y nace el derecho a la indemnización del mismo– pues así se desprende del artículo 15 de la LOLS, que establece con carácter imperativo que el órgano judicial decretará el cese inmediato del comportamiento antisindical así como la reparación de sus consecuencias ilícitas, si entendiéndose probada la violación del derecho de libertad sindical, criterio que se refuerza con el mandato del artículo 179.1 de la Ley de Procedimiento Laboral de reparar, en todo caso, las consecuencias derivadas del acto incluida la indemnización que procediera». Concluye señalando que la sentencia que declare la vulneración de un derecho fundamental debe contener varios pronunciamientos, entre los que ha de figurar el de mandar que se reparen las consecuencias del acto, incluyendo la indemnización que procediera y por eso debe entenderse que no es necesario probar que se ha producido un perjuicio para que nazca el derecho al resarcimiento, sino que por el contrario, una vez acreditada la vulneración del derecho fundamental se presume la existencia del daño y debe decretarse la indemnización correspondiente. En esta sentencia el sujeto lesionado era una persona física.

Idéntica doctrina se contiene en la sentencia de 8 de mayo de 1995, siendo el sujeto lesionado un sindicato.

En la posterior, recurso 7880/95, sentencia de 22 de julio de 1996, referida asimismo a un sindicato, la Sala matizó la anterior doctrina, señalando que, como en el cuerpo o parte central de la demanda no se hacía alusión alguna, ni referencia de ningún tipo, al derecho a ser indemnizado, ni las razones que avalan su reconocimiento, apareciendo únicamente al final del suplico una petición de indemnización de una determinada cantidad «por los perjuicios ocasionados al no poder constituir la Sección Sindical, ni poder disfrutar de las garantías correspondientes», no procedía concederle la indemnización solicitada. Señala la sentencia que «no basta con que quede acreditada la vulneración de la libertad sindical para que el juzgador tenga que condenar automáticamente a la persona o entidad conculcadora al pago de una indemnización... para poder adoptarse el mencionado pronunciamiento condenatorio es de todo punto obligado que, en primer lugar, el demandante alegue adecuadamente en su demanda las bases y elementos clave de la indemnización que reclama, que justifique suficientemente que la misma corresponde ser aplicada al supuesto concreto de que se trate, dando las pertinentes razones que avalen y respalden dicha decisión, y en segundo lugar que queden acreditados, cuando menos, indicios o puntos de apoyo suficientes en los que se pueda asentar una condena de tal clase».

La sentencia de 20 de enero de 1997, recurso 2059/96, en la que el reclamante era un trabajador, entendió que indiciariamente habían quedado acreditados los daños morales derivados de no poder ejercitar sus derechos de preparación y desarrollo de la campaña electoral –la empresa trasladó al actor que prestaba servicios en Madrid a La Coruña al inicio del proceso electoral, siendo conocedora la empresa de que el trabajador era miembro de la candidatura de CCOO– por lo que se

presumía acreditado y ajustado, razonable y proporcionado, al perjuicio sufrido, el importe fijado por tal concepto por la sentencia de instancia en atención a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida.

La sentencia de 2 de febrero de 1998, recurso 1725/97, denegó la indemnización reclamada por los Sindicatos accionantes, razonando que si bien se había producido violación del derecho de libertad sindical, no hay razón alguna por la que deba abonar una indemnización por daños de cuya existencia no hay indicios.

La sentencia de 16 de marzo de 1998, recurso 1725/97, desestimó el recurso de la empresa en el motivo relativo a la fijación de indemnización por el daño producido, argumentando que en el recurso no se planteaba la cuestión de si debe existir o no una relación de causa-efecto entre la violación del derecho y el daño producido, antes bien parece el recurrente partir de su existencia, por lo que mantiene la indemnización fijada en la sentencia recurrida.

La sentencia de 9 de noviembre de 1998, recurso 1594/98, denegó al sindicato accionante la indemnización solicitada, aplicando la doctrina contenida en la sentencia de 22 de julio de 1996.

Idéntica doctrina ha sido aplicada en las sentencias de 28 de febrero de 2000, recurso 2346/99, siendo el accionante una persona física; 11 de abril de 2003, recurso 1160/01, siendo el accionante persona física.

La sentencia de 12 de diciembre de 2005, recurso 59/05, confirmó la de instancia que en un supuesto en que el Sindicato era el demandante, estimó que era contrario a la libertad sindical el que la empresa impusiera en el día de huelga unos servicios esenciales del 100 por 100, procediendo a fijar una indemnización por daños y perjuicios de 12.000 euros. La Sala razonó que «como también hemos declarado la interpretación del artículo 15 LOLS y del artículo 180.1 de la LPL propician el fallo condenatorio a la indemnización cuando se cumplan determinados requisitos y, entre ellos, que medie petición de la parte demandante concretando la cantidad solicitada, así como las bases necesarias para imponer la condena reparatoria y su alcance, razonando su pretensión... todos estos condicionamientos se dan en el caso analizado en el que la sentencia de instancia apreció mala fe en el recurrente por el manifiesto incumplimiento de una sentencia anterior sobre lo mismo... ocasionando al Sindicato demandante un grave perjuicio, al imponer unos servicios mínimos que frustraron de manera total la huelga convocada por el demandante».

La sentencia de 17 de mayo de 2006, recurso 4372/04, reconoció el derecho de un trabajador, que se había visto obligado a solicitar la extinción de su contrato por el acoso moral al que le había sometido la Consejería de Turismo, que le ocasionó un trastorno adaptativo ansioso depresivo provocado por estrés laboral: «Cuanto antecede pone de manifiesto la concurrencia en el caso de autos, de una situación de acoso laboral determinante de una lesión psíquica en la persona del trabajador que, por sí misma, y con independencia de las consecuencias laborales que ha de producir, constituye, sin duda alguna, una lesión de derechos fundamentales del mismo que, sustancialmente, se contraen a un ataque frontal a la dignidad personal del trabajador demandante de autos, lo que debe merecer del órgano Judicial, a tenor de lo previsto en los, ya mencionados, artículos 180,181 y 182 de la Ley de Procedimiento Laboral, la respuesta consiguiente a la violación del derecho fundamental lesionado».

El Tribunal Constitucional en sentencia 247/06, de 24 de julio, otorgó el amparo solicitado por un trabajador, miembro del Comité de empresa, al que la empleadora le prohibía acudir a las reuniones del Comité, le trasladó sin causa a un nuevo puesto de trabajo y le rebajó de forma injustificada la jornada laboral, con la subsiguiente reducción del salario. La sentencia anuló la dictada por la Sala Cuarta de 21 de julio de 2003, en la que se casó la de 26 de julio de 2002 de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, que había reconocido a favor del actor una indemnización de cinco millones de pesetas por los daños morales derivados de la declarada vulneración de su derecho de libertad sindical. El Tribunal Constitucional entendió que «denegar la indemnización y considerar que basta con la mera declaración de nulidad de la conducta debe estimarse insuficiente para reparar el derecho vulnerado, que queda así desprotegido ante la nimiedad de la reparación otorgada y su desproporción con la lesión sufrida, lo que torna en casi estéril su denuncia en un proceso judicial y en casi gratuita su conculcación... La exigencia jurisprudencial de alegar adecuadamente las bases y elementos clave de la indemnización reclamada y asimismo de acreditar en el proceso, cuando menos, indicios o puntos de apoyo suficientes en los que se pueda sentar la condena indemnizatoria debe entenderse cumplida en el presente caso. El demandante expuso detalladamente en su demanda rectora de autos la conducta antisindical de la que venía siendo víctima de manera prolongada en el tiempo por su activismo sindical en defensa de los derechos e intereses del colectivo de profesores de religión y moral católica al que pertenece, conducta que le ha ocasionado tanto perjuicios económicos perfectamente cuantificables (reducción de jornada laboral con la consiguiente reducción salarial) como daños morales para su imagen y dignidad como representante sindical, de más difícil cuantificación pero cuya realidad no puede negarse pues, como acertadamente señala el Ministerio Fiscal en sus alegaciones, resulta patente que un trabajador que, como el recurrente, es sometido a un trato discriminatorio derivado del ejercicio de funciones sindicales en defensa de sus compañeros de trabajo, de la intensidad y duración en el tiempo del que ha quedado acreditado en el relato de hechos probados, sufre un maltrato o daño psicológico que, con independencia de otras consecuencias que puedan depender de las condiciones personales del sujeto afectado, se da en todo caso, sin que sea factible a veces aportar prueba concreta del perjuicio sufrido y de su cuantificación monetaria, dada su índole. La denegación sin motivación razonable de cualquier indemnización a un trabajador que ha sufrido por parte de una Administración pública un comportamiento lesivo de su derecho de libertad sindical de la índole, intensidad, reiteración y duración en el tiempo del analizado, limitando los efectos del procedimiento de tutela a la declaración de nulidad de la conducta vulneradora, no puede considerarse suficiente para lograr una reparación real y efectiva del derecho fundamental vulnerado, que queda por ello desprotegido».

Se ha denegado la indemnización de daños y perjuicios por vulneración de derechos fundamentales en las siguientes resoluciones:

La sentencia de 6 de abril de 2009, recurso 191/2008, en la que se estimó que se había producido vulneración del derecho de huelga de los maquinistas e inventores, no fijó la indemnización solicitada porque el demandante no cumplió la carga de determinar y acreditar el daño moral que alega.

La sentencia de 8 de junio de 2011, casación 144/2011, en la que se estimó que se había producido vulneración del derecho de huelga de los maquinistas del AVE, no concedió la indemnización solicitada porque el demandante no concretó en la demanda la existencia de perjuicio ni dato alguno que justificara la procedencia de la indemnización solicitada.

La sentencia de 11 de mayo de 2012, recurso 1554/2011, resolvió que en la indemnización de daños y perjuicios por vulneración de derechos fundamentales no procede incluir los honorarios del letrado que intervino en el proceso, en defensa de la parte que sufrió la declarada vulneración.

La sentencia de 11 de junio de 2012, recurso 3336/2011 en la que se estimó que se había producido vulneración de la libertad sindical, no concedió la indemnización solicitada por entender que no se había probado el daño moral alegado.

La sentencia de 15 de abril de 2013, recurso 1114/2012, 2011 en la que se estimó que se había producido vulneración de la libertad sindical, no concedió la indemnización solicitada por entender que el demandante no ha proporcionado elementos objetivos en la demanda de los que pueda extraerse el daño moral que alega.

Se ha concedido la indemnización de daños y perjuicios por vulneración de derechos fundamentales en las siguientes resoluciones:

La sentencia de 20 de septiembre de 2007, recurso 3326/2006, acordó la extinción del contrato e indemnización adicional por daños morales en el supuesto de una trabajadora, bibliotecaria en una pequeña localidad de Álava que, al estar sola por la tarde en la biblioteca, durante un largo periodo de tiempo vino sufriendo agresiones verbales, físicas y sexuales por un grupo de menores que le ocasionaron un largo periodo de IT derivada de la situación de estrés postraumático, razonando la sentencia que en la demanda se hace referencia –como expresión de los daños físicos psíquicos y morales- a las dos bajas por IT sufridas, invocando para la fijación de la cuantía el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, fijando la indemnización en 6.193,68 E, correspondientes a 131 días de baja.

La sentencia de 22 de octubre de 2009, recurso 4440/2008 entendió que si la autoridad eclesiástica excluye a un profesor de Religión, que había sido contratado en años anteriores, debe acreditar la causa de dicha exclusión cuando el trabajador presenta un panorama indiciario de violación de derechos fundamentales. La indemnización se fija en 3000E.

La sentencia de 7 de marzo de 2011, recurso 2190/2010, estima que ha habido lesión de la libertad sindical y que el actor ha proporcionado elementos de los que extraer la existencia del daño moral cuya indemnización reclama, como es que se ha dañado la propia imagen del sindicato, que queda en mal lugar al acudir a otras empresas a convocar elecciones, así como ante los propios trabajadores de la empresa demandada que impidió que se convocaran dichas elecciones. La indemnización se fija en 3000 E.

La sentencia de 28 de noviembre de 2011, recurso 188/2011, condenó a Correos y Telégrafos por vulneración de la garantía de indemnidad, al excluir de la bolsa de contratación a la trabajadora por haber presentado demanda por despido, al haber sido cesada al finalizar un contrato temporal. La indemnización se fija en el importe del salario que hubiera percibido durante el tiempo que debió estar con-

tratada, sin que proceda detraer la cantidad percibida por prestación por desempleo.

La sentencia de 15 de febrero de 2012, casación 67/2011, entendió que se había violado la libertad sindical de la Intersindical Canaria, al no poner la empresa a su disposición el tablón de anuncios. Admite que, a falta de otros elementos, cabe acudir a la LISOS para la fijación del importe de la indemnización, fijando en 6000 E el importe de la misma.

La sentencia de 5 de febrero de 2013, recurso 89/2012, entendió que existía vulneración del derecho a la no discriminación, integridad moral y garantía de indemnidad en la conducta de la demandada que procede a traslados ilegales de la trabajadora, se niega a cumplir las resoluciones judiciales que los declaran nulos, cuando la trabajadora acepta el traslado no se le da ocupación efectiva y, finalmente, se la despide por unas inexistentes causas objetivas, situación que le provoca IT por crisis de ansiedad. Admite la sentencia que cabe acudir a la LISOS y, atendiendo a la gravedad de la conducta, artículo 8, apartados 11 y 12, para la tipificación de la conducta y al artículo 40 c) que establece las sanciones, se fija la indemnización en 60000 E.

## IX. REGULACIÓN ACTUAL

### 1. INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS MATERIALES Y MORALES

La LRJS ha procedido a regular, de forma más flexible a como se encontraba con anterioridad, la indemnización de daños y perjuicios derivada de la vulneración de un derecho fundamental, dedicando el artículo 183 a disciplinar dicha cuestión. Contempla la indemnización tanto del daño material como del moral que haya podido sufrir la víctima de la vulneración, así como de los daños y perjuicios adicionales.

El apartado 1 dispone: «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.

Hasta la aparición de dicho precepto la doctrina había venido considerando que la regulación de la compensación por vulneración de derechos fundamentales era en nuestro ordenamiento muy insatisfactoria.

La explicación se encontraba, en primer lugar, en el hecho de que la tutela de los derechos fundamentales apareció, en principio, como tutela del derecho de libertad sindical, tratando fundamentalmente de garantizar dicha libertad, por lo que se limitaba a decretar la nulidad de la conducta vulneradora, sin fijar indemnización alguna.

En segundo lugar, en la ausencia de fijación de una cuantía determinada, teniendo en cuenta que en el ámbito laboral tradicionalmente se operaba con cuantías tasadas, lo que provocaba cierta inquietud.

Con la nueva regulación se contempla claramente el derecho a la reparación del daño material y moral que pudiera sufrir la víctima. Asimismo se alude a los daños y perjuicios adicionales.

Se ha puesto de relieve que hay determinadas reclamaciones que, aunque lleven aparejada la reclamación por vulneración de derechos fundamentales, han de seguir la modalidad procesal correspondiente. Así el artículo 184 de la LRJS, dispone que necesariamente deberán seguir la modalidad procesal correspondiente las demandas por despido y por las demás causas de extinción del contrato de trabajo, las de modificación sustancial de condiciones de trabajo...acumulando a ellos, según lo dispuesto en el artículo 26.2, las pretensiones de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas con las propias de la modalidad procesal respectiva.

Dicho precepto, tras disponer en el apartado 1 que no podrán acumularse entre sí ni a otras distintas en un mismo juicio, ni siquiera por vía de reconvencción, las acciones de despido y demás causas de extinción del contrato de trabajo, las de modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, las de disfrute de vacaciones..., establece en el apartado 2: «Lo dispuesto en el apartado anterior se entiende sin perjuicio de la posibilidad de reclamar en los anteriores juicios, cuando deban seguirse dichas modalidades procesales por imperativo de lo dispuesto en el artículo 184, la indemnización derivada de discriminación o lesión de derechos fundamentales y libertades públicas y demás pronunciamientos propios de la modalidad procesal de tutela de tales derechos y libertades públicas, conforme a los artículos 182, 183 y 184».

## 2. *QUANTUM INDEMNIZATORIO*

El artículo 183.2 de la LRJS dispone: «El tribunal se pronunciará sobre la cuantía del daño, determinándolo prudencialmente cuando la prueba de su importe exacto resulte demasiado difícil o costosa para resarcir suficientemente a la víctima y restablecer 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».

La STS de 13/07/2015, recurso 221/2014 ha puesto de relieve la modificación introducida por el citado precepto con las siguientes reflexiones: «3. Pero en los últimos tiempos esta doctrina de la Sala también ha sido modificada, en primer lugar atendiendo al criterio aperturista que actualmente informa el resarcimiento del daño moral [incluso se recomienda su aplicación en el ámbito de los incumplimientos contractuales por los PETL y por UNIDROIT: STS I 15/06/10 –rec. 804/06–], y por la consideración acerca de la «inexistencia de parámetros que permitan con precisión traducir en términos económicos el sufrimiento en que tal daño [moral] esencialmente consiste... [lo que] lleva, por una parte, a un mayor margen de discrecionalidad en la valoración... y, por otra parte, «diluye en cierta medida la relevancia para el cálculo del *quantum* indemnizatorio» de la aplicación de parámetros objetivos, pues «los sufrimientos, padecimientos o menoscabos experimentados «no tienen directa o secuencialmente una traducción económica» [SSTS/I.<sup>a</sup> 27/7/06 Ar. 6548; y 28/02/08 –rec. 110/01–]» (SSTS 21/09/09 –rcud 2738/08–; y 11/06/12 –rcud 3336/11–]. Y sobre todo, en atención a la nueva regulación que se ha producido en la materia tras la LRJS, pues de un lado su artí-

culo 179.3 dispone que la exigible identificación de «circunstancias relevantes para la determinación de la indemnización solicitada» ha de excepcionarse –éste es el supuesto de autos– «en el caso de los daños morales unidos a la vulneración del derecho fundamental cuando resulte difícil su estimación detallada»; y de otro, al referirse a las indemnizaciones a fijar como consecuencia de la vulneración de un derecho fundamental, su artículo 183.3 señala que «[e]l tribunal se pronunciará sobre la cuantía del daño, determinándolo prudencialmente cuando la prueba de su importe exacto resulte demasiado difícil o costosa, para resarcir suficientemente a la víctima [...], así como para contribuir a la finalidad de prevenir el daño». Con ello es claro que el precepto viene a atribuir a la indemnización –por atentar contra derechos fundamentales– no sólo una función resarcitoria [la utópica *restitutio in integrum*], sino también la de prevención general.

Es más, «... 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, de 24/julio], a la par que considerado idóneo y razonable en precedentes decisiones de esta Sala (SSTS 15/2/12 –rc. 67011–; 08/7/14 –rc. 282/13–; y 02/2/15 –rc. 279/13–). De esta forma, la más reciente doctrina de la Sala se ha alejado más –en la línea pretendida por la ya referida LRJS– de alejarse del objetivo propiamente resarcitorio, para situarse en un plano que no descuida el aspecto preventivo que ha de corresponder a la indemnización en casos como el presente».

El artículo 183. de la LRJS regula la indemnización de daños y perjuicios tanto en su vertiente preventiva como reparadora: «para resarcir suficientemente a la víctima y restablecer 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» (apartado 1) así como de los daños y perjuicios adicionales (apartado 2), para cumplir la finalidad preventiva y disuasoria.

Si bien tradicionalmente se ha considerado que las indemnizaciones por vulneración de derechos fundamentales tenían función reparadora y preventiva, en la práctica la indemnización se fijaba contemplando únicamente el primer aspecto. En efecto, la prevención aparecía encomendada a la administración, en la imposición de las pertinentes sanciones administrativas, en tanto la función reparadora aparecía en la pertinente indemnización de daños y perjuicios, a diferencia de la regulación de los daños punitivos en la tradición anglosajona.

Un claro exponente de la separación entre la función reparadora y la disuasoria la encontramos en la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, que dispone: «Los actos y las cláusulas de los negocios jurídicos que constituyan o causen discriminación por razón de sexo se considerarán nulos y sin efecto y darán lugar a responsabilidad a través de un sistema de reparaciones o indemnizaciones que sean reales, efectivas y proporcionadas al perjuicio sufrido así como, en su caso, a través de un sistema eficaz y disuasorio de sanciones que prevenga la realización de conductas discriminatorias». En este punto la regulación estatal no respeta las previsiones contenidas en la Directiva 2006/54, en cuyo artículo 18 se establece: «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 artículo 183 de la LRJS, como ya se ha apuntado contempla no solo el elemento reparador sino también el disuasorio.

En nuestro ordenamiento tenemos antecedentes de esta doble vertiente de la indemnización en el tradicional recargo de las prestaciones económicas por falta de medidas de seguridad, también en el artículo 281 de la LRJS que contempla la posibilidad de que el juez fije una indemnización adicional en el incidente de no readmisión del despido de hasta quince días de salario por año de servicio, con un máximo de doce mensualidades

BALLESTER PASTOR ha puesto de relieve una serie de cuestiones en torno a los daños punitivos:

– La primera se plantea en torno a la determinación de la cuantía adicional disuasoria que surge cuando se ponen en conexión con los daños morales. En efecto, parte de la doctrina anglosajona considera que la razón de ser del daño punitivo es su identificación con el daño moral, puesto que viene a penalizar una particular falta de respeto con los derechos de la víctima. No se acepta esta identificación ya que la finalidad disuasoria de los daños punitivos tiene una dimensión preventiva social porque pretende reforzar el funcionamiento de las normas sociales básicas.

– Una segunda cuestión se plantea respecto a su cuantificación, dada la tradicional construcción de las indemnizaciones en el ámbito laboral, en cuantía tasada, fijación que no existe en la indemnización de daños y perjuicios estudiada. Por ello se ha optado en ocasiones por acudir al baremo de accidentes de circulación, fundamentalmente en los supuestos de accidente de trabajo.

– La tercera cuestión es su posible concurrencia con otras sanciones impuestas por el mismo hecho, en concreto con una sanción administrativa.

Se razona que en el recargo de prestaciones, regulado en el artículo 123 de la LGSS –actualmente art. 164– expresamente se establece la compatibilidad de la indemnización de daños y perjuicios, recargo de prestaciones y sanción administrativa. Se pone de relieve que el recargo presenta importantes diferencias con la indemnización por vulneración de derechos fundamentales y que tiene establecido un tope máximo y mínimo, lo que no acontece en estos últimos, aludiéndose en el precepto a la «razonabilidad del juez».

– Por último se plantea la compatibilidad con otras indemnizaciones que pudieran ser reclamadas por otros sujetos y en las que también se hubiera tenido en cuenta el factor disuasorio, por ejemplo una situación de acoso laboral en el que hay una pluralidad de víctimas. Se plantea que si se fijan para cada una de las víctimas puede resultar un importe desproporcionado. Se resuelve la cuestión atendiendo a que en caso de pluralidad de víctimas la vulneración es más grave, por lo que está justificada la mayor cuantía indemnizatoria y, por otro lado, porque es posible efectuar una ponderación y ajustar los daños.

Hasta ahora venían manejándose dos baremos para la fijación del importe de la indemnización: el baremo de accidentes de circulación, RD Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, que se aplicaba fundamentalmente en supuestos de lesiones derivadas de accidente de trabajo o enfermedad profesional cuando además de daños morales existían lesiones y el RD Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, LISOS. Los baremos eran una referencia objetiva para la fijación de las bases y elementos claves que para fijar la indemnización venía exigiendo la jurisprudencia del TS.

A partir de la aparición de la LRJS se encomienda al juez la fijación prudencial del importe de la indemnización, tal y como señala el artículo 183 «El tribunal se pronunciará sobre la cuantía del daño, determinándolo prudencialmente, cuando la prueba de su importe exacto resulte demasiado difícil o costosa».

La determinación prudencial de la cuantía permite que el juez acuda a alguno de los baremos que se venían manejando, lo que siempre añade un elemento de objetividad a dicha fijación, o puede no acudir a parámetro cuantificador alguno. En todo caso el juez deberá motivar la fijación de la cuantía, lo que parece más fácil si se acude al baremo.

Se ha fijado indemnización de daños y perjuicios, en concreto por daño moral, por vulneración de la garantía de indemnidad en las siguientes sentencias de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo: SSTs de 6 de julio de 2021, CUD 4973/2018; 24 de junio de 2020, CUD 3471/2017; 9 de marzo de 2022, CUD 2269/2019 y 20 de abril de 2022, CUD 2391/2019.

La fijación del importe de la indemnización por daños morales corresponde al órgano de instancia y únicamente cabe su corrección o supresión cuando el importe sea desorbitado, injusto, desproporcionado o irrazonable (STS 11 de junio de 2012, recurso 3336/2011; 5 de febrero de 2013, recurso 89/2012; 8 de julio de 2014, casación 282/2013, 2 de febrero de 2015, casación 279/2013 y 13 de julio de 2015, casación 221/2014).

## X. CONCLUSIONES

Para dar una respuesta satisfactoria a la petición de reparación por la vulneración de un derecho fundamental, concretada habitualmente en una petición de indemnización de daños y perjuicios, conviene realizar una serie de puntualizaciones.

- El importe concreto de la indemnización ha de ser solicitada en la demanda, ya que el artículo 179.3 de la LRJS, dispone que en la demanda se consignará la cuantía de la indemnización pretendida.

- Se ha de justificar el motivo por el que se reclama dicha cantidad, disponiendo el artículo 179.3 de la LRJS que ha de establecerse la adecuada especificación de los diversos daños y perjuicios, a los efectos de lo dispuesto en los artículos 182 y 183.

- En la demanda han de consignarse los hechos constitutivos de la vulneración, el derecho o libertad infringidos y la cuantía de la indemnización pretendida.

- Si se reclama por daños morales unida a la vulneración de derechos fundamentales, cuando resulte difícil su estimación detallada, el demandante 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.

- Si no es posible la reposición al momento anterior a producirse la lesión del derecho fundamental, en la fijación del importe de la indemnización se puede reclamar por este concreto daño.

