

La cuantificación de la indemnización por daño moral por trasgresión de derechos fundamentales en los despidos nulos

Ángel Arias Domínguez



Derecho del Trabajo
y Seguridad Social

LA CUANTIFICACIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN POR DAÑO
MORAL POR TRANSGRESIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES
EN LOS DESPIDOS NULOS

COLECCIÓN DE DERECHO DEL TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL

Director

Antonio V. Sempere Navarro

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
de la Universidad Rey Juan Carlos (s.e.) y Magistrado de la Sala IV
del Tribunal Supremo

Yolanda Cano Galán, Letrada del Gabinete del Tribunal Supremo y Profesora Titular de la Universidad Rey Juan Carlos.

María Emilia Casas Baamonde, Catedrática de la Universidad Complutense, presidenta de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y expresidenta del Tribunal Constitucional.

Susana Rodríguez Escanciano, Catedrática de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, Universidad de León.

Joaquín García Murcia, Catedrático de la Universidad Complutense de Madrid.

Antonio Ojeda Avilés, Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, Universidad de Sevilla.

Lourdes López Cumbre, Catedrática de la Universidad de Cantabria.

Eduardo Rojo Torrecilla, Catedrático de la Universidad Autónoma de Barcelona.

Carmen Sánchez Trigueros, Catedrática de la Universidad de Murcia.

**LA CUANTIFICACIÓN DE LA
INDEMNIZACIÓN POR DAÑO MORAL POR
TRANSGRESIÓN DE DERECHOS
FUNDAMENTALES EN LOS DESPIDOS NULOS**

ÁNGEL ARIAS DOMÍNGUEZ

15

COLECCIÓN DE DERECHO DEL TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL

AGENCIA ESTATAL BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO
MADRID, 2023

Primera edición: febrero de 2023



Esta obra está sujeta a licencia Creative Commons de Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 4.0 Internacional, (CC BY-NC-ND 4.0).

En la página web de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, www.boe.es, apartado de *publicaciones*, se incluyen las instrucciones para envío de originales, normas para su presentación y modelo de solicitud de publicación en esta colección que el autor deberá cumplimentar.

© De los contenidos, Ángel Arias Domínguez
© Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado

<https://cpage.mpr.gob.es/>

NIPO papel: 090-23-022-3
NIPO en línea PDF: 090-23-023-9
NIPO en línea ePUB: :090-23-024-4
ISBN: 978-84-340-2909-5
Depósito legal: M-4971-2023

IMPRENTA NACIONAL DE LA AGENCIA ESTATAL
BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO
Avenida de Manoteras, 54. 28050 Madrid

ÍNDICE

	<u>Páginas</u>
I. Introducción	11
II. Los presupuestos sustantivos y adjetivos de la pretensión indemnizatoria	15
III. La jurisprudencia de la Sala cuarta del Tribunal Supremo sobre la indemnización por daño moral	25
1. Las aportaciones interpretativas recientes	27
A) La STS-SOC 179/2022, de 23 de febrero	28
B) La STS-SOC 214/2022, de 9 de marzo	35
C) La STS-SOC 356/2022, de 20 de abril	43
2. Los criterios interpretativos consolidados: SSTS-SOC 768/2017, de 5 de octubre, y de 17 de diciembre de 2013 (rec. 109/2012) ...	48
3. Los parámetros hermenéuticos antecedentes	54
A) Un resumen de la evolución, más que ruptura, del TS en la interpretación de los elementos de la indemnización	55
B) Criterios jurisprudenciales que deben tenerse en consideración	59
<i>a)</i> La pretensión indemnizatoria del daño moral puede deducirse en el proceso por despido	60
<i>b)</i> Los daños morales deben diferenciarse de los perjuicios económicos	62
<i>c)</i> No cualquier lesión de cualquier derecho provoca un daño moral	63
<i>d)</i> El daño moral puede ser compensado, pero no resarcido ...	65

	Páginas
e) Hay daños morales cuya existencia se pone de manifiesto con la mera acreditación de la lesión de un Derecho Fundamental	67
f) La LISOS puede funcionar como criterio orientador para determinar el montante de la indemnización	70
g) El demandante sí puede fijar los indicios del daño causado y las bases que sustentan la indemnización	74
h) La inexistencia de parámetros definidos permite cierto margen de discrecionalidad en la valoración del daño moral	76
i) El importe económico de la indemnización fijado en la instancia sólo puede ser corregido o suprimido cuando se presente como desorbitado, desproporcionado o irrazonable	78
C) Recapitulación integradora	79
IV. El concepto de daño moral indemnizable	83
1. Características	83
2. Reparos doctrinales	89
3. Configuración técnica	92
4. El esbozo de un concepto	98
5. El criterio de la «relevancia»	103
V. Los elementos a tener en consideración para valorar la indemnización	107
1. La transgresión de un Derecho Fundamental	107
2. El perjuicio ocasionado	109
A) Los dos tipos de daños que provoca la lesión de un derecho fundamental	110
B) ¿Funciona la presunción del art. 183 LRJS para la concreción de los perjuicios económicos?	111
3. El daño moral	113
A) La doctrina del automatismo	117
B) La alegación y prueba por la persona trabajadora	124
VI. La dificultosa cuantificación de la indemnización por daño moral	127
1. Las operaciones técnicas de valoración judicial del daño	130
2. El objeto de la indemnización	134
A) La pretensión reparadora	135

	Páginas
B) La prestación restitutoria	137
C) La pretensión preventiva	141
VII. La operación hermenéutica de monetización de la indemnización	155
1. Los criterios generales empleados en unificación de doctrina	157
2. La práctica judicial	162
A) La LISOS como norma de referencia	162
B) El determinante rol de la actividad procesal de parte	170
C) La antigüedad	179
D) El salario	180
E) Los parámetros relacionados con la gravedad de la conducta	183
VIII. ¿Podría acudir a otros parámetros indemnizatorios?	193
1. Los Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil y los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales	194
2. El baremo de tráfico	198
3. El mecanismo ideado por la Ley Orgánica de Protección del Honor	201
4. Las previsiones de la ley de Propiedad Intelectual y de las Leyes de Marcas, Patentes, y de Diseño Industrial	206
5. La previsión de la Ley de Expropiación Forzosa	207
IX. A modo de resumen conclusivo	209
X. Jurisprudencia empleada	219
XI. Bibliografía	231

I. INTRODUCCIÓN

Una de las materias actualmente más vidriosas y difíciles de encauzar (sustantiva y adjetivamente hablando) en el ámbito del contrato de trabajo es cómo se determina –con qué parámetros– y cómo se cuantifica –con qué instrumentos jurídicos– la indemnización adicional que es exigible en aquellos despidos declarados nulos en lo que se haya apreciado la vulneración de un Derecho Fundamental de la persona trabajadora.

Tres recientes sentencias de la Sala 4.^a del TS sobre este tema (de las que se dará cumplida cuenta seguidamente) propicia la revisión de los criterios que la propia Sala ha empleado anteriormente en otros supuestos (especialmente una resolución de 2017 y otra de 2013 de las que también se dará cuenta y razón), intentando desmenuzar cuáles son los elementos de la indemnización, cómo se debe determinar el importe de la misma, y qué rol juegan los distintos operadores jurídicos en esas operaciones hermenéuticas. Para ello es conveniente repasar los criterios que se han manejado en esta materia, tanto los jurisprudenciales cómo los que se han mantenido en suplicación y en instancia, de los que se intentará exponer una nutrida selección de lo no siempre clara línea evolutiva que se han mantenido en esta materia.

La tarea, no obstante, se aprecia dificultosa por la pertinaz coexistencia de tres obstáculos.

En primer lugar, que la ausencia de una norma (laboral o no, a estos efectos su naturaleza parece indiferente) que precise y concrete cómo se realiza la operación interpretativa que anude una cantidad económica indemnizatoria concreta a un hecho lesivo. Como se verá seguidamente, el daño moral se entronca en los derechos de contenido extrapatrimonial, lo que obstaculiza la objetivación y cuantificación del daño causado y de la indemnización repara-

dora, a diferencia de lo que acontece con otro tipo de daños, los de orden patrimonial principalmente, que sí cuentan con instrumentos más trillados de calibración del daño y graduación de la indemnización, básicamente aquellos que se relacionan con la hermenéutica que se deduce del artículo 1106 del Código Civil (CC, en adelante) cuando dispone, como se sabe, que «La indemnización de daños y perjuicios comprende, no sólo el valor de la pérdida que hayan sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor...».

En segundo lugar, por la interpretación no del todo bien armonizada de la norma adjetiva laboral, que ha conducido a extremos indeseados. Como se verá seguidamente, bajo el pretexto de clarificar la mecánica procesal de la indemnización se dilucida el artículo 183 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (LRJS, en adelante) exonerando al demandante, que es quien ha sufrido la vulneración del Derecho Fundamental y al que se le ha infligido un daño moral, de cualquier carga probatoria que, al menos, identifique el Derecho Fundamental vulnerado, acredite la verdadera causación de un daño moral, y exponga los elementos básicos que deben manejarse para cuantificar la indemnización reparadora¹.

Una interpretación con aristas criticable, que podríamos denominar de «automaticidad del daño», que proviene de la interpretación expansiva que se ha efectuado del artículo 15 Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical (LOLS, en adelante) cuando se consiente que la reparación de la libertad sindical dañada se resarza mediante indemnizaciones económicas al propio sindicato². Esta automaticidad favorece que el demandante desatienda las argumentaciones que sería conveniente que desplegase, tanto para la identificación y acreditación del daño –que se presume cuando se lesiona un derecho fundamental–, como para la monetización de la indemnización.

El artículo 183 LRJS ha sido, en definitiva, por decirlo con delicadeza, no siempre bien leído en numerosas ocasiones³. Y aunque bien es cierto que, en

¹ Es, por ello, un «precepto desconcertante desde una perspectiva interpretativa rigurosa con la seguridad jurídica», en palabras de BALLESTER PASTOR, M.^a A.: «El proceloso camino hacia la efectividad y adecuación de las indemnizaciones por vulneración de derechos fundamentales», *Revista de Derecho Social*, núm. 69, 2015, p. 49.

² Cuyo fundamento descansa en la necesaria «restitución de la confianza con credibilidad en la acción sindical y, a la vez, el objeto profiláctico de conservación del estado de libertad sindical», porque «mediante el pago de la indemnización se pretende también, devolver al sindicato a las armas y los instrumentos de tutela de sus derechos». GOÑI SEIN, J. L.: *La indemnización por daños derivados de la conducta antisindical*, Tecnos, Madrid, 1996, p. 21.

³ Es la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres la que tiene el mérito de modificar la Ley de Procedimiento Laboral para dar cabida a un cauce indemnizatorio frente a los despidos discriminatorios, antecedente directo de la actual regulación actual de esta cuestión

una segunda derivada jurisprudencial, se ha ido matizando la tenacidad de esta «automaticidad», el resultado que provoca en el operador jurídico es que las indemnizaciones por daño moral no son excesivamente altas precisamente por la interpretación mecánica de ese principio de «automaticidad», como se verá más adelante. Además, la virtualidad operativa del mismo estaba construida sobre un Derecho Fundamental, como es la libertad sindical, fuertemente expansivo⁴, que afecta a la colectividad de personas trabajadoras y en el que la forma y manera de reclamar su restablecimiento suele ser con instrumentos colectivos que expanden el efecto de cosa juzgada material. Nada comparable a lo que acontece con la indemnización individual que se reclama por la lesión de un Derecho Fundamental.

Y, en tercer lugar, por las dificultades que se experimentan en el orden social para la concreción monetaria de la indemnización reparadora, acudiendo a varios argumentos técnicos, ninguno de ellos totalmente convincente –la utilización del baremo de tráfico, el empleo del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (LISOS, en adelante), o los salarios del trabajador, etc.– que dejan el panorama no sólo muy abierto desde el punto de vista interpretativo sino abonado incluso a una permanente indefinición. Porque, además, los parámetros tradicionalmente empleados por el derecho sancionado para considerar agravada la lesión del Derecho Fundamental producida –reiteración, daño innecesario, pluriofensividad de la lesión, etc.– no suelen manejarse con soltura ni homogeneidad por los tribunales, ni tampoco se ha proyectado una visión unificadora que permita implementar reglas interpretativas estables que puedan ser aplicables a la generalidad de los supuestos.

en la LRJS, que, como quizá no pudiera ser de otra manera, tuvo el mérito de extender las consecuencias indemnizatorias a todos los despidos producido con transgresión derechos fundamentales, y no solamente a los producidos discriminatoriamente.

⁴ «Un aleph que se proyecta al infinito», como lo denomina DESDENTADO BONETE, A.: «¿Una lesión de la libertad sindical à rebours?», *Revista de Información Laboral* núm. 7/2017, versión electrónica: BIB 2017\12613, p. 6.

II. LOS PRESUPUESTOS SUSTANTIVOS Y ADJETIVOS DE LA PRETENSIÓN INDEMNIZATORIA

La indemnización (adicional) por transgresión de derechos fundamentales no viene regulada en una norma sustantiva laboral, ni en el ET ni en ninguna otra. Es una norma adjetiva, la LRJS, la que, como acontece en otras importantes materias laborales, organiza y disciplina sus elementos y modula su aplicación práctica. Y lo hace, como no podía ser de otra forma, desde la perspectiva de su puesta en marcha, de la utilización práctica de la pretensión procesal.

Efectivamente, de la lectura de los cuatro apartados del artículo 183 LRJS¹ y de los preceptos concordantes, se deducen las siguientes premisas para la operatividad de la indemnización:

- El pronunciamiento jurisdiccional sobre la indemnización adicional una vez apreciada la vulneración de Derechos Fundamentales es obligatoria para el Juzgador.
- Dos son los daños que, en todo caso, deben resarcirse cuando se aprecie la vulneración de un Derecho Fundamental: el moral que se asocia al daño que

¹ «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 aquélla o quede sin resolverse por sobreseimiento o absolucón en resolución penal firme, quedando mientras tanto interrumpido el plazo de prescripción de la acción en vía social.»

■ LA CUANTIFICACIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN POR DAÑO MORAL...

provoca dicha vulneración, y los daños y perjuicios económicos que se derivan de la transgresión.

– Se requiere, como carga procesal, que el demandante identifique con «claridad» tanto los hechos acaecidos a los que achaca la vulneración, como el derecho fundamental vulnerado².

– No es exigible que la demanda de tutela solicite una cuantía concreta para la indemnización del daño moral, aunque no sólo es conveniente, sino que el éxito de la pretensión puede depender de esa circunstancia.

– La norma exige que el demandante especifique «los diversos daños y perjuicios» de carácter económico padecidos por la vulneración del Derecho Fundamental. Daños y perjuicios que, en buena lógica, son diferentes de los de orden moral.

– Si la prueba del importe exacto y preciso de los daños morales es de difícil o costosa concreción, el juzgador podrá cuantificar la indemnización «prudencialmente». Nada se especifica sobre la cuantificación de los daños y perjuicios, por lo que, en principio, la regla probatoria comentada no es aplicable para este tipo de daños.

– La cuantía que se perciba para la reparación del daño moral padecido debe servir para la consecución de un triple objetivo: reparar (que no resarcir) a la víctima tanto de los daños morales como de los perjuicios causados, restablecerla a la persona trabajadora agraviada en la situación anterior a la lesión, y contribuir a la prevención de un daño futuro.

– Los dos primeros propósitos tienen relación directa con los daños ocasionados (morales o económicos); el tercero no, al ser una finalidad de prevención general que escapa de la dinámica dispositiva del juicio jurisdiccional laboral.

– El montante de ambas indemnizaciones por daños (perjuicios económicos y morales) es compatible con cualquier otra indemnización que le pudiera corresponder al trabajador por las acciones derivadas del contrato.

– Aunque la regla jurídica enuncia únicamente dos ejemplos («modificación o extinción del contrato») de indemnizaciones compatibles, no son las únicas eventualmente pensables.

– Cuando se haya ejercido una acción penal y se reclame en ese orden la satisfacción de los daños (morales) y perjuicios (económicos), no se podrá reiterar la acción indemnizatoria en el orden social en tanto no se desista de aquella o quede imprejudgada (por absolución o sobreseimiento libre).

– El plazo de prescripción de la acción indemnizatoria en vía social queda interrumpido mientras se tramita la acción penal.

² El artículo 179.3 LRJS no puede ser más claro en este sentido cuando afirma: «La demanda, además de los requisitos generales establecidos en la presente Ley, deberá expresar con claridad los hechos constitutivos de la vulneración, el derecho o libertad infringidos y la cuantía de la indemnización pretendida, en su caso, con la adecuada especificación de los diversos daños y perjuicios, a los efectos de lo dispuesto en los artículos 182 y 183, y que, salvo en el caso de los daños morales unidos a la vulneración del derecho fundamental cuando resulte difícil su estimación detallada, deberá establecer las circunstancias relevantes para la determinación de la indemnización solicitada, incluyendo la gravedad, duración y consecuencias del daño, o las bases de cálculo de los perjuicios estimados para el trabajador».

II. LOS PRESUPUESTOS SUSTANTIVOS Y ADJETIVOS DE LA PRETENSIÓN... ■

Dos son las cuestiones que suscitan mayor interés en la articulación práctica de esta pretensión indemnizatoria por el daño moral que se asocia a la vulneración de un Derecho Fundamental. En primer lugar, la concreción de la pretensión procesal haciendo compatible las exigencias de identificación del daño causado y los elementos esenciales para calibrar la indemnización con la regla de apreciación prudencial del juzgador de la cuantía de la indemnización, y, en segundo lugar, la operación hermenéutica mediante la cual, una vez apreciada la lesión del derecho fundamental, se valora económicamente el daño moral asociado a la transgresión.

Son dos asuntos distintos a los que la norma concede diferente respuesta, pero mientras que el primero sí encuentra una solución medianamente clara en la interpretación que se deduce de la norma, el segundo se encuentra yermo de solución, pues no se avizoran mecanismos hermenéuticos que faciliten una conclusión óptima y operativa.

Para la resolución de la primera cuestión tenemos los preceptos de la LRJS y la jurisprudencia –rica en matices y no siempre orientada en la misma dirección– que la interpreta.

Pero para la segunda problemática, la referida a la valoración y cuantificación económica del daño moral, nos encontramos un tanto huérfanos, no sólo por la ausencia de una regla técnica –laboral de otro tipo– en que apoyar el razonamiento jurídico técnico laboral, sino, sobre todo, porque no contamos con una hermenéutica convincente a la que asir la generalidad de supuestos que puedan producirse.

Un elemento que, hasta cierto punto, complica la cuestión es la advertencia que para la eficacia de la indemnización por daño moral nos hace la STC 61/2021, de 15 de marzo, tras el enjuiciamiento de un despido con transgresión de Derechos Fundamentales considerado improcedente (y no nulo) por la resolución de suplicación, en el sentido de recordarnos que «la sentencia que declare la existencia de una vulneración de un derecho fundamental debe pronunciarse sobre la cuantía de la indemnización», porque el artículo 183 LRJS «no hace depender el reconocimiento de la indemnización de la calificación del despido, sino del reconocimiento de que» se ha «sufrido discriminación u otra lesión» en los derechos fundamentales y libertades públicas, «y ello con independencia de la calificación del despido»³.

³ El análisis de la resolución se ha centrado más sobre la cuestión no analizada por nosotros, sobre los efectos de la prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales en un proceso por despido, que sobre la que aquí nos concierne.

La resolución del TC da cobertura a la ampliación, en definitiva, del ámbito de proyección de esta indemnización por transgresión de derechos fundamentales a todos los supuestos en los que haya producido una efectiva lesión de estos, aunque, qué duda cabe, los supuestos más usuales continuaran siendo los de despidos nulos⁴.

En todo caso, el ordenamiento laboral conoce otros varios supuestos en los que es deducible una indemnización por daño moral, haciéndola también compatible con las (tasadas) indemnizaciones previstas en las normas laborales⁵.

Así, por ejemplo, y sin ánimo de exhaustividad tenemos, como muestra paradigmática, la extinción del contrato por incumplimientos contractuales del empresario ex artículo 50 ET. Como muestra puede partirse para su estudio de la muy interesante STS-SOC de 17 de mayo de 2006 (rec. 4372/2004) cuando afirma que «no resulta, en modo alguno, rechazable en afirmar que junto al ejercicio de la acción extintiva del contrato de trabajo, conforme al artículo 50.1.a) ET, se invoca la lesión de un derecho fundamental.../...[por lo que] resulta del mayor interés resaltar que en el presente caso, desde un principio, se invoca de forma clara y palmaria, la vulneración de un derecho fundamental, en base a lo que se postula la extinción del contrato laboral, debiendo significarse que el trabajador demandante aduce, como consecuencia de tal violación como una situación personal de trastorno adaptativo ansioso depresivo, provocado por estrés laboral, cuya indemnización postula, conjuntamente, con la correspondiente a la extinción contractual planteada».

Como muestra del interés que ha suscitado puede leerse el trabajo de FITA ORTEGA, F. L., y ALTÉS TÁRREGA, J. A.: «Las consecuencias de la nulidad de la prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales (a propósito de la STC 61/2021, de 15 de marzo de 2021)», *NET21*, núm. 4, jun. 2021, pp. 1 y ss.

Inciendo en los mismos aspectos, también pueden consultarse: BAZ RODRÍGUEZ, J.: «El despido disciplinario con prueba lesiva de derechos fundamentales y su calificación: ¿formulación, aclaración o modificación de la doctrina constitucional? (Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 61/2021, de 15 de marzo, sala 1.ª, rec. Amparo 6838-2019)», *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo*, núm. 2, 2022, pp. 143 y ss., BOHIGUES ESPARZA, M.ª D.: «La ilicitud de la prueba con vulneración de derechos fundamentales. A propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional núm. 61/2021 de 15 de marzo», *IUSLabor*, núm. 2, 2021, pp. 263 y ss., VELASCO PARDO, B.: «Prueba ilícita y calificación del despido», *Actualidad Jurídica Uribe y Menéndez*, núm. 56, may.-ago. 2021, pp. 225 y ss., y ROMERO BURILLO, A. M.ª: «Los efectos del despido acreditado mediante una prueba ilícita por vulneración de Derechos Fundamentales», *Revista de Derecho Laboral vLex*, núm. 3 julio 2021, p. 133 y ss.

⁴ Obviamente, la consideración del despido como procedente descarta la posibilidad de que se haya producido una vulneración de derechos fundamentales y, con ello, que sea inviable la indemnización por daño moral que estamos analizando. Así lo subrayan, aunque bien es cierto que meramente *obiter dicta*, por ejemplo, las SJS núm. 3 Palma de Mallorca 553/2021, de 31 de diciembre, SJS núm. 3 Oviedo 610/2021, de 29 de diciembre, y SJS núm. 3 Logroño 35/2021, de 16 de febrero.

⁵ Un elenco enunciativo de supuestos es el que propone GARCÍA VIÑA, J.: «La reclamación de daños y perjuicios por actos del empresario», *Actualidad Laboral*, 2001, versión digital: La Ley 3096/2001, pp. 8 a 11.

II. LOS PRESUPUESTOS SUSTANTIVOS Y ADJETIVOS DE LA PRETENSIÓN... ■

Con anterioridad se había mantenido en la STS-SOC de 11 de marzo de 2004 (rec. 3994/2002)⁶, en la que se enjuició una situación de extinción contractual respecto de la que, además de la indemnización tasada prevista en ET se postulaba otra con base en artículo 1101 CC sin que, en cambio, se solicitase expresamente la protección judicial por violación de un derecho fundamental, que el artículo 182 LRJS no permite establecer que la única indemnización posible en este tipo de casos sea la prevista en el artículo 50 ET, abriendo, en definitiva, la posibilidad de que se implementen varias indemnizaciones, con independencia del cauce procesal por medio del cual se reclamen, que es lo que aclara la STS-SOC de 17 de mayo de 2006 (rec. 4372/2004) citada⁷.

Naturalmente la producción de un accidente de trabajo puede generar, además de la responsabilidad institucional de seguridad social, un daño moral que, según qué casos, puede ser indemnizado de manera independiente, desgajada pero compatible con las percepciones de Seguridad Social. Más allá de la imposición de un recargo de prestaciones por desatención empresarial de las medidas de prevención de riesgos laborales es viable la intimación de pretensiones civiles de indemnización del daño moral causado⁸.

Otra problemática muy singular es la que surge en la indemnización por lesión de Derechos Fundamentales de ciertos empleados cesados de la empresa Correos y Telégrafos S. A. en el curso de los últimos años que posteriormente fueron excluidos de las listas o bolsas de empleo elaboradas para favorecer y facilitar el acceso ordenado al trabajo en dicha entidad, concluyendo que también se considera razonable la implementación de una indemnización por daño moral en los supuestos de no llamada al trabajo desde una bolsa de empleo organizada para este expreso objetivo en un convenio colectivo⁹.

⁶ Con el pie forzado de esa resolución el organiza el repaso a la materia que efectúa GARCÍA PAREDES, M.^a L.: «Extinción del contrato de trabajo por voluntad del trabajador: indemnización adicional», *Actualidad Laboral*, núm. 3, feb. 2008, versión digital: La Ley 17/2008.

⁷ En similares términos, siempre consintiendo la compatibilidad, véanse los supuestos enjuiciados por las: STS-SOC de 29 de marzo de 2006 (rec. 52/2005), y de 7 de febrero de 2007 (4842/2005), de 20 de septiembre de 2007 (rec. 3326/2006). Un comentario a esta resolución puede leerse en GINÉS I FABRELLAS, A.: «La compatibilidad entre la indemnización por resolución de contrato laboral y por daños y perjuicios», *InDret*, núm. 1/2008, p. 2 y ss.

Con posterioridad puede verse, en la misma línea la STS-SOC de 9 de mayo de 2011 (rec. 4280/2011).

⁸ Muy claro es, en este sentido, diseccionando cuidadosamente los diferentes tipos de daños que ocasionan los accidentes de trabajo ÁLVAREZ SACRISTÁN, I.: «Tratamiento jurídico de los daños morales causados por los accidentes de trabajo», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 567, 2003, versión electrónica: BIB 2003/72.

⁹ Véanse al respecto, entre otras varias, las SSTS-SOC de 17 de junio de 2008 (rec. 2862/2007), de 24 de octubre de 2008 (rec. 2463/2007), de 15 de septiembre de 2009 (rec. 3258/2006), de 28 de julio de 2009 (rec. 3280/2008), 24 de junio de 2009 (rec. 3412/2008), de 23 de septiembre de 2009 (rec. 3409/2008), de 22 de octubre de 2009 (rec. 3742/2008), y de 1 de diciembre de 2009 (rec. 3743/2008).

Su doctrina básica reconocía, aspecto que tiene una importancia capital para la interpretación que de esta cuestión se defiende en este trabajo, que no es suficiente para reconocer una indemnización por daño moral que se haya acreditado la infracción de un Derecho Fundamental, sino que es preciso para que haya condena indemnizatoria que el demandante alegue adecuadamente en su demanda las bases y elementos clave de la indemnización que reclama, que justifique suficientemente la vulneración padecida aportando razones que avalen y respalden dicha lesión, y que queden acreditadas, cuanto menos, los indicios o puntos de apoyo suficientes en los que pueda asentarse el daño moral alegado.

También es deducible la indemnización por daño moral en relaciones laborales temporales con perspectiva de renovación, como particularmente acontece con los profesores de religión católica en el sistema público de enseñanza. En estos supuestos, como también ocurría en el asunto anterior, la no llamada apoyada en un motivo lesivo de los Derechos Fundamentales permitiría accionar, de un lado, por despido, y, de otro, por transgresión de dichos Derechos Fundamentales, siendo perfectamente compatibles ambas indemnizaciones¹⁰.

Otro supuesto claro de compatibilidad de indemnizaciones por daño moral son las situaciones derivadas de acoso laboral, en las que es perfectamente predicable el empleo de los mecanismos resarcitorios del artículo 183 LRJS, como usualmente se hace¹¹. También es compatible la modificación sustancial de condiciones de trabajo con lesión de algún Derecho Fundamental de la persona trabajadora¹².

De manera más específica la STS-SOC 116/2020, de 6 de febrero analiza la compatibilidad de la indemnización por daños morales con las que proceden por el incumplimiento de las normas de prevención de riesgos laborales en un supuesto de acoso laboral que provoca una incapacidad temporal en la persona trabajadora, cuestionando si «... la indemnización de daños y perjuicios reconocida en favor de la trabajadora demandante, derivada del daño psicológico sufrido como consecuencia del incumplimiento por la empleadora de las normas de prevención de riesgos laborales, que permitieron la situación de acoso

¹⁰ Exponente de esta doctrina son las SSTS-SOC 6 de mayo de 2009 (rec. 1912/2008), de 30 de enero de 2009 (rec. 1082/2008), 28 de enero de 2009 (rec. 1274/2008), de 10 de febrero de 2009 (rec. 771/2008).

¹¹ Poniendo el énfasis en la distinción entre daño moral padecido por la lesión de un Derecho Fundamental y el acaecido por situaciones de acoso, en donde el daño padecido «debe considerarse cuantitativa y cualitativamente superior», debe leerse la parte dedicada a la indemnización del daño moral del trabajo de FABREGAT MONFORT, G.: «La responsabilidad civil por daños en el acoso laboral», *Revista de Derecho Social*, núm. 70, oct. 2015, pp. 71-2.

¹² Un ejemplo de esta situación puede verse en la SJS núm. 2 Móstoles 359/2016, de 7 de julio.

laboral que dio lugar a los diferentes periodos de incapacidad temporal en los que se sustenta la reclamación, y que ha sido calculada con arreglo a los criterios de valoración que se establecen en la Tabla V, del Baremo contenido en el Anexo del Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, en la redacción anterior a la dada por la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, aplicado con carácter orientativo, es compatible con la indemnización por los daños morales causados por la vulneración de los derechos fundamentales afectados por la mencionada conducta, integridad psíquica y moral, en relación con el derecho a la dignidad, contemplada en el artículo 183 LRJS».

El TS recuerda que «la sentencia recurrida ha negado la indemnización autónoma por daños morales que reclama la trabajadora, con el argumento de que la sentencia de instancia ha considerado acertadamente que está incluida en la indemnización reconocida por los días en que estuvo en situación de incapacidad temporal, al fijar la cuantía correspondiente a los mismos conforme a la Tabla V del Baremo de circulación que incluye los daños morales correspondientes».

Sin embargo, no aprecia el TS la contradicción necesaria entre las resoluciones, al «no apreciar la necesaria contradicción entre las sentencias comparadas, al ser distinto el planteamiento de los respectivos recursos de suplicación y las cuestiones que las resoluciones confrontadas deciden», pues «lo que se discute en la sentencia recurrida es la compatibilidad de la indemnización por los padecimientos sufridos por la actora durante la situación de incapacidad temporal.../... que se ha calculado de acuerdo con los valores fijados en Tabla V del mencionado Baremo, con la indemnización de los daños morales vinculados a la violación de sus derechos fundamentales a la dignidad y a la integridad física y moral. Que la resolución recurrida desestima porque no es posible acumular indemnizaciones por las diferentes expresiones del daño moral causado por la situación que ha dado lugar a los diferentes episodios de incapacidad temporal, en lo que sería una duplicidad de ese mismo daño al estar ya contemplados los daños morales en la tan citada Tabla V», y, sin embargo, en el «caso de la sentencia de contraste la demandante no había instado el resarcimiento de los daños psíquicos y morales soportados durante el período de incapacidad temporal, que tampoco consta hubiese reclamado en un proceso anterior...»

Recientemente la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación regula, entre las varias medidas que organiza para garantizar el derecho a la igualdad de trato y a la no discriminación –la declaración de nulidad de la acción dañosa, el cese de la misma, la reparación y la prevención, etc.– la concesión de una indemnización al sujeto paciente de

la discriminación por los daños materiales y morales infligidos de muy difícil concreción práctica, al menos desde el punto de vista dogmático.

Para ello se dispone en el artículo 27.1 que «la persona física o jurídica que cause discriminación», incluyendo a «las personas empleadoras o prestadoras de bienes y servicios cuando la discriminación, incluido el acoso, se produzca en su ámbito de organización o dirección» (art. 27.2) basada en «alguno de los motivos previstos» en la norma, tendrá la obligación de reparar «el daño causado proporcionando una indemnización y restituyendo a la víctima a la situación anterior al incidente discriminatorio, cuando sea posible». Añadiendo seguidamente, que una vez que se acredite «la discriminación se presumirá la existencia de daño moral, que se valorará atendiendo a las circunstancias del caso, a la concurrencia o interacción de varias causas de discriminación previstas en la ley y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se tendrá en cuenta, en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido».

Se implementa así una tutela reparadora del daño moral causado que tiene como ejemplo la pretensión que organiza el artículo 183 LRJS, aunque, como se verá más adelante, en algunos aspectos el trazo fino de su enunciado permite mucha mayor operatividad a las pretensiones sustantivas, augurándose una larga y exitosa vida procesal.

Aunque no puede hablarse en puridad de auténticas novedades, es interesante subrayar en este momento del ensayo que se está redactando dos aspectos relacionados con la operatividad de dicha pretensión indemnizatoria.

En primer lugar, que se posiciona, sin ambages, en la teoría del automatismo en la producción del daño moral, que se deduce, siempre y en todo caso, cuando se acredite la discriminación. No hay duda, la norma entiende que siempre que se haya producido una discriminación en el ámbito objetivo de proyección aplicativa de la Ley (particularmente [art. 3.1.a]) en el «Empleo, por cuenta ajena y por cuenta propia, que comprende el acceso, las condiciones de trabajo, incluidas las retributivas y las de despido, la promoción profesional y la formación para el empleo») por las causas por ella enunciadas (art. 2), se causa un quebranto moral. Y aunque es cierto que tal y como se regula en la norma –«Acreditada la discriminación se presumirá la existencia de daño moral...»– parece estar configurando una presunción *iuris tantum*, la mecánica a la que nos ha arrastrado la interpretación del artículo 183 LRJS nos avocará a entender que estamos en pre-

sencia de una hermenéutica que no admite excepciones a la regla general. No se avizoran cambios en el modo de interpretación de esta cuestión ¹³.

Y, en segundo lugar, que la propia norma incorpora en sus dictados criterios de valoración de la gravedad del daño moral causado, circunstancia que sólo puede ser bien recibida, pues la dinámica apreciativa de la LISOS se queda, en numerosas ocasiones, un tanto huérfana de parámetros de aquilatación del daño moral causado. Es cierto, con todo, que algunos de ellos son incorporados, sin demasiada lógica interna, directamente de otras normas civiles, como lo es el caso de la mención a la «difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido» el daño, que proviene del artículo 9.3 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, como se analizará en la parte final de este ensayo, pero el intento de enunciación de algunos criterios tiene que ser aplaudido. Al menos se cuenta con algún parámetro adicional para la aquilatación económica de un bien, como lo es el moral, sumamente refractario a su monetización directa.

Estos son solo, en definitiva, algunos de los varios ejemplos que el ordenamiento conoce en los que puede funcionar operativamente la indemnización por daños morales, siendo, en todos ellos, perfectamente compatible dicho mecanismo de reparación con las indemnizaciones que cada norma prevea como mecanismo autónomo de corrección de la situación creada o reparación del daño material causado: accidente de trabajo, prevención de riesgos laborales, discriminación, etc.

¹³ La SJS núm. 2 Avilés 254/2019, de 7 de junio afirma categóricamente que «La jurisprudencia parte de una presunción iuris tantum de existencia de daño derivado de la vulneración de un derecho fundamental».

III. LA JURISPRUDENCIA DE LA SALA CUARTA DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE LA INDEMNIZACIÓN POR DAÑO MORAL

Son varias, como decimos, las veces en que la Sala Cuarta del Tribunal Supremo ha pretendido aclarar las cuestiones enunciadas, principalmente las dos más problemáticas señaladas.

Pero no siempre se han establecido con la claridad y contundencia necesaria los parámetros que se utilizan para cuantificar la indemnización por daño moral. Aunque sí es cierto que se ha hecho un esfuerzo por sistematizar, ordenar y disciplinar los diferentes aspectos, adjetivos y sustantivos, de la pretensión procesal, evolucionando, incluso, desde una interpretación más «cerrada» que exigía mayor carga procesal del justiciable que sostenía la existencia de transgresión de Derechos Fundamentales con daño moral, hacia una elucidación «abierta» y más generosa en la formalización de la acción procesal. Pero sigue echándose en falta que se implemente unos criterios que faciliten, con la deseable homogeneidad, el procedimiento de monetización del daño moral, la cuantificación del montante de la indemnización económica.

El juicio crítico que nos merece la evolución jurisprudencial no es muy alentador, porque no se ha mostrado ni especialmente innovadora, ni siquiera singularmente clara al respecto. Siendo uno de los aspectos clave del funcionamiento de la indemnización, por no decir el más importante.

Por momentos –puede leerse entre líneas– parece como si estuviera dudando entre conformarse con seguir empleando los parámetros que le vienen dados por la utilización de la LISOS o articular un discurso nuevo y propio que organice dicha cuantificación del daño moral empleando otros instrumentos jurídicos distintos, básicamente el salario del trabajador y su antigüedad. Pero al final continúa empleando la LISOS –operación, sobra decirlo, perfectamen-

te plausible y operativamente eficaz—, aunque de la lectura de las resoluciones que así lo hacen pareciera deducirse que se recurre a ella sin excesivo convencimiento, como si estuviéramos a la espera de organizar un criterio más completo y equilibrado que permitiera aquilatar más y mejor la cuantía del daño moral¹. En definitiva, pareciera que se emplea la LISOS porque no se cuanta con un instrumento más eficaz para la monetización de la indemnización.

La primera solución, continuar empleando la LISOS para esta operación de monetización de la indemnización, tiene como clara ventaja que los términos del problema quedan circunscritos dentro del orden social, con la utilización de normas plenamente laborales y sometidas a la interpretación integradora que pretende dársele mediante la jurisprudencia social. La segunda solución, es decir acudir a parámetros nuevos y distintos de los empleados hasta ahora tiene la clara vocación de poder aprovechar instrumentos más perfilados, equilibrados y ponderados para la valoración del daño moral, pero también conllevan el óbice —se es consciente— de que con su empleo pueden surgir otros nuevos problemas, especialmente aquellos que tienen que ver con el empleo de normas del derecho privado general (netamente dispositivas) en un proceso como el social que no se gobierna por completo mediante mecanismos adjetivos basados en el principio de aportación de parte. En definitiva, que una demanda social, en un Tribunal social, apoyada en normas tributarias del derecho privado puede obstaculizar más la concesión de la indemnización que facilitar su monetización. Es bastante cuestionable también que para la determinación de los criterios que se manejan para monetizar la indemnización económica pueden utilizarse normas extrañas a las del ámbito social del Derecho, aunque quizá si puedan tener una cierta relevancia para el segundo aspecto a tener en consideración, el que afecta a la determinación de la gravedad del daño moral padecido.

Es cierto, no obstante, que la exposición de los criterios —tanto sociales como de Derecho Privado en general— que se utilizan para concretar el montante de la indemnización en las resoluciones que comentamos sí aclaran algunos aspectos de su funcionamiento técnico, especialmente en cuanto a la

¹ Los JS, por ejemplo, suelen asumir acriticamente que el empleo de la LISOS es el mecanismo idóneo para la monetización del daño moral una vez acreditada la lesión del Derecho Fundamental, aunque en algunos momentos se detecta su falta de convencimiento. Por eso suele leerse, por ejemplo, que se acude «al criterio general de analogía con el RDL 5/2000 que normalmente se utiliza para estas situaciones» (SJS núm. 4 Badajoz 503/2021, de 27 de diciembre), o que «para la concreción del importe de la indemnización, el Tribunal Supremo avala el criterio de aplicar las cuantías de las sanciones previstas en la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social» (SJS núm. 2 Cartagena 109/2021, de 31 de marzo), o más sencillamente que «la jurisprudencia social... ha ido revalidando la aplicación, como criterio orientador en la determinación del daño moral, de las sanciones pecuniarias previstas en la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social» (SJS núm. 2 Avilés 107/2021, de 5 de marzo).

apreciación de la gravedad de la conducta lesionadora de los Derechos Fundamentales. Aunque la operación hermenéutica de la cuantificación del daño moral –el arco de bóveda sobre el que se edifica la indemnización– sigue quedando un tanto oscurecida.

En definitiva, se sabe qué criterios se manejan para considerar una conducta como especialmente dañosa del Derecho Fundamental, pero se tienen más dudas en la apreciación de los parámetros que deben emplearse para la monetización de la indemnización.

1. LAS APORTACIONES INTERPRETATIVAS RECIENTES

La evolución de la jurisprudencia en relación con estas cuestiones, más que variar sustancialmente de rumbo con alteraciones de criterio significativas para la ordenación técnica de la pretensión, lo que ha hecho es ir acuñando matices con el paso del tiempo, de sustancialidad variable, a la forma técnica de alegar y probar la efectiva lesión y la cuantificación o monetización del daño. No se aprecian cambios significativos, sino una sutil evolución no siempre conducida por parámetros organizados.

Aunque el propio TS ha afirmado que la doctrina de la Sala en relación con la indemnización por vulneración de derechos fundamentales «no ha tenido la uniformidad que sería deseable» (STS-SOC 768/2017, de 5 de octubre)² no debe tomarse esa afirmación al pie de la letra, y sí leerse como el reconocimiento de un cierto déficit en la concreción de algunos puntos problemáticos de la indemnización, especialmente en los que se relacionan con la monetización económica del daño. Porque el análisis de la jurisprudencia evacuada por la Sala IV permite reconstruir un esfuerzo interpretativo que más que ser contradictorio con parámetros anteriormente sostenidos, se ha proyectado sobre aspectos diferentes de la indemnización que estamos tratando³. La interpreta-

² Expresión que repite en la STS-SOC de 18 de mayo de 2016 (rec. 37/2015).

³ El análisis de los autos de inadmisión a trámite de los recursos de casación por unificación de doctrina analizados de los últimos quince años, desde la promulgación de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, que es, como se ha dicho, la que amplía la técnica indemnizatoria innovada en al LOLS a todos los derechos fundamentales, no aporta grandes matices a las sentencias que en el texto se analizan. Cuando sus argumentos sí han tenido relevancia o se han empleado *a fortiori* han sido citados en texto o a pie de página de este trabajo, los demás consultados han sido los siguientes: AATS-SOC de 18 de mayo de 2021 (rec. 1070/2020), de 20 de abril de 2021 (rec. 2745/2020), de 3 de febrero de 2021 (rec. 491/2020), de 2 de diciembre de 2020 (rec. 898/2020), de 1 de diciembre de 2020 (rec. 4072/2019), de 8 de septiembre de 2020 (rec. 2221/2019), de 9 de julio de 2020 (rec. 1013/2019), de 12 de febrero de 2020 (rec. 2486/2019), de 11 de febrero de 2020 (rec. 553/2020), de 28 de enero de 2020 (rec. 2184/2019), de 18 de diciembre de 2019 (rec. 1968/2019),

ción jurisprudencial se ha desplegado, en definitiva, sobre aspectos diferentes, por lo que más que cambio debe hablarse de evolución.

Partamos de los últimos pronunciamientos recientes para formular un estado de la cuestión que permita proponer al debate algunas soluciones técnicas, pues recientemente hasta tres pronunciamientos relevantes se han dictado en la materia, cada uno de ellos centrados en un aspecto diferente de la cuestión medular que estamos tratando.

A) **La STS-SOC 179/2022, de 23 de febrero**

Los hechos acaecidos son sencillos. Un trabajador es despedido después de demandar a la empresa para la que ha trabajado por diferentes motivos,

de 5 de diciembre de 2019 (rec. 249/2019), de 19 de noviembre de 2019 (rec. 417/2019), de 6 de noviembre de 2019 (rec. 76/2019), de 19 de junio de 2019 (rec. 3154/2018), de 19 de junio de 2019 (rec. 2617/2018), de 23 de mayo de 2019 (rec. 2212/2018), de 6 de marzo de 2019 (rec. 2675/2018), de 5 de febrero de 2019 (rec. 3122/2018), de 16 de enero de 2019 (rec. 1056/2018), de 21 de noviembre de 2018 (rec. 2048/2018), de 18 de octubre de 2018 (rec. 4567/2017), de 13 de noviembre de 2018 (rec. 1434/2018), de 31 de mayo de 2018 (rec. 1466/2017), de 3 de abril de 2018 (rec. 3424/2017), de 15 de marzo de 2018 (rec. 2230/2017), de 12 de diciembre de 2017 (rec. 3369/2016), de 24 de octubre de 2017 (rec. 1592/2017), de 24 de octubre de 2017 (rec. 624/2017), de 17 de mayo de 2017 (rec. 2113/2016), de 2 de febrero de 2017 (rec. 2269/2016), de 11 de octubre de 2016 (rec. 3877/2015), de 8 de septiembre de 2016 (rec. 32/2016), de 30 de junio de 2016 (rec. 975/2015), de 14 de junio de 2016 (rec. 2431/2015), de 17 de mayo de 2016 (rec. 3848/2014), de 13 de enero de 2016 (rec. 1740/2015), de 22 de octubre de 2015 (rec. 1804/2014), de 20 de octubre de 2015 (rec. 3368/2014), de 9 de septiembre de 2015 (rec. 3826/2014), de 30 de junio de 2015 (rec. 1734/2014), de 26 de marzo de 2015 (rec. 623/2014), de 19 de febrero de 2015 (rec. 1749/2014), de 29 de enero de 2014 (rec. 820/2013), de 4 de diciembre de 2013 (rec. 1002/2013), de 26 de septiembre de 2013 (rec. 280/2013), de 3 de mayo de 2012 (rec. 3876/2011), de 3 de noviembre de 2011 (rec. 950/2011), de 8 de septiembre de 2011 (rec. 4334/2010), de 15 de junio de 2011 (rec. 2107/2010), de 10 de marzo de 2011 (rec. 3542/2010), de 10 de marzo de 2011 (rec. 1723/2010), de 17 de febrero de 2011 (rec. 970/2010), de 14 de diciembre de 2010 (rec. 1164/2010), de 17 de junio de 2010 (rec. 3649/2009), de 8 de junio de 2010 (rec. 4433/2009), de 15 de abril de 2010 (rec. 3234/2009), de 6 de abril de 2010 (rec. 3261/2009), de 3 de noviembre de 2009 (rec. 893/2009), de 30 de septiembre de 2008 (rec. 982/2008), de 22 de mayo de 2008 (rec. 3219/2007), de 8 de mayo de 2008 (rec. 3260/2007), de 29 de enero de 2008 (rec. 2232/2006), de 16 de enero de 2008 (rec. 1403/2007), de 10 de enero de 2008 (rec. 1492/2007), de 18 de octubre de 2007 (rec. 1019/2007), de 19 de octubre de 2006 (rec. 4733/2004), de 7 de junio de 2006 (rec. 3582/2005), de 8 de mayo de 2006 (rec. 1448/2005), de 10 de enero de 2006 (rec. 3541/2004), de 13 de septiembre de 2005 (rec. 4634/2004), de 26 de mayo de 2005 (rec. 2200/2004), de 5 de mayo de 2005 (rec. 1698/2004), de 29 de marzo de 2005 (rec. 6090/2003), de 27 de enero de 2005 (rec. 936/2004), de 20 de julio de 2004 (rec. 4088/2003), y de 15 de abril de 2004 (rec. 2681/2003).

La STS-SOC de 19 de noviembre de 2009 (rec. 2399/2008) que tampoco aprecia la existencia de contradicción cuenta con un interesante voto particular del Magistrado Martín Valverde que entiende que si se daba entre la resolución recurrida y la alegada de contraste la contradicción exigida para la admisión a trámite del Recurso de Casación por Unificación de Doctrina, aun cuando los derechos fundamentales comparados en ambas resoluciones no eran idénticos. Las SSTS-SOC de 15 de octubre de 2013 (rec. 3012/2012), 196/2017, de 8 de marzo, y 429/2017, de 16 de mayo tampoco aprecian la contradicción entre las resoluciones recurrida y alegada, sin consideraciones singulares o dignas de atención específica.

básicamente dos. Por impago de los salarios debidos, y por la no facilitación de los equipos de protección personal ni impartición de formación preventiva.

El Juzgado de lo Social competente califica al despido de improcedente. La resolución de suplicación, después de modificar la relación de hechos probados, revoca la resolución de instancia y califica el despido de nulo, procediéndose a la readmisión del trabajador y al abono de los salarios de tramitación. Pero no concede la indemnización adicional por transgresión de Derechos Fundamentales solicitada, y esta es la particularidad reseñable y la que hace que la resolución de casación sea trascendente, porque entiende que la pretensión procesal no se ha formulado correctamente, básicamente porque está huérfana de parámetros o criterios que permitan cuantificar su importe.

Indirectamente lo que se está afirmando, parece claro, es que la carga de concretar los daños morales que ocasiona la transgresión al Derecho Fundamental corresponde a la persona trabajadora. Es, desde luego, una perspectiva muy de derecho «privado», con gran predominio del principio dispositivo, que juega con más amplitud que en ámbito social del derecho, cuya construcción ideológica y técnica ha pretendido reconducir este principio y los conexos que devienen de él (aportación de parte) hacia límites más contenidos, haciéndole perder vigencia y operatividad práctica en favor de otros principios de raíz colectiva.

El actor recurre en casación unificada intimando la concesión de la indemnización por transgresión de Derechos Fundamentales y producción de un daño moral entendiendo, básicamente, que la operación de concreción de la cuantía del daño moral no le corresponde a él, sino al juzgador, por especificarlo así el artículo 183 LRJS.

La cuestión por resolver por el TS es, por tanto, relativamente sencilla. Se trata de concretar, en primer lugar, si la declaración de la nulidad del despido por vulneración de un Derecho Fundamental conlleva, necesariamente y en todo caso, el abono de una indemnización adicional por daños morales. Apreciando, en segundo lugar, si el justiciable debe concretar los parámetros y criterios que moneticen dicho daño o si, por el contrario, esa operación hermenéutica debe estar encomendada al órgano jurisdiccional. En sus palabras: «... se trata de decidir si basta con solicitar la indemnización del daño moral, aunque sea de una forma poco detallada, para que se reconozca el derecho a su percepción cuando ha quedado acreditada la vulneración del derecho fundamental».

Efectivamente la demanda no concreta, según reporta la resolución de suplicación, «los parámetros que han de servir para cuantificar su importe», teniendo que dilucidarse, antes que nada, si esa ausencia puede convertirse en un óbice de procedibilidad, es decir, si puede concederse la cuantía solicitada,

o cualquier otra, cuando el peticionario no ha desplegado actividad procesal alguna conducente a monetizar el daño moral sufrido por la transgresión del Derecho Fundamental. Porque la resolución de suplicación es muy clara en este sentido al negar el reconocimiento con el argumento único, pero a su juicio contundente, de que «se solicita sin concretar motivo alguno para ello, ni cuantificar, por no constar circunstancia alguna que pudiera dar lugar a la misma».

El recurrente en casación deduce de la aplicación de los preceptos procesales que gobiernan esta indemnización por daño moral, por el contrario, que la nulidad del despido por transgresión de Derechos Fundamentales debe llevar aparejada, en todo caso, una indemnización económica reparadora por el daño moral que provoca. Argumenta, además, que la pretensión que ha efectuado en la demanda cuantificando el importe de dicha indemnización en 15525 euros en aplicación de lo dispuesto en los artículos 8, 11 y 12 LISOS cumple con las exigencias formales para entender correctamente planteada la pretensión procesal.

En definitiva, el recurrente considera que no es necesaria la concreción y cuantificación específica del daño moral, sino que para que se pronuncie el Tribunal sobre esta pretensión procesal es suficiente con solicitarlo expresamente indicando una cantidad al respecto, sin necesidad de proceder aquilatar los parámetros o criterios mediante los cuales se procede a la hermenéutica de la monetización del daño.

La Sala en el fundamento jurídico segundo, después de acreditar la contradicción con la resolución alegada de contraste (la de 5 de noviembre de 2017 que será objeto de atención seguidamente), se detiene, muy puntillosamente, en analizar la demanda del trabajador y los elementos que conforman la solicitud de la indemnización. Porque es consciente, naturalmente, que ese es uno de los caballos de batalla de esta cuestión, un punto esencial, porque una cosa es que no se concrete la cuantía de lo solicitado como indemnización, otra distinta que no se solicite ésta, y una tercera que solicitándose ambas (indemnización y cuantía) no se expongan los criterios empleados para monetizar la solicitud indemnizatoria.

De la lectura del relato de hechos probados no puede quedar duda de que, efectivamente, el justiciable ha alegado que la actuación empresarial le ha provocado una lesión en sus derechos más básicos, en sus Derechos Fundamentales. También señala que ello le ha ocasionado «unos daños morales derivados del quebranto psicológico, sufrimiento intenso y desasosiego padecido», solicita claramente una indemnización adicional que repare el daño causado, y la cuantifica en una concreta cantidad empleando para ello la LISOS, que es un

criterio válido según la jurisprudencia tanto del TC como del TS para proceder a la monetización del daño. Es decir, efectivamente indica que se ha producido un daño moral, concreta cuál ha sido éste –quebranto psicológico, sufrimiento intenso y desasosiego–, solicita una cantidad a tanto alzado para satisfacer la compensación del daño infligido, y sostiene su pretensión en los preceptos de las LISOS.

Cumple, en definitiva, al menos *prima facie*, con todas las exigencias que deben ser apreciadas para entender que una acción procesal de estas características se ha intimado correctamente.

De lo que se trata ahora, en casación unificada, es de decidir si es suficiente con solicitar la indemnización del daño moral aunque sea de forma poco detallada y sin emplear para ello criterios jurídicos técnicos que calibren su cuantía, o si, por el contrario, es exigible una concreción exhaustiva de los daños padecidos y de las cuantías con que éstos deban ser resarcidos. En definitiva, si puede concederse la indemnización cuando «la demanda no llega a concretar los parámetros que han de servir para cuantificar su importe».

La resolución de casación no alberga duda alguna al respecto. Parte, en primer lugar, de una premisa evidente: los daños morales resultan indisolublemente asociados a la vulneración de un Derecho Fundamental, deduciendo una especie de principio de «automaticidad»⁴. Observa, en segundo lugar, que cualquier daño moral debe ser resarcido, entendiéndolo, en tercer lugar, que al resultar especialmente difícil su cuantificación detallada pueden flexibilizarse las exigencias de concreción por la parte afectada. Matiz que puede ser visto como una singular concreción de los principios procesales del orden social, en contraposición a los del proceso civil dispositivo, de evidente raíz patrimonial que se proyecta en el principio de aportación de parte, de limitada eficacia en el proceso social.

Ayuda a ello, qué duda cabe, la configuración legal del precepto procesal que ordena la pretensión indemnizatoria, pues, de un lado, permite que el órgano judicial se pronuncie («prudencialmente») sobre la cuantía del daño, consintiendo para ello, de otro, parámetros abiertos de interpretación para la concreción de la indemnización cuando «la prueba de su importe exacto resulta demasiado difícil o costosa».

⁴ La denominación es de MONEREO PÉREZ, J. L.: «Despido nulo por vulneración derechos fundamentales, resarcimiento del daño moral y modo “prudencial” de cuantificación de la indemnización», *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 3 / 2022, que puede consultarse de manera gratuita y en abierto, como todos los números de la revista, en el siguiente enlace web https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-L-2022-00000001747

Es definitiva, si por las circunstancias fácticas acaecidos en el supuesto de hecho no puede la parte concretar los criterios o parámetros que permitan traducir con precisión económica el sufrimiento que el daño moral provoca, se permitirá que tanto la cuantificación de los daños como la fijación de la indemnización lo sea a criterio prudencial del juez encargado del asunto. Se tolera, en definitiva, que la fijación se realice con ciertas dosis de discrecionalidad en lo que importa a la valoración del daño y en relación con la cuantificación del instrumento mediante el que se repara.

Porque, naturalmente, los sufrimientos, los padecimientos o los menoscabos de los derechos experimentados por el trabajador en contextos de daño moral no suelen tener una directa o secuencial traducción económica, debiéndose calibrarse caso por caso en atención a las circunstancias concurrentes en cada uno de ellos, y siendo, por tanto, muy dificultosa la organización de parámetros generales de interpretación.

La resolución es diáfana en este punto. Afirma que la resolución recurrida que efectivamente reconoce la lesión de un Derecho Fundamental debería haber implementado a favor del trabajador la indemnización adicional por daños morales que considerarse razonable, siendo suficiente para que la acción prosperase procesalmente hablando la alegación que sobre este particular realizó la demanda, sin exigirle al actor, como pretendía la resolución recurrida, una completa concreción de los daños o la fijación de cuantías económicas con parámetros precisos y completos. Es decir, «se abre la vía a la posibilidad de que sea el órgano judicial el que establezca prudencialmente su cuantía, sin que pueda exigirse al reclamante la aportación de bases más exactas y precisas para su determinación, en tanto que en esta materia se produce 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 padecidos o menoscabos experimentados no tienen directa o secuencialmente una traducción económica»⁵ considerando «que la exigible identificación de circunstancias relevantes para la determinación de la indemnización solicitada ha de excepcionarse en el caso de los daños morales unidos a la vulneración del derecho fundamental cuando resulte difícil su estimación detallada».

La problemática de la cuantificación es, con todo, el punto más vidrioso de la resolución, el que quizá se encuentre menos desarrollado, y, quizá, el más

⁵ Recuperando lo ya sostenido en la STS-SOC de 11 de junio de 2011 (rec. 3336/2011).

atacable desde una hermenéutica detallada que descienda al detalle del daño concreto padecido. La resolución emplea para la cuantificación del daño dos de los propios elementos del contrato de trabajo en discusión. Su duración total, que en este caso ha sido breve, solamente dos años, y el salario mensual del trabajador, «unos 1300 euros». Y con estos dos parámetros afirma, realizando un pequeño salto en la operación hermenéutica, que por ello «resulta manifiestamente excesiva y desproporcionada la suma reclamada por daños morales de 15525 euros», afirmando, sin solución de continuidad, que la desproporción se reafirma porque «la declaración de nulidad del despido ya comporta la readmisión del trabajador y el pago de los salarios dejados de percibir desde la fecha de resolución del contrato de trabajo».

El camino seguido para entender desproporciona la cantidad (de 15525 euros solicitada) quizá pueda recorrerse sin necesidad de que lo explicita la resolución de manera muy detallada, pero lo que se entiende con tanta claridad es la invocación a los salarios de tramitación y la readmisión y su utilización como argumento de autoridad para limitar, modelar o modular la indemnización adicional por daños morales.

Vayamos por partes. Siguiendo los ítems sobre los que la resolución proyecta su argumentación podemos concluir que el porcentaje de indemnización solicitado sobre el salario total anual del trabajador es muy elevado. Efectivamente, si el trabajador disfrutaba de una remuneración de 1300 euros al mes (no se especifica si brutos o netos, ni tampoco si en esa remuneración está incluida la parte proporcional de las pagas extraordinarias) su sueldo anual aproximado sería de unos 15600 (sin contar las pagas extraordinarias). Es decir, la Sala entiende que solicitar una indemnización en supuestos de despido con transgresión de Derechos Fundamentales que suponga, prácticamente, la totalidad de la remuneración anual del trabajador es desproporcionada.

Mucho más en un caso como este, en donde no parece que haya existido una reiteración en la conducta dañosa, ni especiales circunstancias que permitan apreciar un daño excesivo, destacando que no se trata de una persona trabajadora incluíble en algún grupo especialmente vulnerable (con discapacidad, mujeres embarazadas, etc.), ni del contexto de los hechos probados se aprecia ninguno de los elementos que tradicionalmente se tienen en consideración para calibrar si la conducta reprobada ha ocasionado un daño adicional al bien jurídico protegido.

Quizá se pueda estar de acuerdo en la conclusión que parece deducirse como axioma de esta resolución –que una indemnización del 100 % del salario anual resulta desproporcionada, coincidiendo en la necesidad de que también, y justo con ese límite máximo, se implemente un zócalo de indemnización

deducible ante cualquier lesión a un concreto Derecho Fundamental, con independencia absoluta del tipo de empleo, remuneración o antigüedad de la persona trabajadora–.

Lo que distorsiona un tanto la conclusión es la argumentación que realiza la resolución en el segundo de los argumentos empleados, el relativo a los salarios de tramitación y el reingreso en la empresa. Por dos razones. En primer lugar, porque aquí estamos tratando de una indemnización de naturaleza «adicional» a otras que eventualmente puedan deducirse de la actuación empresarial, y que, precisamente por ello, debe funcionar de manera independiente y desgajada de las consecuencias legales (precisamente el abono de los salarios de tramitación y el reingreso) queridas por la norma. Y, en segundo lugar, porque pareciera como si esas consecuencias queridas por la norma pudieran servir de argumento para minorar la cuantía de la indemnización por daño moral, como si se tuviera presente en el razonamiento que el trabajador puede experimentar un excesivo lucro por la suma de ambas indemnizaciones, la legal por el abono de los salarios de tramitación y la adicional por daño moral, deslizándose la peligrosa idea de que el daño experimentado en el Derecho Fundamental ha sido resarcido mediante el mecanismo técnico del reintegro al puesto de trabajo.

No parecen argumentos –el de atención al reingreso y percibo de los salarios de tramitación– que susciten un gran consenso, aunque si es cierto que su utilización puede justificarse por las dificultades que se experimentan en la monetización del daño moral. Aunque, desde el punto de vista de la naturaleza de esta indemnización parece evidente que si los daños que se provocarían en la persona trabajadora si no existiese el obligatorio reingreso y el percibo de los salarios de tramitación entraría más dentro de la esfera de los económicos que en la de los de orden moral.

En otro orden de críticas también es noticiable el acudimiento que realiza la resolución al artículo 40 LISOS en su totalidad, sin precisar letra, número o epígrafe, para deducir de su lectura que lo más «razonable y adecuado» en este caso es fijar la indemnización en la suma correspondiente a la cuantía inferior de la multa, pues «prudencialmente resulta más proporcionada y ajustada a las circunstancias del caso para resarcir en sus justos términos el perjuicio derivado del daño moral infringido al trabajador». No parece un criterio muy aquilataado, pues se acude a él como término de comparación con otras indemnizaciones que sí parecerían irrazonables o inadecuadas, como la solicitada por el demandante en el asunto sometido a su jurisdicción.

Y, sin embargo, y sin ser una afirmación contraria con la anterior, sí parece «prudencialmente» operativa, por dos razones. Porque resuelve, en primer lugar, el asunto desde la equidad y teniendo presente las circunstancias concretas

de la relación laboral (duración y salario), y, en segundo lugar, porque no parece que en este caso se hayan producido aquel tipo de circunstancias que pudieran agravar la sanción en atención a los criterios que manejan otros preceptos de la misma LISOS, por ejemplo el artículo 39: peligrosidad, gravedad del daño producido, número de trabajadores afectados, incumplimiento de las advertencias o requerimientos de autoridad laboral, etc., y sin que tampoco pueda deducirse de la conducta empresarial una actuación reincidente (art. 41 LISOS).

Es decir, es un criterio –el de acudimiento a la LISOS sin excesivas matizaciones o precisiones– que funciona operativamente para resolver una cuestión especialmente compleja, aunque tiene el déficit de no aquilatar individualizadamente la indemnización que procede por daño moral, muy en la línea, por otra parte, de cómo opera una indemnización que funciona más en el plazo reparador que en el resarcitorio, como se verá *infra* en lugar oportuno.

B) La STS-SOC 214/2022, de 9 de marzo

Las circunstancias fácticas en este recurso de casación unificada son muy similares a los enjuiciados en la resolución anteriormente comentada. El trabajador, ahora recurrente, fue despedido tras haber interpuesto tres reclamaciones judiciales contra su empresa: una reclamando una determinada cantidad debida, otra impugnado la imposición de una sanción, y una tercera cuestionando la modificación sustancial de condiciones de trabajo operada empresarialmente. El JS declara nulo el despido. El TSJ desestima el recurso y confirma la resolución de instancia.

Lo singular es que el JS no estimó la indemnización adicional por daños morales que se solicitaba en cuantía de 25000 euros, básicamente porque la demanda no fijaba «las bases de su cuantificación». La resolución del TSJ tampoco estimó dicha pretensión, pero lo fundamental es entender cuál es la razón que despliega para ello.

Entiende, no sin parte de razón, que, a diferencia de otros supuestos de despido nulo con transgresión de Derechos Fundamentales, cuando lo que se vulnera es la garantía de indemnidad no se produce en el trabajador una lesión distinta que la pérdida del empleo, sin que pueda deducirse de ese solo hecho un perjuicio distinto o adicional al del despido mismo⁶.

⁶ Sobre la indemnidad y su funcionamiento operativo véase la importante, aunque ya no tan novedosa o reciente, STS-SOC 515/2020, de 24 de junio, especialmente en su fundamento jurídico quinto, en un

El corolario del argumento es, como bien expone la resolución, que «esa reacción del empresario tiene como único perjuicio para el trabajador el verse privado indebidamente de empleo y sueldo, con repercusiones negativas en su mantenimiento y satisfacción personal en el ámbito de su vida privada y, por ello, el legislador ha establecido de forma automática y taxativa en el artículo 55.6 ET que, caso de nulidad del despido, no solo tiene lugar la readmisión inmediata al trabajador, sino también el abono de los salarios, operando así una específica indemnización de daños y perjuicios “es lege”».

Lo que se sanciona con la declaración de nulidad para este supuesto es, en definitiva, el hecho objetivo del despido mismo, precisamente porque solo se explica como represalia a la persona trabajadora. Pero el perjuicio que sufre se circunscribe, según se interpreta la cuestión, exclusivamente a la extinción de la relación laboral. Lo que pretende la garantía de indemnidad, en definitiva, es la satisfacción al trabajador del perjuicio ocasionado, esto es, la recuperación del trabajo, sin consentir la adhesión de una reparación adicional. Porque en estos casos la respuesta indemnizatoria viene tasada por la propia norma mediante la readmisión y el abono de los salarios de tramitación, sin que pueda deducirse automáticamente la producción de un daño moral, porque, en realidad, se argumenta, no se ha producido un daño (moral o de otro tipo) distinta al de la pérdida del empleo⁷.

Con esta interpretación parece intentar construirse una categoría específica para los «despidos represalia», al margen de aquellos otros despidos que se producen con la transgresión directa de otro derecho fundamental (intimidad, propia imagen, igualdad, etc). Una categoría propia para la que no juega la indemnización automática por producción de daño moral. Más allá de lo que se comentará seguidamente, lo que parece indudable, fuera de toda apreciación subjetiva, es que este despido represalia en sí mismo produce un daño.

Lo que pretende enunciar el discurso es que este despido con lesión del principio de indemnidad produce, al menos, el mismo daño que cualquier otro despido, cualquiera que sea la calificación que se otorgue. Pero que al apreciar la lesión del principio (que no derecho) de indemnidad la reacción del ordenamiento es más tuitiva que la que impone frente a otros despidos que luego se

supuesto de contratación irregular de personal administrativo en una Universidad Pública.

⁷ Y lo cierto es que dicha interpretación parece casar bien con la doctrina «*de la conducta alternativa correcta*», la cual precisa que «no puede imputarse a una determinada conducta un concreto hecho dañoso cuando suprimida tal conducta, el daño concreto se hubiera producido igual con seguridad rayana en la certeza», en el sentido de que la conducta correcta no hubiera evitado el daño. En nuestro caso, es más que probable que el despido en las circunstancias narradas se hubiera producido igualmente, se empleasen los medios sancionados como lesionadores del daño moral o cualquiera otros. La nomenclatura y la cita es de Díez-PICAZO, L.: *El escándalo del daño moral*, Civitas, Col.: Cuadernos, Madrid, 2008, pp. 20-1.

declaran improcedentes. En ambos casos, el nulo por indemnidad o el improcedente, el daño causado en el trabajador es idéntico: la pérdida del empleo, y, sin embargo, el que acaece con lesión del principio de indemnidad queda mejor protegido que cualquier otro en el que no se ha apreciado la lesión de un Derecho Fundamental.

Se ataca, con ello, el núcleo esencial sobre el que se ha edificado toda la doctrina de los daños morales tras la transgresión de un Derecho Fundamental, cual es, que toda lesión (de un Derecho Fundamental) genera un daño de manera automática, que debe ser, en todo caso, reparado. No solo, apréciese bien, para restituir al trabajador en la situación inmediatamente anterior a la producción del daño (que también), sino, sobre todo, para dar contenido y eficacia a la acción preventiva que pretende la norma.

Se mire como se mire, lo que esta interpretación niega es la producción de un daño moral cuando se ha producido el despido represalia, subyaciendo, en el fondo, una crítica a la equiparación del principio de indemnidad con los derechos fundamentales del trabajador, en la que puede estarse más o menos de acuerdo, pero ese no es un tema que afecte a la dinámica medular que se aborda con este ensayo. En este supuesto «la nulidad del despido viene motivada por concurrir una de las causas objetivas, pero no porque se ha acreditado que la decisión de la empresa vulnerara derechos fundamentales, o tuviera como único motivo una causa discriminatoria» (SJS núm. 1 Salamanca 395/2019, de 22 de noviembre), lo que provoca una consecuencia: desplazar la carga probatoria de la acreditación de la existencia de un daño adicional en el propio trabajador, limitándose el principio de automaticidad en la producción del daño moral, pues, en puridad, no se ha producido lesión a Derecho Fundamental alguno⁸. Ello explica, al menos en parte, que en estas situaciones la concesión de indemnizaciones sea no solo menos frecuente cuando solo se acredita la lesión del principio de indemnidad, sino también que cuanto se concedan sean de cuantía inferior que lo usualmente concedido, porque, como precisa la SJS núm. 1 Albacete 382/2019, de 20 de diciembre para una indemnización de superior cuantía debería acreditarse que se ha agravado el «derecho a la integridad», o «apreciarse acoso» o «trato degradante», en cuya ausencia «se considera adecuado otorgar al trabajador una indemnización adicional de 500 euros

⁸ Así, por ejemplo, en la SJS núm. 3 Talavera de la Reina 127/2019, de 30 de abril se indica que «En el presente caso, pese a acreditar la vulneración del derecho de indemnidad, atendiendo a las circunstancias concurrentes, no se entienden justificados los daños, incluidos los morales, que se dicen ocasionados al trabajador, pues no se ha practicado prueba tendente a acreditar tal extremo por lo que ante la falta de justificación de los perjuicios y, menos aún, de su cuantificación en el importe reclamado procede desestimar dicha pretensión indemnizatoria». En los mismos términos véanse las SSJS núm. 3 Talavera de la Reina de 30 abril de 2019 (rec. 713/2018), y 84/2019, de 18 de marzo.

por daños y perjuicios, incluido el daño moral». Ahora bien, cuando la quiebra del principio de indemnidad se acompaña con la lesión de otro Derecho Fundamental lo razonable parece seguir siendo impone como cuantía de la indemnización la mínima que prevé la LISOS⁹.

Esta misma doctrina de los despidos nulos por «causa objetiva», sin violación flagrante de los Derechos Fundamentales de las personas trabajadoras se ha aplicado también a la situación de embarazo de la trabajadora.

Así, por ejemplo, la SJS núm. 1 Ibiza 68/2019, de 25 de febrero entiende que no procede la concesión de indemnización por daño moral alguno «porque el despido es nulo por la circunstancia objetiva del embarazo pero no se ha acreditado ni violación de derecho fundamental alguno ni tampoco perjuicio alguno causado a la demandante». Se sigue, en este punto, el criterio mantenido por la STSJ-SOC Islas Baleares 359/2018, de 12 de septiembre cuando precisa que «en el caso de autos la discriminación se halla embebida en la conducta de la empresa de proceder al despido de la trabajadora sin causa alguna que lo justifique. Es el propio legislador quien ha hecho la ponderación de la concurrencia en tales casos de trato discriminatorio que conduce a la declaración de la nulidad del despido. Apremiar en estos supuestos una discriminación suplementaria supondría tanto como incurrir en una duplicidad sancionatoria. Solo en el caso de que, además de haberse producido el despido de la trabajadora embarazada el empresario hubiese incurrido en algún tipo de acoso por razón de género o conducta discriminatoria adicional hacia la empleada en cuestión podría apreciarse el concurso de una vulneración de sus derechos fundamentales susceptible de generar consecuencias jurídicas adicionales a la nulidad del despido».

Quizá lo que ocurre en estas situaciones –indemnidad y embarazo– desde el punto de vista dogmático, es, sin más un desenfoque en la perspectiva que se emplea para analizar la problemática. La indemnización por daño moral cuando acaece una transgresión de Derechos Fundamentales pretende la completa restitución del daño causado, deduciéndose de la indemnización un componente preventivo, querido por la propia norma. Pero en la lesión del principio de indemnidad y la resituación de la persona tra-

⁹ Así, por ejemplo, la SJS núm. 5 Oviedo 363/2020, de 17 de noviembre, precisa en «relación con la indemnización interesada por las vulneraciones constitucionales del derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de garantía de indemnidad y al trato desigual ante situaciones objetivamente comparables» que en estas circunstancias «se ha de estar a la cuantía mínima de 6251,00 euros prevista para las infracciones muy graves en la LISOS, ante la ausencia de prueba alguna sobre las diferencias retributivas que se alegan».

Aunque no puede decirse que en esta materia haya unanimidad, pues abundan ejemplos en los que la quiebra única del principio de indemnidad se indemniza por la cantidad mínima que prevé la LISOS, como por ejemplo acaece en el asunto resuelto SJS núm. 2 Ponferrada 83/2020, de 23 de marzo.

bajadora en las mismas circunstancias y condiciones que tenía antes del despido también puede apreciarse la tutela de derechos sociales dignos de una especial y significaba protección, en este caso el fomento del control jurisdiccional de las decisiones empresariales arbitrarias o irrazonables desde un punto de vista jurídico técnico o legal, aspecto que se relaciona, directamente, en el derecho a la tutela judicial efectiva sin «indefensión» (art. 24 CE). En definitiva, la proyección práctica del principio de indemnidad también entronca con la protección de Derechos Fundamentales de la persona trabajadora, en este caso con el Derecho a la tutela judicial efectiva, por lo que la respuesta integral del ordenamiento jurídico tiene que ser la misma que cuando acaece la lesión de otro Derecho Fundamental sustantivo. A nuestros efectos prácticos la conclusión intuitiva abocaría a entender que cuando se lesiona el principio de indemnidad también se produce un daño moral que tiene que ser reparado mediante la indemnización adicional que se está estudiando. Si aplicásemos la lógica que para el derecho de daños impone el Derecho civil no tendríamos tantas dudas en sostener la perspectiva que mantenemos¹⁰.

Idénticas consecuencias pueden realizarse en relación con la situación de embarazo de la persona trabajadora, pues el daño moral estaría asociado a la situación misma considerada, sin necesidad de que se tenga que acreditar una lesión más intensiva. Parece más razonable adoptar una perspectiva más sencilla, entendiendo que en el despido injustificado en situación de embarazo produce una lesión de los Derechos Fundamentales de la trabajadora, como lo hace, por ejemplo, la STSJ-SOC Madrid, de 6 de noviembre de 2009 (rec. 4179/2009) cuando confirma los 6000 euros de indemnización que se había impuesto en la instancia porque de la situación conflictiva se aprecian suficientes indicios para acreditar la producción de un daño moral: el embarazo era de riesgo y concurría una baja de incapacidad temporal que le obligaba a guardar reposo absoluto, o la STSJ-SOC Madrid, de 22 de noviembre de 2018 (rec. 763/2018) cuando impone 15000 euros de indemnización basándose en dos motivos: en que en el tiempo del despido la situación de embarazo de la trabajadora era real y

¹⁰ Llamas Pombo nos da cuenta de una STS-CIV de 22 de septiembre de 2004 que, en un supuesto de incendio de una factoría que genera la pérdida de los puestos de trabajo de los demandantes, entiende que la pérdida del puesto de trabajo en sí mismo genera, junto a la eventual privación del sustento económico o real minoración salarial (aunque se disfrute las prestaciones por desempleo) un daño moral que se cifra en los quebrantos anímicos derivados de la inseguridad e incertidumbre laboral, en la zozobra y angustia por la situación de desamparo en la que quedan los trabajadores a resultas de tal situación de cesantía. De esta interpretación se colige que dicho daño tiene sustantividad propia y que, como tal daño, debe ser reparado. LLAMAS POMBO, E.: «El daño inherente a la pérdida del puesto de trabajo», *Práctica de Derecho de Daños*, núm. 24, feb. 2005, versión electrónica: La Ley 773/2005.

conocida por la empresa, y en que la carta de despido adolece de un mínimo de concreción en relación con los hechos acaecidos, de tal suerte que no es viable entender que la empresa hubiera procedido a tomar la misma decisión si no hubiera estado embarazada la trabajadora.

En cualquier caso, volviendo a la resolución y su análisis, la Sala aprecia la concurrencia de contradicción y en el fundamento jurídico tercero desgrana la operatividad mecánica y técnica de la indemnización adicional por daño moral, deteniéndose en la pregunta clave que hemos formulado, si verdaderamente podemos mantener dos categorías diferentes de lesión desde la perspectiva de la indemnización por daño moral, la de los Derechos Fundamentales y la del principio de indemnidad.

Lo esencial, el argumento de autoridad que se emplea para ir construyendo diferentes mojonos sobre los que edificar las diferentes soluciones, es que en la operatividad de los artículos 179.3 y 183 LRJS deben distinguirse dos tipos de daños. En primer lugar, los perjuicios con una repercusión material o patrimonial directa, y, en segundo lugar, los daños morales que se anudan indisolublemente a la vulneración de un Derecho Fundamental¹¹.

Mientras que en relación con el primer tipo de daños –los perjuicios con repercusión material directa– el demandante sí tiene necesariamente que solicitarlos en la demanda y dejar claramente constatado las circunstancias relevantes para la monetización de la indemnización, en los segundos –los de orden moral– al demandante no se le exige ni que concrete los daños ni que aporte los elementos necesarios para traducir el sufrimiento moral padecido en indemnización económica. Este es uno de los avances conclusivos más importantes en la doctrina del Tribunal Supremo en esta materia, pues organiza de manera definitiva la aparente contradicción que existe (aunque no es tal, como se verá seguidamente) entre el principio de automaticidad en el reconocimiento del daño causado por la transgresión de los Derechos Fundamentales y la necesidad de aportar un indicio o principio de prueba que, al menos, señale e indique cómo proceder a la monetización del daño, aunque esta operación jurídico técnica no corresponda realizar al demandante.

Se le exime, en definitiva, de efectuar aquellas concreciones que sí se le imponen cuando se trata de solicitar la indemnización de los perjuicios materiales o patrimoniales. Por eso, precisamente, la norma específica que «cuando

¹¹ Distinción que ya se hacía necesaria para los mecanismos de indemnización por violación del derecho a la libertad sindical, como reconoce GOÑI SEIN, J. L.: *La indemnización por daños derivados...*, ob. cit., p. 23.

resulte difícil su estimación detallada» al Tribunal se le impone la obligación de pronunciarse «sobre la cuantía del daño, determinándolo prudencialmente cuando la prueba de su importe exacto resulte demasiado difícil o costosa».

La resolución, que también invoca como precedente de autoridad la STS de 5 de octubre de 2017 que se analizará seguidamente, entiende que la sentencia recurrida debió haber estimado la pretensión de reconocer en favor del trabajador una indemnización por daños morales, siendo suficientes las alegaciones que sobre el particular se formalizaron en la demanda. Sin necesidad, en definitiva, de realizar una operación interpretativa que concretase los parámetros que se tienen en consideración para su la cuantificación y monetización del daño moral.

Se emplea para la concreción de la indemnización los mismos dos parámetros que la resolución anteriormente analizada, esto es: la duración del contrato, en este caso, como en el anterior también breve, de dos años, y el salario bruto anual del trabajador.

En atención a ambos elementos, siguiendo idéntica lógica que la resolución anterior del mismo año, aprecia manifiestamente excesiva y desproporcionada la suma de 25000 euros solicitada para resarcir al trabajador de los daños morales causados. Emplea también el artículo 40 LISOS como parámetro de fijación del montante indemnizatorio, quedándose, como acaecía en el supuesto anterior, en el grado mínimo de sanción. Ninguna novedad en relación con la anterior resolución comentada.

Como en el supuesto anterior queda huérfano de raciocinio expreso la afirmación de que el montante de la indemnización solicitada es excesivo. Es el punto más conflictivo y difícil de abordar¹², porque no expone bajo qué criterios se ha llegado a esa afirmación.

Como en el supuesto anterior, podemos discurrir en relación con el montante de la remuneración anual del trabajador, pero en ambos casos, tanto en aquel como en este, no se muestra expresamente el parámetro por el cual se considera excesivo. Se deduce, al menos implícitamente, que una cuantía del cien por cien del salario anual como montante total de la indemnización por daño moral no es proporcionado, pero no se indica cuál sería el porcentaje justo, racional, equilibrado o proporcional. Se vuelve a utilizar un criterio basado en la equidad y también se apoya en las escasas normas con las que se

¹² Véase al respecto el comentario a la resolución que realiza GARCÍA ROMERO, B.: «Indemnización adicional por daño moral derivado de la vulneración de derechos fundamentales en el supuesto en el que, por dicha vulneración, el despido es declarado nulo», *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 4/2022, en el siguiente enlace web https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-L-2022-00000001803

cuenta para esta operación hermenéutica, ninguna de ellas específicamente promulgada para abordar esta cuestión. Y también, como en el supuesto anterior, se desliza la idea de que el abono de los salarios de tramitación y el reintegro obligatorio pueden servir, al menos en parte, para aminorar el *quantum* indemnizatorio adicional por daño moral. Argumento con el que, como hemos expresado con anterioridad, no estamos de acuerdo en todos sus extremos.

La reiteración el TS de esta idea, la de que los salarios de tramitación y el reintegro obligatorio en el empleo en las mismas condiciones que se tenían antes de producirse el despido con lesión de Derechos Fundamentales, es, cuando menos, interesante. Obviamente puede leerse como una pretensión de subrayar que la indemnización adicional por daño moral es compatible con las otras consecuencias querida por la norma, entre ellas la indemnización por los salarios dejados de percibir.

Pero también puede leerse, y esta perspectiva quizá sea la más interesante, porque si no fuese así no se entiende por qué la reiteran con tanta frecuencia el TS, en el sentido de servir de límite a la idea que subyace en que la indemnización punitiva por daño moral arrumbe, de alguna u otra manera, el límite de consecuencias –también indemnizaciones, claro está– legalmente tasadas que provoca la extinción por decisión unilateral del empresario. Porque, es evidente, si se ensanchara en demasía el marco indemnizatorio por esta causa dando cobertura a cualquier tipo de daño y se empleasen monetizaciones altas (más allá del límite usual de los 6521 euros que se corresponde con la sanción mínima por infracción grave de la LISOS) se estaría atacando la atalaya que supone el concepto de indemnización tasada en el ET, presupuesto del funcionamiento de todo el sistema extintivo. Y se estaría haciendo por la “puerta falsa” de las indemnizaciones por daño moral. Ello explica también, al menos en parte, la tendencia «natural» del TS a ser renuente en la concesión de indemnizaciones de cuantía elevada, y, también, lo difícil que ha sido dar al traste y superar la doctrina del propio TS que entendía que en supuestos de violentación de Derechos Fundamentales sí corresponde a la parte la aportación de, al menos, un indicio o principio de prueba de la lesión producida y el daño soportado, así como la aportación de las bases o elementos que puedan servir para cuantificar la indemnización.

En definitiva, se reiteran las consecuencias legales del despido por entender, de un lado, que son las que primariamente se producen al ser las queridas por la norma, y, de otro, que la concesión de una indemnización por daño moral es excepcional en la dinámica del despido, pues no todo despido se produce con lesión de Derechos Fundamentales ni producción de un daño moral asociado a dicha lesión.

Si esta es la pretensión del TS, y no se alcanza a ver otro interés, se augura el mantenimiento de esta línea de doctrina, perfectamente razonable en la lógica extintiva querida actualmente por la norma laboral. Curiosamente el propósito, de signo contrario, dirigido a la ampliación de la cuantía de las indemnizaciones y hacerlas compatibles con los perjuicios realmente causados ha obrado el propósito contrario, pues el enfoque instrumental que se pretendía hacer de la indemnización por daño moral ha fortificado la posición legal.

C) **La STS-SOC 356/2022, de 20 de abril**

Probablemente sea la resolución menos dogmática de las tres analizadas del año 2022, aunque, seguramente, la de más contenido y operatividad práctica, pues sí se dedica a monetizar la cuantía indemnizatoria, conjugando los parámetros ya conocidos y utilizados de la LISOS mesurándolos y haciéndolos operativos para el caso concreto, con las circunstancias fácticas en las que se ha producido la lesión al Derecho Fundamental, singulares, por definición, y por ello distintas en cada caso, en cada violación de Derechos Fundamentales.

Aunque no tiene especial interés, el supuesto de hecho es relativamente sencillo determinar. Un trabajador que se encuentra en incapacidad temporal, después de una serie de sucesos en su empresa con repercusiones penales que ahora no vienen al caso y que no le afectan directamente ni como inculpatado ni como denunciante, es despedido disciplinariamente por disminución continuada y voluntaria en el rendimiento del trabajo normal o pactado.

El Juzgado de lo Social entiende que el despido es improcedente. El TSJ aprecia, sin embargo, que estamos en presencia de una nulidad, condenando a la empresa a las consecuencias que dicha declaración lleva aparejada, pero sin deducir indemnización adicional por daños morales. La mecánica procesal aquí tiene mucho que decir, pues el pleito no se había deducido en la modalidad procesal de protección de los Derechos Fundamentales, sino en la de despido, y la Sala del TSJ entendió que en estos supuestos no procede la acumulación de la pretensión indemnizatoria por daño moral al proceso por despido¹³.

El tema en casación se circunscribe a concretar dos de los elementos más trascendentes en el funcionamiento práctico de la indemnización.

¹³ El TS entiende, siguiendo la evolución legislativa en la materia y la estela de la STS-SOC de 12 de junio de 2001 (rec. 3827/2000), que en el proceso de despido cuando se alegue vulneración de derechos fundamentales puede deducirse la indemnización adicional por daño moral.

En primer lugar, en sus propias palabras: «determinar si una sentencia que declara nulo el despido por vulneración del referido derecho fundamental, debe llevar aparejada, junto con los habituales pronunciamientos de todo despido nulo, esto es, readmisión y abono de los salarios dejados de percibir, la correspondiente indemnización por daños morales derivados de la vulneración del derecho fundamental», y, en segundo lugar, cuantificar y monetizar concretamente el daño moral causado y proyectarlo en una cantidad económica concreta, es decir, determinar de manera precisa, específica y líquida el montante de la indemnización por daño moral, teniendo en consideración en esta hermenéutica, como se comenta, tanto los parámetros generales previstos en la LISOS, como las circunstancias contextuales –y en este punto la resolución sí es ciertamente novedosa– en las que se ha producido la lesión al Derecho Fundamental.

Sobre la primera cuestión no se pronuncia de forma expresa, aunque se deduce de su *ratio decidendi*. Se formula la pregunta y en el análisis del recurso de casación de la empresa y el del trabajador se da por supuesto que la indemnización tiene que operar. Pero no se afirma expresamente que toda lesión de un Derecho Fundamental debe llevar aparejada, siempre y en todas las circunstancias, una indemnización adicional reparadora del daño moral causado. Lo presupone para este caso, dada la gravedad de los hechos y las circunstancias fácticas concurrentes, como se encarga de señalar, bien es cierto que de pasada, en el fundamento jurídico sexto. Como fácilmente podemos deducir, esta consecuencia ya era afirmada por la dinámica interpretativa precedente.

La segunda cuestión es mucho más interesante, sobre todo porque no abundan dentro de las del TS resoluciones tan claras y puntillosas en cuando a la monetización del daño moral. Para su apreciación debe partirse de la premisa de que el recurrente sí solicitó de forma expresa una indemnización concreta adicional por daño moral en su demanda, cuantificándola en «relación al salario anual pactado entre las partes y fijada en dos veces y media de su cuantía».

En este asunto, a diferencia de otros, sí hay una expresa concreción de una cantidad económica por parte del demandante. Eso supone, ya de entrada, que la aplicación prudencial de la cuantía que consiente el artículo 183 LRJS no es operativa en toda su extensión, porque la previsión legislativa se concentra para el supuesto –no excesivamente infrecuente, antes al contrario–, de que el demandante no haya cuantificado el daño moral parecido. El TS lo que hace, en definitiva, es calibrar y mesurar la cantidad solicitada para apreciar si la considera justa, adecuada, proporcional y razonable.

Y para deducir esta operación comienza afirmando «que con la utilización de los elementos que ofrece la cuantificación de las sanciones de la LISOS,

no estamos haciendo una aplicación sistemática y directa de la misma, sino que nos ceñimos a la razonabilidad que algunas de esas cifras ofrecen para la solución del caso, atendida la gravedad de la vulneración del derecho fundamental». Lo que en ausencia de solicitud expresa de cuantía por la parte es automatismo en la utilización de la LISOS, se convierte en criterio orientador cuando la parte si concreta una cantidad y sí aporta un criterio para la determinación y concreción de dicha cuantía. Lo que hace la resolución, básicamente, es, en realidad, un juicio de ponderación en el que se aquilata la cantidad solicitada por el demandante en relación con las cuantías económicas del catálogo de infracciones y sanciones del orden social.

Seguidamente reconoce, y esto es especialmente trascendente, que «en multitud de ocasiones el recurso a la utilización de los elementos que ofrece la cuantificación de las sanciones de la LISOS no resulta, por sí mismo, suficiente para cumplir con relativa precisión la doble función de resarcir el daño y de servir de elemento disuasorio para impedir futuras vulneraciones del derecho fundamental», exponiendo las razones por las que se produce dicha insuficiencia, centradas en «que la horquilla de la cuantificación de las sanciones en la LISOS para un mismo tipo de falta (leve, grave, muy grave) resulta ser excesivamente amplia», y en que la cuantía de las sanciones pueden llegar a ser desproporcionadas, pues «en estos momentos, la sanción por la comisión de una falta muy grave en materia laboral puede fijarse entre 7501 euros y 225018 euros, según el artículo 40 LISOS; y, al tiempo de producirse los hechos la horquilla de dichas sanciones estaba entre 6251 euros y 187515 euros».

Los dos criterios –amplitud de la horquilla y sanciones particularmente elevadas– son manejados indistintamente, pero con diferente vigor, pues mientras que el primero lo expresa de forma directa y con un cierto propósito modificador del *status quo*, el segundo solamente se deduce de una lectura entre líneas de la resolución.

Pero donde la resolución eleva el tono doctrinario es cuando para justificar la insuficiencia de la LISOS como criterio único para la valoración del daño moral indica que «el recurso a las sanciones de la LISOS debe ir acompañado de una valoración de las circunstancias concurrentes en el caso concreto», pasando a continuación a enumerar estos: «Aspectos tales como la antigüedad del trabajador en la empresa, la persistencia temporal de la vulneración del derecho fundamental, la intensidad del quebrantamiento del derecho, las consecuencias que se provoquen en la situación personal o social del trabajador o del sujeto titular del derecho infringido, la posible reincidencia en conductas vulneradoras, el carácter pluriofensivo de la lesión, el contexto en el que se haya podido producir la conducta o una actitud tendente a impedir la defensa

y protección del derecho transgredido, entre otros que puedan valorarse atendidas las circunstancias de cada caso, deben constituir elementos a tener en cuenta en orden a la cuantificación de la indemnización».

Es decir, los elementos contextuales en el que se ha desarrollado la lesión, generalmente fijados como hechos probados en la instancia, son los que determinan las circunstancias que hacen variar, dentro la horquilla correspondiente dentro de la tabla que patrocina la LISOS, la cantidad indemnizatoria concreta. Es definitiva, que se parte de los amplios márgenes que prevé la LISOS dentro de cada sanción, pero para la concreción definitiva de la cuantía debe tenerse en consideración las circunstancias en las que se haya desenvuelto la lesión al Derecho Fundamental.

La resolución menciona varias circunstancias, seguramente no con el propósito de elaborar un elenco cerrado de supuesto, lo que permitiría enunciar algunos otros parámetros contextuales, como se hace al final de este ensayo.

Todas ellas pueden agruparse conceptualmente en los tres siguientes criterios.

En primer lugar, las que se relaciona con el sujeto paciente de la infracción, con la persona trabajadora afectada: su «antigüedad», las «consecuencias» que el daño ha provocado en su «situación personal» y en la «social». En segundo lugar, las que tienen en consideración la perspectiva del daño en sí mismo considerado: su «persistencia temporal», la «intensidad» del mismo, y, sobre todo «el carácter pluriofensivo de la lesión», en el sentido de ser capaz de ofender a varios Derechos Fundamentales al mismo tiempo, variable que suele ser habitual cuando el daño se infiere a los derechos de contenido sindical o representativo. Y, en tercer lugar, las variables que tiene que ver con el sujeto infractor, el empleador: «la posible reincidencia en conductas vulneradoras», así como «el contexto» en el que se haya desenvuelto la conducta lesiva, teniendo presente, como variable destacada, la «conducta» o «actitud» que pretenda «impedir la defensa y protección del derecho transgredido».

Obviamente, como se comenta, no estamos en presencia de un cúmulo de cerrado de escenarios o condiciones, pudiéndose avizorar algunas circunstancias de manera bastante intuitiva. Por eso, justamente, la resolución precisa que los criterios expuestos lo son «entre otros» eventualmente pensables.

Aunque se volverá sobre ello más adelante, al final del ensayo donde se expondrán los criterios que podrían tenerse en consideración para la calibración de las circunstancias contextuales, no está de más precisar ahora que la nueva Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación incorpora en el artículo 49 una serie de parámetros para graduar la imposición de la sanción por transgresión de los derechos que innova la norma,

entre ellos (criterios a) a j)) varios de los aquí manejados, en el contexto general de que «la multa y sanción accesoria» deberá «guardarla debida adecuación y proporcionalidad con la gravedad del hecho constitutivo de la infracción» y teniendo presente que «el importe de la multa deberá fijarse de modo que al infractor no le resulte más beneficioso su abono que la comisión de la infracción».

La Sala, y esto no es tan frecuente como pudiera suponerse, asume el protagonismo, probablemente para evitar el coste de oportunidad que supone devolver las actuaciones a la instancia de procedencia, y procede a fijar la indemnización debida. Para ello tiene en consideración, de un lado, el montante indemnizatorio solicitado, que se concreta en «dos veces y media su retribución anual», mesurándolo, de otro, y este es el arco de bóveda en el que sustenta su argumentario y sus consecuencias, dentro del «marco de las sanciones por infracciones muy graves» de la LISOS. Con este argumento parece querer fijar un parámetro de máximos y mínimos en el que mover la indemnización solicitada, que debe situarse razonablemente, y en atención a las circunstancias de cada caso concreto, dentro de los márgenes de la horquilla de cada sanción de la LISOS. Argumento bastante razonable, y aunque no lo dice expresamente, no parece existir obstáculo en deducir de su lectura que una solicitud indemnizatoria inferior al mínimo o superior al máximo sería considerada irrazonable. En el primer caso por insuficiente, en el segundo por desproporcionada.

A continuación despliega la explicación definitiva que abrocha todos los ítems argumentales que hemos ido exponiendo, al precisar que «la sala, teniendo en cuenta la duración de la relación entre las partes (en torno a los 18 años), así como el resto de circunstancias del caso, especialmente el hecho de que se encontrara el trabajador en situación de incapacidad temporal cuyo origen estaba relacionado con los aspectos que, finalmente, dieron lugar a la violación de su derecho fundamental, estima adecuada la cantidad de 60000 euros, que supone alrededor de dos anualidades de su salario y se sitúa en la franja media de las referidas sanciones del texto vigente de la LISOS y del que se encontraba en vigor al tiempo de producirse los hechos y que resulta más proporcionada y ajustada a las circunstancias del caso para resarcir en sus justos términos el perjuicio derivado del daño moral infligido al trabajador, a la vez que puede resultar disuasoria de futuras posibles conductas de ataque a los derechos fundamentales de los trabajadores».

Es decir, en conclusión, se condena a un monto indemnizatorio equiparable al doble del salario anual del trabajador por dos razones. En primer lugar, porque es bastante cercana la cantidad a la solicitada por la parte, que pedía, recordémoslo, dos años y medio de indemnización. Y, sobre todo, en segundo lugar, porque en vista de las circunstancias de hecho concurrentes en las que

se ha producido la lesión, que pudiéramos catalogar de intensidad media, dicha cantidad se encuentra ubicada, más o menos, en el centro de las sanciones que prevé la LISOS para el castigo de una infracción muy grave.

2. LOS CRITERIOS INTERPRETATIVOS CONSOLIDADOS: SSTS-SOC 768/2017, DE 5 DE OCTUBRE, Y DE 17 DE DICIEMBRE DE 2013 (REC. 109/2012)

La STS-SOC 768/2017, de 5 de octubre es la sentencia de referencia de los últimos tiempos en la organización del daño moral, sobre todo, en lo que importa a y la cuantificación de la indemnización. No solo es la resolución más invocada como la de referencia para la organización de los recursos de casación por unificación de doctrina, sino que es una de las más empleadas para fundamentar las argumentaciones de los Juzgados y Tribunales¹⁴, básicamente por dos razones. En primer lugar, porque es una de las que más ha contribuido a fijar los parámetros hermenéuticos que deben tenerse en consideración en esta materia. Y, en segundo lugar, por ser la que más gráficamente expone la evolución de la doctrina de la propia Sala IV del TS en la materia. Tiene el mérito de recuperar las líneas doctrinales más seguras, y de citar las resoluciones del propio Tribunal más importantes, entre ellas la STS-SOC de 17 de diciembre de 2013 (rec. 109/2012) que también puede considerarse una resolución trascendente en la materia.

Los hechos probados, como en los supuestos anteriores, son sencillos de determinar. Un trabajador es despedido, el JS entiende que el despido debe calificarse de nulo por haber acaecido como represalia empresarial, pues la persona trabajadora era miembro del comité de empresa y había departido como como testigo en un pleito de conflicto colectivo. La resolución de instancia aprecia que el daño moral asociado a la transgresión de su Derecho Fundamental debía ser indemnizado con 30000 euros, aunque no despliega un elaborado argumentario para ello.

El TSJ confirma la nulidad del despido, pero revoca parcialmente la sentencia de instancia y deja sin efecto la condena al abono de la indemnización adicional, básicamente porque considera que nada se ha concretado en relación con la efectiva producción de un daño moral. Entiende que el demandante ni ha probado, ni siquiera alegado «en qué ha consistido dicho daño moral»,

¹⁴ Hasta el punto de su transcripción inclemente en toda su integridad por algunas resoluciones de instancia, como por ejemplo lo hace la SJS núm. 3 Gijón 187/2020, de 30 de octubre.

o si ha existido alguna lesión patrimonial susceptible de ser indemnizada, concluyendo que «dicha indemnización no se impone de forma automática sin alegar adecuadamente las bases y elementos clave de la indemnización reclamada y sin acreditar en el proceso, cuando menos, indicios, pautas o puntos de apoyo suficientes en los que asentar una condena indemnizatoria».

En una exposición tremendamente pedagógica, la resolución resume, en el fundamento jurídico segundo, cuál ha sido la evolución de la interpretación de esta cuestión, fijando cuatro momentos a considerar.

La primera posición afirmaba la concesión automática de la indemnización por los daños morales causados, sin que sea exigible del demandante una especial acreditación de los perjuicios causados, dado que estos se presumen cuando realmente ha existido una transgresión de un Derecho Fundamental.

La segunda postura, algo más cerrada y estricta, exige del demandante que se concreten las «bases y elementos clave de la indemnización reclamada», es decir, que se justifiquen suficientemente los indicios o puntos de apoyo en los que el demandante hace soportar la acreditación del perjuicio causado. El punto de vista con respecto a la producción del daño parece (en realidad no lo es tanto, como se verá seguidamente) radicalmente distinto al anterior, pues la indemnización no surge de manera automática tras la acreditación del daño, «sino que precisa de la alegación de elementos objetivos, aunque sean mínimos, en los que se base el cálculo». Porque, como recuerda, la STS-SOC de 22 de julio de 1996 (rec. 7880/1995), ya entendió 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 económica, pues estos «preceptos no disponen exactamente esa indemnización automática, puesto que de lo que en ellos se dice resulta claro que 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 justifiquen suficientemente que la misma corresponde ser aplicada al supuesto concreto de que se trate, y 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»¹⁵.

¹⁵ En el mismo sentido, citándola como criterio de autoridad, véase la STS-SOC de 12 de diciembre de 2017 (rec. 25/2007). Antecedentemente pueden verse, en el mismo sentido, las SSTs-SOC 22 de julio de 1996 (rec. 7880/1995); de 9 de noviembre de 1998 (rec. 1594/1998); de 28 de febrero de 2000 (rec. 2346/1999); de 23 de marzo de 2000 (rec. 362/1999) (especialmente interesante en su voto particular discrepante formalizado por el Magistrado Martín Valverde, relativo a la, a su juicio, contradicción exis-

La tercera posición, denominada por la propia resolución como «apertura», pone el punto de atención en que la valoración del daño moral no se aquieta a parámetros estandarizados, dada la dificultad que se experimenta en la traducción en términos económicos del sufrimiento en que el daño moral consiste, apreciando, por tanto, que el margen de discrecionalidad en la valoración del daño necesariamente constituye la respuesta más razonable para la operación de monetización del montante indemnizatorio, sin posibilidad de sujetarse a estándares preestablecidos.

La cuarta posición, en la que, según la resolución, actualmente nos encontramos, pone todo el foco de su atención en la manera de acreditar el daño causado, subrayando y enfatizando que «la exigible identificación de circunstancias relevantes para la determinación de la indemnización solicitada ha de excepcionarse en el caso de los daños morales unidos a la vulneración del derecho fundamental cuando resulte de difícil estimación detallada». Es decir, pone el foco de luz en la forma y manera técnica de apreciar y cuantificar la indemnización por los daños morales causados.

En realidad, como se ha comentado, más que una línea evolutiva rupturista (en cuatro fases) puede hablarse de desarrollo interpretativo evolutivo, porque, como se analizará seguidamente, cada una de estas cuatro posiciones centra los términos de la discusión y el debate sobre elementos distintos del daño moral, sobre la acreditación de este, o sobre su cuantificación económica. Los aportes de una de las líneas interpretativas no contradicen necesariamente a los de otra, ni, en realidad, contravienen sus premisas, ni mucho menos emplea argumentos distintos, sino todo lo contrario, como se expondrá en el siguiente epígrafe de este ensayo, pues bien pueden leerse todas ellas como aportes de diferente matiz a una línea evolutiva general, proyectando la hermenéutica jurídica sobre aspectos técnicos distintos, aunque ciertamente conectados entre sí.

La resolución cita como precedente la STS-SOC de 17 de diciembre de 2013 (rec. 109/2012) (en realidad hace algo más que emplearla como cita de autoridad), haciendo suyos los argumentos que en ella se despliegan.

La resolución tiene el mérito de implementar una premisa del entendimiento de estas cuestiones que no solo no ha sido arrumbado, ni jurisprudencial ni doctrinalmente, sino que sirve de introito a cualquier debate sobre esta materia: que la vulneración de un Derecho Fundamental conlleva, siempre y

tente entre la resolución recurrida y la alegada de contraste aunque el derecho fundamental vulnerado no fuese en ambas resoluciones el mismo), de 11 de abril de 2003 (rec. 1160/2001); y de 21 de julio de 2003 (rec. 4409/2002).

en todo caso, la producción de un daño moral, daño que, por tanto, resulta indisolublemente unido a aquella transgresión.

Aprecia, en segundo término, que dadas las dificultades para cuantificar el daño moral padecido deben flexibilizarse las exigencias «normales para la determinación de la indemnización». Es decir, que en la operación hermenéutica de cuantificación y monetización del daño moral no se aplicarán las reglas generales de valoración del daño que se utilizan para la acreditación y cuantificación de los perjuicios de tipo patrimonial.

En todo caso, precisa como tercera premisa argumentativa destacable siguiendo el hilo de las previsiones normativas en la materia, que debe tenerse presente que la resolución que aprecie la vulneración, y, por tanto, el daño moral, debe disponer «la reparación de las consecuencias de la infracción del derecho o libertad fundamental incluyendo la indemnización». No estamos, por tanto, en presencia de una potestad (reglada o discrecional), sino ante una auténtica obligación jurídica del juzgador encargado de dar respuesta jurisdiccional a la problemática tratada.

En cuarto lugar, en relación con la concreción de la cuantía del daño moral, la resolución aprecia que cuando la operación que monetiza el daño sea difícil o costosa para el justiciable la determinación debe hacerse por el Juez o Tribunal «prudencialmente», reforzando la exigencia legal. Teniendo presente, en quinto lugar, el triple propósito que la indemnización cumple, es decir, el restablecimiento de la situación, la reparación de la lesión causada y el aspecto preventivo para el futuro, manejando dos parámetros generales de calibración: la suficiencia del monto indemnizatorio, y la integridad de la reparación.

La parte más interesante de la resolución de 2017 son las reflexiones que realiza en relación con el *quantum* indemnizatorio y su aquilatamiento jurisdiccional¹⁶.

Constituye la operación jurídica más peliaguda y, a la vez, la que se encuentra más huérfana de argumentaciones potentes y convincentes, básicamente porque no llega a aterrizar en la proposición de unos criterios sólidos, estables, definitivos y con pretensiones de estabilidad. Resuelve un caso concreto, lo hace con parámetros técnicos adecuados, pero no implementa una argumentación extrapolable para aplicar en el enjuiciamiento de estas cuestiones.

¹⁶ Los parámetros que emplea la STS-SOC de 17 de diciembre de 2013 (rec. 109/2012) para esta objetivo discurren por otros caminos, al abordar una cuestión relativa a la lesión de la libertad sindical y poder utilizar las previsiones contenidas en la LOLS. Sobre el particular es sumamente ilustrativo el trabajo de CARDENAL CARRO, M.: *La indemnización en los Procesos de Tutela de la Libertad Sindical*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2006, pp. 90 y ss, especialmente.

Porque partir, como lo hace, del criterio orientador de la LISOS para la fijación de la cuantía económica de las indemnizaciones tiene la ventaja de utilizar, como la propia resolución precisa, un «parámetro razonable» muy conocido en el ámbito social del derecho. Pero el apuntalamiento de este mecanismo de interpretación por la STC 247/2006, de 24 de julio, en la lectura algo exagerada que se ha hecho de sus fundamentos jurídicos (como se analizará seguidamente) ha conllevado, curiosamente, el abandono de posibles caminos interpretativos más innovadores, consolidando, de un lado, soluciones «facilonas» y sencillas que, es cierto, cumplen la función que a ellas se reclama: la satisfacción del caso concreto con justicia y equidad, pero patrocinando, en segundo lugar, un panorama de cierta inseguridad jurídica, especialmente en la apreciación de la proyección del principio en relación con las expectativas de resolución del caso concreto. Porque no se puede llegar a vislumbrar cuál va a ser el argumentario del Juzgador encargado del asunto y, sobre todo, cómo va a proceder a la cuantificación del daño moral.

Bien es cierto que siempre que se acude a dicha resolución del TC para legitimar el empleo de la LISOS se subraya, con la misma intensidad, que la utilización de sus parámetros lo es a los meros efectos orientadores. Es decir, que además de tener presente la norma deben observarse, apreciarse y tenerse en consideración otros parámetros –no fijos e inmóviles, por definición– que aquilaten la especificidad del asunto. La LISOS, en el ideal que se deduce de esa línea interpretativa, funcionaria como marco general con el que calibrar la cuantía de la indemnización de manera orientativa, concretándose y aquilatándose para cada asunto singular mediante otra operación hermenéutica adicional de trazo fino. Los dos criterios que se han enunciado anteriormente –el tiempo de duración del contrato y el de remuneración–, que son los que manejan las resoluciones más recientes para monetizar la indemnización, vienen a cumplir esta exigencia de individualización de la indemnización.

Pero es en este proceder, como bien critica la empresa en el recurso de suplicación que dio lugar a este actual de casación, en donde puede apreciarse una ausencia del principio de tipicidad, en la medida en que las reglas jurídicas de la LISOS no están previstas expresamente para la monetización de este daño moral, requiriéndose una argumentación más delicada para anudar esta consecuencia –el empleo de la LISOS– a la premisa principal –la necesidad de monetizar el daño–. La resolución se despacha, sin embargo, con un argumento que fácilmente se puede compartir, al afirmar que «el acudimiento a la LISOS actúa como parámetro orientador, pero yo no significa que haya que examinar

el asunto desde la misma óptica que cuando se está imponiendo una sanción administrativas (legalidad, tipicidad, *Non bis In ídem*, etc.)».

En definitiva, para la monetización de la indemnización debe tenerse presente dos elementos. En primer lugar, el criterio orientador de la LISOS. Y, en segundo lugar, los parámetros que se relacionan con el propio contrato y las circunstancias en las que se desarrolla, que marcan la dinámica del daño padecido, en nuestro caso, así como, tal y como se ha analizado con anterioridad, su duración y la cuantía de su remuneración.

Por eso precisamente se detiene de manera detallada en analizar la gravedad de la conducta empresarial provocadora del daño, por lo que bien puede colegirse que este parámetro, la gravedad y su intensidad, puede sumarse a los dos ya conocidos. Es, de hecho, el que emplea la resolución de suplicación, pues funda la apreciación de su existencia en varios elementos fácticos comprobados. En primer lugar, en que el despido puede anudarse de forma lógica y racional como reacción «frente al ejercicio legítimo del derecho constitucional a comunicar información veraz al órgano jurisdiccional en cumplimiento de su obligación legal». Y, en segundo lugar, porque las imputaciones realizadas al actor en la carta de despido «se revelan como una excusa buscara con la finalidad de intentar justificar un despido bajo la apariencia de un testimonio falso, cuando dicho testimonio ni fue apreciado ni puede ser calificado como falso, ni su contenido fue de relevancia para la decisión adoptada en el anterior juicio», evidenciándose que la decisión extintiva es un simple pretexto buscado con la finalidad de intentar justificar una decisión extintiva unilateral.

Es decir, la apreciación de los elementos mediante los que se causa la lesión y el contexto laboral en que ésta se produce pueden contribuir a conformar un panorama de indicios que impute a la conducta empresarial la consideración de grave. Como afirma el ATS-SOC de 20 de octubre de 2016 (rec. 23/2016) «lo que el TC afirma [en la resolución referenciada] es que la cuantificación del daño o perjuicio derivado de la conducta infractora del derecho fundamental en cuestión se puede basar en las propias características (gravedad, reiteración y otras circunstancias concurrentes) de dicha conducta infractora, que ha sido objeto de prueba en el proceso»¹⁷.

En este caso, como en la inmensa mayoría de los enjuiciados, se ha utilizado el artículo 8.12 LISOS cuando se considera como infracción muy grave «las decisiones del empresario que supongan un trato desfavorable de los trabajadores cómo reacciona ante una reclamación efectuada en la empresa o

¹⁷ En idénticos términos véase el ATS-SOC de 9 de febrero de 2017 (rec. 2269/2016).

ante una acción administrativa o judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación»¹⁸.

El problema no es tanto que se utiliza la LISOS como parámetro general de encorsetamiento de la indemnización por daño moral, sino que solo se emplea la LISOS, sin que, de hecho, se suelen tener en consideración para la aquilatación de la indemnización los parámetros de gravedad enunciados. Estamos sometidos en esta materia al «imperialismo» de la LISOS, sin que, en realidad, haya motivos para ello, pues el patrocinio de su empleo no pretende una extinción incondicionada a todos los supuestos de daño moral por transgresión de Derechos Fundamentales en el trabajo. Además, como se verá seguidamente, la tendencia natural a considerar que el TC ha santificado su utilización parte de un grosero error en la lectura de la STC 247/2006, de 24 de julio que no dice exactamente lo que sus exégetas más venturosos dicen que dice.

3. LOS PARÁMETROS HERMENÉUTICOS ANTECEDENTES

Más que una hermenéutica rupturista, desde el punto de vista de la organización integral de la indemnización y su proyección mecánica en la acción procesal, puede apreciarse, como se sostiene en este ensayo, una línea evolutiva en la interpretación que el TS ha ido desplegando sobre las varias cuestiones –no siempre las mismas, y no siempre planteadas en el mismo orden (ni siquiera con el mismo texto legal aplicable)– que se han sometido a su jurisdicción, amojonando la vía por la que transita la pretensión procesal con ítems interpretativos que deben tenerse en consideración para la articulación de la acción procesal. Porque, más que una auténtica evolución, lo que se ha producido en esta materia ha sido un solapamiento

¹⁸ También se ha empleado, aunque no con la habitualidad que el artículo 8.12 LISOS, la infracción muy grave prevista en el artículo 13.4 LISOS cuando refiere como tal «La adscripción de los trabajadores a puestos de trabajo cuyas condiciones fuesen incompatibles con sus características personales conocidas o que se encuentren manifiestamente en estados o situaciones transitorias que no respondan a las exigencias psicofísicas de los respectivos puestos de trabajo, así como la dedicación de aquellos a la realización de tareas sin tomar en consideración sus capacidades profesionales en materia de seguridad y salud en el trabajo, cuando de ello se derive un riesgo grave e inminente para la seguridad y salud de los trabajadores». Un ejemplo de su invocación y empleo jurisdiccional, que dio lugar a una indemnización por daño moral de 6251 euros es la SJS núm. 3 Santiago de Compostela 346/2019, de 6 de septiembre.

También se invocaba en la resolución el artículo 13.10 LISOS que tipifica como infracción muy grave: «No adoptar cualesquiera otras medidas preventivas aplicables a las condiciones de trabajo en ejecución de la normativa sobre prevención de riesgos laborales de las que se derive un riesgo grave e inminente para la seguridad y salud de los trabajadores».

de interpretaciones. La evolución requiere que la atención jurisdiccional se proyecte con criterio cambiante sobre el mismo objeto. Y esto, en puridad, no ha acontecido en esta materia. El solapamiento proyecta varias interpretaciones sobre varias cuestiones problemáticas. Y esto es lo que ha acontecido en esta materia. Ello explica, quizá, la falta de firmeza que se aprecia en abordar soluciones de manera más categórica y potente.

A) Un resumen de la evolución, más que ruptura, del TS en la interpretación de los elementos de la indemnización

No parece razonable sostener, en puridad, que se ha producido en esta materia un cambio de criterio significativo por el TS, ni, en menor medida, que haya acontecido una ruptura con la inteligencia de planteamientos anteriores. Se aprecia, eso sí, una clara evolución, sostenida en el tiempo, en los varios razonamientos encadenados que conforman los diferentes elementos de la indemnización.

Lo que sí se aprecia, con claridad, es que cada resolución importante (de las que damos cuenta seguidamente) ha atendido, en realidad, a un elemento distinto dentro de los varios que conforman la indemnización, centrándose bien en los elementos de la acción procesal, bien en los sustantivos que corporeizan la indemnización, produciéndose un fenómeno de superposición de resoluciones del TS sobre elementos diferentes de la indemnización¹⁹ que, en una lectura precipitada pudiera leerse como una evolución rupturista.

En la primera línea interpretativa, lo que el propio TS llama «primera posición», lo importante era dejar constancia de que toda lesión de un Derecho Fundamental provoca siempre un daño moral, que se presume, siendo innecesario que se acredite por quien ha padecido la transgresión del Derecho Fundamental.

Este principio de «automatismo», que tantas consecuencias procesales provoca, sí ha supuesto una cierta quiebra con el entendimiento antecedente de la cuestión, provocando, paradójicamente, un déficit de protección jurisdiccional, pues ha propiciado que se desatienda la argumentación técnica procesal que defiende los intereses de la persona trabajadora, como se verá más adelante. En realidad no puede predicarse, por esta razón, que sea un verdadero avance en la protección de los intereses de los trabajadores.

¹⁹ Posicionándose más cerca de la evolución que de la ruptura puede leerse el estudio de CAVAS MARTÍNEZ, F.: «Artículo 183», VV. AA. (SEMPERE NAVARRO, A. V. [Coord.]): *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Social*, Thomson Reuters, Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 932 y 933.

La segunda derivada de esta primera interpretación, pretende afirmar algo muy asumido por el derecho en general y el de daños en particular: que cualquier lesión a un derecho (también a los de orden moral) debe ser reparado en su integridad. Entre los métodos de reparación que el ordenamiento conoce se encuentra la satisfacción de una indemnización económica. Por eso esta segunda derivada afirma que la lesión de un derecho fundamental –*versus* causalidad de un daño moral, ambos efectos a la vez indisolublemente unidos–, conlleva, también obligatoriamente y también en cualquier circunstancia y situación, la concesión automática de una indemnización por daños morales.

El camino interpretativo, y este punto es especialmente trascendente, no transita directamente desde la constatación de la lesión de un Derecho Fundamental a la indemnización económica, sino que necesariamente pasa por el estadio intermedio que supone la provocación de un daño moral. Y este elemento intermedio, pero solo este, es el que puede apreciarse y calibrarse judicialmente para cuando, más tarde, se tenga que probar y acreditar la intensidad del daño moral producido.

La indemnización económica por daños morales (por lesión de un Derecho Fundamental) funciona, es evidente, como uno de los varios mecanismos que el ordenamiento implementa para sancionar la transgresión, y la presunción (de derecho) que articula el artículo 183 LRJS elimina, sencillamente, la necesidad de que el demandante corra con el coste procesal de acreditar la intensidad del perjuicio moral causado.

El corolario de dicha interpretación es sencillo: no es necesario que se acredite un determinado perjuicio moral para que este se presuma si ha existido una verdadera transgresión de un Derecho Fundamental de la persona trabajadora.

Pero que no sea exigible que no se acredite el perjuicio moral no significa: a) que se elimine la exigencia de acreditar que efectivamente se ha producido la lesión del Derecho Fundamental²⁰, y b) que se impida hacerlo, valorándolo como el justiciable entienda más oportuno, y consintiendo que pueda implementar mecanismos propios de aquilatación económica en el procedimiento de monetización de la indemnización.

Es decir, en pretensión conclusiva de la primera línea interpretativa, el objeto de la interpretación se proyecta sobre la efectiva transgresión del Derecho Fundamental y el surgimiento automático de un daño moral. Pero no se proyecta sobre otras cuestiones de la indemnización, por lo que las interpreta-

²⁰ La STS-SOC de 19 de noviembre de 2009 (rec. 2399/2008) lo precisa muy certeramente cuando afirma que la alegación de que tal daño injusto se ha producido debe ir acompañada de la indicación de los hechos o de los indicios en los que se pueda sentar la eventual condena indemnizatoria.

ciones que se implementan sobre esos otros aspectos no pueden considerarse rupturistas con esta interpretación. A lo sumo evolucionistas.

Lo característico de la segunda línea interpretativa, no en contraposición a lo afirmado en la primera, es que proyecta su objeto de atención en los elementos de la indemnización reclamada. La primera línea se fijaba en el binomio transgresión de Derecho Fundamental *versus* daño moral presumido. Son, como fácilmente se aprecia, dos elementos distintos, esta segunda atiende a perfilar los elementos procesales de la indemnización.

Por eso esta segunda línea da por supuesto ese axioma y avanza hacia la monetización de la indemnización, proyectando su atención sobre la manera técnica en que el justiciable tiene que intimar la indemnización, exigiendo, básicamente, la aportación de, al menos, unos rudimentarios indicios o puntos de apoyo suficientes para sustentar la petición indemnizatoria. En definitiva, es exigible que se aleguen por el justiciable algunos elementos objetivos, aunque sean mínimos, en los que se basa el cálculo indemnizatorio solicitado. En palabras de las STS-SOC de 22 de julio de 1996 (rec. 7880/1995) cuando afirma, aunque apoyándose en otro texto parcialmente diferente de la LRJS aunque sustancialmente idéntico al actual a los efectos aquí estudiados, que «Estos preceptos [arts. 15 LOLS y 190 LPL] no disponen exactamente esa indemnización automática, puesto que de lo que en ellos se dice resulta claro que 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 justifiquen suficientemente que la misma corresponde ser aplicada al supuesto concreto de que se trate, y 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»²¹.

La puesta encima del tablero del proceso de esos elementos objetivos mínimos no es (*rectius*: no puede ser) incompatible con la previsión que con respecto a la prueba de tales circunstancias observa el artículo 183.2 LRJS. Entre otras poderosas razones porque la apreciación «prudencial» de la cuantía del daño solo opera para «cuando la prueba de su importe exacto resulte dema-

²¹ Exactamente en los mismos términos, citando la anterior resolución como precedente, véase la STS-SOC de 15 de abril de 2013 (rec. 1114/2012). Con anterioridad, también en la misma línea, pueden citarse las SSTS-SOC de 2 de febrero de 1998 (rec. 1725/1997), de 17 de enero de 2003 (rec. 3650/2001), de 19 de noviembre de 2009 (rec. 2399/2008), de 30 de noviembre de 2009 (rec. 129/2008), de 30 de noviembre de 2009 (rec. 3529/2008) y de 7 de marzo de 2011 (rec. 2190/2010).

siado difícil o costosa», de lo que se deduce que si la prueba del importe exacto fuese fácil determinar la parte debería correr con esa carga procesal.

Afirmar esto no es contradictorio con lo sostenido en la primera línea interpretativa, es decir, con sostener que la vulneración de un Derecho Fundamental de la persona trabajadora conlleva siempre y en todo caso la producción de un daño moral. La primera línea interpretativa se proyectaba sobre la sustancia de la indemnización, esta segunda sobre la mecánica de la alegación procesal. Como veremos más adelante, en el epígrafe dedicado a la alegación y prueba del daño moral, debe seguirse manteniendo el entendimiento de esta cuestión de esta manera, porque, de un lado, no es contradictoria con la doctrina del «automatismo» y, de otro, facilita y favorece la imposición de indemnizaciones económicas de cuantía superior al mínimo que usualmente se impone siguiendo los dictados de la LISOS. No está en cuestión el principio de automaticidad, sino su alcance, por lo que quizá pueda reformularse concluyendo que la indemnización no deriva automáticamente de la declaración de lesión de un Derecho Fundamental, sino, más precisamente, de la concurrencia de un daño moral efectivamente causado (STS-SOC de 19 de noviembre de 2009 [rec. 2399/2008]) y en la concreción de dicho daño se sigue necesitando la participación procesal activa de la personal trabajadora que ha visto conculcados algunos de sus Derechos Fundamentales.

La llamada tercera posición que se deduce de la resolución de 2017 no deja de ser un complemento al criterio anterior, pues se dedica, básicamente, a afirmar la inexistencia de parámetros que permitan con precisión traducir en términos económicos el sufrimiento en que el daño moral consiste, poniendo el acento en que los padecimientos y menoscabos experimentados no tienen una directa o secuencial traducción económica, pretendiendo subrayar que la traducción económica del daño causado es una operación hermética *per se* difícil de llevar con medida y equilibrio, pues estamos huérfanos –legislativa y jurisprudencialmente– de criterios adecuados que permitan una adecuada calibración de la indemnización. Por eso la eventual aportación que la parte afectada pudiera realizar de los elementos objetivos mínimos que se emplean para su cálculo económico favorecería el éxito de la pretensión.

Como ha ocurrido con la anterior línea evolutiva, en esta tercera el objeto de atención de la jurisprudencia es la mecánica procesal de cuantificación económica del daño moral, destacando las dificultades que se experimentan en la monetización del daño sin una aportación de parte que ayude a su concreción y calibración.

Por último, lo que la resolución denomina doctrina actual, pretende fijar una premisa como criterio interpretativo sólido: que la exigencia de identificar

las circunstancias relevantes de la indemnización solicitada debe excepcionarse para aquellos supuestos de daño moral que resulten de dificultosa estimación detallada. Esta línea coincide, básicamente, con los presupuestos operativos de la mecánica procesal querida por el artículo 183 LRJS.

En definitiva, y en conclusión, el primer criterio presupone la automaticidad del daño moral cuando se transgrede un Derecho Fundamental, dedicándose a las otras tres a fijar la atención sobre el mecanismo técnico de concreción de la indemnización solicitada, fijando la atención, consecutivamente: sobre la necesidad de que se aporten por el trabajador afectado aunque sean unos elementos objetivos mínimos que acrediten la violación del derecho y sirvan de base al cálculo de la indemnización²²; teniendo presente que el daño moral no tiene una directa y aquilatada traducción en términos económicos; excepcionando de esta mecánica procesal la cuantificación de los daños extremadamente difíciles de acreditar y probar, que van a ser concretados por el Juez o Magistrado.

Como se aprecia, más que líneas contradictorias entre sí, son evolutivas que caminan en direcciones, a veces paralelas a veces concurrentes, conformando, todas ellas, un cuerpo jurisprudencial que debe tenerse presente en su conjunto para sostener la pretensión indemnizatoria.

B) Criterios jurisprudenciales que deben tenerse en consideración

La propia doctrina de la Sala en relación con estas cuestiones ha reconocido que «no ha tenido la uniformidad que sería deseable» (STS-SOC de 2 de febrero de 2015 [rec. 279/2013]). Como se ha intentado explicar en el epígrafe anterior, más que ruptura traumática o cambio de criterio el TS ha ido aportando interpretación sobre diferentes elementos de la indemnización con el paso de los años y la evolución del entendimiento del artículo 183 LRJS. Ha ido superponiendo capas de razonamiento que la propia Sala ha intentado agrupar conceptualmente en las «fases» que se han subrayado en el epígrafe anterior. La lectura de las tres últimas resoluciones citadas de 2022 aisladamente, sin acudir a anteriores precedentes, pudiera, erróneamente, hacer nacer en el lector la idea de un cambio más traumático en la línea evolutiva del que finalmente ha

²² Sobre el particular véase IGLESIAS CABERO, M.: «Lesión de derecho fundamentales. Indemnización de perjuicios. Carga de la prueba», *Actualidad Laboral*, núm. 6 (2010), p. 679. En idéntica línea véase MORALES ORTEGA, J. M.: «La incidencia de la Ley de Igualdad sobre la acumulación de acciones y la indemnización por daños y perjuicios», *Relaciones Laborales*, núm. 3, 2009, versión electrónica: La Ley 198/2009, p. 12.

sucedido. Por eso el interés en “desmontar” esa idea de cambio o ruptura y el propósito de apuntalar la tensión evolutiva de una materia que, como tantas veces se comenta, se mueve en terrenos pantanosos desde el punto de vista hermenéutico.

Lo que se pretende ahora es realizar un repaso, lo más completo posible, a las diferentes aportaciones que la Sala 4.^a ha realizado en estos últimos años sobre la materia objeto de estudio, con el declarado propósito de completar los matices hermenéuticos que ha propiciado la interpretación de los preceptos adjetivos que ordenan y disciplinan la indemnización económica adicional por daños morales.

a) LA PRETENSIÓN INDEMNIZATORIA DEL DAÑO MORAL PUEDE DEDUCIRSE EN EL PROCESO POR DESPIDO

Aunque los acontecimientos legislativos, principalmente la aprobación de la LRJS, han atropellado esta problemática, escorándola y haciéndola inoperativa, es importante precisar que la indemnización por daño moral puede solicitarse y encauzarse procesalmente hablando o bien mediante la modalidad procesal específica que se idea para ello en la LRJS, o bien en cualquier otra modalidad de despido acumulando la pretensión indemnizatoria a la propia del objeto del proceso especial.

La STS-SOC de 12 de junio de 2001 (rec. 3827/2000) precisa, con carácter ciertamente revolucionario en su momento, que «tampoco es admisible afirmar que la única consecuencia legal del despido discriminatorio haya de ser la readmisión y abono de salarios de tramitación, pues pueden existir daños morales o incluso materiales, cuya reparación ha de ser compatible con la obligación legal de readmisión y abono de salarios de trámite», básicamente porque la resolución no solo consiente, como se verá seguidamente, la acumulación de acción, sino que lo hace desde la premisa de que pueden existir más daños para el trabajador que los tasados en la norma laboral, abriendo un camino sino nuevo si al menos de novedoso planteamiento en las reclamaciones de los justiciables²³. Camino frondoso y exuberante donde los haya que cada vez tiene mayor importancia y utilización práctica, como buena muestra se ha dado anteriormente en el análisis de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación.

²³ Esta es la premisa que sustenta el ensayo de TASCÓN LÓPEZ, R.: «La indemnización adicional en los casos de extinción del contrato de trabajo tras la Ley Orgánica de Igualdad Efectiva», *Actualidad Laboral*, 2009, versión electrónica: La Ley 11738/2009, p. 2.

Tras ello centra el tema al precisar que el asunto a decidir es «si en una causa por despido, en el que recae sentencia declarando la nulidad del realizado, por violación de derechos fundamentales del trabajador, cabe adicionar indemnización por tal agresión». Y se responde seguidamente afirmando que la modalidad de protección de los derechos fundamentales «satisface las exigencias constitucionales de preferencia y sumariedad, entendido este término en su significación vulgar de proceso substancialmente rápido y abreviado. Pero en los supuestos de despido, el artículo 182 remite, “inexcusablemente, a la modalidad procesal correspondiente”. Y siendo así que los derechos fundamentales y libertades a que nos estamos refiriendo no pueden quedar sin un procedimiento “preferente y sumario” para su tutela, ha de concluirse que el proceso por despido es el idóneo para decidir sobre estos extremos», porque, concluye la resolución, entenderlo de «otro modo obligaría al trabajador afectado a emprender un proceso distinto, que –no siendo el de despido– habría de ser el ordinario, que no reúne los requisitos constitucionalmente exigidos»²⁴.

De esta manera se consigue que en la modalidad procesal que corresponde en razón de la materia se aplique «el conjunto de principios y garantías que informan el proceso laboral de tutela de la libertad sindical»²⁵, cuestión ahora ya de escaso interés, dada la organización que hace la LRJS de esta materia, pero que en su momento, y hasta la promulgación de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombre que modificó el precepto de la Ley de Procedimiento Laboral que regulaba esta cuestión²⁶, tuvo su cierta trascendencia. Desde un punto de vista que tenga en consideración la economía procesal la acumulación de pretensiones en un mismo procedimiento tenía como fundamento evitar el peregrinaje de procedimientos judiciales, y, en última instancia, deducir en un único tratamiento procesal todas las cuestiones que se deducían de un despido con lesión de Derechos Fundamentales.

Esta forma de interpretar la cuestión supone, básicamente, que una vez formalizada la demanda por despido es necesario solicitar en ese procedimiento

²⁴ En el mismo sentido véase también la antecedente STS-SOC de 13 de junio de 2011 (rec. 2590/2010). En el ámbito de suplicación pueden citarse numerosas resoluciones en esta misma línea, como botón de muestra puede verse la STSJ-SOC Madrid, de 2 de marzo de 2018 (rec. 985/2017).

²⁵ Como lo aprecia BLASCO PELLICER, Á.: «Despido nulo por vulneración de derecho fundamentales: el proceso de despido se aplica con las especialidades del proceso de tutela de la libertad sindical», *Actualidad Laboral*, núm. 42, 2001, versión electrónica La Ley 687/2001. Otro comentario sobre ella es el de GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, B.: «Cauce procesal para la exigencia de una indemnización de daños y perjuicios derivados de un despido nulo por vulneración de derechos fundamentales», *Relaciones Laborales*, núm. 23, 2001, versión digital La Ley 6393/2002.

²⁶ La apreciación es de MORALES ORTEGA, J. M.: «La incidencia de la Ley de Igualdad...», ob. cit., p. 5.

■ LA CUANTIFICACIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN POR DAÑO MORAL...

la indemnización complementaria por daño moral, sin posibilidad de “reservar” la acción para intimar «un nuevo examen en un procedimiento separada pues ello supondría una división artificial de la contingencia de la causa» (ATS-SOC de 15 de junio de 2021 [rec. 2377/2020]).

b) LOS DAÑOS MORALES DEBEN DIFERENCIARSE DE LOS PERJUICIOS ECONÓMICOS

La indemnización adicional por daño moral del artículo 183 LRJS debe diferenciarse de la pretensión que aspire al resarcimiento de los daños y perjuicios económicos cuantificables que la lesión al Derecho Fundamental ha provocado. Estamos en presencia, por tanto, de dos indemnizaciones diferentes, que operan, tanto sustantiva como adjetivamente, de forma radicalmente distinta, y que en el momento de la monetización de la indemnización se sujetan a reglas técnicas de aquilatación disímiles. Tan distintas como los derechos sustantivos que vehiculan.

Porque mientras que para la indemnización de los daños y perjuicios de tipo económico que la transgresión del Derecho Fundamental provoca sí puede exigirse una carga probatoria intensa al demandante, tanto en lo que importa a la identificación de daño y la aquilatación del perjuicio padecido, como en lo que afecta a su monetización en términos económicos, la LRJS libera al demandante de cuantificar el daño moral producido cuando esa operación se presente para el justiciable como una circunstancia impeditiva de la satisfacción de su derecho lesionado, porque en esta materia, como en todas, impera el axioma de que todo daño debe ser reparado, y ante la imposibilidad de cuantificación por la persona trabajadora afectada el Juez asume el rol de determinación prudencial de dicha cuantía.

Por eso, precisamente, se ha sostenido que para la reparación de los perjuicios puede acudir a una norma cerrada y concreta como lo es el baremo que implementa la Ley de circulación de vehículos a motor, mientras que para la reparación de los daños morales deben continuar empleando mecanismos abiertos y no tasados de resarcimiento económico²⁷, como acontece cuando para tal menester se emplea la LISOS.

Esta diferenciación de daños se aprecia con cierta facilidad en la transgresión del derecho a la libertad sindical, quizá con más naturalidad que en la lesión de otros Derechos Fundamentales. Porque la imposibilidad de ejercer,

²⁷ En este sentido TASCÓN LÓPEZ, R.: «La indemnización adicional en los casos de extinción...», ob. cit., pp. 6 y 7.

por ejemplo, el crédito horario, puede cuantificarse en su vertiente de daños y perjuicios fácilmente en una cantidad equivalente a los salarios correspondiente a los días que se ha denegado el permiso a los representantes de los trabajadores, como acontece en la resolución de instancia, luego casada, aunque por otro motivo (en concreto, por el no otorgamiento de indemnización por daño moral en la instancia), por la STS-SOC de 5 de febrero de 2015 (rec. 77/2014).

Se trae a colación esta problemática para subrayar lo que, quizá, pueda ser una obviedad, pero que merece atención y detalle por su transcendencia práctica: que una cosa son los perjuicios que se sufren de orden patrimonial por la transgresión de un Derecho Fundamental, y otra muy distinta los daños morales que dicha transgresión comporta. Mientras que para los primeros la acreditación y prueba tanto del daño padecido como de su cuantificación económica sigue siendo exigible para el justiciable, para los de orden moral se relaja dicha exigencia, porque así lo quiere la LRJS cuando permite que la operación hermenéutica de cuantificación del daño, no así la de acreditación y prueba de su efectiva producción, no sea realizada por el trabajador afectado.

La STS-SOC de 11 de junio de 2011 (rec. 3336/2011) diferencia muy certeramente ambos tipos de daños, así como los mecanismos técnicos de alegación y prueba de cada uno de ellos, cuando aclara que «las “bases” o “indicios” de que hemos tratado anteriormente y que ha de acreditar quien reclama indemnización por daño moral, como es obvio no van referidos al importe del resarcimiento sino a la exclusiva existencia –y entidad– del daño moral sufrido, soporte del resarcimiento»²⁸.

c) NO CUALQUIER LESIÓN DE CUALQUIER DERECHO PROVOCA UN DAÑO MORAL

Debe partirse de la premisa de que no toda lesión de un derecho conlleva la producción de un daño moral. Aunque la propia identificación de qué sea un daño moral y cómo se cuantifique tiene ya de por sí una complejidad

²⁸ La STS-SOC de 12 de diciembre de 2017 (rec. 25/2007) insiste en esta dualidad de daños, por su parte, en un supuesto de lesión al derecho de huelga, al precisar que en el caso «concreto de la lesión del derecho a la libertad sindical, como consecuencia de una lesión más directa al derecho de huelga en la vertiente que afecta al sindicato convocante, los daños pueden ser tanto económicos, como morales. Puede haber un daño económico en la medida que la lesión ha podido actuar determinando el fracaso de la huelga o provocando una dificultad añadida a ésta con las consecuencias que de ello podrían derivarse para la esfera patrimonial del sindicato...».

En el mismo sentido véase, por ejemplo, la STSJ-SOC Cataluña 1049/2020, 21 de febrero, y en el ámbito de los Juzgados de lo Social puede acudirse a la lectura de la SJS núm. 1 Guadalajara 98/2020, de 26 de junio cuando concede la indemnización por daño moral en menor cuantía que lo solicitado, aunque en mayor cantidad que el mínimo usual de la LISOS.

grande, no puede partirse de la premisa de que cualquier daño a cualquier derecho, por importante que esta sea, conlleva, siempre y en todo caso, un daño moral. La STS-SOC de 19 de noviembre de 2009 (rec. 2399/2008) lo expresa perfectamente cuando precisa que «el simple sufrimiento emocional producido por un despido injusto no tiene entidad para ser reparado con una indemnización independiente» de la tutela legal restitutoria que se establece para el despido nulo por el ET, exigiéndose para tal indemnización específica la acreditación de un daño específico distinto del que es «común a todo despido injustificado»²⁹.

Básicamente porque hay derechos que por el lugar que ocupan en la escala de los laborales (los específicos e inespecíficos constitucionales), o por su conformación colectiva como vehiculares para la consecución de un ordenamiento laboral justo (básicamente los sindicales y los relacionados con la función representativa) permiten deducir diferente nivel de protección. Es bastante razonable, en este sentido, la doctrina que se deduce de la STS-SOC de 11 de junio de 2011 (rec. 3336/2011) cuando afirma que «no todo sufrimiento psicofísico derivado de la vulneración de un derecho necesariamente engendra un daño moral indemnizable, pues en principio –a pesar de la corriente aperturista a que hicimos referencia más arriba– no lo produce en general el incumplimiento de un derecho consagrado por norma ordinaria»³⁰. Por eso, precisamente, «corresponde acreditar a quien reclama indemnización por daño moral las bases y elementos clave de la indemnización que reclama, que justifiquen suficientemente que la misma corresponde ser aplicada al supuesto concreto de que se trate» (ATS-SOC 343/2018, de 19 de septiembre).

Y en relación directa con los despidos la STS-SOC de 21 de septiembre de 2009 (rec. 2738/2008) no estima la casación impetrada (además de por no cumplir las exigencias del juicio de contradicción) porque «la sentencia recurrida no solo rechaza la pretensión indemnizatoria por insuficiencia en la aportación de criterios para la valoración del daño y el establecimiento de la indemnización, sino también porque entiende que el simple sufrimiento emocional producido por un despido injusto no tiene entidad para ser reparado con una indemnización independiente por el daño moral en las circunstancias del caso»³¹.

²⁹ Muchas resoluciones pueden citarse en este sentido, entre ellas, por ejemplo, es de clara lectura la STS-SOC de 23 de marzo de 2000 (rec. 362/1999).

³⁰ En idénticos términos véase la STS-SOC de 15 de abril de 2013 (rec. 1114/2012).

³¹ En la misma línea véase la STSJ-SOC Madrid, de 9 de mayo de 2006 (rec. 1077/2006) que entiende que del relato de hechos probados no se infiere la existencia de daños morales, aunque sí existen pruebas objetivas que permiten la valoración del daño psíquico sufrido por unas presuntas vejaciones acaecidas en la notaría donde trabajaba, apreciando, en definitiva, que no toda lesión de un derecho fundamental conlleva la producción de daños morales indemnizables.

Esta perspectiva de la indemnización se estructura alrededor del despido nulo por vulneración de la garantía de indemnidad, entendiendo, básicamente, que el único perjuicio que en estos casos acontece es la pérdida del empleo, satisfaciendo a la persona trabajadora plenamente con el reingreso obligatorio y el abono de los salarios de tramitación (STSJ-SOC Madrid, de 28 de septiembre de 2017 [rec. 271/2017]). Se parte para ello de una diferencia en relación con lo que acontece en los despidos discriminatorios en los que, por definición, se sancionan dos circunstancias, la discriminación en sí misma padecida y el despido acaecido. Mientras que en los supuestos en los que se vulnera la garantía de indemnidad no se sanciona una conducta diferente al despido mismo (STSJ-SOC Madrid, de 31 de mayo de 2017 [rec. 794/2016]). Pero no es una doctrina fija e inamovible, pues el mismo tribunal mantiene en otras resoluciones, sin que se aprecie a ver en qué consiste la diferencia, que la vulneración del principio de indemnidad sí puede llevar aparejada una indemnización adicional, como por ejemplo en la STSJ-SOC Madrid, de 28 de junio de 2019 (rec. 74/2019), probablemente, en este caso singular, porque la sentencia de instancia sí previó la concesión de una indemnización por daño moral y no se impugnó en suplicación ese parecer.

Por otro lado, para la constatación del daño causado (y también para su intensidad), debe tenerse en consideración las actitudes y comportamientos ulteriores del trabajador, en el sentido de que pudiera ser que determinadas actuaciones suyas puedan ser incompatibles con la producción de un daño, especialmente aquellas que niegan expresamente su producción. Por eso la STSJ-SOC Andalucía (Sevilla), de 14 de diciembre de 2017 (rec. 3707/2016) aunque mantiene la nulidad del despido decretada en la instancia, exonera al empresario del abono de la indemnización adicional por daños morales de 4000 euros que se le había impuesto, básicamente porque no queda acreditada el daño moral padecido pues analizadas las declaraciones y manifestaciones que el trabajador hizo en las redes sociales en relación a esta cuestión no le queda ninguna duda de que no ha sufrido daño moral alguno, además de haber proferido insultos groseros al empresario por los mismos medios.

d) EL DAÑO MORAL PUEDE SER COMPENSADO, PERO NO RESARCIDO

La afirmación enunciada prácticamente en términos de brocardo jurídico técnico, pretende resumir el objetivo y la función que juegan, respectivamente, la pretensión indemnizatoria por daño moral y la indemnización económica. Subra-

yando, también, la diferenciación que existe en relación con otros tipos de indemnizaciones civiles más usuales, paradigmáticamente la de daños y perjuicios.

La STS-SOC de 13 de julio de 2015 (rec. 221/2014) precisa, en relación al papel que juega la indemnización por daños morales, que «como norma el daño moral difícilmente puede llegar a ser verdaderamente “resarcido”, sino que simplemente solo puede “compensarse” en cierta medida, y que esas dificultades se acrecientan cuando tal daño se produce por la reiterada vulneración de un derecho fundamental de tanta trascendencia como el de la libertad sindical en su faceta de derecho a la negociación colectiva, por lo que –aún sin atender a la faceta preventiva que el artículo 183.3 LRJS atribuye a la indemnización– puede afirmarse que la cifra fijada por la sentencia recurrida [1500 euros] en manera alguna puede entenderse desproporcionada; y de serlo, sería por ser escasa y en consecuencia no cumplir la función preventiva que la Ley le atribuye. Sin que, finalmente, sea admisible como argumento –utilizado en la recurrida para disminuir el montante indemnizatorio y en el recurso para excluirlo– que pese a todo el sindicato accionante incrementó su presencia en el CE; porque, ni se sabe cuántos representantes hubiera obtenido sin el deterioro de su imagen producido por la conducta que enjuiciamos, ni el daño moral puede identificarse –limitadamente– con los resultados electorales».

Desde luego es una interpretación que casa bastante bien con los Derechos Fundamentales que tienen una proyección y dimensión colectiva, como lo es el Derecho de huelga y el de representación sindical en los que la aproximación al daño se encuentra no solo con el obstáculo del ejercicio de un derecho difuso, sino que, además, los sujetos dañados lo son, a la vez y sin que ello suponga una contradicción, todos los trabajadores a la vez y ninguno en concreto.

La pregunta por responder es si esa misma perspectiva puede predicarse de los Derechos Fundamentales que tienen una más clara proyección individual y en los que la lesión puede ser identificada con más precisión (verbigracia: honor, propia imagen, etc.), aunque no debe olvidarse que los derechos laborales individuales tienen, por su propia dimensión colectiva, una cierta trascendencia grupal. Y la respuesta no puede ser diferente a la apreciada para los Derechos Colectivos, básicamente porque las dificultades de individualización del daño y monetización de la indemnización siguen siendo las mismas.

Este es el matiz sobre el que discurre el razonamiento de la STS-SOC de 21 de septiembre de 2009 (rec. 2738/2008) cuando afirma que «ante la “inexistencia de parámetros que permitan con precisión traducir en términos económicos el sufrimiento en que tal daño esencialmente consiste” no se trataría propiamente de un resarcimiento en sentido propio, sino más bien de una

vía para “proporcionar en la medida de lo humanamente posible una satisfacción como compensación al sufrimiento” (sentencia de la Sala Primera de 7 de diciembre de 2006), lo que lleva, por una parte, a un mayor margen de discrecionalidad en la valoración que no solo afecta al órgano judicial, sino también a las apreciaciones de las partes 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” (sentencias de 27 de julio de 2007 y 28 de febrero de 2008 de la misma Sala)».

Téngase en consideración, por otra parte, que, como precisa el voto particular del Magistrado D. Rafael Mendizábal Allende a la STC 181/2000, de 29 de junio «... las indemnizaciones en dinero son siempre aproximativas, nunca exactas por diversos motivos, el primero y principal la diferencia entre valor y precio; otro más importante también, la concurrencia de elementos inmateriales, como el valor efectivo o el dolor moral y, en fin la dificultad de probar no solo el daño emergente sino el lucro cesante que ha obligado en ocasiones a utilizar el método estadístico».

En definitiva, el sistema de resarcimiento cuadra bien con la utilización de elementos objetivos, claros y precisos, para concretar el daño causado; mientras que el sistema compensatorio funciona mejor en los mecanismos de apreciación prudencial del daño.

e) HAY DAÑOS MORALES CUYA EXISTENCIA SE PONE DE MANIFIESTO
CON LA MERA ACREDITACIÓN DE LA LESIÓN DE UN DERECHO FUNDAMENTAL

El automatismo de lo que hemos denominado primera línea interpretativa del Tribunal Supremo en esta materia se ha construido alrededor de la vulneración del derecho a la libertad sindical, que es uno de los Derechos Fundamentales cuya lesión genera más directamente un daño moral, por dos razones. En primer lugar, por la dislocación de las manifestaciones del derecho en el sujeto paciente que proyecta la lesión en sí misma apreciada. Y, en segundo lugar, por la salvaguarda de los derechos colectivos que el ejercicio individual encarna.

No debe olvidarse, antes al contrario, que la lesión del derecho a la libertad sindical sí ha contado con una referencia expresa en la norma que favorecía, antes del actual texto de la LRJS, la reclamación por la transgresión del derecho y la articulación de una indemnización económica reparadora de la

lesión causada³², lo cual estimula, a qué dudar, tanto la intimación de la pretensión como la imposición de consecuencias indemnizatorias.

Y la construcción de todo ese pilar hermenéutico que sustenta el automatismo parte de una premisa: que «existen algunos daños de este carácter [moral] cuya existencia se pone de manifiesto a través de la mera acreditación de la lesión... lo que suele suceder, por ejemplo, con las lesiones del derecho al honor o con determinada conducta antisindicales» (STS-SOC de 2 de febrero de 2015 [rec. 279/2013])³³. También la ofensa al derecho de huelga, como repara la STS-SOC de 12 de diciembre de 2017 (rec. 25/2007), provoca la «lesión de un derecho fundamental», produciendo «un daño en la medida en que esa lesión se proyecta lógicamente sobre un bien ajeno».

Lo razonable es que una vez declarada la violación de este derecho fundamental «se presume la existencia del daño moral y nace el derecho a la indemnización del mismo», debiendo «la sentencia que declare la existencia de la vulneración tener preceptivamente un contenido completo con varios pronunciamientos.../... incluyendo la indemnización que procediera y por esto debe entenderse que no es necesario probar que se ha producido un perjuicio para que nazca el derecho al resarcimiento sino que, por el contrario, una vez acreditada la vulneración del derecho fundamental se presume la existencia del daño y debe decretarse la indemnización correspondiente» (STS-SOC de 9

³² Así el artículo 15 Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical dispone que «Si el órgano judicial entendiese probada la violación del derecho de libertad sindical decretará el cese inmediato del comportamiento antisindical, así como la reparación consiguiente de sus consecuencias ilícitas, remitiendo las actuaciones al Ministerio Fiscal, a los efectos de depuración de eventuales conductas delictivas».

Y el artículo 180.1 del ahora derogado Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, disponía que «La sentencia declarará la existencia o no de la vulneración [del derecho a la Libertad Sindical] denunciada. En caso afirmativo y previa la declaración de nulidad radical de la conducta del empleador, asociación patronal, Administración pública o cualquier otra persona, entidad o corporación pública o privada, ordenará el cese inmediato del comportamiento antisindical y la reposición de la situación al momento anterior a producirse el mismo, así como la reparación de las consecuencias derivadas del acto, incluida la indemnización que procediera».

En *status cuestiones* del funcionamiento técnico de este mecanismo y su operatividad práctica puede verse en GUTIÉRREZ PÉREZ, M.: *Mecanismos procesales de tutela de los derechos ciudadanos del trabajador*, Laborum, Murcia, 2011, pp. 105 y ss. Y también, de manera más genérica CAVAS MARTÍNEZ, F.: «De la tutela de los derechos de libertad sindical», VV. AA.: *Comentarios a la Ley de Procedimiento Laboral*, Aranzadi, Elcano, 2000, pp. 477 y ss, especialmente pp. 507 y ss.

³³ En idénticos términos véanse la SSTS-SOC de 18 de julio de 2012 (rec. 126/2011), de 24 de octubre de 2019 (rec. 12/2019), y de 16 de enero de 2020 (rec. 173/2018).

Coincidente con la posición doctrinal que enuncia que aunque «... nuestro ordenamiento jurídico no se reconoce con carácter general la automaticidad entre la constatación de una vulneración de derechos fundamentales de la persona y el reconocimiento de un daño moral, es cierto que existe una estrecha relación entre ellos, que permitiría el reconocimiento de la indemnización de daños morales cuando exista una vulneración de un derecho fundamental vinculado a la persona, por parte de un poder público o, de un particular.../... y se genere en la víctima un perjuicio en su esfera extrapatrimonial», MATE SATUÉ, L. C.: «La delimitación del concepto de daño moral...», ob. cit., p. 307.

de junio de 1993 [rec. 3856/1992]). Esta resolución es, probablemente, la más antigua de las que enuncia el principio de automaticidad³⁴.

Ahora bien, donde la doctrina de la «automaticidad» experimenta ciertas dificultades de acomodación en el enjuiciamiento de otras lesiones a otros derechos fundamentales, especialmente los de índole y disfrute personal, básicamente porque al no provocar esa lesión «expansiva» hacia otros derechos y hacia otros trabajadores, queda desdibujada la premisa que opera en el entendimiento de la automaticidad: que el daño moral siempre se provoca con la lesión al Derecho Fundamental, lo que conlleva, desde un punto de vista adjetivo, que no es necesario desplegar actividad probatoria conducente a la acreditación de la lesión.

Probablemente tengamos que convivir con derechos cuya lesión sea perfectamente apreciable *prima facie*, sin necesidad de desplegar por parte del afectado una prueba de ello, como ocurre paradigmáticamente con la transgresión del derecho a la libertad sindical o el derecho de huelga, con otros Derechos Fundamentales cuya lesión sea mucho más difícil de apreciar y requieran, por ello, la participación imprescindible de la persona trabajadora que ha visto zaherido sus Derechos³⁵, generalmente los individuales fundamentales que tengan proyección con las condiciones de trabajo.

Debe tenerse presente, no obstante, que el automatismo lo es del daño moral una vez constatada la lesión del Derecho Fundamental. Pero dicho automatismo no puede llevarse más allá de lo razonable, deduciendo de una mera alegación de parte de la quebra de un Derecho Fundamental una indemnización económica por daño moral. Para que exista esa conclusión en relación con la indemnización económica de un daño moral debe existir, de entrada, una actividad procesal de la parte que identifique claramente, en primer lugar, el Derecho Fundamental vulnerado³⁶, alegue, en segundo lugar, que dicha que-

³⁴ Así lo aprecia BALLESTER PASTOR, M.^a A.: «El proceloso camino hacia la efectividad...», ob. cit., p. 43.

³⁵ Desde un punto de vista del derecho civil también conviven ambas perspectivas. A veces se entiende que «el daño moral es consecuencia necesaria e ineludible de la lesión de determinados derechos subjetivos, y, por tanto, no es necesario demostrar directamente que se ha producido el daño moral, pues esto queda aprobado implícitamente con solo comprobar que se ha realizado el hecho lesivo», mientras que para otros derechos se requiere al menos la constatación de que se ha producido el acto lesivo y la consecuencia dañosa. Así lo aprecia ÁLVAREZ VIGARAY, R.: «La responsabilidad por daño moral», *Anuario de Derecho Civil*, 1966, fascículo 1.º, p. 111, de donde procede la cita, y p. 112.

³⁶ En la SJS núm. 3 Oviedo 222/2020, de 27 de agosto, precisa, se precisa, en este sentido, que se desestima la pretensión indemnizatoria intimada porque «... no se invoca la vulneración de derechos fundamentales, limitándose a alegar la existencia de una represalia por parte de la empresa al trabajador que, como se ha expuesto, no se considera acreditada. Además en el presente caso el actor se limitó a afirmar que las decisiones empresariales le han causado daños a nivel laboral y en su esfera personal, pero no aporta ningún dato fáctico del que poder inferir la existencia de un daño compensable con esa indemnización».

bra ha lesionado un derecho de orden moral de la persona trabajadora (o que estamos en presencia de una lesión de la que pueda deducirse *prima facie* dicha conclusión), solicite expresamente en tercer lugar, una indemnización económica por el daño moral infligido, pruebe, aunque sea indiciariamente, en cuarto lugar, la existencia así como la entidad de los daños causados³⁷, y que aporte, en quinto y en último lugar, las bases o elementos claves en que basar la indemnización económica y su proceso de monetización.

El artículo 183 LRJS solo libera a la parte agredida de la última de las obligaciones enunciadas, por lo que el incumplimiento de las anteriores provocará, en mayor o menor medida, un fracaso de la acción compensatoria intimada.

f) LA LISOS PUEDE FUNCIONAR COMO CRITERIO ORIENTADOR PARA DETERMINAR EL MONTANTE DE LA INDEMNIZACIÓN

Generalmente se invoca a la STC 247/2006, de 24 de julio como criterio de autoridad para justificar el empleo de la LISOS en la cuantificación de los daños morales³⁸. Pero, en realidad, ni verdaderamente lo afirma con tanta vehemencia como el ingente número de citas que recibe en este sentido hace presagiar³⁹, ni es, ni siquiera, el aspecto más interesante de su fundamentación jurídica. Es, dicho sea de paso, uno de los menos importantes.

El demandante en amparo sí empleó a la LISOS como criterio orientador para fundamentar su pretensión en la instancia ante el juzgado de lo social. Después de enumera el cúmulo de elementos fácticos en los que fundamenta su afirmación de que la empresa le había dañado en su Derecho Fundamental a la libertad sindical (basado en razones que ahora no vienen al caso, pero que de su simple lectura más intuitiva permiten sostener su afirmación) aporta como elemento jurídico orientador para cuantificar la indemnización que solicita por daño moral el artículo 8.12 LISOS, cuando entiende que una conducta empresarial que pudiera estimarse constitutiva de discriminación antisindical constituye una infracción muy grave.

adicional que se pide, ni justifica el cálculo de la cantidad reclamada, por lo que debe entenderse que no cumple los requisitos precisos para que pueda declararse su derecho a la reparación del daño reclamado».

³⁷ MORALES ORTEGA, J. M.: «La incidencia de la Ley de Igualdad...», ob. cit., p. 11.

³⁸ Un comentario muy conciso y claro sobre la resolución puede leerse en SEPÚLVEDA GÓMEZ, M.ª: «Incidencia de la Sentencia del Tribunal Constitucional 247/2006, de 24 de julio, en la doctrina sobre la indemnización por conducta antisindical», *Revista de Derecho Social*, núm. 35, 2006, pp. 119 y ss.

³⁹ El propio TS no ha escapado a esa tendencia, como se aprecia en la STS-SOC de 2 de febrero de 2015 (rec. 279/2013).

El TC anula la resolución del TS que había denegado la indemnización ya concedida en la instancia y consolidada en la suplicación por insuficiencia en la motivación que se emplea para ello, pero no ataca, en realidad, la exigencia que la propia resolución del Tribunal Supremo había apreciado en relación con que el demandante tenga que aportar indicios sobre la cuantificación del daño moral infligido.

En sus palabras: el TC no puede compartir «la afirmación que sustenta la ratio decidendi de la Sentencia impugnada, conforme a la cual (fundamento de Derecho cuarto, segundo párrafo) “en este caso no hay dato alguno que facilite las pautas para cuantificar el importe del daño a reparar; ni en la demanda, ni en el acto del juicio ni en los hechos probados hay pormenores que faciliten dicha labor, al no haberse practicado prueba alguna sobre dicho extremo”».

La resolución constitucional es puntillosa en repasar cómo se ha producido la alegación del demandante y repara, expresamente, en que «el recurrente había aportado al proceso las bases y elementos necesarios para acreditar y valorar los daños cuya indemnización reclamaba, quedando acreditados en el proceso, como se infiere del relato de hechos probados de la Sentencia de instancia (que se mantuvo inalterado por la Sentencia de suplicación), indicios o puntos de apoyo suficientes en los que se asienta la condena indemnizatoria, tal como exige la jurisprudencia invocada por la propia Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo impugnada en amparo». Por eso concluye que la resolución del Supremo «que revocó el reconocimiento de la indemnización efectuado en las instancias inferiores, al entender que no se había dado cumplimiento a la exigencia de aportar al proceso los elementos necesarios para sustentar la condena indemnizatoria de la Consejería demandada, careció en este punto, por las razones expresadas, de una motivación razonable y fundada en Derecho, vulnerando de esta forma el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) del demandante de amparo...».

Como fácilmente se aprecia, la resolución no solo no ataca la fundamentación técnica de la resolución del TS, sino que la avala, tanto directa como indirectamente. De forma mediata porque no la contesta, y de forma inmediata porque se encarga de dejar muy claro que «desde la perspectiva constitucional, resulta irreprochable el criterio de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo al que se refiere la sentencia recurrida en amparo, en cuanto a que la antigua doctrina de dicha Sala sentada en la Sentencia de 9 de junio de 1993 –que aplica en el presente caso la Sentencia recaída en suplicación–, según la cual, apreciada la lesión del derecho de libertad sindical, se presume la existencia del daño sin necesidad de prueba alguna al respecto y surge automáticamente el derecho a la indemnización, fue modificada por la posterior doctrina de la Sala, a cuyo tenor,

como ya quedó señalado, no basta con apreciar la vulneración de la libertad sindical del demandante para que el órgano judicial pueda condenar al autor de la vulneración del derecho fundamental al pago de una indemnización, sino que además es necesario para ello que el demandante alegue adecuadamente las bases y elementos clave de la indemnización que reclama, y asimismo que queden acreditados en el proceso, cuando menos, indicios o puntos de apoyo suficientes en los que se pueda asentar la condena indemnizatoria».

Es únicamente, en definitiva, la falta de fundamentación técnica y motivación argumental lo que obra el efecto de estimar el amparo constitucional y anular la resolución de casación por no cumplir con los estándares constitucionales suficientes para considerar que se ha satisfecho el Derecho a la Tutela Judicial Efectiva.

Lo que ocurre, sin más, es que el TS en su resolución no aprecia que, en realidad, el demandante sí aportó al proceso los elementos básicos para proceder a una valoración del daño sufrido, por lo que la estimación del amparo se circunscribe, como se ha indicado, a la ausencia de motivación en el fallo que emite. En palabras de Pérez de los Cobos: el «Constitucional considera irreprochable.../... la aplicación por el Tribunal Supremo de su doctrina unificada en la que exige a quién ha visto vulnerado un derecho fundamental y pretende por ello una indemnización reparadora que aporte las bases y elementos clave de la indemnización que reclama»⁴⁰.

Se trata, en definitiva, de una resolución que no ataca la línea esencial de argumentación del TS sobre la necesidad de aportar los elementos imprescindibles para proceder a la monetización del daño causado, aunque, ciertamente, desde un punto de vista práctico, operativo y funcional tiene el mérito de suavizar la prueba del daño moral al entenderlo deducido con la indicación de las circunstancias contextuales en las que se ha producido el referido daño extrapatrimonial⁴¹.

Aunque se deduce de su propia *ratio decidendi*, la resolución no se pronuncia sobre la cuantía de la indemnización reconocida, al tratarse de una cuestión de mera legalidad ordinaria⁴², por lo que, en realidad, mal puede citarse esta resolución como antecedente de autoridad para la monetización del daño,

⁴⁰ PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: «Tutela judicial efectiva y determinación de la indemnización por tutela de la libertad sindical», VV. AA. (ALONSO OLEZ, M., y MONTOLYA MELGAR, A. [Dirs.]): *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social 2006* (Tomo: XXIV), Thomson Civitas, Cizur Menor, 2.ª ed, 2007, p. 386.

⁴¹ BALLESTER PASTOR, M.ª A.: «El proceloso camino hacia la efectividad...», ob. cit., p. 44.

⁴² Así lo subraya MANEIRO VÁZQUEZ, Y.: «El derecho a la indemnización por daños morales como consecuencia de la lesión de la libertad sindical a la luz de la Sentencia TC 247/2006, de 24 de julio», *Dereito*, Vol. 22, 2013, p. 259.

como tan usual como erróneamente se hace. Estamos, en presencia, en definitiva, «de un pronunciamiento poco afortunado del Tribunal Constitucional»⁴³ que ha sido mal leído por los justiciables y peor empleado por los jueces y magistrados que citan la resolución como fuente de autoridad para emplear la LISOS como mecanismo de valoración del daño moral cuando, en realidad, no se pronuncia sobre esta cuestión.

Como bien especifica la STS-SOC de 12 de diciembre de 2017 (rec. 25/2007) «Es importante precisar que esta doctrina no ha sido afectada por la STC 247/2006, que anuló la sentencia de esta Sala de 21 de julio de 2003, pues la decisión del Tribunal Constitucional deja a salvo 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 asentar la condena indemnizatoria. La estimación del amparo se produce porque en ese caso el Tribunal Constitucional considera debía entenderse cumplida, a través de la alegación de unos hechos que, por “su intensidad y duración” constataban la existente de “un maltrato o daño psicológico”. No se pone, por tanto, en cuestión en la STC 247/2006 la doctrina de esta Sala sobre el carácter no automático de la indemnización, sino su aplicación en un caso concreto».

La utilización de la LISOS para la monetización del daño moral es una constante en la doctrina jurisprudencial, que repite y reitera, quizá sin demasiado rigor, la oportunidad de su utilización, pero acudiendo más a parámetros valorativos de su empleo (es «razonable», se muestra «oportuno») que a argumentaciones sustantivas que explique su utilización⁴⁴, o que descarten el empleo de otros instrumentos técnicos.

Así se deduce de la STS-SOC 43/2017, de 24 de enero cuando afirma que «Sin duda, cabe considerar los perjuicios de índole inmaterial que se derivan del propio ataque al derecho fundamental ahora tutelado, perjuicios no estereotipados y para cuya cuantificación cabe acudir a parámetros prestados del régimen jurídico de otras instituciones que presenten notas configuradoras transpolables al caso. Como hemos señalado en esas ocasiones anteriores, sin que con la utilización de los elementos que ofrece la cuantificación de las sanciones de la LISOS, estemos haciendo una aplicación sistemática y directa de

⁴³ En palabras de DESDENTADO BONETE, A.: «¿Una lesión de la libertad sindical...», ob. cit., p. 15.

⁴⁴ Así, por ejemplo, se reitera que es un criterio útil y válidos las SSTs-SOC de 15 de febrero de 2012 (red. 67/2011); de 12 de diciembre de 2012 (rec 25/07); de 18 de julio de 2012 (rec. 126/11); de 8 de julio de 2014 (rec. 282/2013); de 2 de febrero de 2015 (rec. 279/2013); de 15 de febrero de 2012 (rec 670/11); de 8 de julio de 2014 (rec. 282/13); de 12 de julio de 2016 (rec. 361/2014); de 2 de noviembre de 2016 (rec. 262/2015), y de 19 de diciembre de 2017 (rec. 624/2016).

la misma, debemos ceñirnos a la razonabilidad que algunas de esas cifras ofrecen para la solución del caso, atendida a la gravedad de la vulneración del derecho fundamental».

Como fácilmente puede observarse más que la emisión de juicios o de criterios técnicos precisos lo que está ponderando son juicios de razonabilidad, considerando en equidad si las pretensiones de los litigantes son caprichosas, exageradas, o inoportunas. No siendo así, solicitando, como hace el justiciable en este caso concreto la indemnización mínima, es más sencillo darle la razón y concederle lo solicitado. Por eso concluye el argumento con la siguiente frase: «Y tal es lo que sucede en el presente caso en que la parte actora delimita su pretensión al importe mínimo establecido para la sanción por actos contrarios a algún derecho fundamental», queriendo subrayar que la concesión de la indemnización no es ni inoportuna, ni exagerada, ni desproporcionada en este asunto en el que se debatía el derecho a la igualdad retributiva y no discriminación de una trabajadora Médico Interno Residente en el período que sobreviene tras la incorporación al trabajo tras un embarazo y la intimación por su parte de una adaptación al puesto de trabajo que conllevaba un horario en el que no percibía determinados complementos retributivos.

Sobre este aspecto se volverá más adelante, *infra*, cuando se analice cómo se ha llevado a la práctica la operación de monetización del daño moral causado, pero puede afirmarse, sin riesgos a exageración alguna, que el empleo de la LISOS para estas cuestiones se ha configurado como una auténtico «uso del foro» en el sentido de que todos los operadores jurídicos acuden a sus dictados para emplearla a fin –la monetización de la indemnización por daño moral– para el que no estaba ideada.

En todo caso, lo que sí debe quedar meridianamente claro, como se encarga de subrayar el ATS-SOC de 31 de mayo de 2018 (rec. 3189/2017), es que «la aplicación como referencia para el cálculo del daño moral de las sanciones pecuniarias de la LISOS es solo orientativa y nunca imperativa».

g) EL DEMANDANTE SÍ PUEDE FIJAR LOS INDICIOS DEL DAÑO CAUSADO Y LAS BASES QUE SUSTENTAN LA INDEMNIZACIÓN

Aunque no es exigible en aquellos casos de difícil o costosa concreción, nada impide que el demandante intente con su actividad probatoria contribuir a fijar los elementos que conforman los elementos técnicos de la indemnización, básicamente dos: los indicios en los que se sustenta la producción de un daño, y los elementos o bases que se emplean para la cuantificación de la indemnización.

Y esta es la problemática fundamental que subyace en el análisis de la STC 247/2006, de 24 de julio, que ha sido comentada. Porque la resolución no puede leerse como un aval a la «tesis de la automaticidad» que supone que el derecho al resarcimiento surge de manera automática, sin necesidad de acreditar, aunque fuera indiciariamente, que la vulneración del derecho fundamental le hubiera ocasionado algún perjuicio. Básicamente, porque exigir de quien pretenda un resarcimiento por daño moral la aportación de un principio de prueba que acredite que efectivamente se ha causado y facilite la cuantificación de su indemnización reparadora no solo es bastante razonable⁴⁵ y no tiene mácula de inconstitucionalidad. Pero igualmente, y con idéntica intensidad debe afirmarse que exigir una prueba plena para reconocer el derecho a la indemnización y proceder a su cuantificación puede constituir, sin más, una forma de negar tutela judicial frente a una lesión efectivamente acreditada.

En definitiva, el fiel de la balanza entre estas situaciones hay que situarlo en el principio de razonabilidad que se sustenta entre los dos extremos comentados: no necesidad de acreditación plena del perjuicio causado, pero sí aportación de un principio de prueba que indique, al menos *prima facie*, que se ha producido un daño moral.

Obsérvese, en todo caso, que estamos en presencia de dos elementos que no funcionan exactamente en el mismo plano. En primer lugar, de un principio de prueba que señale, indique y concrete la producción del daño, y, en segundo lugar, de la aportación de las bases o elementos que sirvan para cuantificarlo y monetizarlo. El primer de ellos se proyecta sobre el propio daño, el segundo sobre la cuantificación de la reparación económica.

Lo que el artículo 183.2 LRJS pretende es liberar a la parte de la cuantificación exacta del daño causado, pero no le libera de la aportación de un indicio de que el daño se ha producido. El tribunal «se pronunciará» –dice el precepto– «sobre la cuantía del daño» cuando «la prueba de su importe exacto resulte demasiado difícil o costosa». Lo cual no libera al justiciable, ciertamente, de aportar la prueba cuando esta no resulte ni «difícil» ni «costosa».

Doctrinalmente se sostiene, como forma de mitigar el seudo automatismo, precisamente que la alegación y prueba de los daños producidos al derecho fundamental se considera «requisito inexcusable en aras a obtener cualquier clase de indemnización a las previstas en el ET»⁴⁶, interpretación bastante razonable, por más que pueda parecer que el principio de automaticidad niega esta premisa, que no es así.

⁴⁵ ASÍ, PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: «Tutela judicial efectiva...», ob. cit., p. 389.

⁴⁶ TASCÓN LÓPEZ, R.: «La indemnización adicional en los casos de extinción...», ob. cit., pp. 5 y 6.

La STS-SOC de 15 de diciembre de 2008 (rec. 14/2007) es diáfana en este sentido al precisar que «Y aunque pueda no ser necesario que se acredite un especial perjuicio, pues este se presume cuando la sentencia aprecie la lesión del derecho a la libertad sindical.../... ello no es óbice para que el demandante, como ha matizado posteriormente la propia jurisprudencia, deba aportar al órgano judicial indicios o elementos suficientes que sustenten su concreta petición indemnizatoria... Lo que la jurisprudencia exige es, en primer lugar, que el demandante alegue adecuadamente en su demanda las bases y elementos clave de la indemnización que reclama, parámetros aquellos que deben justificar suficientemente que la indemnización 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»⁴⁷.

Debe tenerse presente, por último, que cuando el demandante decide contribuir a fijar los elementos de la indemnización no se le exige que realice esa operación técnica con la precisión y concreción que es exigible para la concreción de otros elementos procesales, fácticos o jurídicos, de la pretensión procesal, básicamente porque el daño moral es refractario a su monetización concreta. Esta es, sucintamente, la perspectiva que adopta la STS-SOC de 2 de febrero de 2015 (rec. 279/2013) cuando precisa, tras el análisis del supuesto de hecho en el que «la parte accionante sí ha fijado –con el detalle que el daño moral puede permitir.../...–, los claros indicios del alegado daño y la innegable base para la pretendida indemnización», que «... una mayor precisión en indicios de daño y bases de resarcimiento es –tratándose de daño moral– absolutamente inexigible, cuando no imposible».

h) LA INEXISTENCIA DE PARÁMETROS DEFINIDOS PERMITE CIERTO MARGEN DE DISCRECIONALIDAD EN LA VALORACIÓN DEL DAÑO MORAL

En el análisis de la monetización del daño moral debe partirse de la premisa, como bien especifica la STS-CON de 28 de febrero de 1995 (rec. 1902/1991), que enuncia que «... los daños morales escapan por su naturaleza a toda objetivación mensurable, por lo que su cuantificación ha de moverse dentro de una ponderación razonable de las circunstancias del caso, situándose en el plano de la equidad».

⁴⁷ Aunque se volverá sobre esta cuestión más adelante, baste resaltar ahora que es criterio muy repetido por los Tribunales de instancia. Como muestra véase la muy clara SJS núm. 1 Mieres 154/2022, de 25 de marzo.

La ausencia de parámetros claros para la valoración del daño moral que permitan con ciertas dosis de precisión traducir en términos económicos el sufrimiento por daño en dinero conlleva, como dice la STS-SOC de 11 de junio de 2011 (rec. 3336/2011) «por una parte, a un mayor margen de discrecionalidad en la valoración que no solo afecta al órgano judicial, sino también a las apreciaciones de las partes», diluyendo, de otro «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». Las últimas resoluciones del TS sobre esta cuestión (SSTS-SOC 179/2022, de 23 de febrero, 214/2022, de 9 de marzo, y 356/2022, de 20 de abril), siguen, prácticamente en los mismos términos, el criterio marcado, de que pueden deducirse tres derivaciones argumentales, que, en realidad, son características de la indemnización.

En primer lugar, que la ausencia de «parámetros o módulos objetivos», conduce a valorar el daño moral «en una cifra razonable, que siempre tendrá un cierto componente subjetivo» (STS-CON de 24 de abril de 1997 [rec. 7888/1992]). En segundo lugar, dada esta idiosincrasia de que el daño moral «no admite, por definición, una cuantificación según criterios económicos», debe acudirse «a la prudencia para fijar la indemnización» (STS-CON de 5 de mayo de 2009 [rec. 10374/2004]). Y, por último, en tercer lugar, que el daño moral siempre «es susceptible de compensación económica por más que tenga siempre un alto componente subjetivo en atención a las circunstancias de cada caso...» (STS-CON de 29 de marzo de 1999 [rec. 8172/1994]). Componente subjetivo en la fijación de la indemnización, determinado prudencial (pues no hay normas o parámetros fijos al respecto) lo que lleva siempre a una respuesta individualizada, caso por caso, teniendo en consideración que siempre es susceptible de indemnizarse económicamente el daño moral.

Ese margen de discrecionalidad en la apreciación del daño moral de la que gozan jueces y magistrados en el momento de fijación de la cuantificación económica puede ser definido como «criterio amplio de discrecionalidad jurídica», que viene definido por la STS-CIV 583/2015, de 23 de octubre cuando precisa que: «el daño moral, en cuanto no haya sido objeto de un sistema de tasación legal, dado que no puede calcularse directa ni indirectamente mediante referencias pecuniarias, únicamente puede ser evaluado con criterios amplios de discrecionalidad jurídica, según la interpretación que inveteradamente viene poniendo de manifiesto. Esta circunstancia diluye en cierta medida la relevancia para el cálculo del *quantum* indemnizatorio de la mayor o menor probabilidad de resultado impedido por la acción dañosa, en los casos de frustración de de-

rechos, intereses o expectativas. El daño patrimonial, sin embargo, aun cuando sea incierto, por no ser posible concretar su importe con referencia a hechos objetivos, por depender de acontecimientos futuros, si admite referencias pecuniarias, y por ello no debe ser apreciado con los criterios de discrecionalidad propio de los criterios de compensación aplicables al daño moral...»

Como fácilmente se aprecia, la interpretación de esta cuestión entronca bien con la perspectiva indemnizatoria que se implementa para compensar el daño moral.

i) EL IMPORTE ECONÓMICO DE LA INDEMNIZACIÓN FIJADO EN LA INSTANCIA SOLO PUEDE SER CORREGIDO O SUPRIMIDO CUANDO SE PRESENTE COMO DESORBITADO, DESPROPORCIONADO O IRRAZONABLE

La STS-SOC de 2 de febrero de 2015 (rec. 279/2013) entiende, en el contexto funcional de una demanda por vulneración del derecho a la libertad sindical, «que el importe de resarcimiento fijado prudencialmente por el órgano judicial de instancia únicamente debe ser corregido suprimido cuando se presente desorbitado, injusto, desproporcionado o irrazonable». Porque, como expresa la STS-SOC de 13 de julio de 2015 (rec. 221/2014), aunque ciertamente ha «de admitirse que si bien la fijación del importe de la indemnización por daños morales es misión del órgano de instancia», ello no obsta «para que sea fiscalizable en vía de recurso extraordinario y que quepa su corrección o supresión cuando –como ahora– se presente desorbitado, injusto, desproporcionado o irrazonable».

Es decir, aunque la determinación del *quantum* indemnizatorio no es material casacional, la determinación de las bases con arreglo a las cuales se ha de determinar el *quantum* indemnizatorio sí lo es⁴⁸. Ello conlleva que la corrección o modificación de la cuantía solo procede cuando la apreciación del órgano de suplicación se presenta desproporcionada o arbitraria (STSJ-SOC Galicia, de 15 de marzo de 2019 [rec. 173/2019]), porque, como reitera frecuentemente el TS, en este caso en el ATS-SOC de 8 de septiembre de 2020 (rec. 2221/2019), el «soberano criterio del juzgador de instancia solo podría ser modificado ante una desproporcionada, manifiesta y arbitraria cuantificación que se insertará en su sentencia...»⁴⁹.

⁴⁸ En este sentido véase CAVANILLAS MÚGICA, S.: «La motivación judicial por la indemnización por daño moral», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 20, ene.-dic. 2006.

⁴⁹ Aportando solidez doctrinal a la casuística véase TASCÓN LÓPEZ, R.: «La indemnización adicional en los casos de extinción...», ob. cit., p. 6.

Es un criterio bastante consolidado que reitera frecuentemente el TS, sin excesivas novedades en su enunciación⁵⁰.

Obviamente, no hace falta precisarlo, también puede fijarse la indemnización por primera vez en suplicación si no se ha fijado en la instancia por no calificar el despido como nulo⁵¹.

C) **Recapitulación integradora**

El análisis de las resoluciones comentadas provoca una reflexión prospectiva. Por un lado, tenemos lo que afirma la Sala IV, que ahora se enunciará de manera resumida pretendiendo ofrecer una panorámica de la interpretación jurisdiccional en la materia. Pero, por otro lado, tenemos lo que no afirma la Sala IV. Siendo esto último tan importante, quizá, como lo primero, o tal vez más.

De lo que afirma, de aquello de lo que tenemos completa seguridad por haberlo sostenido en el ejercicio jurisdiccional de sus competencias, puede construirse un panorama bastante diáfano sobre la cuestión que descansa en las siguientes premisas:

- No toda lesión de un derecho conlleva un daño moral.
- Puede presumirse que toda lesión de un Derecho Fundamental de la persona trabajadora lleva aparejada la aflicción de un daño moral.
- Todo daño moral debe ser resarcido en su integridad.

⁵⁰ Así, por ejemplo, sin ánimo de exhaustividad, véase STS-SOC de 16 de marzo de 1998 (rec. 1884/1997), quizá la más antigua en este sentido, cuando afirma que la cuantificación de la indemnización «que establece discrecionalmente la Sala de instancia, no es revisable, como norma general, por vía de recurso, y solo lo es excepcionalmente, en los casos en que exista una manifiesta desproporción entre el daño y la compensación económica fijada en instancia».

También pueden verse, en el mismo sentido, las SSTS-SOC de 12 de diciembre de 2005 (rec. 59/2005); de 24 de abril de 2007 (rec. 510/2006); de 17 de julio de 2007 (rec. 513/2006); 24 de junio de 2009 (rec. 622/2008); 25 de enero de 2010 (rec. 40/2009); 5 de febrero de 2013 (rec. 89/2012); 8 de julio de 2014 (rec. 282/13); 5 de febrero de 2015 (77/2014), y 768/2017, de 5 de octubre.

⁵¹ Expresamente en la STSJ-SOC Cantabria, de 29 de junio de 2017 (rec. 485/2017).

Véase también la singular temática que aborda STSJ-SOC Andalucía (Sevilla), de 29 de junio de 2017 (rec. 2377/2016) en un supuesto de nulidad del despido por discriminación por la ideología del trabajador despedido, que pertenecía a un partido político distinto al que gobernaba la corporación municipal. La sala aprecia que el hecho de que inmediatamente tras la toma de posesión del nuevo equipo de gobierno este haya procedido a extinguir las relaciones laborales de cinco trabajadores, incluido el marido de la actora, todo relacionados con el Partido xxx, afiliados o familiares de candidatos, constituyen indicios de la discriminación por la ideología política. Y no habiendo dado el Ayuntamiento demandado una justificación objetiva y razonable de la extinción del contrato de trabajo del actor, tras casi once años de prestación de servicios, entiende que el despido es nulo, aplicando para la cuantificación de la indemnización adicional el importe mínimo previsto para las infracciones muy graves. Exactamente los mismos hechos, aunque con otro litigante, naturalmente, sucedieron en la STSJ-SOC Andalucía (Sevilla), de 11 de octubre de 2017 (rec. 3097/2016), deduciéndose idéntica respuesta jurídica.

■ LA CUANTIFICACIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN POR DAÑO MORAL...

- La reparación del daño moral se realiza desde la técnica de la compensación, pues por sus propias características este daño no puede ser resarcido.
- El mecanismo de compensación del daño moral es económico.
- El justiciable debe identificar el Derecho Fundamental vulnerado.
- No es estrictamente necesario que aporte una prueba del daño moral padecido, pues, como se comenta, este se presume cuando se lesiona un Derecho Fundamental.
- Debe aportar, aunque sea indiciariamente, los elementos y bases que sirvan para cuantificar la indemnización que compense el daño moral padecido.
- No es exigible, no obstante, el acarreamiento de un material probatorio pleno, ni que se detalle con total exactitud y pulcritud los baremos y parámetros que se han tenido en consideración para la monetización del daño padecido.
- Los litigantes deben solicitar la cuantía económica que entiendan que compensa el daño moral padecido.
- La jurisdicción debe obligatoriamente pronunciarse sobre la cuantificación de la indemnización solicitada.
- Si la cuantificación del daño es costosa o su monetización resulte difícil para el justiciable el órgano judicial puede determinar su importe prudencialmente.
- El criterio de apreciación prudencial solo opera para la cuantificación de la indemnización por daño moral, no extendiéndose la regla para la concreción de otras indemnizaciones, paradigmáticamente la que procede por los daños y perjuicios de carácter económico que se infieren por la transgresión del Derecho Fundamental.
- Para la concreción económica de la indemnización pueden utilizar los operadores jurídicos –justiciable y Juez– las cuantías económicas y los criterios de gravedad que emplea la LISOS para la enunciación de las infracciones laborales.
- La cuantía total de la indemnización debe ser suficiente tanto para reparar el daño producido como para contribuir a la prevención de conductas similares.

La circunstancia más interesante de las muchas que no aborda la Sala IV quizá sea la del empleo de otros baremos distintos a la LISOS para la monetización de la indemnización. Desde luego no se sostiene que la LISOS sea el método de cálculo idóneo para valorar el daño moral. Ni tampoco que sea el único o el exclusivo a tener en consideración para este menester. No al menos expresamente.

Tanto de la lectura de la STC 247/2006, de 24 de julio, como, sobre todo, de las muchas (quizá demasiadas) del TS que la citan se deducen claramente dos conclusiones. En primer lugar, que no se impide, como de hecho se hace en la práctica en ocasiones, la posibilidad de utilizar otros baremos o parámetros para dicha cuantificación. Y, en segundo lugar, que se emplea más frecuentemente la LISOS por cuestiones «domésticas», de comodidad, facilidad, o cercanía. Es una norma conocida en el orden social, se emplea con frecuencia, utiliza escalas en la gradación de las sanciones que prevé, tipifica criterios de

agravación de la conducta (aunque no muchos) y es, sobre todo, suficientemente conocida por los operadores jurídicos del orden social.

Pero, ciertamente, no es una norma destinada al fin que se emplea y por ello surge la duda de si no sería más operativo acudir al empleo de otras normas, tendencialmente civiles, para determinar la indemnización del daño moral, calibrando esta pretensión indemnizatoria adicional por daño moral en el ámbito laboral del mismo modo a como se hace en el ámbito civil. Estaríamos hablando, en esencia, por tanto, de una singular pretensión civil embalada o enlatada en un procedimiento laboral, y sometida, por tanto, al orden jurisdiccional social, pero con aplicación de reglas propias del derecho privado general.

Dos problemáticas generales surgen para que esa operación hermenéutica sea solvente. En primer lugar, la ausencia de norma civil expresa para ello pues, como se verá más adelante, las normas conocidas son difícilmente exportables para la resolución de la pretensión que estamos tratando.

Y, en segundo lugar, tenemos que enfrentarnos con el problema, no menor, de que el procedimiento jurisdiccional civil se rige por los principios adjetivos dispositivo y de aportación de parte, por lo que la alegación del daño y la cuantificación de los perjuicios realmente causados en el orden moral de la persona deberían correr de cuenta exclusiva de quien los solicita, es decir, del demandante. Apréciase que esta circunstancia es, precisamente, la que la LRJS quiere evitar con el empleo del criterio del prudente arbitrio judicial, por lo que la coordinación de ambos tipos de normas y reglas jurídicas quizá no sea tan pacífica como a primera vista pudiera parecer.

Quizá la duda pueda empezar a despejarse cuando seamos capaces de organizar el mecanismo técnico de alegación empleando los parámetros civiles sin atender ahora a las cuestiones adjetivas, es decir, los aspectos de alegación y prueba. Porque no se trata de incorporar, con armas y bagajes, toda la mecánica procesal del orden civil al ámbito social, sino, más modestamente, de permitir el empleo de normas civiles para la monetización del daño. Luego, más tarde, una vez determinada esta cuestión, es decir: la cuantía de la indemnización, se abordarán las cuestiones procesales, básicamente si corresponde en exclusiva a la parte la tarea de alegación y prueba, o si puede el Juez Social, empleando el mecanismo del artículo 183 LRJS, flexibilizar estos dos aspectos aplicando el prudente arbitrio judicial para la concreción de la indemnización.

Por decirlo claramente, los baremos y los instrumentos técnicos que se emplean en el orden civil tienen su lógica y su operatividad porque se someten a un procedimiento gobernado por la mecánica dispositiva en cuanto a la alegación del daño, y a una lógica de aportación de parte en lo referente a la probanza de los hechos acaecidos, pero la efectividad de este mismo baremo en

un procedimiento como el social que no se gobierna (estrictamente) por estos dos principios puede no encajar del todo, especialmente en aquellos daños morales de producción colectiva. Porque lo que pretende la lógica del prudente arbitrio judicial es, sin más, descargar al trabajador de la necesidad de alegar y probar un daño difícilmente cuantificable. Y si consentimos la importación para el orden social de los mecanismos de cuantificación del daño civil lo tenemos que hacer irremisiblemente junto con (todos) los principios que informan el funcionamiento mecánico del mismo. Es aquí donde ya no se muestra tan sencilla la coordinación de sectores.

En el entendimiento de esta dificultad se encuentra la razón de fondo que explica la supervivencia de la LISOS como mecanismo idóneo para la cuantificación del daño moral. Porque no se ha encontrado otro instrumento que dote de mayor seguridad jurídica al sistema o que proporcione mayor facilidad para la cuantificación del daño.

Debemos tener presente, en todo caso, que bajo ningún concepto se niega el demandante pueda implementar mecanismos propios, más o menos imaginativos, de cuantificación del daño moral, empleando las normas (civiles o de otro tipo) o los parámetros o criterios que entienda más oportuno. Pero de la apreciación de cómo se ha deducido estas pretensiones por las personas trabajadoras, especialmente ante los Juzgados de lo Social, se aprecian dos conclusiones. En primer lugar, que, sin lugar a duda, es el instrumento más invocado (cuando realmente se invoca una norma y no se pide exclusivamente una cuantía) para la cuantificación el daño moral. Y, en segundo lugar, empujado quizá por esta circunstancia, que es el mecanismo técnico más utilizado jurisdiccionalmente para dicha monetización.

IV. EL CONCEPTO DE DAÑO MORAL INDEMNIZABLE

Aunque no se pretende disertar en este breve ensayo sobre el concepto de daño moral y su ortodoxa conformación técnico-jurídica, sí parece oportuno y razonable que se exponga, al menos sucintamente, sus características y sus elementos conformadores, que son, precisamente, los que dotan de sustantividad a la indemnización en vía social¹. Y aunque no hay, en puridad, un concepto propio y autónomo de daño moral social diferenciado del civil, los matices que aporta la jurisprudencia y la doctrina judicial social son los que verdaderamente nos interesan. Por eso, precisamente, en análisis dogmático pretendido va a estar muy apegado a la interpretación que del daño moral realizan los tribunales del orden social.

1. CARACTERÍSTICAS

Tanto la STS-SOC de 12 de diciembre de 2017 (rec. 25/2007) como la antecedente STS-SOC de 18 de julio de 2012 (rec. 126/2011) precisan, con idéntica redacción, que «Daño moral es aquel que está representado por el impacto o sufrimiento psíquico o espiritual que en la persona pueden desencadenar ciertas conductas, actividades o, incluso, resultados, tanto si implican una agresión directa a bienes materiales, como al acervo extrapatrimonial de la personalidad» de tal suerte que «daño moral es así el infringido a la dignidad, a la estima moral...»².

¹ Un análisis histórico legislativo muy completo del daño moral, tanto en su vertiente personal como colectiva puede verse en el ensayo que a esta cuestión dedica MORENO MARTÍN, M.^a D.: *El daño moral causado a las personas jurídicas*, Dykinson, Madrid, 2019, pp. 29-40.

² En los mismos términos lo resumen las posteriores SSTS-SOC de 5 de febrero de 2013 (rec. 89/2012), de 15 de abril de 2013 (rec. 1114/2012), de 11 de febrero de 2015 (rec. 95/2014), y de 5 de

Ambas acuden, para la conceptualización que realizan, a la cita de varias resoluciones de la Sala de lo Civil del TS que definen y perfilan el daño moral, diseñando sus características esenciales y exponiendo sus notas más singulares. Entre ellas, de manera muy destacada, la STS-CIV 583/2015, de 23 de octubre, que entiende como daños morales «aquellos que no son susceptibles de ser evaluados patrimonialmente por consistir en un menoscabo cuya sustancia puede recaer no solo en el ámbito moral estricto, sino también en el ámbito psicofísico de la persona y consiste, paradigmáticamente, en los sufrimientos, padecimientos o menoscabos experimentados que no tienen directa y secuencialmente una traducción económica»³.

La frecuentemente citada por la jurisprudencia social STS-CIV 366/2010, de 15 de junio precisa que «los daños morales, asociados frecuentemente por la jurisprudencia los padecimientos físicos o psíquicos, son aquellos que afectan a la integridad, la dignidad de la libertad de la persona, como bienes básicos de la personalidad», citando para su conceptualización a los Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil, especialmente su artículo 10:301⁴ y añadiendo una serie de elementos que deben tenerse en consideración tanto para la acreditación del daño, como para su valoración en el ámbito privado del derecho.

mayo de 2016 (rec. 179/2015). Sin emplear los mismos términos, pero en el mismo sentido, véase la STS-SOC de 22 de mayo de 2013 (rec. 266/2013).

Una resolución de suplicación muy clara en esta línea es la STSJ-SOC Castilla-La Mancha (Albacete), de 9 de julio de 2009 (rec. 233/2009) que apoya la indemnización adicional en «compensación al sufrimiento o dolor que se ha causado» por haber hecho públicas el empresario determinadas circunstancias de la vida privada de la trabajadora (embarazo no planificado, y ulterior aborto), lesionar sus intereses profesionales, generar una sensación de humillación al despedirla, y provocarle un cierto grado de estrés derivado de estas situaciones.

³ Casado Andrés recopila las sentencias más importantes desde el punto de vista conceptual de la sala primera del TS en esta materia en CASADO ANDRÉS, B.: «El concepto de daño moral bajo el prisma de la jurisprudencia», *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, vol. 9, mayo 2015, pp. 17-22.

⁴ El artículo 10:301 de los Principios de derecho europeo de la responsabilidad civil, titulado, «Daño no patrimonial» precisa: «(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. También puede resarcirse el daño no patrimonial de aquellas personas allegadas a la víctima de un accidente mortal o una lesión muy grave.

(2) En general, para cuantificar tales daños se tendrán en cuenta todas las circunstancias del caso, incluyendo la gravedad, duración y consecuencias del daño. El grado de culpa del causante del daño sólo se tendrá en cuenta si contribuye al daño de la víctima de modo significativo.

(3) En los casos de daño corporal, el daño no patrimonial corresponde al sufrimiento de la víctima y al perjuicio de su salud física o psíquica. En la cuantificación de las indemnizaciones (incluyendo las que correspondan a las personas allegadas a la víctima fallecida o que ha sufrido lesiones graves) se deberán conceder sumas indemnizatorias similares por aquellas pérdidas que sean objetivamente similares».

La utilización de estos principios para la reparación del daño moral ha sido estudiada por MATE SATUÉ, L. C.: «La delimitación del concepto de daño moral: un estudio de la cuestión en el ordenamiento jurídico español», *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 32, julio 2021, pp. 303-6.

En primer lugar, debe partirse de la base de que en esta materia existe una objetiva «dificultad para determinar el alcance de los bienes de la persona que son susceptibles de padecer un menoscabo imputable a la acción de otras personas».

En segundo lugar, que existe una «estrecha relación de los daños morales con los avatares de la convivencia humana», lo que impide «aplicar exclusivamente criterios fenomenológicos de causalidad para determinar su conexión con la conducta del deudor que incumple», exigiendo tener en cuenta para su determinación, en tercer lugar, «criterios de imputación objetiva, entre los cuales debe figurar el criterio de la relevancia del daño, pues solo aplicando estos podrá admitirse la lesión de un interés protegido por el Derecho».

Este «criterio de relevancia», que será tratado *infra* con más detalle y atención, pretende, básicamente, implementar «un criterio de imputación fundado en la conexión objetiva del daño moral con el incumplimiento», teniendo presente que el mero incumplimiento contractual puede no generar de forma automática un daño moral⁵, aunque, ciertamente, desde la perspectiva civil la evolución en la apreciación del daño ha transitado desde la indemnización de los dolores sicofísicos y de la *pecunia doloris* a las «incomodidades», a los «desplaceres» y a sus posibles evitaciones⁶, lo que necesariamente influye en la consideración del daño moral laboral, sobre todo en relación con su intensidad, aunque, en realidad, el daño no haya desplegado toda su intensidad lesiva, o ésta se haya manifestado en menor escala o gradación. Es decir, no se trataría tanto de apreciar o no que existe un daño moral, sino de calibrar la intensidad del mal que ha provocado.

Lo interesante de la perspectiva que aborda este parámetro de «relevancia», netamente patrimonial –como no podía ser de otra manera–, es que para la averiguación de la producción del daño debe distinguirse si el incumplimiento generador del mismo ha sido de buena o de mala fe. Así, con cita del artículo 1107 Código Civil, un deudor de buena fe responde de los daños y perjuicios «previstos o que se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación y que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento», mientras que el deudor de mala fe responde de «todos los que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación».

⁵ MACIÁ GÓMEZ, R.: «La dualidad del daño patrimonial y del daño moral», *Revista de responsabilidad civil y seguro*, núm. 36, 2010, p. 25. También lo aprecia así DÍEZ-PICAZO, L.: *El escándalo del...*, ob. cit., p. 73.

⁶ «Probablemente hay en ello algún cambio en posiciones ético-filosóficas de las sociedades contemporáneas porque de resarcir solo los dolores experimentados por situaciones injustas, pasamos a indemnizar el hecho de haber sufrido incomodidades, lo que significa que la vida debe estar llena de comodidades», en palabras de DÍEZ-PICAZO, L.: *El escándalo del...*, ob. cit., p. 52.

¿Puede llevarse este esquema de incumplimiento al despido, intentando diferenciar entre un despido de «buena fe» para aquellos en donde no se ha producido lesión de un Derecho Fundamental, y un despido de «mala fe» en aquellos otros en donde, efectivamente, se ha producido con violentación de un Derecho Fundamental?

No sólo no parece una interpretación forzada, sino que encaja bastante suavemente con el propósito que anida en el texto del artículo 183 LRJS. Por varias razones.

En primer lugar, por el propósito pedagógico del precepto, al pretender entre sus objetivos no solo la reparación del daño causado sino la evitación de conductas futuras similares, pretensión que sólo se justifica cuando el deudor se ha conducido con un dolo específico, circunstancia incompatible con un incumplimiento negligente. Y, sobre todo, en segundo lugar, por el propósito de integridad reparada que enuncia, pues la indemnización no se limita a los perjuicios (económicos y, por tanto, evaluables económicamente) efectivamente causados, sino que abarca también a los daños de moral, es decir a daños no económicos (y, por tanto, más difíciles de evaluar). Es decir, se pretende la indemnización de todos los daños ocasionados, sean materiales o inmateriales, y con independencia, naturalmente, de las dificultades que se experimentan en su valoración económica. Téngase en consideración, desde esta perspectiva, que la STC 61/2021, de 15 de marzo, ya analizada al comienzo de este trabajo, afirma, sin ambages, que cualquier tipo de violentación de Derechos Fundamentales debe ser indemnizada, con independencia de la cualificación que se anude al despido que sufre la persona trabajadora.

No parece descabellado, en esta línea, entender que la indemnización adicional por daños morales sería la consecuencia que anuda el ordenamiento laboral a un incumplimiento contractual de mala fe, y el contenido que prevé el artículo 1107 CC en relación con la reparación de todos los daños conocidos que se deriven del incumplimiento de la obligación de despedir sin lesión de los derechos fundamentales sería aquilatado por la indemnización que prevé el artículo 183 LRJS.

El problema se circunscribe, no obstante, en apreciar que la clásica responsabilidad civil por la producción de un daño moral tiene como presupuesto un acto ilícito⁷. Y en el ámbito social del derecho el despido no puede ser considerado un acto ilícito en sí mismo. Solamente cuando es abusivo, o lesiona bienes jurídicos de superior entidad, como son los Derechos Fundamentales, se

⁷ Así, con aportación de varios ejemplos jurisprudenciales civiles de mediados del siglo pasado, véase ÁLVAREZ VIGARAY, R.: «La responsabilidad por daño...», ob. cit., p. 103.

puede considerar que extravasa los límites del funcionamiento ordinario del sistema laboral. Y aún así, con muchas dudas, tanto dogmáticas como prácticas.

Desde este punto de vista, y siguiendo la premisa que nos impone el derecho civil, un despido con transgresión de Derechos Fundamentales debería ser considerado ilícito, y, por tanto, eventualmente generador de una responsabilidad adicional a la legalmente tasada en el ordenamiento laboral. Que esta conclusión es correcta –la que afirma que un despido con transgresión de Derechos Fundamentales puede calificarse de ilícito– lo confirma la circunstancia de que el propio ordenamiento prescribe para corregir tal disfunción la máxima sanción posible: la consideración de nulidad del hecho determinante del despido y la retroacción al momento anterior a producirse la agresión.

Pero la indemnización adicional por lesión de derechos fundamentales no está tasada, por lo que el órgano judicial se encuentra ante dos tensiones. Se encuentra, en principio, liberado de las ataduras de una norma en cuando a la determinación de su cuantía, pero constreñido, por otro lado, por la dificultad de implementar soluciones eficaces y moderadas dada la índole del quebranto que se ha padecido, lo que quizá explique, al menos en parte, que las cuantías de este tipo de indemnizaciones no hayan sido especialmente cuantiosas⁸.

Quizá, la indemnización adicional por transgresión de derechos fundamentales está jugando aquí, en este supuesto, un rol de sanción institucional por el abuso de derecho que siempre acontece en un despido con transgresión de Derechos Fundamentales.

En el funcionamiento ordinario, es decir, en el despido causal pero no justo, por expresarlo gráficamente, en el despido sin lesión adicional de derechos fundamentales, la indemnización viene tasada en el propio ordenamiento jurídico: aquella que corresponde por despido improcedente, extinción indemnizada o reintegro.

No parece, en esta línea de diferenciación de los diversos perjuicios que causa el despido, que pueda ser contestable el argumento que enuncia que la indemnización tasada por el ET para los supuestos de despido se relaciona directamente con los perjuicios laborales causados, compensando, en definitiva, un perjuicio profesional, mientras que la adicional por daño moral pretende compensar los perjuicios de otro tipo sufridos por la persona trabajadora: sociales, personales, etc, que la acción de despido «impropio» (inconstitucional, con violentación de Derechos Fundamentales) provoca⁹.

⁸ Como anticipaba MORALES ORTEGA, J. M.: «La incidencia de la Ley de Igualdad...», ob. cit., p. 13.

⁹ En esta línea, pero sin ser tan categórico, véase TASCÓN LÓPEZ, R.: «La indemnización adicional en los casos de extinción...», ob. cit., p. 6.

Por eso, precisamente, en este segundo supuesto se subraya la compatibilidad de ambos tipos de indemnizaciones. Obsérvese, que esta perspectiva de que la indemnización por daño moral pretende compensar daños distintos a los profesionales se ve reforzada si desde esta atalaya se lee el contenido del artículo 281.2.b) LRJS cuando permite para supuestos de no readmisión la fijación de «una indemnización adicional de hasta quince días de salario por año de servicio y un máximo de doce mensualidades» en «atención a las circunstancias concurrentes y a los perjuicios ocasionados por la no readmisión o por la readmisión irregular», pues es evidente que el ordenamiento sí tiene en consideración los perjuicios profesional especiales que genera el despido injusto.

Desde esta perspectiva no es aventurado inferir, por tanto, que en el despido con lesión adicional de Derechos Fundamentales el ordenamiento quiere que se sancione al empresario por el abuso de derecho con el que se ha conducido en ese despido. Y el ordenamiento en vez de sancionarlo desde el propio ET, o desde la LISOS como si fuera un incumplimiento empresarial y desplegar, con armas y bagajes, todo el aparataje institucional que acompaña a la imposición de las infracciones sociales, prefiere organizar una indemnización a favor del trabajador que ha sido sujeto paciente de la agresión a sus Derechos Fundamental, empleando para ello el único mecanismo compensador (o, al menos, el más importante y de uso generalizado) que se conoce en derecho privado: el dinero.

De esta manera la indemnización por daño moral esté jugando un rol de sanción institucional para corregir los comportamientos intolerables mediante los que se ha conducido el empresario en la gestión extintiva de su mano de obra, estableciendo «de forma automática una especie de indemnización punitiva en los supuestos de lesión de los derechos fundamentales»¹⁰.

Desde este punto de vista la indemnizatoria económica a la persona trabajadora despedida con transgresión de Derechos Fundamentales sustituye, claramente, a aquella que debiera ser impuesta por el tutelador institucional de las normas laborales por abuso de derecho por parte del empresario.

Sólo así se explica la ausencia de reparos doctrinales serios a la doctrina judicial del automatismo en la producción del daño moral, que en último extremo ha sido llevado a la norma procesal que facilita la intervención judicial en la concreción económica de la indemnización. Algo inaudito, si bien se mira, para un proceso jurisdiccional como es el social regido (al menos en parte) por los principios dispositivo y de aportación de parte.

¹⁰ En palabras de DESDENTADO BONETE, A.: «¿Una lesión de la libertad sindical...», ob. cit., p. 15.

2. REPAROS DOCTRINALES

La reparación indemnizada del daño moral ha debido superar, tanto en el ámbito civil –que es el que se ensaya y el que progresa– como en el laboral algunos reparos doctrinales para su plena y natural incorporación al quehacer jurisdiccional diario. Básicamente los siguientes ¹¹:

– Atribuir un valor económico a ciertos valores difíciles de determinar: la integridad física, la intimidad, el honor, etc.

– La difícil organización de un mecanismo reparador. Porque, como ya se ha comentado, no es un daño estrictamente indemnizable, pues «raramente se repara; sólo se alivia», funcionando la indemnización de manera «compensatoria o satisfactoria» más que resarcitoria ¹².

– Existe un «cierto desorden conceptual» en la enunciación de los diferentes tipos de daños que provoca una lesión a un Derecho Fundamental, sobre todo por la «confusa identificación entre el daño moral, que entendido en sentido estricto no es susceptible de demostración y cuantificación precisa, y los daños psíquicos, que efectivamente sí son evaluables a través de pruebas psicométricas o exámenes médicos» ¹³.

– Precisamente por su naturales «algo amorfa» cualquier indemnización que se conceda es «arbitraria», permitiendo a los tribunales emplear el concepto de forma extensiva, por lo que resultaría ilustrativo introducir, bien en una norma, bien en una práctica jurisdiccional aceptada desde la «auctoritas» del más alto Tribunal jurisdiccional patrio, un elenco, no exhaustivo de supuestos de daños morales. En este ensayo se proponen los siguientes: lesión de los derechos de la personalidad (generales: honor, intimidad, propia imagen, o especiales: autor); aflicción por el fallecimiento de un allegado; pérdida de liber-

¹¹ El resumen y los puntos destacados, entrecomillados en este punto del ensayo y en el siguiente, ha sido extraído del magnífico artículo de CAVANILLAS MÚGICA, S.: «La motivación judicial por la indemnización...», ob. cit., pp. 157-8.

¹² «Es imposible que una persona moralmente dañada, en este caso por la vulneración de uno o varios de sus derechos fundamentales, pueda ser reparado, en la misma especie y calidad, el daño que se le ha causado. Entendiendo que nuestra sociedad ha superado la tapa del talión la única forma de reparar ese daño es con una indemnización económica que se proyecte en el doble plano de la reparación a la víctima y la prevención de conductas similares por parte del infractor, en lo que tímidamente recuerda los daños punitivos de la tradición judicial anglosajona», RODRÍGUEZ HERNÁNDEZ, J.: «La indemnización por daños y perjuicios morales en el despido de la trabajadora embarazada. Una polémica muy viva», *La Ley*, núm. 9984, 7 de enero de 2022, versión digital: *La Ley* 13761/2021, p. 4.

¹³ Como nos advierte ÁLVAREZ ALONSO, D.: «La indemnización por lesión de derecho fundamentales en el ámbito laboral y la problemática de los “daños morales”», *Relaciones Laborales*, núm. 9, sep. 2014, versión digital: *La Ley* 5100/2014, p. 9.

tad, miedo, desasosiego, zozobra, angustia, ansiedad, incomodidad, humillación o frustración por incumplimientos contractuales, destrucción de vivienda, padecimiento de delitos violentos, etc.; dolor o sufrimiento (*pecunia doloris*), y pérdida de la capacidad y oportunidad de disfrute de determinados bienes o derechos¹⁴.

Desde que el Tribunal Supremo en su sentencia de 6 de diciembre de 1912¹⁵ admitió, aunque con muchos más reparos que los que sus exégetas actuales aprecian, la existencia de daños morales en el genérico concepto de “daño” indemnizable¹⁶, la labor de los tribunales, esencialmente civiles, ha consistido, básicamente, en proyectar su hermenéutica en dos direcciones. En primer lugar, sobre la prueba del daño moral. Y, en segundo lugar, sobre la organización de parámetros y criterios jurídicos técnicos estables de concreción y determinación de la indemnización económica que satisfaga el daño causado¹⁷.

¹⁴ Un elenco más completo de dichas manifestaciones puede verse en MAGRO SERVET, V.: «Aproximación a la cuantía de las indemnizaciones por daño moral y criterios para la determinación del cálculo», *La Ley*, núm. 9944, 3 nov. 2021, versión electrónica: *La Ley* 10451/2021, p. 6.

A las menciones referenciadas en el texto pueden adicionarse las siguientes que propone: sentimiento de depresión de la autoestima, de vergüenza, de culpabilidad, de inferioridad, de inseguridad, de privacidad violada, conductas compulsivas originadas con la ofensa, síndromes de ansiedad, alteraciones del sueño, consumo compulsivo o adicción a fármacos o drogas, la disminución de la confianza externa, y la limitación de las expectativas sociales ya adquirida.

¹⁵ Coincide la generalidad de la doctrina en apreciar que esta resolución es la primera que admite el daño moral. Los hechos acaecidos eran, cuanto menos, peculiares. Un periódico (*El liberal*) publicó una noticia (luego demostrada falsa) que narraba que un sacerdote se había «fugado» con la hija quinceañera del alcalde de Totana. Cuando salta la noticia el sacerdote se suicida, proyectándose la sentencia sobre la debida protección de la honra, el honor y la fama de la mujer, en relación con los fines que juega en el hogar familiar dichos bienes inmateriales en una sociedad pública. El supuesto de hecho es narrado por CASADO ANDRÉS, B.: «El concepto de daño moral bajo...», ob. cit., p. 5. También la considera un precedente de autoridad Díez-Picazo, aunque precisando que aunque sí «reconoció la existencia de una lesión del honor» lo «que no nos dijo nunca es si el daño experimentado se podía llamar daño moral y menos todavía en qué podía consistir». Díez-Picazo, L.: *El escándalo del...*, ob. cit., p. 67.

¹⁶ La STS-SOC de 11 de junio de 2012 (rec. 3336/2011) precisa que «... no puede obviarse que desde la STS/1.ª 06/12/1912 dirá carta de naturaleza al daño moral, el mismo siempre se ha ubicado en la exégesis de la amplia fórmula « reparar el daño causado» utilizada por el artículo 1902 CC (bajo la idea de impacto sufrimiento psíquico/espiritual que en el interesado puede producir la vulneración de ciertos derechos), y que como daño que es también ha de ser objeto de prueba, lo mismo que el daño material, sin que surja de manera automática...».

¹⁷ La jurisprudencia civil ha evolucionado en tres direcciones. En primer lugar, inadmitiendo la reparación de los daños morales, en una segunda fase admitiendo la reparación de las repercusiones patrimoniales que se derivan de la producción de un daño moral. Solamente en una tercera el daño moral ha gozado de autonomía y sustantividad propia, al margen de las posibles repercusiones patrimoniales que pudiera llevar aparejada la lesión. La datación de las fases y el análisis de sus características es de MORENO MARTÍN, M.ª D.: *El daño moral...*, ob. cit., pp. 55-81.

Un exhaustivo estudio con numerosas aportaciones jurisprudenciales puede verse en GARCÍA SERRANO, F. de A.: «El daño moral extracontractual en la jurisprudencia civil», *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 25, núm. 3, 1972, pp. 812-27.

Pero, en realidad, más que una labor de auténtica conceptualización, sometiénolo a parámetros de organización y sistemática doctrinal o dogmática, la jurisprudencia se ha dedicado a destacar, a medida que se enfrentaba a casos cada vez más numerosos y complejos, los elementos que componen dicho daño, las circunstancias en las que se produce, y los mecanismos técnicos mediante los que se resarce¹⁸, sin destilar realmente un cúmulo de axiomas o reglas apriorísticas técnicas con las que enfrentar la resolución de los futuros asuntos. Porque, ciertamente, estamos en presencia de una materia refractaria a la organización conceptual, dada la idiosincrasia del daño, la forma en la que se provoca y produce, el sujeto paciente que lo sufre, las técnicas de alegación y prueba jurisdiccional de su producción, y los mecanismos técnicos de monetización del daño causado.

En el ámbito laboral su introducción, normalización y uso, como se analizó sucintamente *supra*, es mucho más reciente que en el ámbito civil. Y su funcionamiento inicial se ha visto evangelizado por la fe del neófito, recién convertido a la nueva doctrina, que se posiciona claramente a favor del automatismo en la producción de un daño moral cuando ha acaecido la transgresión de un Derecho Fundamental, incluso para supuestos en los que ni queda constancia fehaciente de la producción del referido daño, ni han empleado parámetros organizados de calibración de la indemnización compensadora.

A estas características dificultades relacionadas de la evanescencia del concepto, el orden social ha tenido que luchar contra esa otra tendencia «facilona» de conceder la indemnización presuponiendo el daño moral, y también contra otras dos inercias: la facilidad operativa (tanto desde el punto de vista de las alegaciones de los justiciables, como desde el punto de vista de quien debe resolver la cuestión) que supone aglutinar en una sola indemnización los perjuicios (económicos, patrimoniales, por tanto) realmente causados y el daño moral supuesto, y contra la utilización de la indemnización como si se tratase de un instrumento sancionador al empresario, lo que legitimaría, o al menos mesuraría, cualquier defecto o exceso en la cuantificación de la indemnización en el que incurriera la parte afectada por la lesión¹⁹.

¹⁸ CASADO ANDRÉS, B.: «El concepto de daño moral bajo...», ob. cit., p. 6.

¹⁹ La muy interesante STSJ-SOC Madrid, de 29 de marzo de 2005 (rec. 6026/2004) desestima la indemnización solicitada porque el propósito del demandante no era la satisfacción, mediante la indemnización solicitada, de su derecho lesionado, sino implementar una encubierta sanción a la empresa para castigarla económicamente.

3. CONFIGURACIÓN TÉCNICA

Más allá de la novedosa inclusión en el concepto de daño del de carácter moral y de su consideración como una forma peculiar –distinta, no objetiva, y difícil de determinar– de responsabilidad civil, parece claro que la delimitación técnica del concepto en sí mismo considerado, así como su «exportación» hacia el ámbito social del derecho, es una tarea ardua y no exenta de dificultades y controversias²⁰. Por varias razones.

En primer lugar, por la tendencia –doctrinal y jurisprudencial– a situar este tipo de daño en la esfera de los daños extrapatrimoniales, lo que los ubica y sitúa en una esfera amplia, imprecisa, esencialmente intuitiva y muy propicia a la casuística²¹, con soluciones muy apegadas a la realidad de cada asunto concreto, pero, por esta misma razón, difícilmente generalizables para la enunciación de teorías generalistas.

Ahora bien, «el carácter extra patrimonial del daño» no impide, como precisa la STSJ-SOC Andalucía (Sevilla), de 21 de febrero de 2017 (rec. 631/2017) «que sea susceptible de indemnización», entendiéndose que «este tipo de indemnización reparadora no depende de que el daño se haya producido realmente, sino de la situación de perjuicio al bien jurídico tutelado, por lo que no cabe vincularla al concepto de daño patrimonial del derecho civil, pues no se está ante una mera valoración del daño económico», apreciando seguidamente «que se trata de una tutela reparadora que ha de interpretarse desde la perspectiva de la protección constitucionalmente establecida, por lo que la condena no puede limitarse a cumplir un objetivo meramente satisfactorio».

²⁰ Un repaso concienzudo de las mismas lo realiza CASADO ANDRÉS, B.: «El concepto de daño moral. Estudios doctrinales», *Revista de Derecho UNED*, núm. 18, 2016, p. 400. Desde otro punto de vista más generalista el cúmulo de teorías sobre su vinculación con el daño patrimonial y las diferentes corrientes doctrinales para definir el concepto y marcar sus características más definitorias por contraposición al clásico daño patrimonial están muy bien expuestas en OROZCO GADEA, G.: «Concepto de daño moral», *Revista de Derecho* (de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Centroamericana), núm. 28, 2020, pp. 5 y ss.

²¹ Es lugar común en la doctrina civilista incluir los daños morales en los de carácter extrapatrimonial, referidos o relacionados con los derechos de la personalidad o los personalísimos. Así, por ejemplo, y sin ánimo de exhaustividad, véanse: GARCÍA SERRANO, F. de A.: «El daño moral extracontractual...», ob. cit., pp. 802-3, y más desarrolladamente en pp. 804 y ss., y ÁLVAREZ VIGARAY, R.: «La responsabilidad por daño...», ob. cit., p. 81.

En un parecer matizado, ligeramente contrario aunque no tanto como su propósito enunciativo parece albergar, se posiciona el apreciar de DOMÍNGUEZ LÓPEZ, E.: «El daño moral: intento de concreción de un concepto», *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 7, 2003, pp. 263, y 4. El trabajo es especialmente interesante para apreciar cómo se han conducido los esfuerzos legislativos que pretendieron históricamente introducir en el concepto de daño el de carácter extrapatrimonial.

Para una correcta línea de análisis de esta cuestión debe partirse de esta base, que es la que se emplea usualmente en el ámbito civil. Como muestra podemos citar la STS-CIV 232/2016, de 8 de abril en el conocido asunto del buque de recreo Costa Concordia²² que, a nuestros efectos, contiene dos premisas –en realidad una y su excepción– de muy interesante desarrollo y proyección hacia la indemnización que se está analizando en el ámbito social del derecho. La primera se relaciona con que «la indemnización por daño moral queda comprendida en las cantidades que se conceden para el resarcimiento de los diferentes conceptos susceptibles de indemnización con arreglo al mismo –baremo– [de tráfico, en atención al principio de reparación íntegra], pues su indemnización por separado solo es posible en aquellos supuestos en que la ley lo concibe expresamente como un concepto independiente, lo que no es el caso». Pero la segunda premisa –la excepción– repara en que «... esta Sala debe matizar o complementar ahora esa doctrina jurisprudencial en el sentido siguiente: la utilización de las reglas del Baremo como criterios orientadores, es decir, para cuantificar las indemnizaciones por los perjuicios causados a las personas como consecuencia del daño corporal no ocasionado por un hecho de la circulación (de un vehículo de motor), no excluye la indemnización por separado de los daños morales que no sean consecuencia del referido daño corporal; requisito, éste último, que elimina por hipótesis la posibilidad de una doble indemnización por el mismo daño moral».

La consecuencia de todo ello es que a todos los pasajeros de ese buque se le indemnizó por los perjuicios personales de carácter moral que sufrieron con ocasión del naufragio, y que, además, a la mayor parte de ellos, se les indemnizó adicionalmente por los perjuicios personales que se derivaron del daño corporal psíquico que se les infligió por el mismo hecho del naufragio²³. Dos tipos bien diferenciados, en definitiva, de indemnizaciones: los perjuicios efectivamente causados, y los daños de orden o naturaleza moral «que no sean consecuencia del referido daño corporal».

Lo importante, en relación con estos últimos, es que se reconoce «la indemnización por daño moral como un daño independiente autónomo y sin

²² Un trabajo que resume muy bien el asunto debatido, las posiciones enfrentadas, así como los argumentos de la resolución es el de DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, P.: «Daño moral sufrido por los pasajeros del Costa Concordia por la angustiada situación sufrida en el naufragio, distinto del daño consecuencia del daño corporal sufrido por algunos pasajeros: compatibilidad y prueba», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 17/2016, pp. 254 y ss.

²³ Un comentario pormenorizado de esta resolución, de donde hemos extraído las ideas plasmadas en el texto, es el de MEDINA CRESPO, M.: «Indemnización separada y compatible por daños morales corporales y por daños extracorpóreos», *Revista de la Asociación Española de Abogados Especialistas en Responsabilidad Civil y Seguro*, núm. 58, 2016, pp. 14-5.

ningún tipo de condicionante o limitación en los supuestos donde junto a él se solicite un daño de distinta naturaleza, sometido tan sólo a la necesidad de prueba sobre su existencia y por supuesto sobre su cuantificación»²⁴.

En realidad, no es exagerado afirmar que, de un tiempo a esta parte de manera muy acusada, existe una tendencia a confundir ambos tipos de daños, dándole, además, una solución unitaria desde el punto de vista indemnizatorio²⁵, lo cual es altamente perturbador, no sólo para la apreciación técnica de ambos tipos de daños, sino también, especialmente, para la cuantificación individualizada de las indemnizaciones que proceden por cada uno de ellos, especialmente en supuestos en los que los daños infligidos (patrimoniales y morales) procede de una única acción dañosa y de un único agente provocador.

En segundo lugar, porque el propio concepto carece de una significación concreta y particular, pues se integra y define por la acumulación de supuestos particulares generalmente muy heterogéneo y difícilmente agrupables conceptualmente en una dinámica dogmática estanca, cerrada y sometida a interpretaciones bajo reglas comunes. La ausencia de una normativa que, al menos, esboce los rudimentos técnicos que deben ser tenidos en consideración para la apreciación del daño moral dificulta sobremanera cualquier hermenéutica legal²⁶, configurándose el concepto, en definitiva, con una significación abierta, no tipificada²⁷, flexible, líquida, y vaporosa²⁸.

En tercer lugar, porque el propio concepto se encuentra sometido a una evolución constante, no solo desde la perspectiva dogmática o conceptual –que también–, sino, sobre todo, desde su apreciación jurisdiccional, que, mediante la técnica de aluvión, inunda el concepto con cada vez más matices desde el estudio de los diferentes supuestos de hecho²⁹, siendo dificultoso, en definitiva, considerar los daños de manera autónoma o indepen-

²⁴ En palabras de LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, J.: «Daño moral: prueba de su existencia y de su cuantía», *Revista Responsabilidad Civil y Seguro*, núm. 70, 2019, p. 8.

²⁵ Así, por ejemplo, y a salvo de lo que se estudiará más adelante, véase MEDINA CRESPO, M.: «Indemnización separada y compatible por daños morales corporales...», ob. cit., p. 10.

²⁶ Esta apreciación, con más o menos riqueza de matices, la despliega la generalidad de la doctrina. Como muestra véase: MATE SATUÉ, L. C.: «La delimitación del concepto de daño moral...», ob. cit., p. 280.

²⁷ En palabras de CAVANILLAS MÚGICA, S.: «La motivación judicial por la indemnización...», ob. cit., p. 156.

²⁸ El Proyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Digital del Servicio Público de Justicia, tramitado en las Cortes Generales desde el 12 de septiembre no contiene medida alguna que facilite la monetización de la indemnización, como por otra parte es natural. El texto de la Proposición puede consultarse en el siguiente enlace: https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/A/BOCG-14-A-116-1. PDF

²⁹ Las tres características están extraídas de CASADO ANDRÉS, B.: «El concepto de daño moral. Estudios...», ob. cit., pp. 400 a 402.

diente de otros más tradicionales y, por tanto, sometidos a reglas de apreciación y probanza ya conocidas³⁰.

En cuarto lugar, porque en numerosas ocasiones un mismo acto lesivo agrede tanto a los derechos patrimoniales como a los de índole extrapatrimonial o relacionados con la personalidad, entre los que se incluye el daño moral³¹, siendo difícil discernir entre unos y otros en lo que importa a su indemnización, pues los de orden contractual tienen cauces de cuantificación más precisos y eficaces que los que valoran y miden el daño extracontractual, sujeto, por definición, como se analiza, a mecanismos de cuantificación más elásticos y flexibles. Téngase en consideración, además, que la figura del daño extracontractual se ha utilizado, en no pocas ocasiones, como receptáculo de indemnizaciones cuando la prueba del daño contractual ha sido dificultosa, «porque la asignación de esta naturaleza al daño les facilita su reconocimiento y cuantificación»³², lo que dificulta aun más si cabe la cuestión.

Y es en este punto donde el quehacer de la jurisdicción social merece, cuanto menos, una reflexión pausada y serena, pues en no pocas ocasiones se recurre a «la utilización del daño moral para establecer de forma automática una especie de indemnización punitiva en los supuestos de lesión de los derechos fundamentales»³³, y quizá no sea este, exactamente, el propósito querido por la norma. Es decir, en no pocas ocasiones se detecta un propósito reparador por la mera lesión, sin detenerse a vislumbrar si, efectivamente, el daño se ha producido, funcionando el «automatismo» con toda su capacidad expansiva, que es mucha.

Puede detectarse, en esta línea, que «con la reparación del daño moral muchas sentencias buscan o bien evitar una prueba difícil de determinados daños patrimoniales (en la mayoría de los casos los únicos existentes) o bien castigar al causante del daño (cuando en nuestro ordenamiento es prácticamente unánime la afirmación de que la responsabilidad civil no cumple una función punitiva)»³⁴. Desde esta perspectiva la indemnización por daño moral

³⁰ Por eso, precisamente, la evolución del concepto se nos presenta como «inespecífica» e «imprevisible», como la caracteriza LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, J.: «Daño moral: prueba...», ob. cit., p. 8.

³¹ Expresamente DOMÍNGUEZ LÓPEZ, E.: «El daño moral: intento...», ob. cit., p. 264, y MORENO MARTÍN, M.^a D.: *El daño moral...*, ob. cit., p. 41.

Un ejemplo claro de esta dualidad de daños se presenta en el análisis de los «daños ruidógenos» como aporta MEDINA CRESPO, M.: «Indemnización separada y compatible por daños morales corporales...», ob. cit., p. 18.

³² MATE SATUÉ, L. C.: «La delimitación del concepto de daño moral...», ob. cit., p. 283.

³³ En aguda apreciación de DESDENTADO BONETE, A.: «¿Una lesión de la libertad sindical...», ob. cit., p. 15.

³⁴ RODRÍGUEZ GUITIÁN, A. M.^a: «Indemnización del daño moral derivado del incumplimiento contractual», *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 56, núm. 2, 2003, p. 831.

perseguiría compensar los perjuicios que el beneficiario sufre «en su vida personal (dolor físico y sufrimiento psíquico) y sociofamiliar (su capacidad de comunicarse o relacionarse afectivamente, por ej.), pues suponen la pérdida o deterioro de bienes que se integran con signo positivo en la función de utilidad del perjudicado, pero no aquellos que afectan negativamente a las actividades económicas o laborales»³⁵.

En quinto lugar, porque cada sector del ordenamiento jurídico maneja su propio concepto del daño moral, dotándole de una fisonomía y unas características propias, a veces no fácilmente intercambiables o compatibles entre distintos sectores del ordenamiento jurídico, pudiendo detectarse, como línea general, un propósito resarcitorio general que opera desde la premisa de que «las penas con pan son menos»³⁶.

En sexto lugar, como se analizará más detenidamente *infra*, porque la valoración del resarcimiento es una operación netamente jurisprudencial, sometida a lo que pudiéramos denominar «método del caso», en donde la ausencia de una normativa específica en la materia permite un gran juego interpretativo en su conformación y aquilatación por parte de todos los operadores jurídicos, tanto las partes pleiteantes como el Magistrado juzgador. Ello aporta riqueza y vivacidad conceptual y satisface las exigencias que se derivan del Derecho a la Tutela Judicial Efectiva, pero a costa de poder implementar una organización dogmática «fuerte» que deduzca sus axiomas técnicos aplicativos de parámetros interpretativos rígidos, y, por tanto, aplicables a la generalidad de los asuntos.

En séptimo lugar, «porque puede y debe ponerse en tela de juicio la aceptación indiscriminada por buena parte de nuestros tribunales de la reparación del daño moral ocasionado a raíz del incumplimiento de un contrato, tendencia que se apoya probablemente en una ampliación excesiva de la noción de daño moral»³⁷. Es lo que con anterioridad hemos denominado tendencia «facilona», cuya expansión se ha visto favorecida por la aplicación indiscriminada del principio de «automaticidad».

³⁵ Como lo aprecia Gómez Pomar, que enuncia los siguientes bienes como componentes de ese grupo: la salud, la vida, la libertad, la tranquilidad de ánimo, la honorabilidad sexual y el apego a la vivienda propia (al margen de su valor patrimonial). GÓMEZ POMAR, F.: «Daño moral», *InDret* (Revista para el análisis del Derecho), núm. 1/2000, p. 6, y pp. 6-10.

³⁶ Gómez Pomar aprecia que «las Salas del Tribunal Supremo se aproximan al problema de la indemnización del daño moral sin aparente criterio teórico y resuelven los casos de daños de esta naturaleza inspirados por la máxima.../... “las penas con pan son menos”». GÓMEZ POMAR, F.: «Daño moral...», ob. cit., p. 6.

³⁷ En palabras de RODRÍGUEZ GUITIÁN, A. M.^a: «Indemnización del daño moral derivado...», ob. cit., p. 831.

Y, en octavo lugar, porque la dificultad probatoria de los daños producidos y la cuantificación económica de los mismo son factores que dificultan la creación de interpretaciones homogéneas que tiendan a implementar soluciones generales ante cualquier supuesto de hecho³⁸, escapando de la lógica unificadora de la doctrina e introduciéndonos en una dinámica jurídica, caso por caso, un tanto extraña al derecho privado continental³⁹.

No cabe duda, sin embargo, que la capacidad «creativa» para entender determinados daños incluidos en el concepto moral viene siempre mesurad por criterios de apreciación jurisprudencial. Así, por ejemplo, siguiendo la STS-SOC de 11 de mayo de 2012 (rec. 1554/2011) es rechazable «... la calificación de “indemnización” al importe de los honorarios satisfechos al abogado por procedimiento en tutela de derechos fundamentales y sin perjuicio de las reglas generales a todos los procesos sobre las reglas de buena fe e incumplimiento de obligaciones procesales contenidas en el referido artículo 75 LRJS».

El valor, por tanto, de la jurisprudencia en esta materia, quizá más que en otras, es trascendente, al punto de poder afirmar que, en realidad, nos encontramos ante unas cuestiones, las que determinan conceptual y prácticamente la existencia del daño moral, que son de neta construcción jurisprudencial⁴⁰.

Sin embargo, desde la óptica dogmática puede contribuir a aclarar el panorama si en vez de adoptar una perspectiva que tiene en consideración únicamente dos tipos de daños: patrimoniales (económicos) y extrapatrimoniales (morales), adoptamos una triple clasificación que comprendería junto con los clásicos y conocidos daños de carácter patrimonial (daño emergente y el lucro cesante) sometidos a su dinámica probatoria específica, una división en los daños de carácter extrapatrimonial en dos categorías⁴¹.

Por un lado, los daños biológicos y los infligidos a la salud de la persona trabajadora, que incluyen tanto los daños corporales directos como los psíquicos inmediatos y las secuelas físicas o psicológicas más o menos per-

³⁸ García de la Serrana precisa que el daño moral es peculiar «por su propia naturaleza pero también por su dificultad a la hora de cuantificarlo, es decir, presenta problemas de prueba tanto en el momento de determinar su existencia o no pero también cuando lo que nos proponemos es valorar ese daño para poder reclamar por el mismo». LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, J.: «Daño moral: prueba...», ob. cit., p. 5.

³⁹ Sin tantos matices, pero transitando por esta misma idea puede leerse a DOMÍNGUEZ LÓPEZ, E.: «El daño moral: intento...», ob. cit., p. 270.

⁴⁰ Expresamente, con citas doctrinales en el mismo sentido, véase CASADO ANDRÉS, B.: «El concepto de daño moral bajo...», ob. cit., p. 2.

⁴¹ El desarrollo esta brillante idea, que se sigue en este ensayo, es de ÁLVAREZ ALONSO, D.: «La indemnización por lesión...», ob. cit., p. 10.

manente, esa diferencia, en estos momentos, parece irrelevante. Todos estos tipos de daños son susceptibles de evaluación objetiva, por lo que su acreditación mediante los mecanismos de prueba no debe erigirse en un obstáculo para su concreción y posterior monetización en una indemnización, está sí, reparadora.

Y junto con éstos, dentro de la categoría de los daños extrapatrimoniales, se situaría el daño moral en sentido estricto⁴², que se circunscribe, básicamente, a los quebrantos producidos en el «ámbito existencial subjetivo de la persona», en su espíritu, en su dignidad. Este tipo de daño extrapatrimonial, pero solamente éste, no es susceptible de una prueba plena como sí lo son los dos anteriores (económico y los de tipo biológico o relacionados con la salud), siendo dificultosa la cuantificación de la indemnización resarcitoria⁴³. Por eso, precisamente, se suele concluir el discurso sobre la indemnización de este tipo de daños afirmando que lo más que puede hacerse es compensarse el daño causado, pero no resarcirlo completamente, como sí se puede conseguir con los otros dos daños señalados.

Pues bien, para la cuantificación económica de este tipo de daños, exclusivamente estos daños, está pensada la regla procesal que enuncia el artículo 183 LRJS mediante la cual se puede concretar la cuantía de la indemnización compensatoria mediante el prudente criterio judicial. Pero sólo para este tipo de daños, no para los anteriores.

4. EL ESBOZO DE UN CONCEPTO

Resumiendo las aportaciones doctrinarias y jurisprudencia sobre daño moral podemos deducir que en seno se encuentra el impacto o el sufrimiento físico o espiritual que en las personas pueden producir ciertas conductas, actividades o incluso resultados, provocados o producidos por terceras personas, dando cabida a manifestaciones altamente subjetivas como pueden ser: impotencia, zozobra, agitación, preocupación, angustia, trastorno de ansiedad, impacto emocional, sensación anímica de inquietud, pesadumbre, temor, impacto emocional, e incertidumbre, incluyendo, además, tanto

⁴² Se insiste que la enunciación de esta idea no es propia sino de ÁLVAREZ ALONSO, D.: «La indemnización por lesión...», ob. cit., pp. 10 y 11.

⁴³ Es más «cabría incluso dudar de la idoneidad de la indemnización pecuniaria como medio de reparación frente a esta clase de daños situados por definición más allá de los intereses materiales o puramente crematísticos, y a los que repele en cierto modo, todo intento de monetización», ÁLVAREZ ALONSO, D.: «La indemnización por lesión...», ob. cit., p. 10.

el dolor como los padecimientos físicos o psíquicos injustamente causados, así como el daño a la estima personal o colectiva, a la dignidad, a la reputación o a la consideración social del sujeto ⁴⁴.

En definitiva, el concepto de daño moral se fundamenta en los sentimientos, el sufrimiento, en la reputación o en la angustia que afecta a la esfera psicofísica de la persona pero que puede suponer el menoscabo de los bienes y derechos de la personalidad ⁴⁵ (o inmateriales ⁴⁶).

De lo que no hay duda es que «el daño moral está indiscutiblemente unido a un derecho que se puede llamar personal, y que, por consiguiente, tiene que tener su origen en una lesión especialmente importante de la personalidad humana o, si se quiere decir de otra manera, desde un punto de vista resultadista: todo daño moral arranca de una lesión de bienes y derecho de la personalidad» ⁴⁷, por lo que puede definirse como «la afectación de la esfera sicofísica que es consecuencia de la lesión de un derecho o bien de la personalidad» ⁴⁸.

A la intrínseca dificultad de emplear conceptos altamente evanescentes en su misma consideración, se le suma otras dos añadidas.

En primer lugar, que los sentimientos de zozobra, pesadumbre y los sufrimientos generalmente se relacionan con los sentimientos que experimentas las personas, siendo «innumerables» ⁴⁹ las situaciones en que se puedan experimentar, sirviéndonos, como se analizará seguidamente, del criterio de relevancia

⁴⁴ La generalidad de la doctrina destaca alguna de las notas mencionada, por lo que huelga una cita específica. Baste como acotación general los trabajos ya citados de CASADO ANDRÉS, B.: «El concepto de daño moral. Estudios...», ob. cit., p. 404, y de MORENO MARTÍN, M.^a D.: *El daño moral...*, ob. cit., pp. 57-81, que aporta numerosos pronunciamientos judiciales civiles sobre cada una de las categorías mencionadas.

⁴⁵ Es la conclusión a la que llega CASADO ANDRÉS, B.: «El concepto de daño moral. Estudios...», ob. cit., p. 420.

La agrupación conceptual de supuestos de esta autora en el ámbito civil es la siguiente: honor personal, profesional, o mercantil; derechos de la personalidad: honor, intimidad familiar y propia imagen; la vida y la integridad física; ámbito afectivo; y otra agrupación más abierta relacionada con supuestos varios difícilmente encasillables: perjuicio estético, deformidad, pérdida de agrado, perjuicios de tipo sexual. CASADO ANDRÉS, B.: «El concepto de daño moral bajo...», ob. cit., pp. 7 a 17.

Los bienes cercanos al ámbito afectivo serían los siguiente: sentimiento de depresión de la autoestima, sentimiento de vergüenza, de culpabilidad, de pena, de inferioridad, de inseguridad, de indignidad, de privacidad violada, de incapacidad subjetiva, generador de conductas compulsivas, síndromes de ansiedad o ansioso depresivos, alteración del sueño, consumo compulsivo o adicciones a fármacos o drogas, inseguridad o incapacidad para intervenir o debatir sobre determinados aspectos, deshonor público o privado, desprestigio, aminoramiento de la pública credibilidad, disminución de la confianza externa, limitación de las expectativas sociales ya adquiridas, y, en general, todo aminoramiento de la garantía personal ante terceros. El elenco es de MACIÁ GÓMEZ, R.: «La dualidad del daño...», ob. cit., pp. 24-5.

⁴⁶ RODRÍGUEZ GUTIÁN, A. M.^a: «Indemnización del daño moral derivado...», ob. cit., p. 831.

⁴⁷ Díez-PICAZO, L.: *El escándalo del...*, ob. cit., p. 89.

⁴⁸ Díez-PICAZO, L.: *El escándalo del...*, ob. cit., p. 92.

⁴⁹ LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, J.: «Daño moral: prueba...», ob. cit., p. 6.

para objetivar cuándo nos encontramos, y cuándo no, ante un hecho que, para el común de los mortales (para la persona media, diríamos), pudiera considerarse lesivo de sus derechos morales. Y, en segundo lugar, que «al tratarse de algo subjetivo y personal puede aparecer de forma muy distinta en cada persona, siendo esta otra dificultad añadida para su determinación»⁵⁰, pues sin manifestación expresiva palpable, medible o constatable es imposible determinar si realmente se ha producido un daño y cómo debe calibrarse.

Lo singular de este daño, desde el punto de vista de su determinación objetiva, es su concreción negativa, por contraposición a los daños de orden material. Es decir, el daño moral atiende a «lo personal, lo particular, lo íntimo, digamos los sentimientos, alejándose por tanto de todo aquellos otro que podamos considerar material o materializable y que es lo que más fácil nos resulta valorar.../... pues estamos acostumbrados a lo material, a todo aquellos que se pueda ver, tocar o presenciar, necesitamos la prueba sobre lo que reclamamos y si no estamos ante algo susceptible de materializar nos cuesta ser conscientes de su existencia y sobre todo aceptar la obligación de responder ante ello»⁵¹.

La comparación (entre ambos tipos de daños) puede servir como técnica para descartar que efectivamente se haya producido un daño moral, pero se muestra menos eficaz para afirmar que sí se ha producido. Puede emplearse, por tanto, como una técnica auxiliar, o como una regla de garantía que sirva para excluir determinados daños presuntos o posibles, pero pierde eficacia como parámetro único de valoración del daño moral efectivamente causado.

Desde el punto de vista del derecho privado general es especialmente trascendente discernir si este tipo de menoscabo en los bienes inmateriales o de la personalidad puede provenir (o no) de un incumplimiento contractual. Básicamente porque las consecuencias de que la responsabilidad se exencione desde la premisa de un incumplimiento contractual funciona de manera diferente a la responsabilidad netamente extracontractual. Y aunque la problemática no tiene una repercusión directa en el ámbito laboral, se trae a colación porque el despido con lesión de los Derechos Fundamentales puede considerarse un pariente cercano a la responsabilidad que se deduce de un contrato existente, el de trabajo en nuestro caso. En definitiva, que el daño moral que se produce en un despido por transgresión de los Derechos Fundamentales está más cerca del modelo civil de responsabilidad contractual que el de responsabilidad extracontractual, con todo lo que ello comporta, especialmente en la forma técnica de intimar la responsabilidad por su producción.

⁵⁰ LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, J.: «Daño moral: prueba...», ob. cit., p. 6.

⁵¹ LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, J.: «Daño moral: prueba...», ob. cit., p. 5.

En una concepción estricta del daño moral, definida y cerrada, cabría posicionarse concluyendo que «no hay daño indemnizable por las perturbaciones psicofísicas que una persona pueda sufrir como consecuencia de incumplimientos contractuales, excepto en aquellos supuestos en que el incumplimiento de la prestación contractual comprometida lesione derecho subjetivo de la personalidad del acreedor»⁵².

La excepción a que la que se alude es, precisamente, la que se prevé normativamente en la LRJS, es decir, la lesión de los Derechos Fundamentales, por lo que el incumplimiento contractual que el despido injusto consiste se indemniza, en general, con los mecanismos técnicos –tasados– que la propia norma laboral prevé, sólo considerándose viable el acudimiento a una indemnización «adicional» cuando el incumplimiento contractual *versus* ruptura del vínculo contractual laboral se ha conducido con la lesión de otros derechos del deudor de actividad laboral de la relación laboral, es decir, de la persona trabajadora.

Peliaguda es la cuestión, desde otro punto de vista, de si incluir en el concepto de daño moral los daños físicos, inclinándose la doctrina civil por excluirlas, al centrar el daño moral, de manera estricta, en aquellos valores o derechos personalísimos. Desde este punto de vista, daño moral sería «el daño antijurídico, extra patrimonial y no físico», aun cuando la separación entre ambos tipos de daños desde el punto de vista práctico no siempre es del tan nítida como la conceptualización dogmática pretende mostrar⁵³.

Desde un punto de vista conceptual «no debe reducirse solamente a los dolores y sufrimientos injustamente ocasionados, sino que debe incluirse todo perjuicios no pecuniarios producido por la lesión de un bien de la persona (salud, libertad, honestidad, honor, etc) o de sus sentimientos y afectos más importantes y elevados», porque la característica fundamental de estos daños que permite agruparlos «bajo un paraguas conceptual unitario», es su naturaleza no patrimonial, que lleva consigo como consecuencia el que no puedan evaluarse en dinero de manera tan directa como sí puede hacerse para el resarcimiento de los daños causados a estos⁵⁴, de lo que se deduce que «al no ser posible determinar la cuantía de la indemnización en virtud de las pruebas que demuestran la magnitud exacta del daño, ha de ser fijada equitativamente por

⁵² RODRÍGUEZ GUITIÁN, A. M.^a: «Indemnización del daño moral derivado...», ob. cit., pp. 834-5.

⁵³ Tanto la cita como la idea son de GARCÍA SERRANO, F. de A.: «El daño moral extracontractual...», ob. cit., p. 807.

⁵⁴ Con el auxilio del artículo 1106 CC, como específicamente observa MACIÁ GÓMEZ, R.: «La dualidad del daño...», ob. cit., p. 24.

el juez»⁵⁵. La fijación «equitativa» (o «prudencial» según propone la LRJS) por el Juez de este tipo de daños se acomoda bien a las dificultades probatorias que este daño experimenta, mientras que las técnicas de apreciación de los daños y perjuicios, más tasadas y cerradas y con menor intervención interpretativa, funcionan mejor para la cuantificación económica de los daños de carácter patrimonial.

Más allá de la enumeración de supuestos o circunstancias que pueden dar lugar a la producción de un daño moral, que nunca serán cerradas, debemos abogar porque tanto la operación jurídica de individualización de dicho daño, como la de datación económica de la compensación se conduzcan mediante patrones estables y fijos en el tiempo, dado que, por definición, el ordenamiento no conoce la posibilidad de reparación *in natura*. Quizá sea el momento de abogar por que el ordenamiento intente adoptar «medidas restitutorio más creativas que persigan una satisfacción real, la víctima en mayor correspondencia con los perjuicios sufridos en la esfera personal espiritual, en lugar de una mera compensación económica»⁵⁶. Pero hasta entonces la reparación creatística es la de uso más generalizado en el ordenamiento patrio.

Y esos patrones estables que se reclaman para operar como cánones interpretativos aplicables con carácter general deben permitir la individualización de las indemnizaciones mediante la adopción de parámetros que perfilen todo lo más posible las circunstancias en las que se han quebrantado los Derechos Fundamentales de las personas trabajadoras.

Estos se relacionan, básicamente, con la apreciación del contexto laboral en el que se ha desenvuelto el daño moral, y suele expresarse en relación con la intensidad, la frecuencia, y la reiteración de la conducta dañosa, es decir, con aquellos aspectos que el ámbito civil ha manejado empleando el denominado «criterio de relevancia» para determinar, aunque sea de manera indirecta, cuándo un evento dañoso adquiere tal intensidad como para ser susceptible de ser resarcido económicamente. Porque, recuérdese, aunque el concepto de daño moral estricto que manejamos es en sí mismo evanescente, su existencia requiere, al menos, la provocación de una auténtica lesión a los derechos de la personalidad, no una mera molestia, incomodidad o ligero menoscabo de estos, por lo que la apreciación de estos elementos contextuales se revela como una auténtica necesidad de la lógica indemnizatoria. Y a dar satisfacción a esta necesidad responde la utilización del criterio de relevancia, situando la lesión

⁵⁵ ÁLVAREZ VIGARAY, R.: «La responsabilidad por daño...», ob. cit., p. 85.

⁵⁶ ÁLVAREZ ALONSO, D.: «La indemnización por lesión...», ob. cit., p. 10.

padecida en el contexto en el que se ha producido, y midiendo su apreciación por las circunstancias concurrentes de tiempo, lugar y modo.

5. EL CRITERIO DE LA «RELEVANCIA»

La STS-CIV 366/2010, de 15 de junio, antes empleada para determinar el contenido del daño moral, emplea un parámetro muy interesante para aquilatar el daño moral, situarlo en su contexto y discriminar entre daños morales efectivamente causados y otros que no lo son. Se podría denominar, como se ha anticipado anteriormente, «criterio de relevancia», aplicable únicamente a aquellos supuestos en los que el incumplimiento contractual se hubiera desarrollado con dolo, y se definiría como el «criterio de imputación fundado en la conexión objetiva del daño moral con el incumplimiento».

No es más, en definitiva, que una operación hermenéutica de singularización de la indemnización que pudiera corresponder para cada caso concreto, partiendo de dos principios. En primer lugar, que las situaciones en que dicho daño se manifiesta son, por definición, diferentes, lo que requiere una respuesta individualizada que relacione la ofensa y su agente productor con el sujeto que la recibe, teniendo presente que la misma ofensa puede no impactar en el daño moral del agredido de la misma manera, con la misma intensidad o idénticas consecuencias dependiendo del contexto en el que se haya producido. Y, en segundo lugar, que todo menoscabo moral debe ser resarcido exactamente en la misma entidad que el daño que causa.

La premisa esencial de esta operación hermenéutica es que debe existir una conexión objetiva entre el daño causado y el incumplimiento, reclamándose una actuación del sujeto dañado para que acredite y pruebe que efectivamente la conexión entre incumplimiento y daño existe, y que, precisamente por eso, se ha causado el detrimento moral que se dice experimentar. No deja de ser, claro está, una derivación del principio dispositivo, que tiene como corolario el de aportación de parte en vía procesal, pero que sirve, de un lado, para individualizar el daño padecido, y, de otro, para descartar que a algunas incomodidades o molestias en los derechos se le dote de la categoría de daño moral, pues cada sujeto experimenta una vivencia de forma diferente, necesitando, por tanto, de la implicación del sujeto paciente de la lesión para la construcción técnica de la reclamación de sus derechos.

Puede parecer incompatible, al menos en principio, sostener vehementemente la eficacia de este principio de relevancia con las consecuencias prácticas que se derivan del artículo 183 LRJS, pero dicha incompatibilidad, una vez

fijada convenientemente la atención, no es tanta, o no provoca las consecuencias que parece concedérsele.

Porque, y este es el arco de bóveda que sujeta todo el argumentario que sostiene este ensayo, puede defenderse que el empleo de dicho principio de relevancia para el ámbito social del derecho quede circunscrito únicamente para la calibración del contenido indemnizatorio que objetivamente debe quedar fuera del alcance del Juez Social. Así el artículo 183 LRJS pretendería del Juez Social la fijación básica de la indemnización por daño moral, atendiendo al caso concreto y ponderando las situaciones fácticas enunciadas como hechos probados. Mientras que con el auxilio del principio de relevancia la persona trabajadora lesionada en sus Derechos Fundamentales podría sostener una indemnización más alta, precisamente porque para ella la lesión le ha provocado una singular aflicción.

El principio de relevancia pretende, en definitiva, que todo daño que se haya producido por el incumplimiento, en nuestro caso incumplimiento con mala fe por transgresión de derechos fundamentales, quede resarcido en su integridad. Este contenido más perfilado, o más aquilatado, que solo conocen las partes es imposible de aquilatar, pesar y fundamentar, sin la participación activa del sujeto paciente de la agresión, es decir, sin colaboración activa de la persona trabajadora que ha sufrido el daño moral. Porque la regla general del artículo 183 LRJS no es suficiente para satisfacer el resarcimiento de la totalidad de los daños causados, sino únicamente la cuantía estándar de la indemnización. Esta perspectiva va a tener su relevancia cuando analicemos los dos tipos de indemnizaciones que conviven en el artículo 183 LRJS y la distinta participación que juega en cada una de ellas la persona trabajadora agredida en sus Derechos Fundamentales. Y también cuando se sostenga que a pesar de la eficacia del principio de automaticidad la participación probatoria de la persona trabajadora en la concreción de la indemnización se erige en una auténtica necesidad desde el punto operativo y funcional de la indemnización, desde su puesta en marcha procesal.

Baste enunciar aquí, en este momento, que las reglas técnicas del artículo 183 LRJS servirían para supuestos o bien en los que la parte no despliega actividad probatoria alguna, por serle imposible, muy costoso o difícil, o bien para situaciones en que le es más cómodo dejar el contenido de la indemnización al arbitrio judicial, mientras que el principio de relevancia aplicado al ámbito social del derecho permitiría de la parte afectada el despliegue de una cierta actividad probatoria, tanto para la acreditación del daño causado como, sobre todo, para la determinación de las bases y los elementos jurídicos y de facto conducentes a la exención completa de la responsabilidad.

Porque debemos partir de un axioma que no puede ser negado, el que afirma que, en ningún caso, en el ámbito social del derecho se puede negar la participación del afectado en la determinación de los propios daños que ha sufrido. Su utilidad, por tanto, también se muestra operativa para dar cobertura a la iniciativa personal de la persona trabajadora lesionada en sus derechos fundamentales en relación con la prueba de estos y la cuantificación de la indemnización.

Como ejemplo de la aplicación del principio de relevancia puede citarse la muy relevante STS-CIV de 31 de mayo de 2000 (rec. 2332/1995), traída a colación por la STS-CIV 366/2010, de 15 de junio antes citada. En el contexto de un contrato de transporte aéreo se declaró, aplicando este principio de relevancia, que «no pueden derivarse los daños morales de las situaciones de mera molestia, aburrimiento, enojo o enfado que suelen originarse como consecuencia de un retraso de un vuelo», pero admitiendo, al mismo nivel argumental, que «pueden darse hipótesis sujetas a indemnización cuando, durante la espera, los viajeros no han sido debidamente atendidos, o no se les ha facilitado la comunicación con los lugares de destino para paliar las consecuencias del retraso» y «también debe comprenderse aquellas situaciones en que se produce una fricción o perturbación de alguna entidad (sin perjuicio de que la mayor o menor gravedad influya en la traducción económica), como consecuencia de las horas de tensión, incomodidad molestia producidas por una demora importante de un vuelo, que carece de justificación alguna».

Es decir, para el derecho patrimonial ni son indemnizables las incomodidades o las molestias a las que todos los seres humanos estamos expuestos por razón de la convivencia social⁵⁷, ni los daños morales pueden presumirse más allá que aquellos que se consideren obvios por deducirse directamente del incumplimiento contractual.

Y el principio de relevancia juega en este orden como motor de concreción de aquellos daños que no pueden presumirse por el mero incumplimiento, porque no son obvios, no son directos, no se aprecian intuitivamente. Y lo hace desde un argumento procesal, facilitando que la parte afectada pueda implementar una conexión racional y lógica entre evento sufrido y daño padecido.

Son tres, en definitiva, los elementos que tienen que ser apreciados para la apreciación de la relevancia, en la línea de las premisas que impone el artículo 1902 del Código Civil. La existencia de un daño, la apreciación de un

⁵⁷ DÍEZ-PICAZO, L.: *El escándalo del...*, ob. cit., pp. 56-7.

criterio de imputación subjetiva y la relación de causalidad entre ambos⁵⁸. Tiene que existir para la aplicación del criterio de relevancia un hecho cierto que constituya el generador del daño, imputable naturalmente al empleador, tiene que haber producido un daño objetivo, y entre ambos elementos –acción y daño– debe existir una relación de causalidad que anude, sin ningún género de dudas, a la conducta del empresario los daños sufridos, al punto de poder afirmar que no se hubieran producido estos sin aquella.

La asunción de este esquema en el ámbito social del derecho tendría la consecuencia de considerar compatible los dos presupuestos operativos que se han presentado como antagonistas: el principio de automaticidad, y el de determinación por el demandante de los daños morales causados, pero inclinando la balanza ligeramente hacia la aportación de parte y perdiendo potencia, por tanto, el principio de automaticidad, del que se ha abusado, especialmente en una primera fase o línea interpretativa, más de lo que hubiera sido deseable. También sirve, naturalmente, para situar la lesión en su contexto, individualizar el daño y obtener una respuesta resarcitoria equilibrada y ponderada.

Un ejemplo de la utilización de este principio de relevancia para dotar de sustantividad a la lesión es el acaecido en la STSJ-SOC Canarias (Santa Cruz de Tenerife), de 29 de junio de 2006 (rec. 297/2006) que entiende que no se considera que se haya producido un daño moral en el despido que se efectúa, tras una acalorada conversación telefónica con un superior, de un alto directivo bancario, porque –aprecia el Tribunal– poco daño moral puede causarse a un trabajador muy cualificado, joven y profesionalmente muy bien situado dicha discusión, más allá de las propias y características que se relacionan con los daños que le ocasiona el propio despido, entendiéndolo, en definitiva, que la indemnización adicional por daños morales requiere un plus de daño, atendiendo a las circunstancias objetivas en las que se ha producido el despido, que en este asunto concreto no concurren.

⁵⁸ En este sentido véase TORRES PINEDA, J. M.: «A propósito de un caso de despido nulo y la fijación de una indemnización de un euro: ¿se puede considerar como contrario al principio de *restitutio in integrum*?», *Trabajo y Derecho*, núm. 53, 2019, versión digital: La Ley 5552/2019, p. 5.

V. LOS ELEMENTOS A TENER EN CONSIDERACIÓN PARA VALORAR LA INDEMNIZACIÓN

Más allá de las dudas que puedan surgir con respecto a la constatación del daño moral o su cuantificación, que serán abordadas seguidamente, es especialmente trascendente precisar, de forma clara y nítida, los presupuestos técnicos sobre los que opera el ejercicio de la acción indemnizatoria. Teniendo presente el pronóstico, ahora convertido en certidumbre, que afirma que desde la incorporación de esta indemnización por obra de la Ley Orgánica 3/2007 la totalidad de las demandas por despido en las que se discuta la vulneración de un derecho fundamental va a debatirse, además, sobre la pertinencia de esta indemnización adicional¹, generando, como no puede ser de otra manera, una doctrina judicial numerosa y no siempre de interpretación lineal.

1. LA TRANSGRESIÓN DE UN DERECHO FUNDAMENTAL

Para que opere la indemnización debe quedar constatado de manera fehaciente en la resolución judicial la transgresión de un Derecho Fundamental. La correcta fijación de los hechos en la resolución de instancia será determinante a estos efectos.

Esta consecuencia parece ir ínsita en la declaración de nulidad del despido con violación de Derechos Fundamentales, por lo que en estos supuestos no parece abrigarse mayor complejidad técnica, pues la declaración de nulidad por esta causa conlleva la afirmación de, al menos, una lesión a un Derecho

¹ En los términos expresados la formula MORALES ORTEGA, J. M.: «La incidencia de la Ley de Igualdad», ob. cit., p. 8.

Fundamental de la persona trabajadora. Incluso esta consecuencia –la vulneración de un Derecho Fundamental– puede ser fácilmente apreciable en los supuestos de nulidad relacionados con el embarazo de las trabajadoras o el reintegro al trabajo de las personas trabajadoras al finalizar los periodos de suspensión del contrato por nacimiento.

Pero no son éstos los únicos supuestos en el que puede proceder dicha indemnización adicional por transgresión de un Derecho Fundamental. Piénsese, por ejemplo, en un registro de la taquilla o efectos del trabajador con violación del derecho a su intimidad, o en el ejercicio del *ius variante* empresarial (traslados o desplazamientos, modificaciones injustificadas de las condiciones del trabajo, reducciones salariales, etc.) de manera discriminatoria o con un propósito impeditivo del ejercicio de derechos laborales. En todos estos casos los presupuestos operativos de la indemnización son siempre los mismos, debiendo quedar acreditada la vulneración de un Derecho Fundamental en la resolución judicial.

La STC 61/2021, de 15 de marzo, como se estudió *supra*, reitera esa idea y desvincula la indemnización de los despidos nulos, afirmando que ésta opera siempre que se haya lesionado un Derecho Fundamental, con independencia de la calificación del despido. Si es cierto, no obstante, que el supuesto más común es el de lesión de un Derecho Fundamental en el despido y, desde luego, es el supuesto que más problemática jurisdiccional ha provocado.

La diferencia fundamental desde el punto de vista operativo entre estos últimos ejemplos propuestos y el de despido nulo, es que en estos últimos debe constar expresamente en la resolución judicial la vulneración del Derecho Fundamental, mientras que en la del despido nulo por esta causa quizá no debería hacer falta un pronunciamiento expreso en este sentido, por ser ésta –la lesión– una consecuencia deducible directamente de la norma, porque el despido nulo por esta causa se cataloga de nulo precisamente porque ha existido una lesión de un Derecho Fundamental.

En definitiva, en todos los supuestos de despidos nulos puede presuponerse –incluso en aquellos, como decimos, relacionados con el embarazo y el ejercicio de los derechos laborales relacionados con esa circunstancia– que se ha producido una lesión de un Derecho Fundamental de la persona trabajadora, mientras que para que opere esta consecuencia en otros contextos laborales será necesario que el juez se pronuncie expresamente sobre ese extremo.

El artículo 182 LRJS es absolutamente claro en este sentido. La sentencia que resuelva la pretensión tutelar del actor declarará la existencia o no de la vulneración del Derecho Fundamental o libertad pública invocada. Y el artículo 183 LRJS principia afirmando que la indemnización procederá cuando «la

sentencia declare la existencia de vulneración». Esto significa, aunque sea una obviedad afirmarlo, que la no declaración jurisdiccional de la lesión del Derecho Fundamental no permite la adición de esta indemnización por daños morales a la que, en su caso, correspondería por incorrecto o indebido uso empresarial de las posibilidades que conceden las normas legales.

Dos cuestiones fundamentales pueden deducirse en este momento procesal de esta afirmación.

En primer lugar, que la norma adjetiva no descarga a la persona trabajadora de la exigencia de indicar qué Derecho Fundamental (o libertad pública) se ha lesionado. El principio de automatismo funciona únicamente para la concreción de la indemnización económica, pero no para la identificación del Derecho Fundamental lesionado. La persona trabajadora sigue corriendo con la carga procesal de identificar qué o cuáles derechos se han lesionado, sin que su falta de concreción pueda ser suplida por una actuación jurisdiccional, más allá de que, efectivamente, la lesión del derecho fundamental puede ser apreciada de oficio. Subrayar este aserto es especialmente interesante para aquellas lesiones cuya apreciación no es sencilla, bien por el contexto laboral en el que se producen, bien por la persona a la que lesiona, bien porque existen dificultades en concretar quién es el agente lesionador.

En segundo lugar, que la aplicación del principio de relevancia permitirá, como se ha insinuado con anterioridad, la posible individualización del daño en atención al contexto laboral en el que la agresión se ha producido o a sus circunstancias singulares, debiendo participar en este caso la persona trabajadora agraviada en la determinación de los elementos que conforman dicho contexto, el daño y la relación de causalidad entre ambos elementos, pues solo la persona agraviada conoce la repercusión que la agresión ha generado y las circunstancias en las que se ha producido.

2. EL PERJUICIO OCASIONADO

El Tribunal Supremo en las resoluciones comentadas tiene verdadero cuidado, verdadero interés, en separar los dos daños que eventualmente se pueden producir cuando acaece una transgresión de Derechos Fundamentales en un contexto laboral.

Tenemos, en primer lugar, «el daño moral unido a la vulneración del derecho fundamental», y, en segundo, «los daños y perjuicios adicionales derivados» de dicha transgresión (art. 183.1 LRJS). La STS-SOC de 29 de enero de 2013 (rec. 89/2012) precisa, en este sentido, que esos daños pueden ser tanto «eco-

nómicos perfectamente cuantificables como daños morales.../... de más difícil cuantificación pero cuya realidad (en el caso) no puede negarse», concretando que, entre esos daños morales, la demandante de amparo «sufre un 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».

A) **Los dos tipos de daños que provoca la lesión de un derecho fundamental**

Son dos, por tanto, los daños que deben ser resarcidos mediante las correspondientes indemnizaciones (en la línea reiterada por la STS-SOC 214/2022, de 9 de marzo, como se ha comentado con anterioridad), y debemos diferenciar claramente cuándo estamos en presencia de unos y cuándo en presencia de otros, tanto para facilitar el embalaje procedimental por el cual se reclaman la exención de la responsabilidad, como, en lo que ahora nos afecta, para organizar la cuantificación económica de la reparación. Especialmente el último de estos dos puntos, el verdaderamente conflictivo, el daño moral, por ser de más difícil apreciación e indemnización.

La idea general que debe presidir este análisis es que la cuantificación económica de la reparación no se realiza de manera idéntica para ambos tipos de daños². Por dos razones.

En primer lugar, porque los daños morales son, de por sí, más difíciles de aquilatar que los perjuicios de otro orden, introduciéndose en dicha valoración un fuerte componente subjetivo que desvirtúa un tanto la objetividad deseable en dicha cuantificación, en la medida en que queda sujeto a los criterios que cada jugador quiera apreciar prudencialmente, permitiéndose, precisamente, por ello, fallos interpretativos «potencialmente dispares»³. Amén de que cada persona trabajadora percibe el daño moral con diferente intensidad, lo que influye naturalmente, en la monetización de la indemnización reparadora.

² «El centro del debate, previo a la actual regulación normativa, ha radicado en la aplicación a los daños y perjuicios morales del mismo criterio probatorio exigido para los daños materiales, pese a la diversa naturaleza de los mismos» SÁNCHEZ PÉREZ, J.: «Opciones procesales en la tutela de la libertad sindical», en VV. AA. (QUESADA SEGURA, R. [Coord.]): «Treinta años de la Ley Orgánica de Libertad Sindical: perspectivas y retos», *Temas Laborales*, núm. 57, Sevilla, 2016, p. 470.

³ BALLESTER PASTOR, M.^a A.: «El proceloso camino hacia la efectividad...», ob. cit., p. 50.

Y, en segundo lugar, porque para la determinación de los perjuicios el ordenamiento jurídico sí emplean criterios estandarizados de concreción del daño.

Pero es que, además de esta perspectiva sustantiva, desde el punto de vista adjetivo también hay notables diferencias para la exención de la responsabilidad, y es en este punto donde más dificultades de orden práctico encuentran las alegaciones de los trabajadores.

El artículo 183.2 LRJS precisa, de manera indubitada, que el tribunal debe pronunciarse sobre la cuantía del daño, determinándolo «prudencialmente» cuando la prueba de su importe exacto resulte demasiado difícil o costosa. La concreción práctica de este deber procesal parece estar referida única y exclusivamente a la concreción del daño moral, porque los perjuicios ocasionados adicionalmente a este daño moral, que es el elemento que conforma la indemnización por los perjuicios sufridos, sí parece que pueden ser cuantificados en derecho mediante otros instrumentos. El ordenamiento jurídico sí conoce mecanismos –normas y jurisprudencia– bastante precisos para la cuantificación de los perjuicios sufridos. Sin embargo, no es capaz de formular un discurso articulado que permita con fluidez la cuantificación del daño moral. Ni pueden importarse (sin dificultad) los criterios –sustantivos y adjetivos– que se utilizan para la calibración de los perjuicios patrimoniales, ni se han innovados fórmulas excesivamente imaginativas para este menester.

Por enunciar el problema gráficamente: no tenemos una fórmula definida, estable y con propósito unificador que nos sirva para cuantificar la indemnización del daño moral. Ni siquiera tenemos claro cuándo se produce un daño moral digno de indemnización, habiéndose adoptado una peligrosa doctrina, que pudiéramos denominar de ‘automatismo’ judicial, que afirma que el daño se presume siempre que se haya producido un despido nulo, pues se entiende que con «la nueva regulación los daños morales van de suyo o resultan indisolublemente unidos a la vulneración del derecho fundamental», como llega a afirmar la SJS núm. 2 Logroño 257/2021, de 29 de noviembre.

B) ¿Funciona la presunción del artículo 183 LRJS para la concreción de los perjuicios económicos?

Un problema adicional surge en el análisis de esta regla procesal. ¿Pueden determinarse los perjuicios económicos causados por la transgresión del Derecho Fundamental judicialmente de manera prudencial? Porque, recordémoslo, junto con los daños de orden moral el precepto pretende que también

se resarzan los perjuicios –netamente patrimoniales– que se hayan irrogado a la persona trabajadora con el menoscado de sus Derechos Fundamentales.

Y la pregunta debe ser respondida negativamente. No puede ser empleada, básicamente, porque sobre ellos no sobrevuela la dificultad de su concreción, como sí acontece con los de daños de orden moral. La interpretación normativa como jurisprudencial –desde la resolución judicial del TS-SOC de 2017 estudiada anteriormente– no parecen albergar dudas en este sentido: la determinación prudencial judicial se reserva únicamente para aquellos daños morales que por su propia naturaleza sean de difícil concreción por la persona trabajadora afectada.

Por más que el derecho social, en contraposición al civil, suavice o atempere las reglas probatorias con relación a la prueba del daño padecido y a la cuantificación económica de su reparación, no debe perderse la perspectiva que incide en señalar al sujeto paciente de la infracción en el elemento clave para apreciar, tanto la efectiva producción de un daño, como la cuantificación –generalmente económica– de la reparación. Si estuviéramos en un proceso civil pleno, es decir dispositivo y con vigencia radical del principio de aportación de parte, llegaríamos a la conclusión de que es requisito de la acción indemnizatoria la aportación por la persona trabajadora afectada de los elementos de prueba que acrediten tanto el daño padecido como los perjuicios sufridos⁴. Además, se exigiría para la acción procesal que pretendiera la restauración de los dos tipos de daños que son indemnizables: los perjuicios causados (en referencia clara a los daños de carácter patrimonial), y los de orden moral (o de carácter extrapatrimonial).

Que los dos componentes de una pretensión indemnizatoria única –perjuicio patrimonial y daño moral– se sometan a una lógica probatoria parcialmente distinta complica, qué duda cabe, la mecánica operativa de la acción procesal, pero de la lectura del artículo 183 LRJS no se puede concluir que las facilidades probatorias se extiendan más allá de la cuantificación del daño moral, porque sobre los de orden patrimonial no hay dificultad para que la persona trabajadora los concrete.

No es así, sin embargo, como se ha entendido en la práctica, y muy frecuentemente se articula una indemnización única en una sola acción procesal conjunta que sustenta ambas pretensiones resarcitorias: del «daño moral unido a la vulneración» y de los «perjuicios adicionales derivados» de la lesión (art. 183.1 LRJS). Y, además, suele hacerse sin una cuantificación de la in-

⁴ Sobre esta perspectiva véase ÁLVAREZ VIGARAY, R.: «La responsabilidad por daño...», ob. cit., p. 98.

demnización solicitada, ni, por supuesto, con una diferenciación entre unos y otros tipos de daños, lo que, en el fondo, y aunque pueda resultar paradójico, facilita la concesión jurisdiccional de indemnizaciones de escasa cuantía.

Si los justiciables en sus pretensiones procesales no señalan concretamente cuáles son los daños de orden patrimonial irrogados, cuáles los daños morales sufridos, y qué indemnización sería la correcta para resarcir y reparar unos y otros, no parece razonable que dejemos toda esta operación hermenéutica en manos del Juez. Ello explica, como se comenta, la escasa cuantía con la que usualmente se solventan estas pretensiones procesales. Porque del análisis de las resoluciones judiciales, principalmente de los Juzgados de lo Social, se concluye una verdad incómoda: que cuando las pretensiones procesales están bien articuladas es más frecuente que se concedan indemnizaciones más elevadas que el mínimo tradicional que surge de la aplicación de la LISOS de manera mecánica. Aunque siempre hay excepciones que conceden cuantías únicas más elevadas que efectivamente tienen en consideración, y cuantifican para ello, ambos tipos de daños, materiales y morales⁵.

3. EL DAÑO MORAL

Cualquier daño moral que sufra el trabajador por la lesión de los Derechos Fundamentales debe ser resarcido en su integridad. Y, como se ha comentado con anterioridad, toda lesión de los Derechos Fundamentales puede generar, en principio, un daño moral. El corolario que anuda ambos razonamientos se enuncia fácilmente: cualquier lesión de un Derecho Fundamental de la persona trabajadora tiene necesariamente que ser resarcida con una indemnización económica. A estas premisas legales se añade el criterio de prudencial apreciación judicial cuando la determinación económica concreta de los daños morales se revela como costosa o difícil. Son los dos elementos del artículo 183 LRJS y sobre cuya interpretación gira y se ordena la cuantificación económica de la indemnización. Porque lo que queda meridianamente claro es que ni el precepto procesal, ni ninguno otro sustantivo, indica, señala, ordena u organiza de qué manera debe indemnizarse el daño moral infligido. Es decir,

⁵ Así, por ejemplo, en un supuesto de IT la STSJ-SOC Madrid, de 26 de enero de 2009 (rec. 5143/2008) entiende que efectivamente sí quedan acreditadas las ofensas verbales por parte de un superior jerárquico que ocasionaron una situación de estrés y de ansiedad en la persona trabajadora que la llevaron a la baja laboral, apreciando que procede para su resarcimiento una indemnización conjunta de 21 780 euros que abarca tanto los perjuicios ocasionados como los daños morales inferidos.

sabemos cuál es la consecuencia -la indemnización- a la que tenemos que llegar, pero desconocemos el camino que debemos transitar para llegar.

Ahora bien, tal y como se analizaba en el epígrafe anterior, no puede negarse la posibilidad de que el demandante concrete de manera fidedigna «la cuantía de la indemnización» (art. 183.1 LRJS), en cuyo caso entendemos que es preferible esta forma de determinación que el acudimiento al auxilio judicial mediante la calibración prudencial de dicha cuantía.

Lo que no concreta el precepto procesal, no es su función, es, más ciertamente, qué tipo de elementos, circunstancias, o parámetros, deben tenerse en consideración para la apreciación del daño moral. La norma da por supuesto que es lo que un daño moral sea, y también cuáles son sus elementos conformadores, pero no indica qué operaciones hermenéuticas deben seguirse para el proceso de monetización del daño moral, surgiendo la duda de si es necesario (o sencillamente conveniente) acudir a otras parcelas del ordenamiento jurídico para concretar esta operación de monetización, paradigmáticamente al ámbito civil, tradicionalmente más acostumbrado a estos quehaceres.

Porque no hay, por decirlo claramente, un daño moral específicamente laboral, un daño moral netamente social. El daño moral del que estamos tratando lo es por la lesión de un Derecho Fundamental (en el ámbito laboral), y tiene, por tanto, la misma fisonomía y las mismas características que el que puede acontecer en cualquier otro orden de la vida jurídica.

No es necesario, obviamente, que la lesión sea de un Derecho Fundamental laboral, abarcando la indemnización cualquier lesión de cualquier Derecho Fundamental de la persona trabajadora, sea laboral o sea de los considerados «inespecíficos». El presupuesto operativo de la pretensión, por decirlo gráficamente, es la lesión de cualquier Derecho Fundamental de la persona trabajadora. Quizá por eso la norma laboral no especifica qué es un daño moral, cuáles son las circunstancias en las que se produce, o cuáles son sus elementos constitutivos o configuradores.

La agrupación de los daños morales que realiza Álvarez Vigaray ayuda a centrar el objeto de tutela, partiendo de la premisa de que la tradicional división que la doctrina ha efectuado entre daño patrimonial y daño extrapatrimonial, incluyendo en este último los daños morales, no es suficiente para la apreciación en conjunto de todos los eventos dañosos que puede provocar una lesión injusta⁶.

⁶ También entiende adecuada dicha clasificación, aunque reconociendo que «la llamada definición negativa no es otra cosa que puro escapismo de problemas que tanto en lógica como en pura exégesis del ordenamiento jurídico resultan muy difíciles de resolver», Díez-Picazo, L.: *El escándalo del...*, ob. cit., p. 74.

Aprecia que no se puede reducir el concepto de daño moral a los dolores y padecimientos de ánimo excluyendo los perjuicios no patrimoniales producidos por atentados al honor, honestidad, libertad etc., de las personas, porque estos dolores, sufrimientos o padecimientos generalmente forman parte del daño producido a los bienes de la persona en su conjunto⁷, no pudiéndose diferenciar, en la mayoría de las ocasiones, entre el daño moral estrictamente considerado, y aquellas manifestaciones dañosas que, con similares o idénticas consecuencias perjudiciales, se proyectan sobre los bienes de carácter netamente patrimonial. Quizá lo más razonable, por tanto, sea entender, como propone, que dentro del concepto de daño no patrimonial pueden incluirse dos tipos específicos de daños no fácilmente evaluables económicamente.

En primer lugar, el clásico daño moral, entendiendo por tal los sufrimientos, dolores o padecimientos de ánimo, es decir, aquellas manifestaciones dañosas que repercuten en «la parte afectiva del daño moral». Y, en segundo lugar, el daño personal, en los que se incluiría cualquier lesión de los llamados derechos de la personalidad, como es el honor, la honra, la fama, el crédito social, etc., es decir, los que afectan a «la parte social del patrimonio moral»⁸.

Estamos, por tanto, en presencia de una dificultad objetiva, cuál es la imposibilidad de diferenciar dentro de los daños de carácter moral cuáles han lesionado la parte afectiva y cuál la parte social. Obviamente la norma procesal laboral no distingue entre ellos, aunque desde la perspectiva preventiva que innova quizá si pudiera aportar algunos elementos para la distinción.

Las dificultades de cuantificación económica del daño producido encuentran su arista más acerada en los daños que afectan a la parte afectiva, pues los que repercuten sobre los aspectos sociales si cuentan con instrumentos, aunque no del todo equilibrados y útiles, para su cuantificación económica, jurisprudenciales, principalmente.

En esos casos «lo normal es que no sean precisas pruebas de tipo objetivo» sobre todo en relación con «su traducción económica»⁹. Cuando nuestra norma procesal pretende que se indemnicen el «daño moral unido a la vulneración del derecho fundamental» y «los daños y perjuicios adicionales derivados» (art. 183.1 LRJS) de una manera u otra está diferenciando entre dos tipos diferentes de daños. Por eso se acude a la regla técnica de la prudente apreciación judicial. Con ello se facilita, desde una perspectiva netamente operativa,

⁷ ÁLVAREZ VIGARAY, R.: «La responsabilidad por daño...», ob. cit., p. 86.

⁸ Como hace ÁLVAREZ VIGARAY, R.: «La responsabilidad por daño...», ob. cit., pp. 85 y 86, para la innovación en la nomenclatura, y pp. 86-90 para el desarrollo doctrina y teórico. También es la perspectiva de análisis que prefiere asumir CASADO ANDRÉS, B.: «El concepto de daño moral bajo...», ob. cit., p. 23.

⁹ MORENO MARTÍN, M.^a D.: *El daño moral...*, ob. cit., p. 97.

la resolución del asunto, pues se evitan discusiones, generalmente infructuosas, sobre la traslación del daño efectivamente causado a una cuantía económica concreta.

Pero no es menos cierto que es un mecanismo altamente inseguro y poco fiable. Y también, hay que subrayarlo, el empleo sistemático de este recurso técnico ha obstaculizado, hasta cierto punto, la organización de las pretensiones procesales de los demandantes, que se encuentran «cómodos» con una regla procesal que les libera de la necesidad de aportar unos elementos probatorios.

Una vez más el aval que ha supuesto la jurisprudencia del TS que confirma el llamado principio de automaticidad en el devengo de daño ha lastrado la creación de soluciones inteligentes e imaginativas de valoración del daño. Aunque, también hay que reconocerlo, y esta es su mayor virtud, ha permitido la generalización de la indemnización ante la quiebra de Derechos Fundamentales de las personas trabajadoras.

Que la norma libere al demandante de la necesidad de cuantificar el daño producido, esto es, de traducir en números económicos la lesión que ha padecido o soportado, no puede servir de excusa para que la parte no corra con el coste procesal y sustantivo de acreditar, al menos, los elementos fácticos y jurídicos que permitirían al Juez o Tribunal apreciar la efectiva concurrencia del daño, así como la efectiva lesión de un Derecho Fundamental.

Lo que se quiere subrayar, básicamente, es que la regla de la apreciación prudencial de la cuantía del daño no puede obrar el efecto de liberar al demandante de acreditar lo más fehacientemente que pueda que el daño efectivamente se ha producido. La regla está pensada para liberarle de la operación de cuantificación económica del daño, pero no de la acreditación de la concurrencia de éste.

Ello se conecta, es evidente, con la afirmación anteriormente enunciada de que cualquier despido nulo conlleva, por sí mismo, la lesión de un Derecho Fundamental. Aún siendo eso así, y para evitar equívocos y, sobre todo, infructuosas demandas en este sentido, parece razonable que el demandante en la alegación expresa en su acción resarcitoria de daños morales señale con fehadencia que efectivamente se ha producido la lesión de un Derecho Fundamental. Y en este proceder no parece irrazonable exigirle también que identifique, al menos, el Derecho Fundamental lesionado, y que acredite y pruebe cuáles han sido las circunstancias fácticas, necesariamente de orden laboral, en las que se ha producido dicha lesión, porque dicho contexto va a ser el determinante para la apreciación del daño.

Ello permite al Tribunal operar su actividad prudencial únicamente para determinar la cuantía de la indemnización (que es lo pretendido por la norma), sin necesidad de tener que desplegar su actividad argumentativa para deducir del despido nulo la transgresión del Derecho Fundamental, y sobre todo, para apreciar de las circunstancias fácticas concurrentes los elementos que conforman la lesión y sus características.

Porque, sobre todo en relación con sus características, la cuantía de la indemnización va a depender, como se verá seguidamente, del contexto laboral en el que se ha producido la quiebra del Derecho Fundamental. Si este contexto no es bien narrado por el justiciable difícilmente va a poder ser apreciado por el Juez o Magistrado.

A) **La doctrina del automatismo**

La automaticidad, que en numerosos pasajes de este trabajo se ha criticado, procede de una lectura excesivamente simplista del artículo 183 LRJS. Porque el propósito (loable) de facilitar el funcionamiento procesal de la indemnización por violación de Derechos Fundamentales se trasmuta en una actuación de oficio por parte de los Jueces y Magistrados que asumen, de una manera más que cuestionable, dos cargas procesales. En primer lugar, la referida a la propia concreción del daño. Y, en segundo lugar, la relativa a la valoración o monetización de la cuantía económica de la indemnización. Cuando la norma procesal, correctamente bien leída, no les permite ir tan lejos.

Se parte, en este principio, de una premisa con la que es relativamente sencillo estar de acuerdo: toda vulneración de un Derecho Fundamental provoca un daño moral. La lógica jurídica pretende, como es perfectamente comprensible, que todo daño sea reparado. Y la mecánica procesal del artículo 183 LRJS libera al justiciable de cuantificar detalladamente la cuantía de la indemnización cuando esta mecánica le sea especialmente difícil. Puede deducirse de esta consecuencia, incluso, un cierto propósito proteccionista de la persona agraviada para que en la valoración de su daño no se le someta «a la víctima a una mayor victimización ante la dificultad de su determinación» (SJS núm. 2 Gijón 26/2021, de 28 de enero).

Visto en estos términos el principio puede parecer funcional, pero si nos detenemos un poco en analizar cómo se ha proyectado en su interpretación en la práctica judicial quizá encontremos algunas fallas a dicho argumento. Básicamente porque el automatismo se predica únicamente del daño moral una vez apreciada la lesión del Derecho Fundamental. Pero el automatismo no preten-

de unir la alegación de la parte de que se ha producido un daño a un Derecho Fundamental con la indemnización económica que se solicita para el resarcimiento del daño. Únicamente pretende afirmar que toda lesión de un Derecho Fundamental conlleva un daño moral añadido.

El automatismo, es decir, la asunción de la premisa de que toda violación de un Derecho Fundamental conlleva irremisiblemente un quebrando moral no puede llevarse al extremo de liberar al justiciable de dos cargas procesales que solo a él debe corresponder y en cuya concreción se deposita gran parte del éxito de la acción indemnizatoria.

En primer lugar, acreditar que efectivamente se ha vulnerado un Derecho Fundamental. Y, en segundo lugar, contribuir, cuando ello sea posible, a cuantificar la indemnización económica compensatoria.

La segunda de estas cargas se libera mediante la aplicación de las reglas del artículo 183 LRJS, como se verá seguidamente. Sin embargo, la primera de estas dos señaladas tiene que seguir siendo soportada por la persona trabajadora, que tiene, necesariamente y en todo caso, que aportar, al menos, un indicio de prueba que acredite de forma fidedigna y solvente que se ha producido una lesión a un derecho fundamental.

La mecánica interpretativa del artículo 183 LRJS libera a la persona trabajadora de una de esas dos cargas procesales, de la segunda en determinadas circunstancias, pero no de la otra, de la primera.

Por eso es un exceso criticable las manifestaciones jurisdiccionales de este principio. Por ejemplo, la STS-SOC de 15 de septiembre de 2006 (rec. 4554/2005) cuando dispone que «hay que decir que el daño moral se presupone existente en todos los casos de vulneración de derechos fundamentales y por ello es procedente estimar la pretensión sin necesidad de hacer una evaluación de los concretos perjuicios causados puesto que la suma reclamada está destinada a compensar un padecimiento difícilmente evaluable que no ha de ser acreditada a través de pruebas objetivas sino que se cuantifica valorando las circunstancias del caso según criterios de ponderación basados en la experiencia, en el análisis del supuesto concreto y en la ponderación discrecional que corresponde a los tribunales justicia»¹⁰.

El primero de los razonamientos: «hay que decir que el daño moral se presupone existente en todos los casos de vulneración de derechos fundamentales» se puede asumir con todas sus consecuencias. Quizá, como hemos visto,

¹⁰ Esta interpretación ha sido seguida, con bastante naturalidad, por las resoluciones de suplicación. Como muestra véanse: SSTSJ-SOC Asturias, de 15 de septiembre de 2006 (rec. 4554/2005), Castilla-La Mancha, de 5 de febrero de 2008 (rec. 1609/2007), y Galicia, de 13 de noviembre de 2018 (rec. 2470/2018).

en la vulneración del principio de indemnidad pudiera matizarse algo dicha conclusión, en el sentido de que, al no existir, en puridad, una lesión de un derecho personalísimo puede no haberse producido un daño moral. No hay, por así decirlo, un Derecho Fundamental de carácter personalísimo a no sufrir represalias por el ejercicio de los derechos en vía laboral o judicial. Es un constructo del ordenamiento garantista, pero su transgresión no repercute, en absoluto, en ningún derecho de la personalidad. Con todo, como se tuvo la ocasión de reflexionar anteriormente, la perspectiva que se adopta en este ensayo es más sencilla: la lesión al principio de indemnidad ataca, frontalmente, además, el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 CE.

Pero la segunda de sus afirmaciones: «... es procedente estimar la pretensión sin necesidad de hacer una evaluación de los concretos perjuicios causados puesto que la suma reclamada está destinada a compensar un padecimiento difícilmente evaluable que no ha de ser acreditada a través de pruebas objetivas sino que se cuantifica valorando las circunstancias del caso según criterios de ponderación basados en la experiencia, en el análisis del supuesto concreto y en la ponderación discrecional que corresponde a los tribunales justicia» es totalmente criticable.

Por varias razones. En primer lugar, porque la norma procesal no dice que no tengan que probarse los daños causados. Lo que el precepto pretende es que la cuantificación de los daños morales puede quedar relajada para la parte, corriendo el juez o magistrado de oficio con la carga procesal de determinar la cuantía razonable para resarcir el daño causado, que son cosas del todo distintas.

El daño sí tiene que ser probado, la cuantía no. Y de la lectura del argumento parece deducirse otra cosa, hasta el punto de construirse una indemnización, como afirma la STSJ-SOC Madrid, de 2 de marzo de 2018 (rec. 985/2017), *iuris et de iure*, sin necesidad, por tanto, de prueba alguna por parte del demandante que acredite el daño moral derivado de la lesión del derecho fundamental.

Lo que consiente el artículo 183.2 LRJS es el tribunal, que tiene necesariamente que pronunciarse «sobre la cuantía del daño» lo determine «prudencialmente cuando la prueba de su importe exacto resulte demasiado difícil o costosa». Lo que consiente es que la cuantía del daño se determine prudencialmente, no que el daño se determine de oficio por el juez o se presuma porque se alega la vulneración de un Derecho Fundamental.

Este automatismo es, por decirlo gráficamente, un exceso interpretativo. Y quizá por ello se ha producido una línea de jurisprudencia y doctrina judicial tendente a embridar sus excesos con la que se esté en plena sintonía.

Así, el propio TS parece que recula al afirmar en el ATS-SOC de 4 de marzo de 2014 (rec. 2067/2013) que «la ponderación estimativa ante la dificultad de prueba a la que se refiere la jurisprudencia se refiere a la fijación de un importe compensador del daño, pero para llegar a ello es preciso que de forma previa e ineludible se haya conseguido demostrar que en efecto se ha producido realmente un menoscabo moral, lo que aquí no acontece».

¿Y cómo se compaginan ambas exigencias, la necesidad de acreditar que el daño se ha causado efectivamente con las facilidades probatorias que el precepto procesal concede?

El propio TS, antes incluso del ensayo de la teoría de la automaticidad, había enunciado lo que pudiéramos denominar «teoría del cauce mínimo», según la cual «no cabe deducir de manera automática, como hace la sentencia recurrida, la existencia de perjuicios.../... [pues estos] han de ser cuantificados de una forma objetiva, relacionada con la violación del derecho fundamental correspondiente y sus efectos, ofreciendo algún cauce, aunque sea mínimo, que permita a la parte demandada hacer las alegaciones que al respecto tenga por conveniente y para que en todo caso el juzgador extraiga las consecuencias indemnizatorias sobre parámetros alegados y, en su caso, discutidos» (STS-SOC de 17 de enero de 2003 [rec. 3650/2001])¹¹.

Es cierto que la *ratio decidendi* se proyecta sobre la cuantía de la indemnización, cuestión resuelta posteriormente por la introducción por la Ley de Igualdad efectiva de 2007, pero el hilo argumental no solo es perfectamente sostenible, sino que es perfectamente predicable. Por dos razones.

En primer lugar, como afirma, porque la alegación de la lesión de un derecho es una cuestión que solo compete a la parte y que el ordenamiento no ha relajado. Solo ha entendido apreciable de oficio la cuantificación de ese daño, no la prueba de la existencia del daño.

Y, en segundo lugar, porque es el mecanismo que mejor garantiza la protección de los intereses sustantivos de la contraparte procesal, que puede discutir y contrarrestar los argumentos de la persona trabajadora en relación con la causación de un daño a uno de sus derechos morales.

Por su parte, en la misma línea, la STS-SOC de 6 de abril de 2009 (rec. 191/2008), vigente ya la Ley Orgánica de Igualdad, en un contexto de lesión de la libertad sindical, declara la firmeza de la sentencia de instancia afirmando que el demandante no ha cumplido con la carga de determinar y

¹¹ En esta misma línea de cauce mínimo se apoya el ATS-SOC de 19 de octubre de 2006 (rec. 4733/2004) para inadmitir a trámite el recurso de casación por unificación de doctrina instando por el recurrente.

concretar el daño moral que dice haber padecido, básicamente porque no acredita «un daño económico específico, ni si se consiguieron o no los objetivos perseguidos por la huelga, ni si se produjo una minoración del número de afiliados al sindicato convocante». Es decir, no se aportaron, por la persona agraviada, los elementos fácticos de los que pudiera deducirse la lesión de un Derecho Fundamental.

La conclusión de esta interpretación algo más restrictiva del principio de automaticidad es, en línea de principios, que quién pretende sostener que se ha provocado un daño moral debe correr con la carga procesal de probar que se ha producido una lesión de un Derecho Fundamental.

Debe probar que se ha producido y, además, aportar probatoriamente los elementos contextuales (fácticos y jurídicos) que determinen las circunstancias en las que se ha provocado una lesión al Derecho Fundamental y al (presumido por la automaticidad) daño moral.

Y también tiene que probar que se ha inferido un concreto daño moral¹², de la manera más detallada que se quiera.

Tres son, en definitiva, las actividades probatorias que ineludiblemente la persona trabajadora debe realizar para sostener cabalmente una acción compensatoria del daño moral provocado por la transgresión de un Derecho Fundamental: la relacionada con la lesión del Derecho Fundamental, la que se dirige a probar los elementos contextuales de la transgresión acaecida, y la probanza del menoscabo moral.

También podrá ser suya –en ningún caso puede negarse– la iniciativa en la prueba de la cuantía del daño moral padecido, pero esto es otro debate que será analizado seguidamente, más que nada porque, como se ha comentado ya con suficiencia énfasis, la norma procesal pretende liberal a la persona trabajadora que ha visto lesionado sus derechos fundamentales de esta carga procesal, seguramente basado en «lo complejo que resulta hacer una traducción económica del daño moral y la necesidad, por tanto, de flexibilizar las exigencias normales para la determinación de una indemnización»¹³.

En esta línea se han posicionado con frecuencias las resoluciones de instancia o suplicación, en una lectura más razonable que limita el automatismo, en lo que entendemos que es el camino más adecuado a la dinámica probatoria que pretende favorece el artículo 183 LRJS.

¹² Aunque categóricamente no puede deducirse que Díez-Picazo afirme tal conclusión, podemos fácilmente concluir con él que la idea «de que toda intromisión ilegítima supone un daño y que este se presume, no parece que pueda ser fácilmente sostenida» Díez-Picazo, L.: *El escándalo del...*, ob. cit., p. 82.

¹³ RODRÍGUEZ COPÉ, M.ª L.: «Limitaciones del derecho al desistimiento en la relación laboral especial del personal al servicio del hogar familiar», *Temas Laborales*, núm. 146/2019, p. 220.

Así, por ejemplo, la SJS núm. 5 Valladolid 29/2020, de 29 de junio subraya que «La jurisprudencia es clara en relación con esta cuestión, exigiendo un mínimo probatorio de la existencia de tales daños morales y su alcance, para poder valorar su cuantía», por lo que, como es el caso, si «no se acredita circunstancia alguna que permita determinar la concurrencia de mayor daño moral que el ya inherente a cualquier decisión empresarial anulada por el juzgado» la pretensión indemnizatoria por daño moral «no puede prosperar». En principio, siempre deber exigirse la alegación y prueba del daño padecido, aunque bien es cierto que, con la misma fuerza jurídica, se reconoce que excepcional no se aplique dicho criterio en el supuesto (legalmente previsto) de que la acreditación de tal circunstancia fuese excesivamente costosa, pero eso no significa que la parte demandante quede excusada aportar las bases objetivas de la que podía derivar la existencia del daño moral y su compensación (STSJ-SOC Castilla-La Mancha, de 7 de febrero de 2014 [rec. 1296/2013]).

De lo que se trata, en definitiva, es de acreditar, aunque sea indiciariamente, que, de las circunstancias del asunto, puede deducirse racionalmente que se ha producido un perjuicio moral. Por lo que si «ni en la demanda, ni en el acto del juicio, se hizo aunque fuera una mínima referencia a las circunstancias del demandante que justificarían la indemnización por daños morales, limitándose a indicar una cantidad a tanto alzado sin concreción alguna y aplicando un criterio automático en la concesión» la pretensión de tal clase debe ser rechazada, como acontece en la SJS núm. 1 Ceuta 137/2021, de 24 de junio. Ello supone, desde un punto de vista práctico, que las pretensiones genéricas que no diferencian entre la indemnización solicitada por daño económico causado y daño moral inferido pueden ser rechazadas, como acontece en la STSJ-SOC Madrid, de 23 de junio de 2009 (rec. 2390/2009) que rechaza la suplicación que pretendía una indemnización básicamente porque no se había especificado cuáles eran los daños sufridos (en un despido nulo por embarazo de la trabajadora), o si se trataba de perjuicios morales o de otro tipo, y, más precisamente, porque no se indican los motivos por los que se solicita una indemnización en cuantía de 3000 euros.

Se hace necesario como presupuesto de la indemnización, en definitiva, que se acredite la producción de un daño moral, aunque bastaría con certificar las consecuencias que provoca el daño moral padecido para dar por correctamente formulada la pretensión instada en este sentido. Pero, como precisa la SJS núm. 2 Guadalajara 171/2021, de 29 de abril si «No se acredita de ningún modo esa pérdida de autoestima y confianza» el resto de los supuestos «daños y perjuicios se ven compensados con esta declaración de nulidad, en

tanto todos ellos están relacionados con la pérdida de salarios y cotizaciones que se ven remediados con la condena a la readmisión y al abono de salarios de tramitación...»¹⁴

Ahora bien, en el proceso de valoración de la existencia del daño no es operativa la alegación sobre una hipotética producción de un daño. La STSJ-SOC País Vasco, de 3 de junio de 2014 (rec. 786/2014) entiende, en este sentido, que debe «subrayarse que aún en los casos en que se aprecia una lesión del derecho fundamental, ha de desprenderse de los hechos probados la producción de un daño concreto, no bastando alegar tan solo en qué puede consistir ese hipotético daño causado».

En definitiva, que la persona trabajadora que pretenda la compensación del daño moral causado por la transgresión de un Derecho Fundamental debe proceder: a la identificación del derecho fundamental vulnerado, a la probatura de las circunstancias fácticas y jurídicas en el que se ha producido, y a la identificación de los elementos de prueba de daño moral causado¹⁵.

Es cierto que la prueba directa del daño moral en no pocas ocasiones se muestra esquiva a su probanza. Sin embargo la regla que se defiende no se muestra tan rigurosa ni tan exigente si razonablemente se requiriese, al menos,

¹⁴ La STSJ-SOC Andalucía (Sevilla), de 23 de julio de 2014 (rec. 2152/2014) desatiende la alegación del recurrente para el percibo de una indemnización adicional porque en ningún momento queda acreditado que la extinción del contrato de la actora, aunque se encontraba en licencia por maternidad, le haya supuesto algún daño valorable en la cantidad de 60000 euros que solicita, y no habiéndose probado daño alguno procede desestimar la pretensión.

En el caso resuelto por la STSJ-SOC País Vasco, de 9 de marzo de 2010 (rec. 110/2010) se apreció que no había datos ciertos que permitieran acreditar que verdaderamente se le había ocasionado al trabajador un daño real y efectivo.

El simple sufrimiento emocional producido por un despido injusto, como analiza la STSJ-SOC Andalucía (Granada), de 12 de julio de 2012 (rec. 1156/2012), incluso aunque se haya producido sobre una trabajadora embarazada, no tiene entidad suficiente para ser reparado con una indemnización independiente, haciendo falta, precisamente para ello, la constatación de un daño, sin que sea obligado remitirse a los criterios mediante los cuales este se valora.

En un supuesto de despido objetivo, como el acaecido en el asunto resuelto por la STSJ-SOC Asturias, de 26 de julio de 2013 (rec. 1346/2013), se entiende que un mero despido injusto (de una trabajadora embarazada) no tiene la entidad para ser reparado mediante una indemnización independiente, sobre todo si no hay una acreditación de la existencia del daño que pueda justificar y legitimar la indemnización solicitada.

¹⁵ Por eso está cargado de razón argumental los criterios que deniegan la indemnización solicitada cuando no se señala o indica el daño moral sufrido. Así, por ejemplo, La SJS núm. 3 Plasencia 177/2018, de 18 de junio cuando precisa que ese actuar del trabajador «conlleva la desestimación de la pretensión por cuanto no consta indicio de perjuicio toda vez que al considerar el despido nulo el único perjuicio que podía inferirse para el trabajador era el de poder encontrar nueva colocación, pero no es el caso porque mantiene el derecho a permanecer en su puesto de trabajo, no constando la existencia de otros perjuicios». O la SJS núm. 3 León 139/2021, de 9 de abril, cuando entiende que «ningún perjuicio se ha acreditado a este respecto al trabajador, ni el trabajador ha acreditado su situación de inquietud, zozobra y desasosiego causado el despido, ni se razona ni acredita razón alguna en la cuantificación de la cantidad solicitada, y por ello debemos desestimar la indemnización solicitada a este respecto».

que la persona lesionada identificase «la existencia del acto que conlleva aquel daño» moral¹⁶, pudiéndose presumir a partir de este la efectiva causación de un perjuicio moral. Lo que no parece razonable, se mire como se mire, es que se pretenda una indemnización por daño moral cuando: ni se identifica el Derecho Fundamental lesionado, ni se concreta el contexto en el que esta lesión se ha producido, ni se señala qué perjuicio moral se ha causado.

B) La alegación y prueba por la persona trabajadora

El corolario de la doctrina comentada lleva a considerar que la persona trabajadora tiene, necesariamente y en todo caso, que aportar indicios o elementos probatorios que acrediten la lesión del Derecho Fundamental y la producción de un daño moral. Sin estos elementos, previos y necesarios a la ingeniería de cuantificación del daño, no puede proseguirse con la mecánica indemnizatoria, porque el artículo 183 LRJS solo prevé aligerar la carga probatoria en este tercer escalón del razonamiento resarcitorio, no en los dos anteriores.

Porque las consecuencias queridas por la norma se proyectan, desde el punto de vista adjetivo, en que la fórmula de cálculo a criterio prudencial solo opera cuando se da la premisa previa que prevé el propio precepto. Es decir, que la cuantificación económica del daño sea difícil o de costosa calibración para la persona trabajador que ha sufrido el atropello en un Derecho Fundamental, pero teniendo presente que «la flexibilidad en relación con la exigencia de su estimación detallada por parte del que la solicita.../... no le exonera completamente de la necesaria aportación de datos elementales a tener en cuenta para su cuantificación» (SJS núm. 2 Guadalajara 232/2020, de 13 de noviembre).

El arco de bóveda de la interpretación de esta cuestión se sustenta en el adverbio «completamente», que expresa una fórmula de compromiso entre dos polos de tensión no siempre bien resuelta. Porque no se puede exigir una concreción completa de la indemnización solicitada y, sin embargo, sí puede intimarse una concreción de los elementos y bases que conforman dicha indemnización.

¹⁶ En palabras de GARCÍA VIÑA, J.: «Indemnización por daños y perjuicios en el orden social: una panorámica», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 173/2015, versión electrónica: BIB 2015\673, p. 22. El mismo autor sostiene la idea en otro trabajo ya citado: «La reclamación de daños y perjuicios por actos...», ob. cit., p. 8.

Por eso no puede negarse, antes al contrario, que la persona trabajadora deba aportar los elementos que puedan servir para la cuantificación del daño moral padecido, cuando ello se pueda hacer de manera sencilla. Quizá no sean muchos los supuestos, pero no se puede negar la posibilidad de que la parte que solicita la indemnización despliegue actividad probatoria en este sentido, prefiriéndose, en estos casos, la concreción con los criterios implementados por la parte que el prudencial judicial, que funciona únicamente como criterio auxiliar, y solo en ausencia de actividad probatoria de parte.

Por otro lado, si la parte que solicita la indemnización adicional no pudiera, por serle muy gravoso –difícil o costoso– determinar la cuantificación en la demanda del daño moral sufrido o padecido, debería ser exigible que, al menos, desplegase algún tipo de actividad procesal tendente a acreditar dicha dificultad. No basta, en este sentido, con que la parte asuma que la concreción del daño moral le es difícil y se conforme con la aquilatación de su cuantía a prudente arbitrio judicial. Recordemos que, aunque con limitaciones, el proceso social se gobierna desde el principio dispositivo, lo que genera repercusiones sustantivas, pero también procesales. Además, una cosa es experimentar dificultades en la cuantificación de la indemnización por el daño moral padecido y otra bien distinta aportar algún indicio que acredite o muestre dicha dificultad.

Es decir, en conclusión, la parte procesal que pretenda la indemnización económica por daño moral debe probar: la efectiva lesión al Derecho Fundamental, las circunstancias contextuales en las que se ha producido el daño, la real producción del daño de carácter moral que se asocia a dicha lesión (que a veces pueda presumirse automáticamente dicho daño cuando se violenta un determinado Derecho Fundamental no anula este aserto), y, por último, la dificultad que experimenta para la cuantificación de la indemnización.

Cuatro actividades probatorias que tienen cuatro objetos distintos y que no pueden ser sustituidas por una alegación genérica en la que se solicite, sin más, una indemnización económica calibrada según el prudente arbitrio judicial¹⁷.

¹⁷ Como acontece, por ejemplo, en el asunto resuelto por la SJS núm. 1 Soria 78/2018, de 8 de abril, cuando precisa que «la solicitud indemnizatoria carece de todo sustento ya que no se identifican hechos ni indicios concretos de los que pueda concluirse la existencia del afirmado daño moral, ni se expresan los criterios valorativos que fundamentan el alcance cuantitativo de la pretensión, ni se ha practicado prueba alguna tendente a acreditar el mismo, ni la prueba practicada revela ningún indicio de que se haya producido un daño moral concreto y efectivo a Dña. yyy, motivo por el que procede la desestimación de dicha pretensión».

VI. LA DIFÍCIL CUANTIFICACIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN POR DAÑO MORAL

Desde un punto de vista estrictamente resarcitorio no parece dudoso que el daño moral puede ser incluido en la figura de la indemnización de daños y perjuicios¹, desagraviándose, mediante la correspondiente indemnización económica, el quebrando producido, por más que se experimente dificultades en la valoración objetiva del daño causado, especialmente en relación con aquellos daños morales que afectan a la parte afectiva de la persona, no tanto cuando se trata de los daños morales sociales, siguiendo la distinción que se ha empleado anteriormente.

Debe partirse de la premisa de que la norma laboral (en realidad cualquier norma, exceptuando la que regula el derecho al honor, como se verá seguidamente) desecha la posibilidad de organizar otro tipo de mecanismos resarcitorios –retractaciones públicas, publicación del fallo de la sentencia en las dependencias de la empresa, la existencia de un listado público con las empresas más discriminatorias²– al margen de la indemnización económica³. Esta es el mecanismo universalmente admitido para dar satisfacción a la reparación pretendida, y más allá de alguna cuestión de matiz no se conoce mecanismo más eficaz.

¹ ÁLVAREZ VIGARAY, R.: «La responsabilidad por daño...», ob. cit., p. 90.

² Como lo aprecia MORALES ORTEGA, J. M.: «La incidencia de la Ley de Igualdad...», ob. cit., p. 10.

³ Desde un punto de vista dogmático, más como camino interpretativo sin salida que como mecanismo operativo real y eficaz se plantea la posibilidad de que quien ha causado el daño solo satisfaga al agredido, al dañado, «la parte correspondiente al importe de los daños patrimoniales», y apreciando que «el resto, por el importe de los daños morales, se pagaría al Estado en concepto de multa». Con lo que el «importe acumulado de las multas por daños morales permitiría reducir los ingresos fiscales, incrementar los gastos sociales o hacer ambas cosas a un tiempo, según cuáles sean las preferencias colectivas en cada momento. Por hipótesis esta solución incrementará el bienestar general en mayor medida que concentrar la indemnización en las víctimas». GÓMEZ POMAR, F.: «Daño moral...», ob. cit., p. 5.

Aunque quizá sea una exageración señalar que «la cuantificación económica del daño moral sigue constituyendo uno de los misterios del derecho de daños»⁴, no lo es afirmar, sin embargo, que existen serias dificultades en la objetivación de su cuantía, principalmente tres.

En primer lugar, la ausencia de una normativa precisa que aquilate legalmente la cuantificación del daño, como sí la hay en otros países de nuestro entorno europeo⁵.

En segundo lugar, la diferente valoración que para los diversos órdenes jurisdiccionales tiene el daño moral⁶, derivado del rol institucional que en cada uno de ellos juega la cuantía indemnizatoria como mecanismo de compensación del daño moral infligido. Aunque el concepto de daño moral puede ser único, los mecanismos compensadores de su transgresión tienen diferentes respuestas en vía civil, penal⁷ o social.

Y, en tercer lugar, los diferentes mecanismos técnico-jurídicos de apreciación del daño y, sobre todo, de calibración de la cuantía resarcitoria.

A estos tres puede sumarse un cuarto, que se deduce de la propia configuración de la indemnización en un sistema no limitado, lo que suele traducirse en un alto grado de tolerancia en la interpretación que realizan los tribunales de justicia en relación con la cuantificación reparadora, contribuyendo, aunque sea de manera indirecta, a desfigurar los contornos institucionales de la figura⁸, y, de una u otra manera, a confundir la indemnización por daño moral con la de daños y perjuicios. Aprecia Gómez Pomar que «en algunos casos, bajo la decisión de condenar a pagar tal cual cantidad de dinero parece subyacer la repugnancia mal disimulada ante lo que representaría limitarse a conceder una

⁴ LLAMAS POMBO, E.: «Reflexiones sobre derecho de daños: casos y opiniones», *La Ley*, Madrid, 2010, versión electrónica: *La Ley* 13899/2011.

⁵ Especialmente interesante es, al parecer, la referencia de los §§ 253 y 847 BGB que aseguran, de un lado que «por razón de un daño de carácter no patrimonial solo puede exigirse una indemnización en dinero en los casos determinados», y que en el caso de una lesión corporal o de la salud, en los supuestos de privación de libertad con ocasión de ciertos delitos contra la moral, el lesionado puede exigir a causa de los daños originados, de índole no patrimonial, un resarcimiento pecuniario equitativo. El desarrollo de ambas posibilidades, con aportación de numerosos ejemplos jurisprudenciales, es de SCHWARZ, H.: «Cuestiones actuales del daño moral en los Derechos español y alemán», *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 27, núm. 2, 1974, pp. 347-54.

⁶ Siendo, por ejemplo, prácticamente automática en el ámbito del derecho penal cuando se indemnizan agresiones contra la libertad sexual en cuyo caso las indemnizaciones se conceden «sistemáticamente, pero no requiere constatación alguna de la realidad y alcance del daño: indemniza la ofensa por su enormidad, pero no entra en consideraciones empíricas sobre la dimensión del perjuicio», en palabras de GÓMEZ POMAR, F.: «Daño moral...», ob. cit., p. 9.

⁷ Para el análisis particular de esta perspectiva véase MAGRO SERVET, V.: «Aproximación a la cuantía de las indemnizaciones por daño moral...», ob. cit., p. 3 y ss.

⁸ Argumento enunciado en la crítica general severa a la interpretación excesivamente generosa de estos daños morales que despliega MATE SATUÉ, L. C.: «La delimitación del concepto de daño moral...», ob. cit., p. 307.

indemnización nominal, próxima cero, por no haber daños patrimoniales ni poder justificarse una precisa repercusión negativa de carácter psíquico o afectivo», como acontece, particularmente en dos supuestos. En primer lugar, «en casos de causación de la muerte de la víctima cuando el fallecido hacía tiempo que no convivía con sus familiares y demandantes, si no es que ya se había roto todo contacto afectivo entre ellos», y en segundo lugar, «en supuestos de lesión al honor la intimidad y aunque el daño no afecte apreciablemente la capacidad de las víctimas de obtener ingresos futuros –por ej., éstas son funcionarios públicos– las indemnizaciones elevan en función del reproche que, a juicio del tribunal, merece el difamante». ⁹

Es más fácil y sencillo, en definitiva, abogar por una indemnización única, que aúne ambos tipos de daños, que dedicarse a especificar en una resolución de instancia qué daños se consideran como perjuicios (generalmente de tipo económico) con sus propias reglas de determinación y apreciación, y cuáles adquieren la configuración de daños morales, también con sus propias reglas de apreciación y cuantificación.

Quizá, aunque la reflexión está proyectada en el ámbito privado general y no en el específico laboral, en este tema «lo único que se ha podido precisar al respecto hasta ahora es que la facultad de establecer esa medida cuantitativa queda reservada la prudente apreciación de los juzgadores de instancia. Lo que, a su vez, justifica que la valoración que estos realizan del uso de tal atribución, queden excluidas de la revisión casacional» ¹⁰. Porque, tanto la manera de apreciación del daño, como la técnica de determinación del *quantum* indemnizatorio sigue estando sujeto a la interpretación del juzgador, que con fundamento en el principio *iura novit curia*, y la fase probatoria trata de patrocinar la evacuación de sentencias justas y ecuanímes acorde a las circunstancias y particularidades que rodean el supuesto de hecho enjuiciable ¹¹, por definición siempre cambiante y sujetos a singularidades difíciles de repetición en otros asuntos.

A la amplitud del término y la imprecisión y abstracción de sus elementos se unen tres dificultades desde el punto de vista de la técnica probatoria y de la apreciación judicial del daño causado en vía laboral ¹².

⁹ GÓMEZ POMAR, F.: «Daño moral...», ob. cit., p. 10.

¹⁰ En palabras de LLAMAS POMBO, E.: *Reflexiones sobre derecho de daños...*, ob. cit., versión electrónica: La Ley 13899/2011.

¹¹ En el apreciar de CASADO ANDRÉS, B.: «El concepto de daño moral. Estudios...», ob. cit., p. 403.

¹² La enumeración, pero sin efectuar el desarrollo que hemos realizado, es de CASADO ANDRÉS, B.: «El concepto de daño moral. Estudios...», ob. cit., p. 420.

En primer lugar, que junto con el daño moral la misma acción lesiva puede haber perjudicado o lesionado otros bienes de carácter patrimonial, estos sí más fácilmente, en principio, apreciables y cuantificables. Éstos podrían denominarse «bienes morales impropios», por contraposición a los bienes «morales puros», que son aquellos que no se encuentran vinculados, ni directa ni indirectamente, a otros de carácter patrimonial¹³.

En segundo lugar, que no hay un sistema de compensación justo y equitativo basado en normas fijas y estables para el ámbito laboral del derecho, como ya se ha comentado. La importación de técnicas y soluciones de otros sectores del ordenamiento (si es que esa disección tan purista del ordenamiento es posible) se revela como una auténtica necesidad, pero ello genera, a su vez, nuevos problemas de compatibilidad, como se tendrá ocasión de analizar *infra*.

Y, en tercer lugar, que, como toda operación hermenéutica sometida a la lógica de la apreciación judicial caso por caso, la subjetividad que impregna la valoración del daño provoca una gran variedad de soluciones operativas, difíciles de someter a la acción unificadora, como también se ha comentado, de la Sala Cuarta del TS.

Para intentar desmenuzar cómo proceder a la valoración del daño moral quizá fuese interesantes que nos situásemos en el momento de la valoración judicial de la indemnización, para así encontrar argumentos y criterios que ayuden tanto a la apreciación del daño, como a la monetización de la indemnización.

1. LAS OPERACIONES TÉCNICAS DE VALORACIÓN JUDICIAL DEL DAÑO

Parece indubitado, como resume Cavanillas Múgica, que el juzgador debe, cuando se enfrenta a la cuantificación de la indemnización por daño moral, realizar una triple operación dentro de su quehacer hermenéutico: identificar el daño moral, probar que ha producido y que ha generado consecuencias para la persona afectada, y monetizar económicamente la indemnización compensatoria¹⁴.

Por ello, en la resolución judicial que lo constate debe describirse, como premisa del razonamiento, «suficientemente aquello que se considera daño

¹³ GARCÍA SERRANO, F. de A.: «El daño moral extracontractual...», ob. cit., p. 810.

¹⁴ Esta trilogía argumental que exponemos es la que propone CAVANILLAS MÚGICA, S.: «La motivación judicial por la indemnización...», ob. cit., pp. 167-8.

moral»¹⁵. Con ello se consiguen dos objetivos: determinar la base de la indemnización, y facilitar la enumeración diferenciada de cada una de las partidas del daño, distinguiendo, particularmente, entre los daños que se consideran perjuicios (generalmente de tipo económico) y los daños de orden moral.

También debe probarse, en segundo lugar, el daño moral efectiva inferido. Y aunque raramente es objeto de prueba directa, por no poder acudirse generalmente a pruebas periciales o testificales, recurriéndose habitualmente a la «presunción implícita de tratarse de sentimientos comunes a todas las personas»¹⁶, parece obligado explicar el razonamiento en que se basa el juzgador para deducir, en este caso concreto, tal presunción.

Y, en tercer lugar, es obligada la cuantificación económica del daño, la operación técnica más difícil desde el punto de vista del juzgador y la que, generalmente, provoca mayores controversias entre las partes.

Es, además, la operación técnica en la que el juzgador se encuentra más desvalido, pues en ausencia de parámetros normativos específicos tiene que conducirse mediante su «prudente arbitrio», o como se ha denominado, mediante la aplicación de un criterio de «discrecionalidad ponderada»¹⁷.

Desde el punto de vista dogmático podemos enunciar hasta tres mecanismos diferentes de objetivación de la indemnización¹⁸.

En primer lugar, la incorporación del daño moral a la indemnización que se concrete por la producción de un daño patrimonial, regla que solo tiene operatividad plena para cuando la lesión genera daños tanto en la esfera patrimonial como en la moral. En estos casos se implementa una indemnización adicional a la que se consigue probar y acreditar de carácter patrimonial, pudiendo emplearse varias técnicas de monetización del daño moral, aunque la más operativa y funcional es aquella que implementación un porcentaje sobre la cuantía del daño patrimonial probado y tasado. Esta idea se sustenta en dos argumentos. En primer lugar, en que el daño producido es siempre unitario, siendo dificultoso diferenciar y distinguir entre ambos tipos de daños. Y, en segundo lugar, precisamente por ello, en que el daño moral es subsidiario o accesorio al patrimonial «toda vez que ambos suponen una disminución efectiva de cierta utilidad individual y, por tanto, una pérdida neta de bienestar personal», por lo que, precisamente por ello, «la indemnización deberá coinci-

¹⁵ CAVANILLAS MÚGICA, S.: «La motivación judicial por la indemnización...», ob. cit., p. 167.

¹⁶ CAVANILLAS MÚGICA, S.: «La motivación judicial por la indemnización...», ob. cit., p. 167.

¹⁷ CAVANILLAS MÚGICA, S.: «La motivación judicial por la indemnización...», ob. cit., p. 168.

¹⁸ La exposición pormenorizada de todos ellos es de MORENO MARTÍN, M.ª D.: *El daño moral...*, ob. cit., pp. 115.

dir, principalmente, con el daño generado objetivamente, sin olvidar que el mismo siempre se va a reflejar en los sentimientos íntimos de cada persona»¹⁹.

En segundo lugar, la utilización de tablas preestablecidas normativamente de valoración de otros daños. En este supuesto se acude a normas que prefijan la cuantía de otro tipo de daños, realizándose una operación analógica de implementación de la solución para la apreciación del daño moral. Esta es, si mira como se mire, la operación hermenéutica más usual en la práctica jurisdiccional, en la que se emplea para la datación de la cuantía económica del daño moral una norma que no está expresamente prevista para dicho objetivo.

Y, en tercer lugar, pueden valorarse los beneficios que se obtienen por la lesión que se ha infligido, funcionando la reparación en relación con el lucro obtenido. Aunque el mecanismo es ingenioso al «relacionar las indemnizaciones del daño moral con el beneficio obtenido por el autor de la lesión, se introducen elementos de confusión, pues de seguir esta línea, no se estaría indemnizando un perjuicio, sino restituyendo un enriquecimiento lo que es cosa bien distinta»²⁰.

El primer criterio puede tener utilidad cuando la lesión infligida en la persona trabajadora sea pluri ofensiva, es decir, que la lesión del Derecho Fundamental provoque un daño en la esfera patrimonial y moral al mismo tiempo. El segundo es el más empleado en la jurisdicción social, pues tiene la ventaja de contar con una norma que determina, y a su vez limita, la cuantía de la indemnización compensatoria. Y el tercero, que es prácticamente desconocido en el ámbito social del derecho, entroncaría bien con la función punitiva que pretende el artículo 183 LRJS, pero ahondaría la confusión entre los daños patrimonial y moral, y su generalizada utilización serviría de excusa para no diferenciar correctamente ambos tipos de indemnizaciones, porque la experiencia demuestra que en «numerosas ocasiones y bajo la rúbrica de daños morales, el Tribunal Supremo concede indemnizaciones por daños que carecen de aquella cualificación, pues en realidad, se trata de daños patrimoniales que no resultan, por razones diversas, fáciles de cuantificar», de tal suerte que la «etiqueta de daño moral permite aligerar la carga de valorar los daños: se evita tener que explicitar los criterios de valoración económica del daño, ya que tales criterios, según reiterada jurisprudencia del propio Tribunal Supremo, no existen para los daños no patrimoniales, es decir, para los morales»²¹.

¹⁹ En el apreciar de MACÍÁ GÓMEZ, R.: «La dualidad del daño...», ob. cit., p. 31.

²⁰ DíEZ-PICAZO, L.: *El escándalo del...*, ob. cit., p. 83.

²¹ GÓMEZ POMAR, F.: «Daño moral...», ob. cit., p. 11.

De los tres mecanismos el más utilizado, como se comenta, es el segundo, el que emplea una norma preexistente para deducir la cantidad económica que debe resarcir el daño moral causado. Dos son, tanto desde el punto de vista teórica como práctico, los tipos de normas que pueden emplearse.

Puede recurrirse, en primer lugar, a una norma, como la del baremo de tráfico, que enuncia unas cuantías económicas para la indemnización de determinados daños (corporales, aunque también de otro tipo) que se han ocasionado con ocasión de la circulación de vehículos a motor. Pero también puede emplearse, en segundo lugar, una norma, como la LISOS, que se utiliza para sancionar administrativamente determinados comportamientos empresariales en relación con los derechos de las personas trabajadoras, tipificando determinadas conductas y asociado a su reparación la imposición de una sanción económica de cuantía variable según la apreciación de las circunstancias concurrente en cada caso.

En ambos casos nos encontramos con normas no específicamente enunciadas para la restauración económica de un daño moral, por lo que la primera cuestión a despejar, antes de acudir a la relojería interna de sus presupuestos y dictados, es averiguar cuál es el objeto de indemnización por daño moral que pretende el artículo 183 LRJS y discernir si este encuadra en los propósitos o fines de la norma.

Son manifiestas «las dificultades de la «técnica del baremo», incluso de cualquier técnica legal, de valoración objetiva de los daños no patrimoniales», pero también resultad claro «que no es aceptable, seguir arrastrando las deficiencias del ancestral, técnica del prudente, arbitrio de los jueces y su corolario «soberanista», según el cual, la indemnización es función soberana de los tribunales de instancia sobre la apreciación de la prueba»²². En realidad no hay un mecanismo técnico idóneo para la monetización de la indemnización en el ámbito social, por lo que, probablemente, el que se adopte deba tener componentes de los dos mecanismos comentados.

También pudiera, en hipótesis, acudir, naturalmente, a la utilización de otro tipo de normas (penales, administrativas, mercantiles, etc.) para la monetización del daño moral social que se causa por la transgresión de un Derecho Fundamental, pero como se analizará seguidamente, el debate queda circunscrito, sobre todo desde el punto de vista práctico, únicamente a algunas de las opciones anteriormente indicadas, básicamente porque la configuración de es-

²² Muy clara es el párrafo citado y la exposición ulterior de MOLINA NAVARRETE, C.: *Nueva indemnización por daño profesional: mejores y límites del «nuevo baremo»*, Bomarzo, Albacete, 2016, p. 50.

tas normas se muestra refractaria a su empleo para un supuesto operativo distinto a aquel para el que fueron creadas.

La respuesta queda mediatizada, naturalmente, tanto por la naturaleza de la indemnización, como por los presupuestos técnicos pretendidos por la LRJS en la configuración jurídica de la indemnización por daño moral.

2. EL OBJETO DE LA INDEMNIZACIÓN

De la configuración legal de esta indemnización adicional podemos deducir que tiene un triple objetivo, un triple propósito. En primer lugar, pretende «resarcir suficientemente a la víctima». En segundo lugar, «restablecer a esta, en la medida de lo posible, en la integridad de su situación anterior a la lesión». Y, en tercer lugar, «contribuir a la finalidad de prevenir el daño» (art. 183.2 LRJS).

Recuérdese, antes que nada, que no es la única indemnización que se prevé para cuando se haya vulnerado un Derecho Fundamental de una persona trabajadora, pues la norma pretende, como se ha insistido vehementemente en este trabajo, que junto con la reparación del daño moral se proceda a resarcir también «de los daños y perjuicios adicionales derivados» (art. 183.1 LRJS) de la vulneración del derecho fundamental.

Para centrar adecuadamente cuál es el objeto de la indemnización debe distinguirse el diferente tratamiento legal que a cada una de esas dos indemnizaciones concede la norma, pues mientras que para la indemnización del daño moral parece imponerse, con todos los matices que ya se han señalado, la automaticidad en su apreciación siempre que se acredite (cuanto menos indiciariamente) la efectiva vulneración y la causación de un daño, para la exención de los perjuicios materiales «se exigirá al demandante una mayor diligencia a fin de aportar tanto una mínima prueba de ellos como de los elementos necesarios para proceder a su cuantificación»²³.

Lo razonable para manejar operativamente ambos tipos de indemnizaciones, es entender que debe existir, tanto desde el punto de vista sustantivo como adjetivo, una nítida y clara separación entre el daño patrimonial y el daño moral²⁴. De esta sencilla premisa intelectual se derivan dos conclusiones.

²³ BLASCO JOVER, C.: «Las novedades introducidas en la modalidad procesal de tutela de los derechos fundamentales tras la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social», *Actualidad Laboral*, 2012, versión electrónica: La Ley 8360/2012, p. 11.

²⁴ Como lo aprecia RODRÍGUEZ GUITIÁN, A. M.ª: «Indemnización del daño moral derivado...», ob. cit., p. 831.

En primer lugar, la que afirma y sostiene que junto con el daño moral pueden haberse producido otros «daños» de orden patrimonial. La propia norma así lo prevé cuando dispone, como se comenta, que junto con la previsión relativa al daño moral debe también indemnizarse «los daños y perjuicios adicionales derivados» (art. 183.1 LRJS) del acto lesivo.

Y, como corolario de esta afirmación, en segundo lugar, que no es razonable la tendencia jurisprudencial a incluir en la cuantía indemnizatoria, como si de un todo unitario se tratase, tanto «el lucro cesante y el daño moral» sin diferenciar ambos tipos de daño y anudar a cada uno de ellos la indemnización que corresponde, porque ha hecho furor la «errónea tendencia mantenida por nuestros tribunales de englobar en una cifra única daños patrimoniales y daños morales sin que al final logre conocerse la determinación concreta de cada uno de ellos y los criterios empleados al respecto»²⁵.

En esta línea Gómez Pomar critica «con dureza la tendencia que manifiesta una cierta jurisprudencia de todas las Salas del Tribunal Supremo a hacer pasar como daños morales lo que realmente son daños patrimoniales. La crítica no responde a un prurito académico, a un simple capricho de escuela: el enmascaramiento de daños patrimoniales bajo la rúbrica de daños morales imposibilita todo control externo de los criterios jurisprudenciales de cuantificación de los daños. Así resulta imposible medir el ajuste de la indemnización al daño patrimonial realmente producido y la jurisprudencia pierde mucho de su valor como tal»²⁶.

La diferenciación entre estos dos tipos genéricos de daños se presenta, por tanto, como una auténtica necesidad, siendo imprescindible para ello atender a las pretensiones que pretenden satisfacerse con la indemnización por daño moral.

A) La pretensión reparadora

No hay mucho debate, ni doctrinal ni práctico en relación con la primera de las tres pretensiones enunciadas. Es de todo razonable que la indemnización

²⁵ En palabras de RODRÍGUEZ GUITIÁN, A. M.^a: «Indemnización del daño moral derivado...», ob. cit., p. 846.

²⁶ GÓMEZ POMAR, F.: «Daño moral...», ob. cit., pp. 12-3. Insiste en esta idea el mismo autor en dos trabajos posteriores, prácticamente en los mismos términos que los expuestos: GÓMEZ POMAR, F.: «Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.^a, 20.2.2022: el daño moral de las personas jurídicas», *InDret* (Revista para el análisis del Derecho), núm. 105/2002, pp. 3 y 5, y más tarde, en GÓMEZ POMAR, F.: «El sudor de la frente y el daño moral», *InDret* (Revista para el análisis del Derecho), núm. 254, febrero de 2005, p. 8.

pretenda reparar a la víctima del daño causado. De la imposibilidad de resarcir al trabajador *in natura* deriva la reparación del daño causado mediante la percepción de una indemnización económica de naturaleza compensatoria²⁷.

En un control *ex post* de la legalidad de la actuación empresarial que ha dañado al trabajador la sanción que el ordenamiento jurídico deduce con naturalidad es entender (ficcional) que la actuación conducente a la lesión no se ha producido, porque no debería haberse producido, declarando la nulidad radical de dicha orden o encomienda empresarial y retrotrayendo a la persona trabajadora afectado a la situación jurídica antecedente a la orden empresarial considerada ilegal, irregular o excesiva. Esa orden, esa exigencia empresarial con respecto al trabajador, sea despido sea o sea cualquier otra manifestación del ejercicio regular del poder de dirección, ha producido un daño que debe ser reparado. Y el ordenamiento lo hace empleando un instrumento jurídico generalmente apreciado y de valoración intuitiva como lo es la indemnización económica.

Dicha indemnización pecuniaria se anuda al propósito de resarcimiento probablemente porque no hay otro mecanismo técnico para «resarcir» a la víctima del daño en su integridad. Cuanto mayor sea el daño, cuanto mayor sea la transgresión sufrida o la discriminación padecida, valorándose y calibrándose en función de la intensidad de la lesión, de su perpetuamiento en el tiempo, así como de otros parámetros contextuales de lugar y tiempo, más elevada debería ser la cuantía de la indemnización económica compensatoria.

El TS maneja prioritariamente, como se tendrá ocasión de analizar seguidamente, los dos parámetros anteriormente analizados para cuantificar la indemnización: el tiempo de duración del contrato, y la remuneración anual de la persona trabajadora. También se utilizan, aunque no con carácter general, otros parámetros contextuales: el tipo de Derecho fundamental agredido (laboral o inespecífico), el agente productor del daño (el empresario directamente o persona que ejerza los poderes de dirección, u otro agente de la empresa que no detenta dichos poderes), la reiteración o repetición de la conducta en el tiempo, el carácter colectivo o individual de la ofensa al Derecho Fundamental, el contexto laboral en el que se produce la lesión, o incluso el carácter pluriofensivo en relación con los varios Derechos Fundamentales eventualmente lesionados. Estos parámetros se emplean para graduar la cuantía de la indemnización, para individualizarla, pero no tanto para decidir la cuantía principal de la misma.

En el epígrafe siguiente se intentará organizar la casuística de estos parámetros desde el análisis de los supuestos que se han patrocinado el foro, con el

²⁷ Así lo afirma, sin excepción, la generalidad de la doctrina. Véase como botón de muestra MATE SATUÉ, L. C.: «La delimitación del concepto de daño moral...», ob. cit., p. 292.

propósito de elaborar unos parámetros generales que permitan una operación deductiva en cuanto a la monetización de la indemnización y su individualización dependiendo del contexto laboral en el que se ha producido la lesión a los Derechos Fundamentales de la persona trabajadora.

B) La prestación restitutoria

El restablecimiento del trabajador en la situación anterior a la lesión producida también es una consecuencia lógica y conocida por el ordenamiento laboral²⁸, pero la eficacia de una indemnización económica para el cumplimiento de este objetivo no se aprecia tan claramente como en el supuesto anterior.

No se concibe cómo puede favorecerse dicho restablecimiento mediante la imposición de una indemnización pecuniaria a quien ha lesionado un Derecho Fundamental de la persona trabajadora. En la lógica de la norma laboral, en realidad de cualquier norma, la producción de un daño, sea cual sea este, se compensa, se resarce, se indemniza, se subsana, mediante una indemnización económica, dadas las dificultades para implementar mecanismos de restitución *in natura*. Es una mecánica a la que está acostumbrados en el Derecho Privado, incluso cuando de Derechos Fundamentales hablamos.

Pero la resituación del trabajador en la misma posición jurídica que tenía antes de producirse el daño, que es a lo que se refiere la norma cuando pretende el restablecimiento en la integridad de la situación anterior a la lesión, no parece que pueda llevarse a cabo de forma eficiente mediante una indemnización económica. Este segundo objetivo parece más factible de ser realizado mediante instrumentos propios y característicos del orden laboral, sobre todo en la mecánica de los despidos improcedentes o nulos, en las sanciones laborales, o en las decisiones del empresario en relación con condiciones y lugares de trabajo: modificación sustancial de condiciones de trabajo, traslados o desplazamientos, etc.

Cuando una orden empresarial se considera inadecuada a derecho la consecuencia jurídica implementada por la norma es doble. De un lado se dicta su anulación y, de otro, se niegan los efectos o consecuencias que dicho mandato empresarial pretendía imponer. Se produce, en definitiva, una ficción, consis-

²⁸ Identificada con «la concreción de un principio básico institucional del Derecho común de Daños, la reparación-compensación completa de los daños derivados, patrimoniales y extra-patrimoniales (biológicos, de la personalidad, moral)...». MOLINA NAVARRETE, C.: *Indemnizaciones disuasorias, nueva garantía de efectividad de la tutela social: entre retórica judicial y prácticas innovadoras*, Bomarzo, Albatros, 2019, p. 27.

tente en suponer que la orden empresarial no ha existido, por lo que no debería haber producido efectos jurídicos. Pero la resituación del trabajador al momento anterior a producirse la lesión del Derecho Fundamental no puede conseguirse con una condena pecuniaria.

Quizá la norma lo que pretenda, por eso especifica con un criterio realista²⁹ que esta pretensión de situar al trabajador en la misma situación jurídica que antes de producirse la lesión lo es «en la medida de lo posible», es reparar económicamente al trabajador cuando, precisamente, esa resituación en la misma posición jurídica fuese imposible en términos puramente fácticos y jurídicos laborales.

En estos supuestos, el ideal de resarcimiento consistiría en situar al trabajador en la posición más cercana a la que tenía con anterioridad a la lesión, calibrando y valorando en términos económicos, es decir, indemnizatorios, la diferencia de situación que experimenta el trabajador desde la que tenía con anterioridad a la lesión a la que tiene ahora cuando se ha intentado, sin completo éxito, ser repuesto a la idéntica posición jurídica y se ha tenido que resituarse en una similar o cercana.

Desde este punto de vista quizá la indemnización económica sí puede tener sentido y operatividad, acercándose a lo que tradicionalmente se conoce como «el dinero del dolor», sabiendo positivamente que «la indemnización no siempre consigue restaurar el patrimonio a su situación anterior a la producción del daño» consiguiéndose, todo lo más «conceder una satisfacción al perjudicado, dándole la posibilidad de procurarse satisfacciones equivalentes a las que ha perdido»³⁰, porque, probablemente, el daño moral en sí mismo apreciado solo es susceptible de reparación, pero no de resarcimiento completo³¹, «la utópica *restitutio in integrum*»³², al no tener un contenido patrimonial cuantificable en los términos y con los instrumentos técnicos que se emplean para los daños de carácter patrimonial.

En conclusión, la indemnización económica como mecanismo para viabilizar y hacer efectivo el principio de *restitutio in integrum*, debe ser suficiente para reparar y compensar plenamente todos los perjuicios económicos que haya causado el daño moral (daño emergente, lucro cesante, daños materiales, etc.) y que se acrediten, ya veremos cómo y de qué manera, por la persona trabajadora en su esfera personal, social, familiar, etc.³³.

²⁹ Destaca esta circunstancia MOLINA NAVARRETE, C.: *Indemnizaciones disuasorias...*, ob. cit., p. 27.

³⁰ ÁLVAREZ VIGARAY, R.: «La responsabilidad por daño...», ob. cit., p. 91.

³¹ Así, por ejemplo, MORENO MARTÍN, M.^a D.: *El daño moral...*, ob. cit., pp. 87 y 89.

³² Como la caracteriza la SJS núm. 1 Toledo 58/2022, de 4 de febrero.

³³ TASCÓN LÓPEZ, R.: «La indemnización adicional en los casos de extinción...», ob. cit., p. 6.

Pero teniendo presente que, a diferencia de este daño patrimonial, que «provoca una disminución de utilidad que es compensable con dinero o bienes intercambiables por dinero», el daño moral «implica una reducción del nivel de utilidad que ni el dinero, ni bienes intercambiables por este, pueden llegar a compensar: todo el oro del mundo no basta para reemplazar el sufrimiento experimentado por el velocista que queda tetraplégico como consecuencia de un accidente»³⁴.

Por eso es usual pronunciamiento jurisdicciones que entienden que el daño moral, es, en esencia un «...daño irreparable in natura, de ahí que solo se pueda compensar mediante indemnización.../... porque el daño está ya producido y no puede desaparecer, solo se compensa a su titular por ese daño sufrido», porque la «indemnización del daño moral consiste en que el daño y su reparación se sitúan en planos distintos, lo que implica que la indemnización en este tipo de daños no tiene una función de resarcimiento por sustitución de los bienes lesionados; la indemnización de los daños morales tiene una función distinta, una función de compensación –amen de ser realmente un *punitive damages* o daños punitivos–. La indemnización monetaria en este caso no resarce a la víctima de los daños sufridos, sino que la compensa. Es decir, no nos encontramos ante una indemnización con la función clásica de resarcimiento patrimonial por equivalente, sino que debemos alterarla y concluir que la indemnización de daños y perjuicios además de su función resarcitoria, también tiene una función compensatoria. El daño es ya un hecho consumado y pese a que se restablezca el mismo a su titular, no cabe duda de que durante un determinado tiempo no habrá podido ejercerlo. Esta ilícita privación del ejercicio de un derecho fundamental habrá de ser compensada mediante indemnización, como ocurre en todos los supuestos de daños morales que se caracterizan por ser irreparables in natura al recaer sobre derechos no patrimoniales. En coherencia con esta función de compensación, la indemnización no puede ser simbólica pues, precisamente debe cumplir con la finalidad de compensar al sujeto afectado por el sufrimiento causado; va dirigida a la protección del derecho lesionado a través de una medida de carácter satisfactorio» (SJS núm. 1 Badajoz 20/2022, de 25 de enero).

La inclusión conceptual de los daños morales en el ámbito extra patrimonial, por oposición a los daños de carácter patrimonial, ayuda a diferenciar cuál es el rol institucional que la indemnización económica juega para restaurar la utilidad perdida de unos u otros derechos (económicos y morales).

³⁴ GÓMEZ POMAR, F.: «Daño moral...», ob. cit., pp. 1-2.

La lesión patrimonial provoca, básicamente, una disminución (o anulación) de utilidad de un bien o derecho que se reintegra, se repara o se compensa con la indemnización económica. Cuando mayor haya sido la disminución mayor será la indemnización. Es una lógica aplastante que requiere, para su puesta en marcha, de una actividad probatoria del afectado, que es quien mejor que nadie conoce qué perjuicios económicos y patrimoniales ha experimentado por la lesión moral padecida.

Sin embargo, el daño moral provoca una lesión que ni el dinero ni otros bienes pueden llegar a reponer³⁵, si bien es cierto que una cierta cantidad pecuniaria funcionará como método compensatorio o paliativo del daño (moral) causado³⁶. Se parte, en la conformación de este aserto, de una premisa del razonamiento perfectamente asumida por la generalidad de la doctrina y de la práctica judicial, que el ordenamiento jurídico no conoce otro mecanismo reparador que otorgando una satisfacción de signo compensatorio de la lesión que se ha provocado.

Probablemente el esquema indemnizatorio pecuniario en el ámbito civil se haya visto influido por la perspectiva penal mediante la que se resarce la comisión de un delito, porque «la ley que ordena el resarcimiento de los daños patrimoniales causados por el delito no debe exceptuar los causados al patrimonio más sagrado, al patrimonio moral», y se argumenta contra aquellos que aprecian que «la determinación de un daño no es otra sino la determinación de las modificaciones producidas en nuestros goces» que el delito «ha producido: dolores, ansias, tristezas, y si con el dinero no es posible devolver la alegría perdida y el bienestar moral gozado antes del delito, con él se puede obtener el medio para procurarse nuevos cauces que compensen los que fueron arrebatados por el hecho delictuoso»³⁷.

Piénsese, por ejemplo, en un despido nulo con reingreso obligado en un centro de trabajo que ha desaparecido. Quizá lo razonable en estos casos sería reingresar al trabajador en el centro de trabajo más cercano a aquel que ha desaparecido, implementando una indemnización económica complementaria por los daños y perjuicios que le ocasiona desplazarse a este centro desde su domicilio, teniendo presente los gastos que le ocasionaba acudir al centro de trabajo originario, a los que debe añadirse el efectivo «daño moral» infligido. Dos indemnizaciones, en definitiva, que atienden a resarcir diferentes daños. El objetivo de la indemnización económica es muy distinto en ambos tipos de daños, y en este ejemplo se aprecia muy bien esta diferente naturaleza y ope-

³⁵ GÓMEZ POMAR, F.: «Daño moral...», ob. cit., p. 2.

³⁶ En este sentido véase MACIÁ GÓMEZ, R.: «La dualidad del daño...», ob. cit, pp. 22 y 28. También, citado al autor y al artículo, LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, J.: «Daño moral: prueba...», ob. cit., p. 6.

³⁷ Díez-PICAZO, L.: *El escándalo del...*, ob. cit., pp. 71-2.

ratividad. En primer lugar, la indemnización por daños y perjuicios pretende «restaurar» la utilidad perdida, mientras que la percibida por daño moral pretende, más modestamente, «resarcir» el daño infligido³⁸. Cavanillas Múgica aprecia, en este sentido, que «mientras que la finalidad de la indemnización del daño patrimonial es la reparación íntegra, el daño moral no es reparable y la indemnización tiene como función el mero alivio o compensación del daño, que es parámetro «borroso», nada preciso»³⁹.

C) La pretensión preventiva

Pero es el aspecto preventivo de la indemnización el que presenta más dudas, básicamente porque la indemnización que aquí se está manejando es individual y no colectiva, y porque el derecho sancionador se caracteriza por requerir de un procedimiento de individualización de la sanción que parece estar fuera de la lógica que satisface esa indemnización pecuniaria.

Porque la sanción económica desde una perspectiva clásica resarcitoria debe tener en consideración para su imposición única y exclusivamente la participación del afectado en los hechos determinantes de la lesión. Sin embargo «siempre ha existido, más o menos oscuramente, la idea de que en la indemnización del daño moral existe un elemento punitivo.../... siendo ello así, las indemnizaciones no tienen carácter compensatorio, sino ejemplar, de disuasión o de prevención»⁴⁰, siendo cada vez más las voces que se alzan para que el carácter ejemplarizante adquiera un protagonismo mayor⁴¹.

Dos tendencias –la individualización de la indemnización y la imposición la misma con propósito preventivo– de espíritu, naturaleza, y concreción técnica incompatible, al menos *prima facie*.

Que la indemnización tienda a «contribuir a la finalidad de prevenir el daño» es, cuanto menos, una pretensión peculiar⁴², antes que nada porque pretende imponer una indemnización adicional a la estrictamente destinada a reparar el perjuicio sufrido⁴³.

³⁸ LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, J.: «Daño moral: prueba...», ob. cit., p. 6.

³⁹ CAVANILLAS MÚGICA, S.: «La motivación judicial por la indemnización...», ob. cit., p. 168.

⁴⁰ DÍEZ-PICAZO, L.: *El escándalo del...*, ob. cit., p. 99.

⁴¹ Así lo aprecia MORALES ORTEGA, J. M.: «La incidencia de la Ley de Igualdad...», ob. cit., p. 13.

⁴² Perfectamente compatible, naturalmente, con cualquier otra que procediera para la reparación de la lesión laboral causada, en el ejemplo de la STSJ-SOC Castilla-La Mancha, de 11 de mayo de 2005 (rec. 654/2005) para la reparación de un despido.

⁴³ Expresamente BALLESTER PASTOR, M.^ª A.: «El proceloso camino hacia la efectividad...», ob. cit., p. 34.

El ordenamiento privado general no desconoce totalmente esta particular submodalidad de daños punitivos⁴⁴, entendiendo por tales aquellos «cuya finalidad más bien que reparar o resarcir el daño, es imponer a su autor un castigo; es un mal que se inflige al que ha causado un daño; pero que no lo repara ni lo elimina»⁴⁵.

El rol que tradicionalmente han jugado en los sistemas anglosajones los daños punitivos (*punitive damages*), en nuestro ordenamiento lo ha jugado lo que se conoce como penas privadas⁴⁶. Lo que ocurre es que tanto su fundamento como su finalidad son, ciertamente, muy diferentes. Mientras que los daños punitivos se relacionan con la corrección de conductas intolerables desde el punto de vista del bien jurídico protegido, las penas privadas se relacionan con el no cumplimiento de determinadas cláusulas contractuales. No puede afirmarse, por tanto, que nuestras penas privadas puedan jugar el rol institucional que para los ordenamientos anglosajones juegan los daños punitivos.

Quizá la razón que explica la falta de utilización generalizada por nuestro ordenamiento de este tipo de daños punitivos se relaciona con la tradicional distribución de roles entre los intereses privados y los públicos para exigir el cumplimiento de la legalidad laboral, en los ordenamientos continentales generalmente depositada en la Administración Laboral⁴⁷. Los sujetos privados solían encontraban al margen de estas cuestiones, dedicándose a la satisfacción de intereses propios, generalmente relacionados con la defensa de los derechos de índole patrimonial, mientras que los intereses públicos eran garantes abstractos de la legalidad.

De ahí que la infracción de una conducta tuviese dos canales, separados y hasta cierto punto impermeables, de exención de la responsabilidad. El privado, sometido a reglas sustantivas y adjetivas dominadas por el principio positivos y el de aportación de parte que pretendía la satisfacción del interés

⁴⁴ Con mayor o menor cercanía la institución del recargo de prestaciones se encuentra conceptualmente muy próxima a esta institución.

⁴⁵ ÁLVAREZ VIGARAY, R.: «La responsabilidad por daño...», ob. cit., p. 93.

Tebalán Palacios define estos daños como «el mecanismo, por el cual se condena a pagar una cantidad económica, con efectos sancionadores, impeditivos y preventivos (indemnización punitiva con triple finalidad) o una cantidad económica, con efectos preventivos (indemnización punitiva con finalidad preventiva), al responsable o responsables de los perjuicios causados al trabajador sindicato». TEBALÁN PALACIOS, H. I.: «La reformulación de la indemnización por daños en el proceso especial de tutela de derechos fundamentales laborales», *Trabajo y Derecho*, núm. 49, 2019, versión electrónica: La Ley 15184/2018.

⁴⁶ Explica este matiz GARCÍA SERRANO, F. de A.: «El daño moral extracontractual...», ob. cit., p. 834. También puede verse la exposición argumentativa de SCHWARZ, H.: «Cuestiones actuales del daño moral...», ob. cit., p. 356.

⁴⁷ Esta idea está más desarrollada en BALLESTER PASTOR, M.^a A.: «El proceloso camino hacia la efectividad...», ob. cit., p. 35.

individual, en nuestro caso resarcitorio o compensador del daño moral. Y el institucional o público, apoyado en la estructura gubernativa estatal (inspección de trabajo, prioritariamente) que perseguía la conducta para sancionar el incumplimiento y evitar su reproducción en el futuro⁴⁸.

Pretender, como en una lectura excesivamente bien intencionada del artículo 183 LRJS pudiera deducirse, que el aspecto preventivo de la indemnización quiere ejemplificar una determinada conducta empresarial, por grosera que sea esta, imponiendo una sanción punitiva es una dinámica que escapa por completo a la lógica interna que preside el cumplimiento forzoso de la legalidad laboral, siendo, además, una cuestión de extraordinaria concreción práctica⁴⁹. ¿Cómo se calcula la indemnización económica que pretenda prevenir la repetición (para todos los trabajadores) de una determinada conducta empresarial que ha lesionado un Derecho Fundamental de una persona trabajadora concreta?

Apréciese, además, que el propósito preventivo puede redundar, al final de todo el procedimiento indemnizatorio (ya convertido en sancionador por mor de la proyección de este propósito preventivo), en un singular aprovechamiento patrimonial por parte de la persona trabajadora que ha sufrido la lesión del Derecho Fundamental. No parece razonable, al menos desde el análisis que patrocinan las herramientas conceptuales del derecho sancionar, que el montante económico total que perciba el trabajador por el daño moral infligido dependa de factores externos a aquellos que deben tenerse en consideración para la reparación de la lesión producida. Además, puede ser difícil explicar el lucro que para unas lesiones supone la indemnización en comparación con otras (a lo mejor de idéntica lesividad) que se pueden, incluso, haber producido en la misma empresa o centro de trabajo y en el mismo tiempo y contexto laboral.

En definitiva, que la finalidad preventiva parece de dificultosa incorporación en el montante total de la cuantía de la indemnización económica individual que puede percibir el trabajador. Dos son las razones. En primer lugar, como se ha comentado, la que expone que el trabajador puede experimentar un enriquecimiento, si no injusto, si desproporcionado en relación con otras situaciones que pueden haber acaecido en la empresa con relación a otros trabajadores. El error de perspectiva pudiera producir una indeseable consecuencia: que una concreta indemnización en la que se aprecia un afán preventivo pue-

⁴⁸ Seguimos citando el magnífico estudio de BALLESTER PASTOR, M.^a A.: «El proceloso camino hacia la efectividad...», ob. cit., p. 35.

⁴⁹ Los términos del debate, y una exposición de los argumentos a favor y en contra de entender que esta función preventiva puede ser el receptáculo de los daños punitivos, puede verse en LÓPEZ TERRADA, E.: «La controvertida indemnización por lesión de los derechos fundamentales de las personas trabajadoras», *Lex Social*, Vol. 11, núm. 1 (2021), p. 29.

da ser superior a otra que pretende reparar la misma lesión de un Derecho Fundamental de otro trabajador distinto. Ante dos situaciones idénticas (aunque ciertamente consecutivas en el tiempo, una se ha producido necesariamente antes que otra) tendríamos dos respuestas diferentes, circunstancia que debe ser manejada con prudencia y mesura desde la atalaya tuitiva que pretende lo jurídico, mucho más en un ámbito como el laboral tan sensible a las cuestiones colectivas.

Y, en segundo lugar, porque si ya de por sí la fijación de la cuantía del daño moral es una operación hermenéutica dificultosa, como se verá seguidamente, la introducción de un elemento adicional de acrecimiento de la cuantía sin sujetarse a parámetros normativos o jurídicos estables puede convertir a este elemento preventivo en un desbocado carrusel de resolución anecdóticas y no sujetas a parámetros comunes y estables.

Es cierto que la función preventiva de la indemnización por daños morales ha jugado en la jurisprudencia comunitaria un papel importante en la evitación de actitudes discriminatorias⁵⁰. Sin embargo, a pesar de su utilización, el problema estructural sigue consistiendo en monetizar esa indemnización, es decir, en aquilatar una determinada cantidad económica en concepto de compensación por el daño causado. Y es aquí donde el análisis del objeto al que se dirige esta pretensión preventiva debe ayudarnos a clarificar el criterio de cuantificación técnica.

La STJUE de 17 de diciembre de 2015 (C-407/14) *Arjona Camacho c. Securitas Seguridad* afirmó en su § 45 que «Habida cuenta de las consideraciones anteriores, procede responder a la cuestión prejudicial planteada que el artículo 18 de la Directiva 2006/54 debe interpretarse en el sentido de que, para que el perjuicio sufrido como consecuencia de una discriminación por razón de sexo sea efectivamente indemnizado o reparado de manera disuasoria y proporcionada, este artículo obliga a los Estados miembros que eligen la forma pecuniaria a introducir en su ordenamiento jurídico interno, según los procedimientos que determinen, medidas que establezcan el pago a la persona que ha sufrido un perjuicio de una indemnización que cubra íntegramente dicho perjuicio». Esto supone que la vía de la indemnización punitiva se encuentra vedada hasta que no se consolide una opción legislativa que concrete cómo proceder a la indemnización en estos casos, pero ante la inexistencia de dicha norma «el juez no podrá condenar por sí mismo al autor de la discriminación

⁵⁰ Como expone, desarrollando numerosos precedentes jurisprudenciales, MOLINA NAVARRETE, C.: *Nueva indemnización por daño...*, ob. cit., p. 109.

al abono de la citada indemnización»⁵¹. No se trata, se ha querido ver como un efecto o como una consecuencia decepcionante⁵², sino, más propiamente, como la consecuencia que destila la prudencia en la asunción de instituciones alejadas de la tradición jurídica continental.

En definitiva, como se precisaba *supra*, en el análisis del objeto de la pretensión preventiva se encuentra la clave para avizorar la resolución de dos problemas: si pueden incorporarse los daños punitivos al abrigo de ese objetivo legal, y, sobre todo, cómo se concreta en la práctica dicha función preventiva y, particularmente, si ello puede tener reflejo en la monetización de la indemnización.

El propósito preventivo se relaciona, entre otros factores, con la evitación de la reiteración de una determinada conducta lesiva. Por lo que no parece de recibo pretender que la primera vez que en una empresa, por razonar en un callejón sin salida, se produzca una lesión de un Derecho Fundamental, deba imponerse la indemnización con un propósito preventivo. Será, probablemente, la reiteración de la conducta empresarial la que permita deducir ese componente preventivo de la indemnización. Como se verá seguidamente la reiteración de la conducta no ha sido uno de los elementos conceptual que más se han tenido en juego a la hora de cuantificar las indemnizaciones por lo que la práctica del foro no parece seguir esta regla lógica que se enuncia. Apréciase, que, en este caso, la indemnización estaría jugando un papel de sanción por la reiteración de la conducta, alejándose del propósito restaurativo que pretende la indemnización por daño moral. Estaría, en definitiva, cumpliendo otros roles, sensiblemente diferentes a los que tradicionalmente se ha asociado la indemnización compensatoria.

También puede acudir, naturalmente, a otros criterios para deducir la respuesta preventiva, por ejemplo, a la gravedad de la conducta en sí mismo considerada, al colectivo especialmente vulnerable (trabajadores con discapacidad, menores, mujeres embarazadas, etc.) al que se le ha infligido la lesión, o al tipo de Derecho Fundamental agredido (colectivo o individual). Una lesión muy grave, muy violentamente producida, quizá se haga acreedora de una indemnización con espíritu preventivo con más naturalidad que otra menos publicitada o con menor trascendencia colectiva y laboral. Una lesión que afecte a un colectivo dentro de la empresa puede necesitar una respuesta preventiva que no se vislumbra para una lesión concreta de un trabajador indivi-

⁵¹ En el apreciar de LÓPEZ CUMBRE, L.: «Daños “punitivos” en el ámbito laboral», *Análisis GA&P*, febrero 2016, p. 3.

⁵² Verbigracia, MOLINA NAVARRETE, C.: *Indemnizaciones disuasorias...*, ob. cit., p. 28.

dual en circunstancias no ordinarias o usuales en términos laborales. Con todo, por más que se mire con buenos ojos, este propósito preventivo parece sustituir el control institucional de legalidad que correspondería ejercer a los garantes de la legalidad laboral, entre ellos el Estado, naturalmente.

Para que el propósito preventivo tenga operatividad funcional debe concurrir, siempre y en todo caso, la presencia de una lesión a un Derecho Fundamental, sin que la norma priorice unos derechos sobre otros. Para el legislador esta cuestión no parece importante, imposibilitando, por ejemplo, la priorización de unos derechos fundamentales (colectivos, por ejemplo) sobre otros (individuales) en el momento de la cuantificación de esta parte preventiva de la indemnización. Parece vedada, en definitiva, el camino que pretenda la priorización de unos derechos sobre otros, el establecimiento de un orden de prelación con relación a cuáles derechos sí requerirían una respuesta con propósito preventivo y cuáles no, o cuáles con más intensidad sí y cuáles no.

Si la indemnización estuviese prevista para la lesión de cualquier derecho podríamos razonar que tiene más sentido la pretensión preventiva cuando la lesión producida ha sido de un Derecho Fundamental. Pero no es este el sentido de la norma, y este mecanismo de discriminación no parece poder ser empleado.

No estaría demás, por ello, implementar algún razonamiento que ponga en el tablero del razonamiento jurisdiccional la colectividad de la lesión como mecanismo legitimador de la imposición de la indemnización con propósito preventivo. Quizá ello puede ser más fácilmente articulable en aquellos procesos judiciales que se estén ventilando de manera colectiva, porque, recordémoslo, la imposición de esta indemnización también puede concretarse en procedimientos colectivos (art. 184 LRJS).

Apréciese, además, desde otro punto de vista, que la indemnización que ha sido incrementada con un propósito preventivo es recibida por un trabajador que no ha experimentado un verdadero daño adicional a otros de la empresa que quizá pudieran encontrarse en su misma situación jurídica, produciéndose, desde el punto de vista subjetivo de los (varios) trabajadores que perciben la indemnización adicional, un trato desigual: unos perciben una cuantía, y otros otra más elevada (por incorporarse el parámetro preventivo) por la producción de idéntico daño a sus Derechos Fundamentales.

El problema más descarnado se presenta, como se ha comentado, en el momento de la monetización jurisdiccional de la indemnización. Básicamente porque para ello debe tenerse presente las circunstancias económicas en las que

se encuentre la empresa, porque la cuantía del aspecto preventivo de la indemnización debe ponerse en relación con la solvencia financiera de la misma⁵³.

Especialmente para manejar con prudencia su cuantía y que no se produzca un efecto contraproducente con el propósito preventivo, pues pudiera darse el caso de que una indemnización preventiva excesivamente alta agote las posibilidades de solvencia económica de la empresa y la aboque a su desaparición o su irrelevancia competitiva, lo que constituiría un auténtico despropósito para la protección de los derechos de los trabajadores: con el propósito de implementar eficazmente *pro futuro* un mecanismo de tutela de los Derechos Fundamentales de las personas trabajadoras se debilita fatalmente la empresa desde el punto de vista económico al punto de verse obligada a proceder a una gestión extintiva de la mano de obra.

Quizá, desde una perspectiva de *lege ferenda* lo razonable sería suprimir este propósito en la norma, deduciendo, en el caso de que se aprecie una reiteración de la conducta o una lesión especialmente significativa en relación con colectivos vulnerables, la intervención de la inspección de trabajo y la implementación, en su caso, de las sanciones que para estas circunstancias prevé la LISOS. Desde luego el papel preventivo estaría más eficazmente tutelado desde la perspectiva que proponemos, hurtándole al poder judicial lo que no deja de ser una clara encomienda ejecutiva, la de prevención de la reiteración de las conductas dañosas de Derechos Fundamentales, que encaja mucho mejor en la dialéctica de la gobernanza de la práctica laboral.

Porque la función preventiva que pretende el artículo 183 LRJS no recoge, en realidad, esa operatividad que se le supone a los daños punitivos, por más que algunas resoluciones de instancia lo pretendan subrayar, generalmente en razonamientos *obiter dicta*⁵⁴.

⁵³ Pone este tema sobre la mesa BALLESTER PASTOR, M.^a A.: «El proceloso camino hacia la efectividad...», ob. cit., p. 55.

⁵⁴ Como hace, por ejemplo, la SJS núm. 1 Madrid de 13 de mayo de 2022 (rec. 101/2022) cuando, para la imposición de una indemnización por daños y perjuicios en un supuesto de acoso laboral por parte de la empleadora, razona que «no debemos olvidar que la nueva redacción del artículo 183.2 LRJS abre la puerta a la solicitud de daños punitivos, posibilitando la finalidad disuasoria de las indemnizaciones para evitar que las conductas lesivas de derechos fundamentales como la denunciada vuelvan a producirse en el futuro, de forma que la violación de los derechos fundamentales no salga rentable».

También resindican los daños punitivos en el precepto referenciado de la LRJS las SJS núm. 1 Badajoz 20/2022, de 25 de enero; SJS núm. 1 Melilla 131/2021, de 28 de julio; SJS núm. 1 Badajoz 55/2021, de 8 de febrero; SJS núm. 1 Badajoz 137/2020, de 15 de junio; SJS núm. 1 Badajoz 350/2018, de 6 de septiembre, y SJS núm. 1 Badajoz 385/2018, de 24 de septiembre.

La STSJ-SOC Andalucía 3752/2012, de 20 de diciembre, precisa al respecto que «la indemnización de los daños morales tiene una función distinta, una función de compensación –amen de ser realmente un *punitive damages* o daños punitivos». Con idéntico razonamiento véanse una larga serie de sentencias del TSJ-SOC Andalucía 2473/2013 de 19 de septiembre; 1662/2017, de 1 de ju-

Incluso en el enjuiciamiento de conductas especialmente bochornosas, como lo es la difusión de un video de contenido sexual, no se ha ido más allá en la cuantía de la indemnización de la petición expresa que formuló la parte, concediendo los 10000 euros solicitados en concepto de daño moral sin apuntar el propósito preventivo de las conductas y conformándose con afirmar que «La obtención y o difusión de videos sexuales sin consentimiento de la persona que en ellos aparece vulnera gravemente su derecho a la intimidad. Sin entrar en las posibles repercusiones penales de dicha actuación de obtener los videos sin consentimiento y difundirlos ni en si las relaciones fueron consentidas u obtenidas bajo la presión que supone la relación de superioridad laboral, que no son objeto de la presente causa, también tiene relevancia en el orden jurisdiccional social, provocando la nulidad de la extinción del contrato y la obligación de resarcir al trabajador» (SJS núm. 2 León 193/2020, de 11 de marzo).

También se queda «corta» en su razonamiento preventivo la SJS núm. 21 Barcelona de 7 de septiembre de 2020 (rec. 723/2017) en la que se debatía la lesión de los Derechos Fundamentales de un trabajo que asumió «el papel preponderante de representante de las reclamaciones de los *riders* en la ciudad de Barcelona, con continua presencia en los medios de comunicación, representación sindical, reclamando ante diversas instancias los derechos profesionales del colectivo y convocando diversas huelgas». Aunque es cierto que concede 10000 euros de indemnización, exactamente lo que se solicitaba por la persona trabajadora, y se era plenamente consciente de que «la decisión empresarial de prescindir de un trabajador como el actor que encabezaba legítimas reclamaciones, como el resultado probatorio en autos evidencia, aparecería como de especial importancia en su estrategia de dejar sin un líder de las reivindicaciones al grupo de *riders* que estaban siendo movilizados», la justificación del aspecto preventivo no es excesivamente florida, pues únicamente se afirma que la indemnización «debe comprender la «prevención del daño» al aparecer

nio; Andalucía 2155/2017, de 6 de julio; 3576/2018, de 13 de diciembre; 3669/2018, de 20 de diciembre, 1957/2022, de 30 de junio; y 777/2022, de 15 de septiembre

Invocan los daños punitivos, pero sin desarrollar un estudio teórico o práctico sobre los mismos otras resoluciones que abordan diferentes temas. Así, por ejemplo, la STSJ-SOC Madrid 55/2013, de 29 de enero en el estudio de una pensión de viudedad niega que la pensión compensatoria pueda ser considerada un daño punitivo. Véase también la STSJ-SOC Cataluña 3408/2015, de 25 de mayo, para un supuesto de lesión de la libertad sindical.

Otras resoluciones entienden que el recargo de prestaciones es un claro ejemplo de una norma inspirada en mismo principio que los daños punitivos. Así, por ejemplo, el voto particular que se formula a la STSJ-SOC Cataluña 2403/2005, de 17 de marzo, cuando se precisa que «Tiene pues este recargo naturaleza compleja que puede fácilmente relacionarse con las indemnizaciones por daños punitivos y por ello me resulta incomprensible que su carácter sancionador pueda servir de base a una interpretación restrictiva».

la decisión empresarial como de mayor gravedad por la asunción de funciones de representante de las reivindicaciones del colectivo que de forma notoria».

Una vez más, el razonamiento indemnizatorio queda encorsetado por la solicitud de la parte, funcionando la compensación por la lesión de daños morales en el mismo camino trillado en cuanto a la aportación de parte y funcionamiento del principio dispositivo que las indemnizaciones por daños y perjuicios. No es que, en realidad, se esté amplificando la indemnización estándar para dar cobertura al aspecto preventivo que comentamos. Únicamente se está sancionando la gravedad de la conducta. Para que el aspecto preventivo en la indemnización tuviera la autonomía conceptual y práctica que parece reclamar el artículo 183 LRJS se requeriría un argumentario que elevase la indemnización estándar por infracción muy grave en el grado mínimo de la LISOS apoyándose en razonamientos relacionados no solamente con la gravedad de lo acontecido, sino también justificando la necesidad de una indemnización (multa, en realidad) superior para evitar la repetición de la conducta o, al menos, para dificultar seriamente su reproducción, circunstancia que no acontece. Otro debate, completamente distinto, pero complementario a este, es si realmente la diferencia entre los 6251 euros de cuantía estándar por lesión de derechos fundamentales y los 10000 euros concedidos satisface el aspecto preventivo.

Tampoco puede afirmarse que el legislador tenga mucho interés en organizar un sistema estandarizado de cuantificación del daño moral. No desde luego en la ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación. Porque, aunque efectivamente sí incorpora un abultado catálogo de infracciones (art. 47) y sanciones (arts. 48 y 49) para la tutela de la igualdad de trato (art. 31) y la no discriminación en el empleo, el presupuesto sobre el que pivota la imposición de dichas sanciones es siempre la comisión de una infracción tipificada previamente (art. 46.3), y del análisis de éstas no se aprecia este propósito preventivo, mucho menos el punitivo al que nos hemos referido anteriormente.

En realidad, existe una «profunda fisura entre el discurso de la función preventiva de la indemnización y su práctica»⁵⁵ que aboca esta pretensión tutelar a la irrelevancia, básicamente porque no se cuenta con parámetros operativos y claros (legales, normativos o jurisprudenciales) que cuantifiquen este aspecto de la indemnización. Es cierto que en ocasiones algunas resoluciones de instancia o de suplicación aluden a la necesidad de imponer una indemniza-

⁵⁵ En palabras de MOLINA NAVARRETE, C.: *Indemnizaciones disuasorias...*, ob. cit., p. 33.

ción no simbólica para corregir la práctica lesiva de derechos fundamentales⁵⁶, pero dicha práctica nunca disocia los elementos de la indemnización que tienen que ver con la reparación del daño de los preventivos estrictamente considerados, y aunque es cierto que sí acrecienta la indemnización por daño moral por este último motivo nunca lo hace de manera muy significativa. Entre otras cuestiones, porque la propia configuración de este aspecto preventivo se apoya en dos elementos: la real existencia de un daño⁵⁷, y la pretensión reparadora por la totalidad del daño causado que la indemnización satisface, que muchas veces satisface esa perspectiva preventiva⁵⁸.

En definitiva, que la alusión a la dimensión disuasoria de la indemnización, en la mayoría de los supuestos en que se acude a ella, se invoca más como elemento retórico⁵⁹ y de atrezo judicial, que como un argumento de autoridad con sustantividad propia y determinante, por lo que puede afirmarse que el cambio de cultura indemnizatoria que pretendía implementar el artículo 183 LRJS con la función preventiva superando el tradicional sistema de tasación de daños no ha cumplido todas las expectativas que se habían cifrado en él⁶⁰, porque su mayor enemigo, el elemento que con más fuerza ha minado la propia eficacia del principio, ha sido la tendencia judicial a imponer cantidades indemnizatorias estandarizadas, generalmente normalizadas a cantidades simbólicas en las que es difícil apreciar el efecto disuasorio pretendido⁶¹. Realmente es difícil encontrar algún pronunciamiento judicial en el que se conceda una indemnización con una partida estrictamente dirigida a prevenir el daño⁶².

No es de extrañar que el aspecto preventivo pueda ser apreciado más intuitivamente en aquellos asuntos, como son los colectivos, en los que la indemnización por daños moral ya viene rodada con años de uso.

En estos casos no es infrecuente la imposición de una indemnización de cuantía verdaderamente elevada. Así, por ejemplo, en la SJS núm. 3 Elche 341/2017, de 16 de octubre, se conceden los 40000 euros de indemni-

⁵⁶ Como resume Molina Navarrete aportando varios ejemplos en MOLINA NAVARRETE, C.: *Indemnizaciones disuasorias...*, ob. cit., pp. 42-4.

⁵⁷ Por lo que se descarta para nuestro ordenamiento jurídico la eventual imposición de una indemnización preventiva sin la existencia de un efectivo daño, como se pretende, forzando la lectura aislada de resoluciones jurisdiccionales, por algún autor, como es el caso de TEBALÁN PALACIOS, H. I.: «La reformulación de la indemnización...», ob. cit., p. 12.

⁵⁸ Así lo aprecia LÓPEZ TERRADA, E.: «La controvertida indemnización...», ob. cit., p. 31, y también en p. 32.

⁵⁹ SÁNCHEZ PÉREZ, J.: «La reparación del daño en la Jurisdicción Social», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 216/2019, versión electrónica: BIB 2019\1437, p. 22.

⁶⁰ MOLINA NAVARRETE, C.: *Indemnizaciones disuasorias...*, ob. cit., p. 113.

⁶¹ MOLINA NAVARRETE, C.: *Indemnizaciones disuasorias...*, ob. cit., p. 114.

⁶² Como aprecia LÓPEZ TERRADA, E.: «La controvertida indemnización...», ob. cit., p. 30.

zación solicitados en un asunto sindical por «la trascendencia del derecho vulnerado, la libertad sindical del actor en su vertiente de actividad sindical y de indemnidad ante su afiliación», pero también, y este es el matiz trascendente, porque «tal vulneración resquebrajó también el ejercicio de la actividad sindical futura del actor, ya que tanto los compañeros representantes e integrantes del comité de empresa, como el resto de trabajadores de la empresa, habrán podido asumir que compartir la actividad sindical del actor puede depararle igualmente perjuicios, por lo que el éxito de la actividad sindical del actor puede verse dificultado en el futuro».

Este, si es un argumento directamente enfocado a la prevención de comportamientos futuros, pues «la demandada es una de gran empresa y su comportamiento de vulneración de la libertad sindical de un trabajador, con clara actividad sindical, supone igualmente una vulneración de las reglas de competencia en relación con el resto de empresas del sector que respetan los derechos fundamentales». El Tribunal completa su argumentario recalando que «la demandada, por su entidad, cuenta con asesoramiento jurídico de relevancia para ser conocedora de la trascendencia de los derechos fundamentales y de la necesidad de su escrupuloso respeto», por lo que no hay duda de que se ha producido «la vulneración del derecho fundamental del actor a la actividad sindical» ocasionándole «una evidente tensión, unos daños morales, molestias de diversa índole, y gastos para reaccionar frente a la misma», especialmente los relacionados con «una litigiosidad innecesaria que le ha comportado unos evidentes gastos», entendiéndose «razonable lo solicitado por el actor, concretado en 40 000 euros»⁶³.

Aunque la cuantía es elevada, obsérvese que está dentro de los márgenes solicitados por la parte, probablemente como fórmula de evitar el control en vía de recurso de la cuantía indemnizatoria si no fue congruente con lo pedido. Obsérvese que incluso en estos asuntos de exponencial daño, evidente lesión colectiva y firme propósito preventivo, el Tribunal se sujeta a la cuantía indemnizatoria solicitada, funcionando en la práctica como si se tratase de una indemnización de daños y perjuicios estandarizada, en la que la aportación de parte tiene mucho que decir.

La doctrina⁶⁴ coincide en reconocer a la STSJ-SOC País Vasco 1532/2018, de 17 de julio el mérito de subrayar el aspecto preventivo de la indemnización

⁶³ Sin una argumentación tan florida la SJS núm. 1 Santa Cruz de Tenerife 257/2014, de 2 de julio, eleva de 6000 euros que se puso en la instancia, en un asunto también de quiebra de la libertad sindical, a 30000 la indemnización por daño moral, pero sin adornarse en el pormenor de sus razonamientos.

⁶⁴ SÁNCHEZ PÉREZ, J.: «La reparación del daño...», ob. cit., p. 23, y LÓPEZ TERRADA, E.: «La controvertida indemnización...», ob. cit., p. 31.

por daño moral en los siguientes términos: «La sentencia de instancia valora el daño moral en 20000 euros conforme a la LISOS, que es un criterio perfectamente válido, tal y como reconoce el trabajador en su escrito de recurso. Ahora bien, concurre una circunstancia acreditada, cual es la condena reciente del [empresario] por hechos similares –riesgos psicosociales–, por parte de este Tribunal.../... Se trata de una circunstancia que no ha sido valorada en la instancia a efectos indemnizatorios, a pesar de estar acreditada. El artículo 183.2 LRJS establece que la indemnización ha de contribuir a la finalidad de prevenir el daño, extremo que no está contemplado en el artículo 39 de la LISOS, por lo que este aspecto concreto conduce a este Tribunal a incrementar la indemnización concedida por daños en otros 12000 euros, cantidad que fijamos prudentemente atendiendo a la circunstancia antedicha». El hecho de que se eleve la indemnización en base, precisamente, con el propósito de evitar la reiteración de la conducta, porque se tiene la constancia de que se ha reproducido en el pasado, sí puede considerarse como un argumentario directamente relacionado con este propósito preventivo.

Donde también se puede apreciarse el aspecto preventivo querido por la norma con una cierta facilidad es cuando se analiza la nulidad del despido por transgresión del principio de indemnidad, pues no es extraordinario que en la dialéctica de las resoluciones que encauzan estas pretensiones se deslicen argumentos profilácticos *pro futuro*.

Así, por ejemplo, en la SJS núm. 5 Palma de Mallorca 47/2021, de 4 de marzo, se precisa que «... haber sido despedida por haber defendido activamente sus derechos frente a la empresa» supone que la empresa «frente a la conducta de la demandante adoptó la medida más radical posible, expulsarla sin justificación de la plantilla de la empresa, privándola de un empleo en el que llevaba desde el año 2000, unido al efecto estigmatizador de la decisión empresarial que la expulsión de la actora produjo en el resto de trabajadores de la plantilla y el efecto intimidatorio a otros trabajadores que pudieran discrepar de decisiones empresariales en relación con sus condiciones de trabajo estima el Juzgador que la indemnización proporcional y adecuada al daño causado es la de 25000 euros prevista en el artículo 40.1 LISOS»⁶⁵.

⁶⁵ Por su parte la STSJ-SOC Asturias, de 29 de junio de 2007 (rec. 3697/2006) entendió que el despido del trabajador municipal encargado del control de aguas (responsable del departamento de la empresa, con una dilatada prestación de servicios y con responsabilidad específicas en el asunto) tras una denuncia a la agencia de sanidad ambiental relativa a que el agua de un manantial no reunía las condiciones sanitarias exigidas provoca no solo un menoscabo directo en la dignidad del trabajador, sino también un descrédito de él hacia sus compañeros de laboratorio y para el resto de trabajadores de la empresa, considerándose por ello, precisamente, razonable 18000 euros de indemnización superior a la usualmente impuesta en estos casos, que se situaba en la cuantía mínima que prevé la LISOS para las infracciones muy graves.

No es, no obstante, una postura unánime, pues en otros muchos supuestos en los que se encuentra en juego el principio de indemnidad no se tiene en consideración esa perspectiva tuitiva general y preventiva. Así, por ejemplo, no procede la aplicación de la perspectiva preventiva en la SJS núm. 2 Guadalajara 260/2021, de 22 de junio cuando dispone, sin más razonamiento, que en «... el caso analizado, y sin más parámetro de cálculo que la mera existencia del quebranto de la indemnidad de la actora, debe venir indemnizado por la aplicación analógica de la LISOS en los ponderados términos de su grado mínimo, esto es 6150 euros».

En otros asuntos, cada vez más frecuentemente, se sostiene (argumento más que criticable, dicho sea de paso) que la transgresión del principio de indemnidad no genera más lesión específica que la pérdida del puesto de trabajo, y que no merece, por ello, indemnización alguna, pues no se ha producido un daño moral adicional, siendo las consecuencias de la nulidad (reintegración al mismo puesto de trabajo y abono de los salarios de tramitación) las que restauran el derecho dañado.

Recordemos, en este sentido, la perspectiva que adopta la STS-SOC 214/2022, de 9 de marzo cuando aprecia que «esa reacción del empresario tiene como único perjuicio para el trabajador el verse privado indebidamente de empleo y sueldo, con repercusiones negativas en su mantenimiento y satisfacción personal en el ámbito de su vida privada y, por ello, el legislador ha establecido de forma automática y taxativa en el artículo 55.6 ET que, caso de nulidad del despido, no solo tiene lugar la readmisión inmediata al trabajador, sino también el abono de los salarios, operando así una específica indemnización de daños y perjuicios “*es lege*”».

Del mismo modo la STSJ-SOC Castilla y León (Valladolid), de 30 de abril de 2015 (rec. 547/2015) entiende que no procede la indemnización por daño moral puesto que el actor no ha acreditado más perjuicios que la pérdida del puesto de trabajo, lo que se resarce con la consecuencia legal de la declaración de la nulidad del despido sin que proceda el abono de indemnización adicional por daño moral. En el fondo, esta forma de ver las cosas se vendría abajo simplemente con entender que en la transgresión del Derecho a la indemnidad se lesiona también el Derecho a la tutela efectiva.

Como se anticipado anteriormente, no se está de acuerdo con todos los matices que se deducen de esta perspectiva, básicamente porque se entiende, de manera menos alambicada, que la transgresión del principio de indemnidad es una variante, sin más, de la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva.

Más escorado en el debate, en realidad en la otra esquina del tablero, se encuentra la polémica sobre la función disuasoria de las indemnizaciones por

■ LA CUANTIFICACIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN POR DAÑO MORAL...

incumplimientos contractuales con lesión de derechos de las personas trabajadoras, básicamente el despido sin causa, pero su análisis escapa a las cuestiones que se están debatiendo en este ensayo⁶⁶.

⁶⁶ Interesantes y sugestivas son las reflexiones que al hilo lo de esta cuestión propicia MOLINA NAVARRETE, C.: «La función disuasoria de la indemnización por despido arbitrario: contenido esencial “olvidado” del derecho al trabajo», *Revista de Derecho Social*, núm. 93, 2021, pp. 199 y ss.

VII. LA OPERACIÓN HERMENÉUTICA DE MONETIZACIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN

Parece fuera de toda duda que si pudiera imponerse una reparación específica para cuando se haya causado un daño moral no se acudiría al mecanismo sustitutivo de la indemnización económica. Sin embargo, el derecho no conoce otro mecanismo universalmente aceptado de reparación de este tipo de daños¹, siendo generalmente admitido, por otra parte, que las indemnizaciones económicas constituyen un mecanismo eficaz de compensación de cualquier mal causado, ya sea intencionadamente, ya sea por mera negligencia.

La mayor dificultad reside, naturalmente, en determinar la cuantía de la compensación², en lo que denominamos procedimiento de monetización de la indemnización. Por dos razones, una de orden general, que subraya la ausencia de cultura indemnizatoria en el ámbito social del derecho, más allá de las menciones tarifadas que se concretan en los textos jurídico-laborales³ generalmente relacionados con despidos o con la corrección de los excesos que se detectan en el ejercicio del *ius variandi* empresarial (verbigracia: traslados y desplazamientos), y otra, más técnica, en relación con las deficiencias que se perciben en la interpretación de las reglas indemnizatorias que contiene el artículo 183 LRJS, especialmente en su apreciación en perspectiva dinámica.

Porque, es evidente que en el precepto adjetivo se contienen dos indemnizaciones distintas, una que repara la lesión moral que se vincula irremisiblemente a la vulneración del Derecho Fundamental, y otra, la que repara los perjuicios adicionales que se le ocasionan al trabajador por la producción de dicho daño moral. Por eso, precisamente, es criticable esa «cierta línea juris-

¹ En este sentido véase ÁLVAREZ VIGARAY, R.: «La responsabilidad por daño...», ob. cit., p. 96.

² SÁNCHEZ PÉREZ, J.: «Opciones procesales...», ob. cit., p. 469.

³ Expresamente MOLINA NAVARRETE, C.: *Indemnizaciones disuasorias...*, ob. cit., p. 27.

prudencial que utiliza el daño moral según convenga en cada momento y que esconde otros conceptos indemnizables, como el daño patrimonial cuando este no puede probarse pero se sabe con certeza que existe»⁴.

En realidad, estamos en presencia no de dos tipos de indemnizaciones que reparan un daño unitario, sino, más sencillamente, ante de dos tipos de daños, radicalmente distintos, como ya tuvimos ocasión de precisar *supra*, cuando se analizaba la configuración jurídica de los daños y las características de las indemnizaciones reparadoras y compensadoras respectivamente.

Sin embargo, la lógica interpretativa del precepto cuando analiza el objetivo del resarcimiento y la cuantificación potencial económica lo hace como si se tratase de una indemnización única, cuando claramente estamos en presencia de dos indemnizaciones diferentes, o, si se prefiere, de una indemnización que tiene dos componentes, dos elementos, dos partidas: los daños morales y los perjuicios económicos.

Es importante diferenciar ambos tipos de indemnizaciones, por dos razones.

En primer lugar, porque los perjuicios económicos directos ocasionados por la transgresión del Derecho Fundamental, es decir la segunda de las indemnizaciones que estamos enunciando, puede tener una concreción cierta y directa por el demandante de manera más sencilla que los daños de orden moral, pudiendo exigírsele con mayor naturalidad una actividad probatoria consistente, de un lado, en la acreditación de los referidos daños económicos, y, de otro, en su correcta y concreta cuantificación.

Y, en segundo lugar, es trascendente diferenciar ambas clases de indemnizaciones, porque la de orden moral, la que la norma permite que sea apreciada prudencialmente por el juez cuando su concreta y precisa determinación para la parte sea costosa o dificultosa, es sujeta para su cálculo mediante criterios distintos de los usualmente empleados en el orden social, pues, como se analizó anteriormente, no hay, en puridad, un daño moral social específico, caracterizándose el apreciado en el orden social por las notas comunes que se enuncian y detallan por el derecho privado general.

Esta forma de apreciar las indemnizaciones se aprecia, como se ha precisado anteriormente, en la diferente configuración legal de las mismas. Lo que se trata ahora es de concretar de qué forma se hace valer en el proceso social en donde se debata la lesión de un Derecho Fundamental y, sobre todo, de valorar si la perspectiva de apreciación prudencial por parte del juez o magistrado abar-

⁴ En el apreciar conclusivo de RODRÍGUEZ GUTIÁN, A. M.^a: «Indemnización del daño moral derivado...», ob. cit., p. 846.

ca ambos tipos de indemnizaciones, la del daño moral y la de los daños y perjuicios, o solamente la vinculada con la producción de un daño extrapatrimonial.

Se parte de la base de que los perjuicios económicos directos que son infligidos por una orden o mandato empresarial posteriormente anulado sí pueden ser precisados y concretados por el demandante. O, cuanto menos, pueden serlo de forma más sencilla que los de orden moral, por definición evanescentes, y, además, alejados de la dinámica laboral, que tiende siempre a articular pretensiones más cerradas que las indemnizatorias por culpa extracontractual típicas del Código Civil. Aunque no es una lógica desusada (recargo de prestaciones, indemnizaciones civiles por accidentes de trabajo) lo usual es que cuando en el ámbito social del derecho se empleen mecanismos resarcitorios se relacionen con la producción de un daño físico, siendo muchos menos supuestos los que compensan el daño extrapatrimonial o moral.

En definitiva, que la determinación del montante económico de la indemnización de los perjuicios es no solo mucho más común, sino mucho más fácil de determinar operativamente que la cuantía de una indemnización por la lesión moral que tienen a compensar, que no resarcir, el daño causado.

Pero la pregunta capital, no obstante, sigue siendo la misma: ¿Cómo cuantificar la indemnización por daño moral, con qué elementos técnicos y de qué manera?

1. LOS CRITERIOS GENERALES EMPLEADOS EN UNIFICACIÓN DE DOCTRINA

Las cinco resoluciones de la Sala Social del TS en unificación de doctrina que se han analizado al comienzo de este trabajo (las tres de 2022, la de 2017 y la de 2013 [está última en casación ordinaria]) componen el grueso interpretativo más jugoso de toda la pléyade de resoluciones en la materia que ha evacuado la Sala IV.

Todas ellas emplean, básicamente, dos parámetros para aquilatar la indemnización por daño moral: la cuantía salarial (generalmente anual, pero en algunos casos también mensual) que percibe el trabajador, y la duración antecedente (*versus* antigüedad) del contrato de trabajo.

Es interesante precisar que las resoluciones que abordan esta indemnización adicional –las citadas y gran parte de las otras estudiadas– suelen barajar, como un criterio a mayor abundamiento, un argumento adicional que suele acompañar a los anteriores: que la nulidad del despido ya comporta en sí mismo la readmisión del trabajador y el abono de los salarios de tramitación,

dando a entender, por tanto, que la persona trabajadora ya ha encontrado una cierta satisfacción en la lesión que ha padecido, y en menor intensidad que la cuantía de la indemnización adicional por daño moral no tiene que ser elevada pues el daño (o, al menos, parte de él) ya ha sido reparado⁵.

Aunque puede ser un argumento a tener en consideración para la satisfacción de algunos aspectos de la indemnización, quizá más para los daños patrimoniales, no debe tener proyección en relación con la indemnización adicional por daño moral, básicamente porque el reingreso obligatorio y el percibo de los salarios de tramitación son consecuencias queridas por la norma al margen de la producción de un daño moral. Si además de la nulidad se ha producido una vulneración de Derechos Fundamentales lo que quiere la norma es, precisamente, que además de los efectos comentados se devengue a favor del sujeto paciente de la lesión una indemnización económica que compense los específicos daños morales padecidos. El reingreso en el trabajo y el abono de los salarios de tramitación no son medidas, en definitiva, ideadas para compensar el daño moral causado, sino más sencillamente, para reparar el despido injusto.

Es interesante subrayar que estas consecuencias –readmisión y salarios de tramitación– netamente laborales, no está de más recordarlo, se incrustan en la lógica querida por la norma, y, desde el punto de vista indemnizatorio de los perjuicios causados, puede apreciarse como el mecanismo de cuantificación cerrado que se establece por el ordenamiento para la gradación de los perjuicios que genera el incumplimiento contractual por parte del empresario, por lo que no cabe, en este sentido, mayor indemnización laboral que el tope económico querido por la norma, aunque, incluso, pueda efectivamente acreditarse perjuicios económicos más elevados por la actuación empresarial incorrecta, impropia, alegal o ilegal. De ser estos adicionales daños probados deberán integrarse en la cuantificación de la indemnización que procede por la causación de perjuicios económicos, pero únicamente en el supuesto de que efectivamente se constate la existencia de una lesión a los Derechos Fundamentales y, además, la producción de un daño moral.

Porque, la readmisión obligatoria y el abono de los salarios de tramitación funciona como el mecanismo cerrado que resarce al trabajador por el in-

⁵ Así, por ejemplo, en la SJS núm. 3 Cartagena 205/2020, de 30 de diciembre, puede leerse: «Se solicita una indemnización adicional que el actor fija en 20000 euros, aplicando para ello la LISOS, sin embargo, dicha cantidad, sin ningún otro argumento ni prueba es excesiva, pues si bien es cierto que puede existir un daño moral por la dificultad de la situación, también es cierto que el actor queda parcialmente resarcido con los salarios de tramitación, por lo que se fijará en el grado mínimo de 6251 euros que se considera proporcional y ajustada».

cumplimiento contractual empresarial producido. No hay, no puede haber, indemnizaciones de orden laboral superiores a estas dos, porque el ordenamiento jurídico laboral ha decidido establecer un sistema clausurado de los perjuicios laborales que sufre la persona trabajadora por la pérdida indebida (irregular de forma, o de fondo) de su empleo, de su trabajo. Desde este punto de vista puede afirmarse que no hay más indemnización de orden laboral que las dos comentadas: reingreso obligatorio y salarios de tramitación. Incluso en el supuesto de que pudieran eventualmente acreditarse más perjuicios, la pretensión indemnizatoria en tal sentido sería desatendida.

Lo que aquí se está analizando es cómo se cuantifica la indemnización adicional a la de orden social por transgresión de un Derecho Fundamental de la persona trabajadora.

El problema fundamental consiste, en definitiva, en determinar la cantidad económica que conforma la indemnización adicional, es decir, la que procede como mecanismo de satisfacción de los daños ocasionados por la transgresión de un Derecho Fundamental y la causación de un daño moral.

La indemnización que estamos tratando no es, en principio, de orden laboral, no tiene naturaleza laboral, ni se sujeta a los principios laborales. Básicamente, como se ha analizado, porque no hay una categoría específicamente laboral del daño moral.

Se produce, naturalmente, en un contexto laboral, pero no goza de naturaleza laboral. Tiene otro objeto, otra estructura, y funciona en su desarrollo práctico, operativo y funcional, acomodándose a reglas distintas de las de orden social. Estamos en presencia, en definitiva, de una indemnización específica, peculiar, a la que se prevé por el incumplimiento de las normas laborales. Por eso, precisamente, es compatible con cualquier otra indemnización tasada que prevean las normas laborales, el Estatuto de los Trabajadores o cualquier otra norma laboral.

Téngase en consideración, además, que no siempre acontece, no siempre tiene que devengarse, porque su funcionalidad operativa parte de una premisa: que efectivamente se constate y acredite la transgresión de un Derecho Fundamental, circunstancia que no siempre acaece cuando acontece una irregularidad laboral que se sanciona en normas laborales con la nulidad. En resumen, que pueden existir despidos nulos sin violación de Derechos Fundamentales.

El artículo 183.3 LRJS enfatiza que esta indemnización adicional por daño moral «será compatible, en su caso» con otras que procedan por otras causas, dando cabida a este tipo de consecuencias. Aunque esta problemática nos aleja de la que estamos abordando, se trae a colación para subrayar la au-

tonomía, conceptual y práctica, que mantiene esta indemnización en relación con las regladas por las normas laborales.

Tanto la duración del contrato como la cuantía son elementos del contrato. Suelen manejarse, al menos da esa impresión, como si se pretendiera averiguar el lucro total que el trabajador podría experimentado por la vigencia plena del contrato. En los casos analizados siempre se ha estado en presencia de un contrato de no excesiva duración, alrededor de dos años en los casos analizados, y de una remuneración no excesivamente importante en términos económicos en cómputo anual. De estos dos datos se deduce, o parece querer deducirse, que la indemnización económica finalmente impuesta, no excesivamente elevada (dicho sea de paso), satisface a los trabajadores que se encontraban en esa concreta situación contractual en proporción, o al menos en relación, con la cuantía salarial total que hubiera percibido el contrato de trabajo de no haberse extinguido «ante tempus».

Aunque el TS no lo dice, surge la duda de qué acontecería si nos enfrentásemos a un relación laboral con prolongada antigüedad en la empresa y con una remuneración más elevada, por lo que la pregunta a responder sería, en consecuencia, la siguiente: ¿Cuánto mayor sea la antigüedad y mayor remuneración perciba la persona trabajadora, mayor debe ser la indemnización por el daño moral causado?, ¿Experimenta por los mismos hechos empresariales (la orden anulada y considerada inexistente judicialmente) mayor daño moral un trabajador con contrato indefinido y una alta remuneración que uno temporal mal remunerado?

Duración del contrato (antigüedad) y cuantía (salarial) son criterios característicos de la concreción de un perjuicio concreto, laboral o no, pero no parece tener operatividad como criterio único para la concreción de un daño de orden moral. Son, si bien se mira, los que se utilizan para cuantificar la indemnización por despido. Son los propios del orden laboral, que, como sabemos, para la extinción de los contratos implementa una indemnización tasada, con independencia absoluta de la realidad de los perjuicios ocasionados al trabajador por la pérdida del empleo.

Es decir, en esta hermenéutica de cuantificación y monetización del daño moral parecen estar auxiliándose las resoluciones comentadas de parámetros más propios de la concreción de los perjuicios laborales que de instrumentos relacionados con la cuantificación del daño moral.

Sea como fuere, lo cierto y verdad es que con ambos instrumentos, como se tendrá ocasión de analizar seguidamente, no se satisfacen (todas) las exigencias de monetización del daño moral, acudiéndose generalmente a otros diferentes para aquilatar el montante de la indemnización. Por decirlo gráfica-

mente: la antigüedad del trabajador y la cuantía salarial que percibe son los parámetros básicos sobre los que, posteriormente, las circunstancias contextuales deberían aquilatar la indemnización, generalmente aumentándola.

Por ello quizá fuera oportuno buscar algunos otros parámetros que tengan en consideración el hecho mismo de la lesión, así como las circunstancias meramente fácticas en las que se produce, y no tanto las circunstancias contractuales del sujeto que padece la agresión. Intensidad, reiteración, publicidad, vulnerabilidad del sujeto, multilesión a varios derechos fundamentales por una misma acción empresarial, lesión a Derechos Fundamentales instrumentales (Huelga, Negociación colectiva, etc), atención a colectivos especialmente sensibles, etc., pueden ser algunos de los que se empleen.

Sobre todo porque mientras que para la determinación de los perjuicios concretos sí parece razonable que nos auxiliemos de este tipo de elementos plenamente laborales—duración del contrato, remuneración— relacionados con el contrato laboral de la persona trabajadora, para la calibración de los de orden moral quizá fuera preferible centrarnos en aquellos otros que se vinculan necesariamente con la acción transgresora y sus consecuencias.

Ello no supone, naturalmente, que se patrocine el abandono de la perspectiva de la duración del contrato y de la remuneración que percibe la persona trabajadora como elementos determinantes de la monetización del daño moral. Se pretende, más propiamente, añadir a estos criterios que enmarcan los límites de la indemnización económica, algunos otros que no tengan en consideración únicamente los elementos laborales de la persona trabajadora, sino, más detalladamente, los aspectos contextuales en los que se ha producido el daño moral, que necesariamente tienen que ser aspectos laborales: lugar de trabajo, presencia de trabajadores, vulnerabilidad de la víctima, lesión asociada a varios derechos fundamentales, lesión de derechos de contenido representativo, etc. Estos criterios, junto con los característicos que se tienen en consideración para la valoración de cualquier daño (civil, laboral, etc.): gravedad, intensidad, perpetuación, expansión del daño, publicidad, etc., conforman las herramientas básicas que se deberían emplear para la monetización de la indemnización por daño moral.

Así, mientras que la antigüedad y la remuneración moldean el grueso de la indemnización, los parámetros contextuales y aquellos que tienen en consideración la gravedad de la conducta modulan la intensidad de la respuesta indemnizatoria.

Por decirlo sucintamente, la antigüedad y la remuneración organizarían el marco en el que va a moverse la indemnización, que se perfila y detalla en atención al contexto y la gravedad de la lesión parecida por la persona trabajadora.

■ LA CUANTIFICACIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN POR DAÑO MORAL...

Esta es la conclusión intuitiva que se propone del análisis efectuado de las resoluciones de instancia y suplicación que seguidamente exponemos.

2. LA PRÁCTICA JUDICIAL

No es una exageración afirmar que la mayoría de las cuantías de las indemnizaciones por daño moral han sido calibradas empleando la LISOS como parámetro orientador. Tanto los justiciables en sus alegaciones como, sobre todo, los Magistrados en sus resoluciones, se han abrigado en esa norma para solventar un problema a veces no siempre bien atacado y resuelto, porque aunque su utilización «tenía cierta justificación, porque sintetizaba el coste social de un determinado incumplimiento»⁶ presentaba una anomalía en cuanto a la valoración de los daños morales, básicamente porque se empleaba una norma no expresamente destinada a tal efecto.

No es, naturalmente, el único mecanismo jurídico-técnico que puede emplearse para esta operación hermenéutica, pero sí es el más utilizado y el que goza de la mayor popularidad, probablemente por la sencillez en que se concreta su utilización y por las escasas complicaciones técnicas que resultan de su aplicación. Como muy precisamente se ha afirmado, la utilización de la LISOS para estas indemnizaciones refuerza la idea de que estamos en presencia de «un baremo polivalente»⁷, que se emplea tanto para los fines propios para los que fue creado como para otros diferentes.

A) La LISOS como norma de referencia

Sin ningún género de dudas la tan frecuente utilización de la LISOS para este cometido viene avalada por una incorrecta y precipitada lectura de la STC 247/2006, de 24 de julio, como se tuvo ocasión de analizar supra. Baste recordar aquí que, como precisaba la resolución del alto Tribunal, «el acudimiento a la LISOS actúa como parámetro orientador, pero eso no significa que haya que examinar el asunto desde la misma óptica que cuando se está imponiendo una sanción administrativa (legalidad, tipicidad, Non bis In idem, etc)», por lo que no puede desecharse, ni impedirse, naturalmente, ni

⁶ En el apreciar de BALLESTER PASTOR, M.^a A.: «El proceloso camino hacia la efectividad...», ob. cit., p. 50.

⁷ DESDENTADO BONETE, A.: «¿Una lesión de la libertad sindical...», ob. cit., p. 15.

la utilización de otros mecanismos de cuantificación de la indemnización, ni la obligación de seguir todos los vericuetos técnicos que prevé la norma sancionadora. En realidad, cuando constatamos que se utiliza la LISOS para la imposición de la indemnización por daño moral, lo que queremos significar, más concretamente, es que se utilizan únicamente las tablas de infracciones y sanciones que la norma diseña para reprimir determinadas conductas. Pero no se emplean ni los mecanismos de imposición de las sanciones ni otros preceptos de la misma norma destinados a regular cuestiones conexas con el procedimiento administrativo sancionador.

Las facilidades probatorias en la cuantificación del daño que patrocina el artículo 183 LRJS también coadyuba a generalizar el empleo de este mecanismo técnico de valoración del daño, aunque debe insistirse en la idea de que el demandante, si así lo estima oportuno, puede valorar económicamente la lesión que ha padecido aportando los elementos de prueba que tenga a bien considerar, así como los mecanismos que estime oportuno para cuantificar el daño moral. Es más, no es que pueda, es que debe, pues gran parte del éxito de la acción indemnizatoria (como se verá seguidamente), se relaciona, directamente, con la actitud procesal que ha mostrado la persona trabajadora que ha sufrido el daño moral. Del análisis de los asuntos del foro se concluye un aserto: a mayor intensidad, en la probanza de las situaciones y en la aportación de elementos de prueba que se relacionen con la cuantificación del daño moral, mayor éxito en la acción y mayor cantidad económica obtenida por la indemnización reparadora. Y aunque no es una regla absoluta, ni puede sujetarse a parámetros de valoración exacta, es una impresión bastante intuitiva.

Las razones por las que generalmente se emplea la LISOS, probablemente tengan que ver, como ocurriría en realidad en la elección de cualquier otro sistema de calibración baremado, porque concede «cierta presunción de legitimidad cuantitativa» a la cantidad indemnizatoria finalmente deducida, aun reconociendo que «cualquier otro sistema de determinación indemnizatoria por daños morales, resultaría admisible»⁸. La utilización de una técnica de baremo cuenta con la ventaja adicional de eximir «de la carga de probar su adecuación cuantitativa», siendo esta una cuestión «determinante, no solo a efectos de que prospere la reclamación en la instancia, sino también a efectos de que la sentencia esté lo suficientemente motivada para permitir eventuales impugnaciones por vía de recurso»⁹.

⁸ BALLESTER PASTOR, M.^ª A.: «El proceloso camino hacia la efectividad...», ob. cit., p. 52.

⁹ BALLESTER PASTOR, M.^ª A.: «El proceloso camino hacia la efectividad...», ob. cit., pp. 51-2.

Más allá de algún otro reparo dogmático, la práctica en la utilización de un sistema baremado como la LISOS plantea el problema fundamental de la tipificación de las conductas previstas y su adecuación para cuantificar una indemnización como la que procede por daño moral para la que no estaba destinada la norma.

En una apreciación de conjunto puede afirmarse que la jurisprudencia ha admitido que se utilice la LISOS como criterio orientador para la fijación de las indemnizaciones por daños morales básicamente porque se ha entendido razonable emplear esta norma en la medida en que la conducta transgresora de los Derechos Fundamentales que genera la indemnización hubiera podido dar lugar a la prosecución de un expediente administrativo y, en su caso, a la imposición de una sanción económica. De esta manera, el procedimiento jurisdiccional indemnizatorio funciona como un peculiar «sustituto» del procedimiento administrativo sancionador.

Así, por ejemplo, la STS-SOC de 15 de septiembre de 2006 (rec. 4554/2005) entiende, en este sentido, que la indemnización por daño moral que se impuso en la instancia es razonable porque es equivalente al importe mínimo de la sanción contemplada en la LISOS para una conducta infractora empresarial consistente en tratar de forma discriminatoria a los trabajadores que han planteado una reclamación en la empresa, que era el asunto debatido en ella. El mismo hecho «típico», tratar a trabajadores desigualmente, puede corregirse mediante el empleo, en definitiva, de dos mecanismos distintos: la prosecución de un procedimiento administrativo que tenga por objeto la exención de la responsabilidad por la comisión de un hecho típico que el ordenamiento jurídico-laboral considera sancionable, y la imposición de una indemnización por el daño moral que provoca en una persona trabajadora.

Esta manera de interpretar la cuestión se reproduce sin demasiados matices en las resoluciones de suplicación. Como muestra véase, por ejemplo, la STSJ-SOC Castilla-La Mancha, de 7 de julio de 2010 (rec. 350/2010) cuando confirma la indemnización impuesta en la instancia 6000 euros de indemnización por daño moral porque sería la cuantía que debería imponerse a la empleadora en atención a su actuación muy grave teniendo en consideración la infracción que tipifica la LISOS y la sanción económica que impone. También en la STSJ-SOC Asturias, de 16 de noviembre de 2012 (rec. 2405/2012) se cuantifica el daño moral padecido teniendo como referencia la multa que, para las infracciones muy graves, le correspondería por impago de salarios, pues el asunto pivotaba sobre la lesión del principio de indemnidad por haber despe-

dido a la persona trabajadora tras intimar el percibo por parte de la empresa de unas cantidades adeudadas¹⁰.

Nada que objetar al respecto, más allá de subrayar la falta de abrigo normativo para este menester. Porque, obviamente, esta norma no tenía la pretensión de servir de instrumento para calibrar indemnizaciones por transgresión de Derechos Fundamentales y por producción de un daño moral.

La sentencia de STS-SOC 768/2017, de 5 de octubre, tantas veces comentada, parece asumir esta perspectiva, aunque es cierto que con algunos reparos, cuando dispone que «el acudimiento a la LISOS actúa como parámetro orientador, pero ello no significa que haya que examinar el asunto desde la misma óptica que cuando se está imponiendo una sanción administrativa». Pero no parece deducirse de la lectura de la argumentación intelectual que va desde la apreciación de la conducta a la imposición de la indemnización económica una gran fe en la utilización de este mecanismo. Emplea la LISOS quizás porque no hay otra fórmula para desatascar esta problemática, otra manera de calibrar con instrumentos laborales el daño moral causado. Por eso enfatiza en varias ocasiones, también en este momento, que la transgresión de un Derecho Fundamental requiere, en todo caso, que a su reparación se anude, siempre y en todo caso, una indemnización económica, como justificación argumental para elegir un mecanismo de cuantificación cerrado como es la LISOS.

Las premisas del razonamiento operativo de este proceder cuantificador serían las siguientes. La norma libera a la parte de cuantificar el daño moral concreto, aunque bien es cierto que únicamente si es dificultosa esa concre-

¹⁰ Otros ejemplos serían los siguientes: STSJ-SOC Asturias, de 15 de septiembre de 2006 (rec. 4554/2005) cuando cuantifica la indemnización en el equivalente al importe mínimo de la sanción contemplada para la conducta que ha provocado la incapacidad temporal del trabajador, en este caso por ausencia de medidas de prevención de riesgos laborales relacionadas con la evitación de respirar polvo de ladrillo.

La STSJ-SOC País Vasco, de 19 de mayo de 2015 (rec. 820/2015) fija una indemnización por daño moral en importe equivalente a la sanción administrativa por realizar la conducta empresarial ilegítima.

En la STSJ-SOC Andalucía (Sevilla), de 1 de junio de 2007 (rec. 2276/2016) se confirma la indemnización de 10000 euros impuesta en la instancia que empleaba la LISOS argumentando que los hechos que provocan la baja laboral del trabajador (realización de incontables horas extraordinarias y nocturnas como conductor de autobuses) habrían dado lugar a una infracción muy grave de las que se encuentran dentro del arco de la LISOS.

También se aprecia esta interpretación en la STSJ-SOC Comunidad Valenciana, de 12 de diciembre de 2012 (rec. 2852/2012), que confirma los 6000 euros de indemnización impuestos en la instancia por la transgresión de derechos fundamentales del trabajador en un despido nulo por causas objetivas de la actora en situación de reducción de jornada por cuidado de hijo, en la medida en que es una cuantía equivalente a la sanción que hubiera procedido si se hubiese tramitado un expediente sancionador.

Léase también, en la misma línea, la SJS núm. 1 Cuenca 236/2020, de 1 de septiembre cuando precisa que «estando facultado el órgano judicial, de forma soberana y atendidas las circunstancias del caso, para cifrar el daño moral con arreglo a su prudente arbitrio, que se cifra en la cantidad de 6251,00 euros, equivalente a una actuación empresarial que supone un trato desfavorable a su trabajador que atenta muy gravemente su dignidad».

ción. Pero también exige del juzgador, con la misma intensidad, una cuantificación de dicho daño, pues todo daño moral debe ser resarcido económicamente. La parte afectada por la transgresión del derecho fundamental no suele aportar elementos diferentes, innovadores o rupturistas, que puedan emplearse para cuantificar económicamente el daño moral. En estas condiciones, sin que en la dialéctica del proceso jurisdiccional se hayan manejado otros elementos cuantificadores, se emplea la LISOS quizá porque no hay otro mecanismo técnico disponible que permita actuar con ciertas garantías de éxito. Por eso puede leerse entre líneas de la resolución un cierto desánimo en el intérprete, que recurre a la LISOS porque no se ha encontrado otro instrumento jurídico que aquilate de forma más precisa, justa y equitativa, la cuantificación económica del daño moral.

La tipificación de la conducta transgresora de Derechos Fundamentales se enclaustra en diferentes apartados del precepto que regula las infracciones muy graves, es decir, en el artículo 8 de la LISOS. Ciertamente en su apartado 12.º, redactado con una técnica de aluvión, enumera la práctica totalidad de los Derechos Fundamentales que pueden ser tenidos en consideración en el ámbito laboral, previendo también como infracción muy grave de manera específica la reacción empresarial frente a actos del trabajador que pretendan cumplir las condiciones laborales, como es el caso que acontece con numerosas de las resoluciones aquí analizadas.

Es, sin lugar, a dudas, el inciso más utilizado para la imposición de este tipo de indemnizaciones, por ser el que más fácilmente se acomoda en su redacción a la dinámica hermenéutica que reclama la transgresión de un derecho fundamental para imponer la indemnización económica por daño moral¹¹.

¹¹ Con todo, en algunas resoluciones se ha entendido que los problemas de la tipificación de las conductas impiden la concesión de la indemnización. Así, por ejemplo, en la SJS núm. 3 A Coruña 589/2015, de 23 de diciembre, después de reconocerse que estamos en presencia de un despido represalia «al establecer una relación causal entre tal despido y su negativa a firmar un nuevo contrato en el que renunciase a su antigüedad, aparte de la denuncia presentada por su representante ante la ITSS» se precisa, en un supuesto de prestamismo laboral en un grupo de empresas, que por «... último y por lo que se refiere a la indemnización por el daño moral causado, que la parte actora fija en 6251 euros, se argumenta para tal fijación lo dispuesto en la STS de 05/02/13 y en aplicación de los artículos 8.12 y 40.c) LISOS; sin embargo, el artículo 8.12 LISOS citado por la parte califica como infracciones muy graves, entre otros, los actos que conllevan un trato desfavorable por parte de la empresa como reacción ante una acción administrativa o judicial destinada a exigir el cumplimiento de igualdad de trato, por lo que, no teniendo aquel objeto las acciones o reclamaciones efectuadas por la actora y que sirven para declarar la nulidad del despido, no pueden ser incardinadas en tal precepto y, consecuentemente, fijarse una indemnización por daño moral en la cuantía reclamada, por lo que procede la desestimación de la demanda en lo que a este punto».

Idéntica solución, ante un supuesto de hecho muy similar, se observa en la SJS núm. 4 A Coruña 485/2015, de 23 de octubre.

Parece el inciso que mejor se acomoda a esta dinámica hermenéutica. Aunque quizá para otros supuestos más específicos de transgresiones pudiera invocarse algún otro inciso del mismo precepto. Así, por ejemplo, el apartado 6.º para la vulneración del derecho de libertad sindical, el 7.º cuando haya algún tipo de represalia dirigido hacia los representantes de los trabajadores, el 8.º cuando se transcriben las cláusulas sindicales previstas en los convenios, o el 13.º si se tratase de una agresión de carácter sexual, etc.

El acudimiento a esta norma constituye, en definitiva, un recurso razonable, y parece solventar los problemas que supondría la atipicidad de la conducta, pero se tiene la sensación de que se emplea más como remedio que por auténtica convicción jurídica. Ciertamente su papel es orientador, pero cumple con la finalidad de asegurar que el montante de la indemnización que se percibe por la lesión de Derechos Fundamentales no se deduce de la indemnización tasada por el incumplimiento contractual¹².

El otro gran problema, cómo avanzamos, lo constituye la consideración de la conducta. En las resoluciones suele apreciarse, sin más argumentaciones complementarias que anuden a los hechos acaecidos las consecuencias jurídicas queridas por la norma, que la conducta es muy grave, afirmándose usualmente que «en estas condiciones, que se acuda a las sanciones previstas para infracciones empresariales muy graves parece lógica» (SJS núm. 3 Gijón 187/2020, de 30 de octubre).

La consideración de grave vendrá determinada por el relato de hechos probados, y aquí tendrá mucho que decir, naturalmente, el Juez de instancia en el quehacer jurisdiccional, pero no suele ser usual que se califiquen los hechos de manera diferente. Es decir, o no se tienen en consideración a efectos de la transgresión de los Derechos Fundamentales, y, por tanto, no procede indemnización porque no se ha producido un quebranto moral, o los hechos son apreciados como muy graves. No hay matizaciones, aquilatamientos o tonalidades dignas de consideración: a los hechos son muy graves o carecen de gravedad alguna.

Además, suele ser usual que la apreciación de la gravedad se deduzca de manera intuitiva de la mera enumeración del relato de hechos que realiza el juez de instancia, careciendo de una argumentación completa, detallada y sólida que anude los hechos con la tipificación prevista en la LISOS, y sin ser usual, además, que se realicen excesivas consideraciones sobre los factores fácticos o jurídicos que pudiera agravar la conducta lesionadora de los Derechos Fundamentales.

¹² En el apreciar de BALLESTER PASTOR, M.ª A.: «El proceloso camino hacia la efectividad...», ob. cit., pp. 53-4.

Desde esta premisa puede leerse, por ejemplo, la SJS núm. 19 Madrid 453/2017, de 17 de noviembre, cuando precisa al comienzo de su exposición que «razonablemente ha podido generar a la misma un daño moral (por ejemplo, preocupación por su futuro o por su desprestigio profesional), que es un daño emergente que no queda por completo reparado con esos pronunciamientos de condena y cuyo equivalente económico es muy complicado establecer, al depender de variables que, como es la fortaleza de ánimo, son de complicada acreditación. Por otro lado, la indemnización debe también establecerse teniendo en cuenta que debe servir para prevenir en el futuro actuaciones como la que nos ocupa», para terminar concluyendo que «A la vista de ello, y acudiendo al criterio basado en la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social que antes se mencionó, estimo que debe fijarse una indemnización de 6251 euros, correspondiente al importe mínimo establecido por su artículo 40.1 para una falta muy grave (art. 8.11), sin que se aprecie, en cambio, motivo para establecer una cantidad superior».

También, en similar línea, puede leerse la SJS núm. 7 Murcia 202/2018, de 24 de mayo en la que se conceden 10000 euros de indemnización con la siguiente argumentación: «En el presente caso la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de garantía de indemnidad, conlleva unos daños morales para el trabajador que ha sufrido dicha vulneración, daño moral que no exige la cumplida acreditación de unos determinados y concretos daños y perjuicios, sino que se producen automáticamente, siendo válido y razonable tomar como referencia para cuantificar la indemnización debida el montante de la sanción establecida para la infracción del derecho fundamental en cuestión por la LISOS, como declara la STC 247/2006, por lo que debe estimarse justificada la indemnización de 10000 euros solicitada por el actor en la demanda con base en los artículos 8.12 y 40.1 c) LISOS».

¿Por qué la segunda resolución concede más indemnización que la primera?, ¿Realmente puede deducirse de su argumentación que existe una mayor lesión moral, un mayor daño a los Derechos Fundamentales?, ¿Cómo se justifica el diferente trato indemnizatorio en unos y otros asuntos?

No se tiene una respuesta satisfactoria del todo concluyente. La aproximación a la cuantificación es mucho más intuitiva de que lo que pudiera parecer. Porque, por decirlo sencillamente, se suele tener una cierta constancia de que los hechos han acaecido, se aprecia una cierta gravedad en las manifestaciones en que se concretan dichos hechos y se valora la inclusión de estos en la tipificación de las conductas que enuncia la LISOS, pero se echa de menos un proceder argumentativo más cerrado y potente que abroche los hechos con la tipificación. En multitud de ocasiones, el razonamiento jurisdiccional enun-

cia, en el relato de hechos probados, qué ha sucedido y, a continuación, sin solución de continuidad, expone los preceptos de la LISOS en los que engarzar la conducta, sin que, en puridad, haya una argumentación que vaya de los hechos acaecidos a la tipificación de la conducta. La argumentación se da por sobreentendida.

Quizá no se pueda hacer de otra manera, probablemente porque la ausencia de una norma específica para la cuantificación del daño moral genera este tipo de incertidumbres, pero, en numerosas ocasiones, se tiene la sensación de que falta argumentación al respecto. No tanto que falte motivación al fallo jurisdiccional, sino potencia argumentativa convincente.

Una vez determinada la gravedad de la conducta, el anudamiento a la sanción prevista en el artículo 40 LISOS es el siguiente paso del razonamiento jurídico. La resolución que nos está siguiendo de guía para explicar en este momento los razonamientos en los que se apoya la imposición de la indemnización por daño moral (STS-SOC 768/2017, de 5 de octubre) parece dejar, no obstante, un resquicio por el que poder contestar la consecuencia que aquí se ha expuesto.

Expone, y no es un argumento inusual en la práctica judicial, que la empresa no ha desarrollado argumentaciones útiles para evidenciar la desproporcionada cantidad indemnizatoria que solicita la persona trabajadora, pues se ha centrado, sencillamente, en la negación de la conducta. Con ello parece que se desecha la posibilidad de poder discutir en el ejercicio de la facultad funcional que los recursos suponen por la parte empresarial la cuantificación efectuada en anteriores instancias.

Pero, sobre todo, de su lectura en una visión más periférica, puede detectarse un cierto desdén por la manera procesal por la que se han conducido las partes, especialmente el empresario, que en vez de argumentar en relación con la cuantificación de la indemnización prefiere negar, sencillamente, la conducta producida, con lo que no parece quedar otro camino que emplear la LISOS si efectivamente se detecta la vulneración del Derecho Fundamental y la producción del daño moral, porque ni la parte que ha sufrido la lesión moral ha aportado mecanismos para la cuantificación del daño moral, ni la cantidad solicitada ha sido contestada eficazmente por el empresario agraviador.

Las facilidades argumentativas que el artículo 183 LRJS parecen conceder a la persona trabajadora paradójicamente funcionan como un freno a la elevación de las cuantías indemnizatorias, porque el justiciable no se conduce en la argumentación del daño moral como suele hacerlo cuanto se trata de una pretensión procesal sometida por completo al principio de aportación de parte.

Aunque es un proceder hermenéutico perfectamente acomodado al dictado de la norma, al leer detalladamente la resolución se experimenta la sensación de que la consideración «lógica» de la anudación del hecho con la tipificación en la LISOS y su cuantía experimenta un salto argumentativo excesivamente grande. El propio Tribunal expresa, con el propósito de mantener la cuantía dictada en la instancia, que las consideraciones efectuadas en el sentido expuesto «no aparecen como irrazonables o arbitrarias», cerrando el círculo hermenéutico con una premisa que suele utilizarse como cláusula de cierre de cualquier proceder interpretativo.

Por decirlo claramente: se acude a una premisa mayor y absoluta del razonamiento jurídico (irracionalidad o arbitrariedad), prácticamente de tipo constitucional, en vez de abrochar el argumento con razonamientos más apegados a la dinámica legal laboral ordinaria: contexto laboral, participación empresarial en el daño, culpabilidad, publicidad, mantenimiento de daño, lesión de varios Derechos Fundamentales, etc. Recuérdese, en este sentido, que la STS-SOC de 29 de enero de 2013 (rec. 89/2012) precisaba que: «... lo que el TC afirma es que la cuantificación del daño o perjuicio derivado de la conducta infractora del derecho fundamental en cuestión se puede y debe basar en las propias características (gravedad, reiteración y otras circunstancias concurrentes) de dicha conducta infractora, que ha sido objeto de prueba en el proceso», por lo que las circunstancias concretas del caso no pueden dejarse escoradas en el procedimiento hermenéutico de cuantificación del daño, en la medida en que son, precisamente, las que lo individualizan, diferencian de otros acontecimientos similares y patrocinan, por ello, una solución jurisdiccional apegada al caso concreto.

Más allá de estos dos pequeños reparos, en realidad más dogmáticos que prácticos, no cabe ninguna duda de que el empleo de la LISOS se ha convertido en el mecanismo más usual para la determinación de la cuantía de la indemnización por daño moral, elevándose a la categoría de *usus fori* (SJS núm. 3 Cartagena 117/2020, de 14 de septiembre), es decir, en el mecanismo universalmente admitido para la monetización de la indemnización.

B) El determinante rol de la actividad procesal de parte

Las facilidades que el artículo 183 LRJS presenta para la persona trabajadora que ha padecido la lesión en sus Derechos Fundamentales en relación con la actividad procesal conducente a la exención de la responsabilidad in-

demnizatoria ha generado una dinámica singular de abandono de las obligaciones que naturalmente suelen asociarse a su posición procesal.

No es probable que esta consecuencia fuese la pretendida por la norma, pero sí se constata que un número bastante importante de reclamaciones en esta materia carecen de la deseable concreción de los hechos lesivos y de las bases que sirven para cuantificar la indemnización.

Debe partirse de una premisa básica en este razonamiento, la que enuncia que aunque la norma permita que el justiciable (en determinadas ocasiones) no cuantifique la indemnización solicitada, no parece razonable que el juez se pronuncie «sobre la indemnización si esta no es solicitada por la parte demandante», porque en este caso estaríamos en riesgo de incurrir en incongruencia¹³.

Sin embargo, es bastante común que cuando las partes no cuantifiquen la indemnización se emplee judicialmente la LISOS, casi siempre, además, imponiendo una cuantía idéntica (o ligerísimamente inferior –6000 euros es también muy común–) al grado mínimo de la sanción por infracción muy grave.

Así, por ejemplo, la SJS núm. 1 Guadalajara 141/2022, de 15 de marzo precisa, que a pesar de que queda acreditado que «el uso por parte de la empresa de sistemas de captación del sonido en la recepción del Campo de Golf, que captaban todas las conversaciones de la trabajadora, sin que conste que se le informara previamente de su uso y de que podían ser utilizados con fines de control, denota una voluntad vulneradora del derecho a la intimidad» y que «debemos considerar que el hecho de que todas las conversaciones de la trabajadora en su puesto de trabajo hayan sido captadas y escuchadas causa, en el ciudadano medio una zozobra o desasosiego que han de ser compensados», pareciendo, al menos teoría, que no es extraordinariamente complicado argumentar la provocación de un elevado de daño moral, se concluye en la resolución que «en este caso entendemos que es ajustada a derecho la indemnización por importe de 6252 euros, al no haberse acreditado daños o perjuicios materiales y haberse determinado los morales conforme al daño causado en el ciudadano medio, sin que se aprecie que a la demandante se le haya causado un daño moral de mayor intensidad, al no haber desplegado prueba alguna sobre tal extremo»¹⁴.

¹³ BALLESTER PASTOR, M.^a A.: «El proceloso camino hacia la efectividad...», ob. cit., p. 54.

¹⁴ Del mismo modo la SJS núm. 4 Gijón 383/2018, de 4 de octubre, precisa que «en orden a la cuantificación, no se aportan elementos relevantes que puedan ser ponderados, por lo que, como autoriza la jurisprudencia, puede acudir como criterio orientativo a los importes fijados en la LISOS para las infracciones muy graves, pues, como señala la anteriormente reseñada sentencia del TS, parece lógico que se acuda como elemento referencial al artículo 8.12 LISOS que considera infracción muy grave «las decisiones unilaterales de la empresa que impliquen discriminaciones directas o indirectas desfavorables por razón de edad o discapacidad o favorables o adversas en materia de retribuciones, jornadas, formación,

Pareciera, en este caso, que el principio de automaticidad en la producción del daño funciona, pero que la indemnización que en estos casos procede es la mínima prevista en la LISOS para las sanciones graves, debiendo la parte que pretenda una indemnización de más cuantía desplegar la prueba que acredite la producción del daño y la valoración de este en términos económicos.

Por eso, cuando la solicitud indemnizatoria es elevada, los Tribunales suelen fijarse en si verdaderamente se ha desplegado una actividad probatoria que acredite el daño, y si no ha sido así, se razona sobre la desproporción que existe entre el daño que se dice padecido y la prueba que se despliega para su constatación. Así, por ejemplo, se señala en la SJS núm. 3 Oviedo 220/2020, de 25 de agosto que la «... indemnización rogada por vulneración del derecho fundamental debe empero quedar fijada en la cuantía mínima de 6251,00 euros prevista para las infracciones muy graves en la LISOS, juzgándose excesiva la de 25000 euros –tope máximo del grado mínimo– ante la ausencia de otras señaladas circunstancias concurrentes que más allá del inherente daño moral hayan sido objeto de prueba cumplida en el proceso, no señalándose siquiera los parámetros de cálculo que amparen la peticionada»¹⁵.

Sin embargo, cuando las partes despliegan una potente actividad probatoria del daño moral causado y lo cuantifican adecuadamente los Tribunales suelen ser más generosos y conceder indemnizaciones más elevadas, justificando

promoción y demás condiciones de trabajo, por circunstancias de sexo, origen, incluido el racial o étnico, estado civil, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación sexual, adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con otros trabajadores en la empresa o lengua dentro del Estado español, así como 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”, y tomando como parámetro los importes señalados en el artículo 40 de la LISOS, se estima adecuada a las circunstancias aducidas la cantidad de 6251 euros».

De manera similar véase la SJS núm. 3 Palma de Mallorca 99/2022, de 21 de marzo que afirma que «atendida la ausencia de dicha valoración por la actora entendemos proporcionada a las circunstancias del caso una indemnización de 2000 euros por daños morales».

También puede leerse la SJS núm. 1 Cartagena 33/2020, de 5 de febrero, cuando repara que «... dentro de este margen que otorga la ley, se considerada razonable aplicar la cuantía mínima, al no haberse acreditado mayores perjuicios para el trabajador que los que en cualquier caso provoca la decisión de extinguir la relación laboral».

En similar línea la STSJ-SOC Madrid, de 18 de noviembre de 2011 (rec. 3332/2011) diseña la solicitud indemnizatoria de 25000 euros porque no se acreditaban los daños.

¹⁵ Empleando un razonamiento bastante similar la SJS núm. 6 Murcia 136/2018, de 27 de marzo, cuando precisa que «En lo que se refiere a la indemnización que por importe de 60000 euros reclama la parte actora en el escrito rector de demanda, dicha pretensión ha de ser estimada de forma parcial, pues aún acreditada lo ha sido la vulneración constitucional del derecho a una tutela judicial efectiva en su vertiente de quebranto a la garantía de indemnidad, la reclamación postulada resulta excesiva, de ahí que esta Juzgadora entienda, que atención al daño moral producido, a la vulneración del derecho fundamental indicado y a los daños y perjuicios de ello derivados, ajustada a derecho conceder al trabajador demandante una indemnización de 3000 euros».

su decisión precisamente es este motivo, en que la parte afectada sí ha desplegado una concreta y potente actividad probatoria, y también, como segunda derivada del razonamiento, en la nula actividad probatoria empresarial en sentido contrario¹⁶.

Así, por ejemplo, la SJS núm. 3 Burgos 71/2022, de 11 de febrero, precisa que el «actor pondera la máxima sanción en su grado mínimo con la mínima sanción en su grado máximo y le aplica un factor corrector de un 40 % en atención a su rendimiento obtenido en la empresa desde el inicio de su relación laboral, que no se ha cuestionado, obteniendo una indemnización de 15000 euros, que se estima razonable y adecuada dadas las circunstancias del caso», teniendo en consideración, además que «nada se ha alegado por la empresa respecto a la indemnización por daños morales objeto de reclamación».

Con similar argumentación la SJS núm. 3 Gijón 77/2022, de 21 de marzo afirma que la «trabajadora pretende una indemnización de 15002 euros, que se sitúa en la mitad del grado mínimo previsto, por lo que, atendidas las anteriores consideraciones, se estima su solicitud ajustada a Derecho», porque, además, debe tenerse presente que la «empresa se limitó a alegar que no se produjeron daños morales a la actora, sin especificar impugnación concreta en relación con la cuantía reclamada»¹⁷.

En otras ocasiones, de la lectura de las resoluciones (especialmente de las de instancia) se aprecia que la petición de la parte demandante de una indemnización en el grado mínimo ha lastrado las posibilidades de concesión de indemnizaciones de mayor cuantía.

Así, por ejemplo, la SJS núm. 1 Mieres 195/2022, de 25 de abril precisa al respecto, para conceder estrictamente la petición solicitada, que «Indudablemente prudente es la petición indemnizatoria que se cuantifica en demanda en

¹⁶ Expresamente acude a este argumento la SJS núm. 1 Ciutadella de Menorca 79/2018, de 15 de junio, cuando, para conceder una indemnización de 6250 euros precisa que esta es la cuantía razonable «Con mayor razón cuando –sin formularse por otro lado, ninguna oposición al respecto por la demandada sobre dicho extremo de cantidad–, constaba la natural preocupación en el actor por la situación de despido...».

¹⁷ Por su parte la STS-SOC Madrid, de 13 de febrero de 2017 (rec. 847/2016) confirma la resolución de instancia que condena por daño moral a 90000 euros pues la cuantía de la indemnización fijada por el juez *a quo* no es desproporcionada porque como consecuencia del acoso padecido, la trabajadora, que no había seguido con anterioridad tratamiento psiquiátrico o psicológico, ha sido diagnosticada de trastorno adaptativo ansioso depresivo, y permanece de baja por incapacidad temporal desde hace casi dos años, habiéndose acreditado correctamente dichas circunstancias.

Véase también la SJS núm. 1 Mieres 154/2022, de 25 de marzo, en un supuesto de baja por incapacidad temporal de la persona trabajadora en el que se conceden 8000 euros de indemnización dada la «situación de desasosiego, de ansiedad e insomnio que es objeto de tratamiento en Servicio Público de Salud (f. 90), resultado psíquico este que desde luego no puede considerarse desconectado o causalmente inidóneo de su fuente ilícita».

grado mínimo de aquella legislación, teniendo en cuenta además su finalidad preventiva de reiteración respecto de quien ya tiene a su cargo el no lejano reproche que le formula la Inspección como atentatorio a la dignidad del trabajador».

En el mismo sentido la SJS núm. 1 Badajoz 20/2022, de 25 de enero precisa que «teniendo en cuenta que la petición de la actora coincide con la cuantía mínima a sancionar, cabe atender a la misma y establecer prudencialmente la cuantía de la indemnización debida por la parte demanda en 6251 euros».

Puede ser que en estas ocasiones la cuantía que se hubiera fijado hubiera sido mayor si se hubiese desplegado una cierta actividad probatoria en este sentido, pero las posibilidades de actuación de oficio quedan lastradas por las peticiones de parte circunscritas a la indemnización económica mínima¹⁸.

Por último, es conveniente subrayar que la total y absoluta ausencia de acreditación de los indicios en los pueda sustentarse el daño causado puede obrar la consecuencia de desestimar la indemnización solicitada, aunque no concretada en términos monetarios.

Así, por ejemplo, la SJS núm. 3 Gijón 264/2021, de 26 de julio dispone, muy certeramente, que «la trabajadora en ningún párrafo de su demanda expresa la motivación de la indemnización que solicita, ni el concepto de la misma, únicamente se refiere a la aplicación analógica de la LISOS y a la cantidad de 25000 euros en el suplico. No alude a si pretende que se le indemnice por daños morales o por daños y perjuicios adicionales. No toda vulneración de derechos fundamentales supone la indemnización automática de la perjudicada, sin que ello impida que cuando se pretende la indemnización por daños morales, puedan valorarse prudencialmente, acudiendo la jurisprudencia a la valoración analógica según el cuadro de sanciones que la LISOS prevé para las conductas que tipifica. Pero ello no puede suponer, según cabe considerar, que se indemnice sin que ni siquiera se especifique la causa o concepto indemnizatorio que se reclama, entendiéndose esta Juzgadora que no puede suplir la carencia de motivación existente en la demanda, pues de ser así, la redacción del artículo 183 LRJS carecería de sentido al proceder una indemnización automática que no aparece en el espíritu de la norma ni en la jurisprudencia en la materia»¹⁹.

Esta última interpretación parte de una premisa: que «la indemnización adicional no deriva del despido en sí, ya que en ese caso incluso los despidos improcedentes serían merecedores de tal indemnización», y de una consecuen-

¹⁸ Téngase presente que la actual cuantía de la mínima de las sanciones por falta muy grave ha sido elevada a 7501 por la Disposición Final Primera de la Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia.

¹⁹ La STSJ-SOC Andalucía (Sevilla), de 13 de diciembre de 2017 (rec. 30/96/2016) entiende, en sentido contrario, que basta que la parte se refiera la LISOS en su demanda para entender correctamente formulada su pretensión procesal.

cia: que la indemnización deriva «del hecho de la vulneración de un derecho fundamental», con un corolario: que «habrá que acreditar la trascendencia o relevancia que para la vida personal y/o profesional ha tenido tal vulneración», por lo que, en estas situaciones se exige, al menos, que se alegue el daño moral infligido, desestimándose las pretensiones indemnizatorias que carezcan, al menos, de esa concreción (SJS núm. 6 Oviedo 510/2021, de 15 de julio)²⁰, porque «los daños deberán ser objeto de acreditación, bien vía directa, bien indiciariamente por deducirse de una situación que haya afectado a la dignidad personal de la trabajadora en un grado mínimamente relevante, o porque haya producido una incidencia apreciable en su vida personal o familiar; no pudiendo por el contrario deducirse el daño del solo hecho de la declaración de la nulidad del cese» (SJS núm. 6 Oviedo 381/2021, de 3 de junio).

En definitiva, que la actuación procesal de la persona trabajadora que ha padecido el daño moral es determinante, en numerosas ocasiones, de la cuantía de la indemnización finalmente concedida²¹, debiendo quedar claro algunas premisas en relación con esta cuestión.

En primer lugar, que para la concesión jurisdiccional de una indemnización adicional por daño moral debe solicitarse esta expresamente, no debiendo bastar insinuaciones o someras indicaciones en los escritos forenses. Parece razonable exigir que la solicitud de la indemnización se formule forma expresa y concreta. El automatismo en la generación del daño moral, cuando se ha producido una lesión de un Derecho Fundamental de la persona trabajadora, no puede llevarse al extremo de conceder una indemnización económica que no se ha solicitado²².

En segundo lugar, con respecto a cuantía, podemos diferenciar dos grupos de resoluciones. En primer lugar, aquellas que conceden la cuantía mínima que se prevé por infracción muy grave cuando: o bien no se solicita una canti-

²⁰ En idénticos términos véase otra resolución del mismo Juzgado, la SJS núm. 6 Oviedo 386/2021, de 8 de junio.

²¹ Así, por ejemplo, aunque desde otra perspectiva, más procesal y alejada de la indemnización económica, no está de más recordar con la SJS núm. 2 Guadalajara 290/2021, de 12 de julio que «En el caso analizado entendemos que no procede el establecimiento de indemnización por cuanto la declaración de nulidad obedece únicamente al allanamiento parcial de la empresa a las pretensiones de la parte, no apreciando atisbo alguno de una conducta intencionadamente discriminatoria de la empresa». Apréciase, desde otro punto de vista, que si se desiste de la acción de despido es inviable pronunciarse sobre la indemnización, pues la pretensión va vinculada a la de extinción del contrato (STSJ-SOC Castilla y León (Valladolid), de 14 de febrero de 2018 [rec. 41/2018]).

²² Aunque la argumentación procede antes de la Ley de Igualdad y la generación de la dinámica automatista, el enfático razonamiento de la STS-SOC de 28 de febrero de 2000 (rec. 2346/1999) cuando precisa que «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 justifiquen suficientemente que la misma corresponde ser aplicada al supuesto concreto de que se trate, y dando las pertinentes razones que avalen respalden dicha decisión; y en segundo lugar que queden acreditados, cuanto menos, indicios o puntos de apoyo suficientes en los que se pueda asentar una condena de tal clase» puede seguirse manteniendo.

dad expresa y se deja la determinación de la indemnización al prudente arbitrio judicial, o bien se solicita una cuantía mayor pero sin desplegar ninguna actividad probatoria que acredite un daño específico y concreto, más allá del que suele asociarse genéricamente a la infracción de un derecho fundamental²³. Y, en segundo lugar, aquellas en las que la persona trabajadora ha solicitado una indemnización superior a la mínima (por infracciones graves) y despliega una actividad probatoria razonable en relación con los hechos, a los aspectos contextuales, o en relación con el método de valoración del daño, en las que suelen concederse indemnizaciones más elevadas.

En tercer lugar, que cuando la determinación del importe de la indemnizatoria se deja en manos del prudente criterio jurisdiccional, la cuantía concedida suele estar muy cerca de la mínima por infracción muy grave. No es arriesgado deducir que pesa mucho en estos casos la falta de aportación procesal de la parte. Por eso, es usual que cuando se solicita una indemnización de cuantía inferior a la sanción que procedería por infracción muy grave, se concede sin mayores argumentaciones²⁴.

²³ Así, véase, entre otras muchas, por ejemplo, la SJS núm. 1 Toledo 381/2018, de 20 de julio cuando precisa que la indemnización que «debe abonarse a la trabajadora en concepto de indemnización por daños morales derivados de tal despido con vulneración de derechos fundamentales es de 2000 euros. Así se fija prudencialmente tal cuantía tomando en consideración en primer lugar el carácter público del dinero con el que va a ser indemnizado, y en segundo lugar atendiendo a no se acredita perjuicio material alguno a resarcir, al margen del daño moral, presumiéndose que la demandante ha sido beneficiaria de prestación por desempleo tras su despido así como al hecho de que ha disfrutado de una indemnización resarcitoria que fue incluida en su finiquito».

Por su parte la SJS núm. 2 Palma de Mallorca 297/2020, de 13 de octubre, subraya que «no habiendo alegado ni acreditado la parte actora ningún tipo de daño o perjuicio susceptible de peculiar reparación, procede condenar a la empresa a indemnizar a la actora en la cantidad de 6251 euros», aunque en este caso sí solicitó una indemnización de 20000 más otros 2000 «por daños materiales equivalente a la minuta de honorarios del letrado».

En la STSJ-SOC Cantabria, de 29 de junio de 2017 (rec. 485/2017), se concedió una indemnización de 6000 en atención al comportamiento empresarial sufrido por el trabajador, aunque la solicitada fue de 60000, considerándose desproporcionada en relación con la probanza del daño causado. En la STSJ-SOC Castilla-La Mancha, de 22 de marzo de 2013 (rec. 1592/2012), por su parte, se impone una indemnización de 2169 euros en un supuesto de baja por incapacidad temporal por acoso psíquico en el trabajo de cuantía menor que el que correspondería por una infracción muy grave del artículo 8.12 LISOS.

²⁴ Así, por ejemplo, la SJS núm. 1 Soria 225/2018, de 12 de noviembre, concede los 3000 euros de indemnización solicitados «por resultar comprendida dentro de las previstas en el artículo 40 LISOS aplicable jurisprudencialmente como criterio moderador».

La SJS núm. 2 Ponferrada 60/2020, de 26 de febrero indica: «en cuanto a la indemnización por daños moral solicitada por la demandante al amparo del artículo 183 LRJS, y que cuantificó en 3125 euros, teniendo en cuenta que en el origen de esa vulneración está una represalia o reacción por reclamar la extinción de la relación laboral tras casi un año sin que le fueran abonado su salario mensual, se estima que dicha cantidad es ajustada a derecho, máxime cuando dicha parte ha cuantificado esa indemnización acudiendo por analogía a las sanciones previstas en la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, y la decisión de la empresa constituye una infracción muy grave prevista en el artículo 8.12 de la LISOS».

Por su parte la SJS núm. 2 Granollers 59/2014, de 24 de enero, concede los 6000 euros solicitados en un caso de vulneración de la libertad sindical, en la misma línea que la STSJ-SOC Galicia, de 13 de no-

Por último, en algunos asuntos, especialmente en las resoluciones de instancia, se detecta una cierta tendencia a concretar judicialmente la cantidad económica indemnizatoria de manera muy ritual, de manera muy automática, imponiendo la solicitada porque sencillamente se encuentra entre las cantidades previstas en la norma²⁵, o sin realizar esfuerzos argumentativos notables en relación con los hechos probados, entendiéndose que la automaticidad del daño también debe proyectarse sobre la cuantía de la indemnización.

Así, por ejemplo, véase la SJS núm. 8 de Murcia 295/2021, de 7 de octubre, cuando dispone «Para la fijación de la cuantía, como mantiene reiterada jurisprudencia.../... debe estarse a la aplicación orientativa de las cuantías previstas para las sanciones en la LISOS», para terminar condenando a 10000 euros de indemnización, pero sin precisar por qué, o cuáles son las razones para llegar a esta cantidad concreta. O la SJS núm. 3 Badajoz 420/2021, de 6 de octubre, cuando precisa «No obstante, los daños morales son intrínsecos, el daño psicológico se produce en todo caso, de ahí la dificultad de la acreditación y de ahí la necesidad de acudir a normativa orientadora para su fijación. El daño moral se entiende implícito en la lesión del derecho fundamental por lo que procede su compensación abarcando así no solo la función resarcitoria de toda indemnización, sino también de prevención general. Por todo ello se estima procedente el grado mínimo solicitado en la cantidad de 6250 euros», pero, como en el ejemplo anterior, sin abrochar una argumentación que anude la cantidad con los hechos acaecidos.

Véase también, por ejemplo, la SJS núm. 1 Cartagena 334/2021, de 8 de julio cuando precisa que en «este caso, se solicita una indemnización de 25001 euros, que la empresa demandada considera excesiva. La cuantía solicitada es la mínima prevista para las infracciones muy graves, en grado medio (art. 40) pero, en atención a las circunstancias del caso, se rebajará al grado mínimo, y se fijará prudencialmente una cuantía de 10000 euros», pero sin explicar cuáles son las circunstancias del caso, más allá de recurrir el relato de hechos probados, que en este caso nada singular aporta: es un despido objetivo y la vulneración de derechos fundamentales se apoya por la persona trabajadora y se justifica por la re-

viembre de 2018 (rec. 2470/2018), cuando concede idéntica cantidad de 6000 (en un despido represalia sin causa), o la STSJ-SOC Asturias, de 20 de noviembre de 2018 (rec. 2243/2018) en un supuesto de discriminación salarial también impone idéntica cuantía.

Ligerísimamente más generosa es la SJS núm. 4 Badajoz 503/2021, de 27 de diciembre cuando concede los 7000 euros solicitados una vez vigente la ley de trabajo a distancia que eleva la cuantía de estas sanciones, aunque los hechos, naturalmente, se produjeron con anterioridad a la entrada en vigor de esta norma.

²⁵ Así la SJS núm. 2 León 263/2020, de 1 de julio, concede los 10000 euros solicitados en «relación a la indemnización que se reclama, conforme se deriva de la regulación de los artículos 182.1 d) y 183 LJS, se presumen inherentes a la vulneración del derecho fundamental. Y se cuantifican de forma orientativa por la cuantía de las sanciones reguladas para las infracciones muy graves en la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social (LISOS) que van en su grado mínimo, de 6251 a 25000 euros».

solución, en considerar que estamos ante un despido represaría, que vulnera el principio de indemnidad, pues con anterioridad la persona trabajadora había impugnado satisfactoriamente una decisión empresarial de movilidad geográfica.

No hay en estos asuntos referencias a la duración del contrato, ni al salario que percibe, ni a la gravedad de la conducta, como veremos seguidamente, ni a cualesquiera otros parámetros que permite deducir un razonamiento lógico que una la cantidad impuesta con los hechos acaecidos.

En estos casos la imposición de la cuantía mínima de la multa, o incluso algo menos (6000 euros suele ser muy común²⁶) es el proceder más corriente²⁷.

Se da por entendido que la indemnización económica debe ser deducida cuando ha acaecido una transgresión de un Derecho Fundamental, y el silogismo que procede es imponer una condena económica concreta. Por eso no se hace necesario, especialmente cuando se impone como indemnización la cuantía mínima de la multa, realizar específicas argumentaciones en relación con la procedencia de esta o con relación a su calibración, hurtándose así argumentaciones que expliquen cuál ha sido la razón para imponer la cuantía finalmente deducida y no otra. Y este tipo de razonamiento tan «automático» no parece el más deseable cuando de la imposición de una condena hablamos.

Pareciera, en definitiva, que más que imponer una condena al abono de una indemnización por daño moral se estuviera ante la imposición de una sanción por transgresión de un Derecho Fundamental.

Esta dinámica genera, además, otra consecuencia, cual es la imposición, casi automáticamente, de la cuantía mínima de la multa del baremo. Pero, recordémoslo, el baremo de la LISOS es meramente orientativo, por lo que también podría imponerse (con naturalidad y normalidad) una cuantía menor a la mínima multa prevista en el mismo. Sin embargo, son escasos los pronunciamientos judiciales en este sentido, y cuando así se ha hecho no se llega a comprender bien el porqué de una indemnización tan cicatera²⁸.

²⁶ Así, por ejemplo, entre otros muchos casos, véase la SJS núm. 3 Gijón 313/2021, de 5 de octubre.

²⁷ Aunque en algunos casos en los que se acredita la lesión de un solo derecho fundamental, generalmente el principio de indemnidad, se resuelve el asunto con una indemnización menor, pues se sobreentiende que se ha vulnerado un derecho instrumental, no sustantivo. Así, por ejemplo, véase la SJS núm. 3 Albacete 428/2021, de 20 de septiembre, cuando razona: «en el caso de autos, teniendo en cuenta que el derecho que se ha considerado vulnerado es el de la tutela judicial efectiva en su vertiente de garantía de indemnidad, no habiendo vulneración del derecho a la no discriminación, se considera adecuado otorgar al trabajador una indemnización adicional de 1500 euros por daños y perjuicios, incluido el daño moral, considerando desproporcionada la 35 000 euros solicitada por la parte actora».

²⁸ Así, por ejemplo, la SJS núm. 2 Toledo 59/2018, de 13 de febrero, razona, en este sentido, que atendiendo «a tal doctrina jurisprudencial, pero sin seguir como criterio para su fijación la remisión a las sanciones previstas en la LISOS, por considerar que la indemnización de 6251 euros es muy excesiva en el caso que nos ocupa, se estima prudencialmente que la cuantía en la que debe fijarse la indemnización por daños morales sufridos por el trabajador derivado de su despido asciende a 1500 euros, teniendo en cuenta, en primer

C) La antigüedad

Las resoluciones de instancia y suplicación, siguiendo la línea marcada por el Tribunal Supremo que se ha expuesto *supra*, han recurrido al parámetro de la antigüedad del trabajador en la empresa para aquilatar el montante final de la indemnización por daño moral.

Así, por ejemplo, la SJS núm. 5 de Palma de Mallorca 291/2021, de 26 de octubre precisa que: «En el caso presente, teniendo en cuenta la corta duración de la relación laboral, la existencia de una nueva contratación posterior, la falta de prueba de la existencia de unos perjuicios concretos y específicos derivados de la conducta empresarial extintiva estima el Juzgador prudencial la condena de la empresa demandada a indemnizar a la trabajadora demandante en la cantidad de 8000 euros», frente a la petición de 15000 euros que solicitaba la representación procesal de la persona trabajadora.

De forma similar la SJS núm. 26 de Barcelona, de 26 de septiembre de 2016 (rec. 1002/2015) precisa que «... pese a la dificultad que entraña valorar el daño moral, podemos fijar como criterio la equivalencia con medio año de salario, 9655,50 euros, considerando que la relación laboral apenas duró tres meses, y que los perjuicios económicos serán debidamente resarcidos mediante la condena inherente a la declaración de nulidad, no acreditándose circunstancias especiales que permitan apreciar un especial perjuicio moral».

lugar, el carácter de sociedad laboral de la mercantil, la participación que como socio tiene el trabajador demandante, y por último, que estando este sometido a tratamiento psiquiátrico y psicológico, no consta una especial agravación de su situación. Por lo expuesto, procede condenar a la parte demandada a indemnizar al trabajador con la cantidad de mil quinientos euros (1500 euros)». El trabajador ya presentaba problemas médicos: «el estado crónico de estrés y ansiedad que presentaba le ha provocado varios problemas psicossomáticos. No es posible que desarrolle el trabajo que venía realizando. No es capaz de adaptarse a él. Está en tratamiento psicológico y psiquiátrico desde el año 2007 sin mejoría». La cantidad económica impuesta se antoja menguada dado los padecimientos del trabajador y la antigüedad en el trabajo.

De forma similar la SJS núm. 1 Gijón 17/2018, de 10 de enero precisa que en «... el caso de autos se pone de manifiesto que el actor, como consecuencia de la actuación empresarial, ha sufrido unos perjuicios que van más allá de lo que indemnizan los salarios de tramitación. Así lo pone de manifiesto el hecho de que haya sido atendido por Salud Mental, diagnosticándosele un trastorno mixto ansioso depresivo y un trastorno adaptativo. Es muy difícil valorar tales perjuicios, pero entiende el juzgador que la cantidad de 1000 euros adicionales puede contribuir a restablecer el desequilibrio producido».

Fuera de toda razonabilidad, por no cumplir la cuantía el propósito mínimo de reparación integral, se muestra la SJS núm. 1 Cuenca 171/2018, de 7 de marzo, cuando despliega el siguiente razonamiento: «pero al no concurrir la intencionalidad del empleador en ello, con desconocimiento incluso de la condición de discapacitado del trabajador despedido, y estando facultado el órgano judicial, de forma soberana, para cifrar el daño moral con arreglo a su prudente arbitrio, atendidas las circunstancias del caso, se cuantifica la cantidad económica a satisfacer por dichos daños morales efectivamente causados en la simbólica cuantía de 1 euro». Téngase en consideración que el derecho vulnerado era «ser discriminatorio cualquier trato adverso o efecto negativo que se produzca a un trabajador como consecuencia o a causa de su condición de persona con discapacidad».

■ LA CUANTIFICACIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN POR DAÑO MORAL...

En la misma línea puede leerse la SJS núm. 2 Oviedo 264/2019, de 14 de mayo cuando repara que en el presente caso «se considera excesiva la cantidad solicitada de 6250 euros, pues si bien se trata de un despido nulo por vulneración de derechos fundamentales, también debe tenerse en cuenta.../... la corta duración de la relación laboral, de junio a noviembre de 2018, con lo que en atención a dichas circunstancias, se considera adecuado y proporcionado fijar una indemnización de 3000 euros»²⁹.

El criterio de la duración del contrato puede ser razonable, pero quizá no tanto aquel que bascula sobre el del tipo de contrato temporal que ha desarrollado la persona trabajadora. Así, por ejemplo, la SJS núm. 1 Avilés 25/2019, de 23 de enero precisa que «Descendiendo al caso que nos ocupa, se trata de la extinción de un contrato de trabajo temporal del trabajador acordado tras haber iniciado acciones para el reconocimiento de su derecho como trabajador indefinido». Y en aras, precisamente de la naturaleza temporal del contrato, y no de la antigüedad en la empresa, patrocina la imposición de 6000 euros de indemnización, empleando para ello la LISOS en la tipificación de la infracción muy grave en su cuantía mínima.

La atención a la duración de la relación laboral tiene toda su razón de ser desde el punto de vista laboral. Sin embargo, no parece que la naturaleza de la relación –definitiva, o temporal– pueda manejarse con la misma soltura, más allá de algún supuesto de relación interina que desde el comienzo de la misma se tenga constancia de su escasa duración (verbigracia: sustitución por maternidad o incapacidad temporal).

En todo caso, el empleo de este parámetro sirve más como instrumento auxiliar que gradúa la cuantía de la indemnización que como el parámetro que la determina con autonomía propia.

D) El salario

Siguiendo la dinámica hermenéutica patrocinada por la Sala IV del Tribunal Supremo, como se tuvo ocasión de señalar *supra*, numerosas resoluciones judiciales emplean el salario del trabajador como parámetro auxiliar para cuantificar la indemnización que procede por el daño moral que se deduce de la transgresión de un Derecho Fundamental.

²⁹ También entiende razonable la cuantificación en 3000 euros (y no en los 6250 solicitados) por la misma razón de corta duración de la relación laboral la SJS núm. 2 Oviedo 264/2019, de 14 de mayo.

Así, por ejemplo, la STSJ-SOC Madrid, de 4 de marzo de 2003 (rec. 4806/2012) confirma la resolución de instancia que había considerado razonable cuantificar, como expresamente solicitaba la parte, la indemnización por daño moral en cuatro mensualidades del salario. La STSJ-SOC Cataluña, de 15 de septiembre de 2004 (rec. 3451/2004), por su parte, en un supuesto de despido de trabajadora embarazada, cuantifica el daño moral en la equivalencia de 30 días de salario. Mientras que la STSJ-SOC Islas Baleares, de 9 de diciembre de 2019 (rec. 352/2019) aprecia oportuno la imposición de 25000 euros de indemnización al haberse tenido en consideración para su fijación la cuantía salarial anual que percibía la persona trabajadora.

La STSJ-SOC Cataluña, de 18 de febrero de 2019 (rec. 6984/2018) desestima, sin embargo, la indemnización reclamada por la trabajadora de 14400 euros que se correspondería con su salario anual, porque las circunstancias del caso no revelan una especial ofensa de los derechos de la actora, entendiéndolo, en definitiva, que la solicitud es excesiva, e imponiendo finalmente 6000 euros que se corresponden, prácticamente, con la mínima sanción económica prevista en la LISOS para infracciones muy graves.

En algún supuesto se ha tenido en consideración la pérdida de las comisiones salariales que hubiera obtenido de continuar ejerciendo su actividad profesional. Así, por ejemplo, la SJS núm. 2 Zamora 62/2019, de 12 de marzo dispone: «... en el presente caso, si atendemos que a la actora se le ha privado de la posibilidad de generar las comisiones por los contratos por ella gestionados en el mercado nacional desde noviembre de 2018, habiendo transcurrido, por causa no imputable a este juzgado, más del mes calculado en demanda de pérdida de dichas comisiones, esta juzgadora considera ajustada a derecho la indemnización solicitada en demanda por importe de 5931,77 euros, importe que en todo caso estaría dentro de los límites que para las falta graves fija el artículo 40.1 b) del TR de la LISOS, entre las que se encuentra la modificación sustancial de trabajo impuesta unilateralmente por el empresario, sin acudir a los procedimientos establecidos en el artículo 41 o 82.3 del ET, con multa de hasta 6250 euros».

Acudir al salario como fórmula única de aquilatación de la indemnización tiene la indudable ventaja de proporcionar un mecanismo individualizado caso por caso, porque ninguna indemnización será igual a otra, y, a su vez, todas las indemnizaciones partirán de un mínimo perfectamente reconocible por las personas trabajadoras. Pero conlleva un óbice importante, pues tiende a discriminar un hecho objetivo que genera un daño cierto por una única variable, al punto de poder consentir dos indemnizaciones diferentes en dos trabajadores de la misma empresa ante un hecho –la agresión a los Derechos Fun-

damentales de ambas personas trabajadoras— idéntico, producido en el mismo contexto laboral, con igual intensidad y en el mismo momento cronológico.

El problema, claro está, consiste en determinar qué múltiplo del salario debe emplearse para calibrar el daño moral. ¿El doble, el triple?, ¿Valorado todo en computo mensual, o menor teniendo como referencia lo que percibe anualmente?

No hay respuestas ciertas ni concluyentes, porque no hay un pronunciamiento jurisprudencia del TS, y porque no se avizoran argumentos dogmáticos a favor de una u otra solución. Ni siquiera las resoluciones de instancia o de suplicación nos han mostrado ejemplos claros. Cuando se emplean estos parámetros es para situar la indemnización pedida en la horquilla de la sanción por infracción muy grave de la LISOS, y entender así razonable la solicitud de la persona trabajadora. Se emplean como parámetros de contraste en relación con la indemnización solicitada, pero no se utilizan para la valoración estricta del daño moral.

Quizá el único parámetro razonable que pueda predicarse en esta situación es tener en consideración el salario anual del trabajador para funcionar como tope máximo de la indemnización base por la transgresión simple de un único Derecho Fundamental. Del mismo modo podría entenderse razonable que la indemnización mínima fuese, al menos, igual al salario mensual del trabajador.

En esta línea de relacionar el salario del trabajador con la indemnización, algunas alegaciones de las personas trabajadoras han argumentado que la indemnización debe tener en consideración que el trabajador ha perdido el empleo y, que, por tanto, va ingresar en desempleo. Sin embargo, la STSJ-SOC Madrid, de 20 de enero de 2012 (rec. 4586/2011) entiende que el desempleo que padece el trabajador no justifica la indemnización adicional por; despido, porque, en tal caso, todos los trabajadores cuya extinción contractual no se haya considerado conforme a derecho tendrían que ser indemnizados por la empresa con carácter adicional a la indemnización que les hubiera correspondido por la resolución contractual en sí misma considerada.

En sentido radicalmente contrario en la SJS núm. 2 Ciudad Real 28/2022, de 24 de enero se ha entendido, tras apreciar que el «perjuicio que se ha producido consiste en haber impedido a la trabajadora buscar un trabajo al no ser consciente de que había sido dado de baja» que al encontrarse percibiendo la prestación por desempleo «así como los salarios de tramitación desde la baja hasta su readmisión» la trabajadora «será en parte resarcida» por el daño moral sufrido, entendiéndose que, en estas circunstancias. «una cuantía

de 3000 euros es reponedora del perjuicio moral y económico causado más allá de lo meramente simbólico»³⁰.

En relación con el salario, en la STSJ-SOC Galicia, de 9 de enero de 2008 (rec. 1131/2007) la trabajadora que vio desistido su contrato de trabajo en periodo de prueba cuando estaba embarazada solicita como indemnización adicional por daños morales la cantidad resultante de multiplicar por dos el doble de la base reguladora de la situación de incapacidad temporal de 12 meses. La resolución entiende que la hipótesis que maneja la trabajadora no tiene ninguna relación con el daño causado, pues en ningún momento explica la relación existente entre esa base y el módulo que emplea, y los perjuicios que se considera que le ha ocasionado el desistimiento, desestimando su pretensión.

A pesar de los ejemplos expuestos no es generalizada la utilización del salario para la cuantificación de la indemnización. Cuando se recurre a él se hace, casi siempre, como mecanismo de aseguramiento de que la cuantía de la indemnización que se va a imponer se encuentra dentro de la horquilla de multas económica que prevé la LISOS, y no se utiliza con un convencimiento de que es el instrumento definitivo para dicha monetización. Se utiliza auxiliariamente, como instrumento que refuerza el acudimiento a la horquilla que prevé la LISOS.

E) Los parámetros relacionados con la gravedad de la conducta

Es del todo razonable entender que para el resarcimiento de los daños tendríamos que diferenciar, como criterio de aproximación definitiva a su cuantificación, si el daño acaecido es transitorio o permanente, según subsistan por un espacio de tiempo más o menos largo, terminen desapareciendo, o bien se perpetúen en el tiempo³¹, así como otras consideraciones en relación con la gravedad e intensidad de la conducta gravosa. Deberían tomarse en consideración, en definitiva, «las particularidades circunstancias que en cada supuesto concurren», debiendo apreciar «la gravedad, duración y, en su caso, reiteración del comportamiento» así como la lesión «del derecho fundamental, su repercusión, el prestigio, el desarrollo profesional y la dignidad personal del trabajador, y su incidencia en el entorno familiar, personal y laboral»³².

³⁰ La SJS núm. 1 Toledo 40/2021, de 8 de enero, desecha la imposición de una indemnización mayor de 7000 euros entre otras razones porque se presume «que la demandante ha sido beneficiaria de prestación por desempleo tras su despido».

³¹ ÁLVAREZ VIGARAY, R.: «La responsabilidad por daño...», ob. cit., p. 87.

³² En palabras de ÁLVAREZ ALONSO, D.: «La indemnización por lesión...», ob. cit., p. 11.

En esta misma línea se ha defendido que «la incorporación de elementos de incertidumbre para el cálculo de las indemnizaciones en el ámbito laboral, dependiendo de la situación empresarial, de las circunstan-

De esta forma la inicial cuantificación de la indemnización puede quedar mejor aquilatada dependiendo, básicamente, del contexto laboral en que se ha producido la lesión al Derecho Fundamental y la producción del daño extrapatrimonial. De todos ellos probablemente los tres siguientes sean los más importantes para la gradación de la indemnización: la gravedad de la conducta en sí misma considerada, su duración (en el sentido, sobre todo, de su perpetuación en el tiempo) y las consecuencias personales que provoca³³.

La práctica judicial muestra bastantes ejemplos de cómo se utilizan, sin demasiada sistemática, estos elementos, básicamente porque es de difícil sumisión a una línea interpretativa homogénea o que responda a un criterio limpio y definido. La carencia de una norma que discipline la cuantificación de las indemnizaciones en estos supuestos necesariamente aboca al intérprete a la apreciación de estos elementos, en la medida en que «la consideración de los factores concurrentes puede ser decisiva en la cuantificación de la indemnización», pues ante la inexistencia de «normas para calcular la reparación correspondiente al daño moral, estos factores desarrollan una labor de condicionamiento objetivo de la tarea del juzgador, que resulta, obviamente, necesaria, por su valoración prudente y discrecional, si bien puede ocasionar indemnizaciones dispares, no puede confundirse, en ningún caso, con arbitrariedad»³⁴.

Son ejemplos, en definitiva, episódicos, circunstanciales, que a veces se emplean por la pericia profesional de los letrados, pero que en otras surge de la apreciación judicial de las circunstancias del caso. Más, en conclusión, que criterios o parámetros, podemos hablar de asuntos, de casos, de situaciones en las que se recurre al empleo de uno u otro argumento sin demasiada sistemática. Pero son estos ejemplos los que pueden servir de base para la construcción de una dogmática aporte baremos y criterios adicionales para la mejor aquilatación de la indemnización debida.

Así, por ejemplo, en la STSJ-SOC Cataluña, de 1 de marzo de 2019 (rec. 6644/2018) analiza la consecuencia indemnizatoria de la transgresión de

cias que se haya producido la vulneración y, particularmente, de las posibilidades de que dicha vulneración se enriquezca (en la actuación defensora o de la sociedad) parecen factores cuya consideración resulta imprescindible», BALLESTER PASTOR, M.ª A.: «El proceloso camino hacia la efectividad...», ob. cit., pp. 42-3.

³³ LÓPEZ TERRADA, E.: «La controvertida indemnización...», ob. cit., p. 22.

Desde el punto de vista penal pudiera aportarse una perspectiva complementaria con respecto a los factores que agravan la lesión, teniendo referencia en la operatividad de los tipos penales. Así se consideran factores agravantes: la continuidad delictiva, las cuestiones de la vida de la víctima y del perjudicado que se han tenido que dejar de hacer al ser víctima o perjudicado, el grado de gravedad del sufrimiento, zozobra, inquietud, ansiedad, tenido durante la comisión del delito, el mantenimiento de este sufrimiento en el tiempo, la situación de la víctima después del delito, y la afeción que haya provocado el daño psíquico. MAGRO SERVET, V.: «Aproximación a la cuantía de las indemnizaciones por daño moral...», ob. cit., pp. 3 y ss.

³⁴ En palabras de LÓPEZ TERRADA, E.: «La controvertida indemnización...», ob. cit., p. 19.

dos Derechos Fundamentales del trabajador de un Ayuntamiento (jardinero municipal) que supone la publicidad que realiza la propia institución de la jubilación con deshonor del referido trabajador. La resolución aprecia que la innecesaria publicidad de dicha mención en un pueblo pequeño lesiona dos derechos fundamentales: libertad de expresión y derecho al honor, y, por ello, especialmente teniendo presente el aspecto preventivo, debe multiplicar por dos el importe mínimo de la indemnización, pues dos han sido, en definitiva, los Derechos Fundamentales vulnerados.

Parece, desde luego, un criterio que pueden tenerse por razonable, en la medida, sobre todo, que sirve para modular la indemnización dependiendo de la intensiva lesiva de la agresión. Por ello cuando se lesionan derechos sindicales la crítica a la actuación empresarial lesiva y la apreciación del elemento preventivo fluye de manera bastante intuitiva. Así, por ejemplo, en la SJS núm. 21 Barcelona de 7 de septiembre de 2020 (rec. 723/2017) se subraya que «el actor asumió el papel preponderante de representante de las reclamaciones de los *riders* en la ciudad de Barcelona, con continua presencia en los medios de comunicación, representación sindical, reclamando ante diversas instancias los derechos profesionales del colectivo y convocando diversas huelgas. Y ello en un sector como el de la prestación de servicios para plataformas digitales extraordinariamente difuso en su calificación jurídica, como los continuos pronunciamientos judiciales evidencia, donde la decisión empresarial de prescindir de un trabajador como el actor que encabezaba legítimas reclamaciones, como el resultado probatorio en autos evidencia, aparecería como de especial importancia en su estrategia de dejar sin un líder de las reivindicaciones al grupo de *riders* que estaban siendo movilizados», añadiendo seguidamente que la «indemnización no solo debe resarcir los diversos derechos fundamentales vulnerados al demandante, hasta 3 (libertad sindical, huelga y tutela judicial-garantía de indemnidad), sino que debe comprender la “prevención del daño” al aparecer la decisión empresarial como de mayor gravedad por la asunción de funciones de representante de las reivindicaciones del colectivo que de forma notoria», por lo que procede «reconocer al actor la suma de 10000 euros instada en demanda...»

Pero no es un criterio uniforme, o ampliamente respaldado. Así, por ejemplo, la STSJ-SOC Cantabria, de 8 de abril de 2015 (rec. 1/2015) afirma que el hecho de que se hayan vulnerado varios derechos fundamentales de la persona trabajadora no significa que de ello se derive que la indemnización deba apreciarse por la lesión para cada uno de ellos, debiéndose aplicarse otros criterios que fijen la atención en la duración o en la intensidad de la lesión producida.

Más allá de que en determinadas ocasiones la apreciación de la lesión de varios Derechos Fundamentales al mismo tiempo puede carecer de operatividad práctica³⁵, la dificultad para apreciar la gravedad de la lectura de los preceptos de la LISOS facilita la imposición de la indemnización mínima³⁶, incluso cuando efectivamente se constata la existencia de lesiones a varios Derechos Fundamentales³⁷.

Más allá de esta tendencia al «achicamiento» de las indemnizaciones, o a su no «agrandamiento» parece del todo oportuno que una actuación empresarial multilesiva, es decir, un actuar que lesione varios Derechos Fundamentales de los trabajadores al mismo tiempo se indemnice con una cuantía más elevada que el mínimo previsto por la LISOS para la comisión de infracciones muy graves, especialmente cuando estamos en presencia de Derechos Fundamentales instrumentales para el disfrute y desarrollo de los derechos laborales, como acontece con la lesión de los derechos sindicales. Véase, en este sentido, la SJS núm. 1 Ceuta 185/2021, de 29 de septiembre, cuando dispone que «... debe tenerse en cuenta que la atribución de dos conductas graves, una de ellas en relación a sus propios compañeros, así como la interrupción brusca de su labor

³⁵ Así, por ejemplo, de la lectura de la SJS núm. 2 Ponferrada 83/2020, de 23 de marzo, se constata que una vez aprecia la vulneración del principio de indemnidad la certificación de una lesión al honor y a la propia imagen carece de interés, pues lo trascendente desde el punto de vista indemnizatorio es la certificación de la lesión de un Derecho Fundamental.

³⁶ Así, por ejemplo, la SJS núm. 1 Gijón 493/2018, de 28 de diciembre, precisa que «Los criterios que la LISOS ofrece para graduar las sanciones son un tanto vagos (las sanciones se graduarán en atención a la negligencia e intencionalidad del sujeto infractor, fraude o connivencia, incumplimiento de las advertencias previas y requerimientos de la Inspección, cifra de negocios de la empresa, número de trabajadores o de beneficiarios afectados en su caso, perjuicio causado y cantidad defraudada, como circunstancias que puedan agravar o atenuar la graduación a aplicar a la infracción cometida), siendo así que en el caso de autos debemos situar la sanción en el grado mínimo, pues no hay constancia de requerimientos de inspección, solo consta un trabajador afectado y no se constatan perjuicios mayores que los derivados del despido. Así pues, acudiendo a lo dispuesto en el artículo 40.1 c) de la referida ley, fijamos prudencialmente la indemnización en 6251 euros».

³⁷ De manera un tanto contradictoria con su propia enunciación de lo acaecido en el asunto la SJS núm. 20 Barcelona de 24 de abril de 2012 (rec. 23/2012) precisa que «la vulneración de los derechos fundamentales en autos, tanto el de tutela judicial efectiva en la vertiente de garantía de indemnidad y relacionado con la actuación sindical del actor como delegado sindical así como el derecho de convocatoria y participación en huelga sí da lugar en los términos señalados por el actual artículo 183 de la LRJS a fijar un importe por daños morales a favor del demandante», precisando seguidamente que atendiendo «a los diversos derechos fundamentales vulnerados, la existencia de múltiples antecedentes judiciales conocidos por la empresa empleadora reconociendo la pretensión del demandante, la existencia de un previo despido declarado nulo respecto de la previa empleadora, con pleno conocimiento de xxx como empresa sucesora y de un nuevo despido por parte de esta con readmisión del actor en fecha 5 de septiembre de 2011, dificultando todo ello la actividad sindical del demandante, despido en el que la empresa ahora demandada reconoció la improcedencia sin que el abono de indemnización supusiera quebranto alguno para la empleadora y la ausencia de oposición en contestación a la demanda, procede fijar en la suma de 6251 euros el importe de la indemnización por daños morales reclamada, ponderada y ajustada a la conducta empresarial, los diversos derechos fundamentales vulnerados y la reiteración en la conducta empresarial».

genera un daño que debe ser indemnizado por la empresa. A tenor de lo dispuesto en el artículo 40 de LISOS y entendiendo que la conducta de la empleadora es grave, que las imputaciones realizadas al actor son múltiples y variadas, considero adecuada fijar la indemnización en la máxima cuantía del grado máximo establecido en el precepto antes referido, esto es 7500 euros».

El problema básico consiste en determinar, naturalmente, cuál es el factor multiplicador de la indemnización, pues si se parte del mínimo que la LISOS prevé para las infracciones muy graves y estamos en presencia de una multilección que agrede a dos Derechos Fundamentales, por ejemplo, la cuantía económica finalmente reducida como indemnización por daño moral puede ser desproporcionada en relación con otras cuantías por similares conductas empresariales. No hay, por tanto, un parámetro estándar de aquilatación de la indemnización por actuaciones empresariales, multi lesivas.

Más allá de detenerse en analiza la lesión en sí misma considerada el contexto laboral en el que se desenvuelve la lesión ofrece una información muy relevante para valorar la indemnización, especialmente aquella que tenga que ver con el sujeto al que se le causa el daño moral. Así, por ejemplo, se ha entendido por la SJS núm. 1 Segovia 205/2022, de 29 de abril de 2002 que la indemnización de 15000 euros «por vulneración de la prohibición de discriminación por razón de estado civil» al despedir a la trabajadora tras el anuncio de que va a contraer matrimonio en breve, es razonable, teniendo en consideración que la cercanía a la fecha de la boda acrecienta el daño. De las circunstancias de hecho, básicamente la cercanía del despido a la fecha de la boda, puede deducirse un acrecentamiento del daño moral sufrido, por lo que la indemnización correspondiente debe ser de mayor cuantía³⁸.

En similar línea La STSJ-SOC Cataluña, de 4 de octubre de 2017 (rec. 4142/2017) impone una indemnización de 30000 euros tras el despido objetivo de un representante sindical en el momento preciso en que se estaba negociando un convenio colectivo. Igualmente, la SJS núm. 2 Toledo 37/2020, de 21 de enero impone una indemnización de 10000 euros por el despido de un trabajador joven «con enfermedad profesional», al que «no se intenta re-

³⁸ En relación con estas cuestiones personales la SJS núm. 1 Murcia 383/2021, de 12 de diciembre, entiende que procede la nulidad del despido «con vulneración de derechos fundamentales con petición de indemnización adicional por daño moral al entender que ha sido despedido por el hecho de que se acerca su paternidad y la empresa quería ahorrarse el permiso correspondiente».

Sin embargo, la STSJ-SOC Murcia, de 3 de diciembre de 2007 (rec. 1412/2007) anula la indemnización por lucro cesante que la sentencia del JS había impuesto a la empresa que había despedido a la trabajadora en relación con la imposibilidad de acceder a la prestación de riesgo durante el embarazo y posteriores a la de maternidad, apoyándose para ello en que la SJS no había considerado que hubiera existido daño moral, ni tampoco un daño emergente consistente en las facturas médicas relaciones con el embarazo.

ubicar» en la empresa y que se encuentra en desempleo, y, de forma similar, la SJS núm. 33 Barcelona 339/2013, de 19 de noviembre sanciona con 10000 euros de indemnización el despido de un trabajador que se encontraba enfermo, al entenderlo discriminatorio³⁹.

En definitiva, que el contexto en el que se han lesionado los Derechos Fundamentales puede ser determinante para calibrar y mesurar la indemnización más allá del mínimo que usualmente se impone como cláusula de estilo⁴⁰. En el bien entendido sentido de que la apreciación de todas las circunstancias concurrentes puede llevar en ocasiones, precisamente, a no agravar la conducta, como acaece en el asunto resuelto por la SJS núm. 1 Guadalajara 141/2020, de 21 de julio en el que el «criterio prudencial de este juzgador es el de que la cantidad interesada [13000 euros] debe ser minorada. En efecto, se trata de una persona con discapacidad cuyos derechos fundamentales han sido conculcados, y la empleadora es un centro especial de empleo, cuya razón de ser es eminentemente social, por proporcionar empleo a los trabajadores con discapacidad adecuados a sus características; lo que en último término facilita su integración en el mercado ordinario de trabajo. Por otra parte, no puede obviarse que la aplicación analógica de la LISOS no supone “una aplicación sistemática y directa de la misma”, sino que se atiende, más bien, “a la razonabilidad que algunas de esas cifras ofrecen para la solución del caso, atendida a la gravedad de la vulneración del derecho fundamental” (a este respecto véase la STS-SOC 352/2020, 19 de mayo, rec. 2911/2017, que recoge lo expuesto en las STS-SOC de 15 febrero 2012 –rec. 67/2011–, 8 julio 2014 –rcud. 282/2013– y 2 febrero 2015 –rcud. 279/2013–, entre otras). Por ello, una vez ponderadas todas las circunstancias que incrementarían el quantum con aquellas que lo disminuyen vgr. que no conste reiteración por la empresa en su proceder, que ya le fue abonada la indemnización por despido objetivo, o que no existe prueba en autos de cómo le

³⁹ También pueden verse la SJS núm. 2 Zamora 201/2019, de 27 de septiembre, que concede los 12000 euros de indemnización solicitados en un supuesto de expulsión de un cooperativista en baja laboral por ansiedad ya que los «daños morales que no exigen la cumplida acreditación de unos determinados y concretos daños y perjuicios, sino que se producen automáticamente, y que en presente caso se cifran en la suma reclamada, al entenderla ajustada a derecho, y no ser desproporcionada», y la SJS núm. 2 Avilés 254/2019, de 7 de junio que «considera adecuada la indemnización solicitada de 10000 euros, teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes y, en especial, la conducta del Ayuntamiento demandado de intentar evitar de manera continuada que el trabajador siga en su puesto de trabajo».

⁴⁰ Sin embargo, la STSJ-SOC Asturias, de 18 de septiembre de 2009 (rec. 1757/2009) aunque acredita la existencia de discriminación en el ejercicio del poder regular de dirección al ejercer un excesivo control en la entrada del horario de este trabajador frente a otros trabajadores, aplicándole también mecanismos de análisis del rendimiento más exhaustivos que a otros compañeros de la misma oficina y empresa, incluyendo un control exhaustivo de las vacaciones cuando la práctica empresarial era una cierta flexibilidad, solo entiende razonable implementar una indemnización en el grado mínimo de la LISOS.

afectó la decisión empresarial en el plano psicológico, o en su vida laboral, este juez considera prudente una indemnización de 6000 euros».

También el modo en que se conduce el empresario lesionador del Derecho Fundamental puede funcionar como parámetro tenido en consideración para imponer una sanción más alta que la cuantía del grado mínimo de las sanciones de la LISOS.

Esta es la línea interpretativa por la que se conduce la STSJ-SOC Canarias (Las Palmas), de 26 de julio de 2002 (rec. 275/2002) cuando entiende que se ha producido un daño moral atendiendo a la intensidad y agresividad del comportamiento antisindical de la Administración demandada que se deduce de cuatro circunstancias: «a su carácter burdo, evidente y ostensible, a su finalidad amedrentadora del actor y del resto del colectivo de trabajadores al que pertenece» y «a que el trabajador ha estado trasladado forzosamente de su centro de trabajo», y a que «ha visto sensiblemente reducidas sus retribuciones y su jornada de trabajo... [pues]... se le impidió durante meses acudir a las sesiones del Comité de Empresa para el que había sido elegido»⁴¹.

En este grupo de circunstancias agravantes que tengan que ver con la actuación empresarial se incluye aquellas actitudes que reiteran el daño una vez provocada la lesión del Derecho Fundamental, como ocurre, por ejemplo, en la STSJ-SOC Cataluña, de 30 de junio de 2014 (rec. 2119/2014) que aborda la nulidad del despido por causa económica de una trabajadora embarazada de ocho meses que al preguntar por mail al empresario que cuándo se le iba a finiquitar el salario debido y la indemnización correspondiente por despido objetivo el empresario le contesto al Mail con un lacónico «nunca». En este caso se impone una indemnización de 30000 euros porque además de quedar constatados los daños parecidos por la trabajadora –«algias abdominales», insomnio y síndrome ansioso– acontece que en la misma empresa hay otra trabajadora embarazada que también ha sido despedida por causa económica. El aspecto preventivo se aprecia en estos supuestos de reiteración de la conducta dañosa, aunque no se proyecte sobre la misma persona trabajadora, con gran facilidad.

⁴¹ En línea similar puede leerse la SJS núm. 1 Guadalajara 98/2020, de 26 de junio cuando precisa que el «criterio prudencial de este juzgador es el de que dicha cantidad [solicitada de 60000 euros] debe ser notablemente minorada [hasta los 8000 que finalmente concede]. En efecto, los hechos presentan una gravedad que aconseja superar la cuantía mínima del grado mínimo para este tipo de infracción, a la vista de las circunstancias, vgr., el despido como consecuencia de unos hechos que motivaron una denuncia penal, que se ha despedida a la trabajadora estando de baja médica, la paupérrima motivación de la carta de despido o el hecho de que se le intentase cursar su baja en la Seguridad Social con anterioridad incluso al despido. Ahora bien, todas estas circunstancias deben ser ponderadas con aquellas otras que minorarían la cuantía, como la leve entidad del padecimiento que efectivamente ha sufrido la trabajadora; que no consten infracciones o comportamientos similares de la empresa».

La reiteración de un primer despido ineficaz es un indicio bastante claro que facilita la imposición de una indemnización superior a la mínima multa prevista en la LISOS. Así, por ejemplo, la SJS núm. 3 Gijón 44/2022, de 17 de febrero, precisa que en «este caso el actor solicita indemnización de 50000 euros por la vulneración de su garantía de indemnidad, vinculada a la defensa de sus derechos laborales y al artículo 24.1 CE. A la vista de que nos encontramos ante una conducta susceptible de valorarse como infracción muy grave del artículo 8.12 del TRLISOS, y de la sanción que se prevé en el artículo 40 del mismo texto legal, la cuantía pretendida se situaría en el nivel inferior del grado medio, debiendo la misma de ser estimada al no considerarse desproporcionada ni abusiva pues se trata del segundo despido del trabajador vulnerador de derechos fundamentales y declarado nulo, en menos de un año»⁴².

Cuando del análisis del supuesto concreto pueda deducirse con claridad que no concurre ningún agravante del daño causado –estos criterios o parámetros enunciados, o cualquiera otros–, podría monetizarse la indemnización en el tramo mínimo previsto en la LISOS, porque si los justiciables no alegan, aunque sea indiciariamente, la existencia de circunstancias que contextualicen el daño causado, difícilmente va a pronunciarse el juzgador por una cuantía superior a esta. La SJS núm. 1 Toledo 40/2021, de 8 de enero, reconoce, abiertamente, que «se estima prudencialmente que la cuantía que debe abonarse a la trabajadora en concepto de indemnización por daños morales derivados de tal despido con vulneración de derechos fundamentales es de 7000 euros», porque, y esto es lo realmente interesante «se fija prudencialmente tal cuantía tomando en consideración el tramo mínimo previsto en el artículo 40.1 c) al no acreditarse agravante alguna».

⁴² Por su parte la SJS núm. 1 Toledo 58/2022, de 4 de febrero, precisa que «atendiendo a tal doctrina jurisprudencial, tomando como criterio orientador en el caso presente la LISOS, se estima prudencialmente que la cuantía que debe abonarse a la trabajadora en concepto de indemnización por daños morales derivados de tal despido con vulneración de derechos fundamentales es de 9000 euros. Así se fija prudencialmente tal cuantía tomando en consideración el tramo mínimo previsto en el artículo 40.1 c) pero no en cuantía mínima en tanto que existe respecto de la trabajadora demandante una reincidencia de la empresa que ha procedido a despedir en dos ocasiones a la trabajadora, la primera cuando la misma se hallaba embarazada, no procediendo en todo caso la cuantía pretendida por la parte demandante al no acreditarse perjuicio material alguno a resarcir, al margen del daño moral».

También véase, en la misma línea, otra resolución del SJS núm. 1 Toledo 444/2021, de 27 de julio.

Véase también, en el mismo sentido, la SJS núm. 2 Avilés 10/2022, de 21 de enero cuando precisa que «visto que la decisión de despido llega en un corto periodo de tiempo, tras la reincorporación de la trabajadora, después de haberse considerado nula una decisión extintiva anterior, confirmada por la Sala de lo Social del TSJ de Asturias, de tal forma que, como ha quedado expuesto, la decisión se encuentra huérfana de causa suficiente que la justifique, y, por ello, se estima proporcionada esa cantidad [18 000 euros], vistas las consecuencias que todo el proceso está conllevando objetivamente en la salud mental de la trabajadora».

Por eso, precisamente, cuando sí concurre alguna circunstancia agravante, como por ejemplo que se empleen medios extraordinarios para el control del trabajador y se lesione con ellos los Derechos Fundamentales de la colectividad de empleados, procede una indemnización económica superior. Así, por ejemplo, la SJS núm. 1 Toledo 42/2019, de 18 de enero «fija prudencialmente la indemnización al actor en la cuantía de 10000 euros, atendiendo en su cuantificación a la gravedad de la conducta de la mercantil que tras incorporar al actor en su puesto de trabajo al recibir una resolución judicial desfavorable a sus intereses inicia contra el mismo una persecución que se concreta en sanción disciplinaria (posteriormente declarada improcedente por vía judicial) y concierto con una empresa de detectives para que inicien respecto del actor un seguimiento y control en su vida particular, coincidente con una situación de baja médica del mismo. Gravedad que se acrecienta al ser tal conducta de la mercantil reincidente en tanto que ya en sentencia de este juzgado de 20 de febrero de 2018 fue igualmente condenada, aún a falta de la firmeza de tal pronunciamiento, a indemnizar al mismo trabajador por vulneración igualmente de derechos fundamentales».

Es un criterio bastante razonable, pues tiene en consideración el comportamiento empresarial y, sobre todo, si la lesión a los Derechos Fundamentales se ha producido mediante un acto lesivo o mediante una estrategia empresarial lesionadora.

En definitiva, y en conclusión, los enunciados factores: lesión a varios derechos fundamentales, contexto laboral en que se produce la agresión, intensidad en el daño, reiteración de la conducta dañosa, y apreciación de factores agravantes, son los elementos que puede manejarse en el momento de la monetización de la indemnización por daño moral. En el bien entendido sentido de que, probablemente, ninguno de ellos por sí mismo apreciado puede erigirse en el elemento clave del razonamiento jurisdiccional, pero que la presencia de varios de ellos puede conformar lo que pudiéramos denominar un panorama de lesión agravada a un Derecho Fundamental. Se trata, en definitiva, de patrocinar un convencimiento jurisdiccional de que, dadas las circunstancias en las que se ha producido la lesión, esta es más dañosa que otras acaecidas en contextos laborales menos complicados o conflictivos.

Se trata, sin más, de intentar aquilatar la indemnización por daño moral dependiendo de las circunstancias en las que la lesión al Derecho Fundamental se ha producido.

VIII. ¿PODRÍA ACUDIRSE A OTROS PARÁMETROS INDEMNIZATORIOS?

Los criterios hasta ahora empleados para la cuantificación del daño moral no son los únicos a los que teóricamente puede acudir. El ordenamiento privado general conoce algunos otros mecanismos indemnizatorios del daño moral no relacionadas con un contrato de trabajo o la existencia de una relación laboral.

La pregunta de responder es, por tanto, sencilla. ¿Podrían utilizarse para la monetización del daño moral en el ámbito social del derecho criterios, parámetros o baremos diferentes a los enunciados en este ensayo que se prevén en otras normas de Derecho Civil o Mercantil?

Nada parece negar la respuesta afirmativa, al menos como principio. Aunque la dificultad no surge en relación con la premisa del razonamiento, sino, más cercanamente, con la forma de encauzar las pretensiones desde un punto de vista procesal, desde un punto de vista práctico. Surgen, en realidad, dos problemas. Apremiar, de un lado, qué criterios se eligen y si tienen un correcto encaje en el proceso social, y, de otro, determinar cómo adjetivamente se utilizan en una demanda social de tutela de los Derechos Fundamentales lesionados en un contexto laboral.

No sería descabellado presuponer, en este sentido, que una lesión que se proyecte sobre los derechos colectivos de los trabajadores, especialmente en los que importan a su defensa y representación, tiene mayor capacidad expansiva en el daño que una transgresión individual que afecta a una persona concreta. Y, en consecuencia, no sería desproporcionado considerar esa variable colectiva para imponer una indemnización económica de mayor cuantía¹. Esta

¹ Que existe una clara vinculación entre el daño económico y el importe de la indemnización por daño moral, en el sentido de que a mayor quiebra económica mayor indemnización por la lesión de los

lógica aplastante mediatiza, qué duda cabe, los trámites procedimentales por los que se organizan las pretensiones procesales.

Sin embargo, esta lógica no parece que se encuadre bien con la utilización de estos mecanismos provenientes del Derecho Privado, pues, como se verá seguidamente, la utilización más razonable de esta indemnización por daño moral se circunscribe a pretensiones individuales indemnizatorias.

Todos los mecanismos que se analizan, sin excepción, como se verá seguidamente, están pensados para ser empleados como mecanismos reparadores de una lesión individual. Más allá, no obstante lo afirmado, de esta circunstancia colectiva reseñada, de lo que se trata en este momento es de averiguar si verdaderamente los mecanismos ideados por las normas de derecho privado pueden ser empleadas para cuantificar y monetizar una indemnización por lesión de Derechos Fundamentales en el ámbito social del derecho.

1. LOS PRINCIPIOS DE DERECHO EUROPEO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL Y LOS PRINCIPIOS SOBRE LOS CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES

Las SSTS-SOC de 2 de febrero de 2015 (rec. 279/2013), de 15 de junio de 2010 (rec. 804/06), de 13 de julio de 2015 (rec. 221/2014), de 18 de mayo de 2016 (rec. 37/2015) mencionan, de manera más retórica que sustantiva, los criterios PETL y UNIDROIT para cuantificar la indemnización por daño. La última de las citada repara en que «... 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.../... 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».

derechos extrapatrimoniales es apreciada muy correctamente por MOLINA NAVARRETE, C.: *Nueva indemnización por daño...*, ob. cit., p. 41.

Pero más allá de esta mención retórica, su utilización práctica se muestra sumamente dificultosa para el ámbito social del derecho, como se verá seguidamente, básicamente porque ambos tipos de reglas jurídica adolecen de dificultades técnicas de aplicación práctica en el proceso social, esencialmente la falta de exposición de criterios o parámetros económicos para la valoración del daño o la gradación de su intensidad y lesividad.

Porque los Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil son un conjunto de reglas profesoras, enunciadas en Viena en mayo de 2005 por el llamado Grupo Europeo de la Responsabilidad Civil², lo que, ya de entrada, les aleja de su posible empleo como mecanismo técnico jurisdiccional de valoración del daño social. Porque ni tienen la configuración de auténticas normas jurídicas, aunque sí es cierto que en su formulación se han seguido criterios –generales, comunes– atinentes a la interpretación de los contratos existentes en varios países³, ni sus reglas enunciadas concretan mecanismos precisos de determinación de las indemnizaciones, limitándose a enunciar propósitos generales comúnmente aceptados relacionados con la responsabilidad civil.

Son, por decirlo gráficamente, un «conjunto doctrinal de cierta fuerza persuasiva y una aproximación a lo que, en el futuro, puede representar una cierta armonización del Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil Extracontractual, ámbito en el que el Legislador europeo no ha intervenido aún con carácter general»⁴.

Es comúnmente aceptado señalar que su utilización por los tribunales es meramente orientativa o referencial, sin que constituyan algo más que un mero referente de autoridad, y, en lo que importa al daño moral, no han sido mencionados más que de esta manera, entre otras poderosas razones, porque dichas reglas no contemplan directamente el resarcimiento del extrapatrimonial⁵.

Más allá de «de las lesiones corporales y la muerte la disparidad entre los ordenamientos jurídicos europeos en materia de indemnización de daños no patrimoniales es tan elevada que los Principios consideran preferible señalar

² Como lo observa SALAS CARCELLER, A.: «Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil», *Revista de Responsabilidad Civil y Seguro*, núm. 48, 2013, pp. 9 y ss.

³ Estos «Principios» pueden leerse, entre otros sitios en el número 9 de 2005 de la *Revista de Derecho Privado*, en el siguiente enlace web.: <https://www.redalyc.org/pdf/4175/417537584011.pdf>

Un estudio muy sincrético sobre dichos principios y su eficacia puede leerse en GÓMEZ CALLE, E.: «Los principios de derecho europeo de la responsabilidad civil», en GUZMÁN MÉNDOZA, C. E. e INSIGNARES CERA, S.: *Política y Derecho. Retos para el Siglo XXI*, Ediciones Uninorte, Barranquilla (Colombia), 2010, pp. 69 y ss.

⁴ SALAS CARCELLER, A.: «Principios de Derecho Europeo...», ob. cit., p. 10.

⁵ SALAS CARCELLER, A.: «Principios de Derecho Europeo...», ob. cit., p. 16.

tan solo la posibilidad de que los tribunales también puedan otorgar indemnizaciones en estos casos, posibilidad que resultará más clara cuanto mayor sea el valor del interés protegido, la precisión de su definición y su obviedad como en el caso de la infracción de derechos fundamentales»⁶.

Pero más allá de esta posibilidad, los Principios no parecen dar cobertura generalizada a una práctica indemnizatoria del daño moral. Básicamente porque los daños no patrimoniales solo serían indemnizables si la víctima ha sufrido un concreto daño corporal⁷, no si se ha lesionado uno de los derechos de la personalidad, que es lo que aquí más certeramente se está tratando. Para este tipo de daño el problema de la cuantificación monetaria hace naufragar la posibilidad de utilización del baremo, pues los PETL únicamente apuntan «algunos criterios a tomar en cuenta al efecto», básicamente «el grado de culpa del causante, si hubiera contribuido significativamente al daño», ya que «el hecho de que el daño se ocasionara dolosamente puede agravar el sufrimiento psíquico de la víctima»⁸. Es decir, se reiteran la generalidad de parámetros que, de una manera u otra, ya habíamos analizado en la jurisprudencia laboral cuando estudiábamos los parámetros relacionados con la gravedad de la conducta, pero no se incorporan referencias monetarias concretas para la valoración del daño moral. Desde este punto de vista nada aportan estos Principios.

Tampoco parece que los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales puedan servir para organizar la cuantificación del daño moral por la transgresión de Derechos Fundamentales en el ámbito laboral, básicamente porque su objeto de atención se reduce, principalmente, a organizar una serie orientaciones que deben regir el buen hacer en la contratación internacional, pero sin llegar siquiera a la consideración de «texto codificado» o «sistema» en la medida en que «el carácter incompleto de su contenido impide resolver todas las cuestiones que se planteen en el Derecho General

⁶ Entre otras razones porque en el «ámbito del daño no patrimonial no es una idea que deba extrañar, porque si bien es cierto que, por regla general, la gravedad de la culpa o incluso el dolo del agente no alteran el principio general de reparación íntegra del daño, no es menos cierto que en la esfera del daño no patrimonial la conducta intencional del agente puede originar una mayor afectación psíquica de la víctima que suponga una agravación del daño. Como ha reconocido hace mucho tiempo algún autor en nuestra doctrina, «es de todo punto imposible graduar el daño sin conectarlo a la actuación de la persona que lo causó, pues la repercusión psíquica que el acto ilícito causa en el sujeto, será tanto más fuerte cuanto más ilícito sea el ataque». La cita del texto y esta de la nota al pie de página es de MARTÍN CASALS, M.: «Una primera aproximación a los Principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil», *InDret* (Revista para el análisis del Derecho), núm. 2/2005, p. 24.

La cita entrecomillada que emplea es del trabajo, también empleado y citado por nosotros, de García Serrano sobre el daño moral en la jurisprudencia civil de 1972.

⁷ En esta idea SALAS CARCELLER, A.: «Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil», *Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Murcia*, Murcia, 2011, p. 69.

⁸ GÓMEZ CALLE, E.: «Los principios de derecho europeo...», p. 72.

de contratos, tal y como lo requeriría la configuración técnica de sistema jurídico»⁹, y, desde luego, no prevé, ni directa ni indirectamente su posible utilización como mecanismo para exencionar la responsabilidad extracontractual característica del daño moral.

Estamos en presencia de una «especie de “recopilación”, en el sentido de la agrupación y ordenación de las “reglas”, “principios” y “normas” generales del Derecho universal de contratos» que ni se considera completa, pues se encuentra inacabada, ni son asumidas con facilidad como reglas de ordenación de las prácticas comerciales internacionales por todos los países¹⁰, constituyendo, en definitiva, «un intento por enunciar reglas que son comunes a la mayoría de los sistemas legales existentes, y al mismo tiempo, adoptar soluciones que mejor se adapten a las necesidades del tráfico internacional»¹¹. Además, su eficacia queda restringida a que las partes contratantes indiquen expresamente «que el contrato se rija por “los principios generales de derecho”, la “*lex mercatoria*”» o bien que «no hayan designado ningún derecho para que rija el contrato»¹².

En la misma línea meramente orientativa podemos citar también otros «instrumentos» menos conocidos y citados, como, por ejemplo, los «Principios, Definiciones y Normas Modelo de Derecho Privado Europeo»¹³, que juegan profesoralmente a proponer mecanismo de homogenización de criterios, prácticas y disposiciones normativas de los países europeos en un propósito, más académico que operativo, que no dejan de funcionar como «un buen instrumento para que los jueces puedan cumplir el mandato del artículo 3.1 CC: aproximar las normas a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas»¹⁴, pero de muy escaso contenido real y de una recepción práctica francamente dificultosa.

⁹ FLORES DOÑA, M.^a de la S.: «Los Principios UNIDROIT como Derecho universal de la contratación internacional», ponencia presentada en el Congreso Internacional: Contratación y arbitraje mercantil internacional: https://eprints.ucm.es/id/eprint/9556/1/PC_Congreso_Rioja2009_Eprint.pdf, p. 2.

¹⁰ FLORES DOÑA, M.^a de la S.: «Los Principios UNIDROIT como...», p. 3.

¹¹ En palabras de OVIEDO ALBÁN, J.: «Los principios UNIDROIT para los contratos internacionales», *Dikaion: revista de actualidad jurídica*, núm. 11, 2002, p. 100.

¹² SIQUEIROS, J. L.: «Los nuevos principios de Unidroit 2004 sobre Contratos Comerciales Internacionales», *Revista de Derecho Privado*, núm. 11, 2005, p. 134.

¹³ La versión española de estos principios puede consultarse en JEREZ DELGADO, C. (Coord.): *Principios, definiciones y reglas de un Derecho Civil europeo: el Marco Común de Referencia (DCFR)*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2015.

¹⁴ En el apreciar de JEREZ DELGADO, C. (Coord.): *Principios, definiciones...*, ob. cit., p. 25.

2. EL BAREMO DE TRÁFICO

La Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación implementa, en un largo y prolijo anexo, un mecanismo cerrado de cuantificación del daño causado, incorporando referencias económicas concretas para cada evento dañoso que acontezca con ocasión del tráfico rodado, a los que anuda una determinada y prefijada cantidad económica en concepto de remuneración, dependiendo de dos variables: la edad y la cuantía de los ingresos netos del sujeto dañado.

Pero el sistema que idea esa norma está previsto solo para la valoración del daño causado en accidente de circulación, aunque es cierto que se ha empleado, como también acontecía con la norma anterior que deroga¹⁵, como sistema objetivo de valoración para supuestos que escapan de ese ámbito objetivo, entre ellos, aunque no usualmente, para la valoración del daño moral, como se verá seguidamente¹⁶.

El artículo 32 de la norma es muy claro en este sentido cuando determina que el sistema «tiene por objeto valorar todos los perjuicios causados a las personas como consecuencia del daño corporal ocasionado por hechos de la circulación regulados en esta Ley», y aunque el «principio de la reparación íntegra rige no solo las consecuencias patrimoniales del daño corporal sino también las morales o extrapatrimoniales e implica en este caso compensar, mediante cuantías socialmente suficientes y razonables que respeten la dignidad de las víctimas, todo perjuicio relevante de acuerdo con su intensidad» (art. 33.3) el régimen económico de valoración de las secuelas que idea el artículo 104.1 entiende que el daño moral es «inherente» al «perjuicio psicofísico, orgánico y sensorial», no permitiéndose, en principio, «una indemnización acumulada por daño moral adicional a la ya incluida y reconocida en el propio baremo»¹⁷.

Eso supone, básicamente, que la utilización de este baremo podrá ser empleado, como de hecho se hace, pero de manera muy forzada y poco natural, por dos razones. En primer lugar, porque los perjuicios que «resarce el baremo son los perjuicios (personales y patrimoniales) que se causan a una

¹⁵ El Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor.

¹⁶ Unas breves notas a las características de utilización del baremo por la Sala IV puede verse en SURROCA COSTA, A.: «Derechos fundamentales y “baremo” de circulación», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 29, 2015, pp. 333 y 334.

¹⁷ LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, J.: «Daño moral: prueba...», ob. cit., p. 7.

persona como consecuencia del daño corporal que padezca en virtud de un accidente de circulación»¹⁸. Y, en segundo lugar, porque las pautas económicas que marca el referido baremo prevén el daño moral que se asocia al daño corporal causado, «pero lo que obviamente no recoge (porque no puede recoger, porque no está pensado para ello) el baremo del automóvil, es la “inmisión perturbadora de la personalidad” que provoca la vulneración de los derechos fundamentales, y que debe ser valorada aparte»¹⁹.

En definitiva, que el baremo de tráfico no se destina específicamente a satisfacer el resarcimiento de los daños morales que provoca la vulneración de un Derecho Fundamental, sino únicamente, a lo sumo, aquellos daños morales que se conectan con el daño corporal que ha sufrido el trabajador precisamente por el accidente de tráfico en el que se ha visto involucrado²⁰.

Cuando se ha empleado para cuantificar la indemnización por lesión del daño moral, tomando como base los “días impeditivos”, a veces se hace, como por ejemplo ocurre en la STSJ-SOC Cataluña, de 21 de marzo de 2016 (rec. 302/2016), aplicando el factor de corrección del 10% para un supuesto de trabajadora embarazada despedida. Básicamente, se razona, se computan como días de referencia todos los que van desde la fecha de despido hasta la de la sentencia de instancia, entendiéndose que durante todo ese tiempo la trabajadora se ha encontrado en una situación de angustia por la pérdida de su puesto de trabajo que solo ha finalizado cuando la sentencia estimó su demanda²¹.

Sin embargo, en otras ocasiones se utilización únicamente las tablas previstas en el baremo en relación con los días en que se ha encontrado suspendido su contrato de trabajo por incapacidad temporal, sin «añadir ninguna otra cantidad por perjuicio moral al estimar que ya está incluido en la indemnización fijada», como lo hace la SJS núm. 1 Palma de Mallorca 31/2017, de 6 de febrero²².

¹⁸ MEDINA CRESPO, M.: «Indemnización separada y compatible por daños morales corporales...», ob. cit., p. 10.

¹⁹ En el apreciar de TODOLÍ SIGNES, A.: «La insuficiente aplicación del baremo del automóvil para el cálculo de indemnizaciones por vulneración de derechos fundamentales», *Actualidad Laboral*, núm. 15, sep. 2012, versión electrónica: La Ley 8364/2012, p. 9.

²⁰ Tendencia apreciada por CASANOVA ASENCIO, A. S.: «El daño moral: dificultades prácticas en torno a su prueba y valoración», *Revista Jurídica de la Región de Murcia*, núm. 50, 2016, p. 102.

²¹ También emplean el baremo en los mismos términos, por ejemplo, la STSJ-SOC Cantabria, de 8 de abril de 2015 (rec. 1/2015), y la STSJ-SOC País Vasco, de 11 de noviembre de 2014 (rec. 2022/2014), descartando, en este último ejemplo, que se pueda emplear el factor de corrección por ingresos económicos.

²² En idéntico sentido véase la SJS núm. 3 A Coruña 23/2017, de 23 de enero cuando precisa para la aquilatación de la indemnización: «Y esta indemnización de los daños personales, como la parte actora la denomina, se corresponde con la indemnización del daño moral que también solicita, pues aquéllos habrían sido satisfechos ya por los cauces concretos del proceso de incapacidad temporal y no se trata aquí de abonar los mismos, sino de fijar un módulo justo de indemnización con referencia a otro concreto viable en

Obviamente la utilización del baremo tiene una gran ventaja desde un punto de vista práctico: la concreción de una cantidad económica fija (actualizada anualmente) en la propia norma²³, aunque bien es cierto que incluso cuando se utiliza en el foro no siempre se acude directamente a él, porque su pretensión orientativa no cuaja bien en la calibración de la lesión de Derechos Fundamentales que se produce en el ámbito social del derecho, en donde no suele ser usual la provocación de daños físicos en las personas trabajadoras. Además, con la utilización en toda su intensidad se correría el riesgo de sobrecompensar a la víctima del daño, pues la indemnización básica de la que se parte es ya de por sí elevada²⁴. Es cierto que así la indemnización se escaparía de la «facilona» tendencia a indemnizar por la cuantía mínima de las infracciones muy graves en el ámbito laboral, pero el resultado quizá no sería ponderado, porque el daño moral en el ámbito social no suele estar asociado a un daño físico corporal, que es, precisamente, el pie forzado que legitima tanto la utilización del baremo como la aplicación del agravamiento por daño moral. Téngase presente, además, que mientras que para los accidentes de tráfico la utilización del baremo es vinculante, para otras situaciones es meramente orientativo, siendo difícil emplearlo para supuestos en los que no se produce un daño corporal.

El ámbito natural de utilización del baremo de tráfico es, en definitiva, para cuando acontece un accidente de trabajo²⁵, generalmente por falta de cumplimiento de las medidas de prevención de riesgos laborales o por ausencia de formación específica en esta materia, en donde se utiliza de forma generalizada para articular la responsabilidad civil empresarial y monetizar la indemnización. Así, por ejemplo, véase la STS-SOC 15/2019, de 10 de enero, que subraya que la mejora de las prestaciones contenida en el convenio no es compensable con el daño moral, la STS-SOC de 2 de marzo de 2016 (rec. 3959/2014) cuando analiza la cuantía de la indemnización por daños y perjuicios por exposición de los trabajadores al amianto, o la reciente STS-SOC 404/2022, de 10 de mayo,

nuestro ordenamiento jurídico. De esta manera, tomando como referencia la cuantificación que la propia trabajadora hace, la cual no habría sido puesta en tela de juicio por la contraparte, debe fijarse la indemnización peticionada en los días improductivos reseñados, a contar desde el día 4 de septiembre de 2015 y hasta la fecha de la presente resolución en la cantidad de 30360 euros, teniendo en cuenta el daño causado tanto en cuanto a la integridad física de la trabajadora, pues se encuentra afectada por un largo proceso de incapacidad temporal, como en relación con el desvalor de la propia conducta empresarial».

²³ CASANOVA ASENCIO, A. S.: «El daño moral: dificultades...», ob. cit., p. 99.

²⁴ Esta es la advertencia que al respecto nos hace GINÈS I FABRELLAS, A.: «La compatibilidad entre la indemnización...», ob. cit., p. 8.

²⁵ Como acaece en la importante STS-SOC de 23 de junio de 2014 (rec. 1257/2013).

que sigue la estela de la STS-SOC de 17 de febrero de 2015 (rec. 1219/2004)²⁶, para afirmar la compatibilidad de las cuantías derivadas de este baremo con las prestaciones de seguridad social, por lo que estas no pueden ser compensadas con la indemnización civil que corresponda por el hecho dañoso, en el bien entendido sentido de que en estos casos el empleo del baremo no es obligatorio, aplicándose mediante orientación analógica [STS-SOC de 17 de julio de 2007 (rec. 513/2006)]. También se ha considerado razonable el empleo del baremo a título orientativo para la cuantificación de la indemnización que procede por el «daño psicológico sufrido como consecuencia del incumplimiento por la empleadora de las normas de prevención de riesgos laborales, que permitieron la situación de acoso laboral que dio lugar a los diferentes períodos de incapacidad temporal» (STS-SOC 116/2020, de 6 de febrero).

En definitiva, y en conclusión, el baremo de tráfico es de difícil utilización para la indemnización del daño moral en el ámbito social porque la hipótesis de la que parte para su operatividad práctica es la existencia de un daño corporal, circunstancia infrecuente cuando se trata de compensar la transgresión de un Derecho Fundamental.

3. EL MECANISMO IDEADO POR LA LEY ORGÁNICA DE PROTECCIÓN DEL HONOR

La Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, contiene un singular mecanismo de cuantificación del daño que quizá pudiera servir como parámetro de valoración de la monetización del daño moral que estamos tratando.

En el artículo 9 Dos se dispone que la «tutela judicial comprenderá la adopción de todas las medidas necesarias para poner fin a la intromisión ilegítima de que se trate y, en particular, las necesarias para: .../... c) La indemnización de los daños y perjuicios causados». Más allá de que no se sabe muy bien cómo la indemnización de los daños «causados» puede contribuir a «poner fin a la intromisión» es cierto que la intrusión ilegítima en el honor o en la intimidad de una

²⁶ Un comentario a la resolución, que se aprovecha para repasar la dinámica jurisdiccional y el cambio de criterio que acomete el TS, puede leerse en DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, P.: «Indemnización por secuelas e incapacidad temporal derivada de accidente de trabajo», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 14/2015, pp. 250 y ss.

Para la perspectiva anterior a este cambio doctrinal véase la STS-SOC de 23 de junio de 2014 (rec. 1257/2013).

persona (trabajadora, en nuestro caso) parece requerir una restauración completa del daño causado y, además, una indemnización por los daños ocasionados, teniendo en consideración que esta mención no solo abarca los «perjuicios causados» sino también «el daño moral», pues como precisa en artículo 9 Tres. «La existencia de perjuicio se presumirá siempre que se acredite la intromisión ilegítima», concretando a renglón seguido que la «indemnización se extenderá al daño moral, que se valorará atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se tendrá en cuenta, en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido».

La interpretación más razonable del precepto parece dejar clara varias premisas de su razonamiento hermenéutico.

En primer lugar, que se «establece una presunción de la existencia del perjuicio al decir que el perjuicio se presumirá siempre que se acredite la intromisión ilegítima»²⁷. Que dicha intromisión requiera, además de las otras medidas previstas en el artículo 9 Dos, una indemnización reparadora tanto de los daños causados como de los perjuicios irrogados y también del daño moral infligido será una cuestión que tocará analizar caso por caso. Quizá pueda discutirse sobre si la presunción abarca únicamente a los daños morales o también a los perjuicios, pero de la lectura de la discusión parlamentaria de la norma parece razonable concluirse que «cuando el daño es patrimonial, la presunción tendrá carácter *iuris tamtun*, porque admiten prueba en contrario. Mientras que si el daño es no patrimonial, la presunción *opera iure et de iure*»²⁸, siendo este el parecer mayoritario de la doctrina²⁹.

Y, en segundo lugar, que lo que pudiéramos denominar «circunstancias contextuales» de la lesión pueden ser tenidas en consideración para la monetización de la indemnización, individualizándola pormenorizadamente. Expresamente dispone el precepto que el daño moral se valorará atendiendo a: «las circunstancias del caso» y «a la gravedad de la lesión efectivamente producida», calibrando dicha gravedad en relación con: «la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido»³⁰.

Obviamente «las circunstancias del caso» pueden ser todas las imaginables, jugando el inciso un rol de totalidad, en el sentido de que lo verdadera-

²⁷ Así lo aprecia Díez-PICAZO, L.: *El escándalo del...*, ob. cit., p. 82.

²⁸ Como concluye tras su análisis MORENO MARTÍN, M.^ª D.: *El daño moral...*, ob. cit., pp. 117-9.

²⁹ Reproduce la polémica doctrinal MORENO MARTÍN, M.^ª D.: *El daño moral...*, ob. cit., pp. 120 y ss.

³⁰ Debe constatar que la reforma introducida en el precepto por la LO 5/2010, de 22 de junio, de modificación del Código Penal, eliminó de los criterios de valoración del daño el que tenía en consideración «el beneficio que haya obtenido el causante de la lesión como consecuencia de la misma», circunstancia bien considerada por la doctrina. Véase al respecto, por ejemplo, lo afirmado por MORENO MARTÍN, M.^ª D.: *El daño moral...*, ob. cit., p. 122.

mente relevante es la restitución íntegra de los daños causados, también los morales, por lo que pueden emplearse cualquier parámetro que, atendiendo el fin de la norma, consiga calibrar adecuadamente cuáles han sido esos daños morales y con qué intensidad se han manifestado. Para el ámbito laboral el empleo de un criterio como este nos conectaría con los momentos contextuales en los que se ha producido la lesión del Derecho Fundamental, generalmente muy ricos y fructuosos en los despidos disciplinarios y, en general, en cualquier contexto laboral conflictivo.

La mención a la «gravedad de la lesión» puede conectarse con los criterios anteriormente enunciados en relación con la conducta que provoca la lesión o las circunstancias en las que se produce: duplicación del daño, lesión a varios derechos fundamentales al mismo tiempo, saña en la provocación empresarial del daño, publicidad innecesaria del despido, intromisión en presencia de otros compañeros de la empresa, lesión a un derecho colectivo, etc.

El inciso dispone que el recurso a la difusión o audiencia del medio «se tendrá en cuenta, en su caso», de cuya dicción podemos extraer dos conclusiones. Que no es exigible que se acuda siempre y en todo caso a dichos mecanismos ponderativos, y que pueden emplearse cualesquiera otros parámetros que no tengan en consideración la difusión o audiencia. Pareciera como si la norma no pretendiese elaborar un mecanismo cerrado de parámetros a emplear, enumerando únicamente los nombrados, y dejando vía libre, por tanto, para la utilización de otros que se relacionen, eso sí, con «las circunstancias del caso» y con la «gravedad de la lesión». Criterios que funcionan como receptáculos generales en los que se miden los parámetros de ponderación más particulares.

Debe tenerse presente que, con carácter general, el artículo 2 Uno dispone que «La protección civil del honor, de la intimidad y de la propia imagen quedará delimitada por las leyes y por los usos sociales atendiendo al ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona reservado para sí misma o su familia», lo que sitúa el conflicto y sus circunstancias, especialmente las que cada persona tengo por reservadas, en el centro del análisis de ponderación del asunto³¹.

³¹ Como expresamente lo reclama la STS-SOC 172/2017, de 28 de febrero, cuando dispone que «el artículo 2.1 de la Ley Orgánica 1/1982 se remite a los usos sociales como delimitadores de la protección civil del honor. Este último criterio ha llevado a esta Sala a priorizar las libertades de información y expresión y a considerar legítimo el sacrificio del derecho al honor en casos de contienda, entendida esta en una acepción general comprensiva no solo de enfrentamientos políticos.../... sino también de conflictos en otros ámbitos como el periodístico, el deportivo, el sindical o el procesal...»

En el mismo sentido véanse la STSJ-SOC Madrid 585/2022, de 17 de junio, que califica el criterio como «de índole eminentemente dinámica», y las SSTSJ-SOC La Rioja 177/2018, de 13 de septiembre, y 181/2018, de 17 de septiembre.

La pregunta por responder ahora es bien sencilla: ¿se ha empleado esta norma en vía social para cuantificar la indemnización por daño moral?, y de manera más amplia, ¿pueden tenerse en consideración estos criterios para aplicarse a lesiones de derechos fundamentales que no tienen que ver con el honor, la intimidad o la propia imagen?

A la primera pregunta tenemos que responder que no. Solo de manera «aislada»³² se ha acudido a esta norma, y más como criterio de autoridad para reforzar las posiciones jurídicas del demandante que como verdadero motor autónomo de pretensiones procesales. Ni siquiera cuando el derecho fundamental lesionado fue el derecho al honor puede constatarse, más allá de las menciones que referenciamos, un empleo de la norma con autonomía conceptual propia en los argumentos técnicos de las resoluciones jurisdiccionales. Únicamente la STS-SOC 729/2018, de 10 de julio, emplea esta norma para discernir cuál es «el plazo de prescripción aplicable al ejercicio de la acción reclamando una indemnización de daños y perjuicios de todo tipo.../... por violación de sus derechos fundamentales, el honor especialmente, en el desempeño de una actividad laboral al servicio de la demandada», si el de un año prescripción del artículo 59-1 del ET o el de caducidad de cuatro años del artículo 9-5 de la Ley Orgánica 1/1982. Entendiendo que el «plazo de prescripción aplicable al ejercicio de acciones resarcitorias de los daños y perjuicios causados por violación de derechos fundamentales, ya fue resuelta por el Pleno de esta Sala en su sentencia de 26 de enero de 2005 (R. 35/2003) en el sentido que lo hace la sentencia objeto del presente recurso, esto es el de la aplicación del plazo de prescripción de un año del artículo 59-1 del ET para el ejercicio de las acciones que nazcan con ocasión del contrato de trabajo». Es, como se aprecia, una cuestión adjetiva, meramente de detalle, y que no informa con sustantividad propia la cuestión que se está tratando.

A la segunda pregunta tenemos que responder que sí, que en numerosas resoluciones se han empleado esos parámetros, se haga o no mención expresa a la referida Ley Orgánica.

En un bloque tendríamos el empleo de la norma para subrayar que el consentimiento expreso del afectado legitima la intromisión en el derecho al honor³³. Así por ejemplo la STSJ-SOC del País Vasco 1362/2021, de 21 de septiembre acude al artículo 2 de la referida norma para afirmar que el consen-

³² Como lo aprecia LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, J.: «Daño moral: prueba...», ob. cit., p. 7.

³³ Esta circunstancia la subraya la generalidad de la doctrina, véase como botón de muestra MORENO MARTÍN, M.^º D.: *El daño moral...*, ob. cit., p. 116.

timiento expreso del afectado en relación con «el acceso a su correo electrónico personal para confirmar que no había nada relacionado con el asunto en el marco de la investigación interna desarrollada en paralelo a la investigación de la CNMV» evidencian «que el actor no puede invocar una expectativa razonable de intimidad en relación con el equipo informático que utilizaba, y que la empresa podía legítimamente registrarlos»³⁴.

El segundo bloque de utilización de esta norma lo constituirían resoluciones que se apoyan en ella para legitimar el empleo de detectives privados en el orden social, como por ejemplo acaece en la STSJ-SOC Castilla y León (Burgos) 260/2020, de 24 de julio, cuando precisa que «El artículo 8 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, considera que el testimonio de detectives contratados para controlar la actividad desarrollada por un trabajador no es, en principio, y salvo que sea valiera de métodos no legítimos para obtener la información, medio de prueba que vulnere el derecho a la intimidad de las personas».

Más allá de estas cuestiones las referencias a la Ley Orgánica 1/1982 son de mero detalle, de complemento.

Lo verdaderamente interesantes del mecanismo que idea la norma es que no emplea un parámetro que patrocine «cantidades fijas que limiten las indemnizaciones» sino que, más propiamente, aporta unos criterios –los reseñados de gravedad y difusión– medidos con la cláusula «abierta» de remisión a las circunstancias el caso que permitan tener en consideración las diferentes vicisitudes del asunto, modulando, en definitiva, una respuesta caso por caso que permite una respuesta indemnizatoria individualizada³⁵.

Esta circunstancia, que puede leerse como de ventaja objetiva para una justicia apegada a la distinta realidad de cada caso, no tiene el mérito, sin embargo, de otorgar soluciones para la multitud de asuntos que se resuelven por la jurisdicción social. Pareciera como si fuese útil para la resolución de circunstancias problemáticas, pero no para su empleo en serie, «en cadena». Quizá el legislador no pensó en el momento de promulgación de la norma que los tribunales tendrían que resolver la cantidad de asuntos que actualmente afrontan relacionados con el derecho al honor. Y, desde luego, no pudo intuir que la norma se emplease para la resolución de asuntos sociales.

³⁴ Véase también, en este mismo sentido, por ejemplo, la STSJ-SOC Madrid 858/2017, de 6 de octubre, cuando emplea esta norma para justificar que no hay lesión a los derechos de los trabajadores porque la persona trabajadora cedió «expresamente sus derechos de imagen».

³⁵ CASANOVA ASENCIO, A. S.: «El daño moral: dificultades...», ob. cit., p. 111.

4. LAS PREVISIONES DE LA LEY DE PROPIEDAD INTELECTUAL Y DE LAS LEYES DE MARCAS, PATENTES, Y DE DISEÑO INDUSTRIAL.

El artículo 140.2.a) del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia, prevé un mecanismo muy parecido al que emplea la norma que protege el derecho al honor al disponer: «En el caso de daño moral procederá su indemnización, aun 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»³⁶.

Es, como se aprecia, un mecanismo que tiene en consideración las circunstancias contextuales en las que se haya producido la lesión al derecho principal –intelectual–, presumiendo la lesión y valorándola en relación con las circunstancias generales –«gravedad de la lesión»– y específicas –«grado de difusión ilícita de la obra»– en las que el daño se ha producido que, como en la norma estudiada anteriormente, sirven para la valoración de la cuantía de la indemnización, que es de apreciación prudencial, no aplicándose un baremo o un mecanismo cerrado de cuantificación de la misma.

La utilización de esta norma para cuantificar y monetizar el daño moral no se ha empleado para la resolución de problemática social alguna.

Este mecanismo es un similar al que emplean el artículo 74.2.a) de la Ley 24/2015, de 24 de julio, de Patentes, el artículo 43.2.a) de la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas, y el artículo 55.2.a) de la Ley 20/2003, de 7 de julio, de Protección Jurídica del Diseño Industrial, que coinciden en repetir el principio que anida en la ley de propiedad intelectual³⁷, en el sentido de entender que «En el caso de daño moral procederá su indemnización, aun no probada la existencia de perjuicio económico», pero sin implementar, como en aquella norma, criterios o parámetros contextuales de calibración del daño moral.

³⁶ El análisis de esta norma puede verse en CASANOVA ASENCIO, A. S.: «El daño moral: dificultades...», ob. cit., p. 112, y MORENO MARTÍN, M.^a D.: *El daño moral...*, ob. cit., p. 129.

³⁷ La idea de acudir a dichos parámetros interpretativos la proporciona MORENO MARTÍN, M.^a D.: *El daño moral...*, ob. cit., pp. 129-42.

5. LA PREVISIÓN DE LA LEY DE EXPROPIACIÓN FORZOSA

Doctrinalmente se ha propuesto³⁸ emplear al mecanismo que idea el artículo 47 de la Ley de 16 de diciembre de 1954 de expropiación forzosa para compensar económicamente el daño moral. El precepto dispone que «En todos los casos de expropiación se abonará al expropiado, además del justo precio fijado en la forma establecida en los artículos anteriores, un cinco por ciento como premio de afección», ideando un mecanismo fácil y rápido de concreción de los perjuicios extrapatrimoniales que causa el acto expropiatorio.

De esta manera se establece una compensación tasada en concepto de daño moral que se relaciona directamente con la cuantía de la indemnización principal –el justiprecio–³⁹, presumiendo el daño moral –en concepto de afectación con el bien expropiado– sin necesidad de alegación o prueba por parte del afectado. Desde el punto de vista de su aplicación práctica un mecanismo como éste no tiene más que ventajas, porque no se necesita prueba de la intensidad del daño y no parece que pueden presentarse problemas con la determinación de la cuantía. Es, además, el mecanismo que se emplea para la concreción de la responsabilidad patrimonial de la Administración, pues el artículo 34 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público dispone para estos asuntos que «La indemnización se calculará con arreglo a los criterios de valoración establecidos en la legislación fiscal, de expropiación forzosa y demás normas aplicables, ponderándose, en su caso, las valoraciones predominantes en el mercado. En los casos de muerte o lesiones corporales se podrá tomar como referencia la valoración incluida en los baremos de la normativa vigente en materia de Seguros obligatorios y de la Seguridad Social»⁴⁰.

Es un mecanismo similar al que emplea el baremo de tráfico, en el sentido de que la cuantía de la indemnización por daño moral aumenta a medida que crece la indemnización principal, por lesiones corporales en aquella norma o por justiprecio en esta, encuadrándose, por tanto, en la línea de cuantificar la indemnización por daño moral en relación con el patrimonio del afectado, para el ámbito laboral que estamos tratando con el salario del trabajador que ha sufrido la agresión.

³⁸ CASANOVA ASENCIO, A. S.: «El daño moral: dificultades...», ob. cit., p. 112.

³⁹ La STS-CON de 8 de mayo de 2015 (rec. 517/2013) precisa que «el premio de afección no debe aplicarse sobre la capitalización del beneficio como ha hecho la Sala de instancia, ya que el premio de afección se proyecta sobre el justiprecio».

⁴⁰ Véase al respecto ORTIZ HERNÁNDEZ, S., GARRÓS FONT, I., y TORRES KEENLYSIDE, A.: «la reclamación de indemnización por daños morales en la jurisdicción contencioso-administrativa. Valoración del daño y cuantificación», *Actualidad Administrativa*, núm. 11, nov. 2020, versión electrónica La Ley 12686/2020, p. 5.

■ LA CUANTIFICACIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN POR DAÑO MORAL...

La aplicación concreta, como fácilmente se deduce, es netamente ordenancista y no ha sido ensayada por resolución jurisdiccional social alguna. Es difícil, se mire como se mire, traer colación en un pleito laboral un mecanismo alojado en una norma de estas características, por más que el mecanismo interno de la misma pueda tener una cierta evocación con otros empleados en la práctica social del derecho.

IX. A MODO DE RESUMEN CONCLUSIVO

Al principio de este ensayo planteábamos como hipótesis general de trabajo una afirmación: que la jurisdicción social sí había encontrado mecanismos técnicos suficientes para apreciar el daño moral cuando se ha transgredido un Derecho Fundamental de la persona trabajadora, pero que quizá estuviera huérfano de organizar un completo sistema de monetización de dicho daño.

Es decir, sabe cuándo, de qué manera y cómo se ha producido un daño moral, es capaz de valorar su intensidad en el contexto laboral en el que se produce y maneja elementos de aquilatación de su gravedad (con matices), pero le falta la última pieza del puzle: encontrar una habilidad técnica, basada en normas o reglas laborales o de derecho privado (incluyendo las jurisprudenciales, naturalmente), que facilite la valoración ponderada para cada caso concreto de la cuantía indemnizatoria que satisfaga la compensación (que no reparación) del daño moral asociado a la transgresión de un Derecho Fundamental.

Un síntoma claro de esta deficiencia es que en numerosos supuestos enjuiciados se acude a la cuantía mínima de las sanciones previstas en la LISOS para las infracciones graves, sin más razonamiento, en la mayoría de las ocasiones, que una evocación meramente ritual de la norma y una aplicación automática de precedentes jurisdiccionales traídos al caso por su similitud procesal, pero no por su parecido sustantivo. Además, esa tendencia parece haber calado en la práctica forense, pues numerosas pretensiones procesales no se aparten de la solicitud del mínimo comentado, conscientes de que en el enjuiciamiento de estas pretensiones debe el juzgador obligatoriamente imponer una sanción y que la pulsión natural más

frecuente es la cuantificación de la indemnización en la cuantía mínima que prevé la LISOS para sancionar las infracciones muy graves ¹.

Es probable que generalmente se acuda a la cuantía mínima porque el ordenamiento carece de otros mecanismos (útiles, ágiles, fáciles, operativos) que valoren el daño moral infligido en la transgresión de un Derecho Fundamental. No está de más recordar que la LISOS no es una norma prevista para este cometido, y que su utilización para este objetivo se ha considerado factible pero únicamente con propósito orientador, sin descartar el empleo de otros instrumentos jurídico técnicos. Además, su utilización parte de la constatación de un fracaso: que no existe otro mecanismo más adecuado para ello.

Éste era, precisamente, el objetivo que se pretendía al cuestionarnos cómo otros instrumentos de derecho privado habían resuelto este problema, con la indisimulada pretensión de poder discernir si su manejo para el ámbito social era factible y operativo. Pero la respuesta tampoco es excesivamente satisfactoria.

Es evidente, por más que algunas resoluciones de la Sala Primera del TS se hayan apoyado en ellos, que los Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil, o los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales, no implementan, en realidad, modelos operativos de cuantificación del daño moral. No se duda de su funcionalidad para inspirar la apreciación de la buena fe como criterio o parámetro de valoración de los comportamientos de las partes en la contratación privada, pero ni prevén expresamente la indemnización por daño moral, sólo de manera secundaria y muy forzada puede entenderse que la indemnización de esos daños puede tener cabida en su seno, ni siquiera implementan mecanismos de monetización del daño, ni por acudimiento a una tabla fija predeterminada, ni por el empleo de porcentajes sobre los perjuicios económicos causados y probados. Es, a lo sumo, en definitiva, un criterio interpretativo de los principios contractuales de los contratos privados, y, como sabemos, el de trabajo es un contrato privado muy peculiar.

¹ Así, sin ningún ánimo de exhaustividad, sino de mero ejemplo, véanse las SJS núm. 1 Avilés 294/2021, de 30 de julio, cuando afirma que «se entiende que la cuantía reclamada de 6251 euros resulta adecuada y proporcionada al perjuicio irrogado», o la SJS núm. 3 Badajoz 222/2021, de 26 de mayo cuando se reconoce que «la actora solicitó una indemnización que cuantificó en la cantidad de 6251», y esa es finalmente la indemnización concedida, o la SJS núm. 2 Albacete 217/2021, de 13 de mayo, que indica que «la cantidad que se reclama por este concepto ni siquiera llega al mínimo previsto en la LISOS para sancionar la conducta cometida pues se solicitan 6000 euros de indemnización, razón por la cual, y entendiendo dicho importe más que razonable y proporcionado a lo acontecido, procede estimar dicha pretensión...»

En similares términos véase la SJS núm. 3 Badajoz 254/2021, de 4 de junio.

Los parámetros que se mencionan en la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, se utilizan con naturalidad en supuestos de indemnización por accidentes de tráfico, especialmente cuando ha existido un incumplimiento de las medidas de seguridad que ha desencadenado un evento dañoso en la persona del trabajador. Su operatividad se circunscribe, generalmente, a supuestos en los que el trabajador ha sufrido un daño corporal, por lo que su aplicación para el resarcimiento exclusivo del daño moral es más que cuestionable. Ni es este su ámbito objetivo de proyección, ni sus presupuestos interpretativos son fáciles de trasladar para la aquilatación de un daño de origen no fisiológico.

La Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen tiene el mérito de implementar una singular presunción afirmativa del daño moral cuando acaece una intromisión ilegítima en los Derechos Fundamentales que regula. Pero, como ocurre con los otros instrumentos provenientes del derecho privado general, no establece mecanismo alguno concreto de monetización del daño. Aunque sí enuncia una serie de condicionantes que agravan la conducta –las «circunstancias del caso», «gravedad de la lesión», y la «difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido»– que bien pudieran fácilmente tenerse en consideración en el ámbito social para la graduación de la indemnización. Así, por ejemplo, la publicidad inadecuada o excesiva del despido (luego declarado nulo con lesión de Derechos Fundamentales), su comunicación mediante medios impropios (con indicación en el tablón de anuncios de la empresa), o su comunicación en ámbitos no laborales pudieran considerarse, por ejemplo, elementos de agravamiento de la lesión y acrecentamiento del daño moral, sirviendo de parámetros ponderadores de la indemnización que se va a conceder.

A idéntica conclusión podemos llegar cuando analizamos las Leyes de Propiedad Intelectual, de Marcas, Patentes, y de Diseño Industrial. En todas ellas se prevé la indemnización del daño moral infligido, incluso cuando no se haya probado un «perjuicio económico», idea que refuerza la autonomía del daño moral sobre otro tipo de daños y perjuicios. Y se hace sin acudir a mecanismo cerrado alguno de monetización o cuantificación, aunque, como en los demás ejemplos tratados, se enuncian «las circunstancias de la infracción», la «gravedad de la lesión» así como al «grado de difusión ilícita de la obra» como elementos a tener en consideración para aquilatar la cuantía de la indemnización resarcitoria.

El único mecanismo de estos últimos analizados que verdaderamente implementa un criterio de cómputo de la indemnización por daño moral es el

previsto en la Ley de Expropiación Forzosa, cuando concede, además del justiprecio del bien expropiada, «un cinco por ciento como premio de afección». Pero este argumento, como se ha comentado supra, no se ha manejado con soltura por los tribunales de lo social.

El empleo de un mecanismo similar para el ámbito social tendría la incuestionable ventaja de evitar una valoración de cada concreto daño moral. A la cuantía de la indemnización tasada que procediera, en nuestro caso, los salarios de tramitación, se le adicionaría el porcentaje reseñado. Sin embargo, no parece fácil su «importación» para el ámbito laboral. Y no sólo porque es una norma de derecho administrativo extraña a la dinámica laboral, sino, principalmente, porque la concreción de la indemnización en esa norma depende de circunstancias por completo ajenas al daño moral causado. Quizá el criterio podría tener cabida para cuando efectivamente exista un perjuicio concreto de ámbito no laboral, un daño económico de los que tienen cabida en la pretensión indemnizatoria del artículo 183 LRJS. Pero aun así tiene poco recorrido, pues la lógica tuitiva muestra que no son excesivamente numerosos estos supuestos, siendo más numerosos, en una proporción muy elevada, los daños exclusivamente morales.

Vistas las cosas así, la decisión de emplear la LISOS no parece tan enfocada, sobre todo porque apela a la utilización de un criterio sumamente operativo y funcional, conocido por los operadores jurídico-laborales, sencillo de comprender, utilizar y determinar, y, además, generalmente empleado por los justiciables y los Tribunales. No parece el mecanismo idóneo a este fin, pero no se ha encontrado otro instrumento más específico y que genere mayor seguridad jurídica.

El principal problema, como se ha reiterado varias veces en este ensayo, no pivota sobre si se emplea esta norma o no, sino, más precisamente, sobre la escasa diversidad indemnizatoria que la utilización de esta norma provoca. La resolución de los problemas indemnizatorios parece requerir una respuesta individualizada que atienda a la cuantificación del daño de forma singularizada, caso por caso, que atienda las especificaciones de cada asunto con atención singularizada.

No se trata de criticar que el uso de la LISOS sea incorrecto, que no lo es, ni que no tenga apoyatura legal, que la tiene. Se trata de señalar y subrayar que su utilización conlleva una inequívoca desventaja: genera indemnizaciones idénticas (o muy similares), y no patrocina que los fenómenos contextuales en los que se producen las diferentes lesiones de los Derechos Fundamentales sean tenidos en consideración para la aquilatación individualizada de las correspondientes indemnizaciones.

Esta circunstancia, unida a la tendencia de los demandantes a sobrevalorar la influencia del principio de automaticidad (como se criticó con anterioridad) genera dos efectos.

Es cierto, en primer lugar, que se conceden muchas indemnizaciones por daño moral, pero también, en segundo lugar, que generalmente son de escasa cuantía, muy apegadas al importe mínimo de la infracción por falta muy grave que prevé la LISOS, dificultándose sobremanera las posibilidades de indemnizaciones de mayor cuantía. Lo natural, lo lógico, lo frecuente es obtener una indemnización por daño moral de escasa cuantía y muy similar a la que se impone para cualquier otra transgresión de cualquier otro Derecho Fundamental. Además, con esta forma de operar el mecanismo indemnizatorio se produce otra consecuencia: que no se implementan diferencias según el Derecho Fundamental lesionado, igualándose todos los de las personas trabajadoras sin diferenciar ni categorías ni grados de afectación.

Estos dos vectores de tendencia influyen en el propio proceder jurisdiccional, en la dinámica hermenéutica de las situaciones, pues suele ser habitual apreciar dos características de las resoluciones judiciales. En primer lugar, que cuando se concede la indemnización por estas cantidades mínimas la argumentación jurisdiccional suele ser escasa, reproduciendo generalmente los hechos y justificando en la automaticidad del daño moral la concesión de la indemnización. Y, en segundo lugar, que cuando se impone una indemnización económica más elevada la argumentación jurisdiccional parece carecer de consistencia profunda, pues ni se apoya en precedentes interpretaciones ni se manejan con soltura los criterios de agravación de la indemnización que se han enunciado con en la propia resolución. No hay, en estas situaciones, una auténtica operación técnica de individualidad de la indemnización, probablemente porque no se cuenta con una técnica depurada para valorar el daño producido y monetizar la cuantía de la indemnización.

No se pretende enunciar una crítica a la actuación jurisdiccional, antes al contrario. Únicamente pretende ponerse el foco de atención en el déficit que supone carecer de elementos argumentativos potentes que faciliten con naturalidad la imposición de indemnizaciones económicas de mayor cuantía que la mínima que suele ser habitual.

Recuérdese, en este sentido, la advertencia que efectuaba sobre esta cuestión la STS-SOC 356/2022, de 20 de abril, antes analizada, cuando precisaba que «en multitud de ocasiones el recurso a la utilización de los elementos que ofrece la cuantificación de las sanciones de la LISOS no resulta, por sí mismo, suficiente para cumplir con relativa precisión la doble función de resarcir el daño y de servir de elemento disuasorio para impedir futuras vulneraciones del

derecho fundamental. Esto es debido a que la horquilla de la cuantificación de las sanciones en la LISOS para un mismo tipo de falta (leve, grave, muy grave) resulta ser excesivamente amplia». Añadiendo, seguidamente, el criterio fundamental en la materia: «por ello, el recurso a las sanciones de la LISOS debe ir acompañado de una valoración de las circunstancias concurrentes en el caso concreto. Aspectos tales como la antigüedad del trabajador en la empresa, la persistencia temporal de la vulneración del derecho fundamental, la intensidad del quebrantamiento del derecho, las consecuencias que se produzcan en la situación personal o social del trabajador o del sujeto titular del derecho infringido, la posible reincidencia en conducta vulneradoras, el carácter pluri ofensivo de la lesión, el contexto en el que se haya podido producir la conducta o una actitud tendente a impedir la defensa y protección del derecho transgredido, entre otros que puedan valorarse atendidas las circunstancias de cada caso, deben constituir elementos a tener en cuenta en orden a la cuantificación de la indemnización».

Puede ser razonable, en definitiva, seguir manteniendo la LISOS como norma básica para la concreción de la indemnización, pero parece oportuno (quizá incluso necesario) implementar –legal o jurisprudencialmente– una serie de parámetros o criterios adicionales que, teniendo en consideración la gravedad de la conducta empresarial, el daño moral infligido, y el contexto laboral en el que se produce, faciliten el refinamiento de la indemnización de una manera más depurada.

Así, mientras que el criterio del salario y la antigüedad del trabajador se manejan, indistintamente, para calibrar lo que pudiéramos denominar «indemnización base», o «indemnización mínima», que tiene que jugar como zócalo indemnizatorio para todos los trabajadores por idéntica lesión, cumpliendo este rol perfectamente la cuantía prevista en la LISOS, debería ser factible, en una segunda operación hermenéutica, aquilatar la cuantía final de la indemnización teniendo presente las circunstancias contextuales de cada situación, de cada lesión producida.

De la STS-SOC 179/2022, de 23 de febrero, se deducía que una indemnización cercana a la totalidad del salario anual del trabajador (que era la pedida en ese caso por la persona trabajadora) se entendía desproporcionada y excesiva.

Bien podríamos asumir ese criterio con carácter general y considerar ese límite como el de máxima indemnización posible para cualquier indemnización por daño moral. Con ello se conseguiría crear un marco general de imposición de la indemnización, dentro del cual se moverían los parámetros que tienden a individualizar la indemnización con trazo más fino. La premisa apli-

cable con carácter general podría ser la siguiente: cualquier indemnización por daño moral no puede ser superior en su cuantía al salario anual del trabajador.

Por otro lado, no parece descabellado partir de la cuantía salarial mensual de cada trabajador como zócalo mínimo de indemnización por daño moral. La referencia al salario mensual permite la individualización de la indemnización de forma muy intuitiva. No todas las personas experimentan de la misma manera la quiebra de sus derechos fundamentales, pero, a la vez, tenemos que encontrar un mecanismo generalmente admitido por todos los operadores jurídicos para la cuantificación de dicho daño. Y parece poco problemático asumir que la cuantía mensual del salario puede ser un parámetro estándar de cuantificación.

A esta «cuantía mínima» de la indemnización, «cuantía base» o «cuantía estándar», debería poder adicionársele otra suma, que podríamos denominar «cuantía agravada» que tuviese en consideración la existencia de factores de agravación de la conducta que provoca el daño o del contexto laboral en el que se ha desenvuelto la lesión al Derecho Fundamental, teniendo la precaución de que la suma de ambas cuantías –mínima y agravada– deba necesariamente encontrarse incluida entre los máximos y mínimos del grado que prevé la propia LISOS.

De esta manera serán los factores contextuales de la lesión infligida (por definición diferentes en cada caso) los que se tengan en consideración para concretar esta cuantía agravada.

Cuáles sean estos factores o parámetros es más que discutible, pues todos los ejemplos judiciales apreciados parecen tener algún asidero interpretativo y no se niega que puedan funcionar operativamente otros diferentes. Pero del cúmulo de resoluciones que se han analizados en este ensayo podríamos concluir que pueden tener su funcionalidad los siguientes: publicidad, sanciones a representantes, daño con propósito ejemplarizante, daño a colectivos especialmente sensibles (menores, personas con discapacidad), utilización de las sanciones como represalia por el contexto laboral y la utilización de derechos laborales, daño producido por Administraciones Públicas o empresas que velan por intereses colectivos, daño con utilización abusiva de las reglas laborales, daños sin causa alguna (caprichosos, aleatorios, circunstanciales), daños que afecten a derechos colectivos, daños que afecten a la dignidad de la persona, daños especialmente escabrosos, traumáticos o violentos, daño con dolo, daño tras haberse producido una advertencia administrativa previa de la incorrección de la actuación laboral, etc.

Razonablemente estos elementos contextuales pueden agruparse en alguna de estas tres diferentes categorías. En primer lugar, aquellos que se relacionan con el trabajador que padece el daño. En segundo lugar, las que tienen en considera-

ción las circunstancias contextuales en el que la lesión al Derecho Fundamental se ha producido. Y, en tercer lugar, aquellas que se centran en el agente productor del año y valoran la intensidad de su conducta y su gravedad intrínseca.

Podría proponerse, en definitiva, como fórmula de cálculo que la indemnización se situase en el límite o frontera que marca el salario mensual de la persona trabajadora como indemnización mínima y el salario anual como indemnización máxima, situando la indemnización por daño moral, en términos generales, en la cuantía que resulte de adicionar a la cuantía prevista en la LISOS como sanción mínima ante la comisión de infracciones muy graves, un salario mensual del trabajador por cada lesión de un Derecho Fundamental que haya acontecido².

Con ello se lograría la consecución de dos objetivos. En primer lugar, que todas las transgresiones de Derechos Fundamentales de todos los trabajadores encuentren una misma respuesta indemnizatoria mínima por parte del ordenamiento jurídico, con independencia de la duración del contrato o del tipo de actividad profesional que se desarrolle. Se mire como se mire, la transgresión de un mismo Derecho Fundamental debería tener la misma sanción para cualquier persona trabajadora.

Y, en segundo lugar, que todas las indemnizaciones van a tener un cierto grado de exclusividad e individualidad, en función del parámetro salarial mensual, que es perfectamente conocido y empleado por el ordenamiento laboral para otro tipo de indemnizaciones.

Posteriormente, después de obtener esa suma o cuantía mínima de la indemnización (compuesta, se reitera, por la adición a los 7501 euros de la suma de su salario mensual) se procedería a aquilatar la indemnización complementaria multiplicando el salario mensual por el múltiplo de los parámetros de gravedad apreciados que se relacionan con las circunstancias contextuales enunciadas (u otras igualmente pensables).

Así, si se apreciara dos parámetros de gravedad la indemnización se compondría de dos sumandos: la «indemnización base» (compuesta por la suma de 7501 euros más el salario mensual de la persona trabajadora) más la «indemnización agravada» o complementaria (que resultaría de multiplicar el salario mensual por el número de factores de gravedad apreciados en el caso concreto).

Por último, si apreciamos una intensidad lesiva especialmente grave, que acumulase varios (cuatro o cinco) factores de gravedad de la conducta

² Téngase en consideración que la actual cuantía mínima por falta muy grave ha sido elevada a 7501 por la disposición final primera de la Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia.

lesiva empresarial, podríamos razonar en saltar de grado, del mínimo al medio de la LISOS, o incluso al máximo, para aquellas vulneraciones individuales de expansión colectiva y que afecten a la totalidad de trabajadores de una empresa.

Es un actuar interpretativo algo rococó y alambicado, seguramente poco operativo y funcional, pero que entendemos que aseguraría tres objetivos. En primer lugar, que cualquier lesión de cualquier de cualquier Derecho Fundamental de cualquier persona trabajadora, con independencia del tipo de contrato que detente, la antigüedad en la empresa o el salario que perciba, va a ser indemnizado con una cantidad mínima, la cuantía mínima prevista en la LISOS para las infracciones muy graves más la adición de la cuantía salarial mensual que perciba el trabajador que ha sufrido la lesión.

En segundo lugar, que la adición a esta «cuantía base» del un salario mensual del trabajador por cada factor de agravación apreciado en el contexto laboral en que se ha producido la infracción obraría el efecto de individualizar la indemnización para cada situación, permitiendo esa pequeña diferenciación que asegura una respuesta personalizada caso por caso. La cantidad resultante, como límite máximo, no debería superar la cuantía salarial anual que perciba el trabajador. Solo excepcionalmente, y ante agresiones muy virulentas a los Derechos Fundamentales colectivos, parece que sería razonable que se superase ese límite.

Y, en tercer lugar, que con la apreciación de los factores de agravación para determinar la «cuantía agravada» de la indemnización nos aseguraríamos que los actos especialmente lesivos de Derechos Fundamentales son reprobados con mayor severidad. No otra cosa pretende el artículo 183 LRJS cuando entiende que la indemnización debe jugar un rol institucional de prevención de conductas dañosas de Derechos Fundamentales.

X. JURISPRUDENCIA EMPLEADA

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

STJUE de 17 de diciembre de 2015 (C-407/14) Arjona Camacho c. Secu-
ritas Seguridad.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

STC 181/2000, de 29 de junio.
STC 247/2006, de 24 de julio.
STC 61/2021, de 15 de marzo.

TRIBUNAL SUPREMO

Civil

STS-CIV de 31 de mayo de 2000 (rec. 2332/1995).
STS-CIV 366/2010, de 15 de junio.
STS-CIV 583/2015, de 23 de octubre.
STS-CIV 232/2016, de 8 de abril.
STS-CIV de 18 de mayo de 2016 (rec. 37/2015).

Contencioso-administrativo

STS-CON de 28 de febrero de 1995 (rec. 1902/1991).
STS-CON de 24 de abril de 1997 (rec. 7888/1992).

■ LA CUANTIFICACIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN POR DAÑO MORAL...

STS-CON de 29 de marzo de 1999 (rec. 8172/1994).
STS-CON de 5 de mayo de 2009 (rec. 10374/2004).
STS-CON de 8 de mayo de 2015 (rec. 517/2013).

Social

STS-SOC de 9 de junio de 1993 (rec. 3856/1992).
STS-SOC de 22 de julio de 1996 (rec. 7880/1995).
STS-SOC de 2 de febrero de 1998 (rec. 1725/1997).
STS-SOC de 16 de marzo de 1998 (rec. 1884/1997).
STS-SOC de 9 de noviembre de 1998 (rec. 1594/1998).
STS-SOC de 28 de febrero de 2000 (rec. 2346/1999).
STS-SOC de 23 de marzo de 2000 (rec. 362/1999).
STS-SOC de 12 de junio de 2001 (rec. 3827/2000).
STS-SOC de 17 de enero de 2003 (rec. 3650/2001).
STS-SOC de 11 de abril de 2003 (rec. 1160/2001).
STS-SOC de 21 de julio de 2003 (rec. 4409/2002).
STS-SOC de 11 de marzo de 2004 (rec. 3994/2002).
ATS-SOC de 15 de abril de 2004 (rec. 2681/2003).
ATS-SOC de 20 de julio de 2004 (rec. 4088/2003).
ATS-SOC de 27 de enero de 2005 (rec. 936/2004).
ATS-SOC de 29 de marzo de 2005 (rec. 6090/2003).
ATS-SOC de 5 de mayo de 2005 (rec. 1698/2004).
ATS-SOC de 26 de mayo de 2005 (rec. 2200/2004).
ATS-SOC de 13 de septiembre de 2005 (rec. 4634/2004).
STS-SOC de 12 de diciembre de 2005 (rec. 59/2005).
ATS-SOC de 10 de enero de 2006 (rec. 3541/2004).
STS-SOC de 29 de marzo de 2006 (rec. 52/2005).
ATS-SOC de 8 de mayo de 2006 (rec. 1448/2005).
STS-SOC de 17 de mayo de 2006 (rec. 4372/2004).
ATS-SOC de 7 de junio de 2006 (rec. 3582/2005).
STS-SOC de 15 de septiembre de 2006 (rec. 4554/2005).
ATS-SOC de 19 de octubre de 2006 (rec. 4733/2004).
STS-SOC de 7 de febrero de 2007 (4842/2005).
STS-SOC de 24 de abril de 2007 (rec. 510/2006).
STS-SOC de 17 de julio de 2007 (rec. 513/2006).
STS-SOC de 20 de septiembre de 2007 (rec. 3326/2006).
ATS-SOC de 18 de octubre de 2007 (rec. 1019/2007).

ATS-SOC de 10 de enero de 2008 (rec. 1492/2007).
ATS-SOC de 16 de enero de 2008 (rec. 1403/2007).
ATS-SOC de 29 de enero de 2008 (rec. 2232/2006).
ATS-SOC de 8 de mayo de 2008 (rec. 3260/2007).
ATS-SOC de 22 de mayo de 2008 (rec. 3219/2007).
STS-SOC de 17 de junio de 2008 (rec. 2862/2007).
ATS-SOC de 30 de septiembre de 2008 (rec. 982/2008).
STS-SOC de 24 de octubre de 2008 (rec. 2463/2007).
STS-SOC de 15 de diciembre de 2008 (rec. 14/2007).
STS-SOC de 28 de enero de 2009 (rec. 1274/2008).
STS-SOC de 30 de enero de 2009 (rec. 1082/2008).
STS-SOC de 10 de febrero de 2009 (rec. 771/2008).
STS-SOC de 6 de abril de 2009 (rec. 191/2008).
STS-SOC de 6 de mayo de 2009 (rec. 1912/2008).
STS-SOC 24 de junio de 2009 (rec. 3412/2008).
ATS-SOC de 24 de junio de 2009 (rec. 622/2008).
STS-SOC de 28 de julio de 2009 (rec. 3280/2008).
STS-SOC de 15 de septiembre de 2009 (rec. 3258/2006).
STS-SOC de 21 de septiembre de 2009 (rec. 2738/2008).
STS-SOC de 23 de septiembre de 2009 (rec. 3409/2008).
STS-SOC de 22 de octubre de 2009 (rec. 3742/2008).
ATS-SOC de 3 de noviembre de 2009 (rec. 893/2009).
STS-SOC de 19 de noviembre de 2009 (rec. 2399/2008).
STS-SOC de 30 de noviembre de 2009 (rec. 129/2008).
STS-SOC de 30 de noviembre de 2009 (rec. 3529/2008).
STS-SOC de 1 de diciembre de 2009 (rec. 3743/2008).
STS-SOC de 25 de enero de 2010 (rec. 40/2009).
ATS-SOC de 6 de abril de 2010 (rec. 3261/2009).
ATS-SOC de 15 de abril de 2010 (rec. 3234/2009).
ATS-SOC de 8 de junio de 2010 (rec. 4433/2009).
STS-SOC de 15 de junio de 2010 (rec. 804\06).
ATS-SOC de 17 de junio de 2010 (rec. 3649/2009).
ATS-SOC de 14 de diciembre de 2010 (rec. 1164/2010).
ATS-SOC de 17 de febrero de 2011 (rec. 970/2010).
STS-SOC de 7 de marzo de 2011 (rec. 2190/2010).
ATS-SOC de 10 de marzo de 2011 (rec. 1723/2010).
ATS-SOC de 10 de marzo de 2011 (rec. 3542/2010).
STS-SOC de 9 de mayo de 2011 (rec. 4289/2010).
STS-SOC de 11 de junio de 2011 (rec. 3336/2011).

STS-SOC de 13 de junio de 2011 (rec. 2590/2010).
ATS-SOC de 15 de junio de 2011 (rec. 2107/2010).
ATS-SOC de 8 de septiembre de 2011 (rec. 4334/2010).
ATS-SOC de 3 de noviembre de 2011 (rec. 950/2011).
STS-SOC de 15 de febrero de 2012 (red. 67/2011).
STS-SOC de 3 de mayo de 2012 (rec. 3876/2011).
STS-SOC de 11 de mayo de 2012 (rec. 1554/2011).
STS-SOC de 18 de julio de 2012 (rec. 126/2011).
STS-SOC de 12 de diciembre de 2012 (rec. 25/07).
STS-SOC de 29 de enero de 2013 (rec. 89/2012).
STS-SOC de 5 de febrero de 2013 (rec. 89/2012).
STS-SOC de 15 de abril de 2013 (rec. 1114/2012).
STS-SOC de 22 de mayo de 2013 (rec. 266/2013).
ATS-SOC de 26 de septiembre de 2013 (rec. 280/2013).
STS-SOC de 15 de octubre de 2013 (rec. 3012/2012).
ATS-SOC de 4 de diciembre de 2013 (rec. 1002/2013).
STS-SOC de 17 de diciembre de 2013 (rec. 109/2012).
ATS-SOC de 29 de enero de 2014 (rec. 820/2013).
ATS-SOC de 4 de marzo de 2014 (rec. 2067/2013).
STS-SOC de 23 de junio de 2014 (rec. 1257/2013).
STS-SOC de 8 de julio de 2014 (rco. 282/13).
STS-SOC de 2 de febrero de 2015 (rec. 279/2013).
STS-SOC de 5 de febrero de 2015 (rec. 77/2014).
STS-SOC de 11 de febrero de 2015 (rec. 95/2014).
STS-SOC de 17 de febrero de 2015 (rec. 1219/2004).
ATS-SOC de 19 de febrero de 2015 (rec. 1749/2014).
ATS-SOC de 26 de marzo de 2015 (rec. 623/2014).
ATS-SOC de 30 de junio de 2015 (rec. 1734/2014).
STS-SOC de 13 de julio de 2015 (rec. 221/2014).
ATS-SOC de 9 de septiembre de 2015 (rec. 3826/2014).
ATS-SOC de 20 de octubre de 2015 (rec. 3368/2014).
ATS-SOC de 22 de octubre de 2015 (rec. 1804/2014).
ATS-SOC de 13 de enero de 2016 (rec. 1740/2015).
STS-SOC de 2 de marzo de 2016 (rec. 3959/2014).
STS-SOC de 5 de mayo de 2016 (rec. 179/2015).
ATS-SOC de 17 de mayo de 2016 (rec. 3848/2014).
STS-SOC de 18 de mayo de 2016 (rec. 37/2015).
STS-SOC de 1 de junio de 2016 (rec. 182/2015).
ATS-SOC de 14 de junio de 2016 (rec. 2431/2015).

ATS-SOC de 30 de junio de 2016 (rec. 975/2015).
STS-SOC de 12 de julio de 2016 (rec. 361/2014).
ATS-SOC de 8 de septiembre de 2016 (rec. 32/2016).
ATS-SOC de 11 de octubre de 2016 (rec. 3877/2015).
ATS-SOC de 20 de octubre de 2016 (rec. 23/2016).
STS-SOC de 2 de noviembre de 2016 (rec. 262/2015).
STS-SOC 43/2017, de 24 de enero.
ATS-SOC de 9 de febrero de 2017 (rec. 2269/2016).
STS-SOC 172/2017, de 28 de febrero.
STS-SOC 196/2017, de 8 de marzo.
STS-SOC 429/2017, de 16 de mayo.
ATS-SOC de 17 de mayo de 2017 (rec. 2113/2016).
STS-SOC 768/2017, de 5 de octubre.
ATS-SOC de 24 de octubre de 2017 (rec. 624/2017).
ATS-SOC de 24 de octubre de 2017 (rec. 1592/2017).
STS-SOC de 12 de diciembre de 2017 (rec. 25/2007).
ATS-SOC de 12 de diciembre de 2017 (rec. 3369/2016).
STS-SOC de 19 de diciembre de 2017 (rec. 624/2016).
ATS-SOC de 15 de marzo de 2018 (cer. 2230/2017).
ATS-SOC de 3 de abril de 2018 (rec. 3424/2017).
ATS-SOC de 31 de mayo de 2018 (rec. 1466/2017).
ATS-SOC de 31 de mayo de 2018 (rec. 3189/2017).
STS-SOC 729/2018, de 10 de julio.
ATS-SOC 343/2018, de 19 de septiembre.
ATS-SOC de 18 de octubre de 2018 (rec. 4567/2017).
ATS-SOC de 13 de noviembre de 2018 (rec. 1434/2018).
ATS-SOC de 21 de noviembre de 2018 (rec. 2048/2018).
STS-SOC 15/2019, de 10 de enero.
ATS-SOC de 16 de enero de 2019 (rec. 1056/2018).
ATS-SOC de 5 de febrero de 2019 (rec. 3122/2018).
ATS-SOC de 6 de marzo de 2019 (rec. 2675/2018).
ATS-SOC de 23 de mayo de 2019 (rec. 2212/2018).
ATS-SOC de 19 de junio de 2019 (rec. 2617/2018).
ATS-SOC de 19 de junio de 2019 (rec. 3154/2018).
STS-SOC de 24 de octubre de 2019 (rec. 12/2019).
ATS-SOC de 6 de noviembre de 2019 (rec. 76/2019).
ATS-SOC de 19 de noviembre de 2019 (rec. 417/2019).
ATS-SOC de 5 de diciembre de 2019 (rec. 249/2019).
ATS-SOC de 18 de diciembre de 2019 (rec. 1968/2019).

■ LA CUANTIFICACIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN POR DAÑO MORAL...

STS-SOC de 16 de enero de 2020 (rec. 173/2018).
STS-SOC 116/2020, de 6 de febrero.
ATS-SOC de 28 de enero de 2020 (rec. 2184/2020).
ATS-SOC de 11 de febrero de 2020 (rec. 553/2019).
ATS-SOC de 12 de febrero de 2020 (rec. 2486/2019).
STS-SOC 352/2020, de 19 de mayo.
STS-SOC 515/2020, de 24 de junio.
ATS-SOC de 9 de julio de 2020 (rec. 1013/2019).
ATS-SOC de 8 de septiembre de 2020 (rec. 2221/2019).
ATS-SOC de 2 de diciembre de 2020 (rec. 898/2020).
ATS-SOC de 3 de febrero de 2021 (rec. 491/2020).
ATS-SOC de 18 de mayo de 2021 (rec. 1070/2020).
ATS-SOC de 20 de abril de 2021 (rec. 2745/2020).
ATS-SOC de 15 de junio de 2021 (rec. 2377/2020).
STS-SOC 179/2022, de 23 de febrero.
STS-SOC 214/2022, de 9 de marzo.
STS-SOC 356/2022, de 20 de abril.
STS-SOC 404/2022, de 10 de mayo.

TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

STSJ-SOC Canarias (Las Palmas), de 26 de julio de 2002 (rec. 275/2002).
STSJ-SOC Madrid, de 4 de marzo de 2003 (rec. 4806/2012).
STSJ-SOC Cataluña, de 15 de septiembre de 2004 (rec. 3451/2004).
STSJ-SOC Cataluña 2403/2005, de 17 de marzo.
STSJ-SOC Castilla-La Mancha, de 11 de mayo de 2005 (rec. 654/2005).
STSJ-SOC Madrid, de 9 de mayo de 2006 (rec. 1077/2006).
STSJ-SOC Canarias (Santa Cruz de Tenerife), de 29 de junio de 2006 (rec. 297/2006).
STSJ-SOC Asturias, de 15 de septiembre de 2006 (rec. 4554/2005).
STSJ-SOC Andalucía (Sevilla), de 1 de junio de 2007 (rec. 2276/2016).
STSJ-SOC Asturias, de 29 de junio de 2007 (rec. 3697/2006).
STSJ-SOC Murcia, de 3 de diciembre de 2007 (rec. 1412/2007).
STSJ-SOC Galicia, de 9 de enero de 2008 (rec. 1131/2007).
STSJ-SOC Castilla-La Mancha, de 5 de febrero de 2008 (rec. 1609/2007).
STSJ-SOC Madrid, de 26 de enero de 2009 (rec. 5143/2008).
STSJ-SOC Madrid, de 23 de junio de 2009 (rec. 2390/2009).

- STSJ-SOC Castilla-La Mancha (Albacete), de 9 de julio de 2009 (rec. 233/2009).
- STSJ-SOC Asturias, de 18 de septiembre de 2009 (rec. 1757/2009).
- STSJ-SOC Madrid, de 6 de noviembre de 2009 (rec. 4179/2009).
- STSJ-SOC País Vasco, de 9 de marzo de 2010 (rec. 110/2010).
- STSJ-SOC Castilla-La Mancha, de 7 de julio de 2010 (rec. 350/2010).
- STSJ-SOC Madrid, de 18 de noviembre de 2011 (rec. 3332/2011).
- STSJ-SOC Madrid, de 20 de enero de 2012 (rec. 4586/2011).
- STSJ-SOC Andalucía (Granada), de 12 de julio de 2012 (rec. 1156/2012).
- STSJ-SOC Asturias, de 16 de noviembre de 2012 (rec. 2405/2012).
- STSJ-SOC Comunidad Valenciana, de 12 de diciembre de 2012 (rec. 2852/2012).
- STSJ-SOC Andalucía 3752/2012, de 20 de diciembre.
- STSJ-SOC Castilla-La Mancha, de 22 de marzo de 2013 (rec. 1592/2012).
- STSJ-SOC Madrid 55/2013, de 29 de enero.
- STSJ-SOC Asturias, de 26 de julio de 2013 (rec. 1346/2013).
- STSJ-SOC Andalucía 2473/2013, de 19 de septiembre.
- STSJ-SOC Andalucía (Granada), de 23 de octubre de 2013 (rec. 1578/2013).
- STSJ-SOC Castilla-La Mancha, de 7 de febrero de 2014 (rec. 1296/2013).
- STSJ-SOC País Vasco, de 3 de junio de 2014 (rec. 786/2014).
- STSJ-SOC Cataluña, de 30 de junio de 2014 (rec. 2119/2014).
- STSJ-SOC Andalucía (Sevilla), de 23 de julio de 2014 (rec. 2152/2014).
- STSJ-SOC País Vasco, de 11 de noviembre de 2014 (rec. 2022/2014).
- STSJ-SOC Cantabria, de 8 de abril de 2015 (rec. 1/2015).
- STSJ-SOC Castilla y León (Valladolid), de 30 de abril de 2015 (rec. 547/2015).
- STSJ-SOC País Vasco, de 19 de mayo de 2015 (rec. 820/2015).
- STSJ-SOC Cataluña 3408/2015, de 25 de mayo.
- STSJ-SOC Cataluña, de 21 de marzo de 2016 (rec. 302/2016).
- STSJ-SOC Andalucía (Sevilla), de 21 de febrero de 2017 (rec. 631/2017).
- STSJ-SOC Madrid, de 13 de febrero de 2017 (rec. 847/2016).
- STSJ-SOC Madrid, de 31 de mayo de 2017 (rec. 794/2016).
- STSJ-SOC Andalucía 1662/2017, de 1 de junio.
- STSJ-SOC Cantabria, de 29 de junio de 2017 (rec. 485/2017).
- STSJ-SOC Andalucía (Sevilla), de 29 de junio de 2017 (rec. 2377/2016).
- STSJ-SOC Andalucía 2155/2017, de 6 de julio.
- STSJ-SOC Madrid, de 28 de septiembre de 2017 (rec. 271/2017).
- STSJ-SOC Cataluña, de 4 de octubre de 2017 (rec. 4142/2017).

■ LA CUANTIFICACIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN POR DAÑO MORAL...

- STSJ-SOC Madrid 858/2017, de 6 de octubre.
- STSJ-SOC Andalucía (Sevilla), de 11 de octubre de 2017 (rec. 3097/2016).
- STSJ-SOC Andalucía (Sevilla), de 13 de diciembre de 2017 (rec. 3096/2016).
- STSJ-SOC Andalucía (Sevilla), de 14 de diciembre de 2017 (rec. 3707/2016).
- STSJ-SOC Castilla y León (Valladolid), de 14 de febrero de 2018 (rec. 41/2018).
- STSJ-SOC Madrid, de 2 de marzo de 2018 (rec. 985/2017).
- STSJ-SOC País Vasco 1532/2018, de 17 de julio.
- STSJ-SOC Islas Baleares 359/2018, de 12 de septiembre.
- STSJ-SOC La Rioja 177/2018, de 13 de septiembre.
- STSJ-SOC La Rioja 181/2018, de 17 de septiembre.
- STSJ-SOC Galicia, de 13 de noviembre de 2018 (rec. 2470/2018).
- STSJ-SOC Asturias, de 20 de noviembre de 2018 (rec. 2243/2018).
- STSJ-SOC Madrid, de 22 de noviembre de 2018 (rec. 763/2018).
- STSJ-SOC Andalucía 3576/2018, de 13 de diciembre.
- STSJ-SOC Andalucía 3669/2018, de 20 de diciembre.
- STSJ-SOC Cataluña, de 18 de febrero de 2019 (rec. 6984/2018).
- STSJ-SOC Cataluña, de 1 de marzo de 2019 (rec. 6644/2018).
- STSJ-SOC Galicia, de 15 de marzo de 2019 (rec. 173/2019).
- STSJ-SOC Madrid, de 28 de junio de 2019 (rec. 74/2019).
- STSJ-SOC Islas Baleares, de 9 de diciembre de 2019 (rec. 352/2019).
- STSJ-SOC Cataluña 1049/2020, 21 de febrero.
- STSJ-SOC Castilla y León (Burgos) 260/2020, de 24 de julio.
- STSJ-SOC del País Vasco 1362/2021, de 21 de septiembre.
- STSJ-SOC Madrid 585/2022, de 17 de junio.
- STSJ-SOC Andalucía 1957/2022, de 30 de junio.
- STSJ-SOC Andalucía 777/2022, de 15 de septiembre.

JUZGADOS DE LO SOCIAL

- SJS núm. 20 Barcelona de 24 de abril de 2012 (rec. 23/2012).
- SJS núm. 33 Barcelona 339/2013, de 19 de noviembre.
- SJS núm. 2 Granollers 59/2014, de 24 de enero.
- SJS núm. 1 Santa Cruz de Tenerife 257/2014, de 2 de julio.
- SJS núm. 4 A Coruña 485/2015, de 23 de octubre.
- SJS núm. 3 A Coruña 589/2015, de 23 de diciembre.

- SJS núm. 2 Móstoles 359/2016, de 7 de julio.
SJS núm. 26 de Barcelona, de 26 de septiembre de 2016 (rec. 1002/2015).
SJS núm. 3 A Coruña 23/2017, de 23 de enero.
SJS núm. 1 Palma de Mallorca 31/2017, de 6 de febrero.
SJS núm. 6 Murcia 136/2018, de 27 de marzo.
SJS núm. 3 Elche 341/2017, de 16 de octubre.
SJS núm. 19 Madrid 453/2017, de 17 de noviembre.
SJS núm. 1 Gijón 17/2018, de 10 de enero.
SJS núm. 2 Toledo 59/2018, de 13 de febrero.
SJS núm. 1 Cuenca 171/2018, de 7 de marzo.
SJS núm. 1 Soria 78/2018, de 8 de abril.
SJS núm. 7 Murcia 202/2018, de 24 de mayo.
SJS núm. 1 Ciutadella de Menorca 79/2018, de 15 de junio.
SJS núm. 3 Plasencia 177/2018, de 18 de junio.
SJS núm. 1 Badajoz 350/2018, de 6 de septiembre.
SJS núm. 1 Badajoz 385/2018, de 24 de septiembre.
SJS núm. 4 Gijón 383/2018, de 4 de octubre.
SJS núm. 1 Soria 225/2018, de 12 de noviembre.
SJS núm. 1 Gijón 493/2018, de 28 de diciembre.
SJS núm. 1 Toledo 42/2019, de 18 de enero.
SJS núm. 1 Avilés 25/2019, de 23 de enero.
SJS núm. 1 Ibiza 68/2019, de 25 de febrero.
SJS núm. 2 Zamora 62/2019, de 12 de marzo.
SJS núm. 3 Talavera de la Reina 84/2019, de 18 de marzo.
SJS núm. 3 Talavera de la Reina de 30 abril de 2019 (rec. 713/2018).
SJS núm. 3 Talavera de la Reina 127/2019, de 30 de abril.
SJS núm. 2 Oviedo 264/2019, de 14 de mayo.
SJS núm. 2 Avilés 254/2019, de 7 de junio.
SJS núm. 3 Santiago de Compostela 346/2019, de 6 de septiembre.
SJS núm. 2 Zamora 201/2019, de 27 de septiembre.
SJS núm. 1 Salamanca 395/2019, de 22 de noviembre.
SJS núm. 1 Albacete 382/2019, de 20 de diciembre.
SJS núm. 2 Toledo 37/2020, de 21 de enero.
SJS núm. 1 Cartagena 33/2020, de 5 de febrero.
SJS núm. 2 Ponferrada 60/2020, de 26 de febrero.
SJS núm. 2 León 193/2020, de 11 de marzo.
SJS núm. 2 Ponferrada 83/2020, de 23 de marzo.
SJS núm. 1 Badajoz 137/2020, de 15 de junio.
SJS núm. 1 Guadalajara 98/2020, de 26 de junio.

- SJS núm. 5 Valladolid 29/2020, de 29 de junio.
- SJS núm. 2 León 263/2020, de 1 de julio.
- SJS núm. 1 Guadalajara 141/2020, de 21 de julio.
- SJS núm. 3 Oviedo 220/2020, de 25 de agosto.
- SJS núm. 3 Oviedo 222/2020, de 27 de agosto.
- SJS núm. 1 Cuenca 236/2020, de 1 de septiembre.
- SJS núm. 21 Barcelona de 7 de septiembre de 2020 (rec. 723/2017).
- SJS núm. 2 Palma de Mallorca 297/2020, de 13 de octubre.
- SJS núm. 3 Gijón 187/2020, de 30 de octubre.
- SJS núm. 2 Guadalajara 232/2020, de 13 de noviembre.
- SJS núm. 5 Oviedo 363/2020, de 17 de noviembre.
- SJS núm. 9 Murcia 231/2020, de 10 de diciembre.
- SJS núm. 3 Cartagena 205/2020, de 30 de diciembre.
- SJS núm. 1 Toledo 40/2021, de 8 de enero.
- SJS núm. 2 Gijón 26/2021, de 28 de enero.
- SJS núm. 1 Badajoz 55/2021, de 8 de febrero.
- SJS núm. 3 Logroño 35/2021, de 16 de febrero.
- SJS núm. 5 Palma de Mallorca 47/2021, de 4 de marzo.
- SJS núm. 2 Avilés 107/2021, de 5 de marzo.
- SJS núm. 2 Cartagena 109/2021, de 31 de marzo.
- SJS núm. 3 León 139/2021, de 9 de abril.
- SJS núm. 2 Guadalajara 171/2021, de 29 de abril.
- SJS núm. 2 Albacete 217/2021, de 13 de mayo.
- SJS núm. 3 Badajoz 222/2021, de 26 de mayo.
- SJS núm. 6 Oviedo 381/2021, de 3 de junio.
- SJS núm. 3 Badajoz 254/2021, de 4 de junio.
- SJS núm. 6 Oviedo 386/2021, de 8 de junio.
- SJS núm. 2 Guadalajara 260/2021, de 22 de junio.
- SJS núm. 1 Cartagena 334/2021, de 8 de julio.
- SJS núm. 2 Guadalajara 290/2021, de 12 de julio.
- SJS núm. 6 Oviedo 510/2021, de 15 de julio.
- SJS núm. 3 Gijón 264/2021, de 26 de julio.
- SJS núm. 1 Toledo 444/2021, de 27 de julio.
- SJS núm. 1 Melilla 131/2021, de 28 de julio.
- SJS núm. 1 Avilés 294/2021, de 30 de julio.
- SJS núm. 3 Albacete 428/2021, de 20 de septiembre.
- SJS núm. 1 Ceuta 185/2021, de 29 de septiembre.
- SJS núm. 3 Gijón 313/2021, de 5 de octubre.
- SJS núm. 3 Badajoz 420/2021, de 6 de octubre.

- SJS núm. 8 de Murcia 295/2021, de 7 de octubre.
- SJS núm. 5 de Palma de Mallorca 291/2021, de 26 de octubre.
- SJS núm. 1 Murcia 383/2021, de 12 de noviembre.
- SJS núm. 4 Badajoz 503/2021, de 27 de diciembre.
- SJS núm. 3 Oviedo 610/2021, de 29 de diciembre.
- SJS núm. 3 Palma de Mallorca 553/2021, de 31 de diciembre.
- SJS núm. 2 Avilés 10/2022, de 21 de enero.
- SJS núm. 2 Ciudad Real 28/2022, de 24 de enero.
- SJS núm. 1 Badajoz 20/2022, de 25 de enero.
- SJS núm. 1 Toledo 58/2022, de 4 de febrero.
- SJS núm. 3 Burgos 71/2022, de 11 de febrero.
- SJS núm. 3 Gijón 44/2022, de 17 de febrero.
- SJS núm. 1 Guadalajara 141/2022, de 15 de marzo.
- SJS núm. 3 Gijón 77/2022, de 21 de marzo.
- SJS núm. 3 Palma de Mallorca 99/2022, de 21 de marzo.
- SJS núm. 1 Mieres 154/2022, de 25 de marzo.
- SJS núm. 1 Mieres 195/2022, de 25 de abril.
- SJS núm. 1 Segovia 205/2022, de 29 de abril.
- SJS núm. 1 Madrid de 13 de mayo de 2022 (rec. 101/2022).

XI. BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ ALONSO, D.: «La indemnización por lesión de derecho fundamentales en el ámbito laboral y la problemática de los “daños morales”», *Relaciones Laborales*, núm. 9, sep. 2014, versión digital: La Ley 5100/2014.
- ÁLVAREZ SACRISTÁN, I.: «Tratamiento jurídico de los daños morales causados por los accidentes de trabajo», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 567, 2003, versión electrónica: BIB 2003/72.
- ÁLVAREZ VIGARAY, R.: «La responsabilidad por daño moral», *Anuario de Derecho Civil*, 1966, fascículo 1.º
- BALLESTER PASTOR, M.ª A.: «El proceloso camino hacia la efectividad y adecuación de las indemnizaciones por vulneración de derechos fundamentales», *Revista de Derecho Social*, núm. 69, 2015.
- BAZ RODRÍGUEZ, J.: «El despido disciplinario con prueba lesiva de derechos fundamentales y su calificación: ¿formulación, aclaración o modificación de la doctrina constitucional? (Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 61/2021, de 15 de marzo, sala 1.ª, rec. Amparo 6838-2019)», *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo*, núm. 2, 2022.
- BLASCO JOVER, C.: «Las novedades introducidas en la modalidad procesal de tutela de los derechos fundamentales tras la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social», *Actualidad Laboral*, 2012, versión electrónica: La Ley 8360/2012.
- BLASCO PELLICER, Á.: «Despido nulo por vulneración de derecho fundamentales: el proceso de despido se aplica con las especialidades del proceso de tutela de la libertad sindical», *Actualidad Laboral*, núm. 42, 2001, versión electrónica: La Ley 687/2001.
- BOHIGUES ESPARZA, M.ª D.: «La ilicitud de la prueba con vulneración de derechos fundamentales. A propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional núm. 61/2021 de 15 de marzo», *IUSLabor*, núm. 2, 2021, pp. 263 y ss.
- CARDENAL CARRO, M.: *La indemnización en los Procesos de Tutela de la Libertad Sindical*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2006.

- CASADO ANDRÉS, B.: «El concepto de daño moral bajo el prisma de la jurisprudencia», *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, vol. 9, mayo 2015.
- «El concepto de daño moral. Estudios doctrinales», *Revista de Derecho UNED*, núm. 18, 2016.
- CASANOVA ASENCIO, A. S.: «El daño moral: dificultades prácticas en torno a su prueba y valoración», *Revista Jurídica de la Región de Murcia*, núm. 50, 2016.
- CAVANILLAS MÚGICA, S.: «La motivación judicial por la indemnización por daño moral», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 20, ene.-dic. 2006.
- CAVAS MARTÍNEZ, F.: «De la tutela de los derechos de libertad sindical», VV. AA.: *Comentarios a la Ley de Procedimiento Laboral*, Aranzadi, Elcano, 2000.
- «Artículo 183», VV. AA. (SEMPERE NAVARRO, A. V. [Coord.]): *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Social*, Thomson Reuters, Aranzadi, Cizur Menor, 2013.
- DESDENTADO BONETE, A.: «¿Una lesión de la libertad sindical à rebours?», *Revista de Información Laboral*, núm. 7/2017, versión electrónica: BIB 2017\12613.
- DÍEZ-PICAZO, L.: *El escándalo del daño moral*, Civitas, Col.: Cuadernos, Madrid, 2008.
- DOMÍNGUEZ LÓPEZ, E.: «El daño moral: intento de concretización de un concepto», *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 7, 2003.
- DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, P.: «Indemnización por secuelas e incapacidad temporal derivada de accidente de trabajo», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 14/2015.
- «Daño moral sufrido por los pasajeros del Costa Concordia por la angustiosa situación sufrida en el naufragio, distinto del daño consecuencia del daño corporal sufrido por algunos pasajeros: compatibilidad y prueba», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 17/2016.
- FABREGAT MONFORT, G.: «La responsabilidad civil por daños en el acoso laboral», *Revista de Derecho Social*, núm. 70, oct. 2015.
- FITA ORTEGA, F. L., y ALTÉS TÁRREGA, J. A.: «Las consecuencias de la nulidad de la prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales (a propósito de la STC 61/2021, de 15 de marzo de 2021)», *NET21*, núm. 4, jun. 2021.
- FLORES DOÑA, M.^a de la S.: «Los Principios UNIDROIT como Derecho universal de la contratación internacional», ponencia Congreso Internacional: Contratación y arbitraje mercantil internacional: https://eprints.ucm.es/id/eprint/9556/1/PC_Congreso_Rioja2009_Eprint.pdf
- GARCÍA PAREDES, M.^a L.: «Extinción del contrato de trabajo por voluntad del trabajador: indemnización adicional», *Actualidad Laboral*, núm. 3, feb. 2008, versión digital: La Ley 17/2008.
- GARCÍA ROMERO, B.: «Indemnización adicional por daño moral derivado de la vulneración de derechos fundamentales en el supuesto en el que, por dicha vulneración, el despido es declarado nulo», *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 4 / 2022.
- GARCÍA SERRANO, F. de A.: «El daño moral extracontractual en la jurisprudencia civil», *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 25, núm. 3, 1972.

- GARCÍA VIÑA, J.: «La reclamación de daños y perjuicios por actos del empresario», *Actualidad Laboral*, 2001, versión digital: La Ley 3096/2001.
- «Indemnización por daños y perjuicios en el orden social: una panorámica», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 173/2015, versión electrónica: BIB 2015\673.
- GINÈS I FABRELLAS, A.: «La compatibilidad entre la indemnización por resolución de contrato laboral y por daños y perjuicios», *InDret*, núm. 1/2008.
- GÓMEZ CALLE, E.: «Los principios de derecho europeo de la responsabilidad civil», en GUZMÁN MENDOZA, C. E., e INSIGNARES CERA, S.: *Política y Derecho. Retos para el Siglo XXI*, Ediciones Uninorte, Barranquilla (Colombia), 2010.
- GÓMEZ POMAR, F.: «Daño moral», *InDret* (Revista para el análisis del Derecho), núm. 1/2000.
- «Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, 20.2.2022: el daño moral de las personas jurídicas», *InDret* (Revista para el análisis del Derecho), núm. 105/2002.
- «El sudor de la frente y el daño moral», *InDret* (Revista para el análisis del Derecho), núm. 254, febrero de 2005.
- GOÑI SEIN, J. L.: *La indemnización por daños derivados de la conducta antisindical*, Tecnos, Madrid, 1996.
- GUTIÉRREZ PÉREZ, M.: *Mecanismos procesales de tutela de los derechos ciudadanos del trabajador*, Laborum, Murcia, 2011.
- GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, B.: «Cauce procesal para la exigencia de una indemnización de daños y perjuicios derivados de un despido nulo por vulneración de derechos fundamentales», *Relaciones Laborales*, núm. 23, 2001, versión digital: La Ley 6393/2002.
- IGLESIAS CABERO, M.: «Lesión de derechos fundamentales. Indemnización de perjuicios. Carga de la prueba», *Actualidad Laboral*, núm. 6 (2010).
- JEREZ DELGADO, C. (Coord.): *Principios, definiciones y reglas de un Derecho Civil europeo: el Marco Común de Referencia (DCFR)*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2015.
- LLAMAS POMBO, E.: «El daño inherente a la pérdida del puesto de trabajo», *Práctica de Derecho de Daños*, núm. 24, feb. 2005, versión electrónica: La Ley 773/2005.
- «Reflexiones sobre derecho de daños: casos y opiniones», *La Ley*, Madrid, 2010, versión electrónica: La Ley 13899/2011.
- LÓPEZ CUMBRE, L.: «Daños “punitivos” en el ámbito laboral», *Análisis GA&P*, febrero 2016.
- LÓPEZ TERRADA, E.: «La controvertida indemnización por lesión de los derechos fundamentales de las personas trabajadoras», *Lex Social*, Vol. 11, núm. 1 (2021).
- LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, J.: «Daño moral: prueba de su existencia y de su cuantía», *Revista Responsabilidad Civil y Seguro*, núm. 70, 2019.
- MACIÁ GÓMEZ, R.: «La dualidad del daño patrimonial y del daño moral», *Revista de Responsabilidad Civil y Seguro*, núm. 36, 2010.

■ LA CUANTIFICACIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN POR DAÑO MORAL...

- MAGRO SERVET, V.: «Aproximación a la cuantía de las indemnizaciones por daño moral y criterios para la determinación del cálculo», *La Ley*, núm. 9944, 3 nov. 2021, versión electrónica: La Ley 10451/2021.
- MANEIRO VÁZQUEZ, Y.: «El derecho a la indemnización por daños morales como consecuencia de la lesión de la libertad sindical a la luz de la Sentencia TC 247/2006, de 24 de julio», *Dereito*, Vol. 22, 2013.
- MARTÍN CASALS, M.: «Una primera aproximación a los Principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil», *InDret* (Revista para el análisis del Derecho), núm. 2/2005.
- MATE SATUÉ, L. C.: «La delimitación del concepto de daño moral: un estudio de la cuestión en el ordenamiento jurídico español», *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 32, julio 2021.
- MEDINA CRESPO, M.: «Indemnización separada y compatible por daños morales corporales y por daños extracorpóreos», *Revista de la Asociación Española de Abogados Especialistas en Responsabilidad Civil y Seguro*, núm. 58, 2016.
- MOLINA NAVARRETE, C.: *Nueva indemnización por daño profesional: mejores y límites del «nuevo baremo»*, Bomarzo, Albacete, 2016.
- *Indemnizaciones disuasorias, nueva garantía de efectividad de la tutela social: entre retórica judicial y prácticas innovadoras*, Bomarzo, Albacete, 2019.
- «La función disuasoria de la indemnización por despido arbitrario: contenido esencial “olvidado” del derecho al trabajo», *Revista de Derecho Social*, núm. 93, 2021.
- MONEREO PÉREZ, J. L.: «Despido nulo por vulneración derechos fundamentales, resarcimiento del daño moral y modo “prudencial” de cuantificación de la indemnización», *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 3 / 2022.
- MONEREO PÉREZ, J. L., y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: «Artículo 183», en VV. AA. (MONEREO PÉREZ, J. L. [Dir.], y GONZÁLEZ DE PATTO, R. M.^a, y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A. [Coords.]): *Ley de la Jurisdicción Social. Estudio técnico-jurídico y sistemático de la Ley 36/2011, de 10 de octubre*, Comares, Granada, 2013.
- MORALES ORTEGA, J. M.: «La incidencia de la Ley de Igualdad sobre la acumulación de acciones y la indemnización por daños y perjuicios», *Relaciones Laborales*, núm. 3, 2009, versión electrónica: La Ley 198/2009.
- MORENO MARTÍN, M.^a D.: *El daño moral causado a las personas jurídicas*, Dykinson, Madrid, 2019.
- ORTIZ HERNÁNDEZ, S.; GARRÓS FONT, I., y TORRES KEENLYSIDE, A.: «la reclamación de indemnización por daños morales en la jurisdicción contencioso-administrativa. Valoración del daño y cuantificación», *Actualidad Administrativa*, núm. 11, nov. 2020, versión electrónica La Ley 12686/2020.
- OVIEDO ALBÁN, J.: «Los principios UNIDROIT para los contratos internacionales», *Dikaion: Revista de Actualidad Jurídica*, núm. 11, 2002.

- PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: «Tutela judicial efectiva y determinación de la indemnización por tutela de la libertad sindical», VV. AA. (ALONSO OLEZ, M. y MONTOYA MELGAR, A. [Dir.]): *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social 2006* (Tomo: XXIV), Thomson Civitas, Cizur Menor, 2.ª ed, 2007.
- RODRÍGUEZ COPÉ, M.ª L.: «Limitaciones del derecho al desistimiento en la relación laboral especial del personal al servicio del hogar familiar», *Temas Laborales*, núm. 146/2019.
- RODRÍGUEZ GUTIÁN, A. M.ª: «Indemnización del daño moral derivado del incumplimiento contractual», *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 56, núm. 2, 2003.
- RODRÍGUEZ HERNÁNDEZ, J.: «La indemnización por daños y perjuicios morales en el despido de la trabajadora embarazada. Una polémica muy viva», *La Ley*, núm. 9984, 7 de enero de 2022, versión digital: La Ley 13761/2021.
- ROMERO BURILLO, A. M.ª: «Los efectos del despido acreditado mediante una prueba ilícita por vulneración de Derechos Fundamentales», *Revista de Derecho Laboral vLex*, núm. 3 julio 2021.
- SALAS CARCELLER, A.: «Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil», *Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Murcia*, Murcia, 2011.
- «Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil», *Revista de Responsabilidad Civil y Seguro*, núm. 48, 2013.
- SÁNCHEZ PÉREZ, J.: «Opciones procesales en la tutela de la libertad sindical», en VV. AA. (QUESADA SEGURA, R. [Coord.]): «Treinta años de la Ley Orgánica de Libertad Sindical: perspectivas y retos», *Temas Laborales*, núm. 57, Sevilla, 2016.
- «La reparación del daño en la Jurisdicción Social», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 216/2019, versión electrónica: BIB 2019\1437.
- SCHWARZ, H.: «Cuestiones actuales del daño moral en los Derechos español y alemán», *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 27, núm. 2, 1974.
- SEPÚLVEDA GÓMEZ, M.ª: «Incidencia de la Sentencia del Tribunal Constitucional 247/2006, de 24 de julio, en la doctrina sobre la indemnización por conducta antisindical», *Revista de Derecho Social*, núm. 35, 2006.
- SIQUEIROS, J. L.: «Los nuevos principios de Unidroit 2004 sobre Contratos Comerciales Internacionales», *Revista de Derecho Privado*, núm. 11, 2005.
- SURROCA COSTA, A.: «Derechos fundamentales y “baremo” de circulación», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 29, 2015.
- TASCÓN LÓPEZ, R.: «La indemnización adicional en los casos de extinción del contrato de trabajo tras la Ley Orgánica de Igualdad Efectiva», *Actualidad Laboral*, 2009, versión electrónica: La Ley 11738/2009.
- TEBALÁN PALACIOS, H. I.: «La reformulación de la indemnización por daños en el proceso especial de tutela de derechos fundamentales laborales», *Trabajo y Derecho*, núm. 49, 2019, versión electrónica: La Ley 15184/2018.

■ LA CUANTIFICACIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN POR DAÑO MORAL...

- TODOLÍ SIGNES, A.: «La insuficiente aplicación del baremo del automóvil para el cálculo de indemnizaciones por vulneración de derechos fundamentales», *Actualidad Laboral*, núm. 15, sep. 2012, versión electrónica: La Ley 8364/2012.
- TORRES PINEDA, J. M.: «A propósito de un caso de despido nulo y la fijación de una indemnización de un euro: ¿se puede considerar como contrario al principio de *restitutio in integrum*?», *Trabajo y Derecho*, núm. 53, 2019, versión digital: La Ley 5552/2019.
- VELASCO PARDO, B.: «Prueba ilícita y calificación del despido», *Actualidad Jurídica Uría y Menéndez*, núm. 56, may.-ago. 2021.

La aparente simplicidad con la que el artículo 183 de la Ley reguladora de la jurisdicción social (LRJS) pretende reparar los daños de carácter moral infligidos por la transgresión de los Derechos Fundamentales de la persona trabajadora mediante una indemnización económica se enfrenta con no pocos problemas de concreción práctica.

Entre ellos dos muy relevantes: cómo se determina, calibra y valora el daño y su intensidad lesiva, y qué instrumentos técnicos deben emplearse para monetizar la indemnización reparadora. Y aunque tres sentencias recientes de la Sala IV del TS (179/2022, de 23 de febrero, 214/2022, de 9 de marzo, y 356/2022, de 20 de abril) arrojan luz sobre estas cuestiones, no todas las dificultades operativas encuentran cumplida respuesta, por lo que el ensayo que el lector tiene entre sus manos pretende contribuir a su resolución apoyándose en los siguientes tres argumentos

En primer lugar, criticando los excesos del principio de ‘automatismo’ en la apreciación del daño moral cuando se ha producido una lesión de un Derecho Fundamental, que ha favorecido que los justiciables se desentiendan de la aportación procesal de los elementos de prueba del daño y de los instrumentos de su cuantificación, y que las resoluciones indemnizatorias abusen del empleo de la LISOS para la concreción de la cuantía indemnizatoria.

En segundo lugar, proyectando el principio civil de «relevancia» en la apreciación de la lesión de los derechos extrapatrimoniales hacía el ámbito laboral, lo que necesariamente conecta la lesión producida con el contexto laboral en el que se ha producido el agravio.

Y, en tercer lugar, proponiendo una fórmula de cálculo de la indemnización que, teniendo presente las variables de salario y antigüedad que emplean las últimas resoluciones sociales unificadas, propicie una individualización específica para cada lesión.

Ángel Arias Domínguez

Ángel Arias Domínguez es Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Universidad de Extremadura.

Autor de una centena de trabajos académicos de su especialidad en revistas académicas y profesionales, evaluador de la Revista Española de Derecho del Trabajo (Thomson Reuters Aranzadi) y de la Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (Justel), y subdirector de la Revista de Jurisprudencia Laboral (RJL) (Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado).

Entre sus últimos libros publicados destacan: Cárcel y Derecho del Trabajo. La incidencia de la prisión en el trabajo asalariado y las relaciones laborales especiales de penados en instituciones penitenciarias (Aranzadi, 2020); ¿Qué fue, qué era, qué es y qué será el Derecho del Trabajo? (Laborum, 2018); Empresas Multiservicio: Soluciones Laborales (Francis Lefebvre, 2018); Accidentes Laborales de Tráfico [con Antonio V. Sempere Navarro] (Aranzadi, 3ª ed. 2015); Tres años de reforma del despido colectivo. ¿Ha conseguido su propósito el legislador? (Dykinson, 2014); y Absentismo laboral (Civitas, 2013).