

Por último, quiero hacer igualmente mías las palabras de Monsterrat Galcerán (<https://ctxt.es/es/20180905/Firmas/21532/Montserrat-Galceran-sindicato-OTRAS.htm>) cuando refiere de forma clara:

"Si desde el feminismo nuestro objetivo es ayudar a las mujeres a comportarnos como sujetos activos, a empoderarnos y a tomar las riendas de nuestra vida, no se entiende que haya mujeres que propugnen su prohibición. ¿Qué extraños temores evoca en nosotras la mención del trabajo sexual? ¿Acaso no somos capaces de sustraernos a la moralina que recubre la sexualidad en nuestra sociedad? Parece que lo que está bien visto por amor está mal visto si se hace por dinero. El discurso del amor romántico recubre las prácticas sexuales e impide tratarlas en su realidad material y tampoco está lejos el sesgo de clase".

Volver al inicio

ARTÍCULOS

Compatibilidad y distinción de indemnizaciones por vulneración de Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

Guillermo Oteros Valcarce
Magistrado del Juzgado de lo Social nº 2 de Sabadell

Introducción

Ante la importante cantidad de demandas por vulneración de derechos fundamentales, que debemos atender en el orden social de la jurisdicción, con la correspondiente solicitud de condenas resarcitorias, se pretende analizar en este artículo, el actual tratamiento jurisprudencial al respecto, destacando especialmente las distintas indemnizaciones, que pueden ser objeto de reclamación y la compatibilidad entre las mismas.

Así, establece el art. 183.1) LRJS, que *"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”.

Obsérvese que se utiliza un modo imperativo, que obliga al juez/a a pronunciarse sobre la correspondiente indemnización, en caso de declarar violación de derechos fundamentales.

Y lo refiere a dos tipos de daños, el *“daño moral”* unido a la vulneración del derecho fundamental, y a los *“daños y perjuicios”* adicionales derivados de dicha vulneración.

En su apartado 2), vuelve a utilizarse el modo imperativo, cuando dispone que *“el tribunal se pronunciará sobre la cuantía del daño, determinándolo prudencialmente cuando la prueba de su importe exacto resulte demasiado difícil o costosa”*. Es decir, incide de nuevo en el necesario pronunciamiento sobre la indemnización, que la hacen consustancial a la declaración de existencia de vulneración de derechos fundamentales.

Fijando dos claros propósitos

- a) *“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”*, es decir, la reparación íntegra de la víctima.
- b) *“Contribuir a la finalidad de prevenir el daño”*, como medida disuasoria de cualquier situación de vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas, ante la posibilidad de poder resultar condenado/s su/s responsable/s al abono de la correspondiente indemnización compensatoria.

Sobre su compatibilidad

Dispone el apartado 3) del mismo precepto, que 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.

Así, por ejemplo, debe tenerse en cuenta, que la indemnización prevista en el art. 50 del Estatuto de los Trabajadores, por la declaración de extinción del contrato de trabajo, compensa la pérdida del empleo, pero no los daños y perjuicios, morales o de otra índole, sufridos como consecuencia de una vulneración de derechos fundamentales, como puede ser la derivada de una situación de acoso. Luego son claramente de distinta naturaleza.

Cabe tener en cuenta, sin embargo, que su apartado 4) dispone, que 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 absolución en resolución penal firme, quedando mientras tanto interrumpido el plazo de prescripción de la acción en vía social.

Lo contrario iría en contra del principio *“non bis in idem”*, que prohíbe una duplicidad de sanciones cuando existe identidad de hecho, sujeto responsable y fundamento punitivo, siendo en este caso preeminente el proceso penal sobre los demás, en virtud de lo establecido en el art. 114 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Requisitos de la demanda con excepción

Establece el art. 179.3 de la LRJS, que la demanda además de los requisitos generales establecidos, 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.

Exige, igualmente, que se 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.

Se trata de requisitos lógicos, para sentar las bases y elementos clave de la indemnización reclamada, 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. Por un lado se debe ilustrar al Juzgador/a sobre la justificación del importe reclamado, y, por otro, se debe informar suficientemente a la parte/es demandada/s sobre la base de su pretensión, para que ésta pueda ejercitar una defensa adecuada.

Sin embargo, a modo de excepción, y ello resulta especialmente relevante, como se observará del posterior análisis jurisprudencial, se dispone, con respecto a los indicados requisitos, lo siguiente: *“salvo en el caso de los daños morales unidos a la vulneración del derecho fundamental, cuando resulte difícil su estimación detallada”*.

Tipología indemnizatoria. Tratamiento jurisprudencial

La indemnización a la que alude el art. 183 de la LRJS, en definitiva, es la responsabilidad civil por daños y perjuicios, prevista en el artículo 1.902 y 1.903 del Código Civil. Y se pueden distinguir tres tipos de indemnización reclamable: por *daños morales*, por *daños materiales* y por *daños corporales o de la salud*.

Sentadas en los apartados anteriores, las bases conceptuales de la indemnización, interesa conocer el tratamiento jurisprudencial, en lo que a la reclamación de las diferentes indemnizaciones se refiere.

En cuanto al *daño moral*, han existido diversos cambios de criterio jurisprudencial, que los vemos recogidos en la [Sentencia del Tribunal Supremo de 13.07.2015 \(RJ 2015, 5010\)](#)

En dicho pronunciamiento se reconoce por el Alto Tribunal, la falta de uniformidad deseable en torno a la doctrina de la Sala, en lo que a indemnización por vulneración de derechos fundamentales se refiere *"pasando de una inicial fase de concesión automática en la que se entendió procedente la condena al pago de la indemnización por los daños morales causados, sin necesidad de que se acredite un específico perjuicio, dado que éste se presume, a una posterior exigencia de bases y elementos clave de la indemnización reclamada que justifiquen suficientemente la misma y que estén acreditados indicios o puntos de apoyo suficientes en los que se pueda asentar la condena"*, para llegar a la posición actual, bajo un criterio aperturista *"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" . Y, sobre todo, considera, "en atención a la nueva regulación que se ha producido en la materia tras la LRJS, pues de un lado su art. 179.3 dispone que la exigible identificación de «circunstancias relevantes para la determinación de la indemnización solicitada» ha de excepcionarse -éste es el supuesto de autos- «en el caso de los daños morales unidos a la vulneración del derecho fundamental cuando resulte difícil su estimación detallada»; y de otro, al referirse a las indemnizaciones a fijar como consecuencia de la vulneración de un derecho fundamental, su art. 183.2 señala que «[e]l tribunal se pronunciará sobre la cuantía del daño, determinándolo prudencialmente cuando la prueba de su importe exacto resulte demasiado difícil o costosa, para resarcir suficientemente a la víctima [...], así como para contribuir a la finalidad de prevenir el daño»"*.

Entendiendo con ello el Tribunal, que la indemnización por atentar contra derechos fundamentales, no sólo tiene una función resarcitoria, sino también de prevención general.

Siguiendo dicha estela doctrinal, la Sentencia del TSJ de Cataluña de 25.04.2017 (AS 2017\640), destaca que la reparación íntegra del daño, comprende aspectos materiales, como el daño económico, y espirituales, como los daños morales en toda

su extensión, y recoge una doctrina científica en torno al estudio del daño moral, que considera que *"va parejo al atentado a los derechos fundamentales porque es el daño a la dignidad personal, al sufrimiento aparejado a la violación de lo que es más consustancial a la persona, aquello que difícilmente puede tener un referente económico objetivo. Son daños morales los que se refieren al ámbito existencial subjetivo de la persona, afectando a su espíritu, a sus sentimientos, a su propia identidad, a sus relaciones sociales y a su propia percepción de la dignidad."*

Se emite por dicha doctrina científica una consideración, como es, que la vulneración de derechos fundamentales, pocas veces va vinculada a indemnizaciones por daños patrimoniales, como puede ser el daño emergente y el lucro cesante. Y ello es cierto, pues la gran mayoría de demandas de tutela de derechos fundamentales, interesan una condena indemnizatoria a fin de resarcir exclusivamente los daños morales, por lo que acaba concluyendo, *"que si no queda garantizada la cobertura indemnizatoria por daños morales, se produce inevitablemente la inadecuada protección frente a las violaciones de derechos fundamentales"*.

O lo que es lo mismo, si la declaración de existencia de vulneración de derechos fundamentales, no va acompañada de la correspondiente penalización económica, ésta quedaría impune, sin ser suficiente que se declare la nulidad o el cese inmediato de la concreta actuación contraria a derecho, o incluso la reposición de la situación al momento anterior de la víctima, y, además no tendría el efectivo preventivo y disuasorio que se pretende.

Finalmente, dicha sentencia, interpretando lo previsto en el apartado 1 y 2 del art. 183 de la LRJS, y, considerando que la trabajadora demandante, en el caso analizado, había sufrido un daño moral, acaba considerando que éste debe ser atendido por *"imperativo legal"*. Coincidiendo con el modo imperativo utilizado por el legislador en el redactado de dichos apartados, como anteriormente se destacaba.

En una línea similar, la Sentencia del TSJ de Galicia de 12.03.2018, en cuanto al tratamiento del *daño moral*, considera que *"difícilmente puede llegar a ser verdaderamente resarcido, sino que simplemente sólo puede compensarse en cierta medida, y que esas dificultades se acrecientan, cuando tal daño se produce por la reiterada vulneración de un derecho fundamental"*.

Se observa, por consiguiente, como se relaja la exigencia de la cuantificación detallada en la demanda del *daño moral*, a diferencia del *daño material*, que si resulta más medible o más fácilmente cuantificable, por lo que siempre se debe requerir su detalle exhaustivo y suficiente.

En definitiva debe concluirse, que el *daño moral* es consustancial a la declaración de la existencia de vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas, lo que lleva

al Juez/a, a la obligación de fijar la correspondiente indemnización si se declara la misma.

A diferencia del *daño moral*, en la declaración de vulneración de derechos fundamentales, el *daño material*, no tiene por qué existir necesariamente, y, de acreditarse, puede comprender, conforme a lo previsto en el art. 1.106 del Código Civil, tanto el valor de la pérdida que se haya sufrido, como el de la ganancia que se haya dejado de obtener, o lo que es lo mismo el daño emergente o lucro cesante. De ahí la importancia de su detalle en la demanda.

Dentro de la categoría del *daño material*, se observa como los demandantes suelen incluir en la demanda, la petición, en concepto de indemnización, de los *"honorarios por la defensa jurídica"*, lo que viene siendo rechazado por la doctrina jurisprudencial, por todas ellas las Sentencias del TSJ del País Vasco de 19.05.2015 y TS de 11.05.2012, en las que se rechaza la calificación de indemnización, al importe de los honorarios satisfechos al Abogado/a o Graduado/a Social, en tanto que el art. 21 de la LRJS, dispone que *"la defensa por abogado y la representación técnica por graduado social colegiado, tendrá carácter facultativo en la instancia"*, considerando, que *"podrá utilizarla cualquiera de los litigantes, en cuyo caso será de su cuenta el pago de honorarios o derechos respectivos"*, concluyendo, que lo contrario, supondría un fraude de ley al principio de gratuidad del proceso laboral en la instancia, y ello, no obstante, 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 art. 75 LRJS.

Por último, como se relaciona al inicio del presente apartado, puede existir también el *daño corporal o de la salud*, como consecuencia de la vulneración de derechos fundamentales, especialmente, en las situaciones de acoso, en las que la víctima suele sufrir afectaciones psicológicas y/o psíquicas, e incluso agresiones físicas, que pueden comportar no tan solo situaciones de baja de incapacidad temporal, sino incluso declaraciones de incapacidad permanente, y, por consiguiente, reconocimiento de secuelas definitivas, que puede dar lugar a reclamar la correspondiente indemnización reparadora.

Se trata de diferentes indemnizaciones, compatibles entre sí, y con la que puede derivar, de acciones y supuestos previstos en el Estatuto de los Trabajadores u otra normativa laboral, como puede ser la extinción del contrato de trabajo, despido o modificación sustancial de las condiciones de trabajo, entre otras, puesto que nos encontramos ante daños de distinta naturaleza. Y lo que se pretende, en definitiva, es la reparación íntegra de la víctima, a tenor de lo previsto en el art. 183.2 de la LRJS.

En tal sentido, resulta especialmente ilustrativa la sentencia del TSJ del País Vasco de 31.05.2016 (AS\2016\1339), al declarar que *"no estamos ante una especie de duplicidad indemnizatoria, que quiere hacer ver la empresa, donde a la indemnización*

legal de despido, por nadie discutida...se puede incorporar otra que reconforta las vulneraciones definidas, que en modo alguno se encuentra limitada por cuantificaciones o dinteles de la legal...estamos claramente ante compensaciones por daños con consecuencias distintas y compatibles, que proponen pautas y exigencias de compensación que pueden dar lugar a indemnizaciones diferenciadas, donde se puede tener en cuenta las valoraciones de las secuelas permanentes (aquí inexistentes) y sus consecuencias (temporales y definitivas), así como las propias exigidas por la trabajadora víctima, y, en el caso de autos, se refieren a la situación de IT impeditiva y no impeditiva, los gastos procesales, y finalmente a la transgresión de derechos fundamentales y daños morales”.

Baremación o criterio utilizado para determinar la cuantía de la indemnización

Es pacífica la doctrina jurisprudencial que viene admitiendo, ante determinadas secuelas o daños derivados de accidente de trabajo, y, ante la falta de toda previsión legal específica y propia en la materia, la aplicación, con carácter analógico y *orientativo*, sin que ello implique una reproducción mimética, los baremos previstos tanto en la Ley 30/1995 de 8 de noviembre, LRCSCVM, para los daños derivados de los accidentes de tráfico, por todas ellas la Sentencia del TS de 30.06.2010 (rec. 4123/2008), entre otras muchas, como el 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), Sentencia del TSJ de Illes Balears de 23.07.2017 (AS 2017\1747) y 22.11.2017, como representativas de dicho criterio.

Si bien es cierto que la Disposición final quinta de la LRJS, concedía al Gobierno, un plazo de seis meses, a partir de su entrada en vigor, esto fue el 11 de octubre de 2011, *“para aprobar un sistema de valoración de daños derivados de accidentes de trabajo y de enfermedades profesionales, mediante un sistema específico de baremo de indemnizaciones actualizables anualmente, para la compensación objetiva de dichos daños, en tanto las víctimas o sus beneficiarios no acrediten daños superiores”*, actualmente, siete años después, ni está hecho, ni se le espera.

Personalmente considero más ajustada la utilización de la LISOS para fijar la indemnización adicional por *daños morales*, puesto que se trata de una norma que fija importes sancionadores sobre conductas tipificadas, dentro del ámbito empresarial, que normalmente son coincidentes con las que dan lugar a las demandas de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas, como son las recogidas en el art. 8, que califica de infracciones muy graves, acciones como: actos del empresario lesivos del derecho de huelga de los trabajadores, actos del empresario contrarios al respecto de la intimidad y consideración debida a la dignidad de los trabajadores, decisiones unilaterales de la empresa que impliquen discriminaciones directas o indirectas, o 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, el acoso sexual, y el acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad y orientación sexual, y el acoso por razón de sexo.

Fijando cuantías en tres grados, mínimo de 6.251 a 25.000 euros, medio de 25.001 a 100.005 euros, y máximo de 100.006 a 187.515 euros, que permite encuadrar perfectamente las citadas conductas vulneradoras y graduarlas en función de su gravedad. Siempre con carácter orientativo, como se ha dicho, pues es competencia fundamental del Juez/a de instancia, fijar la cuantía de la indemnización, sin perjuicio de su revisión en Suplicación.

En cuanto a los *daños materiales*, la indemnización ascenderá a los efectivamente acreditados y justificados, como lucro cesante y/o daño emergente.

Y, por último, en relación a los *daños corporales o de la salud*, considero más ajustado el Baremo de accidentes de tráfico, dado que recoge una pormenorizada baremación del daño corporal, y si bien es cierto que de la misma se puede desprender una compensación del daño moral, ésta suele ir ligada a perjuicios de tipo psicofísico, orgánico, sensorial, estético o por pérdida de la calidad de vida, diferente, en todo caso, al daño moral derivado de la vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas.

A modo de conclusión

Considero que el actual criterio jurisprudencial en cuanto al tratamiento del *daño moral*, es el más ajustado, al reducir la exigencia del cálculo indemnizatorio, ante la falta de parámetros objetivos en términos económicos, concediendo así, un mayor margen de discrecionalidad en su valoración, e intentando combinar un objetivo común, siempre que se declare la existencia de vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas, como es, el de *resarcimiento* de la víctima y el de la *acción preventiva*, para evitar comportamientos vulneradores.

Nos debemos exigir, Jueces y Juezas, la necesaria sensibilidad y técnica jurídica, para abordar este tipo de demandas, en tanto que plantean en ocasiones, auténticos atentados a la dignidad y moral de las personas, pero debemos exigir igualmente a los operadores jurídicos que no se haga un uso y abuso de las mismas, sin la necesaria fundamentación, para obtener una injustificada tramitación urgente y preferente, pues ello nos dificulta *“separar el grano de la paja”*, en perjuicio de las situaciones reales que si merecen dicho tratamiento, y no pueden obtener la respuesta rápida que precisan.