

Criterios para el cálculo de la indemnización por vulneración de derechos fundamentales. Una revisión sistemática de sentencias y una propuesta de baremo

Criteria for calculating damages for violation of fundamental rights. A systematic review of case law and a proposal for a scale

Adrián Todolí Signes

*Profesor Titular de Derecho del trabajo y de la Seguridad Social
Universitat de València*

ORCID ID: 0000-0001-7538-4764

Recibido: 6/3/2024

Aceptado: 3/5/2024

doi: 10.20318/labos.2024.8739

Resumen: El trabajo analiza los parámetros usados para motivar la indemnización de daños morales por vulneración de derechos fundamentales con objeto de conocer si estos parámetros encajan en los objetivos legales que debe cumplir dicha indemnización conforme al art. 183 LRJS. A su vez, se proponen criterios adicionales que no se han encontrado en la doctrina judicial, pero que se consideran útiles y necesarios para que la indemnización cumpla su triple objetivo de ser reparadora, compensadora y preventiva. En este trabajo también se propone una fórmula de cálculo de la indemnización basada en los parámetros señalados por el Tribunal Supremo y la propia LISOS con la finalidad de objetivar el cálculo y reducir la inseguridad jurídica. Esta fórmula también puede servir para aumentar la predictibilidad de la indemnización y fundamentar las peticiones de una concreta indemnización por daños morales en la demanda.

Palabras clave: Vulneración de derechos fundamentales, daño moral, 183 LRJS, indemnización adicional, parámetros de cálculo de la indemnización, daños punitivos, función preventiva de los daños morales, discriminación.

Abstract: The paper analyses the parameters used to justify compensation for non-pecuniary damages for infringement of fundamental rights in order to find out whether these parameters fit in with the legal objectives that such compensation must fulfil in accordance with art. 183 LRJS. At the same time, additional criteria are proposed which have not been found in judicial doctrine, but which are considered useful and necessary for compensation to fulfil its triple objective of being restorative, compensatory, and preventive. This work also proposes a formula for calculating compensation based on the parameters indicated by the Supreme Court and the LISOS itself, with the aim of making the

calculation more objective and reducing legal uncertainty. This formula can also serve to increase the predictability of the compensation and to substantiate requests for a specific compensation for moral damages in the claim.

Keywords: Infringement of fundamental rights, non-pecuniary damage, 183 LRJS, punitive damages, additional compensation, parameters for calculating compensation, discrimination.

1. La obligación de cuantificar el daño

Con independencia de que el demandante aporte o no criterios de cálculo para cuantificar la indemnización por vulneración de derechos fundamentales, los Tribunales deberán determinar la cuantía de los daños morales en toda sentencia que declare la existencia de lesión de un derecho fundamental. En efecto, el art. 183.2 de la LRJS establece que “El tribunal se pronunciará sobre la cuantía del daño”, indicando a continuación que el tribunal debe determinarlo “prudencialmente cuando la prueba de su importe exacto resulte demasiado difícil o costosa”. Esta obligación legal ha sido interpretada por el Tribunal Constitucional en la Sentencia nº 61/2021, de 15 de marzo, y por el Tribunal Supremo de 10 de enero de 2023 rec. 2582/2020, como el deber del tribunal de cuantificar el daño de la indemnización, aunque la parte demandante no aporte criterios o indicios para el cálculo de esta¹.

Esta obligación del juzgador ha derivado en la necesidad de elaborar un catálogo de criterios para cuantificar la indemnización por daños morales. Esto es, ante la inexistencia de obligación del demandante de probar determinados daños, ni siquiera de aportar criterios o parámetros que ayuden al juzgador a calcular dicha indemnización, los tribunales han necesitado crear su propia forma de cuantificación.

Para ello se parte de que el propio art. 183.1 LRJS exige que dicha indemnización tenga un triple objetivo. En primer lugar, la indemnización debe resarcir suficientemente a la víctima. En segundo lugar, debe reestablecer a esta, en la medida de lo posible, en la integridad de su situación anterior a la lesión y, en tercer lugar, la indemnización debe tener la finalidad de prevenir el daño².

Como no podría ser de otra forma, esta elaboración de criterios ha sido complicada, desordenada y caótica³. Cada tribunal ha considerado valorar el daño prudencialmente, en algunos casos fundamentando su decisión, en otros aceptando la cantidad

¹ En la doctrina, Monereo Pérez, 2022; 1-16; Arias Domínguez 2023: 1-231; 3 p 1-10; Crespo Ortiz, 2024: 156-180. Sobre el debate anterior se puede ver, Cardenal Carro 2006; Rodríguez Cardo, 2014; Álvarez Alonso, 2014.

² Así lo confirma el Tribunal Supremo en repetidas ocasiones, ver SSTS de SSTS de 17 de diciembre de 2013, rec. 109/2012; 8 de julio de 2014, rec. 282/2013; 2 de febrero de 2015, rec. 279/2013; 26 de abril de 2016, rec. 113/2015; 12 de julio de 2016, rec. 361/2014; 8 de febrero de 2018, rec. 274/2016; 6 de junio de 2018, rec. 149/2017; 21 de febrero de 2019, rec. 214/2017; de 9 de marzo de 2022 rec. 2269/2019. En la doctrina, por todos, López Terrada, 2021: 24.

³ El propio Tribunal Supremo ha señalado que la interpretación de los tribunales no ha tenido “la uniformidad que sería deseable”, STS de 19 de diciembre de 2017, rec. 624/2016.

solicitada en la demanda (en aquellos casos que la demanda solicita una indemnización concreta) sin mayor fundamentación, recurriendo a una cantidad a tanto alzado sin justificar o motivar la decisión y, en algunos supuestos, usando la sanción mínima establecida en la LISOS para infracciones muy graves correspondientes con las sanciones por vulneración de los derechos fundamentales⁴.

El Tribunal Supremo, con objeto de intentar dotar de seguridad jurídica a la cuantificación de los daños morales, en sentencias recientes, ha elaborado un catálogo abierto de ocho criterios o bases que los tribunales deberían tener en cuenta. Sin embargo, no todos los parámetros son válidos para los diferentes casos ni parece claro que los tribunales vayan a darle la misma importancia a cada uno de ellos.

Este trabajo analiza los criterios usados por el Tribunal Supremo y por la doctrina judicial con objeto de conocer qué bases de cálculo son las más usadas por los Tribunales, a cuáles le dan más importancia y cómo cuantifican concretamente cada uno de esos parámetros. Este estudio intenta huir de la evidencia anecdótica para analizar sistemáticamente la doctrina judicial con objeto de conocer qué está ocurriendo en el cálculo de la indemnización por daños morales. De la revisión sistemática de sentencias realizada en este trabajo se obtiene que la mayoría de las sentencias no justifican ni motivan la cuantificación de la indemnización por daños morales. A su vez, el análisis realizado apunta a que del total de la indemnización concedida el 73% responde a parámetros desconocidos, lo que implica una gran inseguridad jurídica y una aleatoriedad poco justificable desde la “discrecionalidad judicial”. Adicionalmente, el trabajo analiza los parámetros usados para motivar la indemnización con objeto de conocer si estos parámetros realmente encajan en los objetivos legales que debe cumplir la indemnización conforme al art. 183 LRJS y se proponen criterios adicionales que no se han encontrado en la doctrina judicial pero que se consideran útiles y necesarios para que la indemnización cumpla su triple objetivo de ser reparadora, compensadora y preventiva. En este trabajo también se propone una fórmula de cálculo de la indemnización basada en los parámetros señalados por el Tribunal Supremo y la propia LISOS con la finalidad de objetivar el cálculo y reducir la inseguridad jurídica. Esta fórmula también puede servir para aumentar la predictibilidad de la indemnización y fundamentar las peticiones de una concreta indemnización por daños morales en la demanda.

2. Metodología

2.1 Revisión sistemática de sentencias

En el presente estudio se ha procedido a realizar una revisión sistemática de sentencias. Se considera que para poder obtener conclusiones válidas respecto a qué criterios son los

⁴ Como señala la doctrina, la sencillez y objetividad de la LISOS lo convierte en un criterio popular, Goerlich Peset, 2019; 4.

más utilizados por la doctrina judicial, qué importancia monetaria le dan a cada uno de los criterios, cuál es la indemnización más habitual y el nivel de aleatoriedad o ruido existente actualmente en el cálculo de la indemnización, es necesario apartarse de los casos individuales o anecdóticos y realizar un análisis sistemático de sentencias conforme aquí se pasa a describir⁵. La presente descripción metodológica permitirá, además, replicar el análisis realizado.

Para comenzar el análisis se ha buscado en la base de datos de Aranzadi. Los términos de búsqueda, en el campo “texto”, fueron “indemnización por daños morales”, “indemnización por vulneración de derechos fundamentales”, “183 LRJS”. La búsqueda se cribó por “jurisdicción social”. Se seleccionaron las sentencias a partir de 1 de enero de 2021 hasta 2024, dado que se entendió que sentencias anteriores al pronunciamiento del Tribunal Constitucional podrían distorsionar la prospección, ya que muchas de las sentencias anteriores, a pesar de contener los términos de búsqueda, no cuantificarían la indemnización, sino que no se pronunciarían sobre ella por entender que no existe automaticidad entre la vulneración de derechos fundamentales y la indemnización o por entender que sin bases de cálculo aportadas por el demandante, el juzgador no tiene obligación de pronunciarse sobre la indemnización⁶.

Esta búsqueda dio como resultado un total de 137 sentencias. Estas sentencias fueron analizadas por el “resumen”. Se descartaron 28 por no tener relación con el tema. Se procedió a la lectura completa del resto de sentencias. De la lectura se descartaron 37 sentencias más por no cuantificar una indemnización o por no estar relacionadas con el tema objeto del estudio. Finalmente 72 sentencias cuantificaban una indemnización por daños morales por vulneración de derechos fundamentales. De estas 72, en un total de veinte sentencias el sujeto lesionado era un sindicato o asociación, no una persona. Estas veinte sentencias también fueron descartadas para el análisis ya que el objeto del estudio es analizar la cuantificación de la indemnización cuando el sujeto afectado es una persona (dado que los criterios de cuantificación como la antigüedad o el salario no son usados cuando el lesionado es un sindicato, se consideró que unirlos distorsionaría el análisis).

Tras la aplicación de los criterios de inclusión y exclusión de sentencias se obtuvo un total de 52 sentencias. De estas sentencias, se analizaron los siguientes parámetros, 1) el derecho fundamental vulnerado, 2) si existía más de un derecho fundamental vulnerado y cuál era este, 3) si existía otra indemnización patrimonial adicional a la de derechos fundamentales incluyendo en este caso si el despido fue declarado nulo como forma adicional de reparar el daño⁷, 4) la antigüedad del trabajador, 5) el salario del trabajador y 6) la indemnización de daños morales a la que se condena⁸.

⁵ El análisis sistemático es una metodología habitualmente usada en ciencias médicas y que en los últimos años se ha extendido entre todas las disciplinas académicas, ver más en Siddaway Andy, Wood, Alex y Hedges Larry 2019.

⁶ Así lo reconoce el propio Tribunal Supremo, SSTs de 19 de diciembre de 2017, rec 624/2016 y de 10 de enero de 2023, rec. 2582/2020. En la doctrina, por todos, Molina Navarrete, 2019: 22-23.

⁷ Conforme establece el Tribunal Supremo en STS de 9 de marzo de 2022 rec. 2269/2019.

⁸ Por último, allí donde el tribunal explicaba los motivos concretos de una determinada indemnización,

Con estos datos se ha utilizado el programa informático R para realizar un modelo de regresión lineal, esto es, un modelo estadístico que predice el valor de una variable, en este caso “Indemnización”, a través de otras variables independientes. El objetivo ha sido conocer si la indemnización por vulneración de derechos fundamentales está explicada o no por las variables independientes extraídas (salario, antigüedad, si se vulnera más de un derecho fundamental o no; si se declara la nulidad o no).

2.2 Limitaciones del estudio

En primer lugar, una limitación del propio estudio es que solamente se han analizado sentencias extraídas de una única base de datos. En este sentido, podría haberse buscado en más de una base de datos. Sin embargo, la falta de procesos automatizados que permitan eliminar las duplicidades de sentencias idénticas dificultaría de forma excesiva proceder a esta búsqueda en múltiples bases de datos. En segundo lugar, 52 sentencias analizadas permiten el análisis pretendido, pero un mayor número de sentencias podrían haber aportado mayor fiabilidad al estudio. Concretamente, es posible que el tipo de derecho fundamental vulnerado sea un factor que las sentencias tengan implícitamente en cuenta. Sin embargo, el alto número de distintos derechos fundamentales vulnerados en comparación con las cincuenta y dos sentencias analizadas ha hecho inviable conocer si es relevante o no este factor. Se entiende que, conforme pase el tiempo y siguiendo la doctrina constitucional, cada vez existirán más sentencias que cuantifiquen daños morales, lo que permitirá un nuevo análisis. También, conforme las sentencias comiencen a seguir la doctrina del Tribunal Supremo sobre qué criterios se deben utilizar para el cálculo de la indemnización de daños morales, es posible que se reduzca la dispersión de criterios, facilitando este tipo de análisis.

3. La cuantificación del daño moral

3.1 La falta de criterios de cuantificación en la demanda

A la hora de cuantificar el daño moral, la principal limitación que encuentra el juzgador es la falta de actividad probatoria de las partes⁹. Desde que el Tribunal Constitucional¹⁰ consideró que es incongruente (afectando con ello al art. 24 CE) que una sentencia que declara una vulneración de un derecho fundamental de la persona trabajadora no se pronuncie sobre la cuantía de la indemnización que debe recibir por dicha vulneración,

estas motivaciones se han tenido en cuenta (aunque la individualidad de estos motivos ha hecho que solamente puedan usarse de forma anecdótica y no sistemática).

⁹ Junto con la dificultad intrínseca de calcular “el impacto o sufrimiento psíquico o espiritual” STS Sala 1, de 22 de febrero de 2001, rec 358/1996. En este sentido ver, Díez-Picazo, 2008: 13

¹⁰ STC 61/2021, de 15 de marzo. En la doctrina, Todolí Signes, Adrián. (2021).

quedó palmaria la necesidad de que toda sentencia cuantifique una indemnización. Esta obligación del juzgador nacerá aún en aquellos casos en los que el demandante no haya solicitado una concreta indemnización y, también, en los que no se establezcan en la demanda suficientes criterios como para que el juzgador pueda determinar o cuantificar la indemnización. De hecho, varias sentencias¹¹ han entendido que, incluso cuando no se solicita en la demanda la indemnización por vulneración de derechos fundamentales, el tribunal deben imponerla de oficio (López Bermejo, 2023). Esto es, es suficiente con que el actor haya solicitado una declaración de vulneración de un derecho fundamental. Esta solicitud, en caso de ser acogida por el tribunal, obligaría al juzgador a condenar a una indemnización por daños morales derivado de la condena por vulneración de derechos fundamentales. Sin embargo, este criterio parece ser rechazado por el Tribunal Supremo¹² que no acepta condenar de oficio a una indemnización por vulneración de derechos fundamentales “ya que la parte actora no lo pidió ni en la instancia, ni en el trámite de impugnación al recurso de suplicación, ni siquiera lo ha solicitado en su impugnación al presente recurso de casación para la unificación de doctrina”.

En cualquier caso, lo que sí parece unánime es que, aunque sea necesario solicitar la indemnización, el demandante no tiene obligación de calcular cuál sería la misma ni de probar unos daños concretos, ni siquiera de establecer unos criterios para la modulación/determinación de esta.

En efecto, el Tribunal Supremo ha establecido la obligación del juzgador de reconocer la indemnización –y cuantificarla– por el mero hecho de alegar la existencia de unos daños, no siendo exigible una mayor concreción en la exposición de parámetros objetivos¹³. Se considera, por parte del Tribunal, que la propia naturaleza de los daños morales hace muy difícil exigirle al demandante que concrete dichos parámetros objetivos¹⁴. El daño “se pone de manifiesto a través de la mera acreditación de la lesión”¹⁵. De esta forma, el juzgador “ha de condenar a la indemnización de los daños morales, sin necesidad de que se acredite un específico perjuicio, dado que este se presume”¹⁶.

¹¹ Así, la STSJ de Galicia de 14 de febrero de 2023 (rec. 6185/2022) señala que “entendemos que la conclusión que derivada de la doctrina es que, en cualquier caso, la violación de un derecho fundamental lleva implícita, por ministerio de la ley, la indemnización por daños morales, también cuando el resarcimiento no se hubiera solicitado”. También la SJS de Gijón de 15 de noviembre de 2022 Proc. 467/2022 se plantea la posibilidad de apreciar la indemnización de oficio llegando a la conclusión que “aun cuando no se haya reclamado nada al respecto, se presume un daño moral que debe ser también indemnizado”.

¹² STS de 8 de marzo de 2022 (rec. 130/2019). Ahora bien, el Tribunal Supremo sí ha considerado que se produce incongruencia por omisión cuando condenando por vulneración de derechos fundamentales no se pronuncia la sentencia sobre la indemnización, aunque este punto no haya sido expresamente pedido por el demandante en el recurso, dado que sí fue pedida la indemnización expresamente en la primera instancia (STS de 10 de enero de 2023 rec. 2582/2020).

¹³ SSTS de 13 de diciembre de 2018, rec. 3/2018 y de 24 de octubre de 2019, rec. 12/2019.

¹⁴ STS de 9 de marzo de 2022, (rec. 2269/2019).

¹⁵ STS de 18 de julio de 2012, rec 126/2011.

¹⁶ SSTS de 9 de junio de 1993, rec 3856/1992, 8 de mayo de 1995, rec. 1319/1994 y 18 de julio de 2012, rec 126/2012.

Liberado el demandante de la obligación de acreditar un específico daño o, incluso, de alegar unos parámetros que permitan al juzgador determinar dichos daños, el Tribunal, en la mayoría de las ocasiones, carece de fundamento para cuantificar la indemnización. Esta parece la principal razón que provoca que las sentencias tiendan a condenar por daños y perjuicios conforme al baremo de sanciones de la LISOS en su grado mínimo.

Esta falta de parámetros de cálculo también provoca un segundo efecto: las sentencias usan los parámetros de cálculo que figuran en la demanda con objeto de individualizar la condena. De esta forma, de la revisión de la doctrina judicial se concluye que los parámetros que mejor explican la cuantificación de la indemnización por daños morales, dentro de los límites establecidos por la LISOS, son el salario y la antigüedad. En este sentido, cabe tener en cuenta que en las demandas por despido siempre se debe acreditar la antigüedad y el salario (a efectos de posibles indemnizaciones por despido), lo que hace que estos datos resulten accesibles para el tribunal¹⁷.

3.2. Los criterios de cuantificación de daños morales: insuficiencia de la LISOS

El Tribunal Supremo¹⁸ ha establecido que 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 triple función resarcitoria, reparadora y disuasoria de futuras vulneraciones del derecho fundamental. Ello es debido a que la horquilla de la cuantificación de las sanciones en esta norma para un mismo tipo de falta (leve, grave, muy grave) resulta ser excesivamente amplia.

En efecto, la sanción por la comisión de una falta muy grave en materia laboral puede fijarse entre 7.501 euros y 225.018 euros, según el artículo 40 LISOS. Una horquilla que debe ser concretada. Por ello, el recurso a las sanciones de la LISOS debe ir acompañado de una valoración de las circunstancias concurrentes en el caso concreto. Así, los criterios para cuantificar la indemnización por daños morales planteados por el máximo Tribunal¹⁹ son los siguientes: 1) la antigüedad del trabajador en la empresa; 2) la persistencia temporal de la vulneración del derecho fundamental; 3) la intensidad del quebrantamiento del derecho; 4) las consecuencias que se provoquen en la situación personal o social del trabajador o del sujeto titular del derecho infringido; 5) la posible reincidencia en conductas vulneradoras; 6) el carácter pluriofensivo de la lesión; 7) el contexto en el que se haya podido producir la conducta o una actitud tendente a impedir la defensa y protección del derecho transgredido; 8) otros que puedan valorarse atendidas las circunstancias de cada caso.

Sin embargo, de la doctrina judicial analizada se obtiene que no se recurre a alguno de estos parámetros expuestos por el Tribunal Supremo. Las sentencias analizadas –in-

¹⁷ Sobre algún intento de objetivar esta indemnización ver Todolí Signes, 2015.

¹⁸ STS de 20 de abril de 2022 rec 2391/2019. Criterios ya adelantados por la doctrina: Ballester Pastor, 2015: 46.

¹⁹ STS de 20 de abril de 2022 rec 2391/2019.

cluidas las del Tribunal Supremo— realmente recurren, bien para justificar una concreta indemnización, bien para dictaminar que una indemnización fijada por un tribunal inferior es desproporcionada, a los siguientes criterios: 1) salario de la persona trabajadora; 2) antigüedad; 3) vulneración de más de un derecho fundamental; 4) reincidencia en la conducta empresarial; 5) consecuencias de la conducta vulneradora; 6) la existencia de otra forma de reparación del daño. De esta forma, aunque teóricamente existen más criterios para la cuantificación de la indemnización, el análisis realizado lleva a la conclusión de que los parámetros realmente utilizados son pocos, al menos hasta el momento.

1) Salario de la persona trabajadora

Un parámetro objetivo que permite la individualización de la indemnización es el salario anual de la persona trabajadora (Arias Domínguez 2023: 1-231). Así, alguna sentencia justifica una determinada cuantificación de la indemnización exponiendo que la misma equivale al doble del salario anual del trabajador²⁰. A su vez, el Tribunal Supremo ha considerado que no procede condenar a la indemnización solicitada, sino al mínimo establecido por la LISOS para sanciones muy graves cuando el salario percibido era de escasa entidad²¹. De esta forma, cuanto mayor sea el salario percibido mayor será la indemnización por daños morales.

La doctrina judicial analizada confirma esta posición. Se detecta, en líneas generales, que cuanto mayor es el salario —considerando el resto de las circunstancias analizadas equivalentes— los tribunales suelen condenar a indemnizaciones superiores. Así, por ejemplo, con salarios anuales de entre 55.000 y de 67.000 euros se ha condenado al abono de una indemnización de 25.000 euros²², mientras que en el caso de salarios anuales entre 30.000 y 55.000 euros se ha condenado a indemnizaciones entre 10.000²³, 12.000²⁴ y 15.000 euros²⁵. Por el contrario, salarios anuales entre 13.000 euros y 30.000 perciben indemnizaciones coincidentes con el límite inferior de la LISOS²⁶, incluido algún supuesto con indemnizaciones inferiores a esta²⁷.

²⁰ STS 20 de abril de 2022 rec. 2391/2019, si bien el propio Tribunal Supremo justifica dicha indemnización por la gravedad de las consecuencias sufridas por el demandante que causó baja laboral por incapacidad temporal derivada de enfermedad común con diagnóstico de trastorno de ansiedad generalizado cuyo origen estaba relacionado con los aspectos que, finalmente, dieron lugar a la violación de su derecho fundamental.

²¹ STS de 9 de marzo de 2022, rec 2269/2019.

²² En el primer caso, STS de 14 de noviembre de 2023 (rec. 1975/2021) y en el segundo STSJ de Cataluña de 30 de abril de 2021 (rec. 5044/2020).

²³ STSJ de Madrid de 25 de noviembre de 2022 (rec. 1031/2022), con un salario anual de 46.800 euros y la STSJ de Madrid de 17 de junio de 2022 (rec. 417/2022), con un salario anual de 42.000.

²⁴ STSJ de Madrid de 24 de septiembre 2021 (rec. 566/2021) con un salario anual de 36.420 euros.

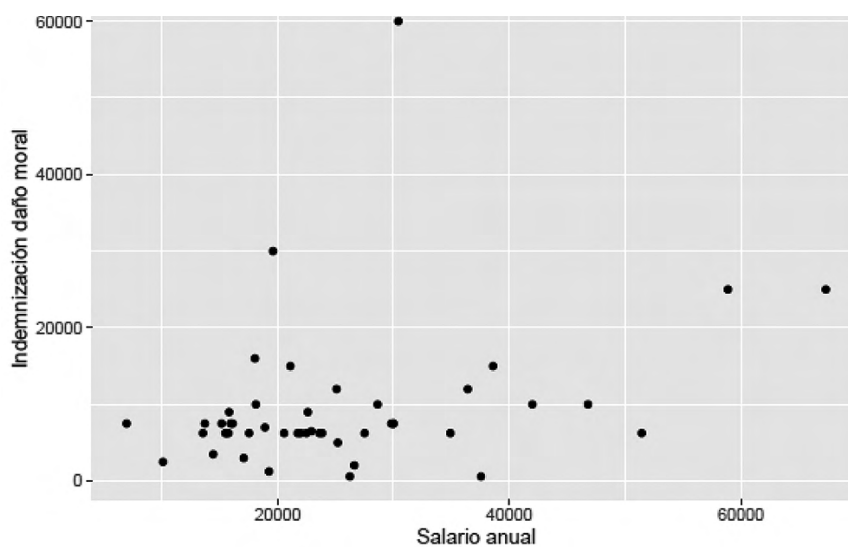
²⁵ STSJ de Cataluña de 21 de octubre de 2021 (rec. 1864/2021) con un salario anual de 38.604 euros.

²⁶ STSJ de Cataluña de 17 de enero de 2022 (rec. 6497/2021) con un salario anual de 22.488 euros; STSJ de Islas Canarias de 10 de marzo de 2022 (rec. 1871/2021) con un salario anual de 21995,4 euros.

²⁷ JS Gijón de 15 de noviembre de 2022 (Proc. 467/2022) condena al pago de una indemnización de 3.500 euros con un salario de 14.450,35 JS Gijón de 15 de noviembre de 2022 (Proc. 467/2022), la STSJ de

Con estos datos se puede observar que la indemnización más común oscila entre un tercio y la mitad del salario anual de la persona trabajadora. Los datos de las sentencias analizadas también muestran que, con algunas excepciones²⁸, el mínimo de la LISOS funciona como un suelo que permite que aquellos que perciben salarios más bajos obtengan indemnizaciones proporcionalmente superiores que aquellos que perciben salarios más elevados. Esto es, para quien percibe 13.000 euros anuales, una indemnización de 7.501 euros implica más de 7 meses de salario, mientras que para el que ingresa 67.000 euros anuales, una indemnización de 25.000 euros representa menos de 5 meses de salario.

El criterio del salario como base de cálculo de la indemnización ha sido duramente criticado por la doctrina. Por un lado, se ha argumentado que el salario es un dato de índole laboral, mientras que los derechos fundamentales son transversales. Para Arias Domínguez (2023: 159) la indemnización por daños morales derivados de los derechos fundamentales debería ser equivalente en todos los órdenes jurisdiccionales. También se ha criticado el hecho de que a mayor salario la indemnización sea más alta alegando que difícilmente se puede suponer que una persona trabajadora con salarios bajos sufre menos por ver vulnerados sus derechos fundamentales que una con salarios altos (Crespo Ortiz, 2023: 170).



Sin embargo, aunque es cierto que las indemnizaciones, en algunos casos, son superiores en términos absolutos para los trabajadores con salarios superiores, los datos muestran que proporcionalmente las indemnizaciones de los trabajadores con salarios bajos son superiores a las de los trabajadores con salarios altos. Esto es, de los datos se extrae que si calculamos la indemnización en meses de salario, los tribunales están condenando a más meses de salario en favor de las personas trabajadoras con menores salarios.

Islas Canarias de 19 de mayo de 2023 (rec. 2286/2022) condena a una indemnización de 1.252 euros con un salario de 19264,7; STSJ de Madrid de 24 de marzo de 2022 (rec. 876/2021) condena a una indemnización de 3.000 euros con un salario de 17.085,65.

²⁸ STSJ de Madrid de 24 de marzo de 2022 (rec. 876/2021) y JS Gijón de 15 de noviembre de 2022 (Proc. 467/2022) STSJ de Islas Canarias de 19 de mayo de 2023 (rec. 2286/2022).

De ahí que se concluya que las personas trabajadoras con menores ingresos están percibiendo indemnizaciones proporcionalmente más altas (en meses de salario) que aquellos con salarios mensuales más elevados. Un hecho que creo que sí es defendible ya que, en mi opinión, aunque los derechos fundamentales son predicables de todas las personas con la misma intensidad, no cabe duda de que las personas en peores circunstancias económicas sufrirán más la injusticia de una vulneración ya que su situación precaria se verá agravada, bien por el despido ilícito, bien porque sea cual sea la concreta vulneración de los derechos fundamentales esta se suma a su compleja situación económica.

Asimismo, desde la vertiente preventiva de la indemnización por daños morales parece tener sentido que las personas con peores salarios perciban indemnizaciones proporcionalmente superiores. En efecto, una persona con menos recursos es más vulnerable y se encuentra más desprotegida para defender sus propios derechos fundamentales. De esta forma, si se quiere reducir el abuso sobre los derechos fundamentales de estas personas es conveniente que sus indemnizaciones sean proporcionalmente mayores.

Por esta razón, resultan criticables aquellas sentencias que condenan a indemnizaciones por debajo del mínimo de la LISOS, cosa que no debería estar justificada ni siquiera por un salario anual bajo. Así lo hace, la STSJ de Madrid de 24 de marzo de 2022 (rec. 876/2021) que, en un supuesto de vulneración de la dignidad por acoso laboral y de vulneración de la garantía de indemnidad, con un salario de 17.085 euros anuales, condena solamente al abono de una indemnización de 3.000 euros, equivalente a solo 2 meses de salario. También la STSJ de las Islas Canarias de 19 de mayo de 2023 (rec. 2286/2022), en la que en un caso de vulneración del derecho a la garantía de indemnidad y con un salario anual de 19.264,7 euros se condena al pago de indemnización de 1.252 euros. Si bien, en este caso, la sentencia justifica la baja indemnización al negar que la misma pueda tener carácter preventivo.

2) Antigüedad

El segundo factor más utilizado por las sentencias para determinar la cuantía de la indemnización es la antigüedad en la empresa. De nuevo, como con el salario, esto no parece que se haga tanto por una cuestión de convencimiento de la relevancia de este dato (aunque luego veremos que sí la tiene), sino precisamente por ser un dato conocido/accesible por el tribunal sentenciador (las demandas por despido deben contener este dato obligatoriamente vía art. 104 de la LRJS).

Así, sin que haya otros factores o criterios que justifiquen la indemnización se ha condenado a 25.000 euros de indemnización por una antigüedad en la empresa de 18 años²⁹. En esta misma línea, se han fijado indemnizaciones de 15.000³⁰ y de 9.000³¹ euros por antigüedades de 20 años. Por el contrario, en antigüedades de menos de dos años, las

²⁹ SJS de Oviedo de 13 de octubre de 2021 (proc. 25/2021).

³⁰ STSJ de Galicia de 14 de febrero de 2023 (rec. 6185/2022).

³¹ STSJ de Madrid de 23 de septiembre de 2022 (rec. 572/2022).

indemnizaciones se encuentran en el límite inferior de la LISOS³², excepto que la persona con poca antigüedad tuviera un salario elevado³³ o hubiera otras causas agravantes³⁴. De nuevo, se observa que la LISOS se usa como suelo de la indemnización, la cual se ve aumentada conforme la antigüedad supera los 20 años. Esto provoca que, proporcionalmente, los trabajadores con menor antigüedad perciban indemnizaciones más altas.

Este criterio de cálculo de la indemnización ha sido censurado por la doctrina con los mismos argumentos usados para criticar el uso del salario. Esto es, que la antigüedad es un criterio de contexto laboral cuando la indemnización por daños morales no lo es (Arias Domínguez, 2023: 159) y también al entender que un veterano no parece que sufra más que un recién contratado (Crespo Ortiz, 2023: 170). Sin embargo, en el presente caso, a diferencia de con el salario, sí parece que una persona con alta antigüedad en la empresa pudiera sufrir más por ver vulnerado su derecho fundamental que una persona recién contratada. En Derecho penal es habitual el uso de los agravantes de familiaridad entre la víctima y el agresor. En efecto, como regla general, la “traición”³⁵ o el daño provocado en una relación de confianza de largo recorrido provoca mayor sufrimiento que la misma actuación por parte de un desconocido o alguien que se acaba de conocer.

De esta forma, en mi opinión, parece defendible un aumento sustancial de la indemnización para aquellos casos en los que la antigüedad sea elevada. De hecho, de la situación actual analizada en la doctrina judicial, lo que parece criticable es que este hecho no se encuentre. Esto es, aunque es cierto que una persona con mayor antigüedad percibirá, en algunos casos y en términos absolutos, una mayor indemnización, los datos muestran que, proporcionalmente –derivado del mínimo de la LISOS– los trabajadores con baja antigüedad perciben mayor indemnización, por lo que en términos relativos no parece que se esté compensando realmente un mayor sufrimiento de las personas con mayor antigüedad en la empresa.

Otra cuestión que me parece muy relevante respecto a la antigüedad como criterio modulador de la cuantía de la indemnización es su efecto en la vertiente preventiva. Las sentencias analizadas demuestran que los casos de vulneración de derechos fundamentales que implican despido ocurren habitualmente en personal con poca antigüedad.

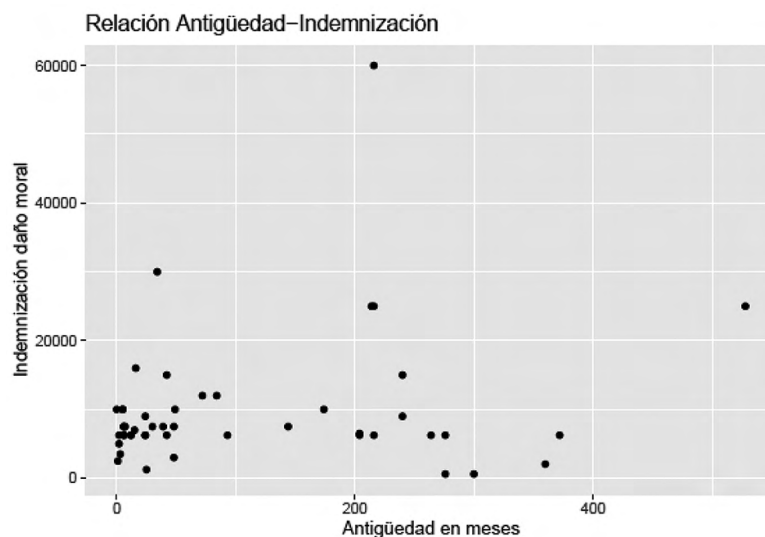
³² STSJ de Cataluña de 17 de enero de 2022 (rec. 6497/2021); STSJ de Madrid de 17 de mayo de 2022 (rec. 88/2022); STSJ de Cataluña de 16 de noviembre de 2022 (rec. 7155/2021); STSJ de Asturias de 16 de mayo de 2023 (rec. 522/2023); STSJ de Asturias de 16 de mayo de 2023 (rec. 522/2023); STSJ de Islas Canarias de 10 de marzo de 2022 (rec. 1871/2021); SJS Málaga nº 180/2023, 31 de mayo; STSJ de Madrid de 21 de diciembre de 2022 (rec. 787/2022).

³³ STSJ de Madrid de 25 de noviembre de 2022 (rec. 1031/2022) STSJ de Madrid de 17 de junio de 2022 (rec. 417/2022). En ambos casos condenan a una indemnización de 10.000 euros y la antigüedad era solo de 5 meses, pero en los dos existía un salario superior a 40.000 euros y además se vulneraba más de un derecho fundamental.

³⁴ La STSJ de País Vasco de 28 de junio de 2022 (rec. 19/2022) condena a 16.000 euros con una antigüedad de 16 meses justificado por la sentencia por sufrir una situación de Incapacidad Temporal relacionada con la vulneración del derecho fundamental.

³⁵ Imaginen el insulto u ofensa grave recibido por un amigo íntimo en comparación al mismo apelativo recibido por alguien desconocido con el que no existe vínculo emocional alguno.

El 30% de sentencias analizadas se refieren a personas trabajadoras con menos de 6 meses de antigüedad en la empresa. Otro 30% de personas tenían entre un año y cuatro años de antigüedad. Ahora bien, tampoco es despreciable el número de despidos con vulneración de derechos fundamentales producidos con personal de más de 16 años de antigüedad, llegando a ser otro 30%. Además, se observa que cuando la antigüedad es baja, la mayoría de las vulneraciones declaradas por los tribunales son despidos por embarazo o por situación de Incapacidad Temporal. Por el contrario, con mayor antigüedad, la variedad de derechos fundamentales vulnerados es mayor incluyendo vulneración de la libertad sindical, intimidad y garantía de indemnidad. Así, como se observa en el gráfico, los datos muestran que la antigüedad es determinante a la hora de tomar la decisión de despido por parte de la empresa. Es decir, el mayor número de despidos de trabajadores con baja antigüedad parece responder a un criterio de incentivos puramente económicos.



Los trabajadores con una baja antigüedad (el 60% de los casos analizados son despidos con menos de 4 años de antigüedad) son percibidos como “baratos” de despedir, desde una perspectiva de indemnización por despido clásica, lo que implica que las empresas reflexionan menos a la hora de tomar la decisión (desconociendo, despreciando o no valorando la posibilidad de ser condenadas a satisfacer una indemnización por vulneración de derechos fundamentales). De esta forma, parece que la función preventiva de la indemnización del art. 183 LRJS debería cobrar mayor protagonismo en los supuestos de personas trabajadoras con baja antigüedad. Dado que los datos muestran que las empresas tienen incentivos para despedir a los trabajadores de baja antigüedad, a pesar de que se vulneren los derechos fundamentales de estas personas, la indemnización del art. 183 LRJS tendrá que reducir ese incentivo hasta hacerlo desaparecer. Por esta razón, debería ser aplaudido el criterio de la SJS de Palma de 19 de febrero de 2021 (proc. 395/2020) que condena al abono de una indemnización de 10.000 euros en un caso de vulneración de la garantía de indemnidad de una persona trabajadora con una semana de antigüedad.

3) Vulneración de más de un Derecho Fundamental

Un criterio constante y prácticamente uniforme que provoca el incremento de la indemnización por daños morales es la vulneración de más de un derecho fundamental³⁶. Así, la STSJ de Galicia de 14 de febrero de 2023 (rec. 6185/2022) condena a 15.000 euros por daños morales por vulneración del derecho a la indemnidad (la persona despedida presentó varias demandas contra la empresa y asistió como testigo en favor de compañeros de trabajo) y de la libertad de expresión (envió 74 correos electrónicos a la empresa con incidencias e irregularidades en el trabajo). También la STSJ de Cataluña de 21 de octubre de 2021 (rec. 1864/2021) condena al pago de una indemnización de 15.000 euros por vulnerar la garantía de indemnidad (despido por reclamación interna de horas extras devengadas y no abonadas) y por discriminación (también solicitó las medidas de conciliación del art. 37.6 ET). En algún caso de doble vulneración la indemnización ha alcanzado los 25.001 euros³⁷ por exclusión de una representante sindical en excedencia forzosa que no es subrogada cuando sí existía obligación, lo que implica vulneración de la libertad sindical y discriminación (art. 17 ET)³⁸.

Esto ocurre, incluso, en aquellos casos en los que la vulneración de más de un derecho fundamental provenga del mismo acto empresarial. Así ocurre cuando se condena a 10.000 euros por daños morales provocados por la vulneración de los derechos de libertad de expresión y de libertad sindical en un caso en el que un representante sindical es despedido por subir un video a Tik-Tok relativo a las condiciones laborales impuestas por la empresa³⁹. Se entiende en este supuesto que, aunque el acto es el mismo, se están perjudicando dos bienes jurídicos protegidos: por un lado, la libertad de expresión de cualquier persona trabajadora a criticar sin injuriar ni ofender y, de otro lado, la libertad sindical al ser despedido, no cualquier trabajador, sino un representante legal de los trabajadores.

Lo mismo ocurre en la STSJ de Madrid de 25 de noviembre de 2022 (rec. 1031/2022) donde se condena a 10.000 euros por daños morales padecidos por un representante de los trabajadores que es despedido por emitir comunicados alentando al ejercicio de la huelga a pesar de los incumplimientos de servicios mínimos, con vulneración del derecho a la huelga y a la libertad sindical.

Por último, cabe señalar la sentencia STSJ de Madrid de 25 de noviembre de 2022 (rec. 1031/2022) que condena a 10.000 euros de indemnización por vulneración de los derechos de libertad de expresión y de información del trabajador. El despido de un guionista de RTVE es causado por la inclusión de un rótulo sobreimpresionado en una noticia que dice “Ascensión se va de España como su abuelo”. Se podría así entender una doble vulneración; i) de la libertad de expresión de cualquier persona; ii) de la libertad de información como periodista en un medio informativo.

³⁶ En el mismo sentido lo percibe Arias Domínguez, 2023: 186.

³⁷ Aunque cabe tener en cuenta que la antigüedad de la trabajadora era de 18 años.

³⁸ SJS de Oviedo de 13 de octubre de 2021 (proc. 25/2021).

³⁹ STSJ de Cataluña de 27 de diciembre de 2022 (rec. 2979/2022).

También se incrementa la indemnización en casos en los que los derechos fundamentales afectados sean inseparables entre sí. Así ocurre en el supuesto resuelto por la STSJ de Cataluña de 15 de marzo de 2023 (rec. 4602/2022) que condena a 10.000 euros por vulnerar el derecho a la no discriminación y a la libertad sindical al discriminar a un representante sindical. Concretamente, en el presente caso no se trata de un despido, sino que a una delegada sindical, nada más ser nombrada, se le retira el vehículo de empresa, el cual venía usando desde el inicio de la relación laboral, tanto en el plano profesional como en el privado. En el mismo sentido, la STSJ de Castilla-La Mancha de 28 de enero de 2021 (rec. 1619/2020) condena al abono de una indemnización de 12.000 euros por discriminación y vulneración de la libertad sindical al cambiar de puesto de trabajo a un representante sindical.

Es interesante señalar que, en ambos casos, la discriminación sindical de un representante de los trabajadores siempre va a implicar dicha doble vulneración, un hecho que no impide que se considere como agravante. Quizá esta “inseparabilidad” de los dos derechos fundamentales pudiera implicar que el bien jurídico protegido es el mismo (la prohibición de discriminación sindical es una garantía del ejercicio de la libertad sindical) y, por tanto, no existe mayor daño en este supuesto. De esta forma, parece entenderlo la STSJ de Cataluña de 11 de abril de 2022 (rec. 33/2022) que condena a la indemnización mínima de la LISOS en un caso de doble vulneración de los derechos fundamentales siendo estos la libertad sindical y la protección frente a la discriminación sindical.

En general, la justificación de la necesidad de incrementar la indemnización en caso de que más de un derecho fundamental se vea afectado es difícilmente discutible. En efecto, si el objetivo es reparar el daño por la vulneración de un derecho fundamental y dicho daño se presume, de la misma forma se debe presumir que la vulneración de más de un derecho fundamental provocará mayor daño. También desde la perspectiva de la prevención general parece oportuno “castigar” con una indemnización mayor a aquél que vulnera un mayor número de derechos fundamentales que quién solamente afecta a uno.

Por ello, merecen censura aquellas –escasas– sentencias que condenan al mínimo de la LISOS, aunque exista vulneración de más de un derecho fundamental. Así, por ejemplo, lo hace la STSJ de Madrid 10 de mayo de 2021 (rec. 351/2018) cuando se vulnera el derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones al monitorizar constantemente y de forma desproporcionada el ordenador de la empresa. Aquí ni siquiera se podría argumentar que los derechos son indistinguibles dado que una cosa es monitorizar la actividad del ordenador (la navegación por internet) y otra distinta visualizar, adicionalmente, el correo electrónico u otras formas de comunicación electrónica. También cabe señalar la STSJ de las Islas Canarias de 16 de noviembre de 2022 (rec. 1220/2021), que otorga la mínima indemnización conforme a la LISOS, a pesar de que se vulnera la garantía de indemnidad y la libertad sindical, dado que el despedido es representante de los trabajadores y afiliado a un sindicato que ha presentado una demanda de tutela de libertad sindical.

Mayor censura merecen sentencias en las que, a pesar de existir doble vulneración de los derechos fundamentales, la indemnización es menor al mínimo de la LISOS. Así, la STSJ de Madrid de 24 de marzo de 2022 (rec. 876/2021) condena a satisfacer una

indemnización de 3.000 euros en un caso de vulneración de la dignidad (acoso laboral) y de la garantía de indemnidad.

En fin, se considera que, por razones preventivas y compensatorias, es necesario incrementar la indemnización cuando se produce vulneración de más de un derecho fundamental. De hecho, parece oportuno conforme al art. 183 LRJS y la STC 61/2021 que, para evitar la incongruencia, la sentencia se pronunciara sobre la cuantía de la indemnización por daños morales diferenciadamente para cada uno de los derechos vulnerados. Adicionalmente, si se admite que la indemnización mínima debería coincidir con la establecida en la LISOS, sería coherente que, si existe una doble vulneración, se aplicara dicho mínimo (salvo circunstancias agravantes o atenuantes) para cada uno de los derechos vulnerados.

4) Reincidencia en la conducta

Otro de los parámetros valorados por la doctrina judicial analizada considera que la reincidencia debe incrementar la cuantía de la indemnización. En un caso en el que la empresa ya había vulnerado el derecho a la indemnidad de la persona trabajadora en el pasado mediante un despido declarado nulo y que vuelve a reincidir despidiendo de nuevo al trabajador, se considera adecuada una indemnización de 30.000 euros (sin otros agravantes y con un salario de menos de 20.000 euros anuales y con antigüedad de 3 años)⁴⁰. De esta forma, se observa que la reincidencia en la conducta vulneradora es un potente agravante que puede implicar triplicar o cuatriplicar la indemnización mínima. Concretamente, en el presente caso, se está ante una indemnización equivalente a año y medio de salario del trabajador.

La justificación de la reincidencia es doble. Por un lado, una persona que ya ha sufrido un despido con vulneración de derechos fundamentales y que se enfrenta a un segundo también con lesión de derechos fundamentales, sin duda, sufrirá más al ver que se encuentra en un “día de la marmota” sin final. Tiene sentido pensar que esta persona pierda la fe en el sistema judicial y considere que nunca va a poder volver a su vida “normal” salvo que renuncie a sus derechos⁴¹. Así pues, este incrementado sufrimiento justificaría el aumento de la indemnización.

De otro lado, la vertiente preventiva explicaría también –y adicionalmente– el incremento de la indemnización. En efecto, una empresa que ya vulneró los derechos fundamentales de la persona trabajadora y que fue condenada al abono de una indemnización en su momento, pero que, a pesar de ello reincide en su conducta vulneradora, demuestra que la indemnización anterior no fue disuasoria. Ello implica, para cumplir con la finalidad preventiva, que en esta segunda vulneración de derechos fundamentales la indemnización sea cualitativamente superior.

⁴⁰ STSJ de País Vasco de 10 de enero de 2023 (rec. 2559/2022).

⁴¹ En un sentido similar se pronuncia también Mercader Uguina, 2022.

De hecho, esto debería ser aplicable no solamente en caso de que la “víctima” fuera la misma persona. Así, si en la empresa ha habido vulneraciones de derechos fundamentales acreditadas en el pasado, la sentencia debería valorarlas a efectos de considerar qué cantidad monetaria sería disuasoria cuando las anteriores no lo han sido. En este sentido, el Tribunal Supremo en sentencia de 20 de abril de 2022 (rec. 2391/2019) para conceder una indemnización de 60.000 euros argumentó, entre otros agravantes, que otra trabajadora distinta a la demandante había presentado la dimisión por la situación que se vivía en la empresa. Esto es, se considera agravante que la vulneración también haya afectado a otra persona trabajadora distinta de la empresa en el pasado.

Cabe decir que no se considera que usar la reincidencia, en el mismo sujeto o en distintos, para incrementar el valor de la indemnización pueda afectar al *non bis in idem* dado que no se está condenando de nuevo por hechos pasados, sino que se están valorando las circunstancias pasadas para cumplir con la finalidad preventiva de la indemnización durante la condena de un nuevo hecho vulnerador.

En este escenario también podría plantearse como agravante que incrementara la indemnización el hecho de que la conducta vulneradora se produjo sobre una pluralidad de sujetos y, por tanto, se vulneró el derecho fundamental de más de una persona. En este sentido, cada uno de los afectados podría ver incrementada su indemnización. Sin embargo, si la pluralidad de afectados fue en el mismo momento, no puede argumentarse que se requiera una indemnización mayor por razones preventivas dado que no existe una condena previa que pueda analizarse como insuficiente para evitar futuras vulneraciones. Tampoco parece que el sufrimiento sea mayor por afectar a más de un sujeto. De esta forma parece entenderlo la STSJ de Andalucía de 14 de julio de 2022 (rec 3288/2021) en un caso en el que tres personas son despedidas y las tres con vulneración de la garantía de indemnidad. En el presenta caso, el tribunal de instancia reconoce a cada una de ellas una indemnización de 9.000 euros, sin embargo, el tribunal de apelación considerará excesiva dicha indemnización al entender que no existen circunstancias agravantes que lo justifiquen.

5) Consecuencias de la conducta

La doctrina judicial analizada valora prolíficamente las consecuencias de la conducta. Tanto como agravante como atenuante. El agravante más habitual encontrado es la situación de incapacidad temporal de la persona trabajadora. En este sentido, la STS de 20 de abril de 2022 (rec. 2391/2019) admite una condena de 60.000 euros (dos años de salario) por una Incapacidad temporal cuyos orígenes estaban relacionados con aspectos que finalmente dieron lugar a la violación de derechos fundamentales. También la STS de 14 de noviembre de 2023 (rec. 1975/2021) condena al pago de una indemnización de 25.000 euros (6 meses de salario) a una persona despedida por su situación de salud, en la que, adicionalmente, la empresa se niega a proporcionarle una silla adecuada a sus padecimientos y limitaciones, a la vez que, durante todo el proceso conflictivo, la persona

inicia dos situaciones de incapacidad temporal. En el mismo sentido, la STSJ de País Vasco de 28 de junio de 2022 (rec. 19/2022) condena a 16.000 euros (un año de salario) por vulneración de la garantía de indemnidad a una persona trabajadora que durante el proceso conflictivo sufre una incapacidad temporal. No obstante, es cierto que la doctrina judicial no es unánime en este sentido. En este sentido, la STSJ de Madrid de 17 de marzo de 2022 (rec. 703/2021) condena al abono de una indemnización de 6.500 euros en una situación de acoso laboral con vulneración de la dignidad de la persona trabajadora. En el presente caso quedó acreditada una situación de hostigamiento en la empresa que desemboca en una situación de incapacidad temporal por ansiedad de larga duración.

Sorprendentemente los Tribunales no exigen una prueba clara de que la enfermedad incapacitante provenga de la vulneración del derecho fundamental ni siquiera que esté relacionada con el trabajo, sino que simplemente se admite como agravante por el mero hecho de que así se haya alegado en la demanda. De esta manera, los tribunales aplican la agravante, aunque la incapacidad temporal haya sido calificada como enfermedad común (ej. ansiedad)⁴².

El hecho de que la persona trabajadora sufra una incapacidad temporal parece prueba de un especial sufrimiento que requiere ser indemnizado por daños morales⁴³. Ahora bien, para que ese especial sufrimiento pueda ser indemnizado por los daños morales, sí parece necesario vincular, mediante prueba acreditada, que la situación de Incapacidad temporal fue provocada por la vulneración de derechos fundamentales. En efecto, lo que se exime de prueba, de acuerdo con la doctrina vista, es la existencia de un daño y la obligación de los jueces de calcular dicha indemnización, aunque el actor no aporte criterios de prueba. Sin embargo, la justificación de una indemnización “agravada” solicitada por el demandante sí parece que requeriría prueba por parte del alegante. Así, si se solicitan unos daños concretos como es el sufrimiento mental causado, aunque no se exija que se pruebe el concreto daño ocasionado (monetizar dicho daño es lo que realmente sería complejo), sí parece exigible que se pruebe que existe relación entre la incapacidad temporal y la vulneración del derecho fundamental.

Ahora bien, considero que no sería requisito previo que se calificara como accidente de trabajo o enfermedad profesional dicha incapacidad temporal, sino que, aunque fuera apreciada formalmente como enfermedad común a efectos de Seguridad Social, si durante el juicio por vulneración de derechos fundamentales el juez llegara al convencimiento de que existe relación entre la vulneración del derecho fundamental y la incapacidad temporal podría tener en cuenta tal situación a los meros efectos del cálculo de la indemnización. Esto es así, en mi opinión, dado que la calificación como accidente de trabajo a efectos de Seguridad Social y la conexión con la vulneración de derechos fundamentales exigen estándares de prueba distintos por lo que pueden mantener su autonomía calificativa diferenciada sin que una prejuzgue la otra.

⁴² STS de 20 de abril de 2022 (rec. 2391/2019).

⁴³ E, incluso, de una posible pérdida de ingreso (la diferencia entre lo percibido por IT y los salarios) aunque, en este caso, la indemnización correspondiente sería por daños patrimoniales y no debería, en puridad, incluirse en la indemnización de daños morales.

Adicionalmente a este factor, existe una casuística muy grande respecto a las consecuencias posibles que han sido aceptadas por la doctrina judicial como agravantes: como despedir a un representante sindical en el preciso momento en que estaba negociando un convenio colectivo⁴⁴, perjudicar a quien solamente cumplió con su deber de prestar testimonio veraz en juicio⁴⁵, despedir a quién anuncia que va a contraer matrimonio en fechas cercanas a la boda⁴⁶.

Por su parte, las consecuencias del acto vulnerador también han sido usadas como atenuante para rebajar la indemnización por debajo de los mínimos de la LISOS. La STSJ de Aragón de 7 de febrero de 2022 (rec. 980/2021) condena a 600 euros por vulneración de la libertad sindical debido a que la misma duró poco tiempo y fue reparada por la propia empresa. Concretamente, se está ante un caso en el que no se sustituyó temporalmente a un miembro del comité de empresa y de huelga durante el desarrollo de esta, impidiéndole participar a tiempo en la reunión del comité de huelga durante un día. Adicionalmente, la sentencia valora como atenuante que la no sustitución se debió a un error y que no fue intencional. También la STSJ de Islas Canarias 11 de junio de 2021 (rec. 310/2021) condena a 600 euros en un caso de vulneración del derecho a la intimidad. La empresa había colocado una cámara durante 13 meses en el comedor de la empresa. La sentencia alega para justificar la reducida indemnización que la persona trabajadora solamente era grabada 20 minutos al día durante la comida.

Otro supuesto usado como atenuante o reductor de la indemnización es el hecho de que la persona prestara servicios a tiempo parcial. Así, la STSJ de Islas Canarias de 12 de septiembre de 2022 (rec. 896/2022) condena a sufragar una indemnización de 2.500 euros por vulneración del principio de no discriminación del derecho a la salud debido a que la persona trabajaba a tiempo parcial. Sin embargo, esta situación no es ni mucho menos unánime. Por el contrario, en la muestra se han encontrado dos sentencias que condenan al mínimo de la LISOS, aunque la persona estuviera a tiempo parcial en la empresa⁴⁷.

La cuestión de la parcialidad como criterio es compleja y, por sí sola, probablemente no aporte suficiente información para valorarla a efectos del cálculo de indemnización ya que es posible que, en algunos casos, sea un atenuante y en otros un agravante. Es probable que una persona que esté a tiempo parcial porque tiene otro trabajo complementario sufra menos la vulneración por el hecho de “no tener todos los huevos en la misma cesta”, que una persona a tiempo completo con exclusividad. Por el contrario, una persona en tiempo parcial involuntario parece que sufriría más dado que tiene menos recursos económicos para enfrentarse a la situación de vulneración. Además, se debe tener en cuenta que dado que en nuestro país la mayoría de la parcialidad recae sobre las mujeres una indemnización menor por razón de parcialidad implicaría valorar menos los derechos fundamentales de las mujeres de forma sistemática (discriminación indirecta

⁴⁴ STSJ Cataluña de 4 de octubre de 2017 rec. 4142/2017.

⁴⁵ STS de 5 de octubre de 2017 rec 2497/2015.

⁴⁶ SJS nº1 de Segovia 205/2022, de 29 de abril.

⁴⁷ STSJ de Asturias de 7 de diciembre de 2022 (rec. 2241/2022); STSJ de la Rioja de 2 de noviembre de 2021 (rec. 59/2021).

por razón de sexo). En fin, en mi opinión, creo que la parcialidad no es un criterio oportuno para fundamentar las cuantías de las indemnizaciones.

Ahora bien, cuestión distinta es que la variable parcialidad sea indirectamente tomada en consideración. En este sentido, una persona a tiempo parcial tendrá un salario anual menor que alguien a tiempo completo. Se puede ver su relevancia en el caso de la STSJ de la Rioja de 2 de noviembre de 2021 (rec. 59/2021). En este caso, la sentencia, a pesar de analizar una vulneración sobre una persona a tiempo parcial, condena al mínimo de la LISOS. Esto acaba provocando que una persona trabajadora con salario anual de 6.972 euros perciba una indemnización de 7.501 euros, equivalente a más de un año de salario (muy por encima de las indemnizaciones medias que se encuentran en los 6 meses de salario), sin que exista ningún factor o criterio que justifique esta superior indemnización relativa.

6) Existencia de otra forma de reparación

El Tribunal Supremo ha remitido, en varias ocasiones, con objeto de rebajar la indemnización, al hecho de que el despido se ha declarado nulo. Se entiende que este hecho ya implica una reparación de la mayoría de los daños sufridos al obtener la readmisión más los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido y, por tanto, la indemnización del art. 183 LRJS puede cuantificarse en menor cantidad⁴⁸. Esto implicaría, a su vez, que en aquellos casos en los que la nulidad no es posible o no existe otra forma de reparar el daño, la indemnización debería ser mayor. Así, por ejemplo, la STSJ de Cataluña de 30 de abril de 2021 (rec. 5044/2020) condena a 25.000 euros de indemnización de daños morales a una persona que solicita la extinción indemnizada del art. 50 ET (y, por tanto, no hay nulidad) por vulneración del derecho a la intimidad y a la dignidad.

Sin embargo, la realidad es que, a pesar de que el Tribunal Supremo haya señalado la nulidad –o la falta de esta– como factor relevante para la cuantificación del daño, la mayoría de las sentencias no usa este factor como argumento. En este sentido, se encuentran diversas sentencias que, a pesar de condenar a la improcedencia del despido, no aumentan la indemnización por daños morales. Por ejemplo, la STSJ de Madrid 10 de mayo de 2021 (rec. 351/2018) declara la prueba nula por vulnerar el derecho a la intimidad y declara el despido improcedente por falta de acreditación de la conducta imputada, condenando al límite inferior de la LISOS para sanciones por vulneración de derechos fundamentales por daños morales. La lógica del Tribunal Supremo debería llevar a una indemnización mayor dado que el despido no ha sido declarado nulo y la persona trabajadora ha visto extinguido su contrato.

En este sentido, la STSJ de Asturias de 7 de diciembre de 2022 (rec. 2241/2022) también condena por daños morales al límite inferior de la LISOS en un caso de extinción por voluntad de la persona trabajadora del art. 50 ET con vulneración de la

⁴⁸ STS de 23 de febrero de 2022 rec 4322/2019 y STS 20 de abril de 2022 rec. 2391/2019.

dignidad del trabajador. De nuevo, la aplicación del art. 50 ET implica la extinción del contrato, lo que en la lógica del Tribunal Supremo debería conducir a una indemnización por daños morales superior. También, la SJS de Málaga nº 180/2023 de 31 de mayo condena al límite inferior de la LISOS en un caso en que se declara la improcedencia, puesto que la readmisión no es posible por falta de permiso de trabajo. De esta forma, se concluye que, aunque el Tribunal Supremo ha usado el argumento de la nulidad del despido para justificar una menor indemnización, lo contrario ha sido escasamente argumentado en la doctrina judicial analizada.

En cualquier caso, usar la nulidad del despido –o la falta de ella– como factor reduccionista de la indemnización por daños morales implica, en mi opinión, una confusión de tipos de indemnización. Como ha señalado la doctrina, el art. 183 ET recoge dos tipos de daños (Crespo Ortiz, 2023). Por un lado, el daño moral sufrido por la vulneración del derecho fundamental: un daño extrapatrimonial y de difícil cuantificación. Por otro lado, están los “daños y perjuicios adicionales derivados”, consistentes en los daños patrimoniales, cuantificables, asociados a la indemnización. De esta forma, conforme señala el Tribunal Supremo, se podría alegar que la declaración de nulidad cubre el daño patrimonial sufrido por el despido con vulneración de derechos fundamentales, sin embargo, en nada afecta a la reparación del daño moral sufrido. Así parece entenderlo parte de la doctrina judicial analizada. En este sentido, la STSJ de Castilla-La Mancha de 28 de enero de 2021 (rec. 1619/2020) condena al pago de daños patrimoniales por valor de 2.500 euros basados en salarios no percibidos y, adicionalmente, a 12.000 de daños morales por un cambio de puesto de trabajo. En esta misma línea, la STSJ de Cataluña de 27 de diciembre de 2022 (rec. 2979/2022) declara la nulidad de una sanción de empleo y sueldo condenando a daños y perjuicios equivalentes a la pérdida de salario y, adicionalmente, a daños morales por valor de 10.000 euros⁴⁹.

De esta forma, en mi opinión, cabría en todo caso separar los daños y perjuicios patrimoniales ocasionados, que en caso de despido pueden ser reparados por la declaración de nulidad, y los daños morales que no se ven afectados por la nulidad del despido dado que el sufrimiento padecido durante el proceso no podrá calificarse de menor porque posteriormente se declare su nulidad. La nulidad del despido reparará y compensará los perjuicios económicos, pero no el sufrimiento padecido con anterioridad a la sentencia, el cuál será el mismo con independencia del resultado final del juicio.

4. Criterios no encontrados para la cuantificación del daño

La lista de potenciales criterios para cuantificar el daño moral que ha elaborado el Tribunal Supremo enumera en último lugar “otros que puedan valorarse atendidas las circunstancias de cada caso”⁵⁰. Sin embargo, de la muestra se extrae que, debido probablemente

⁴⁹ En el mismo sentido ver la SJS Gijón de 15 de noviembre de 2022, Proc. 467/2022 y la SJS de Pamplona 132/2023 de 4 de abril.

⁵⁰ STS de 20 de abril de 2022 rec 2391/2019.

a la falta de alegación por las partes, los tribunales no han utilizado “otros” criterios. En este apartado se expone un criterio que no se ha encontrado en las sentencias analizadas pero que, probablemente, dada la naturaleza reparadora y preventiva de la indemnización de daños morales, debería ser alegada por las partes y atendida por los tribunales a la hora de la cuantificación. También se analiza otro parámetro listado por el Tribunal Supremo como base para el cálculo de la indemnización pero que no se ha encontrado en la doctrina judicial analizada.

4.1. Cifra de negocio de la empresa

Derivado de la naturaleza preventiva de la indemnización de daños morales, de acuerdo con el art. 183 LRJS) parecería lógico que se tuviera en cuenta la cifra de negocio o capacidad económica de la empresa por cuatro razones: la prevención general, que es un dato objetivo, que es fácilmente demostrable y el sufrimiento padecido.

Uno de los principios básicos de la prevención general de cualquier conducta reprochable es que el infractor no salga beneficiado de su conducta. De esta forma, cualquier indemnización debería tener en cuenta que esta debe ser superior a los beneficios concretos que la propia infracción haya causado a la empresa. En este sentido, el propio art. 39 de la LISOS, al establecer los criterios de graduación de las sanciones, establece que “las sanciones se graduarán en atención a la (...) cifra de negocio de la empresa”. La justificación de este criterio de graduación es de prevención general.

En este sentido, una sanción de 7.501 euros para una empresa con una cifra de negocio de 100.000 euros puede representar un desincentivo más o menos relevante, pero la misma sanción a una empresa con una cifra de negocio de 50 millones de euros probablemente no represente ningún desincentivo, incumpliendo con ello la función preventiva. Así pues, es esencial que, en la graduación de sanciones que recordemos van desde 7.501 euros hasta 225.018 euros, se garantice que estas impliquen un desincentivo a la conducta infractora.

De esta forma, dado que el art. 183 LRJS obliga a que la cuantificación del daño tenga carácter preventivo, parece necesario alegar y tomar en consideración siempre la cifra de negocio de la empresa a la hora de cuantificar el mismo. Este elemento tiene la ventaja adicional de ser fácilmente accesible y objetivo para permitir la individualización del daño, evitando como se ha visto que mayoritariamente se condene por el mínimo de la LISOS. En este sentido, junto con la antigüedad de la persona trabajadora (por las razones antes vistas), la cifra de negocio se considera el elemento más importante a la hora de determinar la concreta cuantía de los daños para conseguir un verdadero efecto preventivo de la indemnización. Si la cifra de negocio de la empresa infractora (o grupo de empresas en caso de que se demuestra una dirección unitaria) no se contempla, se estará tratando injustamente a las empresas con menor cifra de negocio, las cuales serán las que proporcionalmente abonen mayores indemnizaciones generando solamente en ellas el efecto desincentivador y de prevención general que pretende la norma. Lo que

conduciría a que, para las empresas con gran capacidad económica, la indemnización no tuviera función preventiva.

Existe otra razón para que la cifra de negocio sea valorada en la cuantificación del daño. En mi opinión, puede presumirse que sufrir una vulneración de derechos fundamentales por parte de una importante corporación, con significativos recursos económicos, provoca mayor sufrimiento, impotencia e indefensión que la misma vulneración ocasionada por una pequeña empresa (medida en recursos y capacidad económica). En efecto, la vulneración de derechos fundamentales provocada por alguien poderoso causa, por defecto, mayor inquietud, ansiedad o sufrimiento, precisamente por la incapacidad de respuesta o la situación de vulnerabilidad en la que uno se encuentra (o, precisamente, por volverse consciente de ella en el momento de sufrir la vulnerabilidad). Sean reales o no, cualquier persona temería mayores represalias a la hora de reclamar derechos fundamentales tras una vulneración contra una poderosa corporación: por los contactos que pueda tener esa empresa, por las redes de influencia de la propia empresa sobre otras empresas del sector (listas negras), etc. Así, repito, que con independencia de que esos mayores perjuicios sean reales o no o se vayan realmente a materializar o no, lo que sí es real es el mayor sufrimiento, mayor situación de indefensión y mayor vulnerabilidad de quién sufre una violación de derechos fundamentales de una empresa con gran capacidad económica medida en términos de cifra de negocio.

Es importante señalar que el número de trabajadores de la empresa podría también ser un indicador del poder de la empresa y del sentimiento de vulnerabilidad del trabajador. Así, por ejemplo, alguna sentencia ha reducido la indemnización de daños morales por debajo del mínimo de la LISOS debido a que la empresa era pequeña⁵¹. No obstante, si queremos combinar la justificación del sufrimiento con la preventiva, considero que sería más oportuno recurrir a la cifra de negocio como elemento a valorar (cuando esté disponible) y solamente recurrir al número de trabajadores en caso de que la cifra de negocio no sea un dato conocido. La razón es que es posible que una empresa tenga pocos trabajadores, pero cuente con una importante cifra de negocio (ej., empresas basadas en capital o tecnología). Para este tipo de empresas, carecería de sentido reducir la indemnización (o no aumentarla) debido a sus pocos trabajadores, ya que el efecto disuasorio de la indemnización no depende del tamaño de la empresa, sino de su capacidad económica.

4.2. Tiempo de duración de la situación conflictiva: lesión continuada.

El Tribunal Supremo, en su lista de parámetros objeto de valoración, incluye también “la persistencia temporal de la vulneración del derecho fundamental”. Sin embargo, en la muestra no se ha encontrado este parámetro para justificar la cuantificación de la indemnización. La importancia de este parámetro parece indudable. Una situación conflictiva

⁵¹ SJS de Granada de 15 de febrero de 2023 proc. 753/2022.

de larga duración (ej., un acoso moral durante años) no puede repararse ni resarcirse de la misma forma o por la misma indemnización que una situación puntual. Aquí no se está contemplando el supuesto de la reincidencia (vulneración declarada en más de una ocasión por sentencia o por la propia ITSS), sino simplemente que la situación de vulneración se haya producido en un espacio de tiempo determinado y no de forma puntual. Además de justificado, este criterio se considera útil y accesible. En efecto, toda condena por vulneración de derechos fundamentales debe tener en el apartado de hechos probados los actos y la duración de estos en el tiempo que permiten condenar dicha vulneración de daños y perjuicios. Así, el tribunal podría justificar una indemnización superior debido a que la vulneración se produjo de forma continuada en el tiempo, siendo mayor el agravante conforme más tiempo duró la misma. Es cierto que en muchos supuestos este criterio no tendrá relevancia, dado que en despidos-represalia el acto es único –y la nulidad compensa gradualmente mediante los salarios dejados de percibir el periodo de espera de la sentencia–. Ahora bien, en otros casos como vulneración por discriminación, en caso de discriminación salarial que duró meses o años, no parece que deba valorarse igual una situación puntual o de corta duración que una de larga duración. Lo mismo en caso en los que la vulneración a la intimidad (ej. monitorización del ordenador) ocurre en un momento dado (en una única ocasión) frente a una monitorización extendida en el tiempo.

4.3. Intencionalidad de la empresa y duda jurídica razonable previa

Uno de los factores que podría contemplarse a la hora de cuantificar la indemnización⁵² sería la existencia o no de una intencionalidad vulneradora de un derecho fundamental por parte de la empresa. De esta forma, hipotéticamente, podría plantearse que en los casos en los que la empresa desconociera que se estaba produciendo la vulneración del derecho fundamental (bien por un desconocimiento material, bien porque no existiera intencionalidad, bien porque existe duda jurídica razonable previa sobre la existencia de la vulneración) esto actuara como atenuante⁵³. Un ejemplo, podría ser en caso de vulneración de derecho de huelga. En este supuesto es posible que la empresa use su poder de dirección empresarial para ordenar a un trabajador que realice funciones de un huelguista, no con intención de vulnerar el derecho de huelga, sino simplemente con objeto de proteger sus propios intereses económicos. La pregunta que surge es si esto debería valorarse como atenuante.

Para resolver esta cuestión parece oportuno traer a colación la doctrina del Tribunal Constitucional que establece que existe vulneración del derecho fundamental con independencia de la intención antisindical o no de la empresa. De esta forma, establece

⁵² De la muestra analizada esta cuestión solo se encuentra en la STSJ de Aragón de 7 de febrero de 2022 (rec. 980/2021) que establece una menor indemnización porque la empresa actuó por “error” de carácter material sin ser consciente de estar realizando una vulneración.

⁵³ La doctrina ha señalado incluso que no sería lo mismo, a efectos de valoración de la indemnización, la discriminación directa que la indirecta, ver Mercader Uguina 2022: 33.

el Tribunal Constitucional que existirá vulneración si como resultado de las acciones del empresario, con independencia de si su voluntad era antisindical o no, se obtiene una disminución real de la presión derivada de la huelga⁵⁴. Se puede concluir con esto que la intención del empresario será irrelevante para valorar las acciones del mismo. Lo importante para saber si ha existido vulneración del derecho fundamental serán las consecuencias que han tenido sobre la huelga dichas acciones. Esta doctrina parece aplicable al caso de la cuantificación del daño y es que, si se ha producido la vulneración, el daño a reparar será el mismo con independencia de la voluntad “vulneradora” o no del empresario.

Lo mismo parece aplicable en caso de duda jurídica razonable sobre la existencia o no de una vulneración de derechos fundamentales previa a la sentencia, esto es, si se produce una situación sobre la que los Tribunales previamente no se han pronunciado. Se puede pensar en el caso de un empresario de buena fe que aplica un convenio colectivo con disposiciones de carácter discriminatorio. La cuestión es si este hecho sería relevante para la cuantificación de daño. A este respecto se podría argumentar que, aunque el empresario actúe de buena fe y con duda jurídica razonable (por falta de claridad jurídica) los daños morales provocados por la discriminación (o cualquier otra vulneración de derechos fundamentales) no serán menores que en caso de que no exista la duda jurídica razonable. Ahora bien, cuestión distinta es que, cuando exista duda jurídica razonable, aunque los daños sean los mismos, la indemnización pueda quedar reducida por la parte dedicada a su función preventiva y, con ello, la indemnización final sea menor que cuando no existe esta duda jurídica razonable. En efecto, si realmente antes de la sentencia que debe cuantificar el daño conforme el 183 LRJS no existe otro pronunciamiento anterior respecto a una situación similar y la empresa desconocía razonablemente que estaba vulnerando los derechos fundamentales, se puede entender que, a partir de la resolución, cambiará la conducta siendo la aclaración sobre el derecho aplicable realizado por la sentencia, en sí misma, suficientemente preventiva de futuras actuaciones.

5. Conclusiones

Este trabajo analiza los criterios usados por el Tribunal Supremo y por la doctrina judicial con el objetivo de conocer qué parámetros de cálculo son los más usados por los tribunales, a cuáles le dan más importancia y cómo cuantifican concretamente cada uno de esos parámetros para determinar la indemnización de daños morales (art. 183.1 LRJS). De este análisis se pueden extraer las siguientes conclusiones:

1. *Insuficiencia de la motivación de la cuantificación de la indemnización.* La primera conclusión es que los parámetros de cálculo usados, en la mayoría de los casos analizados, no son revelados expresamente en las sentencias. Esto es, se condena a una determinada cantidad, bien aplicando el mínimo de la LISOS,

⁵⁴ STC 33/2011, de 28 de marzo.

bien aceptando la cantidad solicitada en la demanda, sin explicar ni motivar qué parámetros o bases se han utilizado para determinar la concreta cuantía.

2. *Los datos muestran una importante aleatoriedad en la cuantificación:* De acuerdo con el Tribunal Supremo, la cuantificación de la indemnización por daño moral debe responder a tres objetivos y debe calcularse con base en una lista abierta de ocho parámetros. Sin embargo, del análisis realizado de la doctrina judicial solamente seis parámetros son encontrados como justificantes del cálculo: 1) el salario; 2) la antigüedad; 3) la vulneración de más de un derecho fundamental; 4) la existencia de otra forma de reparación del daño; 5) la reincidencia; 6) las consecuencias de la vulneración.

El análisis de regresión lineal realizado revela que los parámetros del salario de la persona trabajadora, su antigüedad, la vulneración de más de un derecho fundamental y la existencia de otra forma de reparación, en conjunto, explican solamente un 27% de la indemnización concedida. El resto de la indemnización está explicado por otros factores. Si bien es posible que el otro 73% esté explicado por otros parámetros desconocidos pero admisibles, lo más probable es que gran parte de la justificación de la cuantía de la indemnización corresponda al “ruido” (entendido como una aleatoriedad⁵⁵ en la concesión de una indemnización u otra). Estos datos demuestran que la seguridad jurídica o predictibilidad del resultado en la cuantificación de la indemnización es manifiestamente baja.

Si estos factores son explicables y lícitos, las sentencias deberían justificar mejor porqué se concede una determinada indemnización y no otra. Esto aumentaría la predictibilidad y la seguridad jurídica. Si los factores que explican una determinada indemnización son realmente aleatorios, la solución pasaría por objetivar la concesión de indemnizaciones dentro de lo razonable. Se considera que una aleatoriedad de un 5% o 10% entraría dentro de lo admisible en las competencias concedidas al juez cuando el art. 183.1 LRJS establece que se determine “prudencialmente” la indemnización. Sin embargo, un 73% de falta de explicabilidad parece claramente excesiva. De esta forma, bien la norma, bien los tribunales superiores deberían exigir, de un lado, mayor nivel de motivación de una determinada indemnización; de otro lado, establecer criterios más concretos que permitan objetivar la concesión de indemnizaciones. Esto es, reducir la aleatoriedad en la concesión.

3. *El factor de referencia es el límite inferior de la LISOS.* El factor más usado es el mínimo de la LISOS. Así, las sentencias mayoritariamente condenan al límite mínimo de la LISOS con independencia de la existencia de otros factores rele-

⁵⁵ Conscientemente no se ha querido usar la palabra “arbitrariedad” por la carga jurídica del término. Como señala la doctrina, la falta de criterios objetivos implica una valoración prudente y discrecional que puede ocasionar indemnizaciones dispares que no puede confundirse con la arbitrariedad (Maneiro Vázquez, 2013 y Sánchez Pérez, 2016; 882). En concordancia con lo anterior, los datos estadísticos de este estudio impiden conocer si existe arbitrariedad o no, solamente puede concluirse que los factores usados para el cálculo son desconocidos y no son explicados por las variables independientes analizadas en este estudio.

vantes en el caso. En mi opinión, el recurso al mínimo de la LISOS no cumple con la necesidad de individualización y motivación de la indemnización, sobre todo en aquellos casos en los que existen otros datos y parámetros conocidos por el tribunal como es la antigüedad del trabajador, el salario, la duración en el tiempo de la vulneración, si ha habido otra reparación o no a la persona trabajadora mediante otra indemnización o la nulidad en caso de despido. Se entiende que la determinación prudencial por parte del juzgador no justifica legalmente ni la falta de motivación de una determinada indemnización, ni tampoco una falta de individualización de la condena que es lo que ocurre cuando se recurre al límite inferior de la LISOS sin explicar los motivos de esta elección. Se ha detectado que es habitual que las sentencias apliquen el límite mínimo de la LISOS justificándolo mediante la coletilla “porque no existen factores que justifiquen mayor indemnización”. Sin embargo, la realidad es que en muchos de estos casos sí parece que existan motivos para una indemnización superior, como pueda ser el salario, la antigüedad etc., del trabajador. Solamente que no se tienen en cuenta esos parámetros. En mi opinión, no contemplar estos factores y no individualizar la condena podría llevar a una declaración de incongruencia omisiva de la sentencia.

4. *Salario.* La indemnización media concedida se encuentra entre 2 y 6 meses de salario de la persona trabajadora. Se defiende que una buena práctica consiste en medir la indemnización, no en términos absolutos, sino en términos relativos respecto al salario de la persona trabajadora. De esta forma, en términos generales, cuanto mayor sea el salario de la persona trabajadora mayor debería ser la indemnización. Esto viene justificado por el hecho de que la ley obliga a que la indemnización sea reparadora y resarcitoria. Así pues, para una persona con 100.000 euros al año de sueldo, una indemnización de 8.000 euros (menos de un mes de salario) podría no ser suficientemente reparadora y resarcitoria, cuando sí podría serlo para una persona que perciba 16.000 euros anuales (6 meses de salario). Otra ventaja es que, si los tribunales comienzan a medir en meses la indemnización concedida, sería una forma de individualizar el cálculo de esta.
5. *Antigüedad:* Las sentencias analizadas revelan que el 60% de despidos con vulneración de derechos fundamentales se realizan sobre trabajadores con menos de 4 años de antigüedad en la empresa. Estos datos evidencian que la antigüedad es un factor clave para decidir si se despide o no a un trabajador, aunque sea mediando vulneración de derechos fundamentales. La razón parece ser que se entiende que despedir a una persona con poca antigüedad es “barato” a efectos de la indemnización por despido. De esta forma, se concluye que, si se quiere que la indemnización por daños morales cumpla una verdadera función preventiva, parece necesario que el despido de personas trabajadoras con poca antigüedad implique una mayor indemnización del art. 183.1 LRJS.
6. *Vulneración de más de un Derecho Fundamental:* De acuerdo con las sentencias analizadas, la vulneración de más de un Derecho Fundamental se considera un

factor relevante para la cuantificación de la indemnización. En efecto, se considera que, por razones preventivas y compensatorias, es necesario incrementar la indemnización cuando se produce vulneración de más de un derecho fundamental. De hecho, en mi opinión, parece oportuno, conforme al art. 183 LRJS y la STC 61/2021 que, para evitar la incongruencia, la sentencia se pronuncie sobre la cuantía de la indemnización por daños morales diferenciadamente para cada uno de los derechos vulnerados. Adicionalmente, si se admite que la indemnización mínima debería coincidir con la establecida en la LISOS, sería coherente que, si existe una doble vulneración, se aplicara dicho mínimo (salvo circunstancias agravantes o atenuantes) para cada uno de los derechos vulnerados.

7. *Existencia de otra forma de reparación.* El Tribunal Supremo ha usado en varias ocasiones la declaración de nulidad del despido para reducir la indemnización de daños morales al entender que la nulidad ya compensa gran parte del daño sufrido. Sin embargo, usar la nulidad del despido –o la falta de ella– como factor reduccionista de la indemnización por daños morales implica, en mi opinión, una confusión de tipos de indemnización. Como ha señalado la doctrina, el art. 183 ET recoge dos tipos de daños. Por un lado, el daño moral sufrido por la vulneración del derecho fundamental: un daño extrapatrimonial y de difícil cuantificación. Por otro lado, están los “daños y perjuicios adicionales derivados”, consistentes en los daños patrimoniales, cuantificables, asociados a la indemnización. De esta forma, conforme señala el Tribunal Supremo, se podría alegar que la declaración de nulidad cubre el daño patrimonial sufrido por el despido con vulneración de derechos fundamentales, no obstante, la nulidad del despido en nada afecta a la reparación del daño moral sufrido. De esta forma, con objeto de reducir la confusión sería conveniente que las sentencias diferenciaran entre la indemnización patrimonial por un lado y la de daños morales por otra. Así, sí podría argumentarse que, en caso de nulidad, la indemnización patrimonial no corresponde o, en caso de falta de nulidad, calcular la indemnización patrimonial merecida. Sin que esta circunstancia afectara a la cuantificación del daño moral que consiste en una indemnización independiente que tiene por objetivo compensar, reparar y prevenir los daños extrapatrimoniales.
8. *La cifra de negocio como factor preventivo ineludible.* Un parámetro que no se ha encontrado en la doctrina judicial, pero que se considera esencial para que la indemnización cumpla sus funciones, es la cifra de negocio de la empresa vulneradora. Cuatro argumentos se exponen en favor del uso de este factor: 1) para que la condena sea desincentivadora, esta debe ser proporcional a la capacidad económica de la empresa. Si se condena al mínimo de la LISOS con independencia de la cifra de negocio de la empresa, esta condena solamente será desincentivadora para empresas pequeñas con poca capacidad económica, siendo irrelevante o inocua para empresas económicamente potentes. 2) es un factor objetivo que permite la individualización de la condena; 3) es un parámetro fácilmente accesible para los juzgadores y las partes; 4) conforme a la función

resarcitoria, se considera que se puede presumir que existe mayor sufrimiento por la vulneración de un derecho fundamental por parte de una poderosa corporación que por parte de un empresario con pocos recursos económicos.

6. Propuesta de baremo para el cálculo de la indemnización por vulneración de derechos fundamentales basada en los criterios judiciales actuales.

La doctrina judicial ha reclamado en repetidas ocasiones la existencia de un baremo que facilite la cuantificación de la indemnización por daños morales (Arias Domínguez, 2022). En el presente trabajo se propone un baremo basado en los criterios actuales usados por la doctrina judicial y en los argumentos vistos en este trabajo sobre la necesidad de tener en cuenta ciertos parámetros con objeto de que la indemnización cumpla su triple objetivo. El uso del presente baremo puede, de un lado, permitir una mejor cuantificación de las indemnizaciones, y, de otro lado, facilitar la justificación de peticiones en la demanda conforme a los criterios que realmente usan los Tribunales. También se pretende aumentar la predictibilidad (o seguridad jurídica) en el cálculo de una indemnización en función de los parámetros más usados por los Tribunales.

- *Tope mínimo y máximo.* Se debe partir de la LISOS con objeto de cumplir con la finalidad preventiva. De esta forma, la indemnización debería tener como tope mínimo 7.501 euros y 225.018 euros como tope máximo con independencia de cualquier factor por razones preventivas y reparadoras. Estos topes serán modificados y actualizados conforme así lo establezca el art. 40 de la LISOS.
- *Indemnización estándar sin agravantes.* Para cumplir con la función reparadora, la indemnización estándar debería ser de 6 meses de salario de la persona trabajadora teniendo en cuenta, eso sí, los topes mínimos y máximo que se acaban de señalar. Todos los porcentajes de incremento por agravantes o atenuantes deberían calcularse sobre la indemnización estándar sin agravantes.
- *Vulneración de más de un derecho fundamental.* Se debería condenar a la indemnización estándar por cada derecho fundamental vulnerado.
- *Agravante antigüedad:*
 - *Finalidad preventiva* con objeto de prevenir el despido con vulneración de derechos fundamentales de trabajadores con baja antigüedad, que ocurre con gran frecuencia en nuestro país. Si la persona trabajadora tiene menos de 1 año de antigüedad, la indemnización debería incrementarse en un 100%. Si tiene entre 1 y 4 años de antigüedad, la indemnización debería incrementarse un 50%.
 - *Finalidad compensatoria.* Con objeto de compensar el daño causado, si la persona trabajadora tenía más de 20 años de antigüedad la indemnización debería incrementarse en un 100%.

- *Existencia de otra forma de reparación.* Si en el caso enjuiciado, no se condena a una cantidad específica por daño patrimonial o no se declara la nulidad del despido (bien porque se está ante una extinción del art. 50 ET, bien porque la nulidad no cabe jurídica o fácticamente) la indemnización debería aumentar en un 50% dado que se entiende que existirán daños patrimoniales no compensados. Este incremento del 50% no debería producirse si se ha podido demostrar por parte de la empresa, o se deduce de los hechos probados directamente, que no existen daños patrimoniales.
- *Cifra de negocio de la empresa.* Por razones tanto preventivas como compensadoras del sufrimiento, la indemnización debería aumentar conforme a la cifra de negocio del año anterior de la empresa con el siguiente baremo:
 - Cifra de negocio inferior a 1 millón de euros no hay aumento.
 - Cifra de negocio entre 1 millón de euros y 10 millones de euros incremento del 50% de la indemnización.
 - Cifra de negocio entre 10 millones y 50 millones: incremento del 100%
 - Cifra de negocio entre 50 y 100 millones: 150% de incremento
 - Cifra de negocio entre 100 y 200 millones: 200% de incremento
 - Más un 100% de incremento por cada 100 millones de cifra de negocio adicional.
- *Tiempo de duración de la lesión sufrida:*
 - Si la lesión es en un único acto, no hay incremento
 - Si la lesión duró un periodo de tiempo, se debería incrementar la indemnización un 10% por cada mes.
- *Reiteración en la vulneración de derechos fundamentales en la empresa.* En caso de que anteriormente ya existiera un caso de vulneración en la empresa al mismo trabajador u a otros, la indemnización debería aumentar un 200% por cada una de dichas vulneraciones probadas.
 - *Consecuencia de la conducta:*
 - Si a criterio del juzgado la consecuencia de la conducta ha sido inocua o casi inocua para la persona trabajadora, más allá de la propia vulneración del derecho fundamental, la indemnización debería reducirse un 50% hasta el tope mínimo.
 - Si la consecuencia es leve debería mantenerse la indemnización sin considerar la consecuencia como agravante ni atenuante.
 - Si la consecuencia es grave, la indemnización debería aumentar un 100%.
 - Si la consecuencia es muy grave, la indemnización debería aumentar un 300%.

Si existiera *duda jurídica razonable* sobre la existencia de la vulneración, la parte de la indemnización dedicada a la *función preventiva* (cifra de negocio, trabajador con poca antigüedad) quedaría exonerada.

7. Bibliografía

- ÁLVAREZ ALONSO Diego, (2014) “La indemnización por lesión de derechos fundamentales en el ámbito laboral y la problemática de los derechos “morales”, *Relaciones laborales*, nº 9: 1-19, consultado en Legalteca.
- ARIAS DOMÍNGUEZ, Ángel, (2023), *La cuantificación de la indemnización por daño moral por trasgresión de derechos fundamentales en los despidos nulos*, BOE, Madrid, 1-231.
- BALLESTER PASTOR, María Amparo, “El proceloso camino hacia la efectividad y adecuación de las indemnizaciones por vulneración de derechos fundamentales”, *Revista de Derecho Social*, 69, 2015, pp. 31-56.
- CARDENAL CARRO, Miguel (2006), “La indemnización de los daños infringidos con ocasión de la lesión de derechos fundamentales: el Tribunal Constitucional no considera razonable la jurisprudencia unificada”, *Aranzadi*, 11 (BIB 2006/1251).
- CRESPO ORTIZ, David, 2023, La indemnización adicional por vulneración de derechos fundamentales del Artículo 183 LRJS. Reflexiones en torno a sus pretensiones y su cálculo, *Labos*, 4, 3, 156-180.
- DÍEZ-PICAZO, Luis, *El escándalo del daño moral*, Cizur Menor, Thomson-Civitas, 2008
- GARCÍA ROMERO, Belén, (2022), 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*, 4, p 1-10.
- GOERLICH PESET, José María, “La reparación de los daños morales derivados de lesión de un derecho fundamental por los tribunales del orden social: algunos pronunciamientos recientes del Tribunal Supremo”, *elderechoonline*, 2019.
- LÓPEZ BERMEJO, Oscar (2023), “Incongruencia omisiva: la sentencia de suplicación no emite pronunciamiento sobre los aspectos accesorios con previsión legal de las pretensiones principales. Los daños morales operan de forma automática al declararse la existencia de vulneración de derechos fundamentales”. *Revista de jurisprudencia laboral*, AEBOE, 2.
- LÓPEZ TERRADA, Eva. (2021). “La controvertida indemnización por lesión de los derechos fundamentales de las personas trabajadoras”. *Lex Social: Revista De Derechos Sociales*, 11(1), 2-39. <https://doi.org/10.46661/lexsocial.5412>
- MANEIRO VÁZQUEZ, Yolanda, “El derecho a la indemnización por daños morales como consecuencia de la lesión de la libertad sindical a la luz de la sentencia TC 247/2006, de 24 de julio”, *Dereito: revista xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, Vol.22, 2013, pp. 245-263.

- MERCADER UGUINA, Jesús (2022), “Derechos fundamentales indemnización por daños Morales y prudente arbitrio del juzgador en su determinación: una tormenta perfecta”, *Revista gallega de derecho social*, 15, 9-44.
- MOLINA NAVARRETE, Cristóbal, *Indemnizaciones disuasorias, nueva garantía de efectividad de la tutela social: entre retórica judicial y prácticas innovadoras*, Albacete, Bomarzo, 2019.
- MONEREO PÉREZ, José Luis, (2022) Despido nulo por vulneración derechos fundamentales, resarcimiento del daño moral y modo prudencial de cuantificación de la indemnización, *Revista de jurisprudencia Laboral*, 2, 1-16.
- RODRÍGUEZ CARDO, Iván Antonio (2014) “El resarcimiento de los daños Morales sufridos por el trabajador: concepto, valoración y cuantificación”, *Aranzadi*, nº 169, bib 2014/3858.
- SÁNCHEZ PÉREZ, José, “La reparación del daño en la jurisdicción laboral”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 216, 2019, pp. 1-29.
- SIDDAWAY Andy, WOOD, Alex y HEDGES Larry, (2019), “How to do a systematic Review: A best Practice Guide for conducting and reporting narrative reviews, Meta-Analyses, and Meta-Syntheses”, *Annual Review of Psychology*, 70: 747-70.
- TODOLÍ SIGNES, Adrián. “La insuficiente aplicación del baremo del automóvil para el cálculo de indemnizaciones por vulneración de derechos fundamentales. (A propósito de la STS de 27 de diciembre de 2011)”. *Actualidad Laboral*. 2012-2(15), 2012, pp. 1718-1728.
- TODOLÍ SIGNES, Adrián. (2021). “Nulidad o improcedencia en caso de vulneración de derechos fundamentales en la adquisición de la prueba, pero siempre una indemnización adicional. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 61/2021, de 15 de marzo”. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 459, 237-244.