

# doctrina

## Hacia un “giro copernicano” en el (otrora inexistente) Derecho Social de Daños: La ejemplarizante indemnización por daños a la persona (del trabajador)

**Cristóbal Molina Navarrete**

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad de Jaén

*“Ante cada cual hay una imagen de lo que debe ser; y en tanto que llega a serlo, no consigue plenamente su paz”*

Gustav Radbruch. *Introducción a la ciencia del Derecho*.  
*Revista de Derecho Privado*. Madrid, 1930. p. 269.

### 1. Introducción: un cambio jurídico-cultural en embrión

En la ortodoxa tradición jurídico-laboral, la justa (*suuum cuique tribuere*), eficiente y ejemplarizante reparación económica de los daños a los derechos de la persona del trabajador ha sido un páramo, no sólo científico-cultural, sino también legislativo y jurisprudencial, reflejo de un subsector jurídico anacrónico, deprimido y contradictorio. La modernización que en los últimos años ha experimentado el ‘Derecho de Daños’, evolutivo y dinámico como pocos, habría pasado casi de largo, como la ‘caravana americana’ de la inmortal película ‘Bienvenido

<sup>1</sup> Por todos, **DÍEZ PICAZO, L.** *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Ed. Civitas. Madrid. 2011.

Mr. Marshall', para el Derecho (Social) del Trabajo, tanto para su fuente legal como para la jurisprudencial. Esto ha venido siendo así cabalmente hasta hace muy poco tiempo. Hoy, en cambio, es posible, obligado, incluso urgente, reconstruir un naciente panorama bien diverso

Una mirada panorámica, pero detenida, nos permite constatar una revisión profunda, una inflexión muy significativa (AAVV, 2013). Cier- to, todavía está en estado embrionario, pero tiene la fuerza -amenaza ser 'viral', como ahora se dice- para ser general o sistémica, pues está dotada de una gran potencialidad de transformación de la tradición-cultura precedente, sin agotarse en aspectos o casos particulares. Una mutación en la comprensión de este tema no ya sólo del sistema regulador sino de la propia "cultura laboral indemnizatoria" por daños a los derechos persona del trabajador, en especial cuando se lesionan sus "derechos de la personalidad". Tal sería la magnitud *in fieri*, sea por obra de los cambios legislativos, todavía por explorar en todos sus extremos para ser efectivos, sea de las muchas rectificaciones jurisprudenciales, también a optimizar en la experiencia forense, que podría considerarse como un giro de 180 grados. Un genuino 'giro copernicano' que tiene aspectos muy positivos, por la evolución modernizadora e innovadora que provoca en un tema de tanta trascendencia -social y económica-; pero también sus inconvenientes, por los problemas de incoherencia, inseguridad jurídica e, incluso de desigualdad, que vuelve a acumular, ahora de sentido contrario, el sistema y la experiencia, siguiendo una perniciosa 'Ley del Péndulo'.

Hasta el momento, los laboristas, habríamos perdido el paso respecto de la evolución en la rama privada del Derecho de Daños -Derecho Civil-, incluso en la rama pública -Derecho Administrativo relativo a la responsabilidad patrimonial de las AAPP-. Ningún estudioso, o muy pocos, realizaría un estudio de Derecho de Daños incluyendo referencia a la norma laboral; sí remite a las normas generales del Código Civil -arts. 1101 y ss (contractual); o 1902 y ss (extracontractual)-, incluso especiales -art. 9 LO 1/1982, derechos de la personalidad-; o a las del "Código Administrativo" -arts. 139 y ss Ley 30/92-. No es una crítica corporativa, porque ese desdén está mu justificada en la deprimente y anacrónica tradición cultural recordada, por tanto es -era- un efecto silenciador merecido. Los propios laboristas, que han reclamado desde hace tiempo un cambio, pero sin aventurarse a construirlo de manera concreta, y más aún, la Sala Social del TS, tienden a resolver los

problemas socio-laborales apelando, con mayor o menor fortuna, a los preceptos civiles, aunque a veces los resultados provocaran casi sonrojo. Por ejemplo, durante un tiempo, ya superado, en atención al precepto citado -o civil o constitucional (lesión de un derecho fundamental)-, se negaba o reconocía una "*indemnización adicional*" ex art. 50 ET -STS, 4ª, 11 de marzo de 2004, luego corregida, si bien de forma difusa, por la STS, 4ª, de 17 de mayo de 2006, hoy jurisprudencia-.





sales, que suponen una nueva oportunidad de revisión en profundidad del Derecho Social de Daños a la persona –arts. 26.2 y 182, 183 y 184 LRJS; también arts. 96 y 139 LRJS–. Conviene advertir que varios de esos cambios responden a la clara consolidación de rectificaciones jurisprudenciales –SSTS, 4ª, de 9 de mayo y 13 junio de 2011, que asumen la posibilidad de exigir indemnizaciones adicionales libremente fijadas a través de autónomos procesos jurisdiccionales en el orden social–. Pero otras reformas habrían buscado ir más allá de la actual experiencia para promover una muy diferente, renovándola.

En efecto, el cambio procesal respondía a un ‘pacto jurídico-cultural’, no expresado explícitamente pero sí implícito: la pretensión legal de convertir al juez social en el juez único competente para valorar los daños en el seno de las relaciones de trabajo, haciendo retroceder al orden civil en todo lo que tenga que ver con los daños a la persona, incluso al contencioso-administrativo –cuando los daños a las personas se ligan al incumplimiento de normas preventivas–, iría acompañada de una renovación estructural y operativa del régimen de responsabilidad socio-laboral (‘civil’ técnicamente) en tales casos. Por eso, no sólo dejaba claramente expresado el cambio de los criterios de competencia judicial, sino también los de ‘imputación’ –el art. 96 LRJS confirmará el abandono, por la jurisprudencia social, del rígido criterio de la culpa, por otro más flexible, próximo al riesgo de quien tiene el poder de control, en línea con el orden civil (que luego cambiaría a otro más tradicional)– y ‘prueba del daño moral’ –el art. 183 LRJS introduce un principio de facilitación de la carga de su prueba–, sino también de la misma función de la responsabilidad ‘civil’ por daños (extra-patrimoniales) a la persona. Siguiendo, en buena medida, el fin que inspira la singular institución del art. 123 LGSS –el célebre recargo de las prestaciones de Seguridad Social por incumplimientos preventivos–, pero convirtiéndolo en principio general, el art. 183 LRJS, a diferencia del art. 114 LRCA, atribuye expresamente una función preventivo-disuasoria a toda indemnización por daño a la persona lesivo de un derecho fundamental –específico o no– en línea con el art. 9 de la LO 1/1982 (responsabilidad por lesión de derechos de la personalidad en el ámbito civil), transfiere o reapropia a la víctima de tal daño padecido todo el juicio de reproche social por conductas especialmente intolerables para la comunidad en general hoy. En definitiva, quiebra con ello de forma expresa y directa uno de los ejes más centrales de la tradición continental del Derecho privado de Daños.

Y, sin embargo, esas normas legales no sólo existen, sino que se han revisado de forma profunda, por ser un sector muy relevante de este tipo de daños, tanto respecto al concepto de ‘sinistro laboral’ como el más específico de ‘daños a la persona del trabajador’, y no sólo hoy a su salud. Así, junto a los preceptos sustantivos, no modificados recientemente, pero que sí debieron suponer un cambio radical en su día –arts. 4, 14-16 y 42 LPRL; art. 123, 127 LGSS–, hay que tener en cuenta los proce-

El resultado, por darle mayor operatividad práctica a esta afirmación de valor no sólo teórico-conceptual sino estrictamente normativo-positivo, es que convivirá, ahora ya de modo irracional e incoherente, 'tradicición' y 'renovación'. Pongamos dos ejemplos muy recientes. Del lado de la renovación, paradigmático es el ejemplo de la trabajadora que, víctima de una situación prolongada de estrés laboral –ni siquiera propiamente de acoso moral laboral–, va a recibir, tras varias sentencias firmes –la última STSJPV n. 2113/14, de 11 de noviembre– algo menos de 600.000 Euros. Esa cantidad es, por lo que se dirá, muy superior a la que hubiera recibido en el orden civil en el mejor de los pleitos. ¿Qué 'revolución jurídica' se ha producido para que pudiera suceder –y repetirse en el futuro de modo difuso– algo así?

Del lado de la tradición, otro trabajador, en fecha prácticamente simultánea, pero se trata ahora de funcionario, que lleva tiempo con una situación reconocida judicialmente de acoso moral laboral, sólo recibirá 18.500 Euros –vid. STSJ Castilla-León, Sala Contencioso-Administrativa, n. 2299/14, de 14 de noviembre–. ¿Qué trabas persisten en el ordenamiento para que, pese a proclamar la LRJS la competencia del orden social también en este caso y la Constitución la igualdad de trato, se produzcan diferencias tan radicales en la valoración de los daños a la persona del trabajador? Incluso desde el otro punto de vista de la relación, el del empleador, quizás no fuese ocioso preguntarse cómo es posible hoy que un problema típico de conflictividad laboral, como es el existente entre el empleador y una trabajadora, y en el que ésta trata de proveerse de una prueba de grabaciones del pretendido acoso de aquél, el jefe, que entiende lesionado con tal actuar su privacidad –derecho a la intimidad–, recurra al orden civil y no al social, dado que estamos en un ámbito laboral. Es el caso, muy mediático, resuelto a favor de la trabajadora, por la STS, 1ª, 678/2014, de 20 de noviembre<sup>2</sup>. Aunque no es objeto de nuestro estudio esta otra dimensión de la responsabilidad

<sup>2</sup> "... Aunque la conversación se mantuviera en la puerta del centro de trabajo y se refiriese a cuestiones laborales, ámbito en el que según la doctrina del TCO se puede desarrollar también la intimidad..., tampoco puede considerarse que hubiera por ello una intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad... pues de su contenido se deduce que... está actuando en su condición de representante de la empresa... y en el ejercicio de facultades disciplinarias respecto de esta. La existencia de una previa situación de conflicto entre las partes añade además una nota de razonabilidad..." –FJ Tercero, punto 4–. Para un caso opuesto de reconocimiento de daños por lesión del derecho a la libertad de expresión en el ejercicio del poder disciplinario vid. STS 25 de Junio de 2008, RJ 4235/08.

por daños a la persona –en este caso al empleador proveniente de conductas del trabajador–, sí evidencia que sigue existiendo esa desconianza de la práctica forense hacia el orden social para estos temas, no ya sólo por la convicción –hoy discutible– del carácter garantista a favor del trabajador de la justicia social, sino por la pobre cultura de responsabilidad por daños a la personalidad en el orden social.

Pero, precisamente, sería esta tradicional "miserable cultura de responsabilidad civil" por daños a la persona, reflejo de la inveterada tradición de indemnizaciones tasadas –objetivas, pero muy reducidas– respecto de daños patrimoniales, lo que está cambiando de raíz. Por eso, este artículo pretende dar cuenta, sucintamente, claro, de las principales líneas evolutivas de esta mutación *in fieri*. Algunas de estas pautas han quedado reflejadas, casi a modo de Guía o de 'Manual de práctica forense' en la materia, a través de la polémica STS, 4ª, de 23 de junio de 2014 –RCUD 1257/13–, con un fundado, aunque creo que errático, voto particular. En ella, que ha sido precisamente la invocada para alcanzar el efecto de sobre-indemnización presente en la citada STSJPV de 11 de noviembre de 2014, se rectifica la posición precedente en torno a la fijación de la indemnización por daño moral en situaciones donde concurren daños a la salud o biológicos con una clara diferenciación, por desbordamiento favorable a un plus de cantidad indemnizatoria, al orden civil. Otras rectificaciones de criterio jurisprudencial, en cambio, están en sentencias diferentes y en las que, con mayor o menor claridad, se procede igualmente a un conjunto de cambios muy relevantes para modernizar el régimen de responsabilidad 'civil' en el orden socio-laboral, cerrando por completo o, cuando menos, reduciendo significativamente, en la teoría y en la práctica, la brecha abierta entre ambos órdenes jurisdiccionales. Más aún. Ahora sería el orden social el que podría asumir una función de innovación, extensible fuera de su propio ámbito, obligando al orden civil, e incluso al orden contencioso-administrativo, a una renovación de la responsabilidad civil por daños a la persona análoga. Veamos porqué.

## 2. Hacia una indemnización por daño moral laboral de prueba automática y cuantía ejemplarizante: síntesis de la evolución legal y jurisprudencial

El tradicional apego judicial –y forense en general– a la regla de prioridad aplicativa de la norma laboral específica, que solía definir un ámbito de indemnización tasada y excluyente de la civil –libre–, de modo que el recurso a las

normas civiles aparecerían como supletorias, así como la escasa novedad que ha venido evidenciando, hasta hace bien poco tiempo, las leyes en el ámbito laboral a tales efectos, explicaría, aunque no justificaría, el retraso extraordinario del orden social respecto del civil en materia de indemnización por daños a la persona, muy en especial a los derechos fundamentales inespecíficos del trabajador –salud, integridad personal, libertad de expresión, intimidad, no discriminación...- (CARDENAL CARRO, M., 2006, p. 32). Por eso, difícilmente se podría hablar de un auténtico y genuino ‘Derecho Social de Daños a la persona’ –del trabajador sobre todo, pero no necesariamente sólo- en las relaciones laborales, ‘asignatura pendiente’ del Derecho del Trabajo, sin duda alguna, sin desmerecer algunos intentos aislados de reconstrucción de un régimen diferente, conceptual, normativo y práctico (AAVV, 2013). Sin embargo, como ya se ha anticipado en el apartado introductorio, tras la LRJS (Ley 36/2011), la situación cambió, no sólo en el plano de la norma, sustancialmente, aunque la radicalidad de su impacto renovador esté todavía en parte por explorar.

Así, atendiendo a la fuente legislativa, los principales cambios a reseñar serían:

- a) El propio fundamento de la responsabilidad por daños a los derechos de la persona del trabajador. Éste ya no sería sólo el clásico imperativo de reparación íntegra del daño, límite tradicional del resarcimiento económico de la víctima, sino también una función efectiva, no sólo simbólica o refleja, preventivo-disuasoria del incumplimiento lesivo –art. 183 LRJS-.

Aunque este cambio es bien conocido en la doctrina científica, que lo valora de forma muy diferente, la doctrina judicial, menos aún la jurisprudencia, todavía no han reparado de manera adecuada sobre sus radicalmente innovadoras implicaciones prácticas, más allá de las meras referencias simbólicas o “a mayor abundamiento”, existentes antes del cambio legal –ejemplo STS, 4ª, 20 de septiembre de 2007-. La norma procesal social ha zanjado claramente la cuestión teórica en torno a la función preventiva de la responsabilidad por daños a derechos fundamentales en las relaciones de trabajo, de modo que el Derecho Social de Daños ha de cumplir, necesariamente, esa función, de modo adicional. Por tanto, habría perdido el sentido aquí la polémica doctrinal entre quienes la defienden como propia también del Derecho Civil, no sólo del Derecho Penal, y la que la atribuyen únicamente a éste –incluido el Derecho Administrati-

vo Sancionador-. Se trata de una función normativa del Derecho Social de Daños a la persona, no ya una función secundaria o indirecta, sin que debieran confundirse el principio jurídico de la reparación-compensación con el de la prevención.

Ciertamente, se trata de una regla singular para este régimen de responsabilidad civil en las relaciones de trabajo que ha de calificarse como especial, nunca excepcional. Y no lo es porque no quiebra principio jurídico alguno, sólo una tradición normativa y una concepción dogmático-cultural, en la medida en que refleja el acervo comunitario en esta materia.

En efecto, tal función se recoge en las Directivas antidiscriminatorias –ejemplo: art. 18 Directiva 2006/54/CE- y en la jurisprudencia comunitaria que las interpreta desde antaño –STJCE 2 de agosto de 1993 (Asunto Marshall II)-. Por tanto, realmente supone una anticipación de lo que es ya, aunque no se formalice todavía normativamente, una evolución o tendencia de la cultura europea en esta materia, como evidenciaría el Proyecto de Codificación Europea en materia de responsabilidad civil. Y es especial, aunque yo creo que tiene vocación general o común por ese vínculo con la nueva cultura jurídico-comunitaria en la materia, porque no todos los sectores jurídicos en los que se genera esa responsabilidad por lesión de daños a la persona protegidos por derechos fundamentales se atribuye tal función adicional a la reparadora. Así, esta finalidad preventiva no aparece en el art. 114.2 LRJCA, que sólo permite incluir la acción indemnizatoria “siempre que tengan como finalidad la de restablecer o preservar los derechos o libertades por razón de los cuales el recurso hubiere sido formulado”. Debe recordarse que el privilegiado sistema de responsabilidad por daños en la Administración obedece a un modelo diferencial respecto los daños causados a los particulares y favorable a los intereses de la Administración en claro detrimento de los ciudadanos.

En suma, al margen del debate doctrinal, que muestra una mayoría muy crítica con tal función en el Derecho Continental, por considerarla una contaminación indebida con el diverso Derecho Penal (crítico PANTALEÓN PRIETO, F., 2001, pp.37-38; a favor CASADO CASADO, B., 2009), lo que debe contar en nuestro ámbito es la inequívoca formulación legislativa. Todo ello, por supuesto, al margen del mecanismo técnico a seguir para articular tal indemnización o resarcimiento disuasorio-preventivo, respecto del que no se pronuncia la norma, con lo que,

a mi juicio, no cabe confundir tal función con la técnica, muy discutida, de *'punitive damages'*, que el legislador laboral ni asume ni descarta. De este modo, el legislador laboral no sólo ha querido reforzar la confianza de los titulares de esos derechos en la efectividad de la tutela del Derecho -función social-, pues recuérdese que la LRJS responde expresamente a ese fin -en un contexto no sólo de frecuente peregrinaje de jurisdicciones (del civil al social, y viceversa)-, sino también ahorrar graves costes para el sistema, atribuyéndolos al sujeto causante -quien lesiona paga y sirve de ejemplo para que no lesionen los demás-, según su función económica.

- b) El criterio de imputación, de modo que la responsabilidad por daños a la persona a la salud deja fuera las consideraciones relativas a la tradicional 'culpa civil', aunque tampoco la va a excluir del todo, centrándose más en el nexo causal -relación de causalidad- (art. 96 LRJS) (**SEMPERE NAVARRO, AV-SAN MARTÍN MAZZUCONI, C.**, 2011). De este modo, junto a la reafirmación de la clásica técnica de la "prueba de indicios" -más que de inversión de la carga probatoria- típica de los derechos fundamentales, la LRJS va a consolidar el cambio jurisprudencial precedente, situándose en la órbita de la responsabilidad por riesgo civil -STS, 4ª, 30 de junio de 2010, RCU 4123/2008-. El art. 217.6 LEC se ve, así, reflejado plenamente en lo laboral y, consecuentemente, también desde estos aspectos cruciales de la responsabilidad -imputación y prueba- la modernización es manifiesta.
- c) La tutela inhibitoria-restitutoria del derecho fundamental no satisface ya la tutela del derecho fundamental, de modo que a la reposición en el disfrute del derecho hay que sumar necesariamente la adecuada reparación-compensación del daño sufrido.

El art. 179.3 LRJS es muy representativo al efecto, aunque no sea todo lo claro que debería. De un lado, pone de manifiesto la inherencia de la indemnización a la lesión de todos los derechos fundamentales, de ahí que requiera que se exprese la cuantía pretendida, con la "adecuada especificación de los diversos daños y perjuicios". Por eso el art. 182.1 d) también incluye como un contenido normal, incluso debido -"dispondrá..."-, la indemnización, y el art. 183.2 LRJS ordena al juez pronunciarse sobre la cuantía del daño, determinándolo según se trate de un daño u otro. Aunque todos estos preceptos presuponen una mínima diligencia





procesal por el demandado, siempre conveniente, expresan igualmente la normalización de la tutela indemnizatoria como aspecto clave para la efectividad del derecho fundamental. De otro lado, si presume los daños morales, siempre de difícil estimación y sobre los que siempre debe pronunciarse el Juez –arts. 179.3 y 183.2 LRJS–, debiendo ser los demás daños derivados de la lesión –sean patrimoniales o no (ejemplo los daños biológicos o a la salud)–, los que deban probarse, si bien mínimamente, en los términos revisados de la STCO 247/2006, que corrige parcialmente la precedente jurisprudencia social. Los daños morales son, pues, inherentes a la lesión de los derechos fundamentales, mucho más si se trata de derechos de la personalidad –del trabajador–, tal y como refleja el art. 9.3 LO 1/1982 para el ámbito civil. Por lo tanto, reglas tradicionales tales como el carácter tasado de las indemnizaciones ‘laborales’ o la prohibición de acumulación de indemnizaciones libres a las tasadas quedarían definitivamente arrumbadas del orden social (STS, 4ª, 20 de septiembre de 2011).

Consecuentemente, esta configuración conceptual y normativa de los daños derivados de la lesión de un derecho fundamental debe llevar a profundas reelaboraciones por parte de la jurisprudencia, no sólo en el ámbito social sino también constitucional, que sólo en parte se han realizado. En este sentido, de un lado, parece claro que es incompatible con esta nueva comprensión del daño a la persona la doctrina constitucional que, pese a prohibir una tutela sólo simbólica del derecho, no incluye indemnización, por ser contrario a la tradición del TCO. Una regla hoy obsoleta, amén de inconsecuente, que ya nos ha valido condenas por la justicia internacional –STEDH, de 19 de febrero de 2013, Asunto García Montero contra España (condena a pagar 16.000 euros por los daños que derivan de no recibir adecuada respuesta judicial a su pretensión de conciliar su trabajo con el cuidado de un hijo menor de 6 años, reduciendo su jornada sin ajustarse al parámetro diario–. Pero también, de otro lado, las aún persistentes dudas sobre el carácter automático o potestativo de la indemnización por daños a la persona del trabajador –no a su esfera profesional o patrimonial, que aquí no analizamos–. Al respecto, se debe recordar que hay una opción legislativa diferente según se trate del orden civil, donde se presume el daño, incluido el perjuicio moral, con la sola verificación de la lesión del derecho a la personalidad de rango fundamental, como se ha indicado más arriba –artículo 9.3 LO 1/1982–, o del orden contencioso-administrativo. Una vez más, en este orden aparece la singularidad

peyorativa para el ciudadano del sistema de responsabilidad administrativo, de modo que, en él, la protección judicial incluye la indemnización por daños y perjuicios morales, como es natural, pero no es automática, sino estrictamente potestativa –arts. 114.2 y 31.2 LRJCA: “también podrá pretender... cuando proceda”-. No obstante, al orden social, y pese a las deficiencias legislativas y resistencias judiciales, le es predicable la regla común o civil.

Esta conclusión no sólo emerge, respecto del daño moral, en el referido art. 183.2 LRJS, sino que se confirma en el art. 139.1 a) LRJS. Este precepto expresaría directamente tal cambio de modelo indemnizatorio-resarcitorio socio-laboral, en sentido evolutivo y abierto.

Este precepto procesal prevé una indemnización de daños siempre que se perturbe injustificadamente el ejercicio de los derechos de conciliación de la vida laboral y familiar, no sólo por la mujer sino también por el varón con responsabilidades familiares –STCO 26/2011-. No ignoro las resistencias que sigue también evidenciándose en la práctica judicial al respecto, quizás también por las debilidades de las demandas al respecto<sup>3</sup>. Pero hay que dejar bien claro que tal doctrina judicial parte de una jurisprudencia sobre prueba y cuantificación de los daños a la persona hoy en vía de radical superación, como aquí se quiere evidenciar. El tema es muy importante en la práctica, porque la reforma laboral está ocasionando ya un crecimiento significativo de las vulneraciones del mismo, como evidencia la multiplicación de casos en los Juzgados de lo Social, sin que accedan la mayoría ya ni a la suplicación ni a la unificación de doctrina, por no haber recurso, salvo el extraordinario de amparo, o en ámbitos de carácter internacional, como se ha indicado.

d) El régimen legal presupone la diferenciación, en la lesión de un derecho fundamental, entre ‘daños personales’ y ‘daños morales’.

Acabo de recordar cómo la LRJS establece un régimen de prueba diferenciado, al menos parcialmente, en orden a la prueba específica de los daños derivados de la lesión del derecho fundamental. De modo que presume unos, los morales, y facilita la prueba, pero sin una exención plena, de los demás, sin establecer baremos o criterios específicos al respecto –salvo la previsión, para los daños biológicos o a la sa-

lud derivados de los accidentes laborales de un Baremo específico, que no ha sido aprobado y que, no obstante, preveía la posibilidad de probar daños superiores (Disposición final quinta LRJS)-. Esto significa que el legislador ya no autoriza a incluir dentro de los morales (daño moral auto-referencial) a los demás daños, no ya patrimoniales, claro, que eso va de suyo, sino al resto de “daños personales” que puedan existir –los daños biológicos (corporales y psíquicos) y ‘daños existenciales’ o ‘relacionales’...-. También aquí el cambio de experiencia forense implícito es radical, porque sabido es que aún hoy existe aún un importante cuerpo de doctrina judicial que no diferencia adecuadamente, sobre todo en su cuantificación, entre los diferentes tipos de daños personales-relacionales (ejemplo STSJ País Vasco de 23 de febrero de 2010; STSJ Galicia 29 diciembre de 2003...). Esa diferenciación no es, pues, sólo conceptual, sino que tiene una relevancia práctica de primer orden, pues también diferentes deberán ser los criterios de valoración-cuantificación.

En tal dirección, es oportuno evidenciar que, en cierto modo, la rectificación operada, respecto de la valoración del daño moral en sentido estricto, por la STS 24 de junio de 2014, profundizará la jurisprudencia que, respecto de la indemnización por accidente de trabajo, corrigió, desde 2007, la práctica judicial precedente, exigiendo una desagregación de los conceptos a resarcir para operar el mecanismo de la compensación de indemnizaciones. Una correcta metodología que, paradójicamente, ha quedado relegada cuando en juego está otro tipo de daños personales. Precisamente, la STSJPV de 11 de noviembre de 2014 ilustra bien ese viraje de una parte relevante de la doctrina judicial al respecto, de modo que diferenciará claramente la indemnización por daño biológico y daño moral.

e) La prohibición de fijar topes máximos apriorísticos a las indemnizaciones por daños a la persona protegidos por derechos fundamentales

A mi juicio, ha de interpretarse esos preceptos laborales especiales no sólo en relación a la norma civil comentada –inherencia del daño moral a toda lesión de derechos subjetivos de la personalidad, donde el vínculo íntimo con la dignidad de la persona del trabajador es mucho más radical-, sino también, y sobre todo, con las normas más recientes relativas a la reparación indemnizatoria de conductas especialmente reprobables socialmente. De ahí, que en tal caso, junto al evidenciado régimen de flexibilización

<sup>3</sup> Por ejemplo, SSTSJ Andalucía, 13 de julio de 2011, o Madrid, de 15 de octubre de 2012.

de la prueba evidenciado, aparezca la quiebra de una regla mucho más tradicional en el proceso civil, el principio rogatorio típico del sistema de responsabilidad civil por daños (“para que haya indemnización, la tiene que pedir en la demanda”, dicen los jueces una y otra vez para justificar sus deficiencias en esta materia, que, hay que decirlo, se suman a la de los/as abogados/as); pero también el relativo a la posibilidad de topar las indemnizaciones en tales casos, como, en última instancia, supone la existencia de un Baremo –como el previsto para los accidentes de tráfico o en el marco de la regulación vial-. A mi juicio, no sirven para alcanzar esta conclusión sólo las referencias a la jurisprudencia del TJCE, como se dijo, sino las recientes leyes de trasposición de la regulación antidiscriminatoria, como es el caso, para las personas con discapacidad, del art. 75.2 RDL Legislativo 1/2013. A su tenor:

*“La indemnización... a que pueda dar lugar la reclamación correspondiente no estará limitada por un tope máximo fijado «a priori». La indemnización por daño moral procederá aun cuando no existan perjuicios de carácter económico y se valorará atendiendo a las circunstancias de la infracción y a la gravedad de la lesión”.*

Queda claro que no pueden existir diferencias de protección en atención al tipo de derecho fundamental de que se trate, mucho menos al orden judicial en que se ejerza un mismo derecho. Por tanto, sea el legislador sea, sobre todo, la jurisprudencia deberían hacer un esfuerzo de racionalización y coherencia normativas, uniformando el tratamiento del régimen indemnizatorio en este doble sentido: la automaticidad de la indemnización por daño moral, de un lado, y la prohibición de tasar cualesquiera daño personal derivado de la lesión del derecho fundamental, que no se agota en el daño moral, de otro. La referencia a la citada disposición final quinta de la LRJS que, recogiendo la jurisprudencia social al respecto, deja bien clara esa prohibición de tasación de los daños personales lesivos de tal tipo de derechos de máximo rango fundamental. A mi entender, se trata aquí de un enorme y abierto ‘oasis’ (LOUSADA AROCHENA, J.F., 2012, p. 16), frente a la degradación tan intensa de los derechos en el contexto de crisis económica y reformas de devaluación de los mismos. De todo ello debería tomar buena nota la doctrina judicial, y la jurisprudencia, para llevar a sus últimas consecuencias esa revisión legislativa que se acaba de sintetizar.

Al respecto, son muchas las rectificaciones de rumbo que se han producido, tal y como se

han indicado más arriba. Otras, en cambio, precisan mucha mayor intensidad y claridad. Una vez mencionada ya la relativa a la asunción plena de la compatibilidad de indemnizaciones por daños –asumiendo esa regla general de favor hacia la protección adicional compensatoria por daños personales–, vamos a destacar ahora tres especialmente relevantes para nuestra argumentación. A saber:

a) Los daños actualizados a la salud por incumplimientos de normas preventivas tienen como referente el derecho a la integridad de la persona, por lo que todo daño a la salud del trabajador derivado de aquel incumplimiento pone en juego, de una manera potencial o efectiva, ese derecho fundamental –SSTCO 62/2007 (integridad física) y 160/2007, de 2 de julio (integridad psíquica)–.

Es muy bien conocida la doctrina constitucional que rechaza, so pena de “banalizar el contenido de los derechos fundamentales reconocidos en el art. 15 CE, que todo supuesto de riesgo o daño para la salud implique una vulneración del derecho fundamental”, pero no es menos cierta aquella doctrina constitucional que considera lesionado el derecho cuando no se lleva a cabo una actividad suficientemente diligente para impedir un riesgo constatable y de producción razonablemente cierta de no realizar tal actividad preventiva. La previsibilidad del riesgo de actualización en un daño a la salud es un factor decisivo para esa referida conexión con el derecho a la integridad personal.

b) La flexibilización de la carga probatoria del daño personal, aproximándose de manera progresiva, aún sin llegar, a la doctrina del daño presunto o automático (STS, 4, de 8 de julio de 2014).

La doctrina constitucional –STCO 247/2006– no desautorizó la doctrina jurisprudencial que, rectificando una posición anterior, y mucho más correcta a mi juicio, exigía algún tipo de prueba de producción del daño moral y de criterio para su cuantificación, pese a constatar la lesión del derecho fundamental, incluso de la personalidad, cuya inherencia del daño moral es un presupuesto no sólo conceptual sino legal –en el orden civil–. Pero sí puso distancia con ella, al exigir únicamente que constasen hechos probados de los que pudiera derivarse indicación de daños y perjuicios asociados a la lesión y alguna ‘base de cálculo’ de su cuantía. Quedaba bien claro, como se dijo, que la nueva regulación legislativa urgía a una nueva rectificación,

para volver a la doctrina originaria, la correcta conceptual y hoy normativamente, pero no fue así inicialmente, manteniéndose la doctrina precedente con la flexibilización establecida por el TCO. La doctrina judicial siguió con ese anacronismo -SSTTSSJ Andalucía/Granada, 1825/2011, de 13 de julio, Cataluña 1354/2012, de 20 de febrero-. Pues bien, en fechas reciente es muy apreciable una evolución en la jurisprudencia de unificación al respecto, que comienza a ser mucho más sensible al nuevo mandato legal. En este sentido, si la STS, 4ª, de 5 de febrero de 2013, RCU 89/2012, se mantiene todavía muy apegada a la precedente, afirmando que *“el daño moral debe ser alegado por el demandante, precisado su alcance y, en su caso, acreditado en el proceso... doctrina no... afectada por la STC 247/2006 (que)... otorga plena validez a la matizada doctrina de esta Sala sobre el tema que nos ocupa”* -FJ Tercero in fine y Cuarto ab initio-, la STS, 4ª, de 8 de julio de 2014, RCU 282/2013, aplicando -con el mismo ponente- ya de una forma más inmediata el art. 183.2 LRJS asume que esta norma ‘obliga’ al Juez, “cuando declare la vulneración del derecho fundamental, a pronunciarse sobre la cuantía de la indemnización, en concreto sobre el... daño moral, “determinándolo prudencialmente cuando la prueba de su importe exacto resulte demasiado difícil o costosa” -FJ Tercero-. Aunque esta evolución es apreciable, no queda claro el criterio de la automaticidad del daño moral, cuya presunción está afirmada legalmente, como se dijo, y es de coherencia.

- c) La rectificación del criterio valorativo del daño moral en situaciones donde concurren daños biológicos (corporales y/o psíquicos) y, por tanto, podría aplicarse el ‘Baremo’ de accidentes de circulación vial -STS, 4, de 23 de Junio de 2014-.

La manifiesta presunción legislativa del daño moral, junto a la no menos constatable flexibilización de la carga probatoria de los demás daños personales asociados a la vulneración de un derecho fundamental de la persona, no zanján el problema de la cuantificación concreta o precisa de los mismos. En este sentido, si es igualmente evidente que los daños morales son de determinación difícil o costosa por definición, por sí mismos o de suyo, no menos cierto es que tampoco resulta fácil fijar los daños personales adicionales -biológicos, existenciales...-, por cuanto no existe ningún Baremo específico para su fijación, a diferencia de lo que resulta para la siniestralidad vial y pese a lo previsto en la LRJS. Ante este ‘silencio legislativo’ -que no queda claro sea un ‘silencio

elocuente’ (en el orden social no puede haber baremos a los que atribuir carácter obligatorio, por la prohibición de tasar las indemnizaciones a daños tutelados por derechos fundamentales) o una auténtica ‘laguna legal’ (el orden social admite y necesita, como el civil, un Baremo objetivado y ponderado, que atienda a la especificidad de su ámbito de relaciones contractuales), siendo yo más partidario de lo primero que de lo segundo, pese a sus inconvenientes para la seguridad jurídica y la igualdad de trato, como veremos-, se viene utilizando en la práctica forense dos ‘baremos’ o ‘criterios valorativos objetivados’ distintos.

De un lado, cuando media un ‘accidente de trabajo’ -o enfermedad asimilada a él-, se ha consolidado el recurso al ‘Baremo’ de accidentes de circulación vial -que figura como Anexo al TR de la LRCSCVM-, si bien sólo de forma facultativa para el juzgador y orientadora, de modo que puede apartarse de él, total o parcialmente, siempre que lo razone suficientemente. Tal es su poder de influencia, incluso seducción jurisdiccional, que ciertas doctrinas judiciales asumen su eficacia incluso aunque no hubiese sido invocado por el demandante, incluso aunque éste hubiera elegido otro diferente, pidiendo que se excluya tal Baremo -STSJPV de 27.05.2014, Rec. 875/14, sobre la base del carácter no facultativo sino obligatorio de fijar la indemnización, eso sí, “una vez acreditado el daño y las circunstancias del mismo” (rechaza la referida doctrina de la presunción del daño moral y/ flexibilización del daño personal)-. Así se refleja en la citada STS, 4ª, de 23 de junio de 2014 -RCU 1257/13-, que sintetiza la doctrina de la Sala que, aquí sí, mantiene, sin perjuicio de la rectificación concreta a la que aludiremos de inmediato.

De otro lado, se ha consolidado en la jurisprudencia social también el recurso a otro criterio muy diferente para cuantificar los daños morales asociados a la lesión de derechos de carácter fundamental, medien o no otros daños personales. Se trata del Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones del orden social -TRLISOS-, norma específica socio-laboral, sí, pero de estricta significación punitivo-administrativa. Este criterio valorativo objetivo también fue avalado por la STCO 247/2006, habiéndose reafirmado por la citada STS, 4ª, de 8 de julio de 2014. Consciente la Sala de los problemas que podría plantear este uso indemnizatorio de una norma sancionadora, que puede haberse activado igualmente en la situación concreta, deja bien claro que se trata, una vez más, de un uso sólo orientativo o estimativo, no, claro es, de una aplicación directa. Se evidencia, en

todo caso, y al margen de lo muy discutible que resulta este criterio en el plano técnico-jurídico, esa dimensión preventivo-punitiva que asume la indemnización por daño moral laboral en particular, y la indemnización por vulneración de un derecho fundamental en general.

En este contexto de parcial pugna entre un criterio –claramente civil y orientado sobre todo por un principio jurídico de limitación de la responsabilidad (función económica)- u otro –netamente social y orientado básicamente por un principio de sanción del incumplimiento, al margen del daño (función punitiva)- de valoración del daño moral laboral, la Sala Social ratifica su mayor adherencia al primero, cuando concurren ambos tipos de daños personales –corporal o biológico y moral-, pero corrigiendo su aplicación, para garantizar un plus indemnizatorio. De ahí que la STS de 23 de junio de 2014 rectifique el criterio anterior, llevándonos a entender que el factor corrector de la Tabla IV (‘incapacidad permanente para la ocupación habitual’) exclusivamente atiende al daño moral que supone –tratándose de un trabajador- la propia situación de IP, por lo que la indemnización que en tal apartado se fija ha de destinarse íntegramente –en la cuantía que el Tribunal determine, de entre el máximo y mínimo que al efecto se establece en ese apartado el Baremo- a reparar el indicado daño moral (...)”. Por lo tanto, se corrige la doctrina presente de la ‘doble imputación’ a lucro cesante y a daño moral del factor corrector de la Tabla IV del citado Baremo.

Al margen de la valoración que se tenga –la mía es favorable- sobre la corrección técnica de esta doctrina, discutida en el seno mismo de la Sala al contar con un fundado voto particular muy crítico, aunque creo que excesivamente apegado a una superada dogmática civilista, lo que me importa reseñar es que en el fondo de la nueva doctrina jurisprudencial late esa evolución profunda que estoy aquí evidenciando. Tiene, por tanto, una clara finalidad, una vertiente de política judicial del Derecho Social de Daños, que considera ya necesario, incluso urgente, superar las limitaciones tradicionales de los sistemas propios de las indemnizaciones tasadas –laborales y de seguridad social-, para abrirse a sistemas en los que la indemnización refleje adecuadamente una doble singularidad de las relaciones de trabajo, la naturaleza del derecho lesionado –que es fundamental- y el plus de reproche social que debe derivar de su lesión por incumplimientos preventivos. Por eso, se reformula el sentido de los preceptos, y de su propia jurisprudencia, para alcanzar “*el satisfactorio resarcimiento de los da-*

*ños producidos por los accidentes de trabajo en cuya producción el empleador no haya actuado con la diligencia laboralmente exigible”* –FJ Noveno, apartado 2, *in fine*-.

### 3. La ley del Péndulo: ¿Del “miserabilismo indemnizador” a la “excesiva e incierta onerosidad” para el empleador?

Sin perjuicio del análisis más pormenorizado técnicamente que merece esta doctrina, cuya corrección sustancial no puede hacer ocultar algunas confusiones y ambigüedades que en ella se hallan, algunas bien evidenciadas por el voto particular, otras no, interesa en este estudio más el sentido y alcance global y de futuro que, para un moderno, abierto y coherente Derecho Social de Daños a la persona del trabajador –sin perjuicio de su eventual proyección, matizada, a los daños a la persona del empleador-. En efecto, en la omnipresente tensión entre los valores de ‘seguridad jurídica’ y ‘justicia social’, la mayoría de la Sala Social ha optado claramente por el segundo. Lo advierte expresamente la mayoría de la Sala Social, por cuanto una vez recordado que el uso –facultativo y orientador- que hace de un Baremo que no le es propio, de inmediato recuerda que exige corrección para asegurar la reparación íntegra.

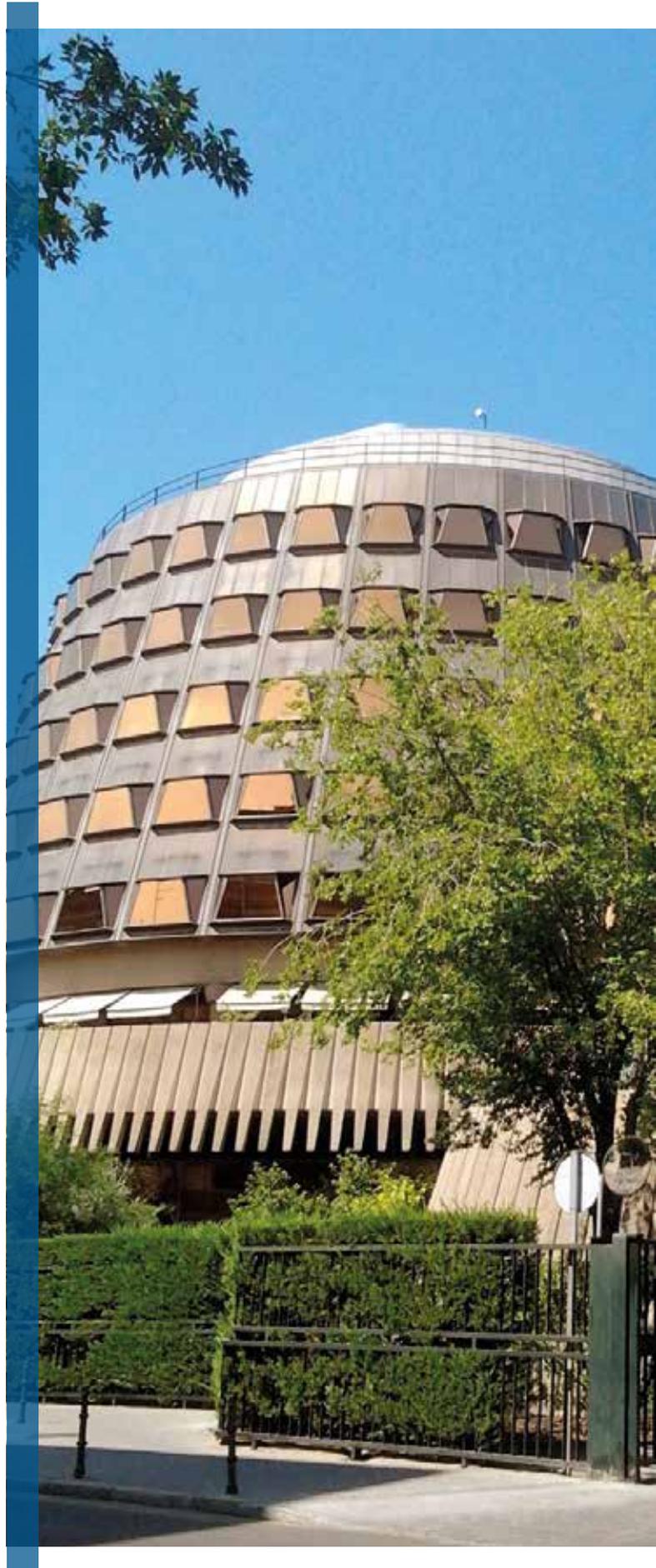
La justificación de la diferencia con la Sala Civil sería, pues, sólo técnica o formal, pero no de principio jurídico orientador, porque en ambos casos se buscaría un ‘incremento de la indemnización’ –FJ Noveno, punto 3, *ab initio*-. Con la anterior doctrina, se produciría el efecto práctico no deseado de la reducción del montante indemnizatorio o resarcitorio, dado el doble efecto de descuento de las prestaciones de Seguridad Social correspondientes, que no estaría presente en el sistema civil de indemnización, que permanece por completo al margen de ellas y no procede a descuento alguno. En suma, en el fondo del cambio está el principio de favor hacia la indemnización adicional cuando en juego están daños a la persona del trabajador, y más si su producción se debe a la falta de la diligencia exigible al empleador para prevenirlo.

Precisamente, esta idea es la que inspira la nueva doctrina de suplicación del TSJPV que, en aplicación de esta rectificación jurisprudencial, ha considerado perfectamente lícito, como se dijo al inicio de este estudio, establecer una indemnización adicional por daño moral de 50.000 euros, pese a que a la trabajadora ya había percibido casi 160.000 euros por daños de carácter biológico –corporales y psíquicos-.

Pero, sobre todo, aunque la trabajadora había visto igualmente reconocido el recargo de prestaciones de la Seguridad Social ex art. 123 LGSS, cuyo montante ascenderá en torno a los 330.000 Euros –el 50% de las prestaciones que le corresponden por incapacidad permanente absoluta–. Como en este mismo número de la Revista hay un específico comentario de esta sentencia por el abogado que ha tenido el éxito de lograrla, pese a los matices diferenciales entre lo pretendido –pedido– y lo dado, aquí sólo me ocupa llamar la atención sobre lo que considero son sus tres principales debilidades y, en consecuencia, de la propia doctrina del TS a las que dice ligarse.

Primero, es manifiesta la inseguridad jurídica que genera un razonamiento de este tipo porque no establece un parámetro preciso para la fijación de ese monto adicional, que es de considerable alcance. Ciertamente, la doctrina de suplicación del TSJPV afirma que corresponde a la entidad o gravedad del daño sufrido, derivado de la omisión del deber preventivo por parte de la empresa a su situación durante un periodo prolongado. Pero ¿acaso no es misión típica del recargo de prestaciones, que se mantendrá durante toda su situación de pensionista, castigar o reprobar esa inactividad? Como es bien sabido, el recargo de prestaciones cumple análogo fin a la técnica de los ‘daños punitivos’ (punitive damages o exemplary damages), típica del *Common Law*, con lo que se garantizaría una función eminentemente preventivo-disuasoria de la indemnización, aunque con un tope o límite máximo –entre el 30 y el 50%–. Según la jurisprudencia consolidada, aunque nunca clara, con vaivenes interpretativos, no es posible descontar el recargo, atribuido al trabajador, pues tendría naturaleza sancionadora. Ahora bien, si se ha rectificado la jurisprudencia, a fin de que quede clara esa dimensión adicional de la indemnización del “dolor moral”, y se ha atribuido normativamente una función preventivo-disuasoria a la misma ¿no exige rectificar la tesis de la compatibilidad entre la indemnización civil de daños y la sanción social pecuniaria, privadamente apropiada por mandato legal a favor de quien sufre el daño, cuando las dos concurren para la ‘justicia del caso’ concreto?

Segundo, y en conexión con esta crítica, de no hacerlo así, para las situaciones en las que proceda también el recargo de prestaciones, que satisface la función preventiva inherente a este tipo de indemnizaciones, se produciría una excesiva onerosidad para el empleador. No es necesario traer a colación el límite propio del





Derecho Punitivo *-ne bis in ídem-*, sino el civil y racional de la no reparación de la misma situación dos veces. Quiebra, así, la eficiencia.

Tercero, una situación jurídica hoy tan caótica e irracional, formada por datos legales y doctrinas jurisprudenciales yuxtapuestas en estratos o en aluvión, procedentes de épocas históricas y contextos *-socio-económicos, normativos y culturales-* tan diversos, y opuestos, está llevando a aplicaciones muy desiguales a la hora de valorar el daño moral laboral. Con lo que, de este modo, no sólo sufriría la prohibición de desigualdad de trato en la aplicación de la Ley ex arts. 14 y 24 CE sino la propia justicia social. La nueva línea jurisprudencial, en la actual proyección por la doctrina judicial, está llevando a incrementos muy sustanciosos o jugosos del resarcimiento. Este auténtico laboratorio jurídico de modernización-innovación en materia de responsabilidad por daños a la persona del trabajador, en especial si se dan no sólo los daños morales sino también los daños biológicos, ya tiene otras experiencias confirmatorias *-ej.: SJS 332/2014, de 25 de junio de 2014, del Juzgado de lo Social n. 4 de Santander, que condena 134.000 euros-*. Pero otras muchas sentencias evidencian una extremada diferencia, que va más allá de la razonable lógica de los hechos diferenciales en cada caso. Para poner ejemplos, bastarán con aludir a uno anterior al cambio de doctrina jurisprudencial y otro coetáneo.

En el primero caso, el TSJ Valencia determinará, sin mayor precisión ni criterio alguno cuantitativo, ni atención básica a la existencia de una reprobable discriminación por razón de sexo/género, que 5000 euros es una “indemnización razonable y equitativa”:

“... ante un supuesto de acoso laboral sufrido por la actora en relación con los intentos frustrados de ser madre y de seguir intentándolo, habiendo quedado explicada en la demanda, constatada en la sentencia de instancia y confirmada por este Tribunal, la conducta infractora de los derechos fundamentales vulnerados, dignidad e integridad psíquica... Por ello, hemos de indicar que si bien la demandante no razona la petición de la suma de 20.000 euros, el criterio del juez de instancia de fijar la indemnización en 5000 euros, visto el conjunto de circunstancias concurrentes y el manifiesto daño moral causado por un comportamiento mantenido y sistemático como el más arriba relatado, se nos aparece como razonable y equitativo...” *-STSJ Comunidad Valenciana, n. 3143/2010, de 16 noviembre, FJ 4-*.

Más recientemente, encontramos decisiones que muestran la débil frontera que hay entre el recurso al clásico criterio del 'prudente arbitrio judicial' y la 'arbitrariedad judicial'. Así, la STSJ Castilla-León, Sala Contencioso-Administrativa, n. 2299/14, de 14 de noviembre, recurso n. 1684/11, pese a que constata una clara situación de acoso moral en el trabajo, dilatado en el tiempo y con diversas manifestaciones, con efectos negativos en la salud del trabajador -funcionario de carrera-, considera que:

"... aun así, no se deduce que el trastorno adaptativo vinculado, al menos en parte, a su anómalo aislamiento haya alcanzado singular intensidad o gravedad -consta su evolución favorable-... circunstancias que nos llevan a fijar... una indemnización por los daños morales, físicos y psíquicos padecidos por el actor en la suma global y estimativa de 18.500 Euros".

La demanda había solicitado 90.000 euros. Pero lo preocupante, sin dejar de reconocer la enorme diversidad de situaciones que pueden darse en este tipo de supuestos, que deben tenerse muy en cuenta para fijar la concreta indemnización es que:

- a) El Tribunal sentenciador prescinde por completo del bien jurídico protegido, de modo que considera de poca "gravedad" una situación que califica expresamente vejatoria, incluso evidencia "una intencionalidad vejatoria..."
- b) Fija una cantidad a tanto alzado, sin diferenciar los conceptos de daños biológicos -físicos y psíquicos- y los propiamente morales
- c) Ni una mínima referencia a la función disuasoria o preventiva de estas situaciones, pese a constatar expresamente que "la descrita situación, conocida por la Administración sanitaria de la que el Gerente forma parte, sin que pese a ello se adoptaran medidas eficaces tendentes a ponerla fin, desembocó en un padecimiento diagnosticado como trastorno adaptativo en el contexto de stress laboral" -FJ Quinto-.

¿Qué pasaría si ese mismo funcionario se hubiera dirigido, como puede desde la LRJS<sup>4</sup> al

<sup>4</sup> La doctrina de suplicación no es pacífica. En diversos casos en los que el funcionario había elegido la vía del proceso especial de tutela de derechos fundamentales, las diversas Salas de los TTSSJ se muestran discordantes a la hora de entender la nueva formulación de la LRJS. Así, a favor de la competencia social se sitúa la STSJ Castilla-León/Burgos, n. 296/2014, de 14 de mayo, en contra, la STSJ de las Islas Baleares, n. 172/2014, de 14 de mayo.

orden social? No nos quedemos sólo en hipótesis doctrinales, y sigamos profundizando en la práctica del foro para evidenciar cómo los peores temores se cumplen. En efecto, en una situación análoga de práctica administrativa de trato vejatorio con cierta permanencia en el tiempo y efectos de estrés laboral, también mediante la creación de un ambiente denigrante para un funcionario de carrera, la SJS n. 8 de Bilbao, n. 323/2014, de 20 de noviembre de 2014, considera que la indemnización procedente es de 63.669 euros, a raíz del incumplimiento de la normativa preventiva. En el caso, la demanda pretendía 200.000 euros, distinguiendo:

- a) daños biológicos -físicos y psíquicos-, para los que el actor solicitaba 80.000 euros de indemnización. Esta cantidad debía reparar el daño de pérdida de la salud, aplicando el Baremo de valoración de los daños y perjuicios personales causados en accidente de tráfico, a razón de 59 euros día -con un total de 1.090 días- y añadiendo el factor de corrección del 40% por tener el actor un salario elevado
- b) daños morales, para los que se solicitaba 120.000 euros, atribuibles al sufrimiento de carácter personal y existencial -en sus relaciones de todo tipo- durante toda la IT. En el caso se diferenciaban diferentes daños morales que el juez, sin embargo, no aprecia, a diferencia de lo sucedido en la STSPJV de 11 de noviembre de 2014, lo que hará, con toda probabilidad, que, ya recurrida, sea casada la decisión

Al margen de esas deficiencias técnicas, y de las diferencias circunstanciales existentes en cada caso, desde luego, y de la mayor o menor corrección de la evaluación hecha y reclamada, queda claro que el actual sistema regulador de la responsabilidad por daños a la persona del trabajador -sea funcionario o laboral- está plagado de diferenciaciones de trato y aplicativas. Con ellas no sólo se dificultaría, sobre manera, su funcionamiento en términos coherentes, con los problemas de arbitrariedad judicial y de desigualdad asociados a la quiebra de este principio, sino que multiplica los factores de imprevisibilidad aplicativa de la norma. Ni el imperativo de la justicia social, que aquí clama por una comprensión del sistema normativo de responsabilidad por daños a la persona, puede realizarse a costa de la seguridad jurídica, como sucede cuando ni se desagregan de una forma adecuada todos los conceptos o daños resarcibles -daños patrimoniales (lucro cesante y lucro emergente), daños personales (daños

biológicos, moral y existenciales), ni se fijan de manera precisa los criterios de valoración ni las funciones que cumple cada resarcimiento, ni tampoco la seguridad jurídica puede conseguirse apegándose a la tradición, ni legal ni jurisprudencial-.

#### 4. Reflexión final: La urgencia de una racionalización sistemática, por vía legal o jurisprudencial, del nuevo Derecho social de daños a la persona

Para no dilatar este trabajo, teórico y práctico al mismo tiempo, conviene concluir. Al respecto, parece claro ya que, por imperativo legal, la indemnización por daño moral laboral no sólo debe presumirse cuando se lesiona un derecho fundamental, sino que debe tener una dimensión adicional a la puramente reparadora. No se trata de una opción doctrinal, sino legal, por lo que el juez debe atender debidamente tanto a su clarificación técnica como a la mayor efectividad práctica.

De ahí, pues, su novedad y singularidad, tanto en su concepción –función preventiva– como en su cuantificación –facilidad probatoria y arbitrio razonado por el juez–, sin limitarse a aplicaciones automáticas de Baremos de ninguna clase –prohibición de limitar las cantidades o indemnizaciones correspondientes–. Naturalmente, como toda opción legislativa, para que se convierta en Derecho real o efectivamente aplicable socialmente, precisa de su comprensión jurisprudencial. No se puede confundir la ausencia de automaticidad en la traducción económica o cálculo con que sea puramente subjetiva la fijación de la indemnización, porque, además de la diferenciación de conceptos indemnizables como daños personales, también hay que atender a las funciones, básica y complementaria, de la responsabilidad de este tipo. Debe estar bien presente el juicio de reproche social que merece la transgresión, la satisfacción efectiva de los daños a través de la indemnización –STS 23 de junio de 2014– y el carácter ejemplarizante de la indemnización para prevenir futuras lesiones, del mismo o de otros. Y eso debe llevar a una pormenorización de todas y cada una de las circunstancias –subjetivas y objetivas– que existan o concurren, incluyendo la intencionalidad, la gravedad, el contexto familia)... Cada una de esas circunstancias –de hecho y de derecho– llevarán a identificar muy diversos daños, dada la extremada complejidad que hoy presenta estructuralmente esta figura y más si se trata de daños a la persona protegidos por derechos fundamentales, que lejos de valorarse globalmente deben desagregarse convenientemente,

fijando parámetros de cálculo también diferentes y evidenciando el cumplimiento de funciones también diversas, al menos parcialmente.

Sin duda, de este cambio tan profundo es perfectamente consciente, en aplicación de la rectificación jurisprudencial aludida –que tiene sus virtudes, pero también sus deficiencias, no se olvide, como le reprocha el voto particular; aunque, a su vez, este también incurre en algunas contradicciones y obsolescencias–, la STSJPV de 11 de noviembre de 2014. Intuye que hay un diverso daño moral que no puede ser adecuadamente reparado-compensado con el uso clásico del Baremo, y por ello se aleja de él y fija una indemnización adicional. Ahora bien, para ello, no repara suficientemente en que debe explicar que se trata de un daño moral muy diferente al que incluye el Baremo, dada esa doble dimensión culposa y preventiva que tiene la indemnización de daños a derechos fundamentales y que no puede recoger, por definición, el Baremo de circulación vial. Como tampoco repara en que la función disuasoria asignada a esta responsabilidad adicionalmente, como función normativa se insiste, no como opción teórica o doctrinal, ya ha sido, en el caso concreto, cubierta, total o parcialmente, por una técnica de indemnización preventivo-ejemplarizante como es el recargo de prestaciones.

Ahora bien, no puede perderse de vista el sistema en su conjunto, de manera que es hora de poner un poco de orden en el actual marco normativo, fragmentario e incoherente, como se ha indicado. Al margen de la posición que se tenga en torno a la asunción o no en el Derecho Social de Daños a la persona de los daños ejemplarizantes –denominación más precisa a mi juicio que punitivos–, rechazada en el orden civil<sup>5</sup>, pero con claro reflejo legislativo en la rama social del Derecho –art. 123 LGSS–, es lo cierto que debe reflexionarse de manera mucho más profunda sobre esa dimensión preventivo-disuasoria atribuida por Ley a la técnica de responsabilidad por daños a la persona protegidos por sus derechos fundamentales en el ámbito de las relaciones de trabajo –cabría incluir, con importante modulaciones, también a la persona del empleador–. La evidente ‘re-civilización’ que supone este planteamiento para el Derecho Social de Daños, con sus efectos positivos de garantía –que compensan los negativos de de-

<sup>5</sup> STSJ Murcia 478/2004 de 26 abril; Sentencia JPI Sevilla, 11 enero 2011. AC 2011\82; STS, CIVIL, núm. 6/2009 de 12 enero...

valuación de derechos básicos profesionales, al favorecer el poder empresarial bajo la excusa de revitalizar la autonomía privada-, poniendo de relieve una instrumentación más favorable al trabajador del moderno Derecho Civil, en contraposición al decimonónico, no ha de conllevar la ignorancia o relegación de la singularidad o especialidad de esta rama. Así lo expresa de manera precisa la STS 23 de junio de 2014, que supone la culminación, de un lado, y el impulso de un salto cualitativo, de otro, del proceso de revisión jurisprudencia en torno a la responsabilidad por daños a la persona.

Esta singularidad del Derecho Social de Daños no se escribe sólo desde la función de garantía de los derechos fundamentales de la persona, también desde la función transaccional, más típica de la norma social o laboral. Por eso, no es posible ignorar la existencia de otras vías de resarcimiento preventivo-reparador, como el recargo de prestaciones. Al contrario, debería promoverse una reconsideración de la vieja doctrina, so pena de incurrir no sólo en una mayor inseguridad indemnizatoria, sino también en agravios aplicativos intolerables jurídicamente. A los abogados concierne también, con astucia, en defensa de los derechos e intereses de sus defendidos -‘clientes’- pero con lealtad jurídica igualmente, hacer ver esta nueva situación. En suma, la nueva cultura de las indemnizaciones adicionales ya refleja el “conveniente efecto disuasorio... frente a posibles infracciones de derechos fundamentales de los trabajadores” (STS 20 de septiembre de 2007), por lo que hay que buscarle un adecuado encaje en el sistema normativo global, que incluye ese peculiar ejemplo nacional de indemnización preventiva y ejemplarizante que es el recargo de prestaciones. Esta pre-constitucional institución jurídica vuelve, por lo tanto, a adquirir actualidad, por su persistente modernidad.

### Referencias bibliográficas

- ALAMEDA CASTILLO, M. T.** *‘Repensando el modelo de tutela resarcitoria en la vulneración de derechos fundamentales inespecíficos en el contrato de trabajo’*. Revista de Derecho Social, n. 66, 2014
- AAVV.** *Límites entre el Derecho sancionador y el Derecho privado*. Ed. Lex Nova. Valladolid. 2012.
- AAVV.** *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives*. Ed. Springer. Viena. 2009.
- AAVV.** *La responsabilidad civil por daños en las relaciones laborales*. Cinca. Madrid. 2013. Recoge las Ponencias presentadas al XXIII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, mayo de 2013.
- CASAS PLANES, M. D.** *‘La función de la responsabilidad civil: especial referencia a la controvertida función penal: los punitive damages del Derecho anglosajón’*. Práctica Derecho de Daños, n. 29, 2005, pp. 5 y ss;
- CARDENAL CARRO, M.** *La indemnización en los procesos de tutela de la libertad sindical*. Aranzadi. Navarra. 2006.
- DE ÁNGEL YAGUEZ, R.** *Daños punitivos*. Ed. Civitas. Madrid. 2012.
- DÍEZ PICAZO, L. M.** *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*. Ed. Civitas. Madrid. 1999
- LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, J.** *‘Prestaciones de la seguridad social e indemnizaciones por RC. ¿Proyección sobre los accidentes de circulación?’* Revista de Responsabilidad Civil, Circulación y Seguro, n 6, año 46. 2010
- LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, J.** *‘Accidentes laborales: Valoración del daño corporal’*. Revista Economist & Jurist, n. 103, 2009.
- LOUSADA AROCHENA, J. F.** *La tutela de los derechos fundamentales de las libertades públicas en la Ley reguladora de la Jurisdicción Social*. Ed. Bormarzo. Albacete. 2012. P.16.
- MARTÍN-CASALS, M.** *“Notas sobre la indemnización por daño moral en las acciones por difamación de la LO 1/1982”*. Centenario del CC. CEURA. Madrid. 1990. T. II. pp. 1264-1265-.
- MOLINA NAVARRETE, C.** *“La tutela frente a la violencia moral en los lugares de trabajo: entre prevención e indemnización”*. Aranzadi Social, n. 18. 2002.
- PANTALEÓN PRIETO, F.** *‘La prevención a través de la indemnización: los daños punitivos en derecho norteamericano y el logro de sus objetivos en el derecho español’*. Estudios de Derecho Judicial. N. 37. 2001.
- SALVADOR CORDERCH, P-CASTIÑEIRA PALOU, M. T.** *Prevenir y castigar. Libertad de información y expresión, tutela del honor y funciones del Derecho de Daños*. Marcial Pons. 1997
- SEMPERE NAVARRO, A. V.-SAN MARTÍN MAZZUCONI, C.** *La indemnización por daños y perjuicios en el contrato de trabajo*. Ed. Aranzadi. Navarra. 2011.