

**LA INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS DERIVADA DE LA
DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE GÉNERO: REFLEXIONES A
PROPÓSITO DE LA EXISTENCIA DEL DAÑO, LA CUANTIFICACIÓN DEL
DAÑO Y LA DIMENSIÓN DISUASORIA**

David Gutiérrez Colominas
Personal Investigador en Formación (Programa FPU 2013)
Universidad Autónoma de Barcelona¹

Abstract

La igualdad de oportunidades ha sido uno de los objetivos principales de la Unión Europea. Las medidas principales se han centrado en la igualdad de oportunidades en el ámbito del empleo y la protección social, pero sus efectos se han mostrado claramente insuficientes. En consecuencia, la prohibición de discriminación directa e indirecta por razón de género se ha convertido en una prioridad para los Estados Miembro. En este escenario, la indemnización por daños y perjuicios encaja perfectamente con la pretensión renovadora exigida por la Unión Europea. El objetivo de este artículo es analizar la configuración de la indemnización derivada de discriminación por razón de género, ofreciendo al lector una perspectiva centrada en tres aspectos concretos, a saber la existencia del daño, la cuantificación del daño y la dimensión disuasoria de la indemnización. Para ello, se analizarán diversas cuestiones desde una perspectiva europea, como por ejemplo el efecto disuasorio en este tipo de compensaciones, la eficacia directa de las directivas que regulan aspectos relacionados con derechos fundamentales, cuál es el nivel adecuado para regular los daños punitivos o la cuantificación de la compensación, entre otros. Además, este estudio también ofrece un examen legal de la transposición del artículo 18 de la Directiva 2006/54, abordando aquellas cuestiones que han sido especialmente problemáticas en los tribunales.

Gender equality has been one of the main objectives of the European Union. The main lines of action focused on the equality in social protection and employment, but the effects have not been effective in order to eradicate discrimination. As a result, Members State need to develop measures that ensures a prohibition of direct or indirect discrimination. Accordingly, the compensation for damages fits perfectly with that new approach needed by the European Union. The aim of this paper is to analyze the configuration of the compensation resulting from gender based discrimination, considering three main questions: the existence of the damage, the quantification of the damage and the deterrent effect. In order to achieve it, this research will deal with different questions from a

¹ david.gutierrez@uab.cat

European perspective, such as the characterization of the deterrent effect in the compensations resulting from sex discrimination, the direct effectiveness of the directives that regulate aspects related with fundamental rights, which is the appropriate level to regulate the configuration of punitive damages, the quantification of the compensation, among others. Furthermore, this study wants to show the Spanish reception of the compensation, examining the transposition of the section 18 Directive 2006/54, and how the Supreme Court have dealt with the key problems of the compensation resulting from sex discrimination.

Title: Compensation in case of gender based discrimination: considerations regarding the existence of damages, its quantification and deterrent effect

Palabras clave: indemnización de daños y perjuicios derivada de discriminación por razón de género, efecto disuasorio, daños punitivos, no discriminación por razón de género, igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres.

Keywords: compensation in case of gender based discrimination, deterrent effect, punitive damages, sex discrimination, equal opportunities for men and women.

IUSLabor 2/2016, p. 1-20, ISSN 1699-2938

Sumario

1. Introducción. Una aproximación al marco jurídico europeo y español en la lucha contra la discriminación por razón de género
2. La caracterización de la indemnización por daños y perjuicios derivada de discriminación por razón de género en el derecho subsidiario europeo
3. La configuración española de la indemnización por daños y perjuicios derivada de discriminación por razón de género
 - 3.1. Marco jurídico
 - 3.2. Principales problemas que ha planteado la recepción de la indemnización de daños y perjuicios
 - a. Existencia del daño
 - b. La cuantificación del daño y su encaje con el artículo 18 Directiva 2006/54
 - c. La dimensión disuasoria de la indemnización por daños y perjuicios
4. Conclusiones. La conveniencia de reconfigurar la indemnización de daños y perjuicios derivada de discriminación por razón de género como medida para potenciar la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres

1. Introducción. Una aproximación al marco jurídico europeo y español en la lucha contra la discriminación por razón de género

La lucha por la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres ha sido un objetivo primordial que se ha consagrado como derecho fundamental en las sociedades democráticas. El consenso sobre la importancia de esta cuestión ha sido unánime entre los Estados, y buena muestra de ello es la relevancia actual que ostenta esta cuestión en sede Europea².

En un plano general, los artículos 21 y 23 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea prohíben la discriminación ejercida por razón de género, y se garantiza específicamente la igualdad entre hombres y mujeres en todos los ámbitos, “*inclusive en materia de empleo, trabajo y retribución*”. Además, el artículo 2 del Tratado de la Unión Europea (en adelante, TUE) afirma como valor común de los estados miembros la igualdad entre hombres y mujeres, dibujando así un escenario sustantivo europeo en el que se otorga una importancia capital a la no discriminación por razón de género. A tales preceptos, debe sumársele el contenido del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, TFUE), que establece en su artículo 8 que “*en todas sus acciones, la Unión se fijará el objetivo de eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer y promover su igualdad*”, y el artículo 10 del mismo texto legal, profundizando en la misma línea argumental, contempla que “*en la definición y ejecución de sus políticas y acciones, la Unión tratará de luchar contra toda discriminación por razón de género, raza u origen étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual*”. Concretando este mandato, el artículo 151 TFUE prevé como objetivo de la Unión Europea y los Estados miembros “*la mejora de las condiciones de vida y de trabajo, a fin de conseguir su equiparación por la vía del progreso*”, y se señala específicamente en el artículo 153.i TFUE a la Unión Europea como sujeto que apoyará y completará las acciones de los estados miembros en materia de igualdad entre hombres y mujeres por lo que respecta a las oportunidades en el mercado laboral y al trato en el trabajo.

² Para un examen en profundidad de los orígenes y evolución de esta cuestión en el ámbito de la Unión Europea, *vid.* GARCÍA NINET, J.I. y GARRIGUES GIMÉNEZ, A. “La dimensión europea de la igualdad de oportunidades entre y hombres en el ámbito laboral”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 67, 2007, p. 38-51 y MATEU CARRUANA, M.J., “Igualdad de trato y no discriminación entre hombres y mujeres en el empleo: significado y alcance de la Directiva 2006/54/CE” en ARETA MARTÍNEZ, M. y SEMPERE NAVARRO, A.V., *Cuestiones actuales sobre Derecho social comunitario*, Editorial Laborum, Murcia, 2009, p. 251-254. Una panorámica más general y exhaustiva, que abarca el ámbito internacional, europeo y español puede hallarse DE LA VILLA GIL, E., “Editorial”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 67, 2007, p. 9-21.

Si examinamos en profundidad el derecho derivado de la Unión Europea en materia de no discriminación en el empleo por razón de género, la piedra angular normativa es la Directiva 2006/54 del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (en adelante, Directiva 2006/54)³, norma ésta que refundió en un único texto las principales disposiciones aprobadas hasta la fecha en este ámbito⁴.

La Directiva 2006/54 sitúa la lucha contra la discriminación por razón de género como un objetivo prioritario en el escenario europeo⁵, y a tal efecto, se encarga de instrumentar el principio de igualdad de trato en aras de consolidar un marco armonizado y homogéneo que garantice la no discriminación. La norma aborda distintos ámbitos⁶, fruto de su naturaleza de norma refundida, y prevé una serie de disposiciones que pretenden garantizar la eficacia de la aplicación del principio de igualdad de trato. En este sentido, los artículos 17 a 30 de la citada Directiva enfatizan especialmente una protección efectiva y homogénea de la igualdad de oportunidades, contemplándose la necesidad de introducir medidas tan diversas como la indemnización o reparación real y efectiva del perjuicio causado (artículo 18), la carga de la prueba en supuestos de discriminación directa o indirecta (artículo 19) o la previsión de un marco de sanciones en caso de incumplimiento de las disposiciones nacionales que transpongan la Directiva 2006/54 (artículo 25).

³ Debe recordarse que, si bien otra de las Directivas clave en la lucha contra la no discriminación y la igualdad de oportunidades en el empleo es la Directiva 2000/78/CE del Consejo de 27 de noviembre de 2000 relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, ésta no incluye disposición alguna que se aborde la discriminación por razón de género. De ahí que se excluya su mención.

⁴ En concreto, la Directiva 2006/54 refunde las siguientes normas: Directiva 97/80/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de género; Directiva 86/378/CEE del Consejo, de 24 de julio de 1986, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en los regímenes profesionales de seguridad social; Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo y la Directiva 75/117/CEE del Consejo, de 10 de febrero de 1975, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos.

⁵ Vid. Considerando 2 de la Directiva 2006/54, que identifica la igualdad entre hombres y mujeres como “*un principio fundamental del Derecho comunitario*” y señala a los artículos 2 y 3.2 del Tratado como claras manifestaciones de su proclamación como una “*misión y un objetivo de la Comunidad e imponen una obligación positiva de promover dicha igualdad en todas sus actividades*”.

⁶ Concretamente, el artículo 1 Directiva 2006/54 centra su contenido en tres ámbitos del principio de igualdad de trato: a) el acceso al empleo, incluida la promoción, y a la formación profesional; b) las condiciones de trabajo, incluida la retribución; c) los regímenes profesionales de seguridad social.

A nivel español, la norma más significativa en esta materia ha sido la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (en adelante, LO 3/2007). Sin ánimo de efectuar una valoración extensa de su configuración e implicaciones⁷, conviene destacar que la norma aborda multitud de ámbitos, mostrando así una clara vocación de “*ley-código de la igualdad que pretende abarcar todos los aspectos [...] del tratamiento jurídico de la igualdad de géneros*”⁸, y estandarizar el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en todas las esferas sociales. Nos encontramos ante una norma con clara vocación transversal, “*que abarca todas las políticas públicas e incide en las relaciones entre particulares*”⁹. Respecto al ámbito del Derecho del Trabajo, el artículo 5 LO 3/2007 presta especial atención, en clave general, a la igualdad de trato y de oportunidades en el acceso al empleo, la formación y promoción profesionales, y en las condiciones de trabajo, estableciéndose un mandato expreso de garantizar la no discriminación en los citados ámbitos. A esta formulación general, debe sumársele las distintas medidas que se ofrecen *ex art.* 42 a 68 LO 3/2007, entre las que se incluyen la promoción de la igualdad en la negociación colectiva (artículo 43 LO 3/2007), la implantación de los planes de igualdad de las empresas (artículos 45 a 49 LO 3/2007), las medidas de igualdad en el empleo para la Administración General del Estado y para los organismos públicos vinculados o dependientes de ella (artículos 55 a 64 LO 3/2007) o el respeto del principio de igualdad en las Fuerzas Armadas (artículo 65 LO 3/2007). Así pues, la LO 3/2007 desarrolló la protección general del artículo 14 de la Constitución Española y el derecho de los trabajadores a no ser discriminados en la relación de trabajo establecido en el artículo 4 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, TRLET).

Como puede observarse, nos encontramos ante un escenario que ha intensificado la lucha para lograr una igualdad real entre hombres y mujeres mediante la utilización de medidas que persiguen dos objetivos: a) incrementar la presencia de la mujer en diversos ámbitos; b) igualar las condiciones de trabajo entre hombres y mujeres. Ahora bien, la efectividad

⁷ En este sentido, véase GARCIA-PERROTE ESCARTÍN I., “La Ley Orgánica 3/2007 para la Igualdad efectiva de mujeres y hombres: una guía de síntesis para su aplicación en la empresa en materias laborales y de Seguridad Social”, *Información laboral*, núm. 15, 2006, p. 2-24; RODRIGUEZ PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., “La igualdad efectiva de hombres y mujeres y la Ley Orgánica 3/2007”, *Relaciones Laborales*, núm. 8, 2007, p. 97-112; DE LA PUEBLA PINILLA, A., “Dimensión laboral de la Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres”, *Relaciones laborales*, núm. 1, 2007, p. 907-941; entre otros.

⁸ Vid. LOUSADA AROCHENA, J.F. “La transposición en España de la Directiva 76/207/CEE”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Coruña*, núm. 18, 2014, p. 465.

⁹ Vid. RODRIGUEZ PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., “La igualdad efectiva...”, *op. cit.*, p. 3 (versión electrónica).

de las medidas aprobadas hasta la fecha es discutible¹⁰, y el problema al que nos enfrentamos actualmente como sociedad es la búsqueda de mecanismos eficaces que permitan erradicar totalmente cualquier comportamiento que atente contra el derecho a la igualdad de trato entre hombres y mujeres. En este sentido, el presente artículo pretende focalizar su atención en la configuración de la indemnización por daños y perjuicios, medida ésta ciertamente olvidada por el legislador y en cuya caracterización los tribunales han jugado un papel importantísimo.

Así, partiendo como hipótesis del papel clave de la configuración de la indemnización por daños y perjuicios en la erradicación de conductas discriminatorias por razón de género, este artículo pretende abordar su construcción y las cuestiones más problemáticas que se han suscitado en sede judicial europea y española. Para ello, el presente artículo analizará las notas características de la indemnización por daños y perjuicios y se centrará en determinar qué problemas se han suscitado a nivel europeo y español. El objetivo principal que se persigue es valorar los efectos que ostenta como medida reparadora y disuasoria de lucha contra la discriminación, y plasmar, a modo de conclusiones, diversas propuestas que maximicen su eficacia.

2. La caracterización de la indemnización por daños y perjuicios derivada de discriminación por razón de género en el derecho subsidiario europeo

La lucha contra la no discriminación por razón de género es una prioridad que, como señalábamos al inicio, ha preocupado especialmente a nivel europeo. En este sentido, garantizar una protección homogénea en los distintos estados miembros ha sido una de las grandes luchas en esta materia. De ahí, que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se haya pronunciado en distintas ocasiones sobre la interpretación de los artículos de las

¹⁰ Estadísticamente, los datos publicados por el Instituto de la mujer y para la igualdad de oportunidades no avalan una eficacia significativa en las medidas aprobadas hasta la fecha.

En el año 2008, el salario medio de los hombres era de 24.203,33 euros y el de las mujeres fue de 18.910,62 euros. Respecto a las tasas de actividad, empleo y paro, existían diferencias sustanciales. Las mujeres ostentaban una tasa de actividad de 50,93%, una tasa de empleo de 44,39% y una tasa de paro de 12,94%. En cambio, los hombres presentaban cifras significativamente inferiores en las mismas magnitudes, pues se registró una tasa de actividad de 69,54%, una tasa de empleo de 62,55% y una tasa de paro de 10,05%. En el año 2013, las diferencias en materia de salario seguían siendo significativas, pues el salario medio de los hombres era de 25.675,17 euros y el de las mujeres era de 19.514,58 euros. La distancia sigue siendo significativa si examinamos las últimas tasas de actividad, empleo y paro publicadas (2014), que nos muestran una diferencia de 12,16 puntos porcentuales (varones 65,83%; mujeres 53,67%), 10,27 puntos porcentuales (varones 50,30%; mujeres 40,03%) y 1,83 puntos porcentuales (varones 23,60%; mujeres 25,43%), respectivamente, en las indicadas magnitudes.

Fuentes: Ganancia Media Anual según grupos principales de ocupación, publicada por el Instituto de la Mujer y para la Igualdad de Oportunidades el 25 de junio de 2015 y Tasas de actividad, empleo y paro, publicadas por el Instituto de la Mujer y para la Igualdad de Oportunidades el 25 de marzo de 2015.

Directivas que, en cada momento temporal, se hallaban vigentes en materia de igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en el empleo.

Sin ánimo de efectuar un análisis exhaustivo de todas las sentencias que se han dictado sobre esta materia, básicamente por razones de espacio, se han seleccionado los hitos jurisprudenciales europeos más relevantes que han configurado la indemnización por daños y perjuicios en el ámbito señalado anteriormente. El propósito no es otro que determinar los principios esenciales de la configuración de estas indemnizaciones en sede europea, a fin de valorar posteriormente cual ha sido su recepción en el ordenamiento jurídico español, tanto a nivel normativo como jurisprudencial.

El primero de ellos es la sentencia Marshall, C-271/91 (EU:C:1993:335), que se encargó de resolver distintas cuestiones relacionadas con el despido de una trabajadora, decisión ésta considerada discriminatoria por los órganos judiciales internos que se encargaron de calificarla. La importancia de esta sentencia radica en que se encarga de analizar dos aspectos prácticos del artículo 6 de la Directiva 76/207, entre otros, precepto éste que requiere a los estados miembros que introduzcan en su ordenamiento jurídico las medidas necesarias para que cualquier víctima pueda hacer valer sus derechos de forma efectiva ante los tribunales internos. Concretamente, el Tribunal establece como doctrina la imposibilidad de limitar el importe máximo de la indemnización que debe percibir la víctima, pues ello sería contrario al propósito de lograr una igualdad de oportunidades efectiva¹¹. Paralelamente, el TJUE sostiene que la reparación íntegra de la víctima no puede prescindir de elementos que puedan reducir el importe de este tipo de indemnizaciones y, específicamente, se identifica el pago de intereses como un elemento imprescindible de la indemnización¹².

Tal y como puede observarse, esta sentencia sentó las bases sobre un aspecto tan controvertido como es la cuantificación de las indemnizaciones analizadas en este artículo. La posición del Tribunal se alinea perfectamente con la importancia que los tratados han conferido a la lucha contra la discriminación por razón de género, y efectúa una lectura no limitadora de las compensaciones reparadoras. De hecho, tal ha sido la importancia de esta doctrina que se incorporó como contenido normativo a las Directivas aprobadas posteriormente¹³.

La segunda sentencia de referencia que ha modelado la caracterización de esta indemnización ha sido la Sentencia Draehmpaehl, C-180/95 (EU:C:1993:335). Este pronunciamiento judicial resulta de interés porque continúa la doctrina jurisprudencial

¹¹ Apartado 30 de la sentencia Marshall, C-271/91 (EU:C:1993:335).

¹² Apartado 31 de la sentencia Marshall, C-271/91, (EU:C:1993:335).

¹³ *Vid.* artículo 18 de la Directiva 2006/54 y artículo 1.5 de la Directiva 2002/73.

sentada por la sentencia Marshall, C-271/91 (EU:C:1993:335) y, además, analiza dos cuestiones que inciden directamente en la configuración de la indemnización.

En particular, la sentencia mantiene la imposibilidad de limitar legalmente la indemnización por daños y perjuicios¹⁴, y califica como contraria al Derecho de la Unión Europea la previsión normativa de condicionar el percibo de la indemnización a la existencia de una conducta culpable. El Tribunal deja claro que la voluntariedad en la conducta discriminatoria es una cuestión irrelevante, destacando, pues, que la importancia debe recaer en el resultado producido¹⁵. Concretamente, se consolida como doctrina la exigencia procesal de demostrar únicamente la conducta lesiva de derechos fundamentales, tesis ésta que se vio reforzada con la inversión de la carga de la prueba establecida posteriormente *ex* artículo 4 de la Directiva 97/80¹⁶. Nos encontramos, pues, ante un pronunciamiento que objetiviza, en la línea de sentencias anteriores¹⁷, la responsabilidad en supuestos de discriminación por razón de género, e inició un camino dirigido a facilitar, a nivel procesal, la reclamación de las compensaciones.

Como última y más reciente sentencia a destacar en esta materia, especial mención merece la sentencia Arjona Camacho, C-407/14 (ECLI:EU:C:2015:831). En esta ocasión, se plantea si, con arreglo al artículo 18 de la Directiva 2006/54, sería posible conceder una indemnización por daños punitivos que exceda el importe necesario para resarcir el daño provocado, teniendo en cuenta que el ordenamiento jurídico español no contempla dicha institución. La importancia de este pronunciamiento ha sido capital porque somete a juicio la dimensión disuasoria de la indemnización requerida *ex* artículo 18 Directiva 2006/54.

El TJUE resuelve la única cuestión prejudicial planteada de forma negativa, sosteniendo que la Directiva 2006/54 no ampara la condena por daños punitivos, salvo que el ordenamiento jurídico interno contemple normativamente dicha institución. En consecuencia, el TJUE limita el alcance del artículo 18 Directiva 2006/54. Para llegar a esta conclusión, el Tribunal distingue la naturaleza de los artículos 18 y 25 Directiva 2006/54, sosteniendo que el primero de ellos se encarga de imponer a los Estados miembros la obligación de instrumentar medidas que aseguren la reparación íntegra del perjuicio sufrido, y el segundo exige el establecimiento de un régimen de sanciones que deberán ser efectivas, proporcionadas y disuasorias, posibilitando que entre éstas se

¹⁴ *Vid.* Apartados 26 y 30 de la sentencia Draehmpaehl, C-180/95 (EU:C:1993:335).

¹⁵ *Vid.* Apartados 19 a 21 de la sentencia Draehmpaehl, C-180/95 (EU:C:1993:335).

¹⁶ Actualmente, este precepto se halla incluido en el artículo 19 de la Directiva 2006/54, como consecuencia de la refundición de la Directiva 97/80 en la directiva citada anteriormente.

¹⁷ La primera sentencia que incorporó esta doctrina fue la sentencia Dekker, C-177/88 (ECLI:EU:C:1990:383), apartado 25.

prevea una indemnización a favor de la víctima. A partir de ahí, se defiende que la mera reparación ya contiene un elemento ejemplarizante, y en consecuencia, la condena a una cantidad en concepto de daños punitivos va más allá de la reparación íntegra, y se incardinaría como medida sancionadora *ex* artículo 25 Directiva 2006/54, lo cual exige su previsión en los ordenamientos jurídicos internos.

Sin ánimo de entrar a valorar en profundidad todas las cuestiones que se suscitan de esta sentencia¹⁸, conviene detenerse en la manifestación de la Sala, mediante *obiter dicta*, según la cual no puede derivarse la concesión a la víctima de una indemnización en concepto de daños punitivos directamente del artículo 18 Directiva 2006/54¹⁹. El razonamiento del Tribunal sobre esta cuestión pivota fundamentalmente en la existencia de un elemento disuasorio inherente en la indemnización reparadora²⁰, asimilándose el concepto “reparación íntegra” y “finalidad disuasoria”. Esta asociación parte de una premisa no coincidente con la realidad, que es el efecto social de rechazo automático en la simple reparación, y asocia la compensación de los daños con la finalidad modélica o disuasoria, produciendo como consecuencia la evaporación del efecto ejemplarizante. La adecuación de la indemnización existirá siempre que se produzca la reparación de los daños causados y el restablecimiento a la situación anterior a la lesión, pero ello no significa que pueda predicarse lo que el Tribunal ha definido como “*un efecto disuasorio real frente al empresario*”²¹. Un verdadero efecto ejemplarizante requiere la condena a un importe diseñado única y especialmente para tal fin. Nos encontramos así ante una caracterización superflua de la compensación, que contradice a su naturaleza porque atribuye un elemento disuasorio a la simple restitución de los daños causados.

Como puede observarse, esta sentencia se aparta del escenario que el Tribunal había dibujado hasta la fecha, tributario de una lectura amplia y favorecedora de la concesión de indemnizaciones por daños y perjuicios. Nos encontramos ante un punto de inflexión que redundará en la reducción de la protección efectiva de la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, y producirá un incremento de la brecha de género. Los efectos son devastadores para la consecución de la igualdad de oportunidades real entre hombres

¹⁸ Para un estudio en profundidad, véase GUTIÉRREZ COLOMINAS, D., “El efecto disuasorio en la indemnización de daños y perjuicios derivada de discriminación por razón de género. ¿Realidad o ficción?”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 187, 2016, p. 1-12 (versión electrónica).

¹⁹ *Vid.* Párrafo 34 de la sentencia Arjona Camacho, C-407/14 (ECLI:EU:C:2015:831).

²⁰ De forma explícita, las conclusiones del Abogado General (ECLI:EU:C:2015:534) (apartados 28.1, 39, 40, 43 y 48) argumentan que “*la garantía de obtener una reparación íntegra ya se concibe, en sí misma, como un medio de disuadir tal comportamiento*”, señalándose expresamente que “[...] *el efecto disuasorio no depende necesariamente de la inclusión de un elemento punitivo directo*”.

²¹ *Vid.* sentencias Von Colson y Kamann, C-14/83, EU:C:1984:153 apartados 24; Draehmpaehl, C-180/95, EU:C:1993:335 apartado 25; y Paquay, C-460/06, EU:C:2007:601 apartado 45.

y mujeres, lo cual no es coherente con las exigencias del artículo 18 Directiva 2006/54 y la doctrina del TJUE²². De esta manera, se inicia una nueva etapa que apunta a restringir el alcance de la Directiva 2006/54 en materia de compensaciones derivadas de discriminaciones por razones de género, máxime cuando se trata de la primera ocasión que el TJUE ha tenido para abordar la interpretación del artículo 18 Directiva 2006/54.

3. La configuración española de la indemnización por daños y perjuicios derivada de discriminación por razón de género

3.1. Marco jurídico

La sanción de conductas discriminatorias por razón de género en el ordenamiento jurídico español ha seguido las pautas indicadas en los artículos 18 y 25 de la Directiva 2006/54, que exige a los estados miembros la previsión de una indemnización o reparación y un régimen de sanciones²³. Concretamente, el artículo 10 de la LO 3/2007 establece, ante actos o cláusulas de negocios jurídicos discriminatorias por razón de género, dos consecuencias jurídicas: a) la nulidad de la conducta o cláusula del negocio jurídico, que las dejará sin efecto; y b) la atribución de responsabilidad al sujeto infractor, efecto éste que podrá adoptar la forma de reparación o indemnización real, efectiva y proporcionada al perjuicio sufrido, así como, en su caso, el pago de una sanción eficaz y disuasoria cuya única finalidad será ejemplarizante.

La indemnización por daños y perjuicios derivada de la discriminación por razón de género se incardina dentro de las denominadas indemnizaciones derivadas de vulneraciones de derechos fundamentales, cuya reclamación se halla regulada en las disposiciones relativas al procedimiento de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas previsto en los artículos 177 a 184 LRJS.

Como punto de partida, la indemnización de daños y perjuicios se circunscribe a la existencia de un daño. El perjuicio causado debe cumplir como requisito inexcusable la posibilidad de ser objeto de reparación, pues “*no todo daño interesa al Derecho sino*

²² Vid. Sentencias Paquay, C-460/06 (EU:C:2007:601), apartado 45; Draehmpaehl, C-180/95 (EU:C:1997:208), apartado 25; y von Colson y Kamann, 14/83 (EU:C:1984:153), apartados 24).

²³ Concretamente, la Directiva 2006/54 exige la introducción de “*las medidas necesarias para garantizar la indemnización o la reparación necesaria sufrida por una persona a causa de una discriminación por razón de su género, de manera disuasoria y proporcional al perjuicio sufrido*” (artículo 18 Directiva 2006/54) y “*el régimen de sanciones aplicable en caso de incumplimiento de las disposiciones nacionales adoptadas en cumplimiento de la presente Directiva y adoptarán todas las medidas necesarias para garantizar su aplicación*” (artículo 25 Directiva 2006/54).

solamente aquel que admite su reparación [...]»²⁴. Sobre esta cuestión, el concepto de reparable se circunscribe, tal y como ha señalado la doctrina²⁵, al cumplimiento de tres requisitos: a) que el daño sea jurídicamente relevante; b) que el daño sea injusto, en el sentido de que la víctima no tenga obligación jurídica de soportarlo; y, finalmente, c) que el daño sea cierto, excluyéndose todos aquellos daños hipotéticos.

Entrando a valorar la configuración de la indemnización, el artículo 183 LRJS nos ofrece una visión legal de los elementos o dimensiones que componen estas indemnizaciones. El mencionado precepto exige al juzgador una manifestación específica en la sentencia respecto a la cuantía de la indemnización, y se acompaña dicho mandato de una pauta de valoración en función tanto del daño moral como de los perjuicios adicionales derivados (artículo 183.1 LRJS). Paralelamente, el artículo 183.2 LRJS concreta las finalidades que debe cumplir la indemnización, pues se señala la obligación del Tribunal de pronunciarse sobre la cuantía del daño a fin y efecto de reparar a la víctima de los daños sufridos, restablecer la integridad de la situación anterior a la vulneración y contribuir a la finalidad de prevenir el daño.

En consecuencia, la conceptualización de la indemnización por daños y perjuicios incluye tres ámbitos: a) los daños morales; b) los perjuicios adicionales, expresión ésta que debe entenderse referida a los elementos previstos *ex* artículo 1106 del Código Civil, a saber el daño emergente y el lucro cesante²⁶; y por último, c) los daños punitivos, que ostentan una vocación ejemplarizante.

Respecto a los importes de estas indemnizaciones, el legislador traslada la cuantificación de la indemnización a la parte que formula la demanda (artículo 179.3 LRJS) y será el juez quien tendrá la obligación de pronunciarse respecto a esta cuestión (artículo 183.1 LRJS). Esta libertad casa absolutamente con el mandato establecido por el artículo 18 Directiva 2006/54 a los estados miembros, que se encargan de plasmar la imposibilidad de que la cuantía de este tipo de indemnizaciones esté limitada.

²⁴ Vid. SEMPERE NAVARRO, A.V. y SAN MARTÍN MAZZUCONI, C., *La indemnización por daños y perjuicios en el contrato de trabajo*, Aranzadi, Navarra, 2ª Ed., 2011, p. 59 y 60, que profundizan en la necesidad de la posibilidad de reparar el daño y distinguen de esta discusión el modo en que pueda lograrse la restauración de los bienes lesionados.

²⁵ Vid. *Ibid.*, pág.60.

²⁶ Tal y como se ha sostenido en SEMPERE NAVARRO, A.V. y SAN MARTÍN MAZZUCONI, C., “*La indemnización por daños...*”, *ob. cit.*, p. 64 y 65, el daño emergente incluye los gastos ocasionados por el perjuicio y la pérdida de oportunidad, que deberán ser acreditados mediante las oportunas facturas o recibos, siempre que sean razonables y no se integren gastos excesivos o mejoras. En cuanto al lucro cesante, se identifica éste con la pérdida de la ganancia que se habría obtenido de no producirse el daño, concepto éste sumamente etéreo que requerirá extrema precaución en su prueba.

Como puede observarse, el legislador español ha centrado su atención en la plasmación de un marco esencialmente procesal. La caracterización material de la indemnización es muy débil, indicándose únicamente las tres finalidades que debe comprender la compensación, y en la práctica ha sido una responsabilidad que se ha trasladado tácitamente a la jurisprudencia. Esta opción ha generado una cierta incertidumbre jurídica a los operadores jurídicos, pues ha trasladado la caracterización de este tipo de indemnizaciones a los tribunales.

3.2. Principales problemas que ha planteado la recepción de la indemnización de daños y perjuicios

a. Existencia del daño

Las compensaciones por la lesión de derechos fundamentales han generado multitud de problemas que han sido abordados en sede judicial. Sin perjuicio de las cuestiones procesales suscitadas en los últimos años²⁷, que no serán abordadas por razones de espacio, el primero de ellos fue la determinación de la existencia de daños morales en los supuestos de infracción de derechos fundamentales.

El debate que se suscitó respecto a esta cuestión osciló entre la necesidad de acreditar la conducta infractora o la exigencia de probar el perjuicio causado. En otras palabras, se discutía la presunción del daño moral, tesis ésta ya sostenida por la doctrina²⁸, y consecuentemente, la automaticidad de la condena indemnizatoria una vez demostrada la lesión del derecho fundamental. Inicialmente, el Tribunal Supremo efectuó una lectura que facilitaba la condena indemnizatoria por daños morales, pues sostuvo que “una vez acreditada la vulneración del derecho fundamental se presume la existencia del daño²⁹”.

²⁷ Las que mayor debate han suscitado han sido el cauce procesal de reclamación de la indemnización, el plazo de prescripción de la acción y la compatibilidad con otras indemnizaciones. Un estudio en profundidad sobre estas cuestiones puede hallarse en *Ibid.* p. 129-130; MORALES ORTEGA, J.M., “La incidencia de la Ley de Igualdad sobre la acumulación de acciones y la indemnización por daños y perjuicios”, *Relaciones Laborales*, núm. 3, 2009, p. 6-8 (versión electrónica); BEJARANO HERNÁNDEZ, A., “Indemnización por daños y perjuicios derivados de vulneración de derechos fundamentales”, *Revista de Derecho Social*, núm. 33, 2006, p. 70-83; MORENO PÉREZ, J.M. “Algunas consideraciones procesales a la necesidad de hacer posible la compatibilidad de la indemnización por daños a derechos fundamentales del trabajador como persona, cuando se ha resuelto el contrato de trabajo”, *Temas Laborales*, núm. 75, 2004, p. 283-290.

²⁸ *Vid.* ALFONSO MELLADO, C.L., *Indemnizaciones entre empresarios y trabajadores antes y durante el desarrollo de la relación laboral*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1994, p. 95 y GOÑI SEIN, J.L., *La protección jurisdiccional del Derecho a la intimidad del trabajador*, Madrid, 1988, p. 313.

²⁹ *Vid.* Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de junio de 1993 (Rec. 3856/1992), F.D. IV *in fine*.

Esta tesis fomentaba la percepción de indemnizaciones ya que eximía de probar el daño moral, cuestión ésta sumamente dificultosa³⁰.

Sin embargo, la doctrina jurisprudencial efectuó un viraje de 180 grados y entendió que no es dable predicar la condena automática tras la demostración de la conducta infractora. El Tribunal Supremo llegó a la conclusión de que la indemnización por daños y perjuicios derivada de vulneración de derechos fundamentales no es automática, y en consecuencia, requería la acreditación de “*indicios o puntos de apoyo suficientes en los que se pueda asentar una condena de tal clase*”³¹. Este cambio de tendencia no fue bien recibido en sede suplicatoria³², surgiendo, tal y como señala la doctrina³³, dos líneas judiciales claramente diferenciadas: una primera más restrictiva, acorde con la doctrina del Tribunal Supremo; y otra más flexible en el *onus probandi* exigido a la parte demandante³⁴. Incluso hasta el propio Tribunal Supremo se ha contradicho de su propia doctrina en alguna ocasión³⁵, lo cual demuestra las discrepancias que generó esta cuestión en el seno interno del citado órgano judicial.

Ante esta división, se dictó la sentencia del Tribunal Constitucional núm. 247/2006 que, si bien sostiene que la no automaticidad del daño es intachable desde un punto de vista

³⁰ Tal y como señala SEMPERE NAVARRO, A.V. y SAN MARTÍN MAZZUCONI, C., *La indemnización por daños...*, *ob. cit.*, p. 66, la frontera entre leves afecciones a los sentimientos y el sufrimiento psíquico que constituye el daño moral presenta como problema la sumisión a la apreciación subjetiva, “*por lo que se hace difícil distinguir el sufrimiento profundo del extremo disgusto*”.

³¹ *Vid.* Sentencias del Tribunal Supremo, sala cuarta, de 12 de diciembre de 2007 (Rec. 25/2007), 21 de julio de 2003 (Rec. 4409/2002), 28 de febrero de 2000 (Rec. 2346/1999), 9 de noviembre de 1998 (Rec. 1594/1998), 2 de febrero de 1998 (Rec. 1594/1998), de 20 de enero de 1997 (Rec. 2059/1996) y de 22 de julio de 1996 (Rec. 3780/1995), entre otras.

³² Así lo señala CARDENAL CARRO, M., “La indemnización de los daños infligidos con ocasión de la lesión de derechos fundamentales: el Tribunal Constitucional no considera razonable la jurisprudencia unificada”, *Aranzadi Social*, núm. 11, 2006, p. 1 (versión electrónica). En este mismo sentido, BEJARANO HERNÁNDEZ, A., “Indemnización por daños y perjuicios...”, *ob. cit.*, p. 69, también señala que “*esta restrictiva jurisprudencia últimamente viendo siendo objeto de una reinterpretación por parte de algunas Salas de lo Social de los Tribunales Superiores*”.

³³ *Vid.* SALA FRANCO, T. y LAHERA FORTEZA, J., *Las indemnizaciones a favor de las empresas y de los trabajadores en el contrato de trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 88-89.

³⁴ *Vid.* STSJ Cataluña de 2 de julio de 2014 (Rec. 1044/2014); STSJ Extremadura de 29 de abril de 2014 (Rec. 158/2014); STSJ Asturias de 16 de noviembre de 2012 (Rec. 2405/2012); STSJ Andalucía de 4 de octubre de 2011 (Rec. 402/2011); STSJ de Asturias de 23 de abril de 2010 (Rec.336/2010); STSJ Madrid de 5 de marzo de 2010 (Rec. 317/2010), entre otras.

³⁵ El ejemplo más paradigmático es la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de 20 de enero de 1997 (Rec. 2059/1996). Para un estudio en profundidad sobre las discrepancias del TS, véase CARDENAL CARRO, M., “*La indemnización en los procesos de tutela de la libertad sindical. Un estudio jurisprudencial del razonamiento acerca de su pertinencia*”, Editorial Aranzadi, Navarra, 2006, p. 66-75.

constitucional, flexibiliza la exigencia jurisprudencial de acreditar indicios o puntos de apoyo suficientes en los que se pueda asentar la condena indemnizatoria. Concretamente, reconoce la dificultad de aportar prueba concreta del perjuicio sufrido en algunas ocasiones, introduciendo así la posibilidad de valorar como elementos que permiten acreditar y cuantificar el daño, entre otros, la intensidad y agresividad del comportamiento y su finalidad disuasoria.

Como puede observarse, el artículo 179.3 LRJS es tributario de la doctrina constitucional, e integra normativamente una interpretación flexibilizadora que ofrece mayores posibilidades de éxito procesal a las víctimas. De hecho, algunos autores han afirmado la presunción de los daños morales como dinámica habitual en este tipo de procesos³⁶. Si a ello le sumamos el contenido del artículo 96.1 LRJS, que transpone en nuestro ordenamiento jurídico el artículo 19 Directiva 2006/54, podemos afirmar que nos encontramos ante un marco jurídico que garantiza procesalmente la aplicación efectiva del principio de igualdad de trato. Ahora bien, el papel que desempeña el juez en este tipo de procesos es fundamental, y al no hallarse prevista normativamente qué hechos pueden calificarse como indicios así como su valoración, ello puede redundar en una cierta inseguridad jurídica. En este sentido, sería conveniente que la norma incluyera una lista no cerrada de elementos que permiten acreditar y cuantificar el daño mencionados en la STC 247/2006, que, sin ánimo de convertirse en una enumeración tasada, ofreciesen una mayor seguridad jurídica a las partes en este tipo de procesos.

b. La cuantificación del daño y su encaje con el artículo 18 Directiva 2006/54

El segundo aspecto conflictivo está relacionado con los criterios de cuantificación de la indemnización por daños y perjuicios derivada de vulneraciones de derechos fundamentales, y su control judicial. Sobre esta cuestión, el artículo 179.3 LRJS exige la adecuada especificación de los diversos daños y perjuicios en la demanda, mandato éste que debe ser interpretado en relación al artículo 183.2 LRJS, que exige al tribunal un pronunciamiento sobre la cuantía del daño para resarcir a la víctima del perjuicio causado y cumplir con la finalidad preventiva del mismo.

³⁶ Vid. PRECIADO DOMENECH, C. y PURCALLA BONILLA, M.A., *La prueba en el proceso social*, Lexnova, Madrid, 2015, p. 648; GARCIA VIÑA, J., “Indemnización por daños y perjuicios en el orden social: Una panorámica”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 173, 2015, p. 47, y SEMPERE NAVARRO, A.V. y SAN MARTÍN MAZZUCONI, C., *La indemnización por daños y perjuicios...*, *ob. cit.*, p. 125.

En sentido contrario, *vid.* MORALES ORTEGA, J.M., “La incidencia de la Ley de Igualdad...”, *ob. cit.*, p. 11 (versión electrónica) que se muestra especialmente crítico con esta posibilidad, e identifica como uno de los problemas principales de esta tesis “*si esta indemnización operaría cuando el actor, por el motivo que sea, no la ha añadido a su demanda*”.

Como puede observarse, la norma procesal no ofrece una solución a efectos de cuantificar la indemnización, y han sido los tribunales quienes han suplido este vacío legal. En particular, el Tribunal Supremo ha sostenido la responsabilidad que recae sobre el juzgador de instancia respecto a la cuantificación de la indemnización³⁷, vedando así la posibilidad de revisión de la cuantía salvo que se considere manifiestamente irrazonable o arbitraria. Así, la responsabilidad de determinar la cuantía indemnizatoria recae sobre los Juzgados de lo Social, función ésta que realizarán con absoluta libertad, únicamente limitados por la aplicación de parámetros de razonabilidad³⁸, y sin que la cantidad constatada en la demanda les vincule *ex* artículo 179.3 LRJS³⁹.

Ante la falta de concreción normativa, el Tribunal Supremo ha destacado la necesidad de acudir a “*parámetros prestados del régimen jurídico de otras instituciones que presenten notas configuradoras transpolables al caso*”⁴⁰. Como tónica habitual, se ha aceptado como criterio orientador la utilización del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social⁴¹ (en adelante, LISOS). De forma más reducida, también se ha aceptado la aplicación orientativa de las reglas para la cuantificación del daño previstas en el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor⁴² (en adelante, RDL 8/2004).

³⁷ *Vid.* Sentencias del Tribunal Supremo, sala cuarta, de 5 de febrero de 2013 (Rec.89/2012); 25 de enero de 2010 (Rec. 40/2009); 12 de diciembre de 2005 (Rec. 59/2005); 16 de marzo de 1998 (Rec. 1884/1997).

³⁸ *Vid.* Sentencia del Tribunal Supremo, sala cuarta, de 24 de junio de 2009 (Rec. 622/2008) y de 12 de diciembre de 2005 (Rec. 59/2005), entre otras.

³⁹ De hecho, el F.D. II de la Sentencia del Tribunal Supremo, sala cuarta, de 26 de enero de 1990 (Núm. 79) estableció como doctrina que la fijación de una cuantía inferior a la reclamada por entender que concurren elementos adicionales a valorar no comporta incongruencia respecto de la pretensión deducida en la demanda.

⁴⁰ *Vid.* Sentencia del Tribunal Supremo, sala cuarta, de 15 de febrero de 2012 (Rec. 67/2011), F.D. V.

⁴¹ *Vid.* Sentencias del Tribunal Supremo, sala cuarta, de 5 de febrero de 2013 (Rec. 89/2012); 15 de febrero de 2012 (Rec. 67/2011), F.D. V.; 21 de septiembre de 2009 (Rec. 2738/2008); 15 de diciembre de 2008 (Rec 14/2007); y Sentencia del Tribunal Constitucional 247/2006, de 24 de julio, entre otras.

⁴² Si bien este criterio orientativo se ha utilizado mayoritariamente para la valoración del daño en accidentes de trabajo, tal y como puede observarse en las Sentencias del Tribunal Supremo, sala cuarta, de 7 de febrero de 2003 (Rec. 1663/2002), 2 de enero de 2000 (Rec. 2393/1999), 17 de febrero de 1999 (Rec. 2085/1998) y 02 de febrero de 1998 (Rec. 124/97), nada obsta a que pueda aplicarse también a supuestos de vulneración de derechos fundamentales, tal y como contempla la Sentencias del Tribunal Supremo, sala cuarta de 27 de diciembre de 2011 (Rec. 1136/2011) y de 20 de septiembre de 2007 (Rec. 3326/2006). Un comentario sobre las cuestiones que suscita tendencia jurisprudencial puede hallarse en TODOLÍ SIGNES, A., “Glosa Judicial. 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*, núm. 15, 2012, p. 1-12 (versión electrónica).

Ahora bien, la aplicación de estos criterios, aún como criterio orientador a efectos de la cuantificación, plantea problemas de encaje con el artículo 18 Directiva 2006/54. Como ya se ha apuntado anteriormente, el legislador europeo plasmó, fruto de una tradición jurisprudencial ya consolidada⁴³, un mandato que impide la limitación de la indemnización o reparación por un tope máximo fijado *a priori*, exceptuando situaciones previas a la relación laboral⁴⁴. Si examinamos la estructura de la LISOS, se observa que las infracciones tipificadas pueden ser calificadas como leves, graves o muy graves. Para cada una de ellas, el artículo 40 LISOS establece una triple subclasificación por grados, contemplando un intervalo cerrado de cuantías. Por otra parte, el RDL 8/2004, si bien utiliza un sistema algo más complejo, establece una cuantificación de los daños según las secuelas causadas, basado en una serie de cantidades cerradas, un sistema de puntuación con importes establecidos por cada punto y factores de corrección que contemplan toda una serie de circunstancias personales.

Y son estas prácticas las que plantean dudas de encaje en relación con la no limitación de la indemnización de daños y perjuicios derivada de discriminación por razón de género, pues la aplicación como criterio orientativo de estas normas limita indirectamente los importes a percibir por el trabajador damnificado. El mandato del artículo 18 Directiva 2006/54 es claro al respecto, y sólo permite la limitación de los importes indemnizatorios en aquellos supuestos de discriminación en el acceso al empleo. Sin embargo, en la práctica procesal habitual, la cuantificación de las indemnizaciones en estos supuestos se efectúa tomando como criterio orientativo el artículo 8.12 LISOS⁴⁵, y por lo tanto, los importes anudados a esta infracción oscilarán entre un mínimo de 6.251 euros y un máximo 187.000 euros. La aplicación del RDL 8/2004, si bien es más habitual en supuestos de accidentes de trabajo, comparte un planteamiento muy similar, dado que plasma cantidades cerradas en función del daño causado.

En este punto, es necesario señalar que el alto grado de subjetividad del que dispone el juez, *ex* artículo 183.2 LRJS, actúa como mecanismo de equilibrio pues tal artículo le permitiría apartarse de la aplicación del criterio orientador propuesto por la parte demandante. Ahora bien, la limitación surge cuando la aplicación del criterio orientativo

⁴³ *Vid.* Sentencia Marshall, C-271/91 (EU:C:1993:335) y Sentencia Draehmpaehl, C-180/95 (EU:C:1993:335).

⁴⁴ Concretamente, se prevé que podrá limitarse la indemnización en aquellos supuestos en los que el empresario pueda probar que el único perjuicio sufrido por la víctima sea la negativa a considerar su solicitud de trabajo.

⁴⁵ Este precepto contempla como infracción muy grave “[l]as decisiones unilaterales de la empresa que impliquen discriminaciones directas o indirectas desfavorables por razón de edad o discapacidad o favorables o adversas en materia de retribuciones, jornadas, formación, promoción y demás condiciones de trabajo, por circunstancias de género”.

se transforma en una práctica habitual que, como ha sucedido en España, se aplica de forma estricta y sin apartarse de los importes mínimos establecidos en la LISOS.

Así pues, la aplicación de estos criterios a efectos de cuantificar la indemnización por daños y perjuicios en este tipo de indemnizaciones puede limitar en ciertas ocasiones la cuantía máxima que podrá percibir la víctima. Es cierto que la cantidad establecida como tope máximo, en el caso de la LISOS, es sumamente elevada, pero la traslación habitual de la citada norma como criterio orientador de cuantificación de las indemnizaciones, cuya lógica sancionadora le exige tipificar los importes, no se adecúa a la finalidad compensadora, ilimitada cuantitativamente, prevista en el artículo 18 Directiva 2006/54.

c. La dimensión disuasoria de la indemnización por daños y perjuicios

Como tercer y último aspecto, es de interés abordar la nota disuasoria requerida en las indemnizaciones objeto de tratamiento en esta comunicación. La exigencia de esta característica se derivó inicialmente de la jurisprudencia del TJUE⁴⁶, y posteriormente, se introdujo en el artículo 18 de la Directiva 2006/54. En este sentido, el artículo 18 Directiva 2006/54 exige a los estados la asunción de las medidas necesarias que garanticen la indemnización o reparación de manera disuasoria y proporcional. En consecuencia, el legislador europeo exige que la indemnización por daños y perjuicios ostente dos dimensiones: una reparadora de los daños causados y otra disuasoria con una clara vocación ejemplarizante.

Si examinamos la transposición de este artículo en el ordenamiento jurídico español, se observa que el artículo 10 LO 3/2007 plasma un planteamiento basado en “*un sistema de reparaciones o indemnizaciones que sean reales, efectivas y proporcionadas al perjuicio sufrido, así como, en su caso, a través de un sistema eficaz y disuasorio de sanciones que prevenga la realización de conductas discriminatorias*”. Resulta significativo que *prima facie* el legislador español haya omitido la nota disuasoria en las reparaciones o indemnizaciones, y traslade esta característica exigida por la Directiva 2006/54 a un régimen de sanciones, cuestión ésta también exigida por la Directiva 2006/54 *ex* artículo 25. Sin embargo, el artículo 183.2 LRJS, exige que el juez se pronuncie sobre la cuantía del daño en estas indemnizaciones a fin de cumplir una triple finalidad: a) resarcir suficientemente a la víctima; b) restablecer a ésta a la situación anterior a la lesión; y c) contribuir a la finalidad de prevenir el daño.

Ante este escenario, la gran pregunta que surge es si se ha procedido a la correcta transposición de la dimensión disuasoria contenida en el artículo 18 Directiva 2006/54.

⁴⁶ Véase Sentencias Paquay, C-460/06 (EU:C:2007:601), apartado 45; Draehmpaehl, C-180/95 (EU:C:1997:208), apartado 25; y von Colson y Kamann, 14/83, (EU:C:1984:153), apartados 24.

En líneas generales, puede afirmarse que el marco jurídico español se ajusta a las exigencias de la Directiva 2006/54, pero la dimensión disuasoria de la indemnización por daños y perjuicios no se ha aplicado de forma efectiva.

En particular, el artículo 183.2 LRJS exige que la cuantificación de la indemnización obedezca, entre otras, a una finalidad ejemplarizante, actuación que podría encajar con las exigencias de la Directiva 2006/54. La discusión se centra, pues, en determinar si la finalidad ejemplarizante podría identificarse con la institución de los daños punitivos. Y la respuesta que se formula en el presente artículo es positiva, pues a tenor de su contenido, el mencionado precepto habilita a los tribunales a la condena de cantidades con finalidades disuasorias. Es cierto que, como señaló el tribunal remitente en la sentencia Arjona Camacho⁴⁷, el concepto de daños punitivos no existe en el ordenamiento jurídico español, pero ello no obsta, en mi opinión, a permitir que, única y exclusivamente en aquellos supuestos de discriminación por razón de género, los tribunales puedan condenar al pago de cantidades que vayan más allá de la mera reparación. El fundamento principal de esta tesis recae en el artículo 18 de la Directiva 2006/54, que impone a los estados miembro la introducción de las medidas necesarias para garantizar que las indemnizaciones incluirán un propósito preventivo, y en este sentido, el legislador español plasmó en el artículo 183.2 LRJS la necesidad de que la indemnización contribuya a la finalidad de prevenir el daño causado a la víctima.

Otra cuestión que debe ser objeto de consideración es la valoración de los mecanismos de conexión entre la intervención administrativa y judicial en situaciones de discriminación por razón de género, en aras a potenciar la finalidad disuasoria en este tipo de situaciones. Tal y como ya se ha expuesto, el reconocimiento de indemnizaciones se vehicula por la vía del procedimiento judicial de tutela de derechos fundamentales, complementándose con la imposición de sanciones *ex* artículo 8.12 LISOS.

Sin embargo, nuestro marco jurídico no dispone de mecanismos que conecten la intervención administrativa y judicial, repercutiendo ello en una falta de coordinación que perjudica enormemente la pretensión de erradicar las conductas discriminatorias fundadas en razones de género. Concretamente, el problema capital detectado es la inexistencia de mecanismos que aseguren la aplicación de sanciones en aquellos supuestos en los que exista condena judicial de pago de indemnizaciones de daños y perjuicios derivadas de discriminación por razón de género.

Esta carencia es consecuencia directa del desdoblamiento de funciones entre la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (en adelante ITSS) y los Tribunales que existe

⁴⁷ Vid. Sentencia Arjona Camacho, C-407/14, (ECLI:EU:C:2015:831), párrafo 42.

en esta materia. La aplicación de las sanciones previstas al amparo de la disposición adicional decimocuarta LISOS, corresponde a la ITSS al amparo del artículo 1.2 Ley 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social (en adelante, Ley 23/2015), pero serán los tribunales quienes, al amparo del artículo 182 LRJS, declararán la existencia de vulneración de derechos fundamentales y condenarán al pago de la indemnización de daños y perjuicios.

La falta de comunicación entre ambos órganos debilita el elemento disuasorio propio de las sanciones previstas en la LISOS. A efectos prácticos, la ITSS sólo conocerá de la conducta discriminatoria si la trabajadora interpone denuncia que ponga en conocimiento los hechos, actuación ésta que no se produce habitualmente en la práctica y que plantea problemas de prescripción de la sanción de la conducta empresarial, fruto de la carga de trabajo de los tribunales.

La solución a esta situación exigiría introducir, en el marco del procedimiento de tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas previsto en la LRJS, la obligación judicial de comunicar a la ITSS aquellas sentencias firmes que condenen al pago de las indemnizaciones previstas en el artículo 183 LRJS.

4. Conclusiones. La conveniencia de reconfigurar la indemnización de daños y perjuicios derivada de discriminación por razón de género como medida para potenciar la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres

La lucha por la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres ha asumido cada vez más una importancia primordial a nivel europeo y estatal. Buena muestra de ello ha sido la aprobación periódica de Directivas en distintos ámbitos de actuación, que persiguen la estandarización de medidas que erradiquen conductas discriminatorias por razón de género. Sin embargo, la efectividad de las medidas clásicas es más que discutible, y en consecuencia, se requieren políticas más estrictas que erradiquen completamente este tipo de comportamientos.

Ante este escenario, la indemnización de daños y perjuicios derivada de discriminación por razón de género aparece como una solución plausible por su finalidad tanto reparadora como disuasoria. Nos encontramos ante una figura ciertamente olvidada por el legislador, y en consecuencia, la jurisprudencia, tanto europea como española, ha jugado un papel importantísimo en su actual configuración y eficacia como mecanismo de lucha contra la discriminación.

Desde un plano europeo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha efectuado una lectura favorecedora de la concesión de este tipo de indemnizaciones. En este sentido, el

tribunal ha sostenido la imposibilidad de limitar el importe de la indemnización, la objetivización de la responsabilidad instrumentada mediante la irrelevancia de la voluntariedad en la conducta discriminatoria o la no prescindencia de elementos que puedan reducir el importe de la compensación, como por ejemplo el cálculo de intereses. Sin embargo, la reciente sentencia Arjona Camacho ha iniciado un camino que genera efectos devastadores para la consecución de la igualdad de oportunidades real entre hombres y mujeres, lo cual no es coherente con las exigencias del artículo 18 Directiva 2006/54. La asimilación del concepto “reparación íntegra” y “finalidad disuasoria”, tesis ésta que utiliza el tribunal para argumentar la imposibilidad de introducir daños punitivos en el marco de estas indemnizaciones *ex* Directiva 2006/54, ostenta una clara vocación limitadora que confunde la reparación con la finalidad modélica y provoca la evaporación del efecto ejemplarizante de estas compensaciones.

A nivel español, el legislador ha previsto un marco normativo esencialmente procesal, sin una caracterización material sólida del régimen jurídico de estas indemnizaciones. El papel de los tribunales, pues, ha sido clave, pero en algunos aspectos se plantean dudas del encaje de las tesis jurisprudenciales en la Directiva 2006/54. Dos ejemplos claros que presentan problemas son la utilización de la LISOS y el RDL 8/2004 como criterios orientadores a efectos de cuantificar la indemnización, dado que aquellos prevén intervalos cerrados de cantidades que limitan indirectamente la indemnización, y la falta de mecanismos que garanticen la finalidad disuasoria predicada en la Directiva 2006/54, fruto de la falta de comunicación entre las sentencias de los Tribunales, que establecen la reparación del daño, y la ITSS, responsable de sancionar por la conducta infractora, evidencian el progresivo debilitamiento del efecto disuasorio.

A modo de cierre, la configuración de la indemnización requiere una aplicación judicial que potencie la finalidad disuasoria de la misma. Para ello, sería necesario superar la tesis jurisprudencial según la cual la función preventiva se presume de la reparación, e incluir partidas indemnizatorias que aseguren, tal y como predicen los artículos 18 Directiva 2006/54 y 183.2 LRJS, la finalidad de prevenir el daño.

Fecha recepción: 18.6.2016
Fecha aceptación: 14.7.2016