

Reparación y sanciones en los asuntos de discriminación

María Amparo Ballester Pastor

Catedrática de Universidad

Universitat de València

Barcelona, 6 de Mayo de 2016

1.Reparación y sanciones: cuestiones generales

Una parte importante de las Directivas antidiscriminatorias se dedica a la reparación a las víctimas de discriminación y a las sanciones que deben aplicarse a los sujetos que incurrir en conductas discriminatorias. Reparaciones y sanciones constituyen lo que podríamos llamar consecuencias del incumplimiento de las Directivas por parte de los sujetos privados. Es un contenido habitual en las normas internas (que tienen que asegurar su cumplimiento por parte de los sujetos privados), pero excepcional en las Directivas de la Unión Europea (que teóricamente constituyen obligaciones tan solo para los Estados Miembros).

Son tres los mecanismos establecidos en la normativa antidiscriminatoria de la Unión Europea para el caso de incumplimiento por parte de los sujetos privados:

1.Derecho de acción judicial de las víctimas de discriminación para exigir el cumplimiento del principio antidiscriminatorio: art. 17 de la Directiva 2006/54 (discriminación por razón de género); art. 7 de la Directiva 2000/43 (discriminación por razón de etnia); art. 9 de la Directiva 2000/78 (discriminación por razón de religión, convicciones, edad, discapacidad y orientación sexual). Este derecho de acción judicial de la víctima no se limita a la posibilidad formal de acudir a los Tribunales, sino que comprende el derecho a que el proceso judicial sirva para darle satisfacción suficiente.

2.Derecho de indemnización o reparación efectiva y disuasoria (reparación del ofensor a la víctima). Se establece solamente en el art. 18 de la Directiva 2006/54, para los supuestos de discriminación por razón de género. Es un precepto excepcional, que no se encuentra en otras Directivas, ni siquiera en las otras Directivas antidiscriminatorias y que establece el derecho de la víctima a percibir del sujeto ofensor una indemnización o reparación que compense adecuadamente el perjuicio sufrido. En realidad es una especificación del derecho de acción judicial.

3.Obligación de que el Estado miembro sancione adecuadamente el incumplimiento por parte de sujetos privados de la normativa antidiscriminatoria, a efectos de que se prevengan nuevas actuaciones. Se contiene en el art. 25 de la Directiva 2006/54; en el art. 15 de la Directiva 2000/43; y en el art. 17 de la Directiva 2000/78. Es una obligación dirigida al Estado para que se asegure de que las consecuencias configuradas en el ordenamiento para asegurar la aplicación de las Directivas antidiscriminatorias tienen suficiente eficacia disuasoria.

Estas tres obligaciones, que constituyen los ejes de la presente exposición, pueden hacerse efectivas por medio de diferentes instrumentos. Indemnización económica, restitución *in natura*, declaración de nulidad de la conducta, readmisión obligatoria, sanción administrativa, sanción penal, entre otras, son algunas de las consecuencias aplicables a las conductas discriminatorias que pueden encontrar acomodo en alguna de las tres consecuencias que se acaban de enumerar. Sin embargo, hay un instrumento multifuncional, que puede servir para dar cumplimiento simultáneamente a las tres obligaciones descritas: la indemnización, compensación o reparación por el daño ocasionado a partir una conducta discriminatoria. Efectivamente, si un Estado miembro garantiza una indemnización adecuada para los supuestos de discriminación cumple con la garantía del derecho a la acción judicial, cumple expresamente con lo establecido en el art. 18 de la Directiva 2006/54 (para la discriminación por razón de género) y, al tiempo, puede satisfacer suficientemente la obligación de eficacia disuasoria. Ello explica la particular atención que se le dispensará a la indemnización como instrumento para la efectividad de las Directivas antidiscriminatorias en las páginas que siguen.

Con carácter general las Directivas de la Unión Europea (en cualquier ámbito y materia) ni refieren expresamente la obligación de aplicación por parte de los Estados miembros (son normas obligatorias *per se*), ni especifican el modo en que deben hacerlo. A fin de cuentas la libertad para escoger el instrumento de efectividad que se considere más adecuado por parte de cada Estado miembro es lo que caracteriza a las Directivas. De hecho la existencia de un apartado específico dedicado a las cláusulas horizontales en la Directiva 2006/54 es una interesante peculiaridad, como también lo es que las Directivas 2000/43 y 2000/78 tengan apartados específicos dedicados a los “recursos y cumplimiento”. La cuestión puramente formal de cual deba ser el mecanismo concreto para hacer efectiva la obligación configurada en una Directiva ha sido considerada, pues, como una competencia estrictamente interna. Ciertamente, se puede constatar una tendencia progresiva del TJUE¹ a requerir que el cumplimiento de las Directivas se lleve a cabo de una determinada manera², pero en el caso de las Directivas antidiscriminatorias esta intervención en la fase de trasposición se ha reflejado incluso en el propio texto de las Directivas.

Esta especificación de los mecanismos concretos para la efectividad de las Directivas antidiscriminatorias se integra en un contexto general que pretende reforzar la efectividad de las Directivas y que tiene otras relevantes manifestaciones: la superación de la eficacia estrictamente vertical de las directivas antidiscriminatorias y la obligación de que el juez interno aplique el principio de primacía de la norma antidiscriminatoria de la Unión europea.

1. Superación de la doctrina de la eficacia directa vertical por parte de las Directivas antidiscriminatorias.

¹ Las referencias que en el presente texto se harán al órgano jurisdiccional de la Unión Europea encargado de la interpretación del Derecho de la Unión Europea se realizarán siempre al “Tribunal de Justicia de la Unión Europea” (TJUE), aunque se refieran a pronunciamientos judiciales correspondientes a momentos en los que la denominación de dicho órgano era diferente. He optado por unificar la denominación de dicho órgano judicial a efectos de que la exposición sea más clara. También he optado por citar las sentencias de dicho órgano con simple referencia a su fecha y al nombre del asunto. Estos datos son suficientes para identificar la resolución en www.curia.eu, que es el sistema generalizado de búsqueda de las resoluciones del TJUE.

² Una interesante reflexión acerca del alcance de las competencias internas en materia de elección del procedimiento para la efectividad de las Directivas y de su evolución por VAN GERVEN, “Of rights, remedies and procedures”, *Common Market Law Review*, 37, 2000, pág. 501 ss, particularmente pág. 517 ss

Uno de los principales obstáculos teóricos para la efectividad de las Directivas, en general, ha sido el principio de eficacia directa solo vertical (y no horizontal) de las mismas. Esta eficacia vertical implica que el cumplimiento de las Directivas no puede reclamarse entre privados, sino solo ante el Estado³. Es un principio formal que resulta consecuente con el hecho de que las Directivas, por definición, no constituyen obligaciones para los privados, sino para los Estados miembros. Por ello la eficacia directa vertical de las Directivas implica que la víctima no podría reclamar judicialmente ante un particular por incumplimiento de una Directiva, si el Estado no la ha traspuesto adecuadamente, porque teóricamente los sujetos individuales no están obligados al cumplimiento de la Directiva, sino meramente al cumplimiento de la normativa interna que la traspone. La eficacia vertical significa, pues, que solo podría reclamarse la aplicación de una Directiva no adecuadamente traspuesta, si el sujeto demandado es el Estado. Bajo la teoría de esta eficacia meramente vertical de las Directivas, cuando la falta de transposición de una Directiva causara un daño a un particular (por no poder exigir su cumplimiento a otro particular al carecer de eficacia directa horizontal) sería posible que el sujeto reclamara indemnización por daños al Estado incumplidor⁴. Es fácil anticipar que la teoría de la eficacia vertical de las Directivas pronto apareció como un obstáculo importante para la efectividad de las mismas, sobre todo cuando empezaron a generalizarse como instrumento normativo típico y habitual de la Unión Europea (haciendo retroceder a los Reglamentos) y cuando las Directivas comenzaron a contener derechos y obligaciones concretos para los sujetos privados⁵, lo que resulta particularmente evidente en el caso de las Directivas antidiscriminatorias.

La prohibición de discriminación por razón de sexo fue una de las temáticas que más tempranamente escapó de la doctrina de la eficacia estrictamente vertical de las Directivas, lo que posibilitó las reclamaciones entre privados para la aplicación directa de las Directivas antidiscriminatorias cuando el Estado no había cumplido efectivamente su obligación de transposición. En efecto, ya en la década de los 70 el TJUE reconoció la eficacia directa horizontal de la normativa antidiscriminatoria por razón de sexo no solo porque nacía del Derecho originario (el entonces artículo 119 del TCE) sino también porque constituye un principio esencial del derecho de la Unión Europea (Desde STJUE de 8 de Abril de 1976, asunto *Defrenne*). Las Directivas antidiscriminatorias por razón de sexo se constituyeron en especificación de ese principio general y, en consecuencia, pasaron a tener, de hecho, eficacia directa horizontal prácticamente desde que se formularon, ya en la década de los 70. Esta eficacia directa horizontal de las normas antidiscriminatorias por razón de sexo de la UE quedaba posibilitada por el hecho de que suelen establecer derechos completos y plenos, lo suficientemente concretos como para permitir su aplicación directa⁶

Con posterioridad, esta crisis de la eficacia vertical de las Directivas se generalizó a todas las materias. En la actualidad, con carácter general, la aplicación del principio de efectividad de las Directivas ha terminado por neutralizar la doctrina de la eficacia

³Tienen eficacia directa horizontal, sin embargo (lo que permite su reclamación entre privados) las normas del derecho originario de la UE y los Reglamentos de la UE (STJUE de 5 de Febrero de 1963, asunto *Van Gend en Loos*)

⁴ STJUE de 19 de Noviembre de 1991, asunto *Francovich*

⁵ Así lo destacó en su momento, MILLAN MORO, “La eficacia directa de las Directivas: evolución reciente”, *Revista de Instituciones Europeas*, vol. 18, 1991, pág. 845 ss.

⁶ Para que se produzca la eficacia directa de las Directivas es necesario que la misma sea precisa, clara, incondicional y que no requiera medidas complementarias (STJUE de 4 de Diciembre de 1974, Asunto *Van Duyn*; STJUE de 5 de Abril de 1979, asunto *Ratti*; o STJUE de 12 de Julio de 1990, asunto *Foster*

directa estrictamente vertical de las mismas. En efecto, es fácil advertir que resulta contradictorio que, de un lado, las Directivas se erijan como normas plenas y que, de otro, se dificulte su efectividad como tales al impedir la reclamación directa por parte de los sujetos privados que, cada vez más, resultan ser, de hecho, los destinatarios de las mismas.

La doctrina de la eficacia vertical de las Directivas parecía, sin embargo, un obstáculo difícil de superar en el caso de las Directivas antidiscriminatorias por causas diferentes del sexo. Efectivamente, la referencia que el Derecho originario hace a las prohibiciones de discriminación por las causas de nueva generación (etnia, religión, convicciones, discapacidad, edad y orientación sexual) se contienen en el actual art. 19 TFUE (antiguo art. 13 TCE) en el que no se establece una prohibición directa de discriminación por estas causas, sino simplemente una habilitación a las instituciones comunitarias para que regulen esta materia⁷. Era difícil, pues, la aplicación directa horizontal entre privados por vinculación al derecho originario, como había sucedido en el caso de las Directivas antidiscriminatorias por razón de género. Incluso parecía difícil que la discriminación por las causas de nueva generación fuera un principio de la Unión europea cuando se formulaba meramente como una simple habilitación para las instituciones comunitarias. Sin embargo, también en estos casos el TJUE terminó aplicando la eficacia directa horizontal. Primero, el TJUE estableció en la STJUE de 22 de Noviembre de 2005, *asunto Mangold*, que el principio de no discriminación por razón de la edad era un principio general del ordenamiento de la Unión Europea, y que por ello disponía de eficacia directa horizontal (en el asunto *Mangold* ni siquiera había transcurrido el tiempo para la trasposición de la Directiva 2000/78). Después, con mayor rotundidad, estableció el TJUE en su STJUE de 19 de Enero de 2010, asunto *Kücükdeveci*, que la Directiva 2000/78 constituye una especificación del principio general de no discriminación por razón de la edad y que, por tanto, debe respetarse lo establecido en la Directiva cuando se reclama entre particulares⁸. De este modo, las dos Directivas antidiscriminatorias en desarrollo del art. 19 TFUE (la Directiva 200/43 para la etnia; y la Directiva 2000/78 para la religión, convicciones, edad, discapacidad y orientación sexual) se constituyen en normas especificativas de principios generales del ordenamiento de la Unión Europea y, como tales, tienen eficacia directa horizontal⁹.

Implícitamente, el principio de eficacia directa horizontal y de efectividad real se encontraba ya en las primeras Directivas antidiscriminatorias por razón de sexo. Así, en el art. 6 de la Directiva 76/207 (el que constituyó el principio de acción judicial que más abajo se desarrollará) se contenía una referencia expresa a que los Estados miembros debían garantizar que las víctimas de discriminación por razón de sexo podían “hacer valer sus derechos” en sede judicial¹⁰. Es una referencia que, en realidad, sintetiza el

⁷El art. 19.1 TFUE establece lo siguiente: *Sin perjuicio de las demás disposiciones de los Tratados y dentro de los límites de las competencias atribuidas a la Unión por los mismos, el Consejo, por unanimidad con arreglo a un procedimiento legislativo especial, y previa aprobación del Parlamento Europeo, podrá adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual.*

⁸Analizó el alcance de la sentencia dictada en el asunto *Kücükdeveci* MOL, “Mangold Revisited – Horizontal Direct Effect of a General Principle of EU Law, Court of Justice of the European Union”, *European Constitutional Law Review*, 6, 2010, pág. 293ss

⁹REQUENA CASANOVA, “La tutela judicial del principio general de igualdad de trato en la unión europea: una jurisprudencia expansiva basada en una jerarquía de motivos discriminatorios”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 40, 2011, pág. 790

¹⁰El art. 6 de la Directiva 76/207 establecía los siguientes: *Los Estados miembros introducirán en su ordenamiento jurídico interno las medidas necesarias para que cualquier persona que se considere*

concepto de eficacia directa horizontal del principio de no discriminación por razón de sexo en los términos en que, casi al mismo tiempo, estaba reconociéndose por la jurisprudencia del TJUE. Evidencia el interés del legislador de la Unión Europea por reforzar estos principios y por hacerlos más visibles. El art. 6 de la Directiva 76/207 actualmente es, con algunos cambios, el art. 17 de la Directiva 2006/54, y ha trascendido también en similar redacción a las otras Directivas antidiscriminatorias (Dir. 2000/43 y Dir. 2000/78).

2.La obligación de que el juez interno aplique el principio de primacía de la norma antidiscriminatoria.

La jurisprudencia del TJUE sobre las directivas antidiscriminatorias por razón de sexo ha aplicado rotundamente el principio de primacía del Derecho de la UE¹¹ estableciendo la obligación del juez interno de sustituir la norma interna por la norma comunitaria incumplida¹². Teniendo en cuenta que la configuración de derechos subjetivos en las directivas antidiscriminatorias suele ser lo bastante clara como para posibilitar su aplicación directa (básicamente prohibición de discriminación), y teniendo en cuenta también que en caso de duda por parte del juzgador de instancia cabe el planteamiento de una cuestión prejudicial ante el TJUE acerca del alcance general de los conceptos antidiscriminatorias y de su adecuación, o no, a la normativa de la Unión Europea, en teoría la aplicación del principio de primacía no debiera resultar complicada. Sin embargo, en la normativa antidiscriminatoria existen conceptos de gran complejidad, que pueden dificultar la sustitución de la norma interna por la norma superior de la Unión Europea. El concepto de discriminación indirecta es un buen ejemplo de ello, puesto que, a diferencia de la discriminación directa, no cuenta con un comparador respecto del cual se debe conseguir igualdad de tratamiento. En efecto, para corregir una discriminación directa basta con equiparar el tratamiento de las mujeres al otorgado a los hombres (o equiparar el tratamiento otorgado a los colectivos a los que se aplican las Directivas antidiscriminatorias). En esto consistiría la aplicación del principio de primacía por parte del juzgador interno. Pero en el caso de una discriminación indirecta, que concurre cuando un determinado acto tiene efectos perversos para las mujeres o para cualquiera de los colectivos protegidos por las Directivas antidiscriminatorias, la eliminación de ese acto del ordenamiento interno puede resultar complicado si no concurre una norma sustitutiva expresa. Una situación parecida se produjo en España tras la STJUE de 22 de Noviembre de 2012, asunto *Elbal Moreno*. Esta sentencia del TJUE estableció que el sistema para el acceso a las pensiones configurado en España constituía una discriminación indirecta por razón de sexo porque tenía efectos perversos para el colectivo de trabajadores/as a tiempo parcial. La cuestión prejudicial se planteó por el Juzgado de lo Social 33 de Barcelona porque la normativa española vigente entonces establecía que, en el caso de trabajadores/as a tiempo parcial, los 15 años de cotización exigidos para acceder a la pensión de jubilación debían calcularse tomando como referencia que cinco horas de trabajo equivalían a un día de trabajo. El TJUE en el asunto *Elbal Moreno* interpretó que esta regulación específica para los trabajadores/as a tiempo parcial constituía una discriminación indirecta por razón de sexo. Siete meses después, por RDL 11/2013, de 2 de Agosto, el legislador español alteró el precepto en cuestión y estableció un nuevo sistema para el cálculo de la carencia a efectos de pensiones de los trabajadores/as a tiempo parcial (coeficiente de parcialidad)¹³, pero hasta

perjudicada por la no aplicación del principio de igualdad de trato en el sentido de los art. 3,4 y 5 pueda hacer valer sus derechos por vía jurisdiccional después de haber recurrido, eventualmente, a otras autoridades competentes.

¹¹ Es un principio básico del ordenamiento de la UE desde sus inicios. STJUE de 15 de Julio de 1964, Asunto *Costa c. ENEL*

¹² Para la discriminación por razón de género, Sentencia de 9 de marzo de 1978, asunto *Simmenthal*; STJUE de 26 de febrero de 1986, asunto *Marshall I*; y STJUE de 20 de Marzo de 2003, asunto *Kutz-Bauer*, entre muchas otras

¹³ El nuevo sistema establecido por el legislador no es, sin embargo, particularmente beneficioso para los trabajadores/as a tiempo parcial. De hecho podría decirse que el legislador español ha corregido los

entonces los Tribunales de Justicia españoles tuvieron que resolver acerca de la cuestión, enfrentándose al dilema de que cualquier resolución suponía sustituir la acción del legislador. Efectivamente, el sistema de carencia establecido con carácter general en España requiere quince “años” de cotización (no días, ni horas), pero en el caso de los trabajadores/as a tiempo completo la contabilidad de la carencia por días era un mecanismo adecuado porque trabajaban todos los días del año. A la hora de trasladar esa contabilización por días a los trabajadores/as a tiempo parcial es cuando surgió el precepto declarado discriminatorio por el TJUE. En el caso concreto que dio lugar a la cuestión prejudicial que concluyó en el asunto *Elbal Moreno* la sentencia resolvió contabilizando un día de trabajo completo de carencia por cada día de trabajo del trabajador/a a tiempo parcial, que era lo solicitado por la parte demandante¹⁴. Pero los Tribunales de Justicia no se atrevieron a generalizar esta solución a todos los supuestos que se fueron planteando en el *interim* entre la sentencia dictada en el asunto *Elbal Moreno* y el RDL 11/2013. Y ello porque la contabilización por días completos era una de las posibles soluciones pero no era la única. Ello provocó cierta resistencia de los Tribunales internos que mantuvieran la aplicación de la legislación declarada discriminatoria hasta que se corrigió expresamente por el legislador, argumentando que no había coincidencia de supuestos porque en los casos posteriores no concurría la gravedad del caso resuelto por la sentencia dictada en el asunto *Elbal Moreno*¹⁵. Si en lugar de negar la coincidencia de supuestos el órgano judicial hubiera reflejado la imposible aplicación de la Directiva por falta de contenido concreto, al menos para este supuesto, ello hubiera permitido al menos que la víctima de la conducta discriminatoria hubiera reclamado del Estado infractor la correspondiente indemnización por daños (por aplicación de la doctrina *Francovich*, STJUE de 19 de Noviembre de 1991).

2.EL DERECHO A LA ACCIÓN JUDICIAL PARA LA SATISFACCIÓN DE LA VÍCTIMA DE DISCRIMINACIÓN

En el ámbito de la prohibición de discriminación por razón de género el derecho a la acción judicial para la satisfacción de la víctima se encuentra formulado actualmente en el art. 17.1 de la Directiva 2006/54, que establece lo siguiente: *Los Estados miembros velarán por que, tras el posible recurso a otras autoridades competentes, incluidos, cuando lo consideren oportuno, procedimientos de conciliación, existan procedimientos judiciales para exigir el cumplimiento de las obligaciones establecidas con arreglo a la presente Directiva en favor de toda persona que se considere perjudicada por la no aplicación, en lo que a ella se refiera, del principio de igualdad de trato, incluso tras la terminación de la relación en la que supuestamente se haya producido la discriminación.* Para la discriminación por razón de etnia el art. 7 de la Directiva 2000/43 tiene un sentido similar. Para la discriminación por razón de religión o convicciones, edad, discapacidad y orientación sexual también tiene igual sentido el art. 9 de la Directiva 2000/78. El apartado segundo de estos preceptos establece la legitimación de las asociaciones que tengan interés legítimo en asegurar el cumplimiento de las Directivas en poder ejercitar acción judicial en nombre o en apoyo del demandante y con su autorización.

En la Directiva 2006/54 (discriminación por razón de género) su art. 17 se encuentra en el título III (dedicado a los preceptos horizontales, o instrumentales para la aplicación de

problemas de acceso a la pensión de jubilación de los trabajadores/as a tiempo parcial pero ha trasladado la discriminación indirecta a su cuantía. Así lo señala AGUSTIN MARAGALL, “Cuestiones críticas – resueltas y pendientes de resolución- en el acceso, duración y cuantía de las prestaciones de seguridad social contributiva”, ponencia presentada en la mesa redonda “Las reformas de a protección social” en el Congreso *Las reformas de la protección social en España*, Alicante, 22 y 23 de Octubre de 2015

¹⁴ S. J. Social 33 de Barcelona de 30 de Noviembre de 2012, confirmada por STSJ Cataluña de 27 de Noviembre de 2013, rec. 1339/2013

¹⁵ STSJ de Cataluña de 4 de Marzo de 2013, rec. 7851. Esta sentencia tuvo un voto particular firmado por un numeroso número de Magistrados disconformes.

lo establecido en la Directiva); en el capítulo primero (dedicado a los recursos y cumplimiento –*remedies and enforcement*-); y en la sección primera (dedicada a los recursos). Esta sección primera (*remedies*) comprende el art. 17 (que se refiere genéricamente a la acción judicial para la satisfacción de la víctima) y el art. 18 (que hace referencia a una medida específica para dicha satisfacción: la indemnización). En las Directivas 2000/43 y 2000/78 no hay una sección específica dedicada a los recursos o *remedies*, sino una general dedicada a los recursos y cumplimiento, donde se incluye el precepto general de acción judicial para la satisfacción de la víctima. Las Directivas 2000/43 y 2000/78 no tienen un precepto equivalente al art. 18 de la Directiva 2006/54.

El derecho a la acción judicial tiene dos contenidos: (i) Supone la existencia de un derecho formal de las víctimas de discriminación al planteamiento de acciones judiciales en reclamación por vulneración del derecho a la no discriminación. Significa, por tanto, que no deben existir obstáculos procesales para la reclamación judicial; (ii) Supone también que el ordenamiento debe tener establecidos mecanismos para que al sujeto discriminado le compense la reclamación judicial, porque al final del mismo previsiblemente obtendrá una reparación/compensación adecuada (STJUE de 2 de Agosto de 1993, asunto *Marshall II*).

El art. 17 de la Directiva 2006/54 y los equivalentes de las otras Directivas antidiscriminatorias establecen un derecho a la acción judicial que puede estar precedido por el previo recurso a otras autoridades competentes. Así se refiere expresamente en estos preceptos de las Directivas. De esta manera se recoge la posibilidad de que se establezcan mecanismos de reclamación de carácter administrativo, que serán válidos en tanto admitan el posterior recurso a la vía judicial. Por tanto, la intervención de entidades administrativas en primera instancia con capacidad de resolución de naturaleza obligatoria en materia antidiscriminatoria será acorde a las Directivas antidiscriminatorias siempre y cuando admitan impugnación judicial sobre el fondo del asunto. Entiendo que, si una entidad administrativa o una agencia estatal, tuviera capacidad para resolver un asunto sobre discriminación, sin posibilidad de que posteriormente los Tribunales pudieran conocer sobre el fondo del asunto, sino meramente de defectos formales de la previa resolución administrativa, no se garantizaría el derecho a la acción judicial a la que se refieren los preceptos ahora analizados. Entre estos procedimientos administrativos previos cabe el establecimiento de conciliación administrativa. Parece una referencia intrascendente, pero la mención a la conciliación cumple una doble finalidad: primero, sirve para, implícitamente, reconocer que tiene valor el acuerdo entre las partes al que se llegara en dicho acto de conciliación, pero siempre y cuando quede abierta la vía judicial (para impugnar el acuerdo); y, segundo, sirve también para establecer que son dos los mecanismos de intervención previos al proceso judicial que pueden establecerse por los Estados miembros: de un lado, aquellos tendentes a favorecer el acuerdo entre las partes (conciliación); de otro lado, aquellos que implican la intervención de una entidad o agencia administrativa con capacidad resolutoria, siempre que sus actos sean impugnables ante la jurisdicción. Lo relevante en todas las Directivas es que ni el acuerdo ni la intervención administrativa establecidos pueden cerrar la vía judicial, sino que tanto uno como otro deben tener posibilidad de impugnación judicial. Los mecanismos internos que pueden ser contrarios a las Directivas antidiscriminatorias en esta materia pueden ser difíciles de detectar porque no siempre hacen mención expresa a la cuestión antidiscriminatoria. De este modo, pueden existir normas generales, procesales o sustantivas, que no dificulten el derecho a la acción judicial específicamente para las víctimas de discriminación, pero que sí puedan dificultarlo a

estas en tanto en cuanto dificultan el derecho general a la acción judicial. En tanto en cuanto producen este efecto las normas internas serían contrarias a las Directivas antidiscriminatorias¹⁶

El art. 17 de la Directiva 2006/54 y los equivalentes de las Directivas antidiscriminatorias establecen en su inciso final que el derecho a la acción judicial procede *incluso tras la terminación de la relación en la que supuestamente se haya producido la discriminación*. Esta expresión se refiere a dos situaciones: la posibilidad de reclamar judicialmente por despido discriminatorio; y la posibilidad de reclamar judicialmente por actos discriminatorios cometidos antes de que la relación laboral finalizara, sin que sea necesario que la causa de la extinción del contrato haya sido discriminatoria. Por lo demás, las Directivas antidiscriminatorias quieren quedar al margen de la cuestión de la prescripción/caducidad establecida por los Estados miembros para iniciar acciones judiciales para reclamar contra actuaciones discriminatorias. De ahí que los *plazos de interposición de recursos* queden expresamente al margen de la protección dispensada por las Directivas (art. 17.3 de la Directiva 2006/54 y equivalentes).

El derecho a la acción judicial de la víctima en las Directivas antidiscriminatorias se encuentra complementado con ciertos derechos de acción judicial de actores complementarios. Se refieren en las Directivas antidiscriminatorias dos de estos sujetos complementarios: (i) El apartado segundo del art. 17 de la Directiva 2006/54, y sus equivalentes en las otras Directivas antidiscriminatorias, establece una habilitación a las asociaciones, organizaciones o personas jurídicas con interés legítimo en velar por el cumplimiento de la normativa antidiscriminatoria para que puedan iniciar, en nombre o en apoyo del sujeto discriminado y con su autorización, las correspondientes acciones judiciales¹⁷. El precepto reconoce un derecho de acción colectiva a las entidades colectivas con interés en la materia, que no necesariamente debe recaer en las asociaciones de colectivos protegidos por la normativa antidiscriminatoria, sino que puede referirse a cualquier entidad con interés. Por ello parece ser que se cumpliría este precepto si el Estado miembro reconociera esta legitimación, por ejemplo, a los sindicatos. Por lo demás, la legitimación establecida en la normativa antidiscriminatoria se refiere a la capacidad procesal para iniciar un proceso en nombre o en apoyo de una víctima de discriminación y siempre con su autorización. No se configura, pues, la obligación de que dichas asociaciones tengan legitimación para la acción judicial en defensa de intereses colectivos, aunque nada impediría que los Estados miembros así lo establecieran¹⁸. En España los sindicatos tienen capacidad procesal para actuar en

¹⁶ Un ejemplo podría ser el art. 41 Estatuto de los Trabajadores en España. En este precepto se establece que el acuerdo al que se llegara durante un procedimiento de ajuste por crisis empresarial (modificación sustancial de condiciones de trabajo por concurrencia de causas económicas, técnicas, organizativas o de producción) solo puede ser impugnado por fraude, dolo, coacción o abuso de derecho. Ello ha llevado a que los tribunales no entren a valorar la posible existencia de discriminación por razón de sexo que pudieran contener los pactos a los que se llegara (STS de 25 de Mayo de 2015, rec. 307/2013)

¹⁷ El art. 17.2 Directiva 2006/54 establece lo siguiente: *Los Estados miembros velarán por que las asociaciones, organizaciones u otras personas jurídicas que, de conformidad con los criterios establecidos en el Derecho nacional, tengan un interés legítimo en velar por el cumplimiento de lo dispuesto en la presente Directiva, puedan iniciar, en nombre o en apoyo del demandante, y con su autorización, cualquier procedimiento judicial y/o administrativo establecido para exigir el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la presente Directiva.*

¹⁸ Por ejemplo, en España el art. 11.bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece una habilitación a los sindicatos más representativos, a las asociaciones nacionales en defensa de la igualdad entre hombres y mujeres y a los organismos públicos competentes para que inicien acciones judiciales en defensa de estos intereses colectivos difusos. El precepto establece: *Cuando los afectados sean una pluralidad de personas*

nombre de la víctima de discriminación si ésta es afiliada, presumiéndose su autorización, si habiendo sido notificado no consta su oposición a que el sindicato actúe en su nombre¹⁹. También existe la posibilidad de actuación como coadyuvante (en apoyo de la víctima) en los procesos por vulneración de derechos fundamentales del sindicato más representativo, del sindicato al que estuviera afiliado el trabajador/a e incluso de las entidades públicas o privadas que tuvieran entre sus fines la promoción de tales derechos²⁰; (ii) En el art. 24 de la Directiva 2006/54, y en sus equivalentes de las otras Directivas antidiscriminatorias, se establece la prohibición de trato peyorativo (en forma de despido o cualquier otra forma) del empresario contra el trabajador/a que llevara a cabo actuaciones internas en la empresa o judiciales en defensa del derecho a la no discriminación. Este precepto (que se titula “victimización”) no solo establece una garantía frente a las represalias empresariales contra la víctima de una discriminación (lo que ya está implícito en el resto de preceptos sobre reparación) sino que también establece garantías frente a las represalias contra aquellos otros trabajadores/as en la empresa que hubieran actuado contra la actuación empresarial discriminatoria (particularmente los representantes de los trabajadores/as). Aunque no se establezca expresamente en los preceptos de las otras Directivas antidiscriminatorias la protección a los representantes y a los trabajadores que, sin ser víctimas, actuaran en defensa de éstas, debe entenderse que también a ellos se les aplica la protección frente a represalias. Y ello porque en ellas se hace referencia genérica a que la protección debe darse ante reclamaciones efectuadas en la empresa o ante reclamaciones judiciales. Como en el resto de protecciones contra la víctima dichas garantías pueden ser libremente establecidas por el Estado miembro (restitución, compensación...), pero deben ser efectivas. El derecho a la acción judicial tal y como se encuentra formulado en el art. 17 de la Directiva 2006/54 y equivalentes no es nuevo. Ya se encontraba formulado de modo similar en el art. 6 de la Directiva 76/207 para la discriminación por razón de género. La principal diferencia que se constata entre la redacción de la Directiva 76/207 y la redacción de la Directiva 2006/54 (que a su vez proviene de la Directiva 2002/73) es que en la de 1976 se hacía referencia al que la víctima de discriminación por razón de género debía “poder hacer valer sus derechos”, mientras que en la Directiva de 2006 se hace referencia a que la víctima de discriminación debe poder “exigir el cumplimiento”. En definitiva, el principio de acción judicial (tanto en la Directiva de 1976 como en la Directiva 2006/54) supone un derecho de restitución/reparación/nulidad/compensación en beneficio de la víctima. Su finalidad no es propiamente disuasoria (aunque podría tenerla) sino que pretende satisfacer a la víctima. Este derecho a la acción judicial ha dado lugar a una interesante doctrina del TJUE que ha ido configurando como debía ser el sistema de reparación/compensación adecuada en el caso de discriminación por razón de sexo. Esta doctrina del TJUE es perfectamente aplicable a los supuestos de discriminación contenidos en la Directiva 2000/43 y en la Directiva 2000/78 dado que ambas tienen preceptos casi idénticos al art. 17 de la Directiva 2006/54.

Una síntesis de esta doctrina de la acción judicial en beneficio de la víctima, deducida a partir de la aplicación realizada por el TJUE del art. 6 de la Directiva 76/207, podría sintetizarse del siguiente modo:

indeterminadas o de difícil determinación, la legitimación para demandar en juicio la defensa de estos intereses difusos corresponderá exclusivamente a los organismos públicos con competencia en la materia, a los sindicatos más representativos y a las asociaciones de ámbito estatal cuyo fin primordial sea la igualdad entre mujeres y hombres, sin perjuicio, si los afectados estuvieran determinados, de su propia legitimación procesal.

¹⁹ Art. 20. 1 y 2 LRJS

²⁰ Art. 177. 2 LRJS

(i)LIBERTAD DE ELECCIÓN DEL INSTRUMENTO DE GARANTÍA: Los Estados miembros disponen de plena libertad para establecer los instrumentos que garanticen la efectividad subjetiva del principio antidiscriminatorio por razón de género (STJUE de 10 de Abril de 1984, asunto *Von Colsson*).

Los instrumentos posibles son múltiples pero básicamente se pueden configurar en torno a dos bloques cuando se trata de dar satisfacción a la víctima (que es el objeto de estos preceptos): de un lado, se puede establecer la recuperación o restitución del derecho (por ejemplo, nulidad del despido, si esta es la conducta discriminatoria); de otro lado, se puede establecer una indemnización o compensación económica por el daño sufrido. Un aspecto de especial relevancia es que no es obligatorio que los ordenamientos garanticen en primer término la recuperación o restitución del derecho, sino que el principio de efectividad sustancial queda garantizado si simplemente se establece una compensación o indemnización por el daño sufrido (STJUE de 2 de Agosto de 1993, asunto *Marshall II*).

(ii)INDEMNIZACION ADECUADA. Si el instrumento único que se adopta para satisfacer a la víctima es el de la indemnización o compensación, ésta deba ser adecuada al perjuicio sufrido (STJUE de 10 de Abril de 1984, asunto *Von Colsson*).

- a) Indemnización adecuada es la que ofrece una reparación íntegra del daño, por ello no caben indemnizaciones máximas tasadas por ley que pudieran no compensar adecuadamente por el daño sufrido (STJUE de 2 de Agosto de 1993, asunto *Marshall II*; y STJUE de 22 de Abril de 1997, asunto *Draehmpaehl*). Asimismo deben aplicarse todos los mecanismos con los que contara el Estado miembro para la reparación efectiva del daño ocasionado por la conducta discriminatoria, incluyendo el pago de intereses (STJUE de 2 de Agosto de 1993, asunto *Marshall II*).
- b) Al elegir el instrumento concreto para garantizar la reparación/compensación los EEMM deben asegurarse de que las consecuencias previstas sean análogas a las consecuencias previstas para otros incumplimientos de similar naturaleza (principio de equivalencia). Se trata de que la efectividad del principio antidiscriminatorio garantizada por el Estado miembro no debe tener una intensidad inferior que otros derechos de similar alcance (STJUE de 21 de Septiembre de 1989, asunto *Comisión c. Grecia*; y STJUE de 22 de Abril de 1997, asunto *Draehmpaehl*).
- c) Hay sentencias del TJUE en las que se refiere que, cuando se utiliza la indemnización como instrumento para la efectividad de la Directiva antidiscriminatoria, ésta deberá tener eficacia disuasoria (STJUE de 10 de Abril de 1984, asunto *Von Colsson*). En estas sentencias, sin embargo, la eficacia disuasoria no parece algo diferenciado de la reparación adecuada entendida como reparación íntegra.

3.OBLIGACIÓN DE QUE LOS ESTADOS MIEMBROS ESTABLEZCAN MECANISMOS SANCIONADORES EFECTIVOS Y DISUASORIOS

Los Estados miembros deben garantizar que las normas de trasposición de la normativa discriminatoria tiene eficacia disuasoria. Así lo establece el art. 25 de la Directiva 2006/54 para la discriminación por razón de género: *Sanciones Los Estados miembros establecerán 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. Las sanciones,*

que podrán incluir la indemnización a la víctima, serán efectivas, proporcionadas y disuasorias. Esta obligación se reguló por primera vez por medio de la Directiva 2002/78 para la discriminación por razón de género. Para la discriminación por razón de etnia el precepto equivalente es el art. 15 de la Directiva 2006/54. Para las otras causas de discriminación prohibidas el artículo equivalente es el art. 17 de la Directiva 2000/78.

La principal característica de estos preceptos que establecen la obligatoriedad de sanciones es que son verdaderos instrumentos para la efectividad de las Directivas. En efecto, para garantizar la efectividad en la trasposición de una Directiva el Estado miembro debe asegurar el efecto disuasorio de las medidas que se adopten, aunque no necesariamente debe garantizar la satisfacción de la víctima²¹. No solo debe el Estado miembro establecer sanciones para el caso de incumplimiento, sino que debe garantizar que éstas se aplican cuando se produce la conducta discriminatoria (sanción efectiva), que tienen virtualidad preventiva (efecto disuasorio) y que son proporcionadas. Por lo demás, la configuración de la sanción debe tener una entidad no menor que la que se estableciera para garantizar el cumplimiento de otras normas de similar entidad (principio de equivalencia²²).

Pero la obligación de sanción efectiva es también una medida de prevención contra la discriminación que, desde esta perspectiva, comparte esta finalidad con otros preceptos de las Directivas antidiscriminatorias. Así, otras actuaciones preventivas son las configuradas con el objetivo de la formación para la prevención por parte de los empresarios y de las entidades encargadas de la formación para el trabajo en el art. 26 de la Directiva 2006/54. No existe un precepto similar en las Directivas 2000/78 y 2000/43, aunque las tres Directivas hacen referencia al diálogo social como instrumento para la prevención de actuaciones discriminatorias (art. 11 de la Directiva 2000/43, art. 13 de la Directiva 2000/78 y art. 22 de la Directiva 2006/54).

La contraposición entre el art. 25 de la Directiva 2006/54 (y los equivalentes de las Directivas antidiscriminatorias), de un lado, y el art. 17 de la Directiva 2006/54 (y los equivalentes), da la apariencia de que se pretende un sistema dual de actuación frente a la discriminación: sanción, de un lado, para conseguir el efecto disuasorio (art. 25 Directiva 2006/54); y reparación/compensación, para conseguir el efecto de satisfacción a la víctima (art. 17 Directiva 2006/54). Pero esta conclusión es solo aparente porque en el art. 25 Directiva 2006/54 y equivalentes se establece que la sanción puede incluir la indemnización a la víctima. Por tanto, las Directivas admiten la posibilidad de que la indemnización cumpla una función sancionatoria que, si es lo suficientemente efectiva, proporcionada y disuasoria, podría incluso eliminar la necesidad de aplicar sanciones

²¹ Esto se advierte claramente, por ejemplo, en las sentencias del TJUE sobre aplicación de la Directiva 99/70 sobre trabajo temporal. En la STJUE de 11 de Diciembre de 2014, C-86/14, asunto *León Medialdea*, el objeto de la cuestión prejudicial versaba acerca del carácter disuasorio o no de la norma interna (en este caso española) en relación con el enlace de contratos temporales. Este carácter disuasorio es el que debe quedar garantizado a efectos de comprobar que el Estado miembro ha traspuesto adecuadamente la Directiva. Con un alcance muy similar se pronuncia la STJUE de 4 de Julio de 2006, C-212/04, asunto *Adeneler*, y las otras muchas que, con relación a la aplicación de esta Directiva se mencionan en ambas sentencias. En el asunto *Adeneler* se establece lo siguiente: *Así, cuando el Derecho comunitario no establece sanciones específicas, como ocurre en el presente asunto, para el caso de que se compruebe no obstante la existencia de abusos, corresponde a las autoridades nacionales adoptar las medidas apropiadas para hacer frente a dicha situación, medidas que no sólo deben resultar proporcionadas, sino también lo bastante efectivas y disuasorias como para garantizar la plena eficacia de las normas adoptadas en aplicación del Acuerdo marco.*

²²STJUE de 11 de Diciembre de 2014, C-86/14, asunto *León Medialdea*

específicas. Pero cabe concluir, en contraposición, que si la indemnización fuera el único sistema sancionatorio establecido por el Estado miembro y no cumpliera su función disuasoria (al menos no en todos los casos), se incumpliría lo establecido en el art. 25 de la Directiva 2006/54 y equivalentes. Satisfacción a la víctima y efecto disuasorio son consecuencias obligatorias y diferenciadas de las medidas adoptadas por los Estados miembros, que pueden coincidir en el mismo instrumento o no.

Precisamente el tema de la coincidencia de la finalidad compensatoria y disuasoria en un mismo instrumento requiere de una reflexión acerca de la postura de los diferentes ordenamientos jurídicos europeos en torno a la responsabilidad por daños punitivos (*punitive damages*)²³. Este concepto se refiere a un plus indemnizatorio autónomo, con función estrictamente disuasoria, que se añadiría a la cuantía indemnizatoria para la compensación por daños cuando ésta no tuviera suficiente efecto disuasorio. Los daños punitivos son una figura de origen británico que han terminado siendo arquetipo norteamericano²⁴ y que se consideran propios de los ordenamientos jurídicos de *common law*. Sin embargo, en los sistemas de derecho civil continental, la tradición jurídica se ha configurado en torno a la separación entre la finalidad preventiva (correspondiente al Poder Público por medio de la sanción administrativa y/o penal) y la función reparadora (correspondiente a la indemnización estrictamente reparadora por daños)²⁵. De hecho por parte de algunos sectores en Europa continental existe una oposición radical a los daños punitivos por considerarse ajenos a la tradición europea y especialmente al principio *nulla pena sine legge*²⁶. La responsabilidad civil privada y la responsabilidad criminal o administrativa permanecen desgajadas en la tradición continental, mientras que en la tradición anglosajona del *common law* la figura de los *punitive damages* existe como una institución a mitad de camino entre ambas²⁷.

Pero en los últimos años se advierte cierta aceptación en los sistemas jurídicos continentales de los daños punitivos en las correspondientes indemnizaciones por daños. Por ejemplo, en Francia se ha planteado la revisión del código civil a efectos de que se incorporen los daños punitivos en la responsabilidad por daños²⁸. Al mismo tiempo, en

²³ Realicé un análisis acerca de la aplicación de los daños punitivos en el ordenamiento jurídico laboral español en BALLESTER PASTOR, “El proceloso camino hacia la efectividad y adecuación de las indemnizaciones por vulneración de derechos fundamentales”, *Revista de Derecho Social*, 69, 2015, pág. 31 ss

²⁴ P. SALVADOR CODERCH, “Punitive damages”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 4, 2000, pág. 139

²⁵ Existen bastantes estudios acerca de las diferencias entre los sistemas anglosajones de derecho común y los continentales en relación a la admisión de los daños punitivos. Por todos, H. KOZIOL, “Punitive damages – A European perspective”, 68 *Louisiana Law Review*, 2008; or J. GOTANDA, “Punitive damages: a comparative analysis”, 42 *Columbia Journal Of Transnational Law (2003-2004)*

²⁶ Por ejemplo, EUROPEAN GROUP ON TORT LAW, “Principles of European Tort Law: text and commentary”, 2005, pág. 159 (<http://www.egtl.org/>) o STUDY GROUP IN A EUROPEAN CIVIL CODE AND RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (AQUIS GROUP), “Principles, definitions and models rules of European Private Law. Draft common frame of reference” 2009, Art. VI-6, (<http://www.copecl.org/>)

²⁷ T. ROUHETTE, “The availability of punitive damages in Europe: growing trend or nonexistent concept”, 74 *Defendant Counsel Journal (2007)*, pág. 320

²⁸ J. GOTANDA, “Charting developments concerning punitive damages: is the tide changing?”, 45 *Columbia Journal Transnational Law (2006-2007)*, pág. 507. Asimismo refiere este autor la existencia de decisiones judiciales ejecutorias de sentencias norteamericanas de sentencias condenatorias por daños punitivos en Italia y España, lo que podría considerarse un reconocimiento implícito de su legitimidad, dado que solo procede el *exequátur* cuando la obligación para cuyo cumplimiento se haya procedido sea lícito en el país ejecutante. Constatando el acercamiento entre el sistema norteamericano de los daños punitivos y el sistema alemán, V. BEHR, “Punitive damages in American and and German Law –

Estados Unidos se está produciendo un fenómeno de reconocimiento y limitación normativa de los daños punitivos²⁹, lo que evidencia que su aplicación se ha instalado en la práctica habitual de los tribunales de justicia. El renacimiento de los daños punitivos evidencia los defectos del sistema indemnizatorio estrictamente compensatorio. En efecto, la conveniencia de los daños punitivos se ha reforzado a partir de la globalización, y de la existencia de empresas multinacionales para las que las indemnizaciones compensatorias carecían de todo efecto disuasorio dada la escasa litigiosidad individual (por ejemplo en el ámbito del consumo privado o del medio ambiente). Asimismo, dado que los baremos han terminado anticipando la cuantía de las indemnizaciones, las ha hecho totalmente previsibles y consiguientemente ha supuesto que el coste del comportamiento ilícito se haya incorporado a las estrategias empresariales y a la contabilidad ordinaria de la empresa. Ciertamente los daños punitivos presentan algunos problemas aplicativos, como por ejemplo su posible concurrencia con las sanciones públicas o incluso la desproporción que podría producirse cuando son múltiples las víctimas que reclaman (teoría del *total harm*)³⁰. Pero incluso estos problemas pueden solucionarse con una adecuada regulación. Es fácil advertir que en el ámbito jurídico laboral, que es el típico en la aplicación de las Directivas antidiscriminatorias, las indemnizaciones estrictamente compensatorias pueden no ser suficientes para disuadir suficientemente al empresario de conductas discriminatorias³¹.

Las Directivas antidiscriminatorias han reflejado la posibilidad de que las indemnizaciones por daños motivados por comportamientos discriminatorios incluyan el concepto de daños punitivos. Eso explica la redacción del art. 25 de la Directiva 2006/54 (y de sus equivalentes en las otras Directivas antidiscriminatorias): *Las sanciones, que podrán incluir la indemnización a la víctima, serán efectivas,*

tendenciestowardsapproximation of apparently irreconcilable concepts”, 78 *Kentucky LawReview* (2003), pág. 148-152; De hecho la jurisprudencia alemana admitió en alguna sentencia antigua la funcionalidad disuasoria de la indemnización por daños, tal y como refieren P. SALVADOR CODERCH Y M.T. CASTIÑEIRA PALOP, *Prevenir y castigar. Libertad de información y expresión, tutela del honor y funciones del derecho de daños*, Madrid, 1997, pág. 171. Con relación a España, S.R. JABLONSKY, “Translation and comment: enforcing U.S. punitive damages awards in foreign Courts – a recent case in the Supreme Court of Spain”, 24 *Journal of Law and Commerce*, (2004-2005), pág. 391. En España hay un ejemplo muy claro de responsabilidad por daños punitivos en el caso de los accidentes de trabajo motivados por incumplimiento empresarial de la normativa de prevención de riesgos laborales: el recargo de prestaciones de seguridad social. Esta figura es un incremento variable (en atención al daño y la culpa del ofensor) en la prestación de seguridad social correspondiente al trabajador accidentado que debe ser abonado a éste por el empresario. Sobre su naturaleza híbrida, indemnizatoria y disuasoria, J.L. MONEREO PEREZ, *El recargo de prestaciones por incumplimientos de seguridad e higiene en el trabajo*, Civitas, 1992, pág. 86 ss

²⁹ En algunos Estados norteamericanos existen topes máximos para la determinación de los daños punitivos (lo refiere J. GOTANDA, “Punitive damages: a comparative analysis”..., op. cit. pág. 392). Algunos Estados norteamericanos han introducido el beneficio social en los daños punitivos, estableciendo la obligación de que parte de ellos revierta en el Estado. Por ejemplo, el 75% de los daños punitivos deben abonarse al erario público en el Estado de Georgia, MAGNUS, “Why is U.S. tort law so different?”, *Journal of European Tort Law*, 102, 2010, pág. 6 ss

³⁰ B. COLBY, “Beyond the multiple punishment problem: punitive damages as punishment for individual, private wrongs”, 87 *Minnesota Law Review* (2003), pág. 583

³¹ Es una posibilidad que puede hipotéticamente darse en algún ordenamiento, aunque no es el caso en el ordenamiento español, al menos en teoría. Efectivamente, en la legislación española la consecuencia prevista para el despido discriminatorio (o cualquier otra conducta discriminatoria) es la nulidad, no la indemnización tasada (que queda establecida para el caso de despido improcedente). Incluso declarada la nulidad es posible que se reconozca una indemnización adicional para compensar el daño causado por la conducta discriminatoria, si la restitución no fuera suficiente para ello.

proporcionadas y disuasorias. Debe destacarse que no se dice en las Directivas antidiscriminatorias que la indemnización podrá contener la sanción a la víctima (lo que vendría a ser el reconocimiento del efecto disuasorio implícito de las indemnizaciones) sino que la sanción podrá incluir la indemnización a la víctima. Esta redacción supone que la finalidad compensatoria no está por encima de la disuasoria en las indemnizaciones, lo que permite reconocer la validez de cuantías disuasorias autónomas (daños punitivos). De hecho así se ha reconocido recientemente por el TJUE en la STJUE de 17 de Diciembre de 2015, asunto *Arjona Camacho*.

La cuestión prejudicial que dio lugar a la sentencia dictada por el TJUE en el asunto *Arjona Camacho* se basaba en el art. 18 de la Directiva 2006/54, pero el TJUE para llegar a su fallo realizó una interpretación conjunta del art. 18 y del art. 25 de la Directiva 2006/54. Hasta el momento es la única sentencia del TJUE que se ha pronunciado acerca de los daños punitivos autónomos en la indemnización correspondiente a una conducta discriminatoria. La cuestión prejudicial se planteó a partir del despido por causa discriminatoria realizado a la trabajadora Arjona Camacho por parte de su empleador (empresa Seguridad España SA). Además de la readmisión, que es la consecuencia establecida por el ordenamiento español para el caso del despido discriminatorio o atentatorio a derechos fundamentales (art. 108 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social³², LRJS), el ordenamiento español prevé la posibilidad de que se condene al sujeto ofensor a una indemnización adicional por daños a partir de la conducta discriminatoria (art. 183.3 LRJS)³³. El juez de instancia³⁴ consideró que el despido era discriminatorio por razón de sexo, porque entendió probado que la razón real del mismo era que la trabajadora se estaba sometiendo a un tratamiento de fertilidad. La cuestión se planteó porque el juez de instancia consideraba suficientemente compensados los daños ocasionados a la trabajadora reconociéndole una indemnización de 3000 euros, además de la readmisión correspondiente a la calificación de nulidad del despido. Sin embargo, la cuantía solicitada por la trabajadora en concepto de indemnización era de 6000 euros, lo que excedería en 3000 euros de la cuantía indemnizatoria estrictamente compensatoria del daño causado. El juez de instancia se planteó si esta cuantía adicional podría ser reconocida en concepto de daños punitivos, dado que en el caso planteado concurría una fórmula agravada de responsabilidad del ofensor que justificaría un castigo ejemplar por su conducta altamente reprochable a efectos de que tuviera un efecto realmente disuasorio. Como punto de partida el juez de instancia consideró que el concepto de daño punitivo no existe en Derecho español³⁵. En realidad, la inexistencia del concepto de daños punitivos en el ordenamiento español no es tan rotunda como aparece referido en la sentencia, puesto que el art. 183.2 LRJS establece el efecto disuasorio que deben tener todas las indemnizaciones reconocidas por vulneración de derechos fundamentales como un contenido esencial de las mismas³⁶. De hecho la aplicación de los daños

³² Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, ley 36/2011, de 16 de Octubre

³³ Analicé el alcance de la indemnización prevista en el ordenamiento español por vulneración de derechos fundamentales, particularmente en relación con las Directivas antidiscriminatorias, en BALLESTER PASTOR, “Reparación adecuada y efectividad de la norma a través de la indemnización laboral”, Ponencia a las XXVII Jornades catalanes de Dret Social 2016, Barcelona 17 y 18 de Marzo de 2016, <http://www.iuslabor.org/jornades-i-seminaris/ponencies/>

³⁴ Cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Córdoba, por auto de 1 de Agosto de 2014

³⁵ Así consta expresamente en el párrafo 23 de la sentencia dictada en el Asunto *Arjona Camacho*

³⁶ Expuse los argumentos para entender que los daños punitivos están reconocidos en el art. 183.3 LRJS en BALLESTER PASTOR, “El proceloso camino...”, op. cit. pág. 34 ss.

punitivos en las indemnizaciones laborales españolas ha comenzado a reconocerse implícitamente por el Tribunal Supremo³⁷. En todo caso, este era el presupuesto para el planteamiento de la cuestión prejudicial por parte del Juzgador español, que solicitó del TJUE un pronunciamiento acerca de si el reconocimiento de los daños punitivos constituían una obligación para los Estados miembros, a efectos de garantizar la indemnización real y efectiva en los términos establecidos en el art. 18 Directiva 2006/54 (*de manera disuasoria y proporcional al daño causado*). El contenido de la STJUE dictada en el Asunto *Arjona Camacho* podría sintetizarse del siguiente modo: (i) La sentencia comienza haciendo una exhaustiva referencia a la doctrina del TJUE acerca de la libertad de elección de los Estados miembros del instrumento que consideren oportuno para garantizar la efectividad de las Directivas antidiscriminatorias. El precepto que servía de punto de referencia a esta doctrina era el art. 6 de la Directiva 76/207 (actual art. 17 de la Directiva 2006/54, que contiene el derecho a la acción judicial de las víctimas de discriminación por razón de sexo). Las características de esta doctrina ya han sido expuestas más arriba; (ii) El TJUE refiere, entre otras cosas, que la indemnización debe tener eficacia compensatoria y disuasoria (con referencia al asunto *Von Colsson*). Sin embargo prefiere no entrar en el alcance de dicha eficacia disuasoria. Simplemente señala que la aprobación del art. 18 de la Directiva 2006/54 no la ha alterado (párrafo 36), lo que significa que, al menos en lo relacionado con la eficacia disuasoria de las indemnizaciones, se mantiene la doctrina anterior del TJUE que, ciertamente, nunca estableció que era obligatorio el reconocimiento de los daños punitivos como parte integrante de la indemnización adecuada. Esta doctrina del TJUE parece que solo consideraba la eficacia disuasoria como una consecuencia implícita en el reconocimiento de una compensación efectiva, pero sin que ello implicara el reconocimiento de cuantías adicionales autónomas dirigidas exclusivamente a tener efecto disuasorio. Según el TJUE así debe seguir interpretándose tras el art. 18 Directiva 2006/54; (iii) Sin embargo, en los últimos párrafos de su sentencia, el TJUE hace expresa referencia al art. 25 de la Directiva 2006/54, para especificar que es en este precepto donde se contiene la regulación de los daños punitivos en la normativa antidiscriminatoria de la Unión Europea. Establece al respecto lo siguiente: *En consecuencia, mientras que el artículo 18 de la Directiva 2006/54 tiene por objeto imponer la reparación o la indemnización del perjuicio sufrido por una persona, se desprende del tenor del artículo 25 de dicha Directiva que éste confiere a los Estados miembros la facultad de adoptar medidas al objeto de sancionar la discriminación por razón de sexo en forma de indemnización concedida a la víctima (párrafo 39). De este modo, el artículo 25 de la Directiva 2006/54 permite a los Estados miembros adoptar medidas que establezcan el abono de daños punitivos a la víctima de una discriminación por razón de sexo, pero no lo impone (párrafo 40)*. En consecuencia, los daños punitivos en las indemnizaciones no son obligatorios conforme a la normativa comunitaria, pero están permitidos a efectos de hacer efectiva la sanción establecida en el art. 25 de la Directiva 2006/54; (iv) Hay un último contenido, sin embargo, que puede pasar desapercibido en la sentencia dictada en el Asunto *Arjona Camacho* pero que tiene una gran relevancia. En su párrafo 44 el TJUE establece que si el Estado miembro reconoce los daños punitivos como instrumento para la sanción por comportamiento discriminatorio aquellos tendrán que garantizar el principio de efectividad y equivalencia. Los daños punitivos, pues, merecen el mismo trato como instrumentos de sanción efectiva que cualquier otro tipo de sanción establecida. Implícitamente ello

³⁷ Por ejemplo, STS de 13 de Julio de 2015, rec. 221/2014. También ha sido reconocido por algunos tribunales Superiores de Justicia, por ejemplo, por la STSJ del País Vasco de 30 de Junio de 2015, rec. 1136/2015

podría significar que si la sanción (administrativa y/o penal) establecida en un ordenamiento no garantizara suficientemente la eficacia disuasoria establecida en el art. 25 de la Directiva 2006/54, y si la posibilidad de daños punitivos estuviera reconocida en el ordenamiento interno, éstos deberían ser aplicados por el juez de instancia a efectos de garantizar que se sanciona adecuadamente la conducta discriminatoria; (v) Dado que lo antedicho respecto al art. 25 de la Directiva 2006/54 tiene su equivalencia en otros preceptos de la Directiva 2000/43 y 2000/78 respecto a las otras causas de discriminación prohibida diferentes del sexo, las conclusiones derivadas del asunto *Arjona Camacho* son trasladables también a ellas.

4.DERECHO A LA INDEMNIZACIÓN EFECTIVA Y DISUASORIA

El art. 18 de la Directiva 2006/54 establece que los Estados miembros deben garantizar indemnizaciones o reparaciones reales y efectivas, que sean a su vez disuasorias y proporcionales. Establece al respecto el art. 18 de la Directiva 2006/54, en su primera frase, lo siguiente: *Los Estados miembros introducirán en sus ordenamientos jurídicos nacionales las medidas necesarias para garantizar la indemnización o la reparación, según determinen los Estados miembros, real y efectiva del perjuicio sufrido por una persona a causa de una discriminación por razón de su sexo, de manera disuasoria y proporcional al perjuicio sufrido.* De este modo, en el art. 18 de la Directiva 2006/54 se requiere que las indemnizaciones sean disuasorias (amén de efectivas) . La siguiente frase del art. 18 de la Directiva 2006/54 tiene un contenido mucho más preciso. Establece lo siguiente: *Dicha indemnización o reparación no podrá estar limitada por un tope máximo fijado a priori, excepto en aquellos casos en que el empresario pueda probar que el único perjuicio sufrido por el demandante como resultado de la discriminación en el sentido de la presente Directiva sea la negativa a tomar en consideración su solicitud de trabajo.*

1.INDEMNIZACION O REPARACION: Cuando el art. 18 de la Directiva 2006/54 habla de “indemnización” o “reparación” como dos conceptos separados, surge cierta duda acerca de su significado, dado que en el lenguaje común ambos suelen utilizarse como sinónimos. Sin embargo, en estricto sentido técnico jurídico la “indemnización” se refiere a compensación económica mientras que la “reparación” tiene un sentido más extenso, de eliminación de la ilegalidad, de retorno a la situación anterior (o a lo más parecido a ella). Por ello el concepto “reparación” comprende no solo la compensación económica, sino también la restitución o reinstauración de la víctima en su derecho mediante una obligación de hacer impuesta al ofensor (por ejemplo, mediante la obligación de cesación del acto, la obligatoria readmisión, etc...). En consecuencia, conforme a la redacción del art. 18 de la Directiva 2006/54 parece que el Estado miembro cumpliría tanto cuando aplicara una compensación económica, como cuando obligara a la restitución (obligación de hacer), o cuando estableciera conjuntamente ambas consecuencias. Y ello porque “indemnización” y “reparación” aparecen como alternativas en el texto del art. 18 de la Directiva. Con anterioridad al art. 18 de la Directiva 2006/54 ya había establecido el TJUE que no resultaba necesario, a efectos de entender que la trasposición había sido adecuada, que se produjera la restitución, puesto que la indemnización, si era efectiva, podía resultar suficiente³⁸.

En todo caso no puede olvidarse que la posibilidad de que solamente una de ellas se estableciera por un Estado miembro solo sería válida si el instrumento aplicable cumpliera los requisitos del art. 18 de la Directiva (real, efectiva, disuasoria y

³⁸Por todas, STJUE de 2 de Agosto de 1993, asunto *Marschall II*

proporcional). Cabría entender, por tanto, que si la reparación establecida por un Estado miembro no da satisfacción adecuada a la víctima de una conducta discriminatoria, el Estado debiera garantizar una compensación económica (indemnización) para satisfacer los daños adicionales (particularmente los morales), y también para asegurar una compensación adecuada en caso de que la restitución del derecho no pudiera llevarse a cabo³⁹.

2.NATURALEZA “REITERATIVA” DEL ART. 18 DE LA DIRECTIVA 2006/54: No hay diferencia entre el ámbito objetivo de los art. 17 y 18 de la Directiva 2006/54. En ambos preceptos se está haciendo referencia a la necesidad de que el Estado miembro establezca mecanismos para asegurar la satisfacción de la víctima, que pueden consistir tanto en la indemnización económica, como en la reparación (en toda su extensión). La finalidad del art. 18 es sencillamente recopilar la doctrina jurisprudencial que con anterioridad se había elaborado por parte del TJUE en torno a la aplicación del art. 6 de la Directiva 76/207 (derecho a la acción judicial, predecesor del art. 17 de la Directiva 2006/54). De hecho los calificativos atribuidos a la indemnización o reparación que se mencionan en el art. 18 de la Directiva 2006/54 (real, efectiva, disuasoria y proporcionada) son los mismos que se han exigido desde antiguo por la jurisprudencia del TJUE para entender que el Estado miembro cumplía con el derecho a la acción judicial establecido en el antiguo art. 6 de la Directiva 76/207 (actual art. 17 Directiva 2006/54) –*supra*-⁴⁰. Por si había alguna duda, el propio TJUE en el asunto *Pujalte Camacho* –*supra*- ha establecido expresamente que el art. 18 de la Directiva 2006/54 no implica ningún cambio en la aplicación de lo que deba entenderse por indemnización adecuada por daños ocasionados por conductas discriminatorias.

3.REPARACIÓN/INDEMNIZACIÓN REAL, EFECTIVA, DISUASORIA Y PROPORCIONAL: Estos cuatro son los calificativos que se contienen en el art. 18 de la Directiva 2006/54 que deben concurrir en las indemnizaciones y/o reparaciones a fin de que puedan considerarse adecuadas. Deben hacerse, al respecto, las siguientes precisiones:

(i) El alcance de lo que deba entenderse por indemnización/reparación adecuada por aplicación de estos cuatro calificativos debe hacerse en consonancia con la doctrina del TJUE previa, puesto que el art. 18 de la Directiva no es más que una mera especificación de aquella;

(ii) La comprobación de la adecuación de la indemnización/reparación debe hacerse en conjunto, teniendo en cuenta todas las medidas aplicables en la normativa interna: es posible que un Estado miembro establezca un sistema de indemnización añadido a reparación que, conjuntamente, resulte adecuado en los términos del art. 18 de la Directiva 2006/54 (aunque aisladamente no lo fueran). Esa comprobación le corresponde al juez interno;

(iii) El carácter disuasorio de la reparación o indemnización no implica que deban reconocerse daños punitivos en la indemnización, puesto que la

³⁹ No hay pronunciamientos al respecto por parte del TJUE, pero sí que hay uno de notable importancia por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cuyas conclusiones podrían aplicarse también en el ámbito del derecho de la Unión Europea, dado que versan acerca de la satisfacción adecuada a la víctima de una conducta discriminatoria. En la STEDH de 19 de Febrero de 2013, demanda 38285/09, asunto *García Mateos*, el TEDH condenó a España por no asegurar una indemnización adecuada a un demandante que no pudo ser repuesto en su derecho tras una conducta discriminatoria.

⁴⁰Vid *supra*. Por todas, STJUE de 10 de Abril de 1984, asunto *Von Colsson*; y STJUE de 2 de Agosto de 1993, asunto *Marschall II*

eficacia disuasoria de las medidas de trasposición de las directivas no se encuentra reguladas en el art. 18 sino en el art. 25 de la Directiva 2006/54 (asunto *Arjona Camacho*).

(iv) La referencia del art. 18 de la Directiva a que la reparación o indemnización debe ser real, efectiva y proporcionada significa que, al menos, debe servir para reparar en su totalidad el daño causado. La cuestión que se suscita es si en esa reparación total deben reconocerse también los daños morales. Recientemente el TJUE ha establecido en aplicación de la Directiva 2004/84, sobre propiedad intelectual, que una indemnización adecuada requiere la consideración de los eventuales daños morales, si se probara su concurrencia⁴¹. Ciertamente se trata de una sentencia pronunciada en un ámbito diferente al de las Directivas antidiscriminatorias, pero las consideraciones que en esta sentencia se realizan en torno a que la reparación total comprende los daños morales, son perfectamente aplicables a la indemnización que procediera en caso de acto discriminatorio.

4. INAPLICACIÓN DE TOPES INDEMNIZATORIOS. El art. 18 de la Directiva 2006/54 hace expresa referencia a que no se cumple adecuadamente con la normativa antidiscriminatoria si se establecen por el Estado miembro indemnizaciones tasadas para el caso de actuaciones discriminatorias. Esta prohibición es consecuente con el objetivo de indemnización/reparación real y efectiva pretendido por la Directiva y ya se había reconocido desde antiguo por el TJUE. Más compleja parece la referencia que hace el último inciso del art. 18 de la Directiva 2006/54 a que la indemnización tasada sí que será válida *en aquellos casos en que el empresario pueda probar que el único perjuicio sufrido por el demandante como resultado de la discriminación en el sentido de la presente Directiva sea la negativa a tomar en consideración su solicitud de trabajo*. Esta referencia reproduce el supuesto que se planteó en la STJUE de 22 de Abril de 1997, asunto *Draehmpaehl*. En este caso el TJUE analizó si era válido el establecimiento por el estado de indemnizaciones tasadas para el caso de que el empleador incumpliera la normativa antidiscriminatoria en el acceso al empleo. El TJUE partió del presupuesto de que concurre actuación discriminatoria independientemente de que la víctima de discriminación en el acceso al empleo hubiera sido contratado o no. Pero posteriormente el TJUE diferenció entre ambos resultados a efectos de determinar si era posible una indemnización tasada por parte del Estado. Concluyó el TJUE al respecto que, si la víctima de discriminación hubiera sido contratada de no haber concurrido conducta discriminatoria en el acceso al empleo, no podía considerarse adecuada la indemnización tasada, puesto que debían considerarse todas las circunstancias concurrentes en cada caso a efectos de determinar el daño real y efectivo. Sin embargo, si podía probarse que la víctima de la conducta discriminatoria no hubiera sido contratada, la indemnización tasada podía considerarse adecuada, en tanto en cuanto el único perjuicio sufrido por la víctima de la conducta discriminatoria era la negativa a que se admitiera su candidatura. La referencia a lo establecido en la sentencia dictada en el asunto *Draehmpaehl* resulta, en apariencia, extremadamente específica pero tiene, al menos, dos consecuencias relevantes que conviene destacar: (i) la única excepción a la prohibición de indemnizaciones tasadas por conductas discriminatorias es la correspondiente al acceso al empleo cuando el candidato no hubiera accedido al empleo. Con esta referencia el art. 18 de la Directiva 2006/54 frena, pues, cualquier intento expansionista de la doctrina *Draehmpaehl* a otras actuaciones

⁴¹ STJUE de 17 de Marzo de 2016, asunto *Liffers*

empresariales ilícitas pero que pudieran tener cierta homogeneidad en sus resultados para las potenciales víctimas; (ii) La indemnización tasada solo es válida en el caso concreto de que el “único” perjuicio sufrido por el candidato fuera la negativa a tomar en consideración su solicitud de trabajo, recayendo en el empresario la carga de probar que efectivamente éste fue el único perjuicio sufrido. Esta referencia supone, de hecho, que se presupone la existencia de otros daños debiendo el empresario probar que no han concurrido. El texto del art. 18 de la Directiva 2006/54 es, en este aspecto, más restrictivo para el empresario que la doctrina *Draehmpaehl*. En ésta sentencia solo se establecía que correspondía al empresario probar que el solicitante no hubiera conseguido la plaza, pero no se establecía que también le correspondiera probar al empresario que el único perjuicio sufrido por el solicitante era el no haberse considerado su solicitud de trabajo.

5.LA EXTENSION DE LO ESTABLECIDO EN EL ART. 18 DE LA DIRECTIVA 2006/54: El art. 18 de la Directiva 2006/54 se refiere exclusivamente a la discriminación por razón de género. No existen preceptos equivalentes ni en la Directiva 2000/43 ni en la Directiva 2000/78. Es difícil saber si, de todos modos, lo que se expone en el art. 18 de la Directiva es aplicable también a las otras causas de discriminación prohibidas. A fin de cuentas el art. 18 es claramente exclusivo de la Directiva 2006/54, antidiscriminatoria por género. Pero pese a todo podría llegarse a la conclusión de que el contenido del art. 18 puede extenderse a las otras causas de discriminación prohibidas. Y ello porque el TJUE ha manifestado que el art. 18 no añade nada nuevo a la regulación anterior (asunto *Arjona Pujalte*) sobre las indemnizaciones, y ese régimen anterior de la protección antidiscriminatoria sí que es igual para todas las directivas antidiscriminatorias (art. 17 de la Directiva 2006/54; art. 7 de la Directiva 2000/43; y art. 9 de la Directiva 2000/78). Además no puede olvidarse que la Directiva 2006/54, e incluso su versión previa establecida en la Directiva 2000/73 (discriminación por género), fueron posteriores a las Directivas 2000/43 y 2000/78 (discriminación por causas de nueva generación). Por ello difícilmente puede mantenerse que si éstas hubieran querido asimilarse a la normativa antidiscriminatoria por razón de género lo podían haber hecho expresamente. Es difícil llegar a la conclusión, pues, de que la falta de preceptos similares al art. 18 en las Directivas 2000/43 y 2000/78 fuera expresamente perseguida a efectos de evitar la aplicación de la doctrina sobre las indemnizaciones efectivas que resultaba aplicable a las conductas antidiscriminatorias por razón de sexo.