

DERECHOS FUNDAMENTALES  
Universidad de Sevilla

**DISCRIMINACIÓN SALARIAL. DIFERENCIA ENTRE  
INDEMNIZACIÓN RESARCITORIA DE DAÑOS Y EL SALARIO  
OBJETO DE DISCRIMINACIÓN**

***WAGE DISCRIMINATION. DIFFERENCE BETWEEN COMPENSATORY  
DAMAGES AND THE SALARY SUBJECT TO DISCRIMINATION***

*Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, núm. 391/2025, de 2 de febrero*

ECLI:ES:TS:2025:391

MARÍA SEPÚLVEDA GÓMEZ \*

**SUPUESTO DE HECHO:** Los trabajadores y trabajadoras demandantes habían prestado servicios para la Delegación del Gobierno en Ceuta, bajo contratos temporales de obra y servicio, en el marco de un plan de empleo subvencionado por el SPEE. Se inició la prestación el 1.12. 2020 y finalizó el 30.06.2021. La categoría profesional era de técnicos superiores. El IV Convenio colectivo único para el personal laboral de la AGE fijó el salario base y pagas extraordinarias para el año 2019, aprobándose mediante Real Decreto 2/2020 un incremento del 2%. El Real Decreto 11/2020 incrementó en un 0,9% las retribuciones de los mismos para el año 2021. A los trabajadores contratados al amparo de este Plan de Empleo no se les ha aplicado ninguna de las mejoras de las condiciones laborales especificado en el convenio, por lo que reclaman al Juzgado que declare que la conducta de la administración pública empleadora supone una vulneración del principio de igualdad de trato y no discriminación (artículo 14 CE), condenando a la entidad a abonar a cada uno de los demandantes la cantidad de 2.623,21 €, en concepto de indemnización resarcitoria de daños materiales, y 6.251 € en concepto de indemnización por daños morales.

**RESUMEN:** La demanda, estimada por el Juzgado, reconoce la vulneración del derecho a la igualdad retributiva. Recurrida en Suplicación, la del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sevilla, 2898/2022, de 2 de noviembre, que la revoca parcialmente, declarando no haber lugar a la indemnización por los perjuicios económicos sufridos consistentes en no haber percibido las mejoras salariales, que se deben reclamar en procedimiento ordinario. La indemnización por daño moral la reduce a 300 euros “por un puro criterio de seguridad jurídica”. La Sala del TS declara que estamos ante una acción resarcitoria de daños y

\* Profesora Titular de Universidad. Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

perjuicios, en la que el lucro cesante consistente en la retribución inferior abonada es el perjuicio que hay que reparar, además del daño moral, afirmando que “en este caso no estamos ante una reclamación de diferencias salariales propiamente dicha, sino simplemente ante un criterio -objetivo, claro, transparente y totalmente adecuado- para fijar la cuantía de la indemnización que resarce los daños y perjuicios causados”<sup>2</sup>.

## ÍNDICE

1. DIFERENCIA DE TRATO SALARIAL EN EL CONTRATO TEMPORAL
2. LESIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN
3. REPARACIÓN DE LOS DAÑOS MATERIALES. DIFERENCIA CON EL SALARIO OBJETO DE DISCRIMINACIÓN
4. INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS MORALES Y SU CUANTIFICACIÓN

### **1. DIFERENCIA DE TRATO SALARIAL EN EL CONTRATO TEMPORAL**

Las personas trabajadoras demandantes en el proceso de tutela de derechos fundamentales por discriminación salarial fueron contratadas temporalmente por la Delegación de Gobierno de Ceuta, al amparo de una convocatoria del Servicio Público de Empleo Estatal para la concesión de subvenciones en el ámbito de colaboración con órganos de la Administración General del Estado, que contraten trabajadores desempleados para la realización de obras y servicios de interés general.

El IV Convenio colectivo único para el personal laboral de la Administración General del Estado, estableció para el año 2019 y para el grupo profesional E2, un salario base de 14.013,96 euros anuales y de 2.335,66 euros por ambas pagas extraordinarias. Se aprobó mediante Real Decreto 2/2020 un incremento del 2% sobre las retribuciones del personal al servicio del sector público para el año 2020. El R.D 11/2020 incrementó en un 0,9% las retribuciones de los mismos

<sup>2</sup> Este trabajo se desarrolla en el marco del Proyecto de Investigación “La negociación colectiva como instrumento de gestión anticipada del cambio social, tecnológico, ecológico y empresarial” (PID2021-122537NB-I00), Plan Estatal 2021-2023, Ministerio de Ciencia e Innovación.

para el año 2021. Ha quedado acreditado en los autos que no se les ha aplicado el referido convenio respecto a ningunas de las mejoras de las condiciones laborales especificado en el mismo.

Tanto la sentencia de instancia, como la de suplicación –recurrida- han considerado que la no aplicación del convenio y las mejoras salariales posteriores a los demandantes es un trato diferenciado no justificado y que, por tanto, estamos ante una discriminación salarial y violación del derecho a la igualdad, en este caso retributiva.

En este sentido, la sentencia recurrida fundamenta la existencia de discriminación salarial en la doctrina del Tribunal Supremo, conforme a la cual las subvenciones públicas que recibe una administración pública u organismo público para el fomento del empleo “es sólo una ayuda económica para el mantenimiento de una actividad y el fomento de empleo en este caso, pero no una excusa para incumplir con la normativa laboral en materia de retribuciones”, considerando que una norma autonómica no puede excluir la aplicación del convenio colectivo a un grupo de personas trabajadoras contratadas al amparo de un específico plan de empleo financiado con fondos públicos<sup>1</sup>.

Refuerza, además, su argumentación en la doctrina del Tribunal Constitucional (TC) sobre discriminación legal entre los trabajadores fijos y temporales por una normativa autonómica que reduce la jornada y el salario al personal temporal, e indefinido no fijo, como medida de reducción del gasto público<sup>2</sup>. Se trata de una doctrina constitucional que se basa en la conocida y consolidada jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) sobre el Acuerdo marco europeo sobre el trabajo de duración determinada<sup>3</sup>, conforme a la cual los trabajadores y trabajadoras con contrato de duración determinada no pueden, sin que exista justificación objetiva alguna, ser tratados de manera menos favorable que los trabajadores fijos que se encuentran en una situación comparable.

La propia sentencia recurrida acoge, al igual que el TC, la jurisprudencia europea, con cita de algunas sentencias del TJUE dictadas con ocasión de cuestiones prejudiciales planteadas por órganos judiciales españoles, por ejemplo sobre complementos retributivos que la normativa interna no reconocía a los funcionarios interinos (entre otras, STJUE de 13 de septiembre de 2007, asunto del Cerro Alonso; STJUE de 22 de diciembre de 2010, asunto Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres; ATJUE de 9 de febrero de 2012, asunto Lorenzo Martínez), o al

<sup>1</sup> STS, sala cuarta, de 7 de noviembre 2019, rcud. 1914/2017. ECLI:ES:TS:2019:3816.

<sup>2</sup> STC 71/2016, de 14 de abril de 2016, cuestión de inconstitucionalidad 389/2014.

<sup>3</sup> Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada.

personal eventual (STJUE de 9 julio de 2015, asunto Regojo Dans). Para el TJUE, el “Acuerdo marco, y en particular su cláusula 4, tiene por objeto la aplicación de dicho principio a los trabajadores con un contrato de duración determinada con la finalidad de impedir que una relación laboral de esta naturaleza sea utilizada por un empleador para privar a dichos trabajadores de derechos reconocidos a los trabajadores con contrato de duración indefinida”, con cita de su doctrina al respecto<sup>4</sup>.

En el caso de autos, la justificación por parte de la empleadora para no aplicar el convenio ni las subidas salariales a este personal es la de haber sido contratados al amparo de un plan de empleo, subvencionado por el Servicio Público de Empleo Estatal y, por tanto, no estar incluidos en el convenio colectivo. En su defensa alega como sentencia de contraste la del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sevilla), de 18 de enero de 2008 (rec. 3726/2007). Pero la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, mediante Auto de 12 de diciembre de 2023 (rec. 5597/2022), inadmite su motivo único del recurso de casación para unificación de doctrina, por falta de contradicción, al entender que los supuestos son diferentes, afirmándose que “... en la sentencia de contraste, constaba que se había llegado a un acuerdo entre la Delegación de Gobierno y los Sindicatos para la implantación de la Unidad de Promoción y Desarrollo; acordándose, entre otros extremos, que, conforme a lo pactado, los contratos de personal que habían de prestar servicios en dicha unidad se formalizarían expresamente fuera de Convenio, según autorizaba el artículo 1.4.6º del Convenio Colectivo Único, y por tanto no sería de aplicación al personal de la Unidad. Dicho acuerdo, sin embargo, no consta en la sentencia recurrida, en la que tampoco se hizo constar pacto de exclusión de la aplicación del Convenio en los contratos suscritos”.

La posibilidad de este pacto de exclusión se basó, según el citado Auto, en el hecho de que la contratación se llevó a cabo para el desarrollo de un proyecto autorizado por el organismo público financiador, cuya finalidad no era la realización de las labores propias de la Administración Pública promotora del proyecto, sino el fomento del empleo, siendo la Administración competente en materia de empleo la que soportaba el coste salarial vía subvención, a cargo de su propio presupuesto.

No obstante, recuerda la Sala su doctrina en el sentido de que “... existiendo un Convenio Colectivo propio para el personal laboral de la Administración

<sup>4</sup> STJUE de 9 julio de 2015, asunto Regojo Dans, con cita de sus sentencias Del Cerro Alonso, C307/05, EU:C:2007:509, apartado 37; Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres, C444/09 y C456/09, EU:C:2010:819, apartado 48, y Nierodzik, C38/13, EU:C:2014:152, apartado 23, y autos Montoya Medina, C273/10, EU:C:2011:167, apartado 30, y Lorenzo Martínez, C556/11, EU:C:2012:67, apartado 35).

demandada, la retribución debía ajustarse a lo contemplado en el mismo para los trabajadores de su misma categoría profesional, sin que pueda obstar a ello el hecho de que en aquel Plan de Empleo pudiere contemplarse una cuantía inferior como ayuda o subvención del puesto de trabajo”<sup>5</sup>.

Dicho de otra forma, en la sentencia de contraste invocada por la empleadora no concurría el presupuesto de existencia de “trabajador comparable”, conforme a la doctrina del TJUE, en virtud de la cual, “el concepto de ‘trabajador con contrato de duración indefinida comparable’ se define en la cláusula 3, apartado 2, del Acuerdo marco como ‘un trabajador con un contrato o relación laboral de duración indefinida, en el mismo centro de trabajo, que realice un trabajo u ocupación idéntico o similar, teniendo en cuenta su cualificación y las tareas que desempeña”<sup>6</sup>. De ahí que en el caso de la sentencia de contraste no se estimara discriminación salarial. En cambio, en la sentencia recurrida consta que los trabajadores y trabajadoras fueron contratados en categorías propias del convenio aplicable, realizando las funciones y tareas de correspondientes a las mismas.

Por tanto, el motivo del recurso de la Delegación del Gobierno de Ceuta, organismo público empleador, es inadmitido y no es objeto de valoración por la STS que aquí se comenta. Sin embargo, traer aquí el debate en torno a si ha existido o no una diferencia de trato salarial, aunque no sea el objeto casacional, nos parece necesario como presupuesto que permite identificar el tipo de acción procesal y sus consecuencias.

En el caso analizado, a partir de la declaración de conducta discriminatoria en materia salarial, la sentencia recurrida entiende que el objeto del proceso se reduciría prácticamente a tal declaración de vulneración del derecho fundamental, ya que la diferencia salarial en la que ha consistido la discriminación la deben reclamar en procedimiento de cantidad. O dicho de otra forma, el proceso de tutela de derechos fundamentales sería el adecuado para obtener la declaración de violación de un derecho fundamental –en este caso el derecho a la igualdad retributiva y no discriminación (art. 14 CE)-, que habilitaría a los interesados para acudir posteriormente a un proceso ordinario para reclamar las diferencias salariales objeto de la discriminación, que seguramente podrían estar prescritas por la dilación que padece desde hace años la tramitación del proceso laboral en general. Antes de la aprobación de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS), era habitual el criterio judicial conforme al cual la violación de un derecho fundamental no producía ningún daño si no se

<sup>5</sup> Con cita de sus SSTS de 22 de octubre de 2020, R. 60/18, y de 7 de noviembre de 2019, R. 1914/17.

<sup>6</sup> STJUE de 9 julio de 2015, asunto Regojo Dans.

acreditaba, pese a declararse la vulneración de un derecho de tal categoría. En la actualidad, y dado los años transcurridos desde la vigencia de la LRJS, todavía en algunos casos no se identifican debidamente los daños que derivan de la violación de un derecho fundamental en la relación laboral, a diferencia del ámbito civil<sup>7</sup>. Cabe entonces preguntarse, a la vista de ello, por la función del proceso de tutela de derechos fundamentales. Sobre esto se pronuncia el Tribunal Supremo, en doctrina unificadora.

## **2. LESIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN SALARIAL**

Son innumerables los estudios de investigación que, desde la aprobación de nuestra Constitución Española de 1978, se han realizado en torno a los derechos fundamentales y su protección. Lo que se conoce como la “constitucionalización” del Derecho del Trabajo ha dado como resultado la existencia de notables estudios laboristas sobre esta materia, así como una rica y consolidada jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la protección de los derechos fundamentales en el ámbito laboral. A ello se añade la intensa influencia del Derecho de la Unión Europea y la jurisprudencia de su Tribunal de Justicia en el reconocimiento y refuerzo del derecho a la igualdad y no discriminación, y su protección, en el trabajo y en las relaciones laborales. Un derecho que, pese a su reconocimiento al más alto nivel –empezando por la propia Constitución, art. 14-, y pese a toda la construcción jurídica de un marco normativo regulador y protector, tanto a nivel nacional como internacional, en la práctica sigue siendo un derecho en gran medida vulnerable. Entre otras razones por la multitud de vías y manifestaciones en las que se puede producir su transgresión. Pero también y no menos importante, por la dificultad de su identificación en muchos casos. La casuística hace necesaria una continua labor de interpretación y aplicación de las normas a la cambiante realidad. A lo dicho se añade la dificultad de valorar el daño que produce una lesión del derecho a la igualdad, como ocurre con otros derechos fundamentales.

La Ley 36/2011 reguladora de la Jurisdicción Social supuso un avance considerable en materia de protección de los derechos fundamentales vulnerados en el ámbito laboral. La propia sentencia comentada se refiere a los preceptos claves: la sentencia que estime el amparo solicitado deberá ordenar restablecer el derecho vulnerado, reponer la situación al momento anterior a producirse la lesión del derecho fundamental, y ordenar la reparación de las consecuencias derivadas de la acción u omisión del sujeto responsable, incluida la indemnización

<sup>7</sup> La jurisprudencia civil en torno a los daños materiales y morales arranca de la conocida STS de 6 de diciembre de 1912, que construye el concepto de daño moral.

que procediera conforme a los términos del art. 183 [art. 182.1 d) LRJS]. Por su parte el art. 183 proporciona los elementos necesarios para determinar la indemnización, tanto por daños morales como por los daños y perjuicios adicionales derivados, a la que nos referiremos más adelante.

Habiendo transcurrido ya más de una década desde la aprobación de la citada ley procesal laboral, causa extrañeza encontrar resoluciones judiciales que consideren inocua la lesión de un derecho fundamental. El propio término “lesión” significa daño, otra cosa será la cuantificación del daño, tanto del daño material, en caso de que lo hubiese, como el daño moral, que existirá siempre. De ambos tipos de daño nos ocupamos seguidamente.

### **3. REPARACIÓN DE LOS DAÑOS MATERIALES. DIFERENCIA CON EL SALARIO OBJETO DE DISCRIMINACIÓN**

En el caso de autos, el hecho de no aplicarse a los demandantes la retribución del convenio colectivo aplicable y sus mejoras posteriores, por entender que se trata de un personal que queda al margen del convenio, supuso como es evidente percibir una menor retribución. Hechos los cálculos por los demandantes, la diferencia salarial alcanzaba la cantidad de 2.623,21 € para cada uno de los 14 demandantes. Según consta en la sentencia recurrida, el total de desempleados contratados en el mismo plan de empleo y en la misma situación fueron 861, aunque en el caso de autos sólo demandan 14.

De forma clara y sintética, la STS objeto de comentario delimita la controversia casacional “en determinar si, en el proceso de tutela de derechos fundamentales por discriminación retributiva, es posible reclamar una indemnización de daños y perjuicios consistente en las diferencias salariales dejadas de percibir por el trabajador como consecuencia de ese trato discriminatorio”. Al respecto, la sentencia recurrida argumenta que no había justificación objetiva alguna para que fueran tratados de manera menos favorable esos trabajadores temporales que los trabajadores fijos que se encuentran en una situación comparable, y que la mera naturaleza temporal de la relación de servicio del personal de la administración pública, por sí sola no es una razón objetiva. Sin embargo, y a pesar de esta declaración, la sentencia recurrida en autos considera que la diferencia retributiva en la que ha consistido la discriminación salarial “debe ser reclamada a través del procedimiento de reclamación de cantidad de salarios no satisfechos por su naturaleza salarial al corresponder a la retribución por los servicios prestados y no indemnizatoria. Esta acción no es acumulable a la de tutela de los derechos fundamentales conforme al artículo 26.1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social, ni está tampoco incluida en los supuestos en los que se pueden ejercer acumuladamente junto con otra acción en el artículo 184 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social, pudiendo por esta vía provocarse un enriquecimiento

injusto del trabajador, al poder obtener la misma cantidad por una doble vía como indemnización y como condena por salarios adeudados”<sup>8</sup>.

Resulta más que evidente que quien considere que está percibiendo una retribución inferior a la que entiende que le corresponde, puede acudir a un procedimiento judicial de reclamación de cantidad. Pero también lo es que, en el mismo caso, si adicionalmente considera que la diferencia retributiva constituye una violación del derecho a la igualdad y no discriminación, puede pedir amparo judicial en su derecho fundamental mediante el procedimiento específicamente previsto para la tutela de estos derechos. Como se afirma en la sentencia del TS objeto de este comentario, “si se limitase la protección del derecho fundamental a que su vulneración únicamente justificase el reconocimiento de la violación del derecho, remitiendo su efectiva compensación a un proceso diferente de reclamación de salarios, como si de cualquier otro incumplimiento contractual se tratase y sin otro resarcimiento que no fuese el genéricamente previsto para tales supuestos, ello equivaldría a rebajar la cualificada posición del derecho lesionado -reduciéndolo a la categoría de un derecho ordinario- y a desconocer la singular protección de que goza en la legislación constitucional ( artículo 14 CE) y en la laboral ( artículo 17 ET)”.

Por tanto, los demandantes no están haciendo una reclamación salarial, sino solicitando el resarcimiento de los daños producidos por la violación de su derecho fundamental a la igualdad. En este caso resulta evidente que existe un daño material, consistente en percibir una retribución inferior como consecuencia de la discriminación salarial, y dicho daño se cuantifica en una cantidad equivalente a esa diferencia salarial. Es decir, se trata de una indemnización resarcitoria de un daño, y por tanto su naturaleza jurídica es indemnizatoria, no salarial. En este sentido, se afirma en la sentencia comentada que “la acción es de reclamación de daños y perjuicios (...) [en la que] se está demandando la reparación de un daño”. La LRJS ordena que la sentencia “deberá pronunciarse sobre la cuantía de la indemnización que, en su caso, le corresponda a la parte demandante por haber sufrido discriminación u otra lesión de sus derechos fundamentales y libertades públicas, en función tanto del daño moral unido a la vulneración del derecho fundamental, como de los daños y perjuicios adicionales derivados” (art. 183.1). Por tanto, la indemnización está constituida por un doble elemento: la cuantía que compensa el daño moral, y la cuantía que repara el daño adicional derivado –en este caso, percibir un salario inferior sin justificación-. Y ello es lógico, teniendo en cuenta que no toda lesión de un derecho fundamental produce un daño económico o material –aunque daño moral sí se produce siempre-, pero

<sup>8</sup> Con cita de su sentencia de la misma Sala del TSJ de Andalucía-Sevilla, de 7 de septiembre de 2022, rec.2115/2022.

sin duda en los casos de discriminación salarial existen ambos, material y moral. Si concurren ambos, como es el caso, es de obligado pronunciamiento para el órgano judicial cuantificar el daño, a cuyos efectos la indemnización cumple un triple objetivo: "...resarcir suficientemente a la víctima y restablecer a ésta, en la medida de lo posible, en la integridad de su situación anterior a la lesión, así como para contribuir a la finalidad de prevenir el daño" (art. 183.2 LRJS).

Esta es la doctrina que acoge la Sala del Tribunal Supremo, que estima la existencia del daño material, cuantificándolo en una cantidad equivalente a los salarios objeto de la discriminación, ya que "en este caso no estamos ante una reclamación de diferencias salariales propiamente dicha, sino simplemente ante un criterio -objetivo, claro, transparente y totalmente adecuado- para fijar la cuantía de la indemnización que resarce los daños y perjuicios causados". Este mismo criterio ya había sido expresado con anterioridad por la Sala, en su STS de 3 de abril de 2024, rcud. 5599/2022, así como en otras anteriores en las que entiende que la doctrina correcta es la invocada por los demandantes en la sentencia de contraste del TSJ de Asturias de 14 de febrero de 2017, recurso 2933/2016<sup>9</sup>.

#### **4. INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS MORALES Y SU CUANTIFICACIÓN**

Los demandantes solicitaron una indemnización 6.251 € en concepto de indemnización por los daños morales derivados de la violación de su derecho fundamental a la igualdad y no discriminación (art. 14 CE), en este caso por discriminación salarial. Justificaron esta cuantía en el criterio que viene siguiendo la jurisprudencia, que toma como referencia el importe de la sanción económica que corresponde a la infracción prevista en el artículo 8.12 de Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social (LISOS), que califica como infracciones muy graves aquellas decisiones unilaterales de la empresa que supongan discriminaciones directas o indirectas. La sanción prevista para esta infracción es la fijada en el artículo 40 de la LISOS que, en su grado mínimo se elevaba al tiempo de producirse la conducta discriminatoria, a 6.251 euros.

Dicha cantidad fue estimada en instancia para cada uno de los demandantes, sin embargo, la sentencia recurrida en autos la reduce a la cantidad de 300 euros por "... entender prudente y ponderado el importe, por los daños y perjuicios inherentes a dicha lesión, la cantidad de 300 € (...), importe al que se ha de estar por un puro criterio de seguridad jurídica", con cita de otras sentencias de la

<sup>9</sup> SSTS 810/2024, de 30 de mayo (rcud 395/2023); 1066/2024, de 11 de septiembre (rcud 228/2023); y 1152/2024, de 19 de septiembre (rcud 5841/2022), entre otras.

Sala que han resuelto en el mismo sentido: “por todas, Sentencia núm.2111, de 14 de julio 2022, rec. 1649/2022 y núm. 2414, de 21 de septiembre 2022, rec. 2119/2022, entre otras”.

En efecto, la Sala de lo Social del TSJ Andalucía, Sevilla, ha adoptado en múltiples sentencias el criterio de “seguridad jurídica” respecto de la indemnización por daño moral por violación del derecho fundamental a la igualdad retributiva en el empleo público. Son casos en los que los demandantes han tomado como referencia para cuantificar la indemnización por daño moral la cuantía de la sanción administrativa que corresponde a la vulneración de derechos fundamentales en la LISOS, pues es un criterio que viene siendo utilizado por los tribunales. Esa cuantía ascendía, en el momento de interposición la demanda, a la cantidad de 6.251 euros, sin embargo esta Sala la reduce a 300 euros “por puro criterio de seguridad jurídica”, sin más argumentación. No se entiende a qué seguridad jurídica se refiere, o respecto de quién debe protegerse la seguridad jurídica. Adoptar un criterio que supone reducir la indemnización solicitada y estimada en la instancia en un 95%, entendemos que es una decisión judicial que debe ir acompañada de una mínima motivación o, al menos, claridad en cuanto al motivo por el que se decide esa ínfima cantidad como indemnización por daño moral.

En este sentido, puede resultar paradójico que una extensa argumentación sobre la protección jurídica que recibe el derecho a la igualdad retributiva, basada tanto en la normativa europea como la nacional, así como en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia europeo y los tribunales nacionales, en especial el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo, en la práctica no sea una protección efectiva del derecho fundamental vulnerado. Lo entendemos así por las siguientes razones:

En primer lugar, porque estamos ante un comportamiento reiterado por parte de las administraciones públicas empleadoras que, a la vista de las numerosas sentencias existentes en torno al asunto de fondo, no deberían seguir excluyendo del convenio colectivo aplicable a los empleados temporales contratados mediante convocatoria pública de un programa de empleo, con financiación externa. Existe ya suficiente jurisprudencia en el sentido de que se trata de una discriminación, que se basa en el tipo de contrato con respecto a un trabajador indefinido comparable. Es ya suficientemente conocido, y sin embargo sigue

siendo un comportamiento reiterado en el ámbito público, a la vista de los abundantes asuntos resueltos mediante sentencias que así lo confirman.

En segundo lugar, porque son comportamientos que habitualmente afectan a una pluralidad de personas trabajadoras. En concreto en el caso de autos ascienden a 861 empleados y empleadas, que han dado lugar a numerosas demandas.

En tercer lugar, establecer como indemnización por violación de un derecho fundamental la cantidad de 300 euros, como criterio a aplicar a los casos similares, a modo de cantidad fija, no sólo no cumple la función preventiva y disuasoria que debe tener esta indemnización por daño moral, ex art. 183.2 LRJS, sino que, al haberse acogido como criterio uniforme, puede provocar el efecto contrario, es decir, que el empleador público continúe con ese comportamiento ante la seguridad del coste que le puede suponer violar el derecho fundamental a la igualdad retributiva.

Lo anterior nos parece grave teniendo en cuenta que la administración pública debe actuar como garante de los derechos fundamentales, y no precisamente hacer lo contrario, en la confianza además de contar con el coste exacto de las vulneraciones al derecho a la igualdad retributiva, si es que se judicializan, que lleva a cabo de forma reiterada. Por ello, la indemnización por lesión del derecho fundamental debe ser, no sólo reparadora del daño material y compensadora del daño moral, sino cumplir una función disuasoria para el comportamiento lesivo no se reitere. Y si en la generalidad de los casos se ha adoptado el criterio de aplicar una cantidad equivalente a la sanción prevista en la LISOS para este tipo de infracción muy grave, entendemos que no está justificado tener un trato más favorable cuando el empleador que vulnera el derecho fundamental es un empleador público.

En el caso comentado, y pese a la importancia de la cuestión, la indemnización por daño moral no es objeto de casación unificadora. La Sala Social del Tribunal Supremo, mediante Auto de 12 de diciembre de 2023, rec. 5597/2022, inadmite este motivo del recurso planteado por los trabajadores y trabajadoras demandantes, por falta de contradicción. Para la Sala, “la contradicción no surge, en consecuencia, de una comparación abstracta de doctrinas al margen de la identidad de las controversias, sino de una oposición de pronunciamientos concretos recaídos en conflictos sustancialmente iguales”<sup>10</sup>. En este sentido, se argumenta por la Sala que el art. 219 LRJS y la jurisprudencia “perfilan la necesidad de que converja una igualdad ‘esencial’, sin que por lo tanto medie diferencia alguna que permita concluir que, a pesar de la contraposición de pronunciamientos en las

<sup>10</sup> Con cita de sus sentencias de 1 de diciembre de 2021, R. 3569/2019; 15 de marzo de 2022, rec. 1169/2019; 19 de abril de 2022, rec. 259/2019 y 26 de abril de 2022, rec. 1274/2020.

sentencias contrastadas, ambos puedan resultar igualmente ajustados a Derecho y que por ello no proceda unificar la doctrina sentada”.

La sentencia de contraste invocada por los demandantes, estimó el recurso de la trabajadora y declaró la existencia de vulneración del derecho a la igualdad y no discriminación de la actora, condenando a la demandada a abonarle la suma de 1.339,03 € mensuales por el periodo durante el que se dilató la adaptación de su puesto de trabajo – por razón del riesgo durante el embarazo- así como la de 6.251 € en concepto de daños morales<sup>11</sup>. En esta sentencia de contraste se toma como referencia para cuantificar la indemnización por daños morales la misma cuantía que fijaba la LISOS en el momento de los hechos, para las infracciones consistentes en la vulneración del derecho a la igualdad y no discriminación –en este caso retributiva-.

Sin embargo, la Sala, siguiendo su doctrina, entiende que para la admisión del requisito de contradicción se tiene que producir “una diversidad de respuestas judiciales ante controversias esencialmente iguales y, aunque no se exige una identidad absoluta, sí es preciso, como señala el precepto citado, que respecto a los mismos litigantes u otros en la misma situación, se haya llegado a esa diversidad de las decisiones pese a tratarse de “hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales”.

Entendemos que los hechos son sustancialmente iguales –discriminación salarial en un empleo público-, y que la respuesta judicial para cuantificar el daño moral es dispar, pues el propio Tribunal Supremo ha admitido como ajustado a derecho tomar como criterio de cuantificación de la indemnización por daño moral el importe mínimo que fija la LISOS para las sanciones por actos contrarios a algún derecho fundamental. Sin embargo, la sentencia recurrida en los autos que se comentan, considera prudente y ponderado el importe por daño moral inherente a la lesión del derecho fundamental, la cantidad de 300 euros “por un puro criterio de seguridad jurídica”, sin más especificación. La protección judicial de un derecho fundamental vulnerado requiere una mínima motivación y fundamentación, al menos cuando la protección conferida es menor, como ocurre en este caso.

En materia de derechos fundamentales, el Tribunal Constitucional reiteradamente se ha pronunciado en el sentido de que no debe hacerse una interpretación restrictiva de estos derechos, afirmando que “el deber de motivación judicial se refuerza y nuestra revisión se convierte en un control material más exigente cuando la decisión, aunque afecte aparentemente solo a la admisibilidad de un recurso, se proyecta sobre un proceso en la que se invocan lesiones de derechos

<sup>11</sup> STS de 24 de enero de 2017, rcud. 1902/2015.

fundamentales. Cuando se trata de la protección jurisdiccional de éstos, el control del pronunciamiento judicial requiere un mayor rigor<sup>12</sup>.

<sup>12</sup> Tribunal Constitucional, Sala Segunda, Sentencia 149/2016 de 19 Sep. 2016, rec. 4700/2015.