

## «Cal» y «arena»: estado del arte interpretativo en materia de despido (razón productiva) por enfermedad (razón de la persona)

Con ocasión de la **Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña 4380/2021, de 14 de septiembre**

**Cristóbal Molina Navarrete**

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

### Extracto

20 años después de su Sentencia de 29 de enero de 2001 (rec. 1566/2000), el Tribunal Supremo sigue asumiendo que despedir a personas por estar enfermas no vulnera derechos fundamentales y, por tanto, no amerita la nulidad. Sin embargo, 10 años después de aquella resolución judicial, el propio Tribunal Supremo creó una excepción: si esos despidos son una práctica habitual sí merecen la sanción de nulidad, porque vulneran el artículo 15 de la Constitución española. El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña acaba de desempolvar ese precedente para anular una presunta política de empresa dirigida a despedir a quienes ya no resultan rentables por estar recurrentemente de baja. Este análisis da cuenta de sus razones y de otras excepciones judiciales recientes que priman la dignidad humana sobre la rentabilidad.

**Palabras clave:** despido nulo; despido por enfermedad; derecho a la integridad; enfermedades estigmatizantes.

**Cómo citar:** Molina Navarrete, Cristóbal. (2021). «Cal» y «arena»: estado del arte interpretativo en materia de despido (razón productiva) por enfermedad (razón de la persona). Con ocasión de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña 4380/2021, de 14 de septiembre. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 464, 167-185.



# "Lime" and "sand": state of the interpretative art in matters of dismissal (productive reason) due to illness (personal reason)

On the occasion of the Ruling of the High Court of Justice of Cataluña 4380/2021, of 14 September

Cristóbal Molina Navarrete

## Abstract

20 years after its Ruling of 29 January 2001 (appeal 1566/2000), the Spanish Supreme Court continues to assume that dismissing people for being ill does not violate fundamental rights and, therefore, does not merit nullity. However, 10 years after that ruling, the Supreme Court itself created an exception: if such dismissals are a common practice, they do merit the sanction of nullity, because they violate article 15 of the Spanish Constitution. The High Court of Justice of Cataluña has just dusted off this precedent to annul an alleged company policy aimed at dismissing those who are no longer profitable due to recurrent sick leave. This analysis gives an account of its reasons and other recent judicial exceptions that put human dignity above profitability.

**Keywords:** null dismissal; dismissal for illness; right to integrity; stigmatising diseases.

**Citation:** Molina Navarrete, Cristóbal. (2021). "Lime" and "sand": state of the interpretative art in matters of dismissal (productive reason) due to illness (personal reason). On the occasion of the Ruling of the High Court of Justice of Cataluña 4380/2021, of 14 September. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 464, 167-185.

## Sumario

1. La permanente actualidad de los despidos por causas de enfermedad y la lenta evolución jurisprudencial correctora en sentido garantista
2. ¿Salud vs. defensa de la productividad?: el plus de antijuridicidad constitucional de las políticas de empresa basadas en despidos por bajas usuales
  - 2.1. ¿«Héroe y/o villano»? Resistencias y aperturas del derecho de precedentes sobre la calificación del despido en el conflicto salud vs. productividad
  - 2.2. Reviviendo un minusvalorado precedente: nulidad de políticas de empresa que segregan por razón de la mala salud en aras de la rentabilidad
3. Ni «enfermedad equiparable a la discapacidad» ni perspectiva de género: ¿eran posibles otras miradas de reprobación jurídica a esta política de empresa?
  - 3.1. La política de presión para el retorno al trabajo desde la situación de baja no puede valorarse, en sí, como discriminatoria por razón de discapacidad
  - 3.2. Otra perspectiva relegada: la ausencia de la política preventiva de riesgos ergonómicos en clave de protección de la salud con equidad de género
4. La revalorización de la garantía de nulidad del despido por cuestiones de salud al hilo de la pandemia de COVID-19
5. La cuestión indemnizatoria: evolución del precedente, aún en espera de nuevas aperturas de los sistemas tasados para disuadir de despidos artificiosos
  - 5.1. Consolidación del criterio de automaticidad de la indemnización por daños personales derivados de la violación del derecho fundamental
  - 5.2. ¿Existe obligación de resarcir íntegra y preventivamente el daño personal derivado de un cese ilícito?
  - 5.3. ¿Indemnización adicional por el plus de arbitrariedad de un despido improcedente?: otra apertura pendiente, apuntada a la luz de la CSEr
6. Reflexión final: las prácticas de gestión de personas basadas en reducirlas a la condición de recursos productivos están prohibidas por deshumanización

Las ausencias por enfermedad, aun justificadas, pueden constituir, en determinadas condiciones, causa lícita de despido en atención al interés de la empresa. Tampoco resulta aquí aplicable la garantía del artículo 4.2 c) 2.º del ET, porque ni consta que el actor haya sido declarado minusválido, ni el despido se ha producido en atención a una minusvalía sin repercusión en la aptitud para el trabajo, sino en atención a los periodos de baja en el trabajo y la consiguiente pérdida para la empresa de interés productivo [...].

[Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2001 \(rec. 1566/2000\).](#)

**Ponente: D. Aurelio Desdentado Bonete**

La presión bajo amenaza de despido para que la persona trabajadora abandone el tratamiento médico que, con baja en el trabajo, le ha sido prescrito constituye una conducta que pone en riesgo la salud y, por ello, una actuación de este tipo ha de considerarse como lesiva para el derecho a la integridad física de acuerdo con la doctrina constitucional.

[Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de enero de 2011 \(rec. 1532/2010\).](#)

**Ponente: D. Aurelio Desdentado Bonete**

## 1. La permanente actualidad de los despidos por causas de enfermedad y la lenta evolución jurisprudencial correctora en sentido garantista

La reciente Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (STSJ) de Cataluña 4380/2021, de 14 de septiembre, ha devuelto al primer plano de la actualidad jurídico-laboral y forense una cuestión de gran calado humano<sup>1</sup>, social y económico sobre la que se cierne una atormentada historia: calificación jurídica que debe (o debiera) darse a un despido realizado, en realidad, como técnica de defensa de optimización productiva de la empresa (art. 38 Constitución española –CE–) frente a los bajos (en todo caso menores) rendimientos que supone emplear a personas con un continuado historial de bajas. En la sentencia de suplicación catalana apenas citada, rectificando el criterio de instancia (que había seguido una ortodoxa y –más previsible– doctrina jurisprudencial, calificando el despido como improcedente), se condena a la empresa a estar y pasar por los efectos de una condena de nulidad

---

<sup>1</sup> Vid. Rojo Torrecilla (2021), «La empresa a la que no le gustaba que su personal estuviera de baja... y por ello procedía su despido (y la importancia de los hechos probados)».

del despido, incluida una indemnización adicional por daños y perjuicios de índole moral, al traer causa en una política de empresa que rechaza tener en plantilla a personas que estén, hayan estado o puedan estar enfermas, con lo que se vulneraría no solo la legalidad ordinaria laboral, sino también el [artículo 15 de la CE](#).

El razonamiento ínsito en esta decisión es muy rico y ofrece numerosos temas para el debate jurídico-laboral, más allá del extremadamente difuso análisis de casos. Así lo prueba el sugerente y bien fundado voto particular concurrente que acompaña la decisión de la mayoría. En él se hace hincapié no solo en la nulidad por violación del [artículo 15 de la CE](#) (derecho a la integridad), sino también del [artículo 14](#) en relación con el [artículo 43 de la CE](#) y el derecho de la Unión Europea (UE), en la interpretación por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) (prohibición de la discriminación por enfermedad asimilable a la discapacidad). En el contexto de los estudios sobre fragmentos de derecho vivo de hoy, pero con la mirada retrospectiva de la doctrina jurisprudencial de la que el magistrado don Aurelio Desdentado fuese principal referente, resulta de interés tal contraste, porque aquella mirada refleja la permanente tensión que ha venido alentando esta compleja, trascendental y nunca bien resuelta cuestión jurídico-social. Una vez más chocan de raíz las dos almas de la norma social y buscan nuevos equilibrios: humana (razón de la persona) y económica (razón de la empresa).

En efecto, en los albores del nuevo siglo (XXI), cumplidas en 2021 dos décadas de su dictado, don Aurelio Desdentado fue ponente de la Sentencia del Tribunal Supremo ([STS de 29 de enero de 2001 \(rec. 1566/2000\)](#)). La cuestión debatida consistía, de forma análoga a la causa de fondo que anida en la citada [STJSJ de Cataluña 4380/2021, de 14 de septiembre](#), en dilucidar cuál era la calificación del cese de un trabajador que, fuera de la causa aparente (terminación de una contrata en aquel caso), traía causa de las «bajas médicas» que hacían poco rentable para la empresa la relación laboral. La sentencia recurrida (no es casual –STJSJ de Cataluña de 28 de febrero de 2000, rec. 7041/1999–), también revocando la de instancia, declaró nulo el despido por considerar discriminatorias las causas vinculadas a la salud, sin concurrir el –hoy derogado– artículo 52 d) del Estatuto de los Trabajadores (ET) (despido por absentismo). Pero el TS la casó. Valoró que un despido por causa de enfermedad no merecía sanción de nulidad, sino de improcedencia, al no vulnerar derecho fundamental. La vía sería ilícita, pero válida, para defender la productividad.

No obstante, una década después, el mismo magistrado dictaría, en su condición de ponente, otra sentencia que marcó una notable apertura en este injusto estado de cosas (devaluador del orden constitucional y europeo de valores laborales). Un embrión para un tiempo jurídico-laboral nuevo, aunque este tardará en llegar y no de la mano ni del TS ni del Tribunal Constitucional (TC), sino del TJUE. Ahora me refiero a la acertada y clarividente [STS de 31 de enero de 2011 \(rec. 1532/2010\)](#): es nulo el despido que obedece a una presión para que la persona trabajadora abandonara el tratamiento médico y, por tanto, creadora de un peligro concreto para la salud, violando el [artículo 15 de la CE](#).

## 2. ¿Salud vs. defensa de la productividad?: el plus de antijuridicidad constitucional de las políticas de empresa basadas en despidos por bajas usuales

### 2.1. ¿«Héroe y/o villano»? Resistencias y aperturas del derecho de precedentes sobre la calificación del despido en el conflicto salud vs. productividad

La pandemia nos ha enseñado que no hay economía sin salud. En la práctica, esta sigue viéndose como sacrificada a aquella. En el caso de la [STSJ de Cataluña 4380/2021, de 14 de septiembre](#), se descartó por la instancia la nulidad, estimando solo improcedencia, porque no se habría probado mínimamente la causa esgrimida para el despido en la carta: reducción voluntaria del rendimiento.

Entronca la sentencia de instancia –que luego revocará la suplicación– con la doctrina jurisprudencial, desde 1993 (en las sentencias más señeras los ponentes fueron Rafael Martínez Emperador y Antonio Martín Valverde, no Aurelio Desdentado, aunque la asumió posteriormente), con la [STS de 29 de enero de 2001 \(rec. 1566/2000\)](#). En aquel entonces el recurso, para evidenciar que debía primarse en la calificación la causa real (la pérdida de rendimiento por las continuadas bajas laborales a causa de las recurrentes patologías) sobre la formal (pérdida de la contrata), trataba de remover la –ya consolidada en ese tiempo– doctrina jurisprudencial sobre la calificación de improcedencia del despido fraudulento por causa irreal, sea disciplinaria u objetiva la invocada. Como se sabe, tal doctrina sigue (por ejemplo, [STS de 5 de mayo de 2015, rec. 2659/2013](#)).

En consecuencia, no estando el despido basado en razones de enfermedad dentro de las causas de discriminación, ni violar *per se* el derecho a la integridad física (pese a la previsión del art. 6 [Convenio 158 Organización Internacional del Trabajo –OIT–](#)), la calificación será de improcedencia. Brevemente, porque es suficientemente conocido (por más que en nuestro tiempo se hayan reabierto los debates críticos a partir del nuevo enfoque legal garantista, aunque técnicamente defectuoso, introducido por la [Ley 1/2020, de 15 de julio](#), derogatoria del despido por absentismo), debe recordarse –lo hace la [STSJ de Cataluña 4380/2021–](#) que resiste la doctrina jurisprudencial de la [STS de 29 de enero de 2001](#) (citada en primer lugar por la sala catalana). Partiendo de la distinción (cuya confusión critica la sentencia) entre dos principios constitucionales (igualdad de trato y prohibición de discriminación), que tienen distinto alcance (su nitidez no está tan clara en la doctrina del TJUE –como siempre crítico don Aurelio Desdentado en su diálogo–conflicto con aquel–), de especial alcance en las relaciones privadas (Sentencia del TC –[STC– 34/1984](#)), descartará la nulidad.

Ni la cláusula abierta del [artículo 14 de la CE](#) («cualquier otra condición personal o social»), ni la del artículo 21 de la [Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea](#) (CDFUE), obviamente no atendido en 2001, en nada cambiaría esta valoración (tampoco

para el TJUE). El despido por enfermedad no responde a un trato estigmatizador o excluyente por este factor de vulnerabilidad humana en sí, al menos con carácter general, sino a su instrumentación a la defensa de la utilidad económica del contrato laboral, que perdería su rentabilidad para la empresa. De ahí que la [STS de 29 de enero de 2001](#) concluyera:

En efecto, se trata [...] simplemente de una medida de conveniencia de la empresa, que prefiere prescindir de un trabajador que en el año 1998 ha permanecido en activo menos de 4 meses. Esta situación [...] no es, desde luego, una causa lícita de extinción [...]. Pero ello determina la improcedencia [...]; no su nulidad [...]. Tampoco resulta [...] aplicable la garantía del artículo 4.2 c) 2 del ET, porque ni consta que el actor haya sido declarado minusválido [era el lenguaje de la época, hoy rechazado], ni el despido se ha producido en atención a una minusvalía sin repercusión en la aptitud para el trabajo, sino en atención a los periodos de baja [...] y la consiguiente pérdida [...] de interés productivo [...].

Que, desde un punto estrictamente economicista, el asunto ilustra la «falta de conveniencia para la empresa en conservar un contrato con bajas prolongadas» (por decirlo en términos de la [STS de 23 de septiembre de 2002, rec. 449/2002](#) –y que la [STC 118/2019, de 16 de octubre](#), reprodujo década y media después–) parece manifiesto apenas se repare en el dato fáctico: desde octubre de 2016 (inicio de la relación, primero temporal –declarada en fraude de ley y convertida en indefinida– en el sector de *contact center*) hasta diciembre de 2018 (despido), tuvo la trabajadora 9 periodos de baja, normalmente de pocos días, pero recurrentes, por espondilosis (lumbalgias)<sup>2</sup>. Si añadimos, en el plano del derecho jurisprudencial, la persistencia de la (vieja) doctrina (por ejemplo, [STS 764/2020, de 15 de septiembre](#)), pareciera que la respuesta solo podía ser la dada por la instancia: improcedencia (la empresa no se planteó acudir o al despido por ineptitud sobrevenida –la espondilosis puede ser causa de incapacidad permanente<sup>3</sup>– o por absentismo –entonces vigente–, ni justificó la causa disciplinaria –reducción del rendimiento–).

La empresa renunció a ejercer una política del control del eventual absentismo, pese a su legitimidad ([STS 209/2021, de 16 de febrero](#)). En cambio, optó por una vía más expeditiva, aunque artificiosa: el despido disciplinario. Así fue, a sabiendas de que se declararía improcedente, pero la previsible –tasada– y baja cuantía –poca antigüedad– indemnizatoria (3.450 €) hacía preferible (lógica del cálculo monetario) asumirla.

<sup>2</sup> En la [STS de 15 de marzo de 2018 \(rec. 2766/2016\)](#), la trabajadora prácticamente prestó servicios solo 1 de cada 3 días que estuvo de alta (164 días de trabajo efectivo en 453 días en alta).

<sup>3</sup> Aunque no queda claro en el relato de hechos probados, ni en su revisión, que no acepta el TSJ de Cataluña, sí parece probado que la trabajadora tiene dificultades para la sedestación (permanecer tiempo sentada, precisamente exigencia de su trabajo) y necesita cambios posturales frecuentes, dado el dolor recurrente, no siendo suficientes las pausas por uso de pantallas de visualización de datos. Al respecto, *vid.* [STS 581/2021, de 26 de mayo](#).

Ahora bien, a diferencia de la sentencia de instancia, que lo infravalora, la de suplicación repara (seguramente sobrevalora, ante la débil prueba existente, como se verá, no basada en documento alguno, sino en una prueba testifical, altamente difusa, por indirecta) en un «pequeño detalle» fáctico, que le permitirá superar el escollo del derecho vivo contrario a la calificación de nulidad, sin cuestionarlo (el particularismo del caso la habilitaría para la re-creación de la norma –método del caso concreto–). En el relato de hechos se formula así:

El responsable directo de la trabajadora puso en conocimiento de su encargada que la trabajadora tenía problemas de espalda, causa de las diversas bajas médicas. La representante de la empresa MST Electronics, en las reuniones de trabajo que tenían lugar con la mercantil ABB (empresa cliente de los servicios de telefonía), manifestó a un empleado de esta que a la actora la habían despedido porque tenía muchas bajas, y que era política de empresa (prueba testifical).

Para la instancia, tal afirmación ameritaría solo un «reproche moral», pero en modo alguno podría tener la entidad para dar lugar a la declaración de nulidad, según los claros presupuestos de la doctrina jurisprudencial. En cambio, para la sala sí será determinante en el plano de la calificación jurídica, marcando un giro de 180°. Aunque sin disponer de más prueba que una (indirecta) testifical, por tanto, carente de una base documental y fáctica más precisa y solvente, este dato es el modo (¿excusa?) para abrir una ventana en el muro cuya puerta le cerrara la Sala Social del TS hace 20 años y que, 10 años después, la misma sala del TS, con el mismo ponente, facilitó. Se trata de la citada [STS de 31 de enero de 2011 \(rec. 1532/2010\)](#).

Esta sentencia, manteniendo inalterado el derecho de precedentes expuesto, y con un razonar constitucionalmente impecable, pues se vincula directamente a un desarrollo práctico de la doctrina de las SSTC [62/2007, de 27 de marzo](#), y [160/2007, de 2 de julio](#) (la creación de un riesgo cierto para la salud de las personas trabajadoras por la empresa vulnera el derecho a la integridad personal –física y/o psíquica–), alcanzará la calificación de nulidad. También en este caso se consideró, como ahora la sala catalana, la concurrencia de características fácticas propias que, jurídicamente, ameritaban una valoración más garantista y, por lo tanto, determinante de una tutela reforzada frente al plus de antijuricidad exhibido por la conducta empresarial.

## 2.2. Reviviendo un minusvalorado precedente: nulidad de políticas de empresa que segregan por razón de la mala salud en aras de la rentabilidad

En las situaciones prototípicas de las decenas de precedentes dictados en este ámbito, la conducta de la empresa reprobada consiste en su reacción extintiva ante los efectos de pérdida de utilidad económica en el trabajo por la morbilidad de la persona empleada. En

ninguna de ellas, el despido actuaría, al menos conforme a lo probado en el proceso, con el sentido de actividad de presión dirigida directamente a que la persona trabajadora abandonara la situación de baja médica, a fin de disuadirla de seguir con el tratamiento preceptivo y, al contrario, la persuada (colaboración ex [art. 5 ET](#) con la productividad, lo llama) para retornar al trabajo. Precisamente, esta situación particular sería identificada por la [STS de 31 de enero de 2011](#). Tal práctica constituiría un riesgo cierto y grave, o peligro concreto, para la salud de la persona trabajadora que entraría dentro de la esfera prohibida por el [artículo 15 de la CE](#) en relación con sus artículos [40](#) y [43](#) ([SSTC 62/2007, de 27 de marzo, y 160/2007, de 2 de julio](#)).

Como la sala catalana 20 años después, también la [STS de 31 de enero de 2011](#) repara, para girar de la previsible calificación de improcedencia a la improbable de nulidad, en una «afirmación con valor fáctico de la sentencia de instancia». Se trataría de la mención de que operaba «como práctica habitual de coacción» a las personas trabajadoras para que precipiten el retorno, bajo la advertencia («amenaza») del despido «para el caso de no aceptar la propuesta». Constatación fáctica que conllevaría la aplicación de una diversa doctrina constitucional ([STC 62/2007](#)), según la cual toda amenaza con un mal de no abandonar la protección asistencial pública (baja por incapacidad temporal –IT–) es una violación del [artículo 15 de la CE](#), de ahí la calificación de nulidad. Con tales mimbres jurisprudenciales, la sentencia de suplicación razonará en torno a la constatación –testifical, sin más apoyo probatorio, se insiste en esta debilidad procesal– de estar ante una práctica habitual de gestión, una genuina política de empresa, que haría de la enfermedad un «factor de segregación» de quienes en la empresa se ven en este tipo de situaciones de necesidad (IT), haciendo ilegítima esta forma de lucha contra el eventual absentismo<sup>4</sup>.

Por supuesto, si no hay ninguna duda sobre la corrección de esta doctrina jurídica (toda amenaza directa, aun genérica, para disuadir del uso del derecho a proteger la salud mediante la IT, realizada de forma habitual, no aislada, sería un riesgo cierto y grave para la integridad ex [art. 15 CE](#), plus de antijuridicidad constitucional respecto de la ilegalidad ordinaria, al vulnerar el [art. 4.2 d\) ET](#)), más dudas suscita –como advierte la propia sala de suplicación– el que no conste prueba objetivada suficiente sobre la que fundamentar su aplicación. En efecto, no consta en el proceso una prueba estadística sobre otras decisiones de despido del mismo tipo, sino solo una prueba testifical refleja o indirecta (casi actúa como «prueba de confesión», lo que es obvio no sucede, porque procede de una persona empleada), la citada afirmación del representante legal de la empresa, con una valoración de reprobación jurídico-social determinante de nulidad, a diferencia de la meramente «moral» de la instancia.

<sup>4</sup> Se recuerda que la Sentencia del TJUE ([STJUE de 18 de enero de 2018, asunto C-270/16, Ruiz Conejero](#)), asume la legitimidad de un despido como forma de luchar contra el absentismo, para defender la productividad de la empresa. Pero exige la valoración de los criterios sobre los que se fundamenta, excluyendo los basados en discriminación.

### 3. Ni «enfermedad equiparable a la discapacidad» ni perspectiva de género: ¿eran posibles otras miradas de reprobación jurídica a esta política de empresa?

#### 3.1. La política de presión para el retorno al trabajo desde la situación de baja no puede valorarse, en sí, como discriminatoria por razón de discapacidad

Como en su día la [STS de 29 de enero de 2001](#), tampoco la [STSJ de Cataluña 4380/2021](#) acepta que estemos ante una discriminación por razón de enfermedad equiparable a la discapacidad y, en consecuencia, no considerará vulnerado el [artículo 14 de la CE](#) en relación con el [artículo 17 del ET](#) y de conformidad con el derecho de la UE. Sí, en cambio, el voto particular, si bien desde una perspectiva diferente a la razonada por la decisión de la mayoría. Por eso, tampoco creemos que, más allá del exceso verbal de la sentencia, de su confusión, incluso, estemos ante un caso de utilización de la enfermedad como factor segregador en sentido jurídico-técnico estricto, esto es, conforme a la [STC 62/2008, de 26 de mayo](#). Al alba del nuevo siglo, el TS no incluía en sus razonamientos la discriminación por discapacidad ([Directiva 2000/78/CE](#)) a través de aquel nuevo concepto. Su difusión en la jurisprudencia del TJUE es posterior al [Convenio de Naciones Unidas sobre Derechos de la Persona con Discapacidad](#) (2009), abriendo un espacio de intersección entre esta y enfermedad, hasta el momento más rígidamente separadas ([asunto Chacón Navas, C-13/05](#)). Pero en 2021, la construcción está –en el plano dogmático– consolidada, si bien no significa que no se planteen notables problemas conceptuales y prácticos.

Buena prueba de su relevancia y centralidad es el determinante peso que tuvo en la derogación legal de la modalidad del despido objetivo por absentismo laboral, al margen de la defectuosa redacción de la norma, que hace dudar de la calificación. A tal efecto, claves resultaron sentencias como las dictadas en los [asuntos Dauoidi \(STJUE de 1 de diciembre de 2016, C-395/15\)](#) o [Ruiz Conejero \(STJUE de 18 de enero de 2018, asunto C-270/16\)](#). La [sentencia catalana de nuestro análisis](#) hace un exhaustivo recorrido por toda esta dilatada historia, por lo que aquí solo cumple remitir a ella (FJ 6.º, punto 4). Es conocida y resulta en el caso rechazada, por cuanto no se darían los presupuestos –enfermedad de larga duración conocida, o previsible, para la empresa y que, por las expectativas de curación incierta, se convierte en la causa extintiva, en virtud de una lógica monetaria–.

No obstante, distingue «dos escenarios» para hacer operativa esta nueva causa de discriminación por discapacidad, por encima de la formal o aparente. De un lado, los supuestos en los que entre la baja y el acto extintivo haya transcurrido un plazo suficiente para su asimilación con la baja (tipología que denomina «constatación de pasado»). De otro, los que, a pesar de no haber transcurrido un tiempo significativo, la patología, por los conocimientos médicos que se tienen, determina la certeza de que la duración de la IT será de larga evolución (tipología de «previsión de futuro»).

Pues bien, a su juicio, tanto el problema cuantitativo derivado de la doctrina del TJUE (cuánto tiempo abarca la noción de «enfermedad de larga duración») cuanto el de índole subjetiva (cuándo se entiende que la empresa tiene un conocimiento cierto de la enfermedad y de su probable o estimada duración –es difícil entender discriminatoria la conducta realizada por quien no conoce la causa reprochada de discriminación, aunque el TC acepta discriminaciones no intencionales–) serían relativamente más sencillos de resolver cuando se trata de un despido por enfermedad de larga duración en «escenarios de pasado», pero presentaría más dificultad probatoria en los «escenarios de larga duración de futuro» (estimable). Sea como fuere, en el caso concreto, la decisión mayoritaria rechaza que la enfermedad de la trabajadora y las limitaciones de capacidad laboral derivadas hayan sido el factor último, real, de discriminación. La inexistencia de este uso como barrera de obstaculización profesional en igualdad derivaría de que la trabajadora despedida «ninguna diferencia [...] tuvo en el desempeño de su trabajo que implicase un trato [...] diferenciado del que recibían las demás [...] del centro [...]» (FJ 7.º).

Sin embargo, si existe unanimidad en la sala catalana en torno a la inexistencia de discriminación por razón de la discapacidad en relación con la [doctrina Ruiz Conejero](#), no sucede lo mismo respecto del precedente [Nobel Plásticos Ibérica \(STJUE de 11 de septiembre de 2019, asunto C-397/18\)](#). Aunque, otra vez, el soporte fáctico es confuso, el voto particular valora que es una trabajadora «especialmente sensible» ex [artículo 25 de la Ley de prevención de riesgos laborales \(LPRL\)](#) y, en consecuencia, aunque no cabe identificar tal situación con la discapacidad en sí, la ausencia de una política preventiva adaptada a aquella situación sí sería discriminatorio.

### 3.2. Otra perspectiva relegada: la ausencia de la política preventiva de riesgos ergonómicos en clave de protección de la salud con equidad de género

A mi juicio, esta perspectiva de gestión de la situación en clave de (ausencia de) políticas preventivas adecuadas es la más fértil. Sin embargo, ni la decisión mayoritaria ni tampoco el voto particular dan el relieve que se debería, a mi juicio, claro está, a la conjunción de la gestión preventiva con la clave de género. Una perspectiva integrada revalorizada en los nuevos planes de igualdad ([anexo RD 901/2020, de 13 de octubre](#)) y en el [Convenio 190 OIT](#) (contempla la violencia económica como discriminación en el trabajo por razón de género). El voto particular es más consciente de la primera dimensión (la ausencia de políticas preventivas), pero ignora la segunda.

En el plano de la valoración de esta ausencia de una política preventiva específica de riesgos ergonómicos, la crítica debe venir, una vez más, de lo difuso del relato de hechos. De un lado, es evidente que la empresa conoce la afección lumbar de la trabajadora, lo que no puede dejar de afectar a la actividad, que es sedentaria, pues se reconocen los

problemas de espalda como causa de las bajas reiteradas, como consta que la empresa no ha adoptado ninguna medida preventiva ex [artículo 25 de la LPRL](#) (evaluación individual, adaptación del puesto, valoración de eventual cambio de puesto, etc.), en línea con el [asunto Nobel Plásticos Ibérica](#). De otro lado, en cambio, no queda claro cómo afecta realmente, porque la sentencia rechaza la revisión fáctica propuesta, que pretendía reconocer que «[...] condiciona a la trabajadora para la [...] sedestación prolongada [...] y para realizar ejercicio físico [...] por aparición de dolor, por lo que en la ejecución de su trabajo debe realizar cambios posturales cada hora». La mayoría rechaza que incluso si se incluyera fuese relevante para la solución del asunto, porque las dificultades se contrarrestarían con las pausas por uso de pantallas de visualización de datos.

En suma, para la mayoría de la sala, una cosa es que sus dificultades puedan requerir de tratamientos y otra que se trate de una intervención específica de adaptación por estar ante una persona especialmente sensible ex [artículo 25 de la LPRL](#), cuya falta de atención resulte un indicio constitutivo de conducta discriminatoria por enfermedad equiparable a la discapacidad. En cambio, para el voto particular, si bien –se insiste– sobre una base poco cierta en lo fáctico (hay notables contradicciones y dudas), no estaríamos ante una discapacidad por enfermedad de larga duración «de pasado», pero sí puede considerarse que concurre «el escenario "de futuro" [...] entre los indicios [...] figuran, en particular, el que [...] la incapacidad [...] no presente una perspectiva bien delimitada en cuanto a su finalización a corto plazo [...]». De ahí que concluyan que: «se antoja evidente que una lumbalgia en el descrito puesto de trabajo, sin que la empresa –pese a conocer la situación diagnóstica– no adoptara medidas preventivas legales, incurre en dicho escenario [...]».

De quedar más clara la realidad fáctica probada en el proceso, el razonamiento sería impecable. En el plano jurídico, criticable es que orille un canon de enjuiciamiento que, obligado ex [artículo 4 de la Ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo](#), podría haber resultado clave para este desenlace de reprobación jurídica de la evidente ausencia de la debida política preventiva de riesgos ergonómicos eficaz (art. 14 LPRL), desplazada por una –presunta– política de presión para evitar las bajas por enfermedad so pena de despido. Me refiero al necesario enfoque de gestión de la prevención de riesgos ergonómicos en perspectiva de género: se trata de una mujer y un sector feminizado, infravalorándose la gravedad-peligrosidad de sus riesgos. La ausencia de una toma en serio de políticas preventivas en este sector (pese a la formulación específica en [su convenio colectivo](#) –art. 58 C, para los factores de riesgo ergonómicos, art. 58 D, para los psicosociales–), con una fuerte presencia de las mujeres (7 de cada 10 profesionales son mujeres), no puede aislarse de este factor de segregación horizontal del mercado de trabajo<sup>5</sup>. En él –como en otros

<sup>5</sup> Vid. González González (2019), «Género y trabajo en los *contact centers*. Paradigma de feminización laboral».

con análoga feminización– se tiende a relegar las políticas de intervención ergonómica (y psicosocial), por la infravaloración de la siniestralidad y morbilidad generada por ellos.

También en el sector de las camareras de pisos, muy ilustrativa de la necesidad de incluir la perspectiva de género en el enjuiciamiento de cuestiones preventivas es la [STSJ de Canarias/Las Palmas de 2 de julio de 2019 \(rec. 369/2019\)](#). Desde esta perspectiva, hay una discriminación indirecta por razón de sexo al carecer de gestión adaptada, porque la empresa infravalora sus riesgos (no se necesita un parámetro de comparación –como en la directa–, sino solo la constatación de un resultado perjudicial injustificado).

#### 4. La revalorización de la garantía de nulidad del despido por cuestiones de salud al hilo de la pandemia de COVID-19

La protección reforzada contra un despido por enfermedad al utilizarse la decisión extintiva con un plus de antijuridicidad, como un factor de segregación social, ha sido reactivada judicialmente con la situación de crisis pandémica. Como ya se ha expuesto en números precedentes de esta revista, la equiparación de la infección (o riesgo de ello) por coronavirus con una enfermedad estigmatizante encuentra diversos ejemplos en la experiencia forense de los 2 últimos años<sup>6</sup>. En este escenario, de especial interés es la [STSJ de Madrid 249/2021, de 17 de marzo](#). Esta sentencia revoca la de instancia, que había desestimado la demanda, y, en consecuencia, declara la nulidad del cese por no haber superado el periodo de prueba cuando, en realidad, la causa fue el contagio por COVID-19, comunicada oportunamente y que motivó una baja laboral. No estableció, sin embargo, ninguna indemnización adicional, lo que es criticable.

Naturalmente, si esta comunicación es fraudulenta, de modo que no existe contagio real, ni sospecha fundada al respecto, el despido será considerado procedente. Así lo ha calificado la [STSJ de Castilla y León/Valladolid de 24 de junio de 2021 \(rec. 964/2021\)](#), que declara procedente el despido de una trabajadora (ayuda a domicilio) que mintió (simulación de contagio: fingió que no llevaba mascarilla en el momento de atender a una persona con positivo por COVID-19, cuando sí la llevaba) al servicio de prevención de la empresa para lograr una baja laboral ante un posible positivo por COVID-19.

<sup>6</sup> Fue el caso de la Sentencia del Juzgado de lo Social (SJS) número 9 de Murcia 231/2020, de 10 de diciembre (declara nulo, con los efectos ligados, el despido de una trabajadora –carnicera de supermercado– por haberse contagiado de COVID-19), o el de la [SJS número 1 de Mataró 39/2021, de 1 de febrero](#) (es nulo el despido, al inicio de la pandemia, de un trabajador –peón especialista– tras comunicar una baja por infección –la indemnización fue la mínima: 6.251 €–).

## 5. La cuestión indemnizatoria: evolución del precedente, aún en espera de nuevas aperturas de los sistemas tasados para disuadir de despidos artificiosos

### 5.1. Consolidación del criterio de automaticidad de la indemnización por daños personales derivados de la violación del derecho fundamental

En el precedente de la [STS de 31 de enero de 2011](#) que sirve de referencia a la [STSJ de Cataluña 4380/2021](#), la nulidad no conllevó indemnización adicional. El déficit de cultura resarcitoria en el orden social por la hegemonía del sistema era notablemente mayor entonces. En efecto, como sentara la [STS de 9 de mayo de 2011 \(rec. 4280/2010\)](#), si bien ha sido doctrina jurisprudencial rechazar una indemnización adicional de daños ex [artículo 1.101 del Código Civil \(CC\)](#) (para el despido y para el [art. 50 ET](#)), por la especialidad de la regulación laboral respecto de la civil, diferente debía ser cuando se ejercite –al tiempo o en procedimiento diverso y autónomo– la violación de un derecho fundamental. Esta posición quedaría ya clarificada en la [STS de 17 de mayo de 2006 \(rec. 4372/2004\)](#)<sup>7</sup>, que, a su vez, confirmaría que no resulta extravagante o rectificador el criterio sentado, en sala general, por la [STS de 11 de marzo de 2004 \(rec. 3994/2002\)](#), pues en este caso la indemnización adicional pedida era en el marco común del [artículo 1.101 del CC](#), no en el de la violación de derechos fundamentales (indisponible para la ley, sin que se admita una tasación legal). En ellas se recuerda que la dualidad de reclamaciones (acciones) hallaría razón de ser en la dualidad de daños (la pérdida injustificada de empleo, que tiene una indemnización legal tasada; el daño moral por la violación del derecho fundamental).

Por su parte, la [STSJ de Cataluña 4380/2021](#) sería igualmente reflejo de la profunda evolución jurídico-cultural de su tiempo. En él la jurisprudencia ha terminado no solo reafirmando el derecho al resarcimiento en caso de violación de derechos fundamentales, aunque no lo prevea expresamente la ley, sino reconociendo –tras un proceso errático y dilatado– que tal procedencia es automática, sin necesidad de prueba del daño, debiendo cumplir la cuantía indemnizatoria una función tanto de resarcimiento íntegro cuanto disuasoria. Todo ello en el marco del [artículo 183 de la Ley reguladora de la jurisdicción social \(LRJS\)](#). Su activación en el caso llevará a la sala catalana de suplicación a reconocer una indemnización adicional de 18.700 euros.

En este escenario evolutivo jurisprudencial, la [STSJ de Cataluña 4380/2021](#) llamará la atención sobre la ausencia de motivo de recurso en relación con la aplicación del [artículo 183 de la LRJS](#). Sin embargo, al estimar la nulidad y asumirse la doctrina jurisprudencial de la

<sup>7</sup> La acción resolutoria ex [artículo 50 del ET](#) se ejercía simultáneamente con una acción indemnizatoria por acoso. En idéntica línea se pronunció la [STS de 20 de septiembre de 2007 \(rec. 3326/2006\)](#).

automaticidad de tal indemnización, lo activará, volviendo su mirada a la demanda, donde se solicitan 18.177,05 euros, desglosados (se sigue una certera práctica, según el principio de vertebración exigido por el [art. 183 LRJS](#)) en los siguientes importes:

- 6.251 euros en concepto de daños morales vinculados a la violación del principio de igualdad y no discriminación, a la salud y a la dignidad (arts. [10.1](#), [14](#) y [15 CE](#));
- otros 6.251 euros en concepto de daños personales por perjuicio psicológico, y
- 5.675,05 euros en concepto de daños materiales por gastos vinculados a la defensa.

Asimismo, la sala recuerda que no existe en la sentencia ni en el escrito realizado para la impugnación ninguna oposición a las cuantías solicitadas. Sobre la base de la fijación legal ([art. 183.2 LRJS](#)) de los dos objetivos de la indemnización (resarcimiento suficiente y disuasión de conductas análogas) y dada la especial gravedad de la «política de empresa» estima la pretensión indemnizatoria «al no poder fijar un importe mayor por razón de congruencia procesal» (justicia rogada). Pero, de nuevo, alienta una menor prudencia resarcitoria (autolimitación de la demanda) y una mayor justicia reparadora, con lo que se abre un interesante horizonte en el nuevo derecho del trabajo, donde la reparación íntegra y el fin disuasorio deben cumplir un papel mucho más significativo.

## 5.2. ¿Existe obligación de resarcir íntegra y preventivamente el daño personal derivado de un cese ilícito?

En este contexto de análisis retrospectivo de algunos de los fragmentos (a veces «baldadas») de derecho vivo más recientes no es ocioso recordar el voto particular que don Aurelio Desdentado firmó a la citada [STS de 11 de marzo de 2004](#). A él se adhirieron tres magistrados más –incluido el que luego sería presidente de la sala–. En su opinión, la doctrina jurisprudencial debía ser rectificadora globalmente, pues la clave jurídica de la doctrina de la compatibilidad de indemnizaciones (se afirma para el [art. 50 ET](#), pero, a mi juicio, podría valer igualmente para el despido improcedente) no debe residir en el rango del derecho vulnerado, sino en la naturaleza diferenciada de los daños derivados del actuar grave y culpable extintivo de la empresa. Así:

- una cosa será la pérdida de empleo derivada de una extinción injustificada (directamente o mediante su inducción por la vía del [art. 50 ET](#)), que está tasada legalmente ([art. 56 ET](#)) y no podría modificar la decisión jurisdiccional;
- otra, los daños personales, psíquicos y morales (en el caso derivados del proceso depresivo que, originado en la conducta empresarial que llevó a la resolución causal, terminó con el reconocimiento de una incapacidad permanente). Estos

daños han de ser «objeto de reparación independiente, pues de lo contrario se está exonerando al causante de la obligación de reparar las consecuencias de un acto ilícito que no han sido compensadas [...]».

A su juicio, así se derivaría tanto de la [STS de 12 de junio de 2001 \(rec. 3827/2000\)](#), cuanto de la [STS, Sala 1.ª, de 10 de abril de 1999 \(rec. 2934/1994\)](#), «en un caso muy similar al presente». El orden civil no sería competente por tratarse de cuestiones estrictamente laborales, incluso si se ejerciera la acción del [artículo 1.902 del CC](#), pero su criterio de fondo sí estaría bien fundamentado y debió acogerlo el orden social, entiende el voto particular. Aunque no ha sucedido así, con el tiempo la apertura de la rama social del derecho a las normas y principios del derecho civil de daños ha crecido, sin limitarse la evolución a la protección reparadora de los derechos de rango fundamental. Justamente, la ratificación de la [Carta Social Europea revisada \(CSEr\)](#) abre una nueva oportunidad para este movimiento de quiebra (cívico-social) del viejo sistema de indemnizaciones tasadas.

### 5.3. ¿Indemnización adicional por el plus de arbitrariedad de un despido improcedente?: otra apertura pendiente, apuntada a la luz de la CSEr

Precisamente, y será la última cuestión aquí analizada, el caso resuelto por la [STSJ de Cataluña 4380/2021](#) ofrece un magnífico ejemplo de las paradojas y contradicciones que se presentan en nuestro actual ordenamiento jurídico-laboral y que probablemente merecerán atención en la contrarreforma laboral ya anunciada como inmediata. De un lado, lo raquíptico de la indemnización explica que la empresa presente una causa formal que sabe irreal, porque si el problema era de absentismo, o de ineptitud sobrevinida, como se dijo, había otros mecanismos jurídicos racionales a tal fin (despidos objetivos), no el disciplinario. Pero la auténtica causa residía en la voluntad de desprenderse de una persona poco rentable (amén de poco dócil: también demandó por fraude contractual). Consciente de ello, no tiene rubor –es práctica– en reconocer la improcedencia *ipso facto*.

De otro lado, al margen de la persistente vigencia de la doctrina jurisprudencial que califica como improcedente el despido sin causa real o con causa falsa, la sentencia de instancia reconoce que no puede entrar en honduras a la hora de la calificación de este despido (la sala de suplicación tiene otra visión), porque ni se ha intentado justificación alguna en el proceso de la causa. De ahí la improcedencia. Silenciada queda, tanto en la sentencia de instancia como en la de suplicación, la nueva situación creada por el claro reforzamiento en nuestro sistema del derecho a una reparación adecuada ex [artículo 24 de la CSEr](#), así como por la doctrina vinculante (dejamos de lado si jurisprudencial o cuasi jurisprudencial o de otro tipo) del órgano máximo de garantías de la Constitución social europea, el Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS). Su maduración supondrá el reforzamiento del artículo 10 del [Convenio 158 OIT](#).

No podemos entrar en esta cuestión, excede de este análisis (otra historia) y, además, se hizo en el [número monográfico de julio de 2021](#), al que remitimos. Pero sí merece la pena una mínima reseña de doctrina judicial en este sentido. Al respecto, en números anteriores de esta revista venimos dando cuenta de cómo los conflictos judiciales para reclamar el derecho a una indemnización económica adicional y complementaria a la tasada por la ley en los despidos improcedentes, cuando concurre un plus de arbitrariedad, agravando la ilicitud de un despido sin causa, está ganando relieve en la experiencia forense. Si primero lo fue en el nivel de «instancia social», hace varios meses que las salas de suplicación han comenzado a tomar partido por esa posibilidad, si bien de forma extremadamente excepcional. Una doctrina que, saludable por mostrar más flexibilidad, no termina de conformarse a la doctrina del CEDS, que debe prevalecer.

La sala de suplicación que más sentencias ha dictado es la catalana. La [STSJ de Cataluña 3812/2021, de 14 de julio](#), sintetiza y acota los requisitos –de momento solo teóricos–:

- una «notoria [...] insuficiencia de la indemnización por resultar manifiestamente exigua» (criterio cuantitativo que prueba la inadecuación de la cuantía);
- «clara [...] existencia de fraude de ley o abuso de derecho en la decisión empresarial extintiva del contrato» (el citado plus de antijuridicidad por su artificiosidad);
- que «en el *petitum* [...] se concreten los daños precisados de compensación y la prueba contradictoria de su *quantum*» (prueba –civil– del daño ex [art. 1.101 CC](#)).

Sin duda, este criterio –que vendría a coincidir con el planteamiento de dar entrada al derecho civil en el derecho laboral reparador deducible del voto particular referido– es el más cuestionable, a la luz de la doctrina del CEDS (que se cita). Además, no parece muy coherente reprobar a la sentencia de instancia que fije la indemnización adicional en función disuasoria, sin explicitar prueba del daño, cuando, al tiempo, afirma que la cuantía legal no cumple ni por asomo la función reparadora. En todo caso, no habiendo hasta ahora dictado ninguna sentencia estimatoria –lo que evidencia la artificialidad misma de la construcción, que asume la necesidad de la garantía, pero la envuelve en tantos obstáculos que la vacía de sentido práctico–, parece que está sumando émulos ([STSJ de Navarra 206/2021, de 24 de junio](#); [STSJ de Castilla y León/Valladolid de 1 de marzo de 2021, rec. 103/2021](#)), aunque otras salas lo rechacen (por ejemplo, [STSJ de Madrid 277/2021, de 17 de marzo](#)).

## 6. Reflexión final: las prácticas de gestión de personas basadas en reducirlas a la condición de recursos productivos están prohibidas por deshumanización

Aunque es evidente que no sería honesto exacerbar el significado del precedente de la [STS de 31 de enero de 2011](#), porque sigue asumiendo que el despido por enfermedad no

requiere un plus de reprobación jurídico-social (constitucional, europea), tampoco cabe infravalorar su significado más profundo y útil para ir más allá de los prototípicos casos a los que afecta, de más difusión en la práctica de lo que la experiencia forense habría reflejado hasta ahora. Por eso, nos ha parecido muy sugerente que la Sala Social del TSJ de Cataluña haya dirigido la mirada a tan virtuoso precedente. Ahora bien, esta contemporánea decisión, 10 años después, vive en una atmósfera jurídico-social diversa y el espíritu que la alienta contrasta con el que envolvía la sentencia de 2011.

A mi juicio, este diferente tiempo axiológico, parcialmente también legislativo, es el que subyace y alienta el contraste de valoración entre la instancia (anclada en el pasado del derecho de precedentes, por más que sigan estando actuales) y la suplicación. Un nivel y otro del sistema multinivel de protección de los derechos fundamentales de las personas trabajadoras rezuman un distinto entendimiento de la señal de política jurídica dada por la derogación legal del despido por absentismo. Minusvalorada (o acotada de forma estricta a sus términos legales) por la instancia, pero convertida en el «nuevo espíritu del tiempo» por la sala de suplicación. Aunque, como es natural, precisa de un fundamento jurídico más concreto para poder actualizarlo en la práctica.

En última instancia, una vez más, la reivindicación de la primacía jurídica, no solo ético-social, de la «condición humana» sobre la «condición productiva» de las personas, rechazando su carácter sacrificial (*homo sacer*) a toda costa en el altar de la rentabilidad de una práctica, de una política de empresa, sería la principal lección del precedente, renacido una década después. Aunque en un ámbito de protección jurídica diferente, la discriminación por razón de edad, decisiones jurisdiccionales relativamente recientes han puesto el acento en este plus de antijuridicidad que tienen las decisiones extintivas basadas en políticas de empresa a tal fin, sacrificando la condición personal o humana, en este caso la edad avanzada, al servicio de la rentabilidad y, por tanto, cosificando la gestión estratégica de las personas como factor productivo («recursos inhumanos»). Es el caso, por ejemplo, de la [SJS número 33 de Madrid 323/2020, de 18 de noviembre](#).

Sin profundizar en el conjunto de argumentos que llevaron al órgano jurisdiccional a calificar como despido económico discriminatorio por razón de la edad el cese de 5 personas trabajadoras mayores de 50 años en la empresa (Huawei), sí merece la pena destacar que la valoración de los daños (20.000 €) tuvo en cuenta la:

[...] política empresarial [...] de RR. HH. desplegada por Huawei materializada en el discurso de su presidente [...] que consta [...] probado [...].

Tan descarnada filosofía empresarial<sup>8</sup>, [...] la maximización del beneficio económico y del poder social del empresario, no encaja con [...] los valores de [...] la dignidad [...] art. 2 TUE y art. 10.1 CE.

<sup>8</sup> «Se aprecia una visión de las relaciones de trabajo que se identifican con tiempos de guerra y para las que se exigen comportamientos de inspiración militar en la búsqueda de la excelencia [...] y eliminación de [...] [las personas] mediocres».

El argumento podría trasladarse a otros factores de segregación por razones de maximización del beneficio, como la discapacidad y la enfermedad (intermitentemente recurrente), incluso el género (el TJUE asume el valor de las declaraciones de la empresa como prueba de una eventual política discriminatoria por sexo, aún sin precisar en medidas concretas). La persona despedida en todos estos casos se colocaría en «[...] una situación gobernada por sensaciones como el sufrimiento, el dolor, la incertidumbre, la angustia y la ansiedad». En suma, quienes sufren este despido injusto entran en la zozobra provocada sea por el sentimiento de injusticia como por la conciencia de la dificultad de lograr otro empleo.

Pese a tratarse de factores de segregación y estigmatización diversos, en estas decisiones, alentadas por la [STS de 31 de enero de 2011](#), subyace la prohibición de estilos de gestión de personas trabajadoras como mero «recurso productivo», incluso «capital humano» (como todo capital, tiende a maximizarse o, en caso contrario, «amortizarse»). Como acredita la [Sentencia de la Audiencia Nacional 104/2021, de 10 de mayo](#), no es el sector del *contact center* el que más empatiza con la condición humana en sus políticas de gestión empresarial, más bien algunas de las prácticas que se van conociendo ponen los pelos como escarpas, por su productivismo, a costa de su «deshumanización» ([STC 192/2003, de 27 de octubre](#)).

¿Puede entenderse de otro modo que haya de reivindicarse a las alturas de 2020 el derecho al uso del lavabo para atender necesidades fisiológicas y que la empresa se niega a registrar como pausa sencillamente porque el convenio no lo ha previsto? Ni el encuadramiento de la cuestión del registro de los tiempos de trabajo dentro del marco de la seguridad y salud en el trabajo ([STJUE de 14 de mayo de 2019, asunto C-55/18, Deutsche Bank](#)) ni el principio general (constitucional y universal) de dignidad de la persona hicieron mella alguna en esta política de empresa del sector del *contact center*. La Audiencia Nacional ha debido recordar que «el trabajo no debe ser considerado simplemente como una mercancía o un artículo de comercio» (art. 427 [Tratado de Versalles](#), que dio lugar a la OIT). ¿Y qué significa esto hoy? Que «la prestación laboral se realiza por seres humanos que no merecen ser tratados como simples máquinas» o recursos productivos (FJ 4.º, punto 4).

En suma, en todas estas sentencias subyace el retorno del sentido del límite jurídico a las decisiones de gestión del factor trabajo basadas en la pura rentabilidad (las razones de la empresa, el alma económica de la norma laboral: principio de rendimiento hoy reformulado como principio de defensa de la productividad ex arts. [38 CE](#), [5 y 20 ET](#); también art. [16 CDFUE](#)) y de espaldas respecto de su condición humana inherente (razones de la persona, el alma social de la norma laboral: clásico principio de protección –leyes de las personas contratantes débiles–). En un nuevo tiempo, de contrarreforma y/o de modernización estatutaria, veremos qué recorrido tiene la necesidad de un reequilibrio transaccional entre los dos afanes o alientos de la norma laboral, sin que, en realidad, como mostró la pandemia, una –la economía– pueda vivir al margen de la otra –la salud–, ni viceversa. Al derecho del trabajo le corresponde fijar el debido equilibrio, más que en una lógica de sacrificio mutuo, en la de maximización recíproca.