



Roj: **STSJ BAL 1115/2024 - ECLI:ES:TSJBAL:2024:1115**

Id Cendoj: **07040340012024100535**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social**

Sede: **Palma de Mallorca**

Sección: **1**

Fecha: **18/11/2024**

Nº de Recurso: **261/2024**

Nº de Resolución: **481/2024**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **JOAN AGUSTI MARAGALL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S. J.ILLES BALEARS SALA SOCIAL

PALMA DE MALLORCA

SENTENCIA: 00481/2 024

TIPO Y Nº RECURSO:RSU RECURSO SUPPLICACION 0000261 /2024

NIG:07040 44 4 2022 0003265

Ilmos. Sres.

D. Antoni Oliver Reus, presidente

D. Alejandro Roa Nonide

D. Joan Agustí Maragall

En la ciudad de Palma, a 18 de noviembre de 2024.

Esta Sala ha visto el recurso de suplicación nº 261/2024, formalizado por la letrada D^a. Lorena Díaz Álvarez, en nombre y representación de D^a. Marisa , contra la sentencia nº 72/24 de fecha 12 de febrero de 2024, dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de Palma, en sus autos DSP 602/22, seguidos a instancia de la parte recurrente frente a TRANSPORTES BLINDADOS SA, representado por el letrado D. Carlos Egea Jover, en materia de despido, siendo magistrado-ponente el Ilmo. Sr. D. Joan Agustí Maragall, y deduciéndose de las actuaciones habidas los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-La única instancia del proceso en curso se inició por demanda y terminó por sentencia, cuya relación de hechos probados es la siguiente:

PRIMERO.-La demandante, DOÑA Marisa , ha venido prestando sus servicios por cuenta y bajo la dirección de la empresa demandada TRABLISA, como trabajadora indefinida, con antigüedad del 01/09/2008, tras subrogación de la anterior empleadora ILUNION SEGURIDAD, S.A., ostentando la categoría profesional de Vigilante de Seguridad y percibiendo un salario según convenio. El importe regulador del salario es de 53,69 euros.

La actora presta servicios en el Aeropuerto de Puerto del Rosario, en Lanzarote.

SEGUNDO.-En fecha 19/02/2021, la actora causó baja de IT, con diagnóstico "*oclusión vascular retiniana no especificada*".

Con fecha de efectos 02/06/2022, el INSS emitió el alta de la demandante.



TERCERO.-En fecha 25.05.2022, la actora es declarada NO APTA para mantener la vigencia de habilitación correspondiente para prestar servicios de Seguridad Privada. En dicho informe se expresa como enfermedad o deficiencia "visión monocular".

CUARTO.-En fecha 27 de junio de 2022, la trabajadora remite burofax a la empresa, en el que comunica lo siguiente:

"Muy Sres míos: En mi condición de trabajadora de esa empresa con puesto de trabajo adscrito al AEROPUERTO LAS PALMAS (Ctra El Matorral, s/n, Puerto del Rosario), me pongo en contacto con uds al objeto de que me informen respecto a mi reincorporación a la empresa con fecha 4 de julio próximo tras la finalización del período vacacional que me fue concedido una vez resultó concluso el proceso de incapacidad temporal en el que estuve inmersa desde el 19 de febrero de 2021, hasta fechas recientes.

Como ya les adelanté hace escasos días, a consecuencia de la patología que determinó el proceso de baja médica que data de inicios de 2021 y que concluyó con la pérdida de visión completa del ojo izquierdo, ha surgido un condicionante de suma trascendencia para la reincorporación a mi puesto de trabajo. Así pues, tras el reconocimiento al que periódicamente debe someterse el personal de seguridad privada en los aeropuertos, para la comprobación de las aptitudes físicas y psicológicas necesarias a efectos de habilitación, el resultado que se me ha trasladado es el de NO APTO siendo la causa que así lo determina la siguiente

VISIÓN MONOCULAR

Habida cuenta de esta circunstancia, que como les digo resulta de suma trascendencia para la reincorporación a mi puesto de trabajo, ruego me indiquen la forma de proceder en este caso, si he de pasar un previo reconocimiento médico a instancia de la empresa y al objeto de que conozcan de primera mano el estado clínico actual que presento, o en su defecto y para el supuesto de que entendiera que no resulta necesario aquél, ruego me indiquen hora y turno al que debo reincorporarme en próximo día 4 de julio. (...)"

QUINTO.-Mediante escrito, de fecha 1 de julio de 2022, la empresa demandada remite comunicación a la actora, cuyos términos son los siguientes:

"Sirva para informarle en primer lugar que, en fecha 3/07/2022 le finaliza la vigencia de la TIP y que no ha podido renovarla.

Habida cuenta de lo anterior, no es posible darle ocupación, quedando suspendida la relación laboral entre Ud. y esta empresa, a partir del 4 de julio de 2022, en atención al apartado 4 del artículo 64 del convenio colectivo de empresas de seguridad, quedando en situación especial de la relación laboral (suspensión del contrato de trabajo).

Señalar que su reincorporación deberá producirse en el plazo de 5 días, como máximo, desde el momento en que desaparezca la causa que motiva la presente suspensión, causando baja definitiva en la empresa si no solicitara su reingreso en el plazo señalado".

SEXTO.-En fecha 16 de agosto de 2022, la actora vuelve a ser declarada NO APTA para mantener la vigencia de la habilitación para prestar servicios de Seguridad Privada, constando como enfermedades o deficiencias "Visión monocular".

SÉPTIMO.-Mediante resolución de fecha 16 de agosto de 2022, el SEPE deniega la prestación por desempleo a la demandante, por encontrarse en situación de excedencia voluntaria en la empresa.

La actora presentó reclamación previa, que fue desestimada mediante resolución de 30 de septiembre de 2022.

OCTAVO.-En fecha 14 de julio de 2022, la actora presentó papeleta de conciliación ante la UMAC (Gijón), cuyo acto finalizó con el resultado de INTENTADO SIN EFECTO, el 1 de agosto de 2022.

NOVENO.-No consta que la actora ostente o haya ostentado la consideración de representante sindical (ficta confessio).

SEGUNDO.-La parte dispositiva de la sentencia de instancia dice:

Se estima la falta de acción de despido, invocada por la empresa demandada y, en consecuencia, **se desestima** la demanda que da origen a estas actuaciones, absolviéndose a TRABLISA de las pretensiones deducidas en su contra en el presente procedimiento.

TERCERO.-Contra dicha resolución se formalizó recurso de suplicación por la representación de D^a. Marisa, que fue impugnado por la representación de Transportes Blindados SA.

CUARTO.-Se señaló para la deliberación, votación y fallo el día 2 de octubre de 2024, llevándose a cabo tales actos en la fecha señalada.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia de instancia.

La sentencia de instancia desestimó la demanda por despido interpuesta por la actora, al apreciar la excepción de falta de acción opuesta por la empresa demandada.

Entiende la juzgadora que no puede calificarse la decisión de la empresa cuestionada como un despido tácito sino como la suspensión del contrato de trabajo basada en la previsión convencional establecida en el art. 64.4 del Convenio estatal para la Seguridad Privada, al no poder darse por sentado que, al tiempo de ser acordada, 3 de julio de 2022, la limitación de la demandante ya fuera irreversible y ello fuera conocido por la demandada.

Interpone recurso la actora, que ha sido impugnado por la empresa demandada.

Se alegan en el recurso, en primer lugar, unos "antecedentes" -solo parcialmente coincidentes con la declaración de hechos probados- de los que la Sala prescindirá al escapar manifiestamente del cauce de modificación de los hechos probados se canalice a través del apartado b) del art. 193 LRJS.

SEGUNDO.- *Revisión de los hechos probados*

Al amparo del apartado b) del art. 193 LRJS, el primer motivo de recurso postula la revisión de diversos hechos probados.

Previamente a su análisis y resolución, hemos de recordar los criterios jurisprudenciales para la viabilidad de toda revisión fáctica en el marco del recurso de suplicación:

A) Que se concrete el error padecido en la apreciación de los medios de prueba obrantes en el proceso, ya positivo, cuando se declaren probados hechos contrarios a los que se desprende de tales medios, ya negativo, si se han omitido o negado los que se deducen de los mismos.

B) Que tales hechos resulten de forma clara, patente y directa de la probanza documental o pericial practicada, a concretar y citar por el recurrente, que sean literosuficientes o "hablen por sí mismos" sin necesidad de argumentaciones más o menos lógicas, ya que ante la concurrencia de varias pruebas de tal naturaleza que ofrezcan conclusiones divergentes o no coincidentes, deberá prevalecer la valoración o apreciación de tales medios probatorios con los que ha formado su convicción la Juzgadora de instancia, conclusiones obtenidas por la Juzgadora "a quo" a partir de la intermediación en la práctica, no siendo factible demostrar los errores de hecho acudiendo a conjeturas, suposiciones o interpretaciones o recurriendo a la prueba negativa, limitada a invocar la inexistencia de prueba que respalde las afirmaciones de dicha Juzgadora.

C) Que se ofrezca, al invocar el motivo suplicacional analizado, el texto concreto o la versión que se entiende ha de figurar en la narración que se tacha de equivocada, bien sustituyendo alguno de sus puntos bien completándola.

D) Que las modificaciones sean trascendentes o relevantes para determinar un fallo distinto.

E) Finalmente, que no se plantee la revisión de cuestiones fácticas no discutidas a lo largo del proceso, no pudiendo formularse novedosamente alegaciones por vez primera en la fase de recurso so pena de atentar contra el principio de igualdad de las partes en el proceso y de propiciar la efectiva indefensión a la parte recurrida.

Recordados los criterios jurisprudenciales aplicables a la revisión fáctica, pasamos a analizar y resolver la única modificación postulada por la demandante, referida al hecho probado quinto, respecto del cual que se interesa la modificación del primer párrafo a fin de que se especifique que el escrito de la empresa fechado el 1 de Julio de 2022 -y que se reproduce en el propio hecho probado 5º- le fue remitido vía burofax el 4 de julio siguiente, y que se adicione un nuevo párrafo, que sería el tercero, del siguiente tenor literal:

"Sin hacer efectiva su reincorporación en la empresa la actora pasó a disfrutar vacaciones durante el período comprendido entre el 3 de junio al 3 de Julio de 2022, ambas fechas inclusive. Quedando aún pendientes otros 16 días de vacaciones devengadas y no disfrutadas a esas fechas. El 7 de julio de 2022, es decir, apenas 3 días después de hacer efectiva la suspensión el contrato por parte de la empresa, la actora tenía ya concertada cita para el reconocimiento médico a instancia de la empleadora, cuyo resultado fue NO APTA"

No debe prosperar esta revisión; a pesar de tener adecuado y suficiente soporte documental en los documentos 1, 2, 10 y 11 de la demanda y no haber sido cuestionada o negada por la demandada la realidad de los hechos cuya inclusión se pretende, no aporta información determinante para la resolución del pleito.

TERCERO.- *El debate en suplicación.*



Con amparo procesal en el artículo 193 c) LRJS, denuncia la recurrente la infracción por aplicación indebida de los artículos 45.1 del Estatuto de los Trabajadores y 64.4 del Convenio Colectivo de empresas de seguridad y la inaplicación de los artículos 49.1 K), 54 y 56 del aludido Estatuto de los Trabajadores

Sostiene la recurrente, en síntesis, que el análisis cronológico de los hechos probados permiten deducir la voluntad extintiva empresarial, al hacer un uso artificioso y fraudulento del mecanismo de suspensión contractual expresamente previsto en el art. 64.4 Convenio de Empresas de Seguridad Privada del artículo 45.1 del Estatuto de los Trabajadores, toda vez que de la información que disponía la empresa se desprende la permanencia e irreversibilidad de la limitación originada por su visión monocular, determinante de la inviabilidad de la recuperación de la habilitación profesional para prestar servicios de Seguridad Privada, al ser conocedora tanto de la visión monocular de la trabajadora como de la pérdida de vigencia de su habilitación profesional, al menos, desde el 27 de junio de 2022, y que en fecha 7 de julio ya tenía concertada cita para el reconocimiento médico de empresa, cuyo resultado hubiera permitido a la empleadora conocer la ineptitud sobrevenida para el desempeño de su puesto de trabajo, lo que le hubiera obligado a un despido objetivo con el abono de la indemnización legalmente prevista para estos supuestos.

Frente a esta censura jurídica, se remite la empresa demandada, en su escrito de impugnación, a la propia fundamentación jurídica de la sentencia impugnada, que reproduce parcialmente, añadiendo que la actuación empresarial de proceder a la suspensión del contrato de trabajo se adecuó a lo prevenido en la norma convencional citada, el art. 64.4 del convenio colectivo de la seguridad privada, sin que, por consiguiente, exista ningún tipo de voluntad resolutoria empresarial.

Centrado el debate en los términos expuestos, para la resolución del mismo debe partirse -necesariamente- de lo establecido en el art. 64.4 del Convenio colectivo estatal de empresas de seguridad que bajo la rúbrica "Situaciones especiales de la relación laboral", dispone lo siguiente:

Artículo 64. Situaciones especiales de la relación laboral.

El tratamiento de determinadas situaciones especiales de la relación laboral se realizará de acuerdo con los siguientes criterios:

1. En la situación de Enfermedad o Accidente, una vez transcurrido el período máximo de incapacidad temporal, y por el tiempo que transcurra hasta que el trabajador reciba la Resolución del INSS u órgano que lo sustituya, sobre la declaración, o no, de su incapacidad, la relación laboral quedará suspendida con reserva del puesto de trabajo.

En caso de reconocimiento de incapacidad que imposibilite de forma definitiva la prestación laboral desarrollada por el trabajador, quedará sin efecto la reserva de puesto al haber quedado extinguida la relación laboral.

2. (...) 3. (...).

4. En el supuesto de la retirada de la licencia o habilitación en cualquier otra circunstancia, y de ser imposible su reubicación, se procederá a la suspensión del contrato de trabajo hasta su recuperación o posible reubicación.

CUARTO.- Pronunciamiento de la Sala.

1.- La sentencia de instancia, en síntesis y como se ha anticipado, desestima la demanda por dos motivos:

- Al considerar que la decisión impugnada tiene amparo en la norma convencional, art. 64.4 del Convenio aplicable, dada la indiscutible declaración de la actora como no apta para mantener su habilitación profesional.

- Que no puede darse por sentado, tal y como afirma la trabajadora, que su situación, al tiempo de suspenderse el contrato, julio de 2022, ya fuera irreversible, y más aún, que dicho carácter definitivo fuera conocido por la mercantil.

2.- La Sala, anticipando ya su resolución, discrepa de ambos motivos desestimatorios, por las razones que se exponen a continuación:

Empezando -por razones de lógica argumental- por el segundo motivo, la conclusión de la Sala es precisamente la contraria a la afirmada en la sentencia, esto es, que la limitación visual de la demandante -visión monocular- no solo era irreversible sino, además, conocida por la empresa, conclusión que resulta de los siguientes hechos probados:

- De 19.2.21 a 2.6.22, durante 16 meses, la actora estuvo en situación de IT con diagnóstico de "oclusión vascular retiniana no especificada", siendo dada de alta en fecha 2.6.22, e iniciando periodo vacacional (HP 2º y 4º).

- En fecha 25.5.22 la actora es declarada "no apta" para mantener la habilitación profesional para prestar servicios de seguridad privada por "visión monocular" (HP3º).



- En fecha 27 de junio de 2022 la trabajadora remite burofax a la empresa "al objeto de que me informen respecto a mi reincorporación a la empresa con fecha 4 de julio próximo tras la finalización del período vacacional que me fue concedido una vez resultó concluido el proceso de incapacidad temporal en el que estuve inmersa desde el 19 de febrero de 2021, hasta fechas recientes.", añadiendo que "como ya les adelanté hace escasos días, a consecuencia de la patología que determinó el proceso de baja médica que data de inicios de 2021 y que concluyó con la pérdida de visión completa del ojo izquierdo, ha surgido un condicionante de suma trascendencia para la reincorporación a mi puesto de trabajo..., tras el reconocimiento al que periódicamente debe someterse el personal de seguridad privada en los aeropuertos, para la comprobación de las aptitudes físicas y psicológicas necesarias a efectos de habilitación, el resultado que se me ha trasladado es el de NO APTO siendo la causa que así lo determina la siguiente VISIÓN MONOCULAR".

Y solicita a continuación que "habida cuenta de esta circunstancia, que como les digo resulta de suma trascendencia para la reincorporación a mi puesto de trabajo, ruego me indiquen la forma de proceder en este caso, si he de pasar un previo reconocimiento médico a instancia de la empresa y al objeto de que conozcan de primera mano el estado clínico actual que presento, o en su defecto y para el supuesto de que entendiera que no resulta necesario aquél, ruego me indiquen hora y turno al que debo reincorporarme en próximo día 4 de julio. (...)".

- La empresa demandada, en respuesta a su petición, en fecha 1 de julio de 2022 le comunicó la decisión de suspensión del contrato en los siguientes términos HP 5º):

"Sirva para informarle en primer lugar que, en fecha 3/07/2022 le finaliza la vigencia de la TIP y que no ha podido renovarla.

Habida cuenta de lo anterior, no es posible darle ocupación, quedando suspendida la relación laboral entre Ud. y esta empresa, a partir del 4 de julio de 2022, en atención al apartado 4 del artículo 64 del convenio colectivo de empresas de seguridad, quedando en situación especial de la relación laboral (suspensión del contrato de trabajo).

Señalar que su reincorporación deberá producirse en el plazo de 5 días, como máximo, desde el momento en que desaparezca la causa que motiva la presente suspensión, causando baja definitiva en la empresa si no solicitara su reingreso en el plazo señalado".

- Días después, en fecha 16 de agosto de 2022, tomada ya la decisión de suspensión contractual, la actora volvió a ser declarada "no apta" para ejercer como vigilante de seguridad, por su "visión monocular" (HP 6º).

Tales hechos, como resulta manifiesto, desvirtúan claramente la conclusión alcanzada en la sentencia por cuanto la empresa era conocedora del diagnóstico de visión monocular y la pérdida de la habilitación profesional desde, como mínimo, el 27.6.22, por habérselo comunicado la demandante.

3.- Abordando ahora ya el segundo motivo de desestimación expresada en la sentencia (aunque formulado en primer lugar), conforme la decisión impugnada tiene amparo en el art. 64.4 del Convenio aplicable, dada la indiscutible declaración de la actora como no apta para mantener su habilitación profesional, lo primero que debe establecerse es que *la limitación médica y profesional de la demandante -que ella misma comunica a la empresa en fecha 27-6-22- es, incuestionablemente, constitutiva de una situación de ineptitud sobrevenida y, por consiguiente, de discapacidad.*

En efecto, hemos de recordar, a tal efecto, que -según se ha venido entendiendo la doctrina del TJUE desde la STJUE Ring de 14.4.13, y en todo caso recoge el art. 4.1. de la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada por RDL 1/13, en vigor desde el 4.12.13, "Son personas con discapacidad aquellas que presentan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, previsiblemente permanentes que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás."

4.- Sentado lo anterior, es claro -también- que tal situación "no encaja ni en la causa de suspensión del art. 45 ET ni en las previstas en el art. 64.4 del Convenio colectivo de aplicación", como acertadamente denuncia la recurrente.

En efecto, la previsión de suspensión regulada en el art. 64.4 del convenio aplicada por la empresa, en contraste a la regulada en el primer apartado del mismo precepto, está pensada para situaciones de retirada de la licencia o habilitación profesional de carácter temporal y, en todo caso, reversibles. Por el contrario, la decisión de suspensión contractual, de carácter indefinido dada la irreversibilidad de la limitación de la demandante, comportó no sólo el cese en la prestación de servicios sino también en la percepción de la retribución y la baja en la Seguridad Social, sin acceder tampoco a prestación sustitutoria alguna (el SEPE le denegó la prestación por desempleo por falta de previsión normativa al respecto, HP 7º).



5.- Pero, incluso en el caso que se discrepara de lo anterior y se entendiera que esta facultad suspensiva pudiera ejercitarse también respecto a situaciones de discapacidad o ineptitud sobrevenida previsiblemente definitivas, la expresa solicitud de reincorporación formulada por la demandante en su burofax de 27.6.22 para cuando finalizara su período vacacional, con disposición a pasar nuevo reconocimiento médico con carácter previo, *obligaba a la demandada a explorar la posibilidad de "reubicación", en los términos del art. 64.4 del Convenio Colectivo ,como condición de eficacia previa a la suspensión ejercida ("... y de ser imposible su reubicación, se procederá a la suspensión del contrato de trabajo hasta su recuperación o posible reubicación.")*, obligación que la demandada ni tan siquiera refiere haber explorado o intentado ni en su comunicación suspensiva de fecha 3.7.22, ni en el acto del juicio, ni en la impugnación al recurso, limitándose a manifestar -en forma genérica e inconcreta- *"que no es posible darle ocupación"*.

6.- Cabe añadir, además y en todo caso, al margen de la aplicabilidad o no del art. 64.4 del convenio colectivo a la demandante, estando la misma en una situación de discapacidad conocida por la empresa y habiendo solicitado su reincorporación, venía obligada la empresa a cumplir el mandato de ajustes razonables establecido en el art. 5 de la Directiva 2000/78 (marco general para la igualdad y no discriminación) y en el art 40 de la LGDPCD (RDL 1/2013), según el cual *"Los empresarios están obligados a adoptar las medidas adecuadas para la adaptación del puesto de trabajo y la accesibilidad de la empresa, en función de las necesidades de cada situación concreta, con el fin de permitir a las personas con discapacidad acceder al empleo, desempeñar su trabajo, progresar profesionalmente y acceder a la formación, salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario"*.

7.- *A modo de conclusión:* ante la petición de reincorporación de la demandante desde la manifiesta y comunicada situación de discapacidad, la decisión empresarial de hacer uso unilateralmente de una cláusula convencional de suspensión contractual establecida para supuestos o situaciones de carácter temporal o provisional, omitiendo en todo caso el cumplimiento de la condición de eficacia previa (el intento de reubicación), *solo pudo responder a la denunciada voluntad extintiva de la empresa*, al comportar no sólo el cese indefinido en la prestación de servicios sino también en la percepción de la retribución y la baja en la Seguridad Social, sin acceder tampoco a prestación sustitutoria alguna, situación que solo puede ser entendida como un despido.

Tal despido, no habiéndose denunciado su posible carácter discriminatorio por razón de discapacidad, deberá calificarse de improcedente en congruencia con lo interesado por la demandante tanto en la demanda como en el recurso de suplicación, con las consecuencias de condena inherentes a tal calificación.

VISTOS los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación, en nombre del Rey y por la autoridad que nos confiere la Constitución,

FALLAMOS

Que debemos estimar y estimamos el recurso de suplicación formalizado por Marisa contra la sentencia de fecha 12 de febrero de 2024, dictada por el Juzgado de lo Social Nº 2 de Palma de Mallorca, en sus autos número 602/22, seguidos a instancia de dicha recurrente contra TRANSPORTES BLINDADOS SA (TRABLISA) en reclamación por despido y, en consecuencia, declarar la improcedencia del despido producido en fecha 4.7.22 y condenar a la empresa demandada a -según opción que deberá formalizar ante esta misma Sala en los cinco días posteriores a la notificación de la sentencia, sin esperar a su firmeza- la readmisión de la demandante y al abono de los salarios de tramitación devengados desde la fecha del despido hasta la de la readmisión o, alternativamente, al abono de una indemnización de 51083,84€, opción esta última que comportará que la extinción se entienda producida el 4.7.22.

Notifíquese la presente sentencia a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Illes Balears.

ADVERTENCIAS LEGALES

Contra esta sentencia cabe **RECURSO DE CASACION PARA LA UNIFICACION DE DOCTRINA** ante la Sala Cuarta de lo Social del Tribunal Supremo, que necesariamente deberá prepararse por escrito firmado por abogado dirigido a esta Sala de lo Social y presentado dentro de los DIEZ DÍAS hábiles siguientes al de su notificación, de conformidad con lo establecido en los artículos **218** y **220** y cuya forma y contenido deberá adecuarse a los requisitos determinados en el artº. **221** y con las prevenciones determinadas en los artículos **229** y **230** de la **Ley 36/11 Reguladora de la Jurisdicción Social** .

Además si el recurrente hubiere sido condenado en la sentencia, deberá acompañar, al preparar el recurso, el justificante de haber ingresado en la cuenta de depósitos y consignaciones abierta en el **Santander**, sucursal de Palma de Mallorca, **cuenta número 0446-0000-65-0261-24** a nombre de esta Sala el **importe de la condena** bien aval bancario indefinido pagadero al primer requerimiento, en el que expresamente se haga constar la



responsabilidad solidaria del avalista, documento escrito de aval que deberá ser ratificado por persona con poder bastante para ello de la entidad bancaria avalista. Si la condena consistiere en constituir el capital-coste de una pensión de Seguridad Social, el ingreso de éste habrá de hacerlo en la Tesorería General de la Seguridad Social y una vez se determine por éstos su importe, lo que se le comunicará por esta Sala.

Para el supuesto de ingreso por transferencia bancaria, deberá realizarse la misma al número de cuenta de **Santander IBAN ES55 0049-3569-9200-0500-1274**, y en el campo "Beneficiario" introducir los dígitos de la cuenta expediente referida en el párrafo precedente, haciendo constar el órgano "Sala de lo Social TSJ Baleares".

Conforme determina el artículo 229 de la Ley 36/11 Reguladora de la Jurisdicción Social, el recurrente deberá acreditar mediante resguardo entregando en esta Secretaría al tiempo de preparar el recurso la consignación de **un depósito de 600 euros**, que deberá ingresar en la entidad bancaria **Santander**, sucursal de la calle Jaime III de Palma de Mallorca, cuenta número **0446-0000-66-0261-24**.

Conforme determina el artículo 229 de la LRJS, están exentos de constituir estos depósitos los trabajadores, causahabientes suyos o beneficiarios del régimen público de la Seguridad social, e igualmente el Estado, las Comunidades Autónomas, las Entidades Locales y las entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de los mismos, así como las entidades de derecho público reguladas por su normativa específica y los órganos constitucionales. Los sindicatos y quienes tuvieren reconocido el beneficio de justicia gratuita quedarán exentos de constituir el depósito referido y las consignaciones que para recurrir vienen exigidas en esta Ley.

En materia de Seguridad Social y conforme determina el artículo 230 LRJS se aplicarán las siguientes reglas:

- a) Cuando en la sentencia se reconozca al beneficiario el derecho a percibir prestaciones, para que pueda recurrir el condenado al pago de dicha prestación será necesario que haya ingresado en la Tesorería General de la Seguridad Social el capital coste de la pensión o el importe de la prestación a la que haya sido condenado en el fallo, con objeto de abonarla a los beneficiarios durante la sustanciación del recurso, presentando el oportuno resguardo. El mismo ingreso de deberá efectuar el declarado responsable del recargo por falta de medidas de seguridad, en cuanto al porcentaje que haya sido reconocido por primera vez en vía judicial y respecto de las pensiones causadas hasta ese momento, previa fijación por la Tesorería General de la Seguridad social del capital costa o importe del recargo correspondiente.
- b) Si en la sentencia se condenara a la Entidad Gestora de la Seguridad Social, ésta quedará exenta del ingreso si bien deberá presentar certificación acreditativa del pago de la prestación conforme determina el precepto.
- c) Cuando la condena se refiera a mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social, el condenado o declarado responsable vendrá obligado a efectuar la consignación o aseguramiento de la condena en la forma establecida en el artículo 230.1.

Conforme determina el art. 230.3 LRJS los anteriores requisitos de consignación y aseguramiento de la condena deben justificarse, junto con la constituir del depósito necesario para recurrir en su caso, en el momento de la preparación del recurso de casación o hasta la expiración de dicho plazo, aportando el oportuno justificante. Todo ello bajo apercibimiento que, de no verificarlo, podrá tenerse por no preparado dicho recurso de casación.

Guárdese el original de esta sentencia en el libro correspondiente y líbrense testimonio para su unión al Rollo de Sala, y firme que sea, devuélvanse los autos al Juzgado de procedencia junto con certificación de la presente sentencia y archívense las presentes actuaciones.

Así se acuerda y firma.

VOTO PARTICULAR

QUE EMITE EL ILMO. SR. MAGISTRADO DON ALEJANDRO ROA NONIDE

De conformidad con lo establecido por el artículo 260 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, formulo voto particular a la sentencia dictada en este recurso de suplicación, con absoluto respeto al criterio de la mayoría de la Sala.

Expongo a continuación, en forma lo más sucinta posible, las razones de mi discrepancia.

1.- El fallo de la sentencia de la sentencia dictada en el presente recurso 261 de 2024 establece la revocación de la sentencia y estimando el recurso condena a la empresa demandada a las consecuencias legales y



- económicas inherentes propias del despido improcedente, y esta es la resolución definitiva compartida en la Sala tras las extensas deliberaciones.
- 2.- Estamos ante un recurso de suplicación que reúne una serie de facetas de indudable enjundia jurídica que -a modo de resumen- han sido la procedencia o no de la suspensión convencional basada en la previsión convencional establecida en el art. 64.4 del Convenio estatal para la Seguridad Privada, la extinción del contrato por voluntad expresa o tácita de la empresa, la existencia e incidencia de una situación de discapacidad y/ o de incapacidad de la trabajadora, e incluso la calificación del despido como discriminatorio por razón de discapacidad o por atentar al principio de igualdad.
- 3.- De modo paralelo, además, desde el punto de vista procesal asimismo ha sido suscitada la cuestión relacionada con el objeto procesal posible dentro del ámbito del propio recurso de suplicación a la luz de la normativa contenida en los artículos 193 y concordantes de la LRJS y requisitos establecidos por la jurisprudencia; y ello en función de la única pretensión planteada en la demanda como era la existencia de un despido improcedente por indebida aplicación del Convenio.
- 4.- Existe conformidad plena con los hechos declarados probados como son la prestación de servicios para una empresa de seguridad como vigilante, que estamos ante empresa con un volumen de trabajadores considerable por ser un hecho notorio y que en su caso hipotéticamente de entrada podría permitir la valoración de una reubicación de la trabajadora, la producción de la pérdida de visión binocular a una monocular irreversible, la falta de renovación del TIP, y habiendo sido declarada no apta por el Servicio de Prevención de riesgos laborales el 25 mayo 22 para mantener la habilitación profesional para prestar servicios de seguridad privada por "visión monocular".
- 5.- Y del mismo modo constan las comunicaciones existentes previas entre la trabajadora y la empresa, cuyo contenido reproduce la sentencia, entre ellas la de 27 de junio de 2022 la trabajadora remite burofax a la empresa, y de 1 de julio de 2022 que comunicó la decisión de suspensión del contrato al finalizar "la vigencia de la TIP y que no ha podido renovarla".
- 6.- Conviene señalar que, en cuanto al objeto procesal debatido en la instancia y la pretensión formulada, el principal motivo de controversia fue el aval convencional a efectos de la suspensión del contrato de trabajo o la existencia de un despido improcedente. "Situaciones especiales de la relación laboral": *El tratamiento de determinadas situaciones especiales de la relación laboral se realizará de acuerdo con los siguientes criterios: (...) 4. En el supuesto de la retirada de la licencia o habilitación en cualquier otra circunstancia, y de ser imposible su reubicación, se procederá a la suspensión del contrato de trabajo hasta su recuperación o posible reubicación.*
- 7.- Destacable resulta la inexistencia no solo de alegaciones de las partes procesales sino de propuesta y práctica de pruebas a efectos de una reubicación en la empresa o en terminología del derecho de la Unión Europea la posibilidad de "ajustes razonables" al hilo de la cuestión prejudicial presentada por esta Sala y resuelta por el TJUE en sentencia de 18 enero 2024.
- 8.- La única discrepancia radica en que -con independencia de la intencionalidad de la empresa, cuestión que entraría en el ámbito de la acreditación de los indicios de menoscabo de derechos fundamentales- si la decisión empresarial, que ha tratado de ampararse del referido precepto convencional vigente, no podría alcanzar además la calificación de nula de la extinción contractual por no constar ni discriminatoria ni atentatoria a la ley de igualdad.
- 9.- Deviene necesario emitir este voto por ser una cuestión de indudable relevancia respecto de la doctrina que está emitiendo la Sala en correspondencia a su notoria actualidad jurídica, pudiendo ser plasmadas a continuación las siguientes consideraciones jurídicas, sintetizándose con los siguientes razonamientos:
- 10.- Fundamento exclusivo de la improcedencia:
- La empresa demandada actuó bajo la cobertura de un artículo convencional 64.4 que, aunque desajustada su aplicación a los hechos probados al no justificar la suspensión del contrato de trabajo, no puede conllevar la nulidad del despido con su máxima calificación como discriminatorio.
- La sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 2 marzo 2011 acepta que el contrato puede suspenderse en función de la misma normativa; no obstante, no estamos ante el mismo caso puesto que en ese caso existía ante una inhabilitación profesional temporal derivada de una pérdida de un título administrativo que no permitiría la realización de su trabajo de modo temporal, sino ante una pérdida de la visión binocular irreversible, diluyéndose pues el carácter temporal de la limitación profesional, como el servicio de prevención ha establecido.



La previsión convencional que puede favorecer a ambas partes contractuales en determinados en que la situación de inhabilitación profesional sea solo temporal y de modo consensuado, puede conducir a su vez a justificar la suspensión del contrato, pero por ello mismo, no estamos ante este caso.

No cabe estimar que la suspensión convencional sea la solución jurídica ajustada a derecho ni a la situación física padecida por la trabajadora demandante por lo que existe una actuación ilícita en la medida que no ha promovido un despido objetivo por ineptitud sobrevenida.

Concurre la infracción la infracción por aplicación indebida de los artículos 45.1 del Estatuto de los Trabajadores y 64.4 del Convenio Colectivo de empresas de seguridad y la inaplicación de los artículos 49.1 K), 54 y 56 del aludido Estatuto de los Trabajadores

Este es el sentido de la sentencia del TSJ de Canarias, recurso: 287/2023 142/2024 de fecha 26 febrero 2024 en cuanto la previsión de suspensión regulada en el art. 64.4 del Convenio aplicada por la empresa "en contraste a la regulada en el primer apartado del mismo precepto, está pensada para situaciones de retirada de la licencia o habilitación profesional de carácter temporal y, en todo caso, reversibles".

Entender, al menos como posibilidad a modo de criterio asumido por toda la Sala -por este motivo el voto es concurrente y necesario- como discriminatoria la extinción contractual, y que podría conllevar a la nulidad de la decisión empresarial, resulta anticipar un criterio judicial de la Sala para sucesivos recursos, conclusión que podría generar cierta inseguridad jurídica sobre el criterio mayoritario, en un caso en que ni la propia parte demandante ha solicitado esa petición ni su reubicación sino únicamente un desajuste en la aplicación del precepto convencional, como ha sido expuesto en el apartado anterior.

Mas, en este sentido, sucintamente, dado que no existe discrepancia en cuanto a la calificación final del despido, señalar que de la propia configuración del recurso de suplicación, -como resultado de una construcción a lo largo de los años a través de constante jurisprudencia consolidada al analizar su estructura legal- deriva un ámbito jurídico delimitado a efectos de resolver las cuestiones planteadas en suplicación, no debiendo las partes procesales introducir cuestiones nuevas sino del mismo modo tampoco pueden ser tratadas "de oficio" o en todo caso con la debida cautela, y cuyo fundamento común está en orden a evitar indefensión a la parte recurrida, que puede ser tanto la empresa como el trabajador, por no haber podido alegar o proponer prueba.

Así, por este mi Voto particular, lo pronuncio y firmo.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutelar o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.