



Roj: **STSJ M 14280/2023 - ECLI:ES:TSJM:2023:14280**

Id Cendoj: **28079340052023100731**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **5**

Fecha: **21/12/2023**

Nº de Recurso: **546/2023**

Nº de Resolución: **750/2023**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **MARIA BEGOÑA GARCIA ALVAREZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJS, Madrid, núm . 20 , 14-11-2022 (proc. 703/2022),
STSJ M 14280/2023**

Tribunal Superior de Justicia de Madrid - Sección nº 05 de lo Social

Domicilio: C/ General Martínez Campos, 27 , Planta 2 - 28010

Teléfono: 914931935

Fax: 914931960

34001360

NIG: 28.079.00.4-2022/0078140

Procedimiento Recurso de Suplicación 546/2023

ORIGEN:

Juzgado de lo Social nº 20 de Madrid Despidos / Ceses en general 703/2022

Materia: Despido con vulneración de DERECHOS FUNDAMENTALES

Sentencia número: 750/2023

Ilmas. Sras.

Dña. MARIA AURORA DE LA CUEVA ALEU

PRESIDENTE

Dña. MARIA BEGOÑA GARCIA ALVAREZ

Dña. ANA MARÍA ORELLANA CANO

En Madrid a veintiuno de diciembre de dos mil veintitrés habiendo visto en recurso de suplicación los presentes autos la Sección 5 de la Sala de lo Social de este Tribunal Superior de Justicia, compuesta por las **Ilmas. Sras.** citadas, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española,

EN NOMBRE DE S.M. EL REY

Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE

EL PUEBLO ESPAÑOL

ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A



En los Recursos de Suplicación 546/2023, formalizados por la LETRADA Dña. MARIA TERESA ANDREO SANCHEZ en nombre y representación de Dña. Macarena y por la LETRADA Dña. RAQUEL DE LA CARRERA LEONES en nombre y representación de GLOBAL SALES SOLUTIONS LINE SL, contra la sentencia de fecha 14 de noviembre de 2022 dictada por el Juzgado de lo Social nº 20 de Madrid en sus autos número 703/2022, seguidos a instancia de Dña. Macarena frente a GLOBAL SALES SOLUTIONS LINE SL, habiendo sido citado el MINISTERIO FISCAL, en reclamación por Despido, siendo Magistrada-Ponente la Ilma. Sra. Dña. MARIA BEGOÑA GARCIA ALVAREZ, y deduciéndose de las actuaciones habidas los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Según consta en los autos, se presentó demanda por la citada parte actora contra la mencionada parte demandada, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, tras los pertinentes actos procesales de tramitación y previa celebración de los oportunos actos de juicio oral, en el que quedaron definitivamente configuradas las respectivas posiciones de las partes, dictó la sentencia referenciada anteriormente.

SEGUNDO: En dicha sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos en calidad de expresamente declarados probados:

"PRIMERO.- La actora vino prestando servicios para la entidad demandada, con antigüedad de 28/1/2013, categoría profesional de especialista y salario mensual bruto prorrateado de 1165,61 euros (hechos conformes).

SEGUNDO.- En fecha 3 de junio de 2022, la empresa procedió al despido de la trabajadora por carta que, obrante en autos a los folios 7 y 8, se da íntegramente por reproducida. Se le abonó a la actora la cantidad de 7326,17 euros en concepto de indemnización.

TERCERO.- En concepto de finiquito se le abonaron a la demandante 599,45 euros en concepto de salario, 99,91 euros en concepto de prorrata de pagas, 53,28 euros en concepto de 1,20 días de vacaciones devengadas y no disfrutadas 8folio 154 de autos).

CUARTO.- La demandante disfrutó de vacaciones los días hábiles referidos al folio 156 de autos, que se reproduce.

QUINTO.- Resulta de aplicación entre las partes el Convenio Colectivo de Contact Center.

SEXTO.- La actora está diagnosticada de Crohn desde finales del 2020, siendo una enfermedad que se ve influida por la dieta y el estrés (folio 51 reverso de autos).

SÉPTIMO.- En fecha 24 de marzo de 2022, el Servicio de Prevención ajeno de la empresa la declaró no apta. Tras nueva solicitud de reconocimiento por la actora, se emite un informe de no apto considerando la exposición de la actora a manipulación de cargas, pantallas de visualización de datos, sobrecarga de la voz, trabajo a turnos/nocturno (folios 76 a 85 y 142 de autos).

OCTAVO.- La demandante, ha estado adscrita distintas campañas dentro de la empresa, en los términos que se reflejan a los folios 108 a 111 de autos. A lo largo de su trayectoria en la empresa ha desarrollado funciones de emisión de llamadas, de captación de cliente y de backoffice. Se han formulado por su parte solicitudes de cambio de campaña por motivos de salud, siendo que cuatro peticiones son nuevas y el resto duplicadas de las anteriores (folio 93 de autos). En diciembre de 2021, realiza una petición de cambio de campaña que es aprobada y en marzo de 2021 y junio de 2022 realiza 1 y 2 peticiones respectivamente que están pendientes. En febrero y marzo de 2022, realiza peticiones para ser trasladada a puesto de backoffice o de recepción de llamadas afirmando que le genera estrés la emisión de llamadas 8folios 68 reverso y 69). La actora pone en conocimiento de la RLT las peticiones, que, a su vez, las reclama a la empresa (folios 70 reverso y ss, prueba testifical practicada a instancias de la parte demandante).

NOVENO.- En la empresa demandada se realizan campañas para clientes, siendo que, en su mayoría, tienen un departamento de back office en el que se en las que se realizan tareas de gestión de solicitudes cursadas por vía distinta a llamadas telefónica, que se realizan, de forma ocasional, a fin de dar cuenta al clientes de la gestión realizada (prueba testifical practicada a instancias de la actora).

DÉCIMO.- Tras la declaración de no apta realizada por el Servicio de Prevención, se realizó una reunión entre el servicio de prevención, RRHH y servicios laborales de la empresa, en los términos que se recogen a los folios 13 a 185 de autos, que se reproducen.

DÉCIMO PRIMERO.- La actora, que está diagnosticada de trastorno adaptativo mixto con ansiedad y depresión de curso persistente, ve aumentada su sintomatología ansiosa depresiva cuando presta servicios en servicios de emisión de llamadas y no de recepción (folio 54 de autos).



DÉCIMO SEGUNDO.- La demandante no ostenta la condición de representante de los trabajadores.

DÉCIMO TERCERO.- Se presentó papeleta de conciliación".

TERCERO: En dicha sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva:

"Previa desestimación de la acción principal de despido nulo y de reclamación de cantidad, planteada por D^a Macarena contra la Global Sales Solutions Line S.L. estimo la demanda en su pretensión subsidiaria, y declaro que el cese de la actora constituye un despido improcedente y condenamos a la demandada a estar y pasar por esta declaración, pudiendo optar, en el plazo de cinco días a contar desde la notificación de la presente resolución, mediante escrito o comparecencia, entre readmitir a la demandante en su puesto de trabajo o indemnizarle en la cantidad de 11908,38 euros. En el caso de que la empresa opte por la readmisión, se condena al abono de la suma de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la fecha de notificación de la presente sentencia, a razón del salario diario de 38,32euros. Procederá descontar la cantidad ya percibida por la actora en concepto de indemnización."

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunciaron recursos de suplicación por las partes GLOBAL SALES SOLUTIONS LINE SL y Dña. Macarena , formalizándolos posteriormente; tales recursos fueron objeto de impugnación por las contrapartes.

QUINTO: Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, en unión de la pieza separada de recurso de suplicación, a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en esta Sección en fecha 26/10/2023, dictándose la correspondiente y subsiguiente providencia para su tramitación en forma.

SEXTO: Nombrado Magistrado-Ponente, se dispuso el pase de los autos al mismo para su conocimiento y estudio, señalándose el día 19/12/2023 para los actos de votación y fallo.

A la vista de los anteriores antecedentes de hecho, se formulan por esta Sección de Sala los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia de instancia estimó la pretensión subsidiaria deducida en la demanda de la actora, y declaró IMPROCEDENTE su despido, producido el 3-06-22, condenando a la empresa GLOBAL SALES SOLUTIONS LINE S.L. a readmitir a aquella con abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido a razón de 38,22 euros diarios; o indemnizarla en la cuantía de 11.908,38 euros, descontando la cantidad ya percibida por la actora en concepto de indemnización. Desestimó la reclamación de cantidad acumulada, así como la pretensión de Nulidad del despido.

Frente a dicha sentencia se alzan en suplicación, ambas partes. La parte actora, con el fin de obtener una calificación de Nulidad de su despido; y la empresa, defendiendo la Procedencia del mismo.

Ambos recursos fueron impugnados por la contraparte, oponiéndose en ambos casos a la estimación de los mismos.

SEGUNDO.- Analizamos en primer término los motivos de revisión fáctica amparados en el art. 193 b) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

Respecto del recurso de la parte actora, si bien es cierto que en el epígrafe CUARTO de su recurso señala que se formula la revisión de los hechos declarados probados, al amparo de lo dispuesto en el art. 191 LRJS, lo cierto es que ni dicho precepto es el que disciplina el objeto del recurso de suplicación, y los motivos de interposición del mismo (sería el art. 193 b) LRJS); ni tampoco cumple el motivo así planteado, los requisitos precisos para justificar tal revisión fáctica (señalar con claridad y precisión el hecho cuestionado, lo que ha de adicionarse, rectificarse o suprimirse sin comportar valoraciones jurídicas; identificar el documento o pericia obrante en autos demuestre la equivocación del juzgador; ofrecer el texto concreto conteniendo la narración fáctica en los términos que considera acertados, señalando cual sería la trascendencia de la pretendida revisión para alterar el fallo). Por todo lo cual, no puede entenderse que se formule motivo alguno de revisión fáctica, pese a lo indicado en el mismo, sin perjuicio de examinar posteriormente, si procede, las infracciones sustantivas que en dicho motivo indicaba el recurrente.

Dicho lo anterior, pasamos a analizar el motivo de revisión fáctica formulado por la Empresa recurrente, en el que se interesa la revisión del hecho probado OCTAVO, y con apoyo en la documental que invoca (folio 135) propone la siguiente redacción:

"La demandante, ha estado adscrita distintas campañas dentro de la empresa, en los términos que se reflejan a los folios 108 a 111 de autos. A lo largo de su trayectoria en la empresa ha desarrollado funciones de emisión de llamadas, de captación de cliente y de backoffice. Se han formulado por su parte solicitudes de cambio de



campaña, siendo que dos peticiones son nuevas y el resto duplicadas de las anteriores (folio 135 de autos). En fecha 19-2-20, realiza una petición de cambio de campaña que es aprobada y en diciembre de 2021 y en julio de 2021 realiza peticiones a puestos administrativos, respectivamente que están pendientes. En marzo de 2022, realiza peticiones para ser trasladada a "solo puestos con funciones administrativas y, en turno de mañana". La actora pone en conocimiento de la RLT las peticiones, que, a su vez, las reclama a la empresa (folios 70 reverso y ss, prueba testifical practicada a instancias de la parte demandante)".

La revisión ha de ser desestimada resultando acreditado con la documental invocada en la sentencia recurrida que la actora realizó las peticiones que figuran en el hecho octavo, con apoyo en el documento 27 de la actora, que se trata de una sábana doblada en cuatro partes, en una de cuyas numeraciones aparece el 93 al que se refiere la sentencia recurrida; documento en el que se observa que la actora realizó las solicitudes de cambio de campaña como medida incluida dentro del Plan de Igualdad, en diciembre de 2021, ya aprobada, en marzo de 2021, pendiente, en la que decía *"cambio de campaña debido al estrés que me generan las ventas"*, y las 2 de junio de 2022, ambas pendientes, en las que solicitaba *"cambio de campaña a una que no sea vender y he sabido que hay una vacante"*, o bien *"necesito por salud que me cambien de campaña he sabido que hay una vacante"*. Por lo que aun cuando las solicitudes se amparaban en el Plan de igualdad, resulta evidenciado que la actora las realizó, invocando razones de salud. Tampoco se aprecia error en cuanto a las solicitudes de febrero y marzo de 2022, apoyadas en el documento obrante a los folios 68 reverso y 69, invocando nuevamente razones de salud (estrés). Con lo que ningún error evidente se aprecia en el ordinal cuya revisión se pretende, no resultando desvirtuado el contenido del mismo con la documental invocada por la recurrente. Por lo que el motivo se desestima.

TERCERO.- En sede de censura jurídica, comenzamos con el análisis del recurso formulado por la parte actora, en el que, como antes indicábamos, se denunciaban preceptos tanto constitucionales como de legalidad ordinaria, pese a que se indicaba que se trataba de una revisión de hechos probados. A este respecto, si bien es cierto que estamos ante un recurso extraordinario que se da por los motivos que los recurrentes propongan y que esta Sala no puede suplir las omisiones en que incurran las partes y construir de oficio el recurso, por cuanto violaría el principio de igualdad de partes y dejaría indefensa a la parte que no hubiese podido impugnar los argumentos que se diesen *"ex novo"*, y tal actuación sería contraria al principio constitucional de tutela judicial efectiva, sin embargo, como recordaba la STC de 15-09-08, con cita de la anterior STC 18/1993, desde la perspectiva constitucional, en último extremo lo relevante *"no es la 'forma' o 'técnica' del escrito de recurso, sino su contenido, esto es, que de forma suficientemente precisa exponga los hechos o razonamientos que estime erróneos y cuáles los que debieran ser tenidos por correctos. Y por tanto, desde esta perspectiva, concluía el Tribunal Constitucional que el órgano judicial, según una interpretación flexibilizadora y finalista de las normas disciplinarias del recurso, no debe rechazar a limine el examen de una pretensión por defectos formales o deficiencias técnicas cuando el escrito correspondiente suministra datos suficientes para conocer precisa y realmente la argumentación de la parte"*.

En el supuesto que nos ocupa, la parte actora en su recurso, por una parte, discrepa de la argumentación de la sentencia recurrida, sosteniendo que la misma vulnera el **derecho a la tutela judicial efectiva consagrada en el art. 24 CE, en su vertiente de garantía de indemnidad**, y aduce que la trabajadora solicitó en varias ocasiones el cambio de puesto de trabajo, aún cuando no anunció reclamación judicial, procediendo la empresa a su despido, tras la declaración de ineptitud sobrevenida. Considera que el despido inmediatamente después de la reclamación, imposibilitó que la actora efectuara ninguna reclamación judicial; por todo lo cual considera que el despido vulneró dicha garantía de indemnidad de la actora, y debe declararse NULO.

En segundo lugar, sostiene que **se vulneraron los artículos 14 y 15 CE, invoca la Directiva 2000/78** y SSTC 191 y 192/2021 de 17 de diciembre y STS DE 22-02-18 y considera que se ha producido una discriminación indirecta por motivos de discapacidad.

CUARTO.-Vulneración de la garantía de indemnidad.

Comenzando por la primera de las alegaciones, recordamos que alegándose la vulneración de un derecho fundamental como es el derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de Garantía de indemnidad, el trabajador ha de aportar indicios racionales de tal vulneración, y con tales indicios se produce la inversión de la carga de la prueba; ahora bien, tal indicio no consiste en la mera alegación de vulneración, sino que debe permitir deducir la posibilidad de la lesión con base en un hecho o conjunto de hechos aportados y probados en el proceso. Y acreditados estos, corresponderá al empleador probar que la medida adoptada (en el presente caso, el despido) fue totalmente ajena a la vulneración alegada.

Recordaba la STC 183/15 de 10 de septiembre que *"... la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva no sólo se produce por irregularidades acaecidas dentro del proceso judicial que ocasionen privación de garantías procesales, sino que, asimismo, tal derecho puede verse también lesionado cuando su ejercicio, o la*



realización por el trabajador de actos preparatorios o previos necesarios para una acción judicial, produzca como consecuencia una represalia empresarial o, en todo caso, un efecto negativo en su posición y patrimonio de derechos. En suma, el derecho consagrado en el art. 24.1 CE no sólo se satisface mediante la actuación de los Jueces y Tribunales, sino también a través de la garantía de indemnidad, lo cual significa que del ejercicio de una acción judicial -individual o colectiva (STC 16/2006, de 19 de enero (RTC 2006, 16)- o de los actos preparatorios o previos al mismo -incluso de reclamaciones extrajudiciales dirigidas a evitar el proceso (STC 55/2004, de 19 de abril (RTC 2004, 55)- no pueden seguirse consecuencias perjudiciales en el ámbito de las relaciones públicas o privadas para la persona que los protagoniza (por todas, SSTC 14/1993, de 18 de enero (RTC 1993, 14) FJ 2 ; 125/2008, de 20 de octubre (RTC 2008, 125) FJ 3 , o 6/2011, de 14 de febrero (RTC 2011, 6) FJ 2).

Por consiguiente, en el campo de las relaciones laborales la garantía de indemnidad se traduce en la imposibilidad de adoptar medidas intencionales de represalia derivadas del ejercicio por el trabajador de la tutela de sus derechos (por ejemplo, SSTC 14/1993, de 18 de enero (RTC 1993, 14) FJ 2 , y 3/2006, de 16 de enero (RTC 2006, 3) FJ 2), de suerte que una actuación empresarial que cause un perjuicio y esté motivada por el hecho de haber ejercitado una acción judicial tendente al reconocimiento de unos derechos de los que el trabajador se creía asistido (en el sentido amplio anteriormente indicado) debe ser calificada como radicalmente nula, por contraria a ese derecho fundamental, ya que entre los derechos laborales básicos de todo trabajador se encuentra el de ejercitar las acciones derivadas de su contrato de trabajo [art. 24.1 CE y art. 4.2 g) de la Ley del estatuto de los trabajadores (RCL 1995, 997)].

Y a propósito de tales **indicios** de la pretendida vulneración, aclaraba el Auto del Tribunal Constitucional 350/2004 de 20 de septiembre que "Lo único que constituiría un indicio de la pretendida vulneración sería la existencia de una reclamación judicial anterior a la decisión extintiva, o bien de un acto preparatorio o previo a la misma, o incluso, como hemos señalado recientemente, de una "actuación tendente a la evitación del proceso" (STC 55/2004, de 19 de abril [RTC 2004, 55], F. 5), aun cuando no se trate de uno "de los actos preparatorios o previos "necesarios" para el acceso a la jurisdicción" (STC 55/2004, de 19 de abril , F. 3).

Finalmente, y por lo que se refiere a la prueba de indicios y a la distribución de la carga probatoria, los artículos 96.1 y 182.1 LRJS disponen que, ante la concurrencia de "indicios" de que se ha producido la vulneración de un derecho fundamental o libertad pública, "corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad".

En definitiva, el derecho a la garantía de indemnidad, como manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva, significa que del ejercicio de una acción judicial -individual o colectiva (STC 16/2006, de 19 de enero (RTC 2006, 16))- o de los actos preparatorios o previos al mismo -incluso de reclamaciones extrajudiciales dirigidas a evitar el proceso (STC 55/2004, de 19 de abril (RTC 2004, 55))- no pueden seguirse consecuencias perjudiciales en el ámbito de las relaciones públicas o privadas para el trabajador.

En el supuesto que nos ocupa, lo cierto es que la conducta empresarial aquí analizada, no puede ser calificada de vulneradora de la garantía de indemnidad ya que no puede hablarse de una reacción de la empresa frente al ejercicio de una acción judicial o la realización de actos preparatorios o previos, ni siquiera de una reclamación extrajudicial; pues para que se produzca tal vulneración, la decisión empresarial necesariamente ha de ir precedida del ejercicio por parte del trabajador de una acción judicial o de actos preparatorios o previos o reclamaciones extrajudiciales, circunstancias que no concurren en el caso examinado; habida cuenta que la actora había solicitado en multitud de ocasiones, el cambio de campaña por motivos de salud, que si bien la empresa no atendió (a excepción del cambio producido en diciembre de 2021) no desembocaron sin más en un despido; no constando que se hubiera accionado por aquella para reclamar esa movilidad de puesto; antes bien, se realizaron por el Servicio de Prevención ajeno de la empresa los correspondientes exámenes, y en fecha 24-03-22, el informe emitido fue de APTA; y precisamente a petición de la trabajadora, se le realiza un nuevo reconocimiento en abril de 2022, que dio como resultado la declaración por dicho Servicio de "NO APTA" para el desempeño de su trabajo, en fecha 26-05-22; y tras la reunión entre el Servicio de Prevención, RRHH y Servicios laborales de la empresa, celebrada el 31-05-22, se procede al despido por ineptitud sobrevenida, el 3-06-22, con lo que entendemos que no existen indicios de represalia de la actora, por el ejercicio de los derechos, sino una reacción empresarial tras la declaración de ineptitud de una de sus trabajadoras, que podrá o no ser declarada procedente, pero que en ningún caso aparece vinculada al ejercicio de acciones judiciales o actos preparatorios por aquella.

Pero aún considerando a los meros efectos dialécticos, que la actora hubiera cubierto este primer e inexcusable presupuesto, **recae sobre la parte demandada la carga de probar que su actuación tiene causas reales absolutamente extrañas a la pretendida vulneración de derechos fundamentales**, así como que aquéllas tuvieron entidad suficiente como para adoptar la decisión, único medio de destruir la apariencia lesiva creada por los indicios. Se trata de una auténtica carga probatoria y no de un mero intento de negar la vulneración de derechos fundamentales -lo que claramente dejaría inoperante la finalidad de la prueba



indiciaria (STC 114/1989, de 22 de junio [RTC 1989, 114], F. 4)-, que debe llevar a la convicción del juzgador que tales causas han sido las únicas que han motivado la decisión empresarial, de forma que ésta se hubiera producido verosímelmente en cualquier caso y al margen de todo propósito vulnerador de derechos fundamentales. Se trata, en definitiva, de que el empleador acredite que tales causas explican objetiva, razonable y proporcionadamente por sí mismas su decisión, eliminando toda sospecha de que aquélla ocultó la lesión de un derecho fundamental del trabajador (SSTC 38/1981, de 23 de noviembre [RTC 1981, 38], F. 3, y 136/1996, de 23 de julio [RTC 1996, 136], F. 6, por ejemplo). No basta por tanto con que la empresa invoque genéricamente facultades legales o convencionales, para neutralizar el panorama indiciario; sino que ha de acreditar que su decisión está desconectada del derecho fundamental alegado, llevando a la convicción del juzgador que las causas que adujo para despedir al actor son ajenas al factor protegido, y una vez acreditada tal desconexión, será incluso irrelevante la calificación jurídica que la causa laboral alegada merezca en un prisma de legalidad ordinaria. Y lo cierto es que en el presente supuesto, aun considerando que se hubieran acreditado esos indicios por parte de la actora, razonaba la STS 790/18 de 21 de febrero, que frente a la aportación de tales indicios por parte del trabajador demandante, que permita deducir la posibilidad de que la vulneración constitucional se haya producido, el demandado asume *"la carga de probar que los hechos motivadores de la decisión son legítimos o, aun sin justificar su licitud, se presentan razonablemente ajenos a todo móvil atentatorio de derechos fundamentales; no se le impone, por tanto, la prueba diabólica de un hecho negativo, sino la razonabilidad y proporcionalidad de la medida adoptada y su carácter absolutamente ajeno a todo propósito atentatorio de derechos fundamentales en lo que constituye una auténtica carga probatoria y no un mero intento de negar la vulneración de derechos fundamentales -lo que claramente dejaría inoperante la finalidad de la prueba indiciaria (STC 183/2007, 257/2007, 74/2008, 92/2008, 125/2008, 2/2009 y 92/2009)"*. Y entiende la Sala que en esta ocasión, la empresa demandada facilitó tal justificación objetiva y razonable de la extinción, habiendo resultado acreditado que la actora había sido declarada no apta para el desempeño de su puesto de trabajo, con lo que debe entenderse acreditada la desconexión entre el despido y el derecho a la tutela judicial efectiva (garantía de indemnidad) que se invocaba como vulnerado; con lo que el motivo se desestima.

QUINTO.- Discriminación por Discapacidad.

A propósito de la segunda cuestión planteada por la actora recurrente, (vulneración de los artículos 14 y 15 CE, y discriminación por Discapacidad) debemos recordar que aún cuando la enfermedad del trabajador en determinadas circunstancias, puede constituir un factor de discriminación análogo a los contemplados en el art. 14CE, ello solo ocurre en supuestos en que el factor enfermedad sea tomado en consideración como un elemento de segregación basado en la mera existencia de la enfermedad en sí misma considerada o en la estigmatización como persona enferma de quien la padece (discapacidad); con lo cual, la simple situación de IT no puede servir para llevar a considerar al trabajador como afecto de una discapacidad como factor de protección frente a la discriminación.

Al respecto se pronuncia el Tribunal Supremo en la sentencia núm. 764/2020 de 15 septiembre. RJ 2020\4041, rcud 3387/2017, reiterando lo ya resuelto en sentencia anterior de 22/5/2020, rcud. 2684/2017 (RJ 2020, 2065), en la que se analizaba la Jurisprudencia del TJUE invocada por la recurrente (Sentencia dictada por la Sala Tercera del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en fecha 1 de diciembre de 2016 (C - 395/2015) que dio respuesta a una cuestión prejudicial española en la que se suscitaba el concepto de discapacidad a los efectos de la interdicción de discriminación establecida en la Directiva 2000/78 (LCEur 2000, 3383), de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

Decía la STS de 15-09-20 (Rcud 3387/17: *"El art. 1 de la Convención dispone lo siguiente: "las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás". Por consiguiente, la Directiva 2000/78 (LCEur 2000, 3383), que carece de una definición de discapacidad, debe interpretarse en la medida de lo posible de conformidad con dicha Convención. Era ésta una precisión respecto de la delimitación conceptual que había examinado el Tribunal de Justicia en la STJUE de 11 julio 2006, Chacón Navas, C-13/05 (TJCE 2006, 192), anterior a la incorporación de la Convención al ordenamiento jurídico de la UE.*

Ello supone que la enfermedad -sea curable o incurable- puede equipararse a discapacidad si acarrea limitación, siempre que, además, tal limitación sea de larga duración. En concreto, el Tribunal de la Unión señala que el concepto de discapacidad "comprende una condición causada por una enfermedad diagnosticada médicamente como curable o incurable, cuando esta enfermedad acarrea una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena



y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores, y si esta limitación es de larga duración".

A partir de esta sentencia, el TJUE utilizará ya siempre el concepto de discapacidad que surge de la Convención. Así lo ha hecho en las STJUE de 18 marzo 2014, Z, C-363/12 (TJCE 2014, 113); 18 diciembre 2014, FOA, C-354/13 (TJCE 2014, 467); 1 diciembre 2016, Daouidi, C-395/15 ; 9 marzo 2017, Milkova, C-406/15 (TJCE 2017, 78); 18 enero 2018 , Ruiz Conejero, C- 270/16 (TJCE 2018, 3); y 11 septiembre 2019, DW, C- 397/18 (TJCE 2019, 184).

3.- Y como a continuación recordamos en nuestro anterior precedente: "Esta Sala IV del Tribunal Supremo asumió la doctrina de la STJUE "Ring" en la STS/4ª de 3 mayo 2016 (RJ 2016, 2152) (rcud. 3348/2014) y ha acudido a la que se desarrolla en la STJUE Daouidi en ocasiones posteriores (STS/4ª de 22 febrero 2018 (RJ 2018, 913) - rcud. 160 /2016-, 15 marzo 2018 (RJ 2018, 1403) -rcud. 2766/2016- y 29 marzo 2019 (RJ 2019, 2052) -rcud. 1784/2017-".

Tras lo que definitivamente concluimos que "para analizar si existe o no la discriminación que en este caso se achaca a la empresa, se hace necesario afirmar la condición de discapacitado del trabajador demandante".

No cabe sostener que, con carácter genérico, toda decisión ilícita de la empresa, como lo es el despido no justificado, constituye una lesión de derechos fundamentales cuando se dé la circunstancia de que afecta a un trabajador que hubiere estado en situación de IT previamente. **Para que el despido pueda ser calificado de nulo, por discriminatorio, es preciso que dicho trabajador sufra algún tipo de discapacidad en los términos expresados en la definición antes transcrita".**

Consecuentemente, la Directiva invocada no contiene indicación alguna que sugiera que los trabajadores se encuentran protegidos por motivo de discapacidad, tan pronto como aparezca cualquier enfermedad, de tal suerte que una persona que haya sido despedida a causa de una enfermedad no estaría incluida en el marco de la Directiva 2000/78 para luchar contra la discriminación por motivos de discapacidad.

Y conforme al art. 2.1 y 3.1 c) de la Directiva, ésta se opone a todo despido por discapacidad que no se justifique por el hecho de no ser competente o no estar capacitado para desempeñar las tareas del puesto de trabajo, si no hubiera podido realizarse por el empresario ajustes razonables para que continuara trabajando (48, 49 y 51).

En el supuesto que aquí analizamos, el despido de la trabajadora hoy recurrente no se produjo por razón de la discapacidad, sino que se justifica en el hecho de la ineptitud sobrevenida de ésta para el desempeño de sus funciones. En efecto, no consta acreditado en absoluto que las patologías que aquejan a la actora (enfermedad de Crohn y trastorno adaptativo mixto con ansiedad y depresión) acarreen una limitación de larga duración, que le impidan la participación plena y efectiva en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores, y de hecho ni siquiera consta que la actora estuviera en situación de IT en el momento del despido, ni que se hubieran producido largos procesos de IT previos; con lo que difícilmente podría la actora ser calificada de "discapacitada" en los términos exigidos por la Directiva invocada.

Así las cosas, lejos de estar ante un despido discriminatorio como postula la recurrente, estamos ante un despido con causa, previsto en el art. 52 a) del Estatuto de los trabajadores, cuya calificación realizaremos seguidamente, en el que no se acredita vulneración de derecho fundamental alguno. Por lo que el motivo se desestima.

SEXTO.- Pasamos a analizar los tres motivos de censura jurídica formulados por la empresa recurrente.

-En el primero, se denuncia la infracción del art. 52 a) ET, sosteniendo que de acuerdo con lo acreditado en autos, el Servicio de Prevención ajeno, Quirón, determinó en fecha 26-05-22, que la actora resultaba NO APTA para el puesto de trabajo. Que dicho reconocimiento médico fue el segundo realizado a la actora, a su instancia, al no estar conforme con el resultado del primero, que la declaraba APTA. Que la empresa intentó ver las posibilidades de adaptación, o reubicación y acreditó que no había tal posibilidad, tras la reunión mantenida entre el servicio de Prevención, RRHH y los servicios laborales de la actora, en la que se indicaba que las vacantes existentes en la empresa, no existía ningún puesto de Back Office en ese momento.

-En un segundo motivo, se denuncia la infracción de lo dispuesto en el art. 22.4 de la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales.

Señala que la empresa desconocía las dolencias de la trabajadora, no pudiendo entenderse que las peticiones del Plan de Igualdad fueran por motivos de salud; y argumenta que resultó acreditado que la mercantil intentó adaptar el puesto de la actora ante el Informe de Quirón, y no fue posible por no existir otro puesto con funciones administrativas, por lo que procedía la extinción de la relación laboral.

-En el tercer motivo de recurso se denuncia la infracción de la Jurisprudencia citando por un lado, Sentencia del Tribunal Supremo, de 2-05-90, y de 10-10-21. Señala que no podía ponerse a la actora, con categoría



de teleoperadora especialista, en un puesto distinto, que requiere distinta titulación; y por otro, invoca una Sentencia del TSJ de Andalucía (Sevilla) de 16 de julio de 2015.

Comenzando por el último de los motivos, debemos señalar que las Sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia, no constituyen jurisprudencia, ex art. 1.6 del Código Civil, a efectos de fundar el motivo amparado en el art. 193 c) LRJS.

Dicho esto, analizamos conjuntamente el resto de motivos de censura jurídica, y comenzamos por reproducir aquí la norma fundamental para la resolución de la litis, cual es el art. 52 a) del Estatuto de los Trabajadores, a cuyo tenor: *"el contrato podrá extinguirse por ineptitud del trabajador conocida o sobrevenida con posterioridad a su colocación efectiva en la empresa. La ineptitud existente con anterioridad al cumplimiento de un periodo de prueba no podrá alegarse con posterioridad a dicho cumplimiento"*.

En interpretación del citado precepto y por ende, del resto de normativa invocada por el recurrente, relativa a la Ley de Prevención de Riesgos laborales decía la STS 177/22, Pleno, de 23 de febrero. RCUUD 3259/20: *"La noción de ineptitud sobrevenida, a falta de una definición legal expresa, se ha asociado a una falta de habilidad para el desempeño de la actividad laboral que resulta en impericia o incompetencia y se traduce en un bajo rendimiento o productividad de carácter permanente y no relacionado con una actitud dolosa del trabajador. Se puede relacionar con una disminución de las condiciones físicas o psíquicas del trabajador o con la ausencia o disminución de facultades, condiciones, destrezas y otros recursos personales necesarios para el desarrollo del trabajo en términos de normalidad y eficiencia, entendido como imposibilidad de desempeño de todas o al menos las funciones básicas del puesto de trabajo. Cabe, a estos efectos, dentro del concepto de ineptitud la ausencia o falta de una condición legal o requisito específico, como puede ser la pérdida de una autorización o título habilitante para el ejercicio de la actividad, como la privación del permiso de conducir cuando sea exigible conducir para el ejercicio del puesto de trabajo."*

El art. 53.1.a ET prevé que, *"la adopción del acuerdo de extinción al amparo de lo prevenido en el artículo anterior exige la observancia de los requisitos siguientes:*

a) *Comunicación escrita al trabajador expresando la causa"*.

Así pues, es claro que, la empresa, que pretenda extinguir el contrato de trabajo por ineptitud sobrevenida del trabajador, deberá precisar en la carta de extinción cuales son las limitaciones del trabajador y de qué manera provocan una ineptitud sobrevenida para el desempeño de las tareas propias de su profesión.

El art. 122.1 LRJS, que regula la calificación de la extinción del contrato dispone que *"se declarará procedente la decisión extintiva cuando el empresario, habiendo cumplido los requisitos formales exigibles, acredite la concurrencia de la causa legal indicada en la comunicación escrita. Si no la acreditase, se calificará de improcedente"*.

Es claro también que, la carga de la prueba de la ineptitud del trabajador para el ejercicio de su profesión corresponderá a la empresa, de conformidad con lo dispuesto en el art. 122.1 LRJS, en relación con el art. 217.3 LEC.

2. Los trabajadores, en la relación de trabajo, tienen derecho, conforme dispone el art. 4.2.d ET *"a su integridad física y a una adecuada política de prevención de riesgos laborales"* y están obligados, a tenor con lo dispuesto en el art. 5.b ET a *"observar las medidas de prevención de riesgos laborales que se adopten"*.

El art. 22.1 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales, que regula la vigilancia de la salud, dispone en sus apartados 1 a 3, lo siguiente:

1. *El empresario garantizará a los trabajadores a su servicio la vigilancia periódica de su estado de salud en función de los riesgos inherentes al trabajo.*

Esta vigilancia sólo podrá llevarse a cabo cuando el trabajador preste su consentimiento. De este carácter voluntario sólo se exceptuarán, previo informe de los representantes de los trabajadores, los supuestos en los que la realización de los reconocimientos sea imprescindible para evaluar los efectos de las condiciones de trabajo sobre la salud de los trabajadores o para verificar si el estado de salud del trabajador puede constituir un peligro para el mismo, para los demás trabajadores o para otras personas relacionadas con la empresa o cuando así esté establecido en una disposición legal en relación con la protección de riesgos específicos y actividades de especial peligrosidad.

En todo caso se deberá optar por la realización de aquellos reconocimientos o pruebas que causen las menores molestias al trabajador y que sean proporcionales al riesgo.



2. Las medidas de vigilancia y control de la salud de los trabajadores se llevarán a cabo respetando siempre el derecho a la intimidad y a la dignidad de la persona del trabajador y la confidencialidad de toda la información relacionada con su estado de salud.

3. Los resultados de la vigilancia a que se refiere el apartado anterior serán comunicados a los trabajadores afectados.

El apartado cuarto del artículo examinado prevé lo siguiente:

4. Los datos relativos a la vigilancia de la salud de los trabajadores no podrán ser usados con fines discriminatorios ni en perjuicio del trabajador.

El acceso a la información médica de carácter personal se limitará al personal médico y a las autoridades sanitarias que lleven a cabo la vigilancia de la salud de los trabajadores, sin que pueda facilitarse al empresario o a otras personas sin consentimiento expreso del trabajador.

No obstante lo anterior, el empresario y las personas u órganos con responsabilidades en materia de prevención serán informados de las conclusiones que se deriven de los reconocimientos efectuados en relación con la aptitud del trabajador para el desempeño del puesto de trabajo o con la necesidad de introducir o mejorar las medidas de protección y prevención, a fin de que puedan desarrollar correctamente sus funciones en materia preventiva.

El art. 31. 3. f de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, que regula los servicios de prevención, dispone que éstos deberán proporcionar asesoramiento y apoyo a las empresas sobre "la vigilancia y salud de los trabajadores en relación con los riesgos derivados del trabajo" y establece, a continuación que, si la empresa no llevara a cabo las actividades preventivas con recursos propios, la asunción de las funciones respecto a dicha materia se efectuará por los servicios de prevención ajenos.

El art. 19.1 del RD 39/1997, de 17 de enero, del reglamento de servicios de prevención, que regula las funciones de las entidades especializadas que actúen como servicios de prevención, dispone que las entidades especializadas que actúen como servicios de prevención deberán estar en condiciones de proporcionar a la empresa el asesoramiento y apoyo que precise en relación con las actividades concertadas, correspondiendo la responsabilidad de su ejecución a la propia empresa. Lo anterior se entiende sin perjuicio de la responsabilidad directa que les corresponda a las entidades especializadas en el desarrollo y ejecución de actividades como la evaluación de riesgos, la vigilancia de la salud u otras concertadas, precisándose en su apartado segundo, que dichas entidades asumirán las funciones señaladas en el art. 31.3 LPRL.

La lectura de los preceptos examinados permite deducir que, los servicios de prevención ajenos tienen, entre otras misiones, la vigilancia de la salud de los trabajadores en relación con los riesgos derivados del trabajo. De este modo, cuando constaten, en su función de vigilancia de la salud de los trabajadores, que éstos han perdido sobrevenidamente su aptitud para el desempeño de su puesto de trabajo, están obligados a informar al empresario y a las personas u órganos con responsabilidades en materia de prevención de sus conclusiones sobre dicha pérdida de aptitud o, sobre la necesidad de introducir o mejorar las medidas de protección y prevención, a fin de que puedan desarrollar correctamente sus funciones en materia preventiva, todo ello con respeto a las cautelas previstas en los apartados segundo, tercero y cuarto del art. 22 de la LPRL, puesto que dicha información contiene datos relativos a la vigilancia de la salud de los trabajadores.

Cuando el servicio de prevención ajeno informe al empresario sobre la ineptitud sobrevenida para el desempeño de su puesto de trabajo, éste, en cumplimiento de su deber de seguridad para con sus trabajadores, previsto en el art. 14.2 ET, deberá ordenar al trabajador afectado que deje de prestar servicios en el puesto de trabajo afectado para evitar, de este modo, cualquier riesgo en el desempeño de su puesto de trabajo.

Ahora bien, el cumplimiento de esa obligación de seguridad por parte del empleador, no comporta que éste pueda extinguir mecánicamente el contrato de trabajo del trabajador por ineptitud sobrevenida del trabajador con base únicamente a las conclusiones del informe del servicio de prevención ajeno, cuya finalidad, como hemos resaltado, es meramente informativa, limitándose a trasladar unas conclusiones, que no pueden fundarse en las lesiones del trabajador, toda vez que, la información, relacionada con el estado de salud del trabajador, está protegida por su derecho a la intimidad y su derecho a la protección de datos, de conformidad con lo dispuesto en el art. 22.3 y 4 LPRL.

Consiguientemente, la obligación de los servicios de prevención ajeno de trasladar al empresario sus conclusiones sobre los reconocimientos para la vigilancia de la salud de los trabajadores, referidos en el art. 22.1 LPRL, relacionados con la aptitud del trabajador, tiene por finalidad fundamental asegurar que el empresario tome las medidas precisas para evitar cualquier riesgo del trabajador afectado, pero no permite concluir sin más que, un informe, expedido por el servicio de prevención ajeno, a solicitud unilateral del empresario, aunque



la Entidad Gestora haya descartado que el trabajador esté incapacitado para el desempeño de su profesión y, sin que el trabajador se haya incorporado, siquiera, a su puesto de trabajo, constituya por sí solo un medio de prueba imbatible para acreditar la ineptitud sobrevenida para el trabajo del trabajador afectado, que justifique, sin más pruebas, la extinción del contrato de trabajo por ineptitud sobrevenida, toda vez que los datos, relativos a la vigilancia de salud de los trabajadores, no podrán ser usados con fines discriminatorios ni en perjuicio del trabajador, a tenor con lo dispuesto en el art. 22.4 LPRL, ya que, las conclusiones controvertidas derivan necesariamente de dichos datos.

Dicha conclusión no implica, sin más, que los informes controvertidos no tengan ningún valor probatorio para acreditar la ineptitud sobrevenida de los trabajadores para el desempeño de su puesto de trabajo. **Será necesario, a estos efectos, que el informe identifique con precisión cuáles son las limitaciones concretas detectadas y su incidencia sobre las funciones desempeñadas por el trabajador, sin que baste la simple afirmación de que el trabajador ha perdido su aptitud para el desempeño del puesto, cuando dicha afirmación no esté justificada en los términos expuestos y no se soporte con otros medios de prueba útiles, cuando sea contradicha por el trabajador, especialmente cuando, como sucede aquí, la Entidad Gestora haya descartado la declaración de invalidez permanente del trabajador para el desempeño de su profesión habitual,".**

Así las cosas, en una interpretación sistemática de la normativa y jurisprudencia expuestas, hemos de entender que para poder resolver el contrato con base en esta ineptitud sobrevenida, la empresa ha de demostrar, no solo ésta, sino también, la imposibilidad de adecuar el puesto de trabajo a las limitaciones del trabajador.

Y en este sentido, la Ley de Prevención de riesgos laborales establece que el deber general de prevención implica, entre otras cosas, adaptar el puesto de trabajo a la persona, en particular en lo que respecta a la elección de los equipos y los métodos de trabajo (art. 15.1.d). El empresario debe tomar en consideración las capacidades profesionales de los trabajadores en materia de seguridad y salud en el momento de encomendarles las tareas (art. 15.2).

Y el art. 25 de la citada Ley de prevención, obliga al empresario a garantizar de manera específica la protección de los trabajadores que por sus propias características personales o estado biológico conocido, incluidos aquellos que tengan reconocida la situación de discapacidad física, psíquica o sensorial, sean especialmente sensibles a los riesgos derivados del trabajo. Y expresamente dispone que "los trabajadores no serán empleados en aquellos puestos de trabajo en los que, a causa de sus características personales, estado biológico o por su discapacidad física, psíquica o sensorial debidamente reconocida, puedan ellos, los demás trabajadores u otras personas relacionadas con la empresa ponerse en situación de peligro, o en general, cuando se encuentren manifiestamente en estados o situaciones transitorias que no respondan a las exigencias psicofísicas de los respectivos puestos de trabajo".

En aplicación de la doctrina expuesta, debe estar la Sala al relato de probanzas que luce la sentencia recurrida, que no fue combatido, y a las afirmaciones que con valor fáctico se contienen en la fundamentación jurídica de aquella.

Se estimó probado en el relato fáctico, que la actora fue contratada como Teleoperadora dentro del Grupo de Operaciones, habiendo accedido a la empresa el 28-01-13; y que en la actualidad ostentaba la categoría de Teleoperadora especialista.

En dicho Grupo profesional D, se incluyen tanto la *administración*, en la que se que ejecutan de forma habitual las funciones propias administrativas de la empresa, como la *Operación*, al que pertenece la actora, que realizan tareas de operación de Contact Center, atendiendo o gestionando las llamadas, y/o actividades administrativas, comerciales, relaciones públicas, organizativas, control de calidad, etc., bien individualmente o coordinando o formando a un grupo de ellas.

Dentro de dicho Grupo de Operaciones se incluyen los teleoperadores, teleoperadores especialistas, Gestores, Coordinadores, Formadores y Agentes de calidad (quality). Y según el convenio, los teleoperadores realizan tareas de Contact Center habituales y normales con una formación previa; atienden o emiten contactos siguiendo métodos de trabajo con actuaciones protocolizadas, y receptionan llamadas para la *prestación o atención de cualesquiera servicios enumerados en el artículo 2 de este convenio*. Y el acceso al nivel de especialista, que es el que ostenta la actora, se produce de modo automático tras llevar un año prestando servicios efectivos como Teleoperadora de nuevo ingreso dentro de la empresa.

Consta acreditado que la actora está diagnosticada de Enfermedad de Crohn desde finales de 2020, viéndose influida dicha enfermedad por la dieta y por el estrés; y además, está diagnosticada de trastorno adaptativo mixto con ansiedad y depresión de curso persistente, que ve aumentada su sintomatología cuando presta servicios en emisión de llamadas y no de recepción, según Informe de Psiquiatría de 16-03-22, obrante al folio 54 de los autos, al que hace remisión el ordinal DECIMOPRIMERO...



Consta que la actora ha estado adscrita a diversas campañas dentro de la empresa en todas ellas como Teleoperadora, habiendo realizado funciones de emisión de llamadas, de captación de cliente, y de backoffice.

Consta que ha presentado diversas solicitudes de cambio de campaña, aduciendo motivos de salud, básicamente estrés. En concreto, en febrero y marzo de 2022, solicitó petición de ser trasladada a puesto de backoffice o recepción de llamadas, afirmando que le genera estrés la emisión de llamadas.

Consta acreditado que en las campañas que la empresa realiza para clientes, en su mayoría, tiene un departamento de Back Office en el que se realizan tareas de gestión de solicitudes por vía distinta a las llamadas telefónicas, realizándose estas, de manera ocasional.

La actora fue declarada Apta por el Servicio de Prevención ajeno de la empresa, en fecha 24-03-22.

Y que en fecha 21-4-22 solicita nuevo reconocimiento, alegando que tenía nuevos informes médicos; y se realiza nuevo reconocimiento el 26-04-22, emitiéndose informe con fecha 26-05-22, en el que se declara a la actora NO APTA para el desempeño del puesto de trabajo, considerando la aplicación de los protocolos de manipulación manual de cargas, pantallas de visualización de datos, sobrecarga de la voz, trabajo a turnos/nocturno de vigilancia de la salud.

Tras dicha declaración, tuvo lugar una reunión entre el servicio de Prevención, RRHH de la empresa y Servicios laborales de la misma, cuyo contenido da por reproducido el ordinal DÉCIMO. En el Acta de tal reunión, se observa que el propósito era el de proceder a la adaptación del puesto de la actora.

Se indica en dicha reunión por la empresa que en ese momento no dispone de vacantes o puestos dentro del Grupo D de Operaciones, que no sean de teleoperador, y que pueda desempeñar la actora. Se adjunta al acta, un listado de las vacantes de la empresa, todas ellas de Teleoperador.

Si bien es cierto que no se identifican en el Informe de Quirón Prevención, las limitaciones funcionales de la actora, ni se precisa en qué modo le impiden el desempeño de las funciones propias de su puesto de trabajo, lo cierto es que no solo no es contradicho este extremo por la actora, sino que fue ella misma la que insistió para su declaración de ineptitud, tras un primer informe en el que se la declaraba APTA. Se constata además en el relato de probanzas, que el trastorno adaptativo mixto que padece la actora ve aumentada su sintomatología cuando presta servicios en emisión de llamadas; constando que en las solicitudes de cambio de campaña que hizo la actora, en todo momento afirmó que eran por motivos de salud, y en concreto manifestaba que le generaba estrés la emisión de llamadas; con lo que no es cierto que estemos aquí ante una extinción por ineptitud sobrevenida efectuada de forma automática por la empresa, cuando lo único que hace la empresa, una vez declarada la trabajadora NO APTA (y no antes, pese a la insistencia en el cambio de puesto) es evitar cualquier riesgo para la misma en el desempeño de su puesto de trabajo, y cumplir con su deber de seguridad, alejándola de la prestación de servicios en el puesto de trabajo afectado; siendo especialmente destacable, en palabras del Tribunal Constitucional, que en el ámbito de la prestación de trabajo y en el marco de las obligaciones impuestas al empresario, el art. 15 CE se concreta en el derecho del trabajador a la protección frente a los riesgos laborales, en los términos en que esos riesgos han quedado regulados en la ley 31/95, de tal forma que podrá existir lesión del derecho tutelado en dicho precepto fundamental cuando se genere con la orden de trabajo un riesgo o peligro grave para salud del trabajador.

Por tanto, si el Servicio Médico declara a un trabajador NO APTO para su puesto de trabajo, la empresa no puede ni debe mantener al trabajador en dicho puesto de trabajo, no solo por la salud del propio trabajador, sino para evitar un riesgo de accidente que podría poner en peligro la vida e integridad física no solo de la demandante, sino también la de terceras personas.

En consecuencia, y siguiendo la doctrina unificada del Supremo anteriormente reproducida, una vez que los servicios de prevención informan a la empresa que la trabajadora ha perdido sobrevenidamente su aptitud para el desempeño de su trabajo, no puede permitir que dicha trabajadora siga prestando esos servicios; y aún cuando ciertamente esta obligación del empleador no comporta que pueda extinguir automáticamente el contrato de trabajo de aquella, con base en la información proporcionada por el Informe del Servicio de prevención, una vez identificado con precisión cuales son las limitaciones concretas que aquejan a la trabajadora y su incidencia sobre las funciones propias de su puesto de trabajo, y acreditada la imposibilidad de reubicarla en otro puesto, la extinción amparada en el art. 52 a) del ET, será ajustada a derecho.

SÉPTIMO.- En cuanto a la imposibilidad de reubicarla en otro puesto, si bien la sentencia recurrida da por reproducido el contenido de la reunión celebrada el 31-05-22 con el propósito de adaptar el puesto de la actora, omite sin embargo, que en dicha reunión se acreditó por la empresa que no existía en ese momento ningún puesto de trabajo en la empresa dentro del Grupo D, Operaciones, que no fuera de teleoperador.



La sentencia de instancia entiende que no se acreditó la imposibilidad de asignar a la actora tareas de back office, y se basa en la testifical aportada por la actora para afirmar que *"en la mayor parte de los clientes grades de la empresa, se realizan estas tareas de back office"*, y así se consigna en el hecho probado noveno.

Siendo ello cierto, no podemos compartir la interpretación que realiza la juzgadora de instancia, por cuanto la actora formaba parte del Grupo de Operaciones, encuadrable en Grupo Profesional D, al igual que el de Administración; y cumpliría la empresa con su obligación de adaptación, reubicándola en otro puesto dentro de ese mismo grupo de Operaciones del que formaba parte, sin que pueda exigírsele la ubicación en otro grupo distinto del Grupo de Administración, en el que no consta que la actora hubiera estado nunca, ni tuviera formación para ello.

De hecho se remite el ordinal octavo a los folios 108 a 111, en los que consta que la actora estuvo adscrita desde su incorporación a la empresa, a distintas campañas, y en todas ellas consta que lo fue como Teleoperadora. En dicho puesto, las funciones son de emisión o recepción de llamadas siguiendo unos métodos de trabajo protocolizados, o atención de cualesquiera de los servicios enumerados en el art. 2 del Convenio, a saber: contactos con terceros en entornos multimedia, servicios de soporte técnico a terceros, gestión de cobros y pagos, gestión mecanizada de procesos administrativos y de "back office", información, promoción, difusión y venta de todo tipo de productos o servicios, realización o emisión de entrevistas personalizadas, recepción y clasificación de llamadas, etc., así como cuantos otros servicios de atención a terceros se desarrollen a través de los entornos antes citados.

Con lo que estamos ante un puesto multifuncional, en el que habrán de acometerse tanto tareas de contactos con terceros, como tareas más administrativas de gestión de cobros y pagos o de back office. Y habida cuenta que la actora fue declarada no apta para el desempeño de dicho puesto de Teleoperadora, no es exigible a la empresa que acumule únicamente las tareas administrativas de varios puestos de teleoperadores para ofrecer a la actora un puesto a su medida, en el que se excluyan todas las tareas de emisión de llamadas, y tan solo realice tareas administrativas. Por todo ello, entendemos, en contra de lo resuelto en la instancia, que la empresa acreditó debidamente las razones invocadas en la carta justificativas de la extinción por causas objetivas al amparo del art. 52 a) del ET, lo que conlleva la estimación del recurso de la empresa y la revocación de la sentencia recurrida, declarando PROCEDENTE la extinción objetiva por Ineptitud sobrevenida, y desestimando íntegramente la demanda inicial, con absolución de la demandada.

VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

FALLAMOS

Desestimamos recurso de suplicación de la parte actora Dña. Macarena y estimamos el recurso de la empresa GLOBAL SALES SOLUTIONS LINE S.L interpuestos contra la sentencia de fecha 14 de noviembre de 2022 dictada por el Juzgado de lo Social nº 20 de Madrid en sus autos número 703/2022 y con revocación de la sentencia de instancia, declaramos PROCEDENTE la extinción impugnada, desestimando íntegramente la demanda inicial y absolviendo a la empresa demandada de las pretensiones deducidas en su contra.

Una vez firme esta sentencia, devuélvase a la empresa recurrente el depósito constituido en la instancia y la consignación en la cuantía que corresponda o en su caso, cáncélense los aseguramientos prestados.

Incorpórese el original de esta sentencia, por su orden, al Libro de Sentencias de esta Sección de Sala.

Expídanse certificaciones de esta sentencia para su unión a la pieza separada o rollo de suplicación, que se archivará en este Tribunal, y a los autos principales.

Notifíquese la presente sentencia a las partes y a la Fiscalía de este Tribunal Superior de Justicia.

MODO DE IMPUGNACIÓN: Se hace saber a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de casación para la unificación de doctrina que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala de lo Social dentro del improrrogable plazo de DIEZ DÍAS hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de esta sentencia. Siendo requisito necesario que en dicho plazo se nombre al letrado que ha de interponerlo. Igualmente será requisito necesario que el recurrente que no tenga la condición de trabajador, causahabiente suyo o beneficiario del Régimen Público de la Seguridad Social o no gozare del derecho de asistencia jurídica gratuita, acredite ante esta Sala al tiempo de preparar el recurso haber depositado 600 euros, conforme al artículo 229 de la LRJS, y consignado el importe de la condena cuando proceda, presentando resguardos acreditativos de haber efectuado ambos ingresos, separadamente en la cuenta corriente nº 2876-0000-00-0546-23 que esta sección tiene abierta en BANCO DE SANTANDER sita en PS. del General Martínez Campos, 35; 28010 Madrid, pudiendo en su caso sustituir la consignación de la condena en metálico



por el aseguramiento de la misma mediante el correspondiente aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por la entidad de crédito (art.230.1 L.R.J.S).

Se puede realizar el ingreso por transferencia bancaria desde una cuenta corriente abierta en cualquier entidad bancaria distinta de BANCO DE SANTANDER. Para ello ha de seguir todos los pasos siguientes:

Emitir la transferencia a la cuenta bancaria siguiente: IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274. En el campo ordenante, se indicará como mínimo el nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso y si es posible, el nif /cif de la misma. En el campo beneficiario, se identificará al juzgado o tribunal que ordena el ingreso. En el campo "observaciones o concepto de la transferencia", se consignarán los 16 dígitos que corresponden al procedimiento 2876-0000-00-0546-23.

Una vez adquiriera firmeza la presente sentencia, devuélvanse los autos originales al Juzgado de lo Social de su procedencia, dejando de ello debida nota en los Libros de esta Sección de Sala.

Así, por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

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 tutela 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.