



Roj: **STSJ CL 3956/2018 - ECLI: ES:TSJCL:2018:3956**

Id Cendoj: **09059340012018100739**

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

Sede: **Burgos**

Sección: **1**

Fecha: **30/10/2018**

Nº de Recurso: **671/2018**

Nº de Resolución: **693/2018**

Procedimiento: **Social**

Ponente: **MARIA JOSE RENEDO JUAREZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.J.CASTILLA-LEON SALA SOCIAL 1

BURGOS

SENTENCIA: 00693/2018

RECURSO DE SUPPLICACION Num.: 671/2018

Ponente Ilma. Sra. D^a. María José Renedo Juárez

Secretaría de Sala: Sra. Carrero Rodríguez

SALA DE LO SOCIAL

DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE

CASTILLA Y LEÓN.- BURGOS

SENTENCIA N^o: 693/2018

Señores:

Ilma. Sra. D^a. María José Renedo Juárez

Presidenta

Ilmo. Sr. D. Carlos Martínez Toral

Magistrado

Ilma. Sra. D^a. Raquel Vicente Andrés

Magistrada

En la ciudad de Burgos, a treinta de Octubre de dos mil dieciocho.

En el recurso de Suplicación número **671/2018** interpuesto por D. Bienvenido , frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social num. 2 de Burgos en autos número 208/2018 seguidos a instancia del recurrente, contra VALORIZA CONSERVACIÓN DE INFRAESTRUCTURAS S.A., en reclamación sobre Despido. Ha actuado como Ponente la **Ilma.Sra. D^a María José Renedo Juárez** que expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el Juzgado de lo Social de referencia, tuvo entrada demanda suscrita por la parte actora en la que solicita se dicte sentencia en los términos que figuran en el suplico de la misma. Admitida la demanda a trámite y celebrado el oportuno juicio oral, se dictó sentencia con fecha 20 de junio de 2018 cuya parte dispositiva dice: "Que rechazando la excepción de Defecto Legal en el Modo de Proponer la demanda que ha sido alegada por la empresa demandada, y entrando a conocer sobre el fondo del asunto, desestimando la demanda presentada por DON Bienvenido contra **VALORIZA CONSERVACION INFRAESTRUCTURAS S.A.**,



debo declarar y declaro procedente el despido operado, absolviendo a la empresa VALORIZA CONSERVACION INFRAESTRUCTURAS S.A., de los pedimentos contenidos en la demanda".

SEGUNDO.- En dicha sentencia, y como hechos probados, se declaraban los siguientes: "PRIMERO.- DON Bienvenido ha venido prestando servicios para la empresa VALORIZA CONSERVACION INFRAESTRUCTURAS S.A., con una antigüedad de 1 de mayo de 2.003, ostentando la categoría profesional de Grupo 8, Oficial 1ª de Oficio y salario mensual bruto con inclusión de prorrata de pagas extraordinarias de 1.841,49 €, desarrollando su actividad con jornada a tiempo completo, en la localidad de Aranda de Duero (Burgos), percibiendo su salario con periodicidad mensual mediante transferencia bancaria.

SEGUNDO.- La empresa demandada está dedicada a la actividad de conservación y mantenimiento de carreteras, contando con 55 trabajadores, 46 de los cuales prestan servicios en la conservación y mantenimiento en la carretera y 9 en Oficinas, llevando a cabo los primeros, incluido el demandante, las siguientes tareas:

- Retirada de barro, desprendimientos y bolsas de agua
- Retirada de vertidos accidentales, aceites, gasóleos, animales muertos, residuos, basuras y otros objetos.
- Limpieza de señalización vertical, carteles y otros sistemas de información, balizamiento y defensas.
- Limpieza de calzadas, isletas, arcenes, bernas, aceras, zonas de estacionamiento y áreas de descanso.
- Inspección y limpieza de los elementos de drenaje: caces, cunetas, sumideros, caños, tajeas, alcantarillas, bernas, pontones, desagües, imbornales, arquetas, pozos de registro, drenes subterráneos etc.
- Limpieza de taludes de desmonte, terraplén y entorno de las vías objeto de la concesión.
- Limpieza de los elementos de iluminación.
- Limpieza de pintadas en calzadas y zonas de dominio público, incluyendo las estructuras.
- Limpieza y barrido de la calzada (con sopladora).
- Reposición y reconstrucción de arcenes y bernas.
- Retirada de desprendimientos y aterramientos.
- Reparaciones de blandones, baches y mordientes.
- Reparación de elementos de drenaje: caces cunetas, sumideros, caños, tajeas, alcantarillas, pontones, desagües, imbornales, arquetas, pozos de registro, drenes subterráneos etc.
- Recolocación y reposición de la señalización vertical.
- Recolocación y reposición de balizas, hilos de aristas, captafaros etc.
- Reparación y reposición de barandillas de protección de peatones, pretiles, vallas de cerramiento y protección contra caída.
- Pintado de las barandillas.
- Verificación y conservación de soportes.
- Parcheo con mezcla asfáltica.
- Retirada de nieve con maquinaria de empuje.

Su horario de trabajo es de lunes a viernes de 08,00 a 16,00 horas y en el caso de alertas de nieve, el trabajador realiza turnos rotatorios de 12 horas. En el caso excepcional como vigilante, turno de 8 horas 6 días trabajando y 4 días de descanso con horario de 00,00 a 08,00, de 08,00 a 16,00 y de 16,00 a 00,00 horas.

El trabajo desempeñado se lleva a cabo prácticamente en el exterior en carretera, en terreno irregular y en algunas ocasiones en altura, siendo los riesgos existentes:

- Caídas a distinto nivel
- Caídas al mismo nivel
- Golpes contra objetos del mobiliario o utensilios
- Pisadas por objetos
- Atrapamientos con maquinaria



- Exposición a temperaturas extremas
- Atropellos
- Fatiga física

TERCERO.- El demandante ha venido desempeñando su trabajo con normalidad, el cual por Resolución dictada por la Gerencia Territorial de Servicios Sociales de Burgos, de la Consejería de Familia e Igualdad de Oportunidades de la Junta de Castilla y León en fecha 13 de septiembre de 2.017, fue declarado afecto de un grado de Discapacidad del 57% en base a la siguiente patología:

- Limitación funcional de Columna por Trastorno del Disco Intervertebral de etiología no filiada, con una valoración parcial del 35%
- Sordera por pérdida neurosensorial de Oído de etiología idiopática, con una valoración parcial del 28%. Lo que supone un grado de las limitaciones en la actividad del 53%, otorgando 4 puntos por factores sociales complementarios.

CUARTO .- En fecha 7 de abril de 2.017 se emitió Informe por la empresa ASPY, Servicio de Prevención contratado por VALORIZA CONSERVACION INFRAESTRUCTURAS S.A., concretamente por la Doctora Doña Rebeca , que tras examinar al demandante, le declaró apto para el desempeño de su puesto de trabajo, fijando determinadas recomendaciones de salud, entre las que se encuentran el evitar cargas excesivas sobre el tronco y flexiones bruscas de la columna vertebral y evitar el sedentarismo y las prolongadas posturas estáticas de pie.

QUINTO .- Cuando el demandante presentó la Resolución dictada por la Gerencia Territorial de Servicios Sociales de Burgos, de la Consejería de Familia e Igualdad de Oportunidades de la Junta de Castilla y León en fecha 13 de septiembre de 2.017 por la que se le declaraba afecto de un grado de Discapacidad del 57%, la empresa demandada solicitó el examen de DON Bienvenido por la empresa ASPY, siendo examinado por la Doctora Doña Rebeca , que tras dicho examen y realización de las pruebas correspondientes, emitió Informe en fecha 17 de noviembre de 2.017 en el que fue declarado como apto con restricciones, constando como tales, la restricción a trabajos en altura y/o realizados en suelos irregulares-resbaladizos.

Ante ello, el Jefe de Conservación, Superior Jerárquico del demandante, Don Geronimo , solicitó la remisión de nuevo del demandante a la empresa ASPY, a fin de que se concretara el Informe, dado que entendía que las limitaciones afectaban en general a todas o la gran mayoría de las funciones llevadas a cabo por el actor, el cual fue nuevamente examinado por la Doctora Doña Rebeca , sin repetir de nuevo todas las pruebas anteriores, emitiendo Informe en fecha 23 de enero de 2.018 declarando a DON Bienvenido no apto para su puesto de trabajo y restricción a trabajos en altura.

SEXTO .- En fecha 2 de febrero de 2.018 la empresa demandada notificó carta de despido al actor del siguiente tenor literal:

Muy Sr. Nuestro:

Mediante la presente carta le comunicamos la decisión adoptada por la Dirección de nuestra Compañía de proceder a la extinción de su contrato de trabajo por **causas objetivas** derivadas de **una ineptitud sobrevenida con posterioridad a su colocación efectiva en la empresa, con efectos del día 2 de febrero de 2018**, al amparo de lo dispuesto en el artículo 52.a) y 53 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

La causa por la cual nos vemos obligados a proceder a la extinción de su contrato de trabajo se encuentra justificado en el hecho objetivamente acreditado de que Ud. se encuentra impedido para llevar a cabo el desarrollo de las fundones Inherentes al puesto de trabajo que ocupa como operario de mantenimiento de carreteras con categoría de oficial de 1a, todo ello como consecuencia de la ineptitud sobrevenida con posterioridad al (nido de su relación laboral para el desempeño de su trabajo habitual que conlleva que carezca de las facultades profesionales necesarias para desempeñar las tareas propias de su puesto de trabajo.

Pues bien, et examen médico efectuado por la Sociedad de Prevención-Mutua ASPY de fecha 23 de enero de 2018, certificó que Ud. es NO APTO para el desempeño de su puesto de trabajo. Concretamente, el referido certificado establece lo siguiente en relación con su aptitud:

"NO APTO PARA SU PUESTO DE TRABAJO" debido a "restricción a trabajos en altura ni a trabajos en cunetas, taludes y/o bermas más que excepcionalmente", acciones fundamentales en el habitual desempeño de sus fundones.



Tal circunstancia supone, como resulta evidente, que Ud. ha incurrido en una causa de naturaleza sobrevenida que le impide el normal desarrollo de las funciones que Ud. tiene encomendadas, y que comporta riesgos para su propia seguridad y salud.

Antes de tomar esta decisión, la Compañía ha llevado a cabo una evaluación de posibles puestos de trabajo que hubiera vacantes en la empresa y que pudieran ser ocupados por Ud. atendiendo a las limitaciones físicas, a los riesgos laborales específicos de cada puesto y a las concretas aptitudes profesionales y conocimientos necesarios para el desempeño de los mismos. Lamentablemente, la Dirección de la Compañía ha constatado que no existe en la actualidad ningún puesto de trabajo en la misma que pueda ser ocupado por Ud.

En este sentido debemos recordarle que, de no adoptar medida alguna al respecto, la Compañía Incumpliría la normativa de Prevención de Riesgos Laborales, que obliga al empresario a constatar que los trabajadores reúnen en todo momento las condiciones necesarias de aptitud para el desarrollo de las funciones de su puesto de trabajo. Por ello, y dado que Ud. no reúne actualmente las mínimas condiciones de aptitud para su puesto de trabajo, y sin que exista posibilidad de recolocarle en cualquier otro puesto al no reunir las cualidades profesionales mínimas y necesarias, nos vemos abocados a adoptar la presente decisión. De lo contrario, nuestra empresa estaría incurriendo en una grave infracción de la normativa en materia de prevención de riesgos laborales, ya que Ud. estaría expuesto a un riesgo laboral con grave perjuicio para su integridad física y resultaría responsable de los daños que en el futuro se vieran agravados o generados por la prestación de servicios.

Por todo ello, concurre en Ud. la causa de extinción objetiva de la relación laboral prevista en el artículo 52.a) del Estatuto de los Trabajadores, esto es, una ineptitud sobrevenida con posterioridad a su colocación efectiva en la empresa ya que las dolencias que Ud. padece y que han sido valoradas por la Sociedad de Prevención ASPY son incompatible con la realización del trabajo para el que fue contratado, poniendo en riesgo su integridad física en caso de continuar con el mismo, viéndonos obligados, en consecuencia, a adoptar la decisión de extinguir su contrato de trabajo que mediante la presente carta se le comunica.

En cumplimiento de lo previsto en el apartado b) del artículo 53.1 del Estatuto de los Trabajadores, junto con la presente comunicación y de forma simultánea, ponemos a su disposición mediante transferencia bancaria a través del Banco de España la cantidad de DIECISIETE MIL NOVECIENTOS SESENTA EUROS CON OCHENTA Y SIETE CÉNTIMOS (17.960,87 €), en concepto de la indemnización legal de veinte días por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año con un máximo de doce mensualidades, que le corresponde a Ud. en función de su salario y tiempo de servicio en esta empresa.

Asimismo, tal y como se establece en el artículo 53.1 c) del Estatuto de los Trabajadores, a la cantidad dineraria antes mencionada, se adiciona el importe correspondiente a 15 días de salario por incumplimiento del plazo de preaviso de quince días. Dicha suma asciende a la cantidad bruta de SETECIENTOS CUATRO EUROS CON CUARENTA Y SEIS CÉNTIMOS (704,46€).

Le indicamos igualmente que ponemos a su disposición, junto a esta comunicación, su liquidación final de haberes, de la cual se le entrega propuesta en este acto.

Le informamos que copia de la presente comunicación será entregada en el día de hoy a la representación legal de los trabajadores, en cumplimiento de las prescripciones legales.

Le rogamos firme el duplicado de esta carta a los solos efectos de acreditar su recepción.

SEPTIMO.- El actor solicita se declare la nulidad del despido operado por la empresa demandada.

OCTAVO.- Intentado acto de conciliación se celebró con el resultado de sin avenencia.

NOVENO.- El actor no ostenta ni ha ostentado el cargo de Representante de los Trabajadores."

TERCERO.- Contra dicha sentencia, interpuso recurso de Suplicación la parte actora. Elevados los autos a este Tribunal y comunicada a las partes la designación del Ponente, le fueron, a éste, pasados los autos para su examen y resolución por la Sala.

CUARTO.- En la resolución del presente recurso se han observado, en sustancia, las prescripciones legales vigentes.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - La sentencia de instancia declara procedente el despido habido por ineptitud sobrevenida y se formula recurso por el actor al amparo del art 193 b y c de la LRJS por entender infringidos 52, 53, 54 y 55 del ET, art 14 CE, Directiva 2000/78 y 25 de la LPRL.



Se interesa en primer lugar la modificación de hechos probados para suprimir parte de los enunciados del hecho 3º y 5º dado que en la carta de despido no consta referencia alguna a la discapacidad.

La Sentencia del Tribunal Constitucional de 7 de octubre de 2013, Recurso número 1088/2011, recuerda que, en el ámbito de un recurso de alcance limitado, como el especial de suplicación "... Los términos del debate vienen fijados por el escrito de interposición del recurrente y la impugnación que del mismo haga, en su caso, el recurrido (SSTC 18/1993, de 18 de enero, FJ 3 ; 218/2003, de 15 de diciembre, FJ 4 ; 83/2004, de 10 de mayo, FJ 4 , y 205/2007, de 24 de septiembre , FJ 6). Esta configuración del recurso de suplicación determina que el Tribunal ad quem no puede valorar ex novo toda la prueba practicada ni revisar el Derecho aplicable, sino limitarse a las concretas cuestiones planteadas por las partes..."

Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de mayo de 2014, Recurso número 182/2013 , aún en el ámbito del recurso de casación pero con una doctrina que las Salas debemos aplicar cuando analizamos el apartado b) del artículo 193 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social , recuerda lo siguiente "... Con carácter general, para que prospere la denuncia del error en este trámite... es preciso que concurren los siguientes requisitos: a) Que se concrete con claridad y precisión el hecho que haya sido negado u omitido en el relato fáctico [no basta mostrar la disconformidad con el conjunto de ellos]. b) Que tal hecho resulte de forma clara, patente y directa de la prueba documental obrante en autos, sin necesidad de argumentaciones o conjeturas [no es suficiente una genérica remisión a la prueba documental practicada]. c) Que se ofrezca el texto concreto a figurar en la narración que se tilda de equivocada, bien sustituyendo o suprimiendo alguno de sus puntos, bien complementándolos. d) Que tal hecho tenga trascendencia para modificar el fallo de instancia (SSTS 02/06/92 -rec. 1959/91 -;... 28/05/13 -rco 5/12 -; y 03/07/13 -rco 88/12 -).

Más en concreto, la variación del relato de hechos únicamente puede basarse en prueba documental, porque el art. 207 LRJS sólo acepta -en la casación laboral común u ordinaria- el motivo de "error en la apreciación de la prueba "que esté" basado en documentos que obren en autos que demuestren la equivocación del juzgador"" (recientes, SSTS 19/04/11 -rco 16/09 -; 22/06/11 -rco 153/10 -; y 18/06/12 -rco 221/10 -); y que en esta línea hemos rechazado que la modificación fáctica pueda ampararse en la prueba testifical, tal como palmariamente se desprende de la redacción literal -antes transcrita- del art. 207.d) LRJS y hemos manifestado reiteradamente desde las antiguas SSTS de 29/12/60 y 01/02/61 (así, SSTS 13/05/08 -rco 107/07 -; y 18/06/13 -rco 108/12) ...".

Expuesta dicha Doctrina procede desestimar el motivo invocado.

SEGUNDO .- En segundo lugar formula recurso en base al art 193 c de la LRJS y entiende infringido el art 52 del ET, 14 CE, Directiva 2000/78 y 25 de la LPRL. los motivos basados en el apartado c) del art. 193 se destinan a la impugnación del fallo por error in iudicando, y el recurrente tiene la carga de:

a) citar debidamente el precepto o preceptos sustantivos y en su caso la jurisprudencia que, a su juicio, han sido vulnerados por el fallo de la sentencia, articulando motivos separados para cada precepto o grupo de preceptos que guarden unidad temática;

b) razonar la pertinencia y fundamentación de los motivos (artículo 196.2 de la LRJS lo cual exige argumentar la conexión entre el contenido normativo de las normas o jurisprudencia citadas y el litigio, mostrando cómo su correcta aplicación debería haber llevado a dar distinta solución al debate.

Incluso declara esa doctrina jurisprudencial que no basta que el recurso cite la disposición legal conculcada si contiene diversos artículos, sino que es preciso que se señale el específico precepto que se entiende vulnerado, y si el precepto contiene varios apartados resulta igualmente indispensable señalar expresamente cuál de ellos se reputa infringido. Señalamos lo anterior porque la parte recurrente se ha limitado a citar los preceptos que entiende infringidos por el Magistrado de instancia en la sentencia recurrida pero sin llegar a argumentar y razonar porque los entiende indebidamente aplicados, máxime cuando son los mismos preceptos en los que aquel se basa para desestimar la demanda.

El Tribunal Constitucional ha venido entendiendo que los requisitos y presupuestos establecidos por las leyes para recurrir han de ser interpretados y aplicados teniendo en cuenta la efectividad del derecho constitucional en el que tienen su razón de ser, y por ello, atendiendo a su finalidad.

De modo que la mayor o menor severidad en la exigencia de los mismos guarde proporción de medio a fin, evitándose interpretaciones rigoristas que no se correspondan con la finalidad de la exigencia legal, y, dentro de esta doctrina, se ha enmarcado el control sobre las decisiones judiciales de inadmisión del recurso de suplicación fundadas en un incumplimiento de los requisitos formales legalmente establecidos (STC 18/93 , 294/93 , 256/94).



El artículo 196 de la LRJS exige, ciertamente, que en el escrito de interposición del recurso se expresen, con suficiente precisión y claridad, el motivo o los motivos en que se ampare, debiendo en el caso de impugnación fáctica, señalar los medios de prueba, que pongan en evidencia el error del Juzgador, ya que la valoración de la prueba corresponde al Juzgador, citándose, asimismo, las normas del ordenamiento jurídico (derecho positivo o sustantivo) o la jurisprudencia que se consideren infringidas. Precepto que, como se dijo es acorde con el artículo 24.1 de la Constitución en cuanto persigue que el contenido del recurso -la pretensión o pretensiones formuladas en éste y su fundamentación- sea conocido por la otra parte, que pueda así debidamente defenderse, y por el órgano judicial, que ha de tener pleno conocimiento del "thema decidendi", para resolver congruentemente.

De acuerdo con estas premisas, el Tribunal Constitucional también tiene establecido que al enjuiciar el cumplimiento de los requisitos de admisión del recurso de suplicación, debe tenerse presente que éste no es un recurso de apelación ni una segunda instancia sino un recurso de naturaleza extraordinaria, de objeto limitado, en el que el Tribunal ad quem no puede valorar ex novo toda la prueba practicada ni revisar el derecho aplicable sino que debe limitarse a las concretas cuestiones planteadas por las partes. El carácter extraordinario del recurso de suplicación justifica la exigencia de estos requisitos procesales aunque lo relevante "no es la forma o técnica del escrito de recurso, sino su contenido" y que "desde esta perspectiva, resulta obligado concluir que el órgano judicial, según una interpretación flexibilizadora y finalista de las normas disciplinadoras del recurso, no debe rechazar ab límine el examen de su pretensión por defectos formales o deficiencias técnicas, cuando el escrito correspondiente suministra datos suficientes para conocer, precisa y realmente, la argumentación de la parte" (TC 18/93).

Por cuanto ahora interesa, la sentencia del indicado Tribunal Constitucional nº 71/2002, de 8 de abril , vuelve a insistir en la necesidad de la observancia de los presupuestos procesales para cumplir los requisitos de acceso al recurso, cuando se trata de recursos de cognición limitada que comúnmente se denominan extraordinarios (STC 230/2001, de 26 de noviembre), correspondiendo a las partes cumplir las exigencias del recurso que interponen (STC 16/92 y 40/02), llegando a rechazar el amparo motivado por la falta de pronunciamiento de fondo en un recurso de suplicación por la ausencia de indicación en el escrito de formalización del mismo del concreto apartado del art. 191 de la Ley de procedimiento laboral en el que se incardinaba el motivo de recurso, al igual que por la falta de concreción, con absoluta precisión y claridad, de la norma o normas jurídicas que consideraba infringidas por la sentencia de instancia, así como del modo en que se produjo la infracción.

Asimismo, el artículo 97.2 de la LRJS, al disponer que el Magistrado apreciando los elementos de convicción, concepto más amplio que el de prueba, declarará expresamente en la sentencia, los hechos que estime probados, viene a establecer un elemento esencial de la resolución, con la ineludible consecuencia de que su ausencia o defectuosa consignación determinará la nulidad de la misma. Y esa exigencia legal ha sido subrayada reiteradamente por la doctrina del Tribunal Supremo en el sentido de que en los hechos probados ha de constar no sólo cuanto acreditado sirva al Magistrado para dictar su sentencia, sino también todo aquello que sea necesario para que el Tribunal Superior en el supuesto de recurso pueda dictar la suya, concordante o no con la impugnada. El Juzgador ostenta una amplia facultad para valorar todo el material probatorio practicado en la instancia, de modo que puede obtener y deducir una interpretación distinta a aquella que obtiene la parte, ya que, ante posibles contradicciones, debe prevalecer el criterio del órgano jurisdiccional que actúa de manera imparcial y objetiva frente al interés de una parte, correspondiendo al juzgador la facultad privativa sobre la valoración de todas las pruebas aportadas al proceso, de acuerdo con el artículo 97.2 de la Ley de procedimiento laboral (S.T.S. 18/11/1999).

En sentencia, de fecha 24/5/2000, el Tribunal Supremo vuelve a señalar que la valoración de la prueba es facultad privativa del Juzgador de instancia, cuyas conclusiones reflejadas en los hechos probados deben prevalecer siempre que se ajusten a lo prevenido en dicho artículo, ya que lo contrario sería tanto como subrogarse la parte en lo que constituye labor jurisdiccional, sin que pueda sustituirse la misma por la valoración de la parte, voluntaria y subjetiva, confundiendo este recurso excepcional y con motivos tasados en una nueva instancia.

Esta Sala tendrá que analizar si estamos ante un despido procedente, improcedente o nulo de operar por discriminación con ocasión de la discapacidad del trabajador y que son de aplicación al presente supuesto los siguientes preceptos:

Artículo 53 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre , del Estatuto de los Trabajadores

Forma y efectos de la extinción por causas objetivas.

4. Cuando la decisión extintiva del empresario tuviera como móvil algunas de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la ley o bien se hubiera producido con violación de derechos fundamentales



y libertades públicas del trabajador, la decisión extintiva será nula, debiendo la autoridad judicial hacer tal declaración de oficio.

Artículo 96 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social . Carga de la prueba en casos de discriminación.

1. En aquellos procesos en que de las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de indicios fundados de discriminación por razón de sexo, orientación o identidad sexual, origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad, acoso y en cualquier otro supuesto de 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.

Artículo 122. Calificación de la extinción del contrato.

2. La decisión extintiva será nula:

a) Cuando resulte discriminatoria o contraria a los derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador.

Artículo 25 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales (en adelante LPRL) Protección de trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos.

1. El empresario garantizará 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. A tal fin, deberá tener en cuenta dichos aspectos en las evaluaciones de los riesgos y, en función de éstas, adoptará las medidas preventivas y de protección necesarias.

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.

Artículo 2 del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre , de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social (en adelante LGDPD)

Definiciones. A efectos de esta ley se entiende por:

a) Discapacidad: es una situación que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias previsiblemente permanentes y cualquier tipo de barreras que limiten o impidan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.

c) Discriminación directa: es la situación en que se encuentra una persona con discapacidad cuando es tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga por motivo de o por razón de su discapacidad.

d) Discriminación indirecta: existe cuando una disposición legal o reglamentaria, una cláusula convencional o contractual, un pacto individual, una decisión unilateral o un criterio o práctica, o bien un entorno, producto o servicio, aparentemente neutros, puedan ocasionar una desventaja particular a una persona respecto de otras por motivo de o por razón de discapacidad, siempre que objetivamente no respondan a una finalidad legítima y que los medios para la consecución de esta finalidad no sean adecuados y necesarios.

Artículo 4. Titulares de los derechos.

1. 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.

Artículo 35. Garantías del derecho al trabajo.

1. Las personas con discapacidad tienen derecho al trabajo, en condiciones que garanticen la aplicación de los principios de igualdad de trato y no discriminación.

2. La garantía y efectividad de los derechos a la igualdad de trato y de oportunidades de las personas con discapacidad se regirá por lo establecido en este capítulo y en su normativa específica en el acceso al empleo, así como en el acceso a la actividad por cuenta propia y al ejercicio profesional, en las condiciones de trabajo, incluidas las retributivas y de despido, en la promoción profesional, la formación profesional ocupacional y continua, la formación para el empleo, y en la afiliación y la participación en las organizaciones sindicales y



empresariales o la incorporación y participación en cualquier organización cuyos miembros desempeñen una profesión concreta.

3. Existirá discriminación directa cuando una persona con discapacidad sea tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga por motivo de su discapacidad.

4. Existirá discriminación indirecta cuando una disposición legal o reglamentaria, una cláusula convencional o contractual, un pacto individual o una decisión unilateral del empresario, aparentemente neutros, puedan ocasionar una desventaja particular a las personas con discapacidad respecto de otras personas, siempre que objetivamente no respondan a una finalidad legítima y que los medios para la consecución de esta finalidad no sean adecuados y necesarios, o salvo que el empresario venga obligado a adoptar medidas adecuadas, en función de las necesidades de cada situación concreta y de acuerdo con el artículo 40, para eliminar las desventajas que supone esa disposición, cláusula, pacto o decisión.

5. Se entenderán nulos y sin efecto los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que den lugar a situaciones de discriminación directa o indirecta desfavorables por razón de discapacidad, en los ámbitos del empleo, en materia de retribuciones, jornada y demás condiciones de trabajo.

Artículo 40. Adopción de medidas para prevenir o compensar las desventajas ocasionadas por la discapacidad como garantía de la plena igualdad en el trabajo.

1. Para garantizar la plena igualdad en el trabajo, el principio de igualdad de trato no impedirá que se mantengan o adopten medidas específicas destinadas a prevenir o compensar las desventajas ocasionadas por motivo de o por razón de discapacidad.

2. 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.

Para determinar si una carga es excesiva se tendrá en cuenta si es paliada en grado suficiente mediante las medidas, ayudas o subvenciones públicas para personas con discapacidad, así como los costes financieros y de otro tipo que las medidas impliquen y el tamaño y el volumen de negocios total de la organización o empresa.

DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

5.- Directiva 2000/78/CE relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

Artículo 1. Objeto

La presente Directiva tiene por objeto establecer un marco general para luchar contra la discriminación por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual en el ámbito del empleo y la ocupación, con el fin de que en los Estados miembros se aplique el principio de igualdad de trato.

Artículo 2. Concepto de discriminación

1. A efectos de la presente Directiva, se entenderá por principio de igualdad de trato la ausencia de toda discriminación directa o indirecta basada en cualquiera de los motivos mencionados en el artículo 1.

2. A efectos de lo dispuesto en el apartado 1:

a) existirá discriminación directa cuando una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga por alguno de los motivos mencionados en el artículo 1;

b) existirá discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pueda ocasionar una desventaja particular a personas con una religión o convicción, con una discapacidad, de una edad, o con una orientación sexual determinadas, respecto de otras personas, salvo que:

i) dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y salvo que los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y necesarios; o que

ii) respecto de las personas con una discapacidad determinada, el empresario o cualquier persona u organización a la que se aplique lo dispuesto en la presente Directiva, esté obligado, en virtud de la legislación nacional, a adoptar medidas adecuadas de conformidad con los principios contemplados en el artículo 5 para eliminar las desventajas que supone esa disposición, ese criterio o esa práctica.

Artículo 3. Ámbito de aplicación



1. Dentro del límite de las competencias conferidas a la Comunidad, la presente Directiva se aplicará a todas las personas, por lo que respecta tanto al sector público como al privado, incluidos los organismos públicos, en relación con:

- a) las condiciones de acceso al empleo, a la actividad por cuenta propia y al ejercicio profesional, incluidos los criterios de selección y las condiciones de contratación y promoción, independientemente de la rama de actividad y en todos los niveles de la clasificación profesional, con inclusión de lo relativo a la promoción;
- b) el acceso a todos los tipos y niveles de orientación profesional, formación profesional, formación profesional superior y reciclaje, incluida la experiencia laboral práctica;
- c) las condiciones de empleo y trabajo, incluidas las de despido y remuneración;
- d) la afiliación y participación en una organización de trabajadores o de empresarios, o en cualquier organización cuyos miembros desempeñen una profesión concreta, incluidas las prestaciones concedidas por las mismas.

Artículo 9. Defensa de derechos

1. Los Estados miembros velarán por la existencia de procedimientos judiciales o administrativos, e incluso, cuando lo consideren oportuno, procedimientos de conciliación, para exigir el cumplimiento de las obligaciones establecidas mediante la presente Directiva para todas las personas que se consideren perjudicadas por la no aplicación, en lo que a ellas se refiere, del principio de igualdad de trato, incluso tras la conclusión de la relación en la que supuestamente se ha producido la discriminación.

Artículo 10. Carga de la prueba

1. Los Estados miembros adoptarán con arreglo a su ordenamiento jurídico nacional, las medidas necesarias para garantizar que corresponda a la parte demandada demostrar que no ha habido vulneración del principio de igualdad de trato, cuando una persona que se considere perjudicada por la no aplicación, en lo que a ella se refiere, de dicho principio alegue, ante un tribunal u otro órgano competente, hechos que permitan presumir la existencia de discriminación directa o indirecta.

6.- Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de 13 de diciembre de 2006. Esta convención de la ONU forma parte del ordenamiento jurídico de la Unión al haber sido aprobada por la Decisión 2010/48 (apartados 30 a 32, Sentencia 11.04.13, HK Danmark, asuntos C- 335/11 y C-337/11).

Así como la **sentencia Chacon Navas de 11 de julio de 2006, C-13/05 , EU:C:2006:456 , Daouidi Sentencia del Tribunal de Justicia de 1 de diciembre de 2016, 395/15, ECLI:EU:C:2016:917 o y de 18 de enero de 2018, Ruiz Conejero, C-270/16, ECLI: EU:C:2018:17**

Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el concepto de "discapacidad" en el sentido de la Directiva 2000/78 debe entenderse referido a una limitación de la capacidad derivada, en particular, de dolencias físicas, mentales o psíquicas a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, pueden 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 (véase, en este sentido, la sentencia de 9 de marzo de 2017, Milkova, C-406/15, EU:C:2017:198, apartado 36 .

Ha de recordarse que un trato desfavorable por motivos de discapacidad sólo choca con la protección que pretende la Directiva 2000/78 en la medida en que constituya una discriminación con arreglo al artículo 2, apartado 1, de dicha Directiva. En efecto, el trabajador discapacitado al que se aplica esta Directiva debe ser protegido contra cualquier discriminación respecto de un trabajador que no lo es.

A propósito de este asunto, precisamente **en la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 2018 (asumiendo la doctrina fijada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, específicamente, la sentencia de 11 de abril de 2013, "Asunto Ring ") se recogen algunas consideraciones de interés para valorar si un despido por ineptitud sobrevinida puede ser declarado nulo.**

En consecuencia, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo pone el foco en la existencia de ajustes que reúnan el requisito de la razonabilidad y que no deben constituir una carga excesiva para los empleadores, para concluir que el despido no debe ser calificado como nulo.

En el presente supuesto se descarta la discriminación por razón de discapacidad, por cuanto no sobreviene el despido por su condición de discapacitado, sino con ocasión de las lesiones y disfunciones que ocasionan aquellas en su trabajo. No se acredita discriminación alguna y no existe puesto de trabajo compatible con las dolencias que aquejan al trabajador.

Por todo lo que el despido no debe ser calificado como nulo.



TERCERO.- Así pues ahora procede determinar si es procedente o improcedente el despido.

El objeto de la ineptitud sobrevenida y declaración de no apto se produce conforme a los hechos probados tras una 3º evaluación , sin IT previas ,en un periodo de 9 meses- ABRIL- NOVIEMBRE 2107- ENERO 2108.

Así pues lo primero que hay que analizar si las dolencias son susceptibles de merecer la evaluación de ineptitud, porque en la carta de despido no se menciona la discapacidad y se basa en su **restricción para trabajos de altura, ni en trabajos en cunetas, taludes y/o bermas"** .Sí en los hechos probados. La SENTENCIA otorga valor de hecho probado al fundamento jurídico en el que hace constar que el Informe en el que se le declara no apto se basa en el dictamen del EVO.

En la primera evaluación, Abril, se le declara apto con recomendaciones, como evitar flexiones bruscas y cargas excesivas. La discapacidad se declara en septiembre y de un 35% de limitación de la columna por trastorno de disco intervertebral. En noviembre, apto con restricciones para trabajos de altura o suelos irregulares. Y en Enero 2018 se le declara no apto.

Por todo ello esta Sala entiende que son estas las lesiones que han de ser valoradas por la Sala, que es quien ha de establecer el parámetro comparativo, precisamente para que no opere de forma automática la declaración de una Mutua de NO apto con la procedencia de un despido al amparo de la ineptitud sobrevenida.

La lesiones que padece para declarar el despido procedente por ineptitud sobrevenido son :"**trastorno de disco intervertebral con limitación para trabajos de altura o suelos irregulares y debe evitar flexiones bruscas y cargas excesivas y restricción para trabajos de altura, ni en trabajos en cunetas, taludes y/o bermas"**.

Es Doctrina reiterada que evidentemente **no es suficiente ni opera de forma automático ,la declaración de no Apto por servicios Médicos, para la extinción del art 52.a del ET** , se ha de tener en cuenta la incidencia de los mandatos de la LRPL, que necesariamente tienen que modular la aplicación del art. 52.a) del ET, y así en una interpretación sistemática e integradora se ha de entender que para el correcto ejercicio de la facultad resolutoria empresarial basada en la ineptitud sobrevenida, la empresa ha de demostrar no solamente la concurrencia de la ineptitud con los requisitos antes mencionados, sino también la imposibilidad de adecuar el puesto de trabajo a las limitaciones del trabajador.

En este sentido, se ha de resaltar que la LRPL 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). Si los resultados de la evaluación obligatoria de los riesgos pusieran de manifiesto situaciones de riesgo, el empresario realizará aquellas actividades preventivas necesarias para eliminar o reducir y controlar tales riesgos (art. 16.2.b). Además el empresario debe adoptar las medidas necesarias con el fin de que los equipos de trabajo sean adecuados para el trabajo que deba realizarse y convenientemente adaptados a tal efecto, de forma que garanticen la seguridad y la salud de los trabajadores al utilizarlos (art. 17.1). En fin, el empresario ha de garantizar de manera específica la protección de los trabajadores que, por sus características personales o estado biológico conocido, sean especialmente sensibles a los riesgos derivados del trabajo, y en función de las evaluaciones de los riesgos, debe adoptar las medidas preventivas y de protección necesarias (art. 22 y 25.1). Todos estos mandatos no son meras admoniciones teóricas o programáticas, sino normas legales imperativas de ineludible aplicación, y ello se traduce en que la empresa no puede limitarse a despedir por ineptitud sobrevenida sin haber justificado el cumplimiento de estas obligaciones.

Ciertamente en virtud de la ley de prevención de riesgos laborales la empresa tiene la obligación de realizar una actividad preventiva posibilitando en virtud de las limitaciones del trabajador el desempeño de sus cometidos. Ahora bien, esta actuación preventiva lo que no puede conducir es a que la empresa cree un puesto de trabajo que no precisa o carente de cometido funcional. No basta una mera alegación de que debió ser destinado a otro puesto, sino que ante la actividad probatoria desplegada por la empresa y las conclusiones valorativas obtenidas por la Juez a quo de prueba documental, pericial y testifical- medio probatorio este cuya valoración al Sala no puede revisar- la parte como poco debió poner de manifiesto que puesto de trabajo considera que puede desempeñar. Es decir, no existe un derecho abstracto y genérico a que se cree un puesto de trabajo acorde a las limitaciones físicas del acto.

Así pues, expuesta todo lo anterior, el despido realizado es procedente.

El Artículo 52 declara que:

El contrato podrá extinguirse: a) 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 período de prueba no podrá alegarse con posterioridad a dicho cumplimiento.



El TS la define como:

Inhabilidad o carencia de facultades profesionales que tiene su origen en la persona del trabajador: bien por falta de preparación o actualización de sus conocimientos, bien por deterioro o pérdida de sus recursos de trabajo, rapidez, percepción, destreza, capacidad de concentración, etc.

La ineptitud ha de reunir los siguientes requisitos:

1) Ha de ser verdadera y no disimulada. 2) General, es decir, referida al conjunto del trabajo que se le encomienda al trabajador y no relativa a alguno de sus aspectos. 3) De cierto grado, esto es, ha de determinar una aptitud inferior a la media normal de cada momento, lugar y profesión. 4) Referida al trabajador y no debida a los medios materiales o el medio de trabajo. 5) Permanente y no meramente circunstancial. 6) Y afectante a las tareas propias de la prestación laboral contratada y no a la realización de trabajos distintos.

No puede confundirse con la Invalidez Permanente en ninguno de sus grados, y son múltiples las sentencias de denegación de IPT pese a haber sido declarados no aptos y despedidos, y por ende a sensu contrario no se puede exigir ese grado de menoscabo para determinar si procede la ineptitud. De ahí que haya de concatenarse con la definición de **deterioro o pérdida de sus recursos de trabajo y de facultades profesionales**.

Así pues de toda la prueba practicada y puestas en relación las dolencias que le aquejan con las funciones que desempeña, descritas en los hechos probados, se acredita que limitan, y se constata la ineptitud sobrevinida conforme a los cánones exigidos en el precepto del art 52ª del ET.

Y por todo ello la revisión no debe prosperar, al no evidenciarse error valorativo del Magistrado y su consecuente desatención a las reglas de la sana crítica en el ejercicio de la facultad valorativa de la prueba, que en exclusiva tiene atribuida (ex artículo 97-2 LPL) y es que es doctrina constante del Tribunal Supremo (entre otras la STS 17 de Diciembre de 1990) la de que es al juez de instancia, cuyo conocimiento directo del asunto garantiza el principio de inmediación del proceso laboral, a quien corresponde apreciar los elementos de convicción (concepto más amplio éste que el de los medios de prueba) para establecer la verdad procesal, intentando su máxima aproximación a la verdad real, valorando en conciencia y según las reglas de la sana crítica la prueba practicada en autos, conforme a las amplias facultades que a tal fin le otorga el artículo 97.2 de la LEC en relación con el artículo 348 de la actual y supletoria LEC.

En su consecuencia, el error de hecho ha de ser evidente y fluir, derivarse y patentizarse por prueba pericial o documental eficaz y eficiente, sin necesidad de acudir a deducciones más o menos lógicas o razonables, pues dado el carácter extraordinario del recurso de suplicación y de que no se trata de una segunda instancia, no cabe llevar a cabo un análisis de la prueba practicada con una nueva valoración de la totalidad de los elementos probatorios (Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 18 de noviembre de 1999), pues ello supondría, en definitiva, sustituir el criterio objetivo del Juzgador de instancia, por el de la parte, lógicamente parcial e interesado, lo que es inaceptable al suponer un desplazamiento en la función de enjuiciar que tanto el artículo 2.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial como el artículo 117.3 de nuestra Constitución otorgan en exclusiva a los Jueces y Tribunales.

Por todo lo que procede la confirmación de la sentencia de instancia y desestimación del recurso.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español,

FALLAMOS

Que debemos desestimar y desestimamos el Recurso de Suplicación interpuesto por D. Bienvenido, frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social num. 2 de Burgos en autos número 208/2018 seguidos a instancia del recurrente, contra VALORIZA CONSERVACIÓN DE INFRAESTRUCTURAS S.A., en reclamación sobre Despido y, en su consecuencia, debemos confirmar y confirmamos la Sentencia recurrida.

Notifíquese la presente resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León en la forma prevenida en el artículo 97 de la L.R.J.S. y 248.4 de la L.O.P.J. y sus concordantes, haciéndoles saber que contra esta resolución cabe recurso de Casación para la Unificación de Doctrina para ante el Tribunal Supremo, significándoles que dicho recurso habrá de prepararse ante esta Sala en el plazo de los DIEZ DÍAS siguientes a la notificación, mediante escrito ajustado a los requisitos legales contenidos en los artículos 220 y 221 de la L.R.J.S., con firma de Abogado o de Graduado Social Colegiado designado en legal forma conforme al art. 231 de la citada Ley.

Se deberá ingresar como depósito la cantidad de 600 € conforme a lo establecido en el artículo 229.1.b de la L.R.J.S., asimismo será necesaria la consignación por el importe de la condena conforme a los supuestos



previstos en el art. 230 de la mencionada Ley, salvo que el recurrente estuviera exento por Ley o gozare del beneficio de justicia gratuita.

Dichas consignación y depósito deberán efectuarse en la cuenta corriente de esta Sala, bajo la designación de Depósitos y Consignaciones, abierta en la Entidad Bancaria Santander, cuenta nº ES55 0049 3569 9200 0500 1274, en cualquiera de sus sucursales, incluyendo en el concepto los dígitos 1062.0000.65.0671.18.

Se encuentran exceptuados de hacer los anteriormente mencionados ingresos, los Organismos y Entidades enumerados en el punto 4 del artículo 229 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

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

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ