



Roj: **STSJ AS 1919/2016 - ECLI: ES:TSJAS:2016:1919**

Id Cendoj: **33044340012016101409**

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

Sede: **Oviedo**

Sección: **1**

Fecha: **30/06/2016**

Nº de Recurso: **1309/2016**

Nº de Resolución: **1585/2016**

Procedimiento: **RECURSO SUPLICACION**

Ponente: **ISOLINA PALOMA GUTIERREZ CAMPOS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**T.S.J.ASTURIAS SALA SOCIAL**

**OVIEDO**

SENTENCIA: 01585/2016

**T.S.J.ASTURIAS SALA SOCIAL DE OVIEDO**

**C/ SAN JUAN Nº 10**

**Tfno: 985 22 81 82**

**Fax: 985 20 06 59**

**NIG: 33044 44 4 2014 0005871**

**RSU RECURSO SUPLICACION 0001309 /2016**

Procedimiento origen: DESPIDO/CESES EN GENERAL 0000964/2014

Sobre: RESOLUCION CONTRATO

**RECURRENTE/S D/ña Fulgencio**

**ABOGADO/A: FERNANDO ARANCON ALVAREZ**

**PROCURADOR: GRADUADO/A SOCIAL:**

**RECURRIDO/S D/ña: CONTRATAS IGLESIAS,S.A., FONDO DE GARANTIA SALARIAL FOGASA**

**ABOGADO/A: ISABEL PAVESIO CASTILLO, FOGASA PROCURADOR: GRADUADO/A SOCIAL:**

**Sentencia nº 1585/2016**

En OVIEDO, a treinta de Junio de dos mil dieciséis.

Tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, la SALA SOCIAL del T.S.J.ASTURIAS, formada por los lltmos Sres. D. FRANCISCO JOSE DE PRADO FERNANDEZ, Presidente, D<sup>a</sup>. PALOMA GUTIERREZ CAMPOS y D<sup>a</sup>. MARIA PAZ FERNANDEZ FERNANDEZ, Magistrados, 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 el RECURSO SUPPLICACION 0001309/2016, formalizado por la LETRADO FERNANDO ARANCON ALVAREZ, en nombre y representación de Fulgencio , contra la sentencia número 156/2016 dictada por JDO. DE LO SOCIAL N. 4 de OVIEDO en el procedimiento sobre DESPIDO 0000964/2014, seguido a instancia de Fulgencio frente a la empresa CONTRATAS IGLESIAS,S.A. y el FONDO DE GARANTIA SALARIAL, siendo Magistrado-Ponente la **Ilma Sra Dª PALOMA GUTIERREZ CAMPOS**.

De las actuaciones se deducen los siguientes:

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO:** Fulgencio presentó demanda contra la empresa CONTRATAS IGLESIAS, S.A. y el FONDO DE GARANTIA SALARIAL, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia número 156/2016, de fecha dieciséis de Marzo de dos mil dieciséis .

**SEGUNDO:** En la sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos expresamente declarados probados:

1º.- El actor don Fulgencio , cuyas circunstancias personales figuran en el encabezamiento de la demanda, prestó servicios por cuenta y bajo la dependencia de la entidad CONTRATAS IGLESIAS, S.A., en virtud de contrato de trabajo indefinido a tiempo completo, con una antigüedad reconocida de 10 de mayo de 2003, y percibiendo un salario día 60,60 euros diarios. El actor ostenta la categoría profesional de Oficial de Primera gruista, si bien la empresa le destinó a varios trabajos, entre ellos de operario. Obrando aportado informe de las tareas del puesto que realiza el actor, DOC 9 ramo prueba del actor que se da por reproducido.

Obra aportado el contrato de trabajo del actor en el que en la cláusula Octava se pactó:

*"En el caso de haber respondido afirmativamente a la anterior cláusula, cuando el contrato se extinga por causas objetivas y la extinción sea declarada improcedente, la cuantía de la indemnización a la que se refiere el art. 53.5 del Estatuto de los Trabajadores , en su remisión a los efectos del despido disciplinario previstos en el art. 56 del mismo texto legal , será de 33 días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año y hasta un máximo de 24 mensualidades."*

2º.- Se rige la relación laboral por el Convenio Colectivo de la Construcción del Principado de Asturias.

3º.- Por sentencia del Juzgado de lo Social nº 3 de Oviedo de fecha 13 de enero de 2015 se desestimó la demanda del actor sobre IPT, subsidiariamente parcial, por enfermedad común. La citada sentencia fue confirmada por sentencia del TSJA de fecha 15 de mayo de 2015.

En la citada sentencia se declara probado:

### " HECHOS PROBADOS

1º) Fulgencio , nacido el NUM000 -1977, figura afiliado a la Seguridad Social con el número NUM001 dentro del Régimen General y siendo su profesión habitual la de gruista (grúa-torre) que desempeñó al servicio de la empresa "Contratas Iglesias S.A." hasta el 3-11-14 en que es despedido por ineptitud sobrevenida para el puesto de trabajo de "operario de edificación". Desde 4-11-14 percibe prestación por desempleo - extinción. Se autoproponer para calificación el 14-11-13 reuniendo carencia (6082 días cotizados).

.....

3º) El demandante presenta:

1. Dolor torácico (05/13), sin evidencia de patología coronaria ni isquemia inducida por el ejercicio (PE negativas alcanzando 10.2-13.4 METS).

2. Alteraciones basales y crónicas de la repolarización, en paciente con cardiopatía congénita.

3. CIV intervenida (78) sin afectación estructural ni funcional significativa (no HTP ni shunt residual).

4. Probable asma bronquial con HS a ácaros del polvo. Espirometría basal (05/13) informada como dentro de la normalidad.

**A la exploración** : General: COC. Eupneico. BEG. Buena coloración mucocutánea. TA: 160/90 mm Hg. AC: RsCsRs. No se ausculta soplo. AP: m.v.c. No crepitantes basales. Tolerancia decúbito. No IY. Cicatriz de esternotomía media. Abdomen: no masas ni megalias. EEII: sin edemas. Osteoarticular: Estática vertebral conservada. Schöber de 14,2 cm con DDS de 1 cm. Marcha no claudicante y deambulacion de P/T sin alteraciones con M. radicales negativas bilaterales sin otros hallazgos destacables."

En la sentencia se razona:



*"En primer lugar su profesión habitual es la de conductor gruista con independencia de que la empresa por no tener según refiere (f. 47º) montada ninguna grúa le destinase a cometidos varios: trabajos de albañilería, encofrado, conductor de dúmper, señalista, etc. La propia Sociedad de Prevención de Ibermutuamur venía evaluando su aptitud laboral para el puesto de trabajo de gruista (f. 43), y el que tras un ERE fuese objeto de movilidad funcional no excluye que la profesión habitual a valorar sea la de gruista, siendo las II.PP. eminentemente profesionales y no para específicos puestos de trabajo."*

4º.- Por la empresa CONTRATAS IGLESIAS, S.A. se remitió al actor por burofax en fecha 3 de noviembre de 2014, entregado el 4 de noviembre de 2104, carta fechada el 3 de noviembre de 2014, del siguiente tenor literal:

"Ponemos en su conocimiento que la Dirección de esta empresa ha adoptado la decisión de proceder a la extinción de su contrato por INEPTITUD SOBREVENIDA CON POSTERIORIDAD A SU COLOCACION EN LA EMPRESA, con efectos a día de hoy 03 de Noviembre de 2014, al amparo de lo previsto en el artículo 52 a) del Estatuto de los Trabajadores , por los siguientes motivos:

Según el informe de aptitud firmado por el doctor Juan Miguel con número de colegiado NUM002 , médico de trabajo del Servicio de Prevención de Riesgos de Cualitis, entidad con la que contrata Iglesias, S.A. tiene suscrito un concierto para los servicios de prevención ajeno, el día 23 de octubre de 2014 le fue practicado un examen periódico de aptitud, con el resultado de NO APTO para realizar su trabajo habitual de operario de edificación, siendo el Protocolo de Examen de Salud aplicado: RUIDO, MANIPULACIÓN DE CARGAS, TEMPERATURA AMBIENTE EXTREMA, DERMATOSIS, POSTURAS FORZADAS, ALTURAS, POLVO, HUMO Y/O VAPORES.

Se adjunta a la presente comunicación como documentos uno, una copia de dicho informe.

Que en dicho informe, se recoge como observaciones "una vez valorado el profesigramas (relación de tareas que realiza), el estado clínico del paciente y los informes aportados, consideramos al trabajador no apto para el desarrollo de su trabajo de operario de edificación".

Así mismo, como usted bien sabe, tampoco superó dos exámenes de aptitud previos realizados por este Servicio de Prevención los días 27 de junio de 2013 y 18 de julio de 2014 y, que le fueron realizados por este Servicio de Prevención en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 22.1 de la ley 31/1995, de 8 de noviembre de prevención de riesgos laborales que impone a la empresa la obligación de realizar controles periódicos de vigilancia del estado de salud de los trabajadores en función de los riesgos inherentes al trabajo.

A su vez, el resultado de ambos informes fue de NO APTO, por este motivo y ante la imposibilidad de realización de su trabajo como operario de edificación al ser calificado como NO APTO, por el servicio de Prevención, no tenemos otra opción que proceder a la extinción de su contrato por ineptitud sobrevenida.

Tal como ha sido indicado la situación descrita hace obligado proceder a la extinción de su contrato por ineptitud sobrevenida con posterioridad a su colocación efectiva en la empresa, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 52 a) del Estatuto de los Trabajadores , dicha extinción tendrá efectos a partir de hoy 3 de noviembre de 2014.

Simultáneamente a la presente se le comunica que le corresponde la indemnización prevista legalmente en el artículo 53.1b) del Estatuto de los trabajadores , de veinte días de salario por año de servicio, con el tope de una anualidad y que asciende a la cantidad de 13.938 euros.

Que dicha cantidad se pone a disposición en su número de cuenta habitual, mediante transferencia O.M.F. con nº de transacción 00000090939765, de forma simultánea a la comunicación de conformidad con lo establecido en el artículo 53.1b) del Estatuto de los Trabajadores .

Por otra parte se pondrá a su disposición la liquidación de haberes por el tiempo de prestación de sus servicios en esta empresa, así como el correspondiente finiquito y la documentación necesaria para solicitar la prestación por desempleo a la que tiene usted derecho.

A su vez, como esta parte no le ha dado el plazo de preaviso de 15 días previsto en el artículo 53.1 c) del Estatuto de los trabajadores , también le reconoce adeudarle el plazo de preaviso que será abonado en su liquidación.

A partir de este momento tiene a su disposición la liquidación y salarios generados hasta este momento".

5.- Obra aportado y se da por reproducido el reconocimiento médico realizado al actor el 27 de junio de 2013 que concluye que "Luego de evaluar el detallado profesigramas con las actividades laborales habituales y considerando los cambios ocurridos a lo largo de este año en su estado de salud... se deduce la emisión de la No aptitud laboral para operario de construcción, ya que es este el puesto de trabajo que desempeña



actualmente según datos de la empresa y corroborados por el Trabajador y no de grústa como se evaluó primeramente".

Por la Sociedad de Prevención IBERMUTUAMUR se remitió a la empresa carta de fecha 11 de noviembre de 2103 del siguiente tenor literal:

"Sentimos comunicarle que al trabajador de su empresa D. Fulgencio , DNI mº NUM003 se le ha practicado un examen de salud del tipo Periódico el día 27 de junio de 2013 siendo No Apto para realizar su trabajo habitual de MAQUINISTA (DUMPER,RETROEXCAVADORA, OTROS VEHICULOS), con las siguientes observaciones: Tras evaluación de Profesiograma. Protocolo de Examen de Salud aplicado: CONDUCTORES, PLVO, HUMO Y/O VAPORES, POSTURAS FORZADAS, RUIDO, VIBRACIONES.

Según la normativa vigente en materia de Prevención de Riesgos Laborales, deberá procederse a una nueva valoración de la salud del trabajador después de la asignación de tareas específicas con nuevos riesgos para la misma o cuando se reanude el trabajo tras una ausencia prolongada por motivos de salud".

Obra aportado y se da por reproducido el reconocimiento médico realizado al actor el 18 de julio de 2014.

Por la Sociedad de Prevención IBERMUTUAMUR se remitió a la empresa carta de fecha 18 de julio de 2014 del siguiente tenor literal:

"Sentimos comunicarle que al trabajador de su empresa D. Fulgencio , DNI NUM003 SE LE HA PRACTICADO UN EXAMEN DE SALUD DEL TIPO Periódico el día 18 de julio de 2014 siendo No Apto para realizar su trabajo habitual de OPERARIO DE EDIFICACION, con las siguientes observaciones: se evalúa el profesiograma aportado por la empresa. Protocolo de Examen de Salud aplicado: ALTURAS, DERMATOSIS, MANIPULACION MANUAL DE CARGAS, POLVO, HUMO Y/O VAPORES, POSTURAS FORZADAS, RUIDO, TEMPERATURA AMBIENTE EXTREMA.

Según la normativa vigente en materia de Prevención de Riesgos Laborales, deberá procederse a una nueva valoración de la salud del trabajador después de la asignación de tareas específicas con nuevos riesgos para la misma o cuando se reanude el trabajo tras una ausencia prolongada por motivos de salud".

Obra aportado y se da por reproducido el reconocimiento médico realizado al actor el 23 de octubre de 2014, en el que se concluye que "una vez valorado el profesiograma (relación de tareas que realiza), el estado clínico del paciente y los informes aportados, consideramos al trabajador no apto para el desarrollo de su trabajo de operario de edificación".

Por la Sociedad de Prevención IBERMUTUAMUR se remitió a la empresa carta de fecha 27 de octubre de 2014 del siguiente tenor literal:

"Estimado cliente:

Le comunicamos que el trabajador de su empresa D. Fulgencio , DNI nº NUM003 se le ha practicado un examen del tipo Periódico el día 23 de octubre de 2014, siendo No Apto para realizar su trabajo habitual de OPERARIO DE EDIFICACION. Protocolo de Examen de Salud aplicado: RUIDO, MANIPULACIÓN MANUAL DE CARGAS, TEMPERATURA AMBIENTE EXTREMA, DERMATOSIS, POSTURAS FORZADAS, ALTURAS, POLVO, HUMO Y/O VAPORES.

Según la normativa vigente en materia de Prevención de Riesgos Laborales, deberá procederse a una nueva valoración de la salud del trabajador después de la asignación de tareas específicas con nuevos riesgos para la misma o cuando se reanude el trabajo tras una ausencia prolongada por motivos de salud.

Con las siguientes observaciones: una vez valorado el profesiograma (relación de tareas que realiza), el estado clínico del paciente y los informes aportados, consideramos al trabajador no apto para el desarrollo de su trabajo de operario de edificación".

6º.- El actor es representante sindical.

7º.- El actor presentó la papeleta de conciliación el 10 de noviembre de 2014, siendo citado para la celebración del acta de conciliación el 20 de noviembre de 2014.

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

Que desestimando la demanda interpuesta por DON Fulgencio frente a la entidad CONTRATAS IGLESIAS SA y contra el FOGASA, se declara procedente el despido del actor y se absuelve a las entidades demandadas de las pretensiones frente a ellas formuladas.

**CUARTO:** Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por Fulgencio formalizándolo posteriormente. Tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte.



**QUINTO:** Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en fecha 13 de mayo de 2016.

**SEXTO:** Admitido a trámite el recurso se señaló el día 23 de junio de 2016 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.-** En la sentencia de instancia se desestima la demanda interpuesta por don Fulgencio frente a la empresa Contratas Iglesias S.A. y contra el Fondo de Garantías Salarial, y se declara procedente el despido del actor, absolviendo a las entidades demandadas de las pretensiones formuladas. Frente a dicho pronunciamiento se formula recurso de suplicación por la representación letrada del demandante, siendo impugnado de contrario.

La causa de extinción contractual invocada por la empresa es la ineptitud sobrevenida del trabajador tras ser declarado no apto por el Servicio de Prevención para su trabajo habitual de operario de edificación. Con posterioridad a este despido se desestimó la demanda presentada por el actor en solicitud de una declaración de incapacidad permanente total o, subsidiariamente parcial.

**SEGUNDO.-** Con amparo procesal en el artículo 193 c) LJS, se denuncia en los tres motivos del recurso infracción del artículo 52 ET. Considera el trabajador en el primero, que son las mismas dolencias y las mismas funciones las que sirven de fundamento a ambas declaraciones: no incapacitado de forma permanente para el trabajo e ineptitud sobrevenida, sin que pueda hacerse distinción entre funciones y categoría. En segundo lugar, entiende que la dolencia cardiaca es de carácter congénito, sufriendola ya en el momento en que fue contratado por la empresa, sucediendo lo mismo con el asma bronquial, por lo que no se cumple el requisito establecido en el precepto de que la dolencia sobrevenga tras la contratación. Lo sucedido según el demandante es que tras esta contratación con la categoría de oficial de primera gruista para la cual era apto, se le destina a realizar otras funciones para las que sus dolencias sí pueden resultar incompatibles, siendo en este momento cuando se declara su ineptitud. En tercer lugar, concluye que la empresa no acredita qué porcentaje del trabajo suponen esas tareas que no puede realizar.

**TERCERO.-** El recurrente, según se declara probado, fue contratado en el año 2003 por la empresa demandada con la categoría de oficial primera gruista, siendo ésta la categoría que en la sentencia del Juzgado del Social núm. Tres de Oviedo, de fecha 13 de enero de 2015, se declara probada en relación con la incapacidad permanente solicitada "con independencia de que la empresa, por no tener según refiere, montada ninguna grúa le destinase a cometidos varios...".

También se declara probado en la sentencia recurrida que el reconocimiento médico realizado en el año 2013 concluye, tras evaluar el profesiograma con las actividades laborales habituales, que procede la emisión de la no ineptitud para operario de construcción, "puesto que desempeña actualmente según datos de la empresa y corroborados por el trabajador y no de gruista como se evaluó primeramente". Tras ello el Servicio de Prevención IBERMUTUAMUR comunica a la empresa la ineptitud del actor para su trabajo habitual de maquinista (Dumper, retroexcavadora, otros vehículos). En el mes de julio de 2014, tras el reconocimiento médico correspondiente, el Servicio de Prevención comunica la ineptitud del actor para su trabajo de operario de edificación. Se reitera en octubre del mismo año.

**CUARTO.-** La Juzgadora de instancia en la fundamentación jurídica de la sentencia señala en relación con categoría y funciones, "que está acreditado que el actor realizaba una pluralidad de tareas en la empresa que aparecen reflejadas en el Informe de tareas del puesto de trabajo aportado por la empresa, entre las que están la de gruista, conductor de dumper, operario de edificación, operario de obra civil y señalista, si bien actualmente la empresa no tiene montada ninguna grúa; siendo las funciones básicas, habituales u ordinarias del puesto de trabajo, las que deben valorarse en relación a la ineptitud sobrevenida". Con las dolencias que presenta a nivel cardiaco y pulmonar concluye la Juzgadora, "no podría realizar labores de operario, y si solo fuera gruista, que no es el caso, sería apto con limitaciones...; habiendo sido declarado No apto por los servicios de PREVENCIÓN DE IBERMUTUAMUR para Operario y Maquinista de Dumper en diferentes fechas, la última el 23 de octubre de 2014, lo que integra la causa de extinción analizada «ex» artículo 52 a) del Estatuto de los Trabajadores. Si bien, como hemos expuesto, la empresa ha acreditado dicha ineptitud sobrevenida, el demandante no ha probado la aptitud para su concreto puesto de trabajo. Por lo que el despido debe ser declarado procedente".

**QUINTO.-** Para resolver la cuestión han de realizarse una consideración general sobre la cuestión de fondo discutida.



La normativa relativa a la relación del estado psicofísico permanente de todo trabajador, proyectada en su capacidad laboral, es distinta en sus orígenes y finalidad y difícil de aplicar de forma coordinada y armónicamente.

a) De un lado, para cambiar a un trabajador de puesto, la normativa sustantiva laboral es rígida pero permite el "ius variandi" mediante la movilidad funcional ( artículo 39.1 ET , con los límites del apartado 2 de dicho artículo 39 y del artículo 41), por lo que el empresario puede cambiar al trabajador de puesto, no sólo atendiendo a conveniencias patronales sino también a motivos tuitivos.

b) En segundo lugar, la normativa sustantiva laboral permite la extinción del contrato, de forma indemnizada vía despido objetivo ( artículo 52.a ET ), si el trabajador, por sus condiciones psicofísicas, ha devenido inepto para el puesto de trabajo, aunque no lo sea para las genéricas de su categoría.

c) En tercer lugar, la amplia normativa protectora prestacional en materia de Seguridad Social permite declarar la incapacidad permanente total ( artículos 136 y ss. LGSS ) y extinguir la relación laboral ( artículo 49.1 e) ET ) si el trabajador no puede desempeñar con eficacia y profesionalidad media sus tareas: pero no se refiere, a las de su puesto de trabajo concreto sino a las genéricas de su categoría profesional.

d) Y, por último, la relativamente nueva normativa protectora en materia de prevención de riesgos laborales obliga (previa evaluación inicial y periódica del puesto de trabajo y el examen médico de vigilancia de la salud) a adoptar las medidas preventivas y correctoras para reducir o eliminar los riesgos psicofísicos o, si ello no es posible, al traslado de puesto, si lo hubiere y no concurriera obstáculo legal o convencional ( artículos 15 y 25 y ss de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales ).

Como se ve los tres mecanismos no operan coordinadamente, pues la incapacidad permanente afecta a la categoría o profesión, mientras que la adaptación o cambio que prevé la normativa de Prevención de Riesgos Laborales se refiere sólo al puesto, y la movilidad funcional ordinaria o la extinción por ineptitud se refieren también al puesto y sólo excepcionalmente, (respecto a la movilidad) a la categoría. De otra parte, la falta de coordinación de estos tres mecanismos se revela también en cuanto al momento en el que se proyectan las limitaciones psicofísicas, pues mientras que los de Prevención de Riesgos son - como su propio nombre indica- preventivos, en evitación de una probable futura lesión o peligro, los mecanismos prestacionales requieren la consolidación o concreción de esas lesiones o secuelas y, por último, el mecanismo de la movilidad funcional opera más bien de forma genérica, por cualquier causa atendiendo a conveniencias patronales (aunque no se excluya que pueda ser utilizado de forma tuitiva, para el trabajador, como ya se dijo).

Diferente es también la regulación de la iniciativa para la utilización de estos mecanismos, pues las permanentes sólo las puede solicitar el trabajador, no la empresa, mientras que la movilidad funcional o la extinción por ineptitud queda reservada a la empresa, y, por último, la utilización de los mecanismos preventivos debe realizarse por el empresario además de poder ser instados por el trabajador o por otros órganos especializados en esta área de prevención de riesgos laborales.

**SEXO.-** Proyectando lo expuesto al caso de autos, cabe concluir que es posible apartar la incidencia del mecanismo de la incapacidad permanente que le ha sido denegada al demandante, puesto que lo que se ventila en ella es la capacidad laboral de la categoría, no la del puesto de trabajo y en cambio, no resulta posible considerar aisladamente el mecanismo de la ineptitud sobrevenida (por merma de condiciones físicas) para desempeñar el puesto de trabajo, porque esta merma se fundamenta en el Dictamen de ineptitud ("no apto") efectuado por el Servicio de Prevención de Riesgos Laborales, con lo que se entremezclan dos mecanismos: los protectores de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y el de la facultad extintiva (indemnizada) patronal ante esa ineptitud.

De acuerdo con lo anterior, debe partirse de que la categoría laboral del trabajador es la de oficial de primera gruista siendo destinado a varios trabajos, entre ellos los de operario de edificación y maquinista. Se dan por reproducidas en la sentencia las tareas realizadas, pero no consta en la comunicación de extinción, tampoco se declaran probadas -entendemos por no haberse acreditado- cuáles puede hacer y cuáles no. Solo se transcribe la carta de despido y las comunicaciones remitidas a la empresa por la Sociedad de Prevención Ibermutuamur. Tampoco constan acreditados ni declarados probados los factores de riesgo, circunstancias o actividades que ha evitar.

Ante ello, la Sala ha de discrepar del criterio de la Juzgadora de instancia, pues no hay prueba de que el trabajador no es apto para realizar su trabajo habitual, ya que si no toda merma permite la extinción contractual, sino sólo la que alcanza la relevancia suficiente y que, en palabras de la doctrina, "afecte al conjunto del trabajo y no sólo a alguno de sus aspectos, de cierta entidad o grado" en relación a las concretas funciones del puesto de trabajo, descartándose las livianas y sin que la declaración de no apto del Servicio de Prevención implique necesariamente la procedencia de la medida extintiva, menos aún puede admitirse tal extinción cuando ni



siquiera cabe valorar que tareas puede realizar y cuales no, así como, en su caso, que porcentaje de la jornada que representan esas tareas para las que no resulta apto.

A lo anterior cabe añadir que la jurisprudencia ha matizado que las facultades del empleador en orden a la dirección y control de la actividad laboral no son omnímodas ni de un posible ejercicio arbitrario, sino que tienen como límites la diferencia sustancial de funciones y la posibilidad de que ello cause perjuicio al trabajador. En este caso, la empresa sin acreditar la causa que motiva el cambio de funciones, destina al trabajador a puesto para el que le declara no apto, ocasionándole un significativo y trascendental perjuicio, pues llega a provocar la extinción de su contrato de trabajo.

Procede por último recordar que, como declara la sentencia de la Sala de lo Social de Madrid de 14 de enero de 2013 (Rec. núm. 6/2013), se ha de tener en cuenta la incidencia de los mandatos de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, que necesariamente tiene que modular la aplicación del artículo 52 a) 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 ineptitud sobrevenida, la empresa ha de demostrar no solamente la concurrencia de la ineptitud con los requisitos mencionados, sino también la imposibilidad de adecuar el puesto de trabajo a las limitaciones del trabajador y, en el presente caso no se ha probado por la empresa la imposibilidad de mantener la relación laboral por la inexistencia de puesto de trabajo compatible con las limitaciones supuestamente existentes.

De conformidad con lo expuesto, ha de estimarse el recurso formulado, y con revocación de la sentencia impugnada, declarar la improcedencia del despido acordado con las consecuencias legales inherentes a tal declaración.

**VISTOS** los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

## FALLAMOS

Que estimando el recurso de suplicación interpuesto por don Fulgencio, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 4 de Oviedo el 16 de marzo de 2016, en autos 964/2014 sobre Despido, seguidos a instancia del recurrente contra la Empresa Contratas Iglesias S.A. y contra el Fondo de Garantía Salarial, revocamos dicha resolución y estimando la demanda formulada, declaramos la improcedencia del despido acordado el 3 de noviembre de 2014, condenando a la parte demandada a que, a opción del trabajador, le readmita en las mismas condiciones anteriores al despido o le abone la indemnización de 26.815,5 euros, con abono en el primer caso de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido. La opción habrá de realizarse en el plazo de cinco días desde la notificación de esta sentencia y de no efectuarse en el plazo indicado se entenderá que se hace por la readmisión.

### *Medios de impugnación*

Se advierte a las partes que contra esta sentencia cabe interponer **recurso de casación para la unificación de doctrina**, que habrá de prepararse mediante escrito suscrito por letrado, presentándolo en esta Sala de lo Social dentro del improrrogable plazo de los diez días hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de la misma, en los términos del Art. 221 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social y con los apercibimientos en él contenidos.

### *Tasas judiciales para recurrir*

La tramitación del recurso de casación para unificación de doctrina no constituye hecho imponible, y por tanto no se requiere la liquidación de tasas (Consulta vinculante de la Dirección General de Tributos V 3674-23 de 26-12-2013).

### *Depósito para recurrir*

En cumplimiento del Art. 229 de la LRJS, con el escrito del recurso debe justificarse el ingreso de **depósito para recurrir (600 €), estando exento el recurrente que**: fuere trabajador o causahabiente suyo o beneficiario del régimen público de Seguridad Social; el Estado, las Comunidades Autónomas, las entidades locales y las entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de los mismos, las entidades de derecho público reguladas por su normativa específica y los órganos constitucionales, así como los sindicatos y quienes tuvieren reconocido el beneficio de justicia gratuita.

**Dicho depósito debe efectuarse en la cuenta** de Depósitos y Consignaciones que esta Sala de lo Social del TSJA tiene abierta en el Banco Santander, oficina de la calle Pelayo 4 de Oviedo. El nº de cuenta se conforma como sigue: 3366 0000 66, seguido del nº de rollo (poniendo ceros a su izquierda hasta completar 4 dígitos),



y las dos últimas cifras del año del rollo. Se debe indicar en el campo concepto: "**37 Social Casación Ley 36-2011**".

Si el ingreso se realiza mediante **transferencia**, el código IBAN del Banco es: ES55 0049 3569 9200 0500 1274, siendo imprescindible indicar también la cuenta del recurso como quedó dicho.

De efectuarse diversos pagos o ingresos en la misma cuenta se deberá especificar un ingreso por cada concepto, incluso si obedecen a otros recursos de la misma o distinta clase indicando en el campo de observaciones la fecha de la resolución recurrida utilizando el formato dd/mm/aaaa.

#### *Consignación o aseguramiento del importe de la condena*

Asimismo, por aplicación del Art. 230 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social la parte condenada que no goce del derecho de justicia gratuita deberá acreditar, al preparar el recurso, haber **consignado** en la citada cuenta, (y por separado del depósito citado), la cantidad objeto de condena, -o el incremento de cuantía respecto de la fijada por el Juzgado de lo Social, o bien el importe de la mejora voluntaria de la acción protectora de la Seguridad social o su incremento-; puede sustituirse la consignación en metálico por el aseguramiento mediante aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por entidad de crédito.

#### *Exenciones de los depósitos y consignaciones*

El Estado, las Comunidades Autónomas, las entidades locales y las entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de los mismos, así como las entidades de derecho público reguladas por su normativa específica y los órganos constitucionales, estarán **exentos** de la obligación de constituir los depósitos, cauciones, consignaciones o cualquier otro tipo de garantía previsto en las leyes. Los sindicatos y quienes tuvieren reconocido el beneficio de justicia gratuita quedarán exentos de constituir el depósito referido y las consignaciones que para recurrir vienen exigidas en esta Ley.

Pásense las actuaciones a la Sra. Letrada de la Administración de Justicia para cumplir los deberes de publicidad, notificación y registro de la Sentencia.

Así, por esta nuestra Sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.