



Roj: **STSJ M 8751/2016 - ECLI:ES:TSJM:2016:8751**

Id Cendoj: **28079340052016100496**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **5**

Fecha: **11/07/2016**

Nº de Recurso: **348/2016**

Nº de Resolución: **497/2016**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **ALICIA CATALA PELLON**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Rec. **348/2016** -A-

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

34016050

NIG : 28.079.00.4-2015/0039017

Procedimiento Recurso de Suplicación 348/2016

ORIGEN:

Juzgado de lo Social nº 04 de Madrid Despidos / Ceses en general 872/2015

Materia : Despido

Sentencia número: 497

Ilmos. Sres

D./Dña. MARIA BEGOÑA HERNANI FERNANDEZ

D./Dña. MARIA AURORA DE LA CUEVA ALEU

D./Dña. ALICIA CATALA PELLON

En Madrid a once de julio de dos mil dieciséis 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 los Ilmos. Sres. citados, 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 de Suplicación **348/2016**, formalizado por el/la LETRADO D./Dña. DAVID ISAAC TOBIA GARCIA en nombre y representación de ASEPEYO MUTUA COLABORADORA CON LA SEGURIDAD SOCIAL Nº 151, contra la sentencia de fecha 22 de diciembre de 2015 dictada por el Juzgado de lo Social nº 04 de Madrid en sus autos número Despidos / Ceses en general 872/2015, seguidos a instancia de D./Dña. Justa frente a ASEPEYO MUTUA COLABORADORA CON LA SEGURIDAD SOCIAL Nº 151, en reclamación por Despido,



siendo Magistrado-Ponente el/la Ilmo./Ilma. Sr./Sra. D./Dña. ALICIA CATALA PELLON, 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.- D^a Justa con DNI NUM000 ha venido prestando servicios para la Entidad demandada desde el día 5-4-93, con la categoría profesional de Enfermera/DUE y percibiendo un salario bruto anual de 29.041,64 euros con inclusión de la parte proporcional de las pagas extras, haciéndolo en el Servicio de Traumatología y Accidentes de Trabajo del centro de trabajo de la demandada sito en Móstoles y siendo de aplicación a la relación laboral el Convenio colectivo de Mutuas De Accidentes de Trabajo.

SEGUNDO.- No consta que la parte actora haya ostentado representación legal o sindical de los trabajadores.

TERCERO.- En fecha 16-7-15 la empresa demandada notificó a la actora carta de despido por causas objetivas con fecha de efectos del 14-7-15, en los términos que se reflejan en el hecho tercero de la demanda cuyo contenido se reproduce. En la carta se hace constar que se procede a la extinción de su contrato de trabajo al amparo del artículo 52 a) E.T. por ineptitud sobrevenida con posterioridad a su contratación, indicando que durante aproximadamente tres años al haber estado en situación de incapacidad temporal no ha podido desarrollar su trabajo como enfermera que tiene un alto contenido de especialidad médica y que implica un trato directo con los pacientes y personal facultativo. Se indica que el día 14 de Mayo del 2015 se le efectuó un reconocimiento médico por el especialista del servicio de prevención propio que concluye que ante la imposibilidad de asignación de tareas compatibles con su patología, así como los informes objetivos aportados, la trabajadora no puede continuar en su puesto de trabajo siendo calificada de no apta. Se señala que por ello ha perdido las condiciones de idoneidad exigibles para el desempeño de las funciones de su puesto de trabajos sobreviniendo una ineptitud operativa en su actividad laboral y que a pesar de haber finalizado el procedimiento de incapacidad temporal la situación física o psíquica emitida por los servicios médicos certifica que no posee las aptitudes profesionales ni la capacidad laboral necesaria para asumir el desarrollo de sus funciones máxime cuando se trata de funciones de naturaleza médico-sanitaria y de trato directo con pacientes. En la referida carta se indica que se pone a su disposición la cantidad de 29.041,64 euros.

Dicha cantidad le fue transferida a la actora notificándose el despido al comité de empresa y secciones sindicales.

CUARTO.- En fecha 18-2-15 y tras encontrarse la actora en situación de incapacidad temporal desde el 6-9-13, es dada de alta médica por el INSS con el diagnóstico de Depresión Mayor. Trastorno mixto de la personalidad, mejoría clínica, refiriéndose por el médico evaluador que su situación actual de mejoría es compatible con sus tareas. En informe psiquiátrico del Hospital de Móstoles que se aporta por la parte actora como documento 2 que se reproduce se hace constar que viene presentando un cuadro de características depresivas desde el año 2007, que ha recibido múltiples tratamientos farmacológicos sin que se hayan evitado las recaídas ni remitido el cuadro descrito y que la evolución tórpida del caso es el motivo de la derivación al Hospital de Día donde se ha realizado un tratamiento integral e intensivo de la paciente y que tras seguir el protocolo de depresión resistente además de las intervenciones grupales del centro, se ha mejorado el estado de ánimo lo suficiente como para proceder al alta del hospital de día y poder incorporarse a sus actividades habituales incluidas las laborales, realizándose el juicio clínico de Depresión mayor, trastorno mixto de la personalidad y señalando que la mejoría y estabilización de su cuadro se puede beneficiar del mantenimiento de la actividad académica que actualmente cursa (clases de inglés) por lo que considera adecuado que en la medida de lo posible se le facilite la continuidad en dicha actividad.

QUINTO.- Tras el alta médica la actora se incorpora a la empresa y disfruta de vacaciones. Se incorpora el día 2-3-15 y el 20-3-15 el personal del centro asistencial de Móstoles emite un escrito como consta en el documento 7 de la empresa que se reproduce. En fecha 9-4-15 se le realiza por el servicio de prevención propio de Asepeyo un examen de salud de reincorporación como consta en el documento 8 de la parte actora que se reproduce, haciéndose constar en fecha 13-4-15 a la dirección del centro que realice una adaptación temporal hasta que no se reciban los informes del médico especialista, y que dicha adaptación se basa en un Plan



de Inmersión personalizado (tutor, calendario, objetivos) para garantizar una efectiva tutela de la totalidad de las funciones, y que mientras la trabajadora no dispensará la atención y cuidados sanitarios propios de su profesión de enfermera a los mutualistas en solitario, indicando que la actora no es apta para el puesto de trabajo con restricciones (documento obrante al folio 41 del procedimiento)..

El 23-4-15 el Dr. Jesús María del centro asistencial remite un correo a la empresa indicando que hacía dos días la actora había comentado que le daban ganas de coger un bisturí y comenzar a borrar a todos , comentando que se sentía muy presionada y que no se encontraba bien.

En fecha 24-4-15 la demandada le concede con efectos de esa fecha una suspensión de empleo que no de sueldo al amparo del artículo 45-1 a) E.T . y señalando que tal suspensión se mantendrá mientras no se emita por parte del Servicio de prevención de Asepeyo el informe correspondiente al examen de salud.

SEXTO.- El 20-5-15 el Servicio de prevención propio de Asepeyo, remitiéndose al informe emitido por el especialista en psiquiatría Dr. Bienvenido que se aporta por la demandada al folio 47 del procedimiento, concluye que la actora no es apta para el puesto de trabajo con restricciones y que tal calificación de no aptitud se fundamenta en tal informe emitido por médico especialista de fecha 14-5-15. En relación a tal Don. Bienvenido la actora aporta como documento 4 de su ramo de prueba otro informe que se indica emitido a petición de la actora.

El 3-7-15 se comunica a la actora una vez recaída resolución emitida por el Servicio de Prevención Propio de Asepeyo respecto de su examen de salud que se procede a mantener la situación de suspensión de empleo que no de sueldo.

SÉPTIMO.- Del 10-12-12 al 5-9-13 la actora estuvo en situación de incapacidad temporal por presentar hallux valgus. Con anterioridad, del 19-12-11 al 9-12-12 estuvo también en situación de incapacidad temporal sin que conste la causa.

OCTAVO.- Las funciones propias del puesto de trabajo de la actora se detallan en el documento 15 aportado por la demandada que se reproducen, constando que por la Directora del Centro Asistencial se llegó a comentar a la actora la posibilidad de asignarle funciones de citación de pacientes y gestión de solicitudes que sin embargo no se le llegaron a asignar, sino que la actora el poco tiempo que estuvo prestando servicios, aproximadamente un mes, lo hizo bajo la tutela, dependencia y supervisión de un compañero.

NOVENO.- Consta celebrado el preceptivo acto de conciliación previa sin avenencia.

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

"Que estimando la demanda de despido entablada por D^a Justa frente a la empresa ASEPEYO MUTUA COLABORADORA CON LA SEGURIDAD SOCIAL NÚMERO 151 , declaro la improcedencia del despido de la actora de fecha 14-7-15 y en consecuencia condeno a la empresa demandada a readmitir a la actora en las mismas condiciones existentes con anterioridad al despido o bien a su elección formulada en el plazo de los cinco días siguientes a la notificación de la presente resolución ante la Secretaría del Juzgado y con la advertencia de que en el caso de no indicar nada se entendería que opta por la readmisión, a indemnizar a la actora con el abono de la suma de 47.663,83 euros que resulta tras descontar a la cantidad que por indemnización le corresponde y que asciende a la cantidad de 76.705,47 euros, la suma ya abonada de 29.041,64 euros, así como al abono de los salarios de tramitación devengados desde dicha fecha para el supuesto de optarse por la readmisión."

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por la parte ASEPEYO MUTUA COLABORADORA CON LA SEGURIDAD SOCIAL N° 151, formalizándolo posteriormente; tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte.

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 20/05/2016, 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 día 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 ha estimado la demanda formulada por la trabajadora, calificando como improcedente el despido objetivo del que fue objeto y en el que la empresa alegó como causa para extinguirle



el contrato, una ineptitud sobrevenida y frente a dicho pronunciamiento, se alza la representación Letrada de la demandada, sin combatir el relato fáctico y denunciando, de conformidad con el apartado c) del artículo 193 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social, la infracción en la sentencia, del artículo 52 a) del Estatuto de los Trabajadores y un error en la cuantificación de la indemnización, conforme a las reglas contenidas en la Disposición Transitoria Quinta del Real Decreto Ley 3/2012, de 10 de febrero.

El recurso de suplicación, ha sido impugnado.

SEGUNDO .- Como ha recordado de forma reciente este Tribunal, en sentencia de la Sección Primera de 12 de febrero de 2016, RS nº 913/2015, la ineptitud sobrevenida <<... consiste en la incapacidad personal o inhabilidad profesional para el trabajo, o la 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 (SSTS de 5 septiembre 1984, 30 noviembre 1989 y 2 mayo 1990).

El artículo 52.a) del Estatuto de los Trabajadores enumera, como causa de despido objetivo, "la ineptitud del trabajador conocida o sobrevenida con posterioridad a su colocación efectiva en la empresa". La jurisprudencia social ha definido esa ineptitud como la ausencia de las condiciones necesarias para desempeñar adecuadamente un determinado trabajo, o como señala la STS/IV de 2 de mayo de 1990, "el concepto de ineptitud se refiere, de acuerdo con la doctrina científica y la jurisprudencia, y siguiendo también el uso del lenguaje ordinario, a una inhabilidad o carencia de facultades profesionales que tiene su origen en la persona del trabajador, bien por falta de preparación o de actualización de sus conocimientos, bien por deterioro o pérdida de sus recursos de trabajo - rapidez, percepción, destreza, capacidad de concentración, etc. [...]". El resultado de dicha ineptitud es la imposibilidad de realizar adecuadamente las labores asignadas y la disminución del rendimiento, y aunque a idéntico resultado puede llegarse en los casos de incapacidad temporal o invalidez, ambos son supuestos diferentes: la incapacidad temporal no es causa de despido, sino de suspensión del contrato de trabajo conforme a lo dispuesto en el art. 55.1 c) del Estatuto de los Trabajadores, y la incapacidad permanente del trabajador, en los grados de total, absoluta o gran invalidez, está prevista como causa autónoma de extinción del contrato de trabajo en el art. 49.1.e) del referido Estatuto de los Trabajadores (en similar sentido la STSJ de Valencia de 9 noviembre de 1995). Y ésta es la doctrina que habitualmente se viene aplicando por las Salas de Suplicación que han entendido que en tales supuestos de imposibilidad de realizar adecuadamente las labores asignadas, puede extinguirse válidamente el contrato de trabajo con base a la ineptitud cuando el trabajador resulte « incapaz en la realización de su trabajo ordinario siempre que la enfermedad sea posterior a la fecha de iniciación de su trabajo», destacando, no obstante, que «para ello es necesario que esa incapacidad resulte debidamente acreditada, de manera que resulte indubitado que el trabajador no puede realizar su trabajo habitual a pesar de habersele denegado la incapacidad permanente» (STSJ Valencia 16/11/00).

Debe tener su origen en el trabajador no en la organización empresarial, debe ser continuada y no circunstancial, debe afectar a tareas relevantes del puesto de trabajo, debe afectar al desarrollo de la actividad o rendimiento de manera significativa, y debe ser probada por el empresario. Puede manifestarse en la pérdida de título, permiso o autorización necesarios para el trabajo, o en la carencia de los mismos tras ser legalmente exigidos de manera sobrevenida a la celebración del contrato, y puede valorarse a la vista de las tareas propias de la correspondiente categoría profesional.

En fin, como señala la doctrina judicial, no toda ineptitud es causa de despido sino solo la que se refiere a la carencia de facultades por parte del trabajador, esto es, una insuficiencia de la capacidad profesional, y que a su vez reúna una serie de requisitos que puedan resumirse en:

- La ineptitud ha de referirse a la prestación laboral del trabajador, no a cualquier otra circunstancia (ineptitud profesional).
- La ineptitud ha de reunir una cierta entidad, ha de ser importante, no siendo causa de extinción cuando sea leve o de escasa entidad.
- Ha de ser permanente en el tiempo, no meramente puntual.
- Ha de ser sobrevenida al inicio de la prestación de los servicios.
- Ha de derivarse de causas extrañas a la voluntad del trabajador.
- Además ha de ser real y verdadera, no simulada.

(...) En palabras de la sentencia de esta Sección de Sala de 11-11-2011, rec. 3368/2011 : "Debemos comenzar por señalar no cabe considerar, a efectos de determinar si concurre un supuesto de ineptitud sobrevenida, las enfermedades preexistentes al tiempo de la contratación, puesto que la jurisprudencia exige que la enfermedad determinante, se haya exteriorizado con posterioridad. Se exige además que la ineptitud sea general en el sentido de que ha de venir referida al conjunto del trabajo que se encomienda, y no relativa solamente a alguno de sus



aspectos, afectando a las tareas propias de la actividad laboral contratada. Es posible que un trabajador vea extinguido su contrato por ineptitud sobrevenida a pesar de que no se le haya reconocido por la Seguridad Social la incapacidad permanente en grado alguno.

Partiendo de la conocida descripción de la causa de ineptitud en sentencia del Tribunal Supremo de 2-5-90 en el sentido de que "el concepto de ineptitud se refiere a una inhabilidad o carencia de facultades profesionales que tiene su origen en la persona del trabajador, bien por falta de preparación o de actualización de sus conocimientos, bien por deterioro o pérdida de sus recursos de trabajo - rapidez, percepción, destreza, capacidad de concentración, etc. -", la doctrina de suplicación viene señalando que "la declaración de no invalidez no supone plena aptitud para el desempeño de las tareas que se hacían antes de caer de baja" (S.TSJ. País Vasco 6-5-97) , y que "puede declararse la resolución del contrato por ineptitud cuando el trabajador no alcanzando ningún grado de invalidez permanente de los previstos en la Ley General de la Seguridad Social, sin embargo resulta incapaz en la realización de su trabajo ordinario siempre que la enfermedad sea posterior a la fecha de iniciación de su trabajo" (S.TSJ. Galicia 15-10-99 , Cantabria 27-11-01 , Canarias Las Palmas 9-7-96 Cataluña 16-6-03 , "siendo por tanto un concepto diferente al de invalidez permanente, situación que por sí misma permite la extinción contractual ex art. 49.1 -e) ET , de forma que puede declararse la resolución del contrato por aquella causa cuando el trabajador no alcanza ningún grado de invalidez permanente y sin embargo resulta incapaz en la realización de su trabajo ordinario siempre que la enfermedad sea posterior a la fecha de iniciación del trabajo (STSJ Valencia 4- 10-06 , Cataluña 31-10-1997 , si bien "para ello es necesario que esa incapacidad resulte debidamente acreditada, de manera que resulte indubitado que el trabajador no puede realizar su trabajo habitual a pesar de habersele denegado la incapacidad permanente" (STSJ. Comunidad Valenciana 16-11-00).

Resumiendo, son requisitos para proceder al despido objetivo de ineptitud sobrevenida previsto en el art. 52 a) ET , los que siguen:

1. Ha de ser general, esto es, no es suficiente una disminución en el rendimiento respecto de algunas de las funciones o tareas propias del puesto de trabajo o contratadas y que constituyan la labor habitual, sino que es imprescindible que la ineptitud incida sobre el conjunto de las tareas propias del puesto de trabajo o constitutivas del objeto del contrato de trabajo y no sólo sobre algunas aisladamente consideradas (STS de 14 julio 1982 (RJ 1982, 4613)).
2. Afectante a las tareas propias de la prestación laboral contratada y no a la realización de trabajos distintos.
3. Debe presentar un cierto grado, es decir, ha de determinar una aptitud inferior a la media normal de cada momento, lugar y profesión.
4. Permanente y no meramente circunstancial.
5. Que sea debida a causas exógenas a la propia voluntad del trabajador, esto es, que no se requiere el requisito de culpabilidad (STS de 14-7- 1982). La ineptitud o inhabilidad profesional no debe estar provocada por el empleador, pues de lo contrario sería una vía fraudulenta para apartar de la empresa a aquellos trabajadores que resulten molestos para el empresario"...>>.

TERCERO . - Del firme relato fáctico, se desprende que:

- 1.- La trabajadora fue alta médica en fecha 18 de febrero de 2015, del proceso de incapacidad temporal que inició el 6 de septiembre de 2013. El alta lo fue con el diagnóstico de depresión mayor, trastorno mixto de la personalidad, mejoría clínica, refiriéndose por el médico evaluador que su situación actual de mejoría es compatible con sus tareas.
- 2.- En informe psiquiátrico del Hospital de Móstoles que se aporta por la parte actora como documento nº 2 que se reproduce, se hace constar que viene presentando un cuadro de características depresivas desde el año 2007, que ha recibido múltiples tratamientos farmacológicos sin que se hayan evitado las recaídas ni remitido el cuadro descrito y que la evolución tórpida del caso es el motivo de la derivación al Hospital de Día donde se ha realizado un tratamiento integral e intensivo de la paciente y que, tras seguir el protocolo de depresión resistente además de las intervenciones grupales del centro, se ha mejorado el estado de ánimo lo suficiente como para proceder al alta del Hospital de Día y poder incorporarse a sus actividades habituales incluidas las laborales, realizándose el juicio clínico de depresión mayor, trastorno mixto de la personalidad y señalando que la mejoría y estabilización de su cuadro se puede beneficiar del mantenimiento de la actividad académica que actualmente cursa (clases de inglés) por lo que considera adecuado que, en la medida de lo posible, se le facilite la continuidad en dicha actividad.
- 3.- La trabajadora, tras el alta médica, se incorporó a la empresa y disfrutó de vacaciones, incorporándose el día 2 de marzo de 2015.



En fecha 9 de abril del mismo año, se le realiza por el Servicio de Prevención propio de Asepeyo un examen de salud de reincorporación, haciéndose constar en fecha 13 de abril de 2015 a la Dirección del centro que realice una adaptación temporal hasta que no se reciban los informes del médico especialista y que dicha adaptación se basa en un Plan de Inmersión personalizado (tutor, calendario, objetivos) para garantizar una efectiva tutela de la totalidad de las funciones y que mientras, la trabajadora no dispensará la atención y cuidados sanitarios propios de su profesión de enfermera a los mutualistas en solitario, indicando que la actora no es apta para el puesto de trabajo con restricciones.

El 23 de abril de 2015 Don. Jesús María, del centro asistencial, remite un correo a la empresa indicando que hacía dos días la actora había comentado que le daban ganas de coger un bisturí y comenzar a borrar a todos, comentando que se sentía muy presionada y que no se encontraba bien.

En fecha 24 de abril de 2015 la demandada le concede, con efectos de esa fecha, una suspensión de empleo, que no de sueldo, al amparo del artículo 45-1 a) E.T. y señalando que tal suspensión se mantendrá mientras no se emita por parte del Servicio de prevención de Asepeyo el informe correspondiente al examen de salud.

El 20 de mayo de 2015 el Servicio de Prevención propio de Asepeyo, remitiéndose al informe emitido por el especialista en psiquiatría Don. Bienvenido que se aporta por la demandada al folio 47 del procedimiento, concluye que la actora no es apta para el puesto de trabajo con restricciones y que tal calificación de no aptitud se fundamenta en tal informe emitido por médico especialista de fecha 14 de mayo de 2015.

El 3 de julio de 2015 se comunica a la actora que una vez recaída resolución emitida por el Servicio de Prevención Propio de Asepeyo respecto de su examen de salud, se procede a mantener la situación de suspensión de empleo que no de sueldo.

4.- Las funciones propias del puesto de trabajo de la actora se detallan en el documento 15 aportado por la demandada que la sentencia reproduce, constando que por la Directora del Centro Asistencial se llegó a comentar a la actora la posibilidad de asignarle funciones de citación de pacientes y gestión de solicitudes que, sin embargo, no se le llegaron a asignar, sino que la actora el poco tiempo que estuvo prestando servicios, aproximadamente un mes, lo hizo bajo la tutela, dependencia y supervisión de un compañero.

5.- En fecha 16 de julio de 2015, la empresa demandada notificó a la actora carta de despido por causas objetivas, con fecha de efectos del día 14 del mismo mes y año, por ineptitud sobrevenida con posterioridad a su contratación, indicando que durante aproximadamente tres años al haber estado en situación de incapacidad temporal no ha podido desarrollar su trabajo como enfermera, que tiene un alto contenido de especialidad médica y que implica un trato directo con los pacientes y personal facultativo. Se indica que el día 14 de mayo del 2015, se le efectuó un reconocimiento médico por el especialista del servicio de prevención propio que concluye que, ante la imposibilidad de asignación de tareas compatibles con su patología, así como los informes objetivos aportados, la trabajadora no puede continuar en su puesto de trabajo siendo calificada de no apta. Se señala que por ello, ha perdido las condiciones de idoneidad exigibles para el desempeño de las funciones de su puesto de trabajos sobreviniendo una ineptitud operativa en su actividad laboral y que a pesar de haber finalizado el procedimiento de incapacidad temporal, la situación física o psíquica emitida por los servicios médicos certifica que no posee las aptitudes profesionales, ni la capacidad laboral necesaria para asumir el desarrollo de sus funciones máxime cuando se trata de funciones de naturaleza médico-sanitaria y de trato directo con pacientes.

De las afirmaciones contenidas en la fundamentación de derecho de la sentencia, con valor fáctico, se colige lo siguiente:

1.- El informe emitido por el Servicio de Prevención propio que declara a la actora no apta para su puesto de trabajo, es contradictorio con el emitido por el psiquiatra que ha venido tratando a la actora en el Hospital de Móstoles y que precisamente al advertir mejoría suficiente en su estado de ánimo, recomienda su alta tanto en sus actividades cotidianas como en las laborales, recomendándole incluso que lleve a cabo la actividad académica que realizaba que podría contribuir a la mejoría de su estado.

2.- El Instituto Nacional de la Seguridad Social, emite alta médica.

3.- El informe del Servicio de Prevención propio que se basa en el informe del psiquiatra y que no concreta ni siquiera cuáles son las limitaciones que la actora presenta y para qué funciones de su puesto de trabajo analizando el mismo, no fue ratificado en el acto de juicio, por lo que no puede servir para desvirtuar los informes públicos aportados que refieren la mejoría experimentada por la actora.

4.- La propia Directora del Centro reconoció que habló con la actora y le indicó la posibilidad de encargarle tareas de citación de pacientes y otras que no implicaran asistencia y colaboración con los facultativos sanitarios pero, sin embargo, no se le encomendaron tales tareas, sino que conforme se había indicado por



el Servicio de Prevención, se le encomienda un tutor y está en todo momento vigilada a la hora de realizar su trabajo durante prácticamente todo el tiempo en el que presta servicios. La sentencia señala lo siguiente: << Se advierte como incluso por el servicio de prevención se había recomendado un traslado de centro para realizar tal plan de inmersión pero sin embargo no se atiende tal requerimiento y se lleva a cabo en el mismo centro de trabajo y es en el marco de ese plan y sintiéndose la actora continuamente vigilada donde se refiere por uno de los facultativos una expresión de la actora sobre la utilización de un bisturí que no se consigna en la carta de despido, que se indica de forma aislada y sin consignar el contexto en que se produce y de la que no puede derivarse sin más tal falta de aptitud como así lo pretende la parte demandada. Tras referirse tal comentario, a la actora se le concede un permiso retribuido y no vuelve a prestar servicios en la empresa de manera que ni siquiera se espera a realizar tal plan de inmersión durante un mes como recomendaba el servicio de prevención y no se aportan cuáles fueran los resultados de tal plan de inmersión y el informe que en su caso emitiera el tutor tras la realización del mismo para comprobar o no su falta de aptitud, procediendo la demandada en base al informe del servicio de prevención a extinguir el contrato de trabajo de la actora. En todo caso aún a la vista del informe del especialista y del servicio de prevención se advierte por un lado que en relación a las distintas funciones propias de una enfermera, al no ser todas ellas de tipo asistencial pues existen funciones referidas a control de citas y de gestión de fármacos en el almacén, y desprendiéndose de los informes que las que en su caso no podría realizar serían las asistenciales, no se concreta la razón por la que no podría realizar esas otras funciones también propias de una enfermera. Además en el propio informe del especialista en psiquiatría aportado y no ratificado se refleja un episodio depresivo moderado que no tendría el carácter de permanente sino que sería susceptible de mejoría con tratamiento como así había sucedido meses antes, no dándose así los requisitos de permanencia para que pudiera declararse la situación de ineptitud sobrevenida por más que el psiquiatra que ni siquiera es el que la viene tratando, afirme que el pronóstico es malo>>.

CUARTO .- Sentado lo anterior y por aplicación de la doctrina referida en el fundamento segundo de la presente sentencia, entendemos que el primer motivo del recurso no puede prosperar, al no concurrir a nuestro juicio, los requisitos para extinguir objetivamente el contrato de trabajo de la actora por ineptitud sobrevenida a su colocación en la empresa, pues no existe prueba de ningún tipo, mas allá del informe del Servicio de Prevención privado y no ratificado en juicio, al que se ha aludido a lo largo de toda la sentencia, sobre que la actora no pueda realizar las actividades habituales de su puesto y sin que la haya logrado acreditar tampoco, qué funciones concretas y específicas no puede realizar y la medida en la que su cuadro clínico residual, resulta incompatible, por limitárselo de manera absoluto, con la realización del núcleo básico de su ocupación.

Por todo ello, el motivo decae.

QUINTO .- Distinta suerte corre sin embargo el segundo de los motivos, que alega una incorrecta aplicación de la Disposición Transitoria Quinta del Real Decreto Ley 3/2012, de 10 de febrero y al que se opone la parte impugnante, aduciendo que la interpretación efectuada en la instancia cohonesta con la doctrina contenida en la sentencia del Tribunal Supremo, de 29 de septiembre de 2014, Recurso nº: 3065/2013 :

Esta sentencia, efectivamente interpretó el alcance de la Disposición transitoria quinta del Real Decreto Ley 3/2012, de 10 de febrero , que lleva por rúbrica <<Indemnizaciones por despido improcedente, del Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral>>, y cuyo apartado segundo dispone que: <<2. La indemnización por despido improcedente de los contratos formalizados con anterioridad a la entrada en vigor del presente real decreto-ley se calculará a razón de 45 días de salario por año de servicio por el tiempo de prestación de servicios anterior a dicha fecha de entrada en vigor y a razón de 33 días de salario por año de servicio por el tiempo de prestación de servicios posterior. El importe indemnizatorio resultante no podrá ser superior a 720 días de salario, salvo que del cálculo de la indemnización por el periodo anterior a la entrada en vigor de este real decreto-ley resultase un número de días superior, en cuyo caso se aplicará éste como importe indemnizatorio máximo, sin que dicho importe pueda ser superior a 42 mensualidades, en ningún caso>>, pero su doctrina se ha visto superada por la contenida en las sentencias del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2016, Recurso número 1624/2014 y 18 de febrero de 2016 Recurso número 3257/2014 , razonando ésta última, lo siguiente:

<<En la STS 29 septiembre 2014 (rec. 3065/2013) realizamos una primera aproximación al tema, conforme a la cual si el día 12 de febrero de 2012 se hubieran superado los 720 días indemnizatorios (aplicando el módulo de 45 días por año) sería posible seguir devengando indemnizaciones (a razón de 33 días por año) hasta alcanzar el módulo de las 42 mensualidades.

Posteriormente, al resolver el recurso 1624/2014, en la STS de 2 de febrero de 2016 hemos advertido que el importe indemnizatorio por el período de servicios anterior al 12 de febrero de 2012 no puede ser superior a cuarenta y dos mensualidades en ningún caso, con independencia de que posteriormente se hayan prestado servicios.



... Sobre la base de las referidas sentencias, a la vista de los datos que el presente caso arroja, y con ánimo de clarificar nuestra doctrina, interesa que precisemos el alcance que consideramos adecuado a la citada Disposición Transitoria:

a) La Disposición Transitoria solo se aplica a los supuestos en que el contrato se ha celebrado con anterioridad a 12 de febrero de 2012; la fecha inicial de cómputo, en supuestos (como el presente) de unidad esencial del vínculo es claro que se retrotrae hasta el inicio del periodo computable.

b) Cuando, por aplicación de este precepto, se toman en cuenta periodos de servicio anteriores y posteriores al 12 de febrero de 2012 "el importe indemnizatorio resultante no podrá ser superior a 720 días de salario".

c) De manera excepcional, este tope de 720 días de salario puede obviarse si por el periodo anterior a 12 de febrero de 2012 ya se ha devengado una cuantía superior.

d) En sentido contrario, la norma implica que si por el periodo de prestación de servicios anterior a 12 de febrero de 2012 no se ha sobrepasado el tope de 720 días tampoco puede saltarse como consecuencia de la posterior actividad.

e) Si los 720 días indemnizatorios se superan atendiendo a los servicios prestados antes de 12 de febrero de 2012 hay que aplicar un segundo tope: el correspondiente a lo devengado en esa fecha. A su vez, esta cuantía no puede superar las 42 mensualidades.

f) Quienes a 12 de febrero de 2012 no habían alcanzado los 720 días indemnizatorios (con el módulo de 45 días por año) siguen devengando indemnización por el periodo posterior (con el módulo de 33 días). El referido tope de los 720 opera para el importe global derivado de ambos periodos.

g) El cálculo de cada uno de los dos periodos es autónomo y se realiza tomando en cuenta los años de servicio, "prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año" en los dos supuestos...>>.

Por ello, si tenemos en cuenta que la antigüedad de la trabajadora data de 5 de abril de 1993, que su salario diario es de 79,56 euros y que el despido se produjo el 14 de julio de 2015, la trabajadora acredita hasta el 12 de febrero de 2012, 18 años, diez meses y 7 días de prestación de servicios, o lo que es lo mismo y según nuestros cálculos, 847,84 días de indemnización, que al ser superior a 720 días, es el tope que debe aplicarse, al no ser superior a 42 mensualidades (esto es, 1260 días) y sin poder tomar en consideración el segundo periodo comprendido entre el 12 de febrero de 2012 y la fecha del despido (14 de julio de 2015).

De este modo, el motivo se estima, debiendo reducirse la indemnización fijada en la sentencia, a la interesada por la demandada.

VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

FALLAMOS

Estimamos parcialmente el recurso promovido por la representación Letrada de ASEPEYO MUTUA COLABORADORA CON LA SEGURIDAD SOCIAL NÚMERO 151, contra la sentencia de 22 de diciembre de 2015, dictada por el Juzgado de lo Social nº 4 de Madrid, en autos nº 872/2015 promovidos contra al recurrente por DOÑA Justa exclusivamente en lo que respecta al importe de la indemnización, que debe ascender a la cantidad de 67.705,56 euros, por lo que la cantidad que resulta de descontar a la misma, la suma ya abonada de 29.041,64 euros, asciende a 38.663,92 euros, confirmándola en el resto de pronunciamientos que contiene.

Sin costas. Dese a los depósitos y consignaciones, el destino legal.

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 Publico 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 2876-0000-00-0348-16 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 2876-0000-00-0348-16.

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.

PUBLICACIÓN

Publicada y leída fue la anterior sentencia en el día 26-7-2016 por el/la Ilmo/a. Sr/a. Magistrado-Ponente en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.