



Roj: **STSJ AR 125/2018 - ECLI:ES:TSJAR:2018:125**

Id Cendoj: **50297340012018100079**

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

Sede: **Zaragoza**

Sección: **1**

Fecha: **21/02/2018**

Nº de Recurso: **45/2018**

Nº de Resolución: **89/2018**

Procedimiento: **Social**

Ponente: **JUAN MOLINS GARCIA-ATANCE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.J.ARAGON SALA SOCIAL

ZARAGOZA

SENTENCIA: 00089/2018

-

CALLE COSO Nº 1

Tfno: 976208361

Fax: 976208405

NIG: 50297 34 4 2018 0100047

Equipo/usuario: MMC

Modelo: 402250

RSU RECURSO SUPPLICACION 0000045 /2018

Procedimiento origen: DESPIDO/CESES EN GENERAL 0000047 /2017

Sobre: DESPIDO OBJETIVO

RECURRENTE/S D/ña SOCIEDAD ESPAÑOLA DE MONTAJES INDUSTRIALES S.A.

ABOGADO/A: AGUSTIN SAUTO DIEZ

PROCURADOR:

GRADUADO/A SOCIAL:

RECURRIDO/S D/ña: Lucio

ABOGADO/A:

PROCURADOR:

GRADUADO/A SOCIAL: PABLO BUENO MUÑOZ

Rollo número **45/2018**

Sentencia número **89/2018**

M

MAGISTRADOS ILMOS. Sres:

D. CARLOS BERMÚDEZ RODRÍGUEZ

D. CÉSAR DE TOMÁS FANJUL



D. JUAN MOLINS GARCÍA ATANCE

En Zaragoza, a veintiuno de febrero de dos mil dieciocho.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, compuesta por los Sres. indicados al margen y presidida por el primero de ellos, pronuncia en nombre del REY esta

SENTENCIA

En el recurso de suplicación núm. 45 de 2018 (Autos núm.47/2017), interpuesto por la parte demandada SOCIEDAD ESPAÑOLA DE MONTAJES INDUSTRIALES SA, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número Seis de Zaragoza, de fecha once de diciembre de dos mil diecisiete ; siendo demandante D. Lucio , sobre despido. Ha sido ponente el Ilmo. Sr. D. JUAN MOLINS GARCÍA ATANCE.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- Según consta en autos, se presentó demanda por D. Lucio contra la mercantil Sociedad Española de Montajes Industriales SA, sobre despido, y en su día se celebró el acto de la vista, habiéndose dictado sentencia por el Juzgado de lo Social número Seis de Zaragoza, de fecha once de diciembre de dos mil diecisiete , siendo el fallo del tenor literal siguiente:

"Que estimando como estimo las demandas de despido y de reclamación de cantidad interpuestas por D. Lucio contra la mercantil Sociedad Española de Montajes Industriales S.A. debo condenar y condeno a la mercantil a que en el plazo de cinco días desde la notificación de la presente resolución, opte por la extinción indemnizada de la relación laboral, con el abono de la cantidad indemnizatoria de 10.777'57 euros (a la que habrá que descontar el importe indemnizatorio ya satisfecho), o bien por la readmisión del trabajador en las mismas condiciones existentes antes del despido, con el abono en este caso de los correspondientes salarios de tramitación desde la fecha del despido, a razón de 46'91 euros/día; y debo condenar y condeno a la mercantil a abonar al actor la cantidad de 1.770'28 euros brutos, mas el interés anual moratorio del 10% y la cantidad indemnizatoria de 678'21 euros por omisión de preaviso".

SEGUNDO .- En la citada sentencia y como hechos probados se declararon los del tenor literal:

"PRIMERO.- El demandante D. Lucio ha venido prestando sus servicios profesionales como trabajador por cuenta ajena para la mercantil demandada Sociedad Española de Montajes Industriales S.A. con la categoría profesional de oficial 2º montador-electricista, con una retribución bruta diaria con prorrata de pagas extras de 46'91 euros, y una antigüedad de 9/9/2010.

No es ni ha sido legal representante de los trabajadores y no consta afiliado a ningún sindicato.

Ninguno de estos datos ha sido controvertido.

La mercantil se dedica a la actividad de instalaciones eléctricas, a la construcción, montaje y desmontaje e infraestructuras asociadas a estructuras, soportes de antenas y equipos de radio, edificios técnicos y tendido de cable de fibra óptica, y mantenimiento.

SEGUNDO.- El 14/12/2016 la empresa le entrega carta de despido objetivo por ineptitud sobrevenida, con fecha de efectos del 16/12/2016.

Se aporta la carta de despido que se da por reproducida en su integridad (f.9 y ss).

En la misma se hace mención al contenido del informe del Servicio médico de prevención en el que le declara no apto para su trabajo de montador-electricista. Se le adjunta copia de las conclusiones del informe y de la descripción de las tareas de su puesto de trabajo (f. 103 y 104).

En ella se recogen como actividades habituales la de acopio de material, montaje de estructuras y equipos y la de izado de estructuras; en estas dos últimas se recoge la existencia de trabajo en altura.

Se le abona el importe indemnizatorio de 5.880'78 euros netos mediante transferencia bancaria (f. 105).

TERCERO.- El examen médico de salud lo realiza la Sociedad de Prevención CUALTIS S.L.U.

Consta examen periodico el 9/8/2016; concluye APTO "condicionado a completar estudio; pudiendo realizar todas las tareas" (f. 52).

Se hace constar la existencia de claudicación intermitente; en la exploración de EEII no existen deformidades, ni signos articulares anormales, no disimetrías, no dolor a la movilización, ni signos de insuficiencia venosa periférica; electrocardiograma con resultado dentro de la normalidad; exploración osteomuscular dentro de la



normalidad; patron pulmonar restrictivo leve; TA 133/75; se le requiere control por su MAP con informe sobre la claudicación intermitente (f. 51 vuelto).

Se emite nuevo informe el 18/11/2016 "tras ausencia por motivo de salud", siendo declarado NO APTO para su trabajo de montador-electricista, observaciones: "no debe trabajar en altura" (f. 57 y ss).

De su contenido se destaca: en cuanto a la descripción de los riesgos a los que está expuesto que es "al trabajo en espacios confinados", en cuanto a los hábitos el trabajador refiere caminar una hora diaria, parando cada 15 minutos; TA 139/75; refiere IT desde 3/10/2016 por cervicobraquialgia, que ha mejorado, pendiente de RNM; la exploración del cuello dentro de la normalidad; torax dentro de la normalidad; exploración de EEII sin deformidades, ni limitación de la movilidad, ni disimetrías ni dolor a la movilización; en columna lumbar exploración dentro de la normalidad; exploración del sistema nervioso dentro de la normalidad, sin alteración en pruebas de equilibrio y coordinación; exploración osteomuscular de columna, muñeca/mano y rodilla dentro de la normalidad; espirometría con función pulmonar normal; electrocardiograma con bloqueo incompleto de rama derecha; en el juicio clínico se hace constar la existencia de microhemeaturia en análisis de orina, claudicación intermitente e hipoacusia "alteraciones que deben ser valoradas por su médico"; se le requiere que aporte a dicho servicio médico de prevención el informe de su médico sobre la claudicación intermitente (f. 60 vuelto).

Así se comunica a la empresa el 14/12/2016 (f. 56).

CUARTO.- Permanece en IT por causa, contingencia y fechas concretas que no constan en Octubre y Noviembre de 2016 (según se refleja en la nóminas de dichos meses; f. 94 y 95).

QUINTO.- A la relación laboral le es de aplicación el C.C. del sector de la industria de la siderometalurgia de Zaragoza (BOP de 9/11/2015).

En su art. 30 se dispone que se garantiza a los trabajadores una revisión periódica de su salud, preferentemente anual, salvo criterio médico que establezca un plazo distinto; para los trabajadores especialmente sensibles (PES) a determinados riesgos de su puesto de trabajo, en aquellos casos que como consecuencia de enfermedad profesional o accidente de trabajo un trabajador resulte con disminución de sus aptitudes ocupará aquellos puestos existentes en la empresa más adecuados a sus nuevas facultades; cuando un trabajador fuese considerado especialmente sensible a determinados riesgos de su puesto de trabajo y no existiera un puesto equivalente de exposición a dichos riesgos el trabajador deberá ser destinado preferentemente a un puesto de trabajo o función compatible con su estado de salud.

SEXTO.- Se aporta la evaluación de riesgos laborales que se da por reproducida por su considerable extensión (f. 106 y ss).

SÉPTIMO.- La mercantil le adeuda la cantidad reclamada en demanda, por los conceptos de salario de Diciembre de 2016, liquidación de pagas extras y vacaciones y la indemnización por omisión de preaviso (f. 227 y 228; f. 100).

Así se ha reconocido expresamente por la mercantil.

OCTAVO.- Se ha celebrado el pertinente acto de conciliación previa sin efecto, no compareciendo la mercantil demandada pese a estar citada en legal forma y haber tenido puntual y detallado conocimiento de la reclamación formulada frente a ella."

TERCERO .- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por la parte demandada, siendo impugnado dicho escrito por la parte demandante.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- El debate litigioso radica en dilucidar si el despido objetivo del actor por ineptitud sobrevenida debe calificarse de procedente o improcedente. La sentencia de instancia estima la demanda interpuesta por el trabajador, declarando la improcedencia de su despido. Contra ella recurre en suplicación la empresa demandada, formulando dos motivos al amparo del apartado c) del art. 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (en adelante LRJS), que deben examinarse conjuntamente por su íntima interconexión, en los que denuncia la infracción de los arts. 24.1 y 18.1 de la Constitución ; del art. 90.1 de la LRJS ; del art. 217.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ; de los arts. 22.2 , 22.4 , 14.1 , 14.2 , 15.1.a) y b) y 22 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales ; de los arts. 4.2.e) y 52.a) del Estatuto de los Trabajadores (en adelante ET); y del art. 13.4 de la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social , alegando, en esencia, que cuando un servicio de prevención declara no apto a un trabajador, automáticamente debe declararse la procedencia del



despido objetivo por ineptitud sobrevenida: existe una vinculación entre dicha declaración de falta de aptitud y la calificación del despido objetivo.

SEGUNDO .- Esta Sala no puede aceptar la tesis de la parte recurrente. Si la declaración de no aptitud del servicio de prevención vinculase en el pleito impugnando el despido por ineptitud sobrevenida, bastaría con que un servicio de prevención propio de la empresa declarase dicha falta de aptitud para que el empleador pudiera extinguir la relación laboral al amparo del art. 52.a) del ET sin posibilidad de defensa por parte del trabajador, lo que le situaría en una situación de indefensión proscrita por el art. 24 de la Constitución .

Reiterados pronunciamientos de diferentes Tribunales Superiores de Justicia (en adelante TSJ) han declarado improcedentes sendos despidos objetivos por ineptitud sobrevenida a pesar de la existencia de la declaración de no aptitud por el servicio de prevención de la empresa, que no vincula al Tribunal, explicando por qué las dolencias del trabajador no son tributarias de un despido objetivo.

La sentencia del TSJ de Madrid de 11-7-2016, recurso 348/2016 , declaró improcedente un despido por ineptitud pese a que el servicio de prevención había declarado no apta a la trabajadora argumentando: *"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"*.

En el mismo sentido puede citarse la sentencia del mismo Tribunal de 9-1-2014, recurso 1579/2013 , del TSJ de Castilla y León con sede en Burgos de 11-6-2008, recurso 277/2008 ; 23-2-2012, recurso 111/2012 y 5-10-2015, recurso 599/2015; del TSJ de Asturias de 19-9-2014, recurso 1460/2014 ; y del TSJ de las Islas Canarias con sede en las Palmas de 23-10-2013, recurso 716/2013 , entre otras. La primera de las citadas sentencias del TSL de Castilla y León argumenta: *"La Sala de lo Social del TSJ de Cataluña, sec 1ª, en Sentencia de fecha 21-6-2005, núm. 5550/2005, rec 424/2004 . Pte:Agustí Juliá, Jordi, viene a señalar que, a fin de determinar si concurre causa de ineptitud como causa de extinción del contrato de trabajo por causas objetivas que viene recogido en el apartado a) del art.52 del ET , el diagnostico de la entidad aseguradora es insuficiente para fundar la ineptitud invocada. Con todo ello llegamos a una primer conclusión que nos parece importante y es que la declaración de "no apto" de un trabajador efectuada por un servicio de prevención como consecuencia de la revisión medica a la que puede ser sometido no es causa automática para que opere el art.52.a del ET y se justifique con ello la decisión empresarial de extinguir el contrato de trabajo al amparo del citado texto legal, sino que deben de concurrir los demás requisitos antes expuesto y que viene siendo admitidos de forma constante y reiterada por nuestra jurisprudencia"*.

TERCERO .- En idéntico sentido se pronunció la sentencia del TS de 22-7-2005, recurso 1333/2004 , la cual examinó la suficiencia o insuficiencia de la comunicación de despido por ineptitud sobrevenida de un vigilante de seguridad que había sido declarado no apto por el servicio de vigilancia de salud laboral. La carta de despido no relatava las deficiencias físicas apreciadas por dicho servicio de vigilancia. El TS considera suficiente la comunicación de despido, estimando el recurso de casación y denegando la nulidad del despido: *"No obstante, la estimación del presente recurso de casación no puede conducir a desestimar íntegramente el de suplicación, porque la resolución del debate planteado en el mismo (...) requiere la de otro motivo subsidiario del que ha sido resuelto, consistente en la inexistencia de la causa de ineptitud en que se fundó la decisión empresarial de extinguir el contrato de trabajo, que expresamente dejó sin analizar ni resolver la sentencia recurrida, al haber estimado el motivo de suplicación que ha sido objeto único del recurso de casación. Habrá de ser acordada, por lo tanto, la procedencia de que se dicte nueva sentencia de suplicación en la que se resuelva el indicado motivo de dicho recurso"*.

En definitiva, la declaración de no apto por el servicio de prevención, propio o ajeno, no excusa al empleador de justificar la concurrencia de los requisitos legales del despido por ineptitud sobrevenida, para lo cual puede valerse de cualquiera de los medios de prueba admisibles a derecho, por ejemplo, citando a juicio al facultativo que suscribió el informe declarando no apto al trabajador para que explique cuáles son las concretas dolencias que le aquejan y por qué no puede desempeñar sus funciones. Por ello, procede desestimar este recurso, confirmando la sentencia de instancia, que no ha vulnerado los preceptos legales invocados por la parte recurrente: los arts. 24.1 y 18.1 de la Constitución , 90.1 de la LRJS , 217.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , 22.2 , 22.4 , 14.1 , 14.2 , 15.1.a) y b) y 22 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales , 4.2.e) y 52.a) del ET, ni 13.4 de la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social .

CUARTO .- El art. 233.1 de la derogada Ley de Procedimiento Laboral se interpretó por el TS (por todos, autos del TS de 21-1-2000, recurso 2142/1997 ; 18-5-2007, recurso 3265/2004 y 2-7-2009, recurso 3395/2007) en



el sentido de que no hay tasación de costas en los recursos extraordinarios laborales, sino determinación discrecional por la Sala de los honorarios cuando hubiera condena en costas. La citada doctrina es aplicable al art. 235.1 de la LRJS, lo que obliga a condenar en costas a la parte recurrente, incluyendo los honorarios del abogado o graduado social de la parte impugnante del recurso de suplicación, fijando su importe, atendiendo a las concretas circunstancias del presente litigio, en la cantidad de 600 euros.

Se condena a la parte recurrente a la pérdida del depósito (art. 204.4 de la LRJS) y de la consignación (art. 204.1 de la LRJS).

En atención a lo expuesto,

FALLO

Desestimamos el recurso de suplicación núm. 45 de 2018, ya identificado antes y, en consecuencia, confirmamos la sentencia recurrida. Se condena a la parte recurrente al pago de las costas de su recurso, incluyendo los honorarios del abogado de la parte impugnante del recurso de suplicación, en la cantidad de 600 euros. Se condena a la empresa recurrente a la pérdida del depósito y de la consignación.

Notifíquese esta resolución a las partes con la advertencia de que:

- Contra la misma pueden preparar recurso de casación para unificación de doctrina ante el Tribunal Supremo por conducto de esta Sala de lo Social en el plazo de diez días desde la notificación de esta sentencia.
- El recurso se preparará mediante escrito, firmado por Letrado y dirigido a esta Sala, con tantas copias como partes recurridas y designando un domicilio en la sede de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, a efectos de notificaciones.
- En el caso de que quien pretendiera recurrir no ostentara la condición de trabajador o beneficiario del régimen público de Seguridad Social, o no gozase del beneficio de justicia gratuita, deberá, al momento de preparar el recurso y en el plazo de diez días señalado, consignar la cantidad objeto de condena o formalizar aval bancario por esa cantidad en el que se haga constar la responsabilidad solidaria del avalista; y que al momento de formalizar el recurso de casación, deberá acompañar resguardo acreditativo de haber depositado la cantidad de 600 euros, en la cuenta de este órgano judicial abierta en el Banco Español de Crédito (Banesto), debiendo hacer constar en el campo "observaciones" la indicación de "depósito para la interposición de recurso de casación".

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