



Roj: **STSJ CAT 1024/2015 - ECLI:ES:Tsjcat:2015:1024**

Id Cendoj: **08019340012015100558**

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

Sede: **Barcelona**

Sección: **1**

Fecha: **17/02/2015**

Nº de Recurso: **7053/2014**

Nº de Resolución: **1128/2015**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER SANZ MARCOS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA

CATALUNYA

SALA SOCIAL

NIG : 08019 - 44 - 4 - 2014 - 8012751

EBO

Recurso de Suplicación: 7053/2014

ILMO. SR. JOSÉ QUETCUTI MIGUEL

ILMO. SR. FRANCISCO JAVIER SANZ MARCOS

ILMA. SRA. MATILDE ARAGÓ GASSIOT

En Barcelona a 17 de febrero de 2015

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, compuesta por los/as Ilmos/as. Sres/as. citados al margen,

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A núm. 1128/2015

En el recurso de suplicación interpuesto por Fundació Privada Santa Oliva frente a la Sentencia del Juzgado Social 19 Barcelona de fecha 24 de julio de 2014 dictada en el procedimiento Demandas nº 258/2014 y siendo recurrida Rita , Fondo de Garantía Salarial y Ministerio Fiscal. Ha actuado como Ponente el Ilmo. Sr. FRANCISCO JAVIER SANZ MARCOS.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 13 de marzo de 2013 tuvo entrada en el citado Juzgado de lo Social demanda sobre Despido en general, en la que el actor alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó procedentes, terminaba suplicando se dictara sentencia en los términos de la misma. Admitida la demanda a trámite y celebrado el juicio se dictó sentencia con fecha 24 de julio de 2014 que contenía el siguiente Fallo:

"- ESTIMO EN PARTE la demanda interpuesta por Dª Rita frente a las mercantiles FUNDACIÓN PRIVADA SANTA OLIVA y FONDO DE GARANTÍA SALARIAL siendo parte el MINISTERIO FISCAL en reclamación por EXTINCIÓN POR CAUSAS OBJETIVAS (ART. 52 a) CON VULNERACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES..

- DECLARO la NULIDAD de la extinción del contrato por causas objetivas con efectos 15-02-2014 por su carácter discriminatorio.



- CONDENO A FUNDACIÓN PRIVADA SANTA OLIVA:

- A estar y pasar por tal declaración y al cese inmediato de la conducta discriminatoria, readmitiendo a la demandante al puesto de trabajo que desempeñaba, con abono de los salarios devengados hasta que la readmisión tenga lugar.

- A indemnizar al la demandante por los perjuicios derivados de la actuación empresarial con la cantidad de SEIS MIL DOSCIENTOS CINCUENTA Y UN EUROS (6.251 EUROS) por daños morales

Se condena al Fondo de Garantía Salarial a estar y pasar por la anterior declaración, sin perjuicio de las responsabilidades legales subsidiarias previstas legalmente y con los límites del artículo 33 del Estatuto de los Trabajadores establece."

SEGUNDO.- En dicha sentencia, como hechos probados, se declaran los siguientes:

PRIMERO.- La demandante, cuyos demás datos personales figuran en el encabezamiento de la demanda, prestaba servicios para la demandada desde el 28-02-2012, con la categoría profesional de Gerocultora y percibiendo un salario promedio diario de 31,44 euros, incluida prorrata. La relación que le vinculaba a la empleadora era indefinida a tiempo parcial (72%) que realizaba en horario habitual comprendido entre las 14:30 a 21:30. No ha ostentado cargo de representación objetiva y/o sindical (no controvertido - folios 66 a 86-103).

SEGUNDO.- La demandante, diagnosticada de hipertiroidismo, tras presentar angina en reposo, fue ingresada en el Hospital Sant Joan de Déu el 18-03-2013, siendo dada de alta hospitalaria el 25-03-2013, pendiente de la realización de coronariografía, por enfermedad coronaria moderada de un vaso, a la normalización de la función tiroidea. El 17-04-2013 se le practicó cateterismo cardiaco, con buena evolución. Inició un proceso de incapacidad temporal en fecha 18-03-2013 por "dolor torácico precordial" y fue dada de alta médica por mejoría el 31-07-2013 (folios 136- 141 a 145).

TERCERO.- La demandante sigue control por cardiología y tiene prescrita la realización de esfuerzos isométricos intensos (folio 134). A su reincorporación el 13-02-2014 la demandante trabajó con normalidad y no se realizó informe en ese momento relativo a su aptitud laboral (folios 88-89).

CUARTO.- El 18-10-2013 el Servicio de Prevención ajeno, contratado por la empleadora con Mutua EGARSAT, elaboró un informe de aptitud de la demandante considerándola "APTA CON RESTRICCIONES", con prescripción de manipulación manual de cargas superior a 10 kg., describiendo como riesgos del puesto de trabajo "estrés postural, manipulación de alimentos, manipulación manual de cargas, movimientos repetitivos y trabajos con sangre y/o secreciones humanas" (folio 87).

QUINTO.- En la empresa existe representación de los trabajadores y Delegado de Prevención, a quien no se dio traslado del informe del Servicio de Prevención, estando previsto tratar el tema en la reunión del Comité de Seguridad y Salud (interrogatorio demandada).

SEXTO.- En fecha 31-01-2014 la Fundación demandada comunicó a la actora la extinción de su contrato de trabajo, con efectos 15-02-2014, alegando básicamente los siguientes hechos (folios 11-12, por reproducidos):

- Haber tenido conocimiento, mediante el oportuno informe de aptitud de Mutua EGARSAT que no es factible su incorporación a su puesto de trabajo ni en ninguno otro en la empresa, atendiendo a los riesgos propios del trabajo y sus limitaciones.

- Presentar limitación para manipular manualmente cargas superiores a 10 Kg, siendo un riesgo propio del puesto de trabajo "el estrés postural y la manipulación manual de cargas, no resultando adecuada la continuidad en la prestación ni proponer un cambio de puesto.

- Se le considera NO APTA para su puesto de trabajo, por ineptitud sobrevenida.

SÉPTIMO.- Se puso a disposición de la demandante una indemnización en importe de 1.154,80 euros por indemnización, entregando un cheque nominativo en su favor con carácter simultáneo a la entrega de la comunicación (no controvertido). En fecha 15-02-2014 se le entregó propuesta de finiquito reiterando la asociación del despido con las limitaciones físicas reconocidas en el informe de Mutua EGARSAT (folio 102).

OCTAVO.- La demandante desempeñaba en su actividad como Gerocultora las siguientes funciones (folio 104, por reproducido):

- Vigilancia, supervisión y o ayuda en las actividades de la vida diaria del residente (levantarse, acostarse higiene, acompañamiento al WC, a caminar si es preciso, y cuidado y orden de objetos personales de los residentes), utilizando los medios técnicos necesarios tanto para evitar riesgos a los residentes como al trabajador.



- . Reparto y orden de la ropa que sale de la lavandería.
- Hacer camas y ordenar la habitación.
- Realizar curas básicas bajo la supervisión del personal de enfermería.
- Tomar constantes si es necesario.
- Pinchar insulina si no hay personal de enfermería.
- Motivar a los residentes para que participen en las actividades.
- Dar soporte al residente en todos los sentidos.
- Participar en reuniones de equipo.
- Rellenar los registros.

NOVENO.- La empresa dispone de equipos de elevación (grúas Molift Smart - Molift Quick Raiser (folios 137 a 140).

DÉCIMO.- A la demandante le fue reconocido por resolución del ICASS de 25-04-2014 un grado de discapacidad del 15%, valorándose la enfermedad del aparato respiratorio, miopía e hipotiroidismo (folio 135). no presentó a la empresa certificado de minusvalía.

DECIMOPRIMERO.- Es de aplicación a la relación laboral entre las partes el Convenio Colectivo marco estatal de servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal (BOE 18-05-2012).

DECIMOSEGUNDO.- Ante la comunicación de cese la demandante promovió la celebración del preceptivo acto de conciliación por DESPIDO ante la Secció de Conciliacions Individuals del Departament d'Empresa i Ocupació de la Generalitat de Catalunya en fecha 11-03-2014, estando fijada fecha para la celebración del acto de juicio el 28-04-2014, celebrándose el acto sin efecto por incomparecencia de las demandadas.

TERCERO.- Contra dicha sentencia anunció recurso de suplicación la parte demandada, que formalizó dentro de plazo, y que la parte contraria, a la que se dió traslado impugnó, elevando los autos a este Tribunal dando lugar al presente rollo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Recurre la empresa demandada el desfavorable pronunciamiento de instancia que, tras declarar "la nulidad de la extinción del contrato por causas objetivas con efectos de 15.02.2014 por su carácter discriminatorio" (al haberse fundamentado "en la limitación detectada para negar aptitud en el desempeño de su actividad con carácter definitivo..." -Ff 7.1-) le condenaba (además de a las consecuencias inherentes a dicha calificación) al pago de la cantidad de 6.251 euros por los perjuicios irrogados a la trabajadora en los términos que ofrece el noveno de sus razonamientos. Recurso que formaliza bajo un primer motivo de revisión fáctica dirigido a la modificación que propone de sus hechos segundo, tercero, cuarto, sexto y décimo- segundo.

Como propuesta alternativa al primero de los ordinales citados reclama la incorporación a su texto de la precisión relativa a que el proceso de IT a que el mismo se refiere (de 18 de marzo de 2013) lo fue "por contingencia común", al tiempo que pone de relieve que su diagnóstico ("dolor torácico precordial") sólo "aparece en el ejemplar del parte de baja que se queda el trabajador"; pretensión revisoria que hace extensiva a la repercusión funcional de una clínica que le permite "llevar una vida perfectamente normal debiendo evitar únicamente los esfuerzos isométricos intensos..." (3º), incluyendo en el cuarto el error que imputa a su texto en cuanto omite el verbo "evitar" en la frase "con prescripción de...manipulación...".

Postula, finalmente, la modificación del hecho décimosexto para sustituir su judicial redactado ("...no resultando adecuada la continuidad en la prestación ni proponer un cambio de puesto se le considera no apta...") por el alternativo: "(...) sin que pueda ser posible ni adecuado proponer un cambio de puesto de trabajo dentro de nuestro ámbito asistencial, atendiendo las características propias de su profesión y de nuestra entidad. Y esta situación a llevado a que se le considere no apta...").

Según reiterada doctrina mantenida por esta Sala en sus sentencias de 28 de junio de 1997 , 17 de julio de 1998 , 15 de junio de 1999 , 28 de febrero y 15 de mayo de 2000 , 18 de septiembre de 2001 , 18 de enero de 2011 y 7 de junio , 10 de octubre de 2013 , 15 de abril y 15 de diciembre de 2014 -entre otras muchas- sólo es posible la revisión de los hechos probados de la sentencia dictada en el proceso laboral cuando: a) La equivocación que se imputa al juzgador a quo resulta patente, sin necesidad de llevar a cabo conjeturas o razonamientos, de documentos o pericias obrantes en los autos que así lo evidencien; b) Se señalen los



párrafos a modificar, ofreciendo redacción alternativa que delimite el contenido de la pretensión revisoria; debiendo hacerse concreta referencia no sólo de los hechos impugnados, sino también cómo pretende que se tengan por rectificadas o ampliadas; d) Que las modificaciones solicitadas sean relevantes y trascendentes para la resolución de las cuestiones planteadas. Sin la conjunta concurrencia de estos requisitos -recuerda la última de las citadas- no puede prosperar el motivo de suplicación acogido al apartado b) del art. 191 de la Ley de Procedimiento Laboral ; y d) Que los resultados postulados, aun deduciéndose de aquellos medios de prueba, no queden desvirtuados por otras pruebas practicadas en autos pues, en caso de contradicción entre aquellas, debe prevalecer el criterio del juez de instancia, a quien la ley reserva la función de valoración de las pruebas aportadas por las partes (ex art. 97.2 LPL ; y correlativo de la vigente LRJS).

En singular referencia a este último requisito, esta Sala ha venido reiterando (en sus pronunciamientos de 14 y 26 de julio y 20 de octubre de 2000 , 4 de mayo de 2001 , 31 de enero de 2006 y 28 de julio de 2010 - entre otras-) que el proceso laboral es un procedimiento judicial de única instancia, en el que la valoración de la prueba es función atribuida en exclusiva al Juez a quo, de modo que la suplicación se articula como un recurso de naturaleza extraordinaria que no permite al Tribunal entrar a conocer de toda la actividad probatoria desplegada, limitando sus facultades de revisión a las pruebas documentales y periciales que puedan haberse aportado, e incluso en estos casos, de manera muy restrictiva y excepcional, pues únicamente puede modificarse la apreciación de la prueba realizada por el Juez de lo Social cuando de forma inequívoca, indiscutible y palmaria, resulte evidente que ha incurrido en manifiesto error en su valoración. En cualquier otro caso, "debe necesariamente prevalecer el contenido de los hechos probados establecido en la sentencia de instancia, que no puede ni tan siquiera ser sustituido por la particular valoración que el propio Tribunal pudiere hacer de esos mismos elementos de prueba, cuando el error evidente de apreciación no surge de forma clara y cristalina de los documentos o pericias invocados en el recurso, de acuerdo con el art. 97 de la Ley de Procedimiento Laboral ": y correlativo de la LRJS (Sentencia de 14 de julio de 2000).

Pues bien, conjugando la facultad que legalmente se atribuye al juzgador en la apreciación de la prueba practicada en la instancia con la limitada invocación de la que resulte hábil a efectos revisorios y tomando siempre como referencia la relevancia jurídico-procesal de una propuesta que, en todo caso, habrá de asociarse al correspondiente motivo de censura al que servirá de condicionante presupuesto fáctico respecto a su resultado, debe advertirse sobre la cuestionable relevancia de las distintas propuestas que se incorporan al primero de los motivos articulados de contrario.

En lo que concierne a la común etiología de la contingencia de la IT de 18 de marzo de 2013 (y su correspondiente diagnóstico) así como la adición que incorpora la propuesta -respecto a aquella pacífica contingencia- resulta de la valorada documental cuya cita se reitera (folios 136 a 145), de igual modo debe mantenerse el diagnóstico que resulta de estos apreciados documentos; de cuya literalidad (en relación al incorporado al 137 de las actuaciones) de igual modo se predica la modificación que se propone del hecho tercero al resultar -del último párrafo del informe a que se refiere- que "la paciente puede llevar una vida laboral perfectamente normal debiendo evitar únicamente esfuerzos isométricos intensos". Literalidad que, igualmente, debe proyectar sus efectos tanto al contenido de la comunicación resolutoria pacíficamente incorporada a los folios 11 y 12, como al advertido error de transcripción que se observa al analizar el "Informe d'aptitud" obrante al folios 87 cuando (tras concluirse que la actora es "apte amb restriccions") se indica que debe ésta evitar la "manipulació manual de càrregues > 10 kg".

Por tratarse de un mero antecedente del proceso en curso carece también de la relevancia que la parte pretende atribuir a una propuesta dirigida a constatar que el acto de conciliación previa a que se refiere el hecho décimo segundo de la recurrida finalizó "sin acuerdo" -folio 41- (y no "sin efecto").

A los efectos previstos en el artículo 197 de la Ley Reguladora propone la impugnante (en escrito del que se dio cumplido traslado a las demás partes -según resulta de la Diligencia d'Ordenació de 23 de octubre de 2014-) la adición de un nuevo particular al hecho sexto para precisar como la extinción de su contrato se produjo "en base al informe del Servicio de Prevención de 18.10.2013 remitido a la empleadora en fecha 16.01.2014; propuesta que debe seguir suerte análoga (y por razones similares) a las ofrecidas en respuesta a este mismo ordinal.

SEGUNDO.- Como motivo jurídico de censura denuncia la empresa la infracción del artículo 52.a) del Estatuto de los Trabajadores "en relación con la interpretación realizada al efecto por la Directiva 2000/78".

Frente a lo razonado por el Juzgador a quo -en el cuarto fundamento jurídico de su sentencia- en el sentido de considerar que la hermenéutica judicial de dicho precepto (según la cual resultaría procedente el despido de un trabajador que, aun no alcanzando "ningún grado de incapacidad permanente, resultara incapaz en la realización de su trabajo ordinario siempre que la enfermedad fuera posterior a la fecha de iniciación del trabajo") "ha sido superada por la STSJUE (asunto RING) que ha ampliado el concepto de discapacidad como factor de discriminación prohibido por el art. 2.2b) de dicha Directiva "a toda disposición, criterio o práctica,



aparentemente neutros que cuestionen una desventaja particular a personas por determinados factores personales, entre los que incluye la discapacidad (al considerarla aplicable "a los supuestos de enfermedades de larga duración -no necesariamente crónicas-, que puedan provocar limitaciones para la ejecución del trabajo, en el caso de la demandante, para manipular cargas superiores a 10 Kg función que, aunque con carácter puntual, debe efectuar en su actividad laboral...") o pone la empresa demandada que aun, admitiendo que la sentencia que se cita del TJUE "ha clarificado el concepto de discapacidad...no sólo no se ha apartado de la doctrina Chacon...sino que de forma rotunda ha vuelto a señalar que "sólo podrá solicitarse la protección de la Directiva en la medida que constituya una discriminación con arreglo" a su artículo 2.1..."; a lo que añade que "(...) no puede apreciarse la existencia de una situación de discapacidad si, previamente, no existe una declaración administrativa...declaración (que) no existe en el momento de la extinción del contrato...".

Se impugna de contrario la argumentación de la recurrente, advirtiendo que "la trascendencia lesiva del acto extintivo empresarial cabe valorarlo, no ya desde la perspectiva de la nueva STJCE de 11.04.2013 sino ya con la doctrina anterior de Chacon Navas de 11.07.2006", pues "no había causa hábil para despedir a la trabajadora...en abierta contradicción con lo expuesto en el Informe del Servicio de Prevención de Riesgos que determinaba (su) aptitud para el normal desarrollo de su puesto de trabajo..." (sin perjuicio la obligación de adaptación profesional a que se refieren los artículos 15.1d y 25 de la LPRL). El certificado del ICASS -avanza la recurrida en su razonamiento- viene a dar "carta de naturaleza a lo que ya evidenciaba el Informe de aptitud con restricciones del Servicio de Prevención" lo que le lleva a concluir en favor de la existencia de un "término segregador, que operaría...ya con la sentencia Chacón Navas" pues, tras recepcionar "el documento del Servicio de Prevención de 16.01.2014, comunica la decisión extintiva unos días después el 31.01.2014 (lo que) evidencia el carácter reactivo de una decisión ..." con la que se pretende "eludir una serie de obligaciones preventivas de naturaleza legal que teleológicamente están vinculados a derechos vinculados a la salud de la trabajadora...".

TERCERO Con expresa y singular respuesta a la valorada circunstancia de que la doctrina que se contiene en el pronunciamiento que se cita del TJUE (de 11 de abril de 2014; caso Ring) supera la sentada por el propio Tribunal en su sentencia de 11 de junio de 2006 (caso Chacón Navas) advierte la dictada por el Pleno de esta Sala de lo Social el 1 de julio de 2014 que el concepto de discapacidad se conforma por los siguientes términos: "1º) que la discapacidad no viene definida en la directiva ni tampoco se remite su definición al derecho nacional; 2ª) que el concepto de discapacidad es el siguiente: limitación derivada de dolencias físicas, mentales o psíquicas que suponen un obstáculo para que la persona participe en la vida profesional; 3º) que no se puede equiparar pura y simplemente el concepto discapacidad y enfermedad, 4º) que para que la limitación al trabajo pueda incluirse en el concepto de discapacidad es preciso, conforme a la Directiva, la probabilidad de que tal limitación lo sea de larga evolución; 5º) que la Directiva no contiene indicación alguna que sugiera que los trabajadores se encuentran protegidos por motivo de discapacidad, tan pronto como aparezca cualquier enfermedad como consecuencia de ello, una persona que haya sido despedida a causa de una enfermedad no está incluida en el marco de la Directiva 2000/78 para luchar contra la discriminación por motivos de discapacidad; 6º) que conforme a sus arts. 2.1 y 3.1 c ésta se opone a todo despido por discapacidad que no se justifique por el hecho de no ser competente o no estar capacitado para desempeñar las tareas del puesto de trabajo, si no hubiera podido realizarse por el empresario ajustes razonables para que continuara trabajando".

Desarrollando la cuestión ya apuntada relativa a "si cabe considerar a la enfermedad como un motivo que se añada a los recogidos en la Directiva 2000/78 y frente a la que se prohíbe toda discriminación, el TJUE señala: 1º) que ninguna disposición del Tratado de la CE prohíbe la discriminación por motivos de enfermedad en cuanto tal; 2º) que la enfermedad en cuanto tal no puede considerarse como un motivo que pueda añadirse a los ya recogidos..." (razón por la cual la abstracta consideración de la misma "no entra dentro de los motivos de discriminación"; lo que "no obsta a que la enfermedad que comporte una discapacidad a largo plazo, esté ya incluida como discapacidad y por tanto protegida por la Directiva"). Circunstancia que lleva a concluir a este Tribunal Superior en el sentido de considerar que "el concepto de discapacidad al que alude la Directiva comprende no sólo a las discapacidades de nacimiento o las habidas por accidente, sino también las derivadas de enfermedad, tal como se evidencia del concepto o definición de discapacidad entendida como limitación derivada de dolencias físicas, mentales o psíquicas y que supongan un obstáculo para que la persona de que se trate participe en la vida profesional, siempre que la limitación de que se trate, incluya la probabilidad de que tal limitación sea de larga duración".

Partiendo de este analizado antecedente judicial se examina si "se ha producido una mutación o variación expansiva" de su concepto en aplicación de la sentencia Ring; advirtiéndose (como punto argumental de partida) que la misma "toma en consideración los asertos que ya se contenían en el sentencia del caso Chacón Navas y por ello sigue manifestando que no está definida en la Directiva 2000/78 y que fue el TJUE quien en el punto 43 de aquella sentencia estableció que dicho concepto se refiere a una limitación derivada de dolencias físicas, mentales o psíquicas que supongan un obstáculo para que la persona que los padece



participe en la vida profesional...". Aun admitiendo que la Directiva Comunitaria debe ser interpretada conforme a la Convención de la ONU (ratificada por la UE con posterioridad al pronunciamiento que se cita de 11 de junio de 2006) mantiene esta Sala de lo Social que "el concepto de discapacidad no difiere del recogido en la sentencia Chacón Navas" por cuanto "la precisión que realiza el Convenio de la ONU, no es otro que para que tenga tal calificación es preciso que sea a largo plazo" (pues) ni de la Directiva 2000/78 ni de la sentencia Chacón Navas puede deducirse que aquélla "sólo recogiera las discapacidades de nacimiento o derivadas de accidentes, excluyendo las derivadas de enfermedad al contrario, que cuando las limitaciones deriven de enfermedad ya sea curable o incurable, impidan la participación plena y sea la limitación de larga evolución, tal enfermedad debe incluirse en el concepto de discapacidad".

Se mantiene, de esta forma, "la doctrina contenida en la sentencia del caso Chacón Navas, en cuanto entiende que la enfermedad en cuanto tal no puede considerarse un motivo que venga a añadirse a aquellos otros motivos en relación con los cuales la Directiva 2000/78 prohíbe toda discriminación"; de tal manera que se puede afirmar -concluye el Pleno de la Sala; con el Voto Particular de cinco de sus magistrados- "que no ha variado la doctrina respecto del concepto de discapacidad...salvo la referencia a la exigencia recogida en la Convención de la ONU relativa a que la enfermedad sea curable o incurable, que en nada altera la definición de discapacidad ya señalada...".

CUARTO.- Así las cosas, desde la advertida asimilación conceptual entre los pronunciamientos que se citan del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, la respuesta jurisdiccional a la cuestión litigiosa (que la propia impugnante desvincula de aquella - inacogible- "mutación expansiva"; al reiterar ésta la lesividad del acto empresarial "no ya desde la perspectiva de la nueva STJCE de 11.04.2013 sino ya con la doctrina anterior de Chacón Navas de 11.07.2006") habrá de producirse desde dimensión jurídica que ofrece la secuencia cronológico-objetiva de unos datos a los que se pretende vincular la declarada ilicitud de la decisión impugnada.

La demandante (que ha venido prestando sus servicios para la Fundación recurrente como Gerocultora desde el 28 de febrero de 2012) fue "diagnosticada de hipertiroidismo tras presentar angina en reposo". Tras su ingreso hospitalario (el 18 de marzo de 2013) fue dada de alta el día 25 del mismo mes "pendiente de la realización de coronariografía por enfermedad coronaria moderada de un vaso...". El 17 de abril de ese mismo año se le practica "cateterismo cardíaco con buena evolución"; habiendo cursado un proceso de IT (por enfermedad común) entre 18 de marzo y 31 de julio de 2013 por "dolor torácico precordial". Sigue "control por cardiología pudiendo llevar una vida laboral perfectamente normal debiendo evitar únicamente los esfuerzos isométricos intensos" (tras su reincorporación "la demandante trabajó con normalidad y no se realizó informe en ese momento relativo a su aptitud laboral").

El 18 de octubre de 2013 el Servicio de Prevención ajeno "elaboró un informe de aptitud de la demandante considerándola apta con restricciones con prescripción de evitar la manipulación de cargas superiores a 10 kg, describiendo como riesgos del puesto de trabajo estrés postural, manipulación de alimentos, manipulación manual de cargas, movimientos repetitivos y trabajos con sangre y/o secreciones humanas". Con expresa remisión a lo así informado el 31 de enero de 2014 la empresa le comunica su despido "per ineptitud sobrevenida" al considerar inadecuado que "continuí desenvolupant les seves tasques...sense que tampoc sigui possible adequat proposar un canvi de lloc de treball dins aquest àmbit assistencial, ateses les característiques pròpies de la seva professió...".

QUINTO.- Argumenta la Juzgadora a quo en favor de la nulidad de esta impugnada decisión sobre la base de que la empresa ha instrumentalizado "el Informe del servicio de vigilancia...sin someter ni a información ni consulta el informe a los órganos" representativos de los trabajadores (hp 5), deduciendo "de sus conclusiones la existencia de una carga excesiva que no está obligada a soportar..."; actitud con la que se aparta a la demandante "del mercado de trabajo" por presentar "una enfermedad crónica generadora de un grado de discapacidad que, aunque no haya motivado la apertura de un proceso de incapacidad temporal, no le ha impedido ni le impide (hp 3) el desempeño de su actividad laboral (con las "funciones" que refiere el hecho 8º), utilizando las medidas preventivas de que dispone la Fundación..." ("grúas de elevación...de preceptiva utilización para impedir que las sobrecargas perjudiquen la salud de los trabajadoras..." -hp 9º-).

No obsta a esta censurada conducta empresarial -avanza la magistrada en su razonamiento- "que la resolución del ICASS que declara la discapacidad se hubiere dictado con posteridad (el 25 de abril de 2014) al despido (de 31 de enero del mismo año) y no se hubiere entregado documentación con carácter previo pues (éste)... se origina por la propia constatación de la empleadora de la enfermedad crónica a través del servicio de vigilancia de la salud y la discapacidad que provoca...".

Recuerda la sentencia de la Sala de 21 de enero de 2013 lo manifestado en sus pronunciamientos de 23 de septiembre de 2010 y 12 de enero de 2011 al reiterar que para la ineptitud sobrevenida "sigui apreciable com



a causa extintiva ha de venir sempre referida a la impossibilitat de realitzar les funcions habituals i inherents a la categoria professional del treballador"; remitiéndose, en este sentido, a lo señalado por la STSJ de Castilla/León de 13 de julio de 2010 cuando -con cita de la del Tribunal Supremo de 2 de mayo de 1990 - reitera que dicha 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, percepción, destreza, falta de capacidad de concentración, rapidez, etc."

Para que la extinción del contrato de trabajo se ajuste a lo prevenido en el artículo 52.a) del Estatuto de los Trabajadores se requiere, por tanto, "que el trabajador efectivamente haya perdido, cualquiera que sea la causa, las condiciones de idoneidad mínimamente exigibles para el adecuado desempeño de las principales tareas de su puesto de trabajo, habiéndose llegado a esta situación con posterioridad a la formalización del vínculo laboral, o con desconocimiento del empresario si la ineptitud es anterior a su inicio, no siendo necesario que la pérdida de aptitud sea imputable al trabajador, ni tampoco que suponga una absoluta y total carencia de idoneidad para el desempeño del puesto de trabajo, correspondiendo, eso sí, al empresario la carga de probar que el trabajador ya no es apto para cumplir debidamente con sus obligaciones laborales".

Ahora bien, como se encarga de precisar la sentencia que se cita de este Tribunal Superior -reproduciendo la doctrina que en la misma se contiene- "(...) El reconocimiento de la ineptitud no tiene que imponer por necesidad la incapacidad permanente total ya que algunos grados invalidantes juegan en el Estatuto de los Trabajadores como supuestos suspensivos o extintivos propios de contrato de trabajo", por lo que se hace necesario "distinguir entre la ineptitud sobrevenida como causa extintiva y la invalidez permanente en ciertos grados (artículo 49.5 del ET), pues esta última se define por remisión a la legislación de la Seguridad Social y requiere de una declaración administrativa o judicial".

Se trata, en consecuencia (añade dicha sentencia con un criterio que se manifiesta en armonía con el sustentado en nuestras sentencias de 31 de octubre de 1997 , 6 de junio y 14 de marzo de 2001 , 16 de junio de 2003 , 10 de junio de 2005 , 5 de marzo de 2009 y - entre las más recientes- la de 28 de febrero de 2012 -) "de un concepto desconectado del de incapacidad física o psíquica, producida a consecuencia de alguna de las contingencias protegidas por la Seguridad Social. La ineptitud sobrevenida se refiere, según constante interpretación, a una inhabilidad o carencia de facultades profesionales que tiene su origen en la persona del trabajador y también, como hemos expuesto por deterioro o pérdida de sus recursos de trabajo, percepción, destreza, rapidez, lo que es distinto al concepto de invalidez, situación aquella que por sí misma permite la extinción contractual de forma que puede declararse la resolución del contrato por tal causa cuando, como es el caso, el trabajador no alcanza ninguno de los grados de invalidez permanente en los grados previstos en el artículo 137 de la LGSS , sin embargo resulta incapaz en la realización de su trabajo ordinario".

En todo caso, y para que la extinción del contrato de trabajo se ajuste a lo así prevenido, se exigirá, como se afirma en los pronunciamientos indicados, que el trabajador efectivamente haya perdido, cualquiera que sea la causa, las condiciones de idoneidad mínimamente exigibles para el adecuado desempeño de las principales tareas de su puesto de trabajo. Causa de ineptitud que, añadíamos inmediatamente, "debe manifestarse como verdadera y no disimulada, general, de cierto grado, referida al trabajador y no debida a los medios materiales o el medio de trabajo, permanente y no meramente circunstancial, y que afecte a las tareas propias de la prestación laboral contratada y no a la realización de trabajos distintos".

En el supuesto analizado por la sentencia que se cita de 12 de enero de 2011 se confirma la improcedencia del despido de un trabajador que había sido considerado "apto con restricción" en el Informe Médico-laboral tras "varios procesos de incapacidad temporal por lumbalgia mecánica...". Se argumentaba (en un caso en el que la pretensión del demandante se había limitado a aquella declarada calificación) que "el dictamen de valoración de aptitud a que la propia comunicación extintiva se refiere cuando invoca la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, lejos de habilitar la medida acordada por el empresario considera la idoneidad del trabajador para el ejercicio de una actividad laboral que, en cualquier caso, ha venido desarrollando durante los períodos de alta sin que se hubiese constatado ninguna incidencia reveladora de aquella supuesta ineptitud. Y si bien es cierto que la misma se produce con restricciones, tal circunstancia no menoscaba el derecho al trabajo del operario al imponer al empresario la obligación de remover aquellos obstáculos que pudieran condicionar su desarrollo en las debidas condiciones de salubridad". Remitiéndonos a lo razonado por la sentencia recurrida cuando (invocando la dictada por la STSJ del País Vasco de 3 de junio de 2008 " advierte que "nuestra actual legislación está primando el derecho al trabajo, pero dentro de los parámetros de seguridad e higiene, de forma que la empresa no está facultada para instrumentalizar una causa de extinción, sino que ese riesgo que denuncia debe ser un aliciente que fomente la seguridad e higiene en el trabajo, no la extinción del contrato y pérdida del mismo, sino un cauce idóneo para afianzar el marco en el que se desarrolla el trabajo"; para, seguidamente, recordar "lo dispuesto por la Ley de Prevención de Riesgos Laborales cuando tras establecer que el empresario y las personas u órganos con responsabilidades en materia de prevención



serán informados de las conclusiones que se deriven de los reconocimientos efectuados en relación con la aptitud del trabajador para el desempeño del puesto de trabajo o con la necesidad de introducir o mejorar las medidas de protección y prevención, a fin de que puedan desarrollar correctamente sus funciones en materia preventiva (artículo 22.4.3), impone a aquél la obligación de garantizar de manera específica la protección de los trabajadores que, por sus propias características personales o estado biológico conocido, incluidos aquellos que tengan reconocida la situación de discapacidad física, psíquica o sensorial, sean especialmente sensibles a los riesgos derivados del trabajo (art. 25.1)".

Desde la reconocida "absoluta falta de causalidad entre la situación que la comunicación extintiva describe ("no es factible su reincorporación...atendiendo a los riesgos propios del trabajo y sus limitaciones..." -hp sexto-) y la trascendencia de la discapacidad de la demandante ("apta con restricciones con prescripción de evitar manipulación manual de cargas superiores a 10 kg..." -hp cuarto; requerimiento que, además de su puntual relevancia en el marco de las distintas "funciones" propias de "su actividad como Gerocultora" -hp 8º-, puede verse asistido por los "equipos de elevación de que dispone la empresa -hp 9º-), concluye la Juzgadora a quo en favor de la nulidad (que no improcedencia) del cese analizado "ante la discriminación en que la demandada ha incurrido al proceder a la extinción del contrato de la demandante" en aplicación 1, 2 y 5 de la Directiva 2000/78/CE...".

SEXTO.- En el caso de autos (a diferencia del contemplado en aquel relatado antecedente) la expresa reclamación de nulidad por parte del trabajador reclamante obliga a analizar si (en el caso que ahora se enjuicia) la actuación empresarial debe ser sancionada con la nulidad de su despido o si (por el contrario) la probada injustificación de la ineptitud alegada determina la improcedencia a la que, de forma subsidiaria, se refiere la parte en su recurso.

Nos inclinamos por la primera de las alternativas en función de los datos a considerar en orden a esta litigiosa calificación.

Consta probado (y así se declara) que, tras reincorporarse a su puesto de trabajo, "la demandante trabajó con normalidad", como también se acredita que el Informe del Servicio de Prevención la consideró "apta con restricciones con prescripción de evitar manipulación de cargas superiores a los 10 kg" (única que se revela singularmente vinculada a un puesto de trabajo definido por un elenco de funciones extrañas a este físico requerimiento pues los "riesgos del puesto" que se añaden al indicado se revelan extraños a aquella funcional minoración). Pues bien la empresa, lejos de realizar "los ajustes razonables para que continuara trabajando" (en los términos que refiere el artículo 3 del Anexo Primero del RD 487/1997 de 14 de abril sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud relativas a la manipulación manual de cargas que entraña riesgos, en particular dorso lumbares para los trabajadores; en relación con los artículos ya citados de la LPRL), sin poner a disposición de la trabajadora los "equipos de elevación" que poseía ni trasladar el contenido del Informe evacuado por el Servicio de Prevención en el ámbito propio de su actividad (arts. 30 de la LPRL y 20 de su Reglamento) a los representantes de los trabajadores (arts. 29 y 31 del Convenio Estatal del Sector) procedió a la extinción del contrato de la demandante en un contexto del que solo cabe deducir la nulidad que por la presente se confirma.

La empresa no sólo eludió remover los obstáculos observados por un Servicio de Prevención al que el artículo 20 del RPRL encomienda la función de "identificar, evaluar y proponer las medidas correctoras que procedan, considerando para ello todos los riesgos de esta naturaleza existentes en la empresa" sino que también omitió someter a la consideración del Comité central de seguridad y salud laboral (a que se refiere el artículo 29.2d del Convenio) lo informado por un servicio al que el artículo 4.1.a de su Reglamento (RD 39/1997) otorga -entre otras- las funciones de evaluar los riesgos de un determinado puesto de trabajo, atendiendo a "la posibilidad de que el trabajador que lo ocupe o vaya a ocuparlo sea especialmente sensible, por sus características personales o estado biológico conocido" a las condiciones que impone su desarrollo".

Se alega de contrario la ausencia de una formal declaración de discapacidad previa al despido, ignorando que la situación de discapacidad analizada se produce no tanto desde la declaración de minusvalía formulada según nuestro derecho interno sino de conformidad con las previsiones de la Directiva Comunitaria; y es claro que, en el caso de autos, encontrándonos ante una "limitación derivada de dolencias físicas...que suponen un obstáculo para que la persona participe en la vida profesional" sin que, por parte del empleador, se adopten los "ajustes razonables para que continuara trabajando" habrá que considerar la nulidad de la decisión extintiva adoptada con conocimiento del Informe en el que ineficazmente pretende fundamentarla.

Analizando un supuesto análogo al litigioso declara la STSJ de Valencia de 8 de mayo de 2014 la nulidad del despido sometido a su enjuiciamiento al constar que éste "(...) se produjo a los pocos días de recibir el actor el alta médica del proceso de incapacidad temporal por lumbalgia de tres meses de duración, cuando la empresa tenía sobre la mesa la solicitud de cambio de puesto de trabajo acompañada del informe del



Servicio de Prevención que calificaba al (mismo) como apto para el trabajo pero con limitaciones, ante la imposibilidad de levantar pesos superiores a los 10 kilos o realizar actividades que pudieran exigir frecuentes o prolongados encorvamientos". Nos encontramos (se razonaba en el identificado pronunciamiento) "ante una dolencia física -lumbalgia- que produce una limitación de larga duración -pues no solo la baja médica había durado 90 días, sino que la previsión era que no podía seguir desempeñando las mismas tareas- y que al interactuar con diversas barreras -como es un puesto de trabajo en el que se debían levantar pesos de hasta 10 kilos y realizar tareas con frecuentes encorvamientos- impedían la participación (de aquél) ... en la vida profesional en igualdad de condiciones con el resto de trabajadores de la empresa demandada"; lo que lleva a considerar al Tribunal que "estamos ante el concepto de discapacidad que contempla la Directiva 2000/78 ...por lo que la calificación de nulidad del despido del demandante que hace la sentencia recurrida se ajusta a lo previsto en el artículo 55.5 del ET , que califica como tal el que tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas por la Constitución o en la ley".

Y al haberlo entendido así la Magistrada en su sentencia procede su confirmación, previo rechazo del recurso interpuesto por ambos litigantes; lo que determina (en aplicación de lo dispuesto por los arts. 204 y 235 de la LRJS) la pérdida del depósito y consignación efectuados por la recurrente; a la que expresamente se condena en las costas causadas, con inclusión de los honorarios del letrado de la actora-impugnante en cuantía de 400 euros.

Vistos los preceptos legales citados, sus concordantes y demás disposiciones de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por la FUNDACION PRIVADA SANTA OLIVA contra la Sentencia de 24 de julio de 2014, dictada por el Juzgado de lo Social 19 de Barcelona en autos 258/2014, sobre despido, promovidos por D^a Rita contra la citada mercantil, el FONDO DE GARANTIA SALARIAL y la intervención del MINISTERIO PUBLICO; debemos confirmar y, en su integridad, confirmamos la citada resolución, decretándose la pérdida de la consignación y depósito efectuados por la Sociedad recurrente, a la que (y de forma expresa) se condena en costas en la señalada cuantía de 400 euros.

Notifíquese esta resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, y expídase testimonio que quedará unido al rollo de su razón, incorporándose el original al correspondiente libro de sentencias.

La presente resolución no es firme y contra la misma puede interponerse Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, para ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, el cual deberá prepararse mediante escrito con la firma de Abogado y dirigido a ésta Sala en donde habrá de presentarse dentro de los diez días siguientes a la notificación, con los requisitos establecidos en el Art. 221 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social .

Así mismo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 229 del Texto Procesal Laboral, todo el que sin tener la condición de trabajador o causahabiente suyo o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social o no goce del beneficio de justicia gratuita o no se encuentre excluido por el art. 229.4 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , consignará como depósito, al preparar el Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, la cantidad de 600 euros en la cuenta de consignaciones que tiene abierta esta Sala, en BANCO SANTANDER , Oficina núm. 6763, sita en Ronda de Sant Pere, nº 47, N° 0937 0000 66, añadiendo a continuación los números indicativos del recurso en este Tribunal.

La consignación del importe de la condena, cuando así proceda, se realizará de conformidad con lo dispuesto en el art. 230 la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social y se efectuará en la cuenta que esta Sala tiene abierta en BANCO SANTANDER (oficina indicada en el párrafo anterior), N° 0937 0000 80, añadiendo a continuación los números indicativos del Recurso en este Tribunal, y debiendo acreditar el haberlo efectuado, al tiempo de preparar el recurso en esta Secretaría.

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

Publicación.- La anterior sentencia ha sido leída y publicada en el día de su fecha por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente, de lo que doy fe.