

Juzgado de lo Social nº de Madrid

Domicilio: C/ Princesa, 3 , Planta

Teléfono:

Fax:

NIG:

Procedimiento Despidos / Ceses en general '2019

Materia: Despido

DEMANDANTE: D./Dña.

DEMANDADO: SL

SENTENCIA N° /2020

En la Villa de Madrid, a de Febrero de dos mil veinte

Vistos por , Magistrado del Juzgado de lo Social nº de Madrid, los presentes autos seguidos con el nº '2019 en los que han sido parte demandante DON , defendido por la Letrado Sra. Hristoforova Boeva, y DEMANDADA la empresa , S.L., defendida por la Letrado Sra. a dictado los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por DON se presentó demanda en la que, en base a los hechos y fundamentos de derecho que consideraba de aplicación, solicitaba se dictara sentencia en la que se declarara la improcedencia del despido del que el mismo había sido objeto con los efectos inherentes a dicha declaración.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, dado traslado de la misma a la demandada, se convocó a las partes a la celebración de vista, señalándose para ello la audiencia del día de Febrero de 2019.

TERCERO.- Llegado el día señalado, comparecieron las partes, quienes alegaron lo que a su derecho convino y tras la práctica de las pruebas admitidas, y emitidas por las partes sus respectivas conclusiones quedaron los autos sobre la mesa de la Proveyente para dictar sentencia.

CUARTO.- En la tramitación de este procedimiento se han observado las prescripciones legalmente establecidas.

HECHOS PROBADOS

PRIMERO.- El actor, DON [redacted] cuyos datos de identificación constan en la demanda, vino prestando servicios para la demandada desde el [redacted] 07 con la categoría profesional de conductor-repartidor y salario mensual de [redacted] euros, incluida prorrata de pagas extraordinarias.

SEGUNDO.- En los reconocimientos médicos efectuados por el Servicio de Prevención de la empresa en los años [redacted], [redacted], [redacted] y [redacted] se concluyó la aptitud del trabajador para el desempeño de su trabajo.

TERCERO.- En el reconocimiento médico efectuados por el Servicio de Prevención de la empresa en Abril del año 2017 se concluyó la “aptitud” del trabajador para el desempeño de su trabajo “con limitaciones”. En el apartado de limitaciones consta: “No puede levantar pesos superiores a 15 kg”.

CUARTO.- En el reconocimiento médico efectuados por el Servicio de Prevención de la empresa en Enero del año 2019 se concluyó la aptitud del trabajador para el desempeño de su trabajo “con limitaciones”. En el apartado de limitaciones consta: “su trabajo no requerirá el uso del brazo derecho por encima del hombro, no puede manejar pesos superiores a 10 kgs en solitario y/o sin apoyos mecánicos, no realizar flexo-extensión y/o giros forzados y mantenidos del tronco”

QUINTO.- En carta de fecha [redacted] /2019 se procedió a su despido por ineptitud sobrevenida conforme a los dispuesto en el artículo 52 a) del Estatuto de los Trabajadores reconociéndole indemnización de 20 días de salario por año de trabajo.

El actor percibió la cantidad reconocidas en concepto de indemnización que asciende a [redacted] euros y de liquidación cuyo importe asciende a [redacted] euros.

La comunicación obrante a los folios 15 y 16 se da por reproducida en su integridad.

SEXTO.- Por resolución del NSS de [redacted] /2018 se declaró al trabajador afecto a lesiones permanentes no invalidantes de los baremos 071 y 110 declarándose su derecho a percibir en concepto de indemnización la cantidad de [redacted] euros.

SÉPTIMO.- Por resolución del INSS de [redacted] 2019 se denegó al actor la prestación de incapacidad permanente por no ser constitutivas sus dolencias determinantes de grado alguno de incapacidad.

Consta en el dictamen del evi de [redacted] 12/2018 que padece: lumbociática izquierda, protrusión con pequeña HD posterolateral izquierda L5-S1 cambios degenerativos facetarios L5-S1. Ap de rotura supraespinoso del hombro derecho.

En sentencia dictada en fecha [redacted] /2019 en el Juzgado de lo Social nº [redacted] del actor se ha desestimado la pretensión del trabajador sobre incapacidad permanente total y

subsidiariamente parcial. Dicha sentencia está pendiente de la resolución del recurso de suplicación.

OCTAVO.- La empresa demandada se dedica a la distribución de productos de alimentación. Los conductores tiene asignadas rutas que recorren conduciendo camiones con la carga a repartir. La carga máxima que transporta un camión es de 3.500 kg. Las cajas de alimentos tienen pesos que oscilan entre los 2kg y los 25 kg.

NOVENO.- La parte actora no ostenta ni ha ostentado en el último año la representación legal ni sindical de los trabajadores.

DÉCIMO.- La parte actora presentó papeleta de conciliación en fecha 2019 celebrándose en fecha 2019 resultando el mismo intentado sin efecto.

DÉCIMOPRIMERO.- Agotada la vía previa la parte actora ha interpuesto demanda el día /2019.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Al objeto de dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 97.2 del R.D. Legislativo 2/1995, de 7 de abril por el que se aprueba la LPL, se declara que los hechos probados se han deducido de los siguientes medios de prueba:

- El primero del contrato de trabajo y nóminas
- El segundo de los informes del Servicio de Prevención obrantes a los folios 81 a 89.
- El tercero del informe del Servicio de Prevención obrante al folio 90
- El cuarto del informe del Servicio de Prevención obrante al folio 92
- El quinto de la carta obrante a los folios 15 y 16.
- El sexto de la resolución del INSS de : /2018.
- El séptimo de la resolución del INNS de : /2019 y del dictamen del evi de : /2018 y de la sentencia a que hace referencia.
- El octavo de la testifical del Sr. practicada en el acto del juicio.
- El noveno es no controvertido
- El décimo de la documental acompañada con la demanda
- El décimoprimer de la demanda.

SEGUNDO.- Entrando ya en el análisis de la posible improcedencia del despido efectuado, tal y como resulta de la carta de despido, invoca la empresa como motivo del mismo la ineptitud sobrevenida del trabajador de conformidad con lo dispuesto en el artículo 52 a) del Estatuto de los Trabajadores en base a la calificación de no apto con limitaciones que se hizo por el Servicio de Prevención de la empresa en Enero de 2019.

Al amparo del artículo 52 a) del ET cabe la extinción del contrato por ineptitud sobrevenida, al constituir una de las causas objetivas de despido, la ineptitud del trabajador "*conocida o sobrevenida con posterioridad a su colocación efectiva en la empresa*", si bien debe tenerse en cuenta que no puede operar la misma si existía con anterioridad "*al cumplimiento de un período de prueba*", debiendo referirse dicha ineptitud a las tareas esenciales del trabajador,

ser de efectos no circunstanciales y no amparar conductas negligentes (que pueden dar lugar a un despido disciplinario).

Así, se ha de tener en cuenta, por un lado, que para la concurrencia de la ineptitud se exige que ésta sea verdadera, general (esto es, referida al conjunto del trabajo), debiendo afectar a las labores contratadas, de cierto grado, determinando una aptitud inferior a la media normal, referida al trabajador y permanente, habiéndose pronunciado en este sentido las SSTSJ de Navarra de 31-7-1997 y de Cantabria de 27-11-2001. Y, por otro lado, que la carga de la prueba de la ineptitud, así como su conocimiento o emergencia posterior al contrato, corresponde al empresario (SSTSJ de Castilla y León de 14-11-1995, AS 4121, y de Galicia de 2-4-2004, AS 1668), debiendo ser valorada la ineptitud en relación con las funciones del puesto de trabajo (STSJ Canarias de 9-7-1996), a lo que se añade que el trabajador tiene el deber de facilitar los datos sobre su salud a los centros y servicios sanitarios, pero no a los empleadores, y que en la comunicación extintiva por ineptitud sobrevenida basta con que se le haga saber al empleado que dicha decisión viene determinada por el dictamen de dichos servicios, de los que aquél puede recabar el resultado del reconocimiento (STS de 22-7-2005), debiendo el trabajador ser informado siempre de dicho resultado tras ser reconocido por esos servicios médicos (STSJ de Castilla y León-Burgos de 9-6-2006), todo ello en el bien entendido de que los servicios de prevención que desarrollan estas funciones deben contar con médico especialista en medicina del trabajo o diplomado en medicina de empresa y ATS/DUE de la empresa, sin perjuicio de la participación de otros profesionales sanitarios con competencia técnica, formación y capacidad acreditada, debiendo la vigilancia de la salud estar sometida a protocolos específicos u otros medios existentes con respecto a los factores de riesgo a que esté expuesto el trabajador.

Como debe tenerse en cuenta igualmente que en el propio artículo 52 ET se diferencia tal supuesto del que se refiere a la falta de adaptación del trabajador a las modificaciones técnicas de su puesto de trabajo (art. 52. b) E.T.) que puede llevarse a cabo tras un período de dos meses para intentar la readaptación, o de tres si se ofrece un curso de reconversión, si bien tanto el supuesto de ineptitud como el de falta de adaptación se caracterizan en todo caso por una impotencia del trabajador (esto es, subjetiva o por razón del sujeto) no culpable. Así, cuando a pesar de existir una incapacidad calificable como tal, ésta no se le reconoce al trabajador por no reunir los requisitos para acceder a la pensión de Seguridad Social (STS de 14-10-1991, entre otras), puede extinguirse el contrato conforme al artículo 52 a) E.T., debiendo entenderse por "*ineptitud*", en ausencia de una definición legal, una falta de habilidad, preparación, suficiencia o idoneidad para desarrollar el trabajo de forma útil y provechosa, como ha establecido la jurisprudencia o, lo que es lo mismo, la inhabilidad o carencia de facultades profesionales que tiene su origen en la persona del trabajador (STS de 2-5-1990, entre otras), lo que incluye la falta de titulación (SSTS de 3-7-1989 y 26-1-1998, entre otras muchas), si bien ha de subrayarse que en tal concepto cabe incluir en primer término la pérdida de las cualidades personales necesarias para llevar a cabo el trabajo como consecuencia de una disminución física o psíquica del trabajador, la cual hace que desaparezca o disminuya su rendimiento de manera involuntaria.

De este modo nos encontramos, conforme a lo indicado, con que el supuesto contemplado en el apartado a) del artículo 52 E.T. ha de diferenciarse de la incapacidad permanente total, que opera como causa autónoma de extinción contractual (art. 49.1. e) E.T.), sin que la incapacidad permanente parcial pueda tampoco justificar por sí sola un despido objetivo (S^a TSJ Las Palmas de 26-2-2004). Debiendo tenerse en cuenta asimismo que el empresario también se halla legitimado para promover el expediente de Invalidez permanente del trabajador y en caso de denegación de esta última puede acudir al expediente de extinción contractual por causa objetiva que autoriza el artículo 52 a) del Estatuto de los Trabajadores

(STS de 14-10-1991).

Debe añadirse a lo anterior que, en aras a la conservación del contrato de trabajo, puede pactarse en Convenio colectivo la búsqueda de soluciones que permitan evitar la extinción contractual, quedando ésta entonces reservada para los supuestos en que tal intento resulta inútil, de forma que en tal caso la empresa vendría obligada a acreditar que resulta ajustada a derecho la extinción del contrato acordada, al no ser posible otra alternativa, lo que conlleva la carga procesal de probar que ha puesto de su parte todos los medios a su alcance antes de adoptar dicha medida, al haber de estarse en todo caso a lo dispuesto en el Convenio. Y aquí se ha de subrayar que la carga de la prueba de la ineptitud corresponde al empresario, conforme a lo indicado, con lo que éste ha de probar que concurren los requisitos exigidos para que opere la extinción contractual por la causa objetiva antecitada.

En cuanto a la ubicación del trabajador en otro puesto de trabajo, petición que no tiene por qué ser atendida por la empresa. El TSJ de Madrid en Sentencia de 1/10/2018 (rec 538/2018) ha dicho *“La adjudicación a la demandante de tareas distintas a las que son inherentes a su actividad laboral y eventualmente compatibles con la misma, ubicándole en otro puesto de trabajo, no es, ex lege, de obligada actuación para la empresa, salvo que así viniera dispuesto en norma convencional o en el contrato de trabajo”*.

TERCERO.- En este caso, de la prueba practicada resulta que el trabajador demandante padece lumbociática izquierda, protrusión con pequeña HD posterolateral izquierda L5-S1 cambios degenerativos facetarios L5-S1. Ap de rotura supraespinoso del hombro derecho, habiéndose reconocido por la entidad gestora INSS que está afecto a lesiones permanentes no invalidantes. Su trabajo es de conductor repartidor y ha sido declarado por el Servicio de Prevención de la empresa apto con limitaciones, constando en el informe que su trabajo no requerirá el uso del brazo derecho por encima del hombro, no puede manejar pesos superiores a 10 kgs en solitario y/o sin apoyos mecánicos, no realizar flexo-extensión y/o giros forzados y mantenidos del tronco. El perito que elaboró el informe aportado por la empresa en juicio y ratificado en ese acto dice ahora que no puede cargar más de 3,5 kg, contraviniendo lo que dispone el informe del servicio de prevención en base al cual se realizó el despido. Sostiene el perito que cuando el informe del prevención dice que la carga máxima que puede soportar es de 10 kg se está refiriendo a una posición postural ideal sin torsión del tronco de lo que nada dijo el informe del servicio de prevención con lo que no cabe tener en cuenta dicha consideración. En cuanto a las alegaciones efectuadas por la empresa de que se ha intentado la adaptación en rutas que el actor hace con otro trabajador y que lo que se consigue el cargar con más trabajo a ese otro trabajador, no se ha practicado prueba al respecto y en cualquier caso no determina la consideración del trabajador como no apto para realizar su trabajo.

Con todo ello no se ha desvirtuado la conclusión del servicio de prevención cuando declara al trabajador apto con limitaciones, limitaciones que no le convierten en no apto como pretende la empresa, con lo que no habiéndose acreditado por la empresa la ineptitud en base a la cual procedió a la extinción del contrato de trabajo se concluye la improcedencia del despido.

CUARTO.- Declarado el despido improcedente, procede de conformidad con el artículo 55.4 del Texto refundido del Estatuto de los Trabajadores, la condena de la empresa a ejercitar opción entre indemnización o readmisión en el plazo de cinco días desde la notificación de esta sentencia.

En cuanto al importe de la indemnización, el Real Decreto Ley 3/12 de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, establece que la indemnización por despido improcedente será de 33 días de salario por año de servicio por el tiempo de prestación de servicios posterior. la disposición transitoria quinta del Real Decreto 3/2012 de 10 de Febrero de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral que *“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”*. En base a ello, la indemnización será de 45 días hasta el 11/2/2012 y de 33 días desde el día siguiente.

Teniendo en cuenta pues el salario diario de 49,31 euros y la antigüedad de [redacted] años, siendo la fecha del despido [redacted] 2019, le corresponde al trabajador una indemnización de [redacted] euros, cantidad de la que hay que descontar la ya percibida de [redacted] euros.

En el caso de que se opte por la readmisión se deberán abonar a la trabajadora salarios de tramitación a razón de 49,31 euros desde la fecha del despido ([redacted] 2019) hasta la notificación de esta sentencia o hasta que hubiera encontrado otro empleo, si tal colocación fuera anterior a esta sentencia y se probase por el empresario lo percibido, para su descuento de los salarios de tramitación.

QUINTO.- Frente a esta sentencia cabe interponer recurso de Suplicación de conformidad con lo prevenido en el artículo 191 de la Jurisdicción Social.

Vistos los preceptos legales citados de general y pertinente aplicación

FALLO

Que ESTIMANDO LA DEMANDA interpuesta por DON [redacted] frente a la empresa [redacted], DECLARO EL DESPIDO IMPROCEDENTE Y CONDENO a la empresa a optar en el plazo de CINCO DÍAS desde la notificación de esta sentencia en la readmisión el trabajador en las mismas condiciones que tenía en el momento del despido o el abono de indemnización de [redacted] euros, cantidad de la que hay que descontar la ya percibida de [redacted] euros.

En el caso de que se opte por la readmisión se deberán abonar al trabajador salarios de tramitación a razón de 49,31 euros diarios desde la fecha del despido ([redacted] 2019) hasta la notificación de esta sentencia o hasta que hubiera encontrado otro empleo, si tal colocación fuera anterior a esta sentencia y se probase por el empresario lo percibido, para su descuento de los salarios de tramitación.