

## BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

### TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 177/2022, de 23 de febrero de 2022

Sala de lo Social

Rec. n.º 3259/2020

#### SUMARIO:

**Encargado de obra. Denegación por la entidad gestora de la situación de incapacidad permanente por no tener las lesiones que padece el trabajador un grado suficiente de disminución de la capacidad laboral. Informe del servicio de prevención ajeno que le declara no apto, listando genéricamente las funciones propias de su categoría con estimación de que no está en condiciones de conducir, actividad esta que supone el 75 % de su tiempo de trabajo. Despido objetivo por ineptitud sobrevenida. Improcedencia.** Los servicios de prevención ajenos tienen, entre otras misiones, la vigilancia de la salud de los trabajadores en relación con los riesgos derivados del trabajo. De este modo, cuando constaten que estos han perdido sobrevenidamente su aptitud para el desempeño de su puesto de trabajo, están obligados a informar al empresario y a las personas u órganos con responsabilidades en materia de prevención de sus conclusiones sobre dicha pérdida de aptitud o sobre la necesidad de introducir o mejorar las medidas de protección y prevención, a fin de que puedan desarrollar correctamente sus funciones en materia preventiva, todo ello con respeto a las cautelas previstas en el artículo 22 de la LPRL, puesto que dicha información contiene datos relativos a la vigilancia de la salud de los trabajadores. Cuando el servicio de prevención ajeno informe al empresario sobre la ineptitud sobrevenida para el desempeño de su puesto de trabajo, este, en cumplimiento de su deber de seguridad para con sus trabajadores previsto en el artículo 14.2 de la LPRL, deberá ordenar al trabajador afectado que deje de prestar servicios en el puesto de trabajo afectado para evitar, de este modo, cualquier riesgo en el desempeño de su puesto de trabajo. Ahora bien, el cumplimiento de esa obligación de seguridad por parte del empleador no comporta que pueda extinguir mecánicamente el contrato de trabajo por ineptitud sobrevenida con base únicamente en las conclusiones del informe del servicio de prevención ajeno, cuya finalidad, como hemos resaltado, es meramente informativa y que no pueden fundarse en las lesiones del trabajador, toda vez que la información relacionada con el estado de salud del trabajador está protegida por su derecho a la intimidad y su derecho a la protección de datos. Dicho informe no puede, por tanto, constituir por sí solo un medio de prueba imbatible para acreditar la ineptitud sobrevenida para el trabajo que justifique, sin más pruebas, la extinción de la relación laboral, toda vez que los datos relativos a la vigilancia de salud no pueden ser usados con fines discriminatorios ni en perjuicio del trabajador, a tenor con lo dispuesto en el artículo 22.4 de la LPRL, ya que las conclusiones controvertidas derivan necesariamente de dichos datos. Ello no implica, sin más, que los informes controvertidos no tengan ningún valor probatorio para acreditar la ineptitud sobrevenida. Será necesario, a estos efectos, identificar con precisión cuáles son las limitaciones concretas detectadas y su incidencia sobre las funciones desempeñadas por el trabajador, sin que baste la simple afirmación de que el trabajador ha perdido su aptitud para el desempeño del puesto y no se soporte con otros medios de prueba útiles, especialmente cuando, como sucede aquí, la Entidad Gestora ha descartado la declaración de invalidez permanente del trabajador para el desempeño de su profesión habitual. En el caso analizado, ni se identifican las limitaciones funcionales del demandante, ni se precisa de qué modo le impiden el desempeño de las funciones listadas en el propio informe, salvo en lo que afecta a la capacidad de conducir, afirmándose paladinamente que el demandante no puede conducir el 75% de su jornada, sin explicar, de ningún modo, las razones de dicha limitación. Además, la Dirección General de Tráfico no ha establecido ninguna restricción en el permiso de conducir del trabajador, por lo que es patente que la empresa no ha cumplido las exigencias probatorias requeridas por el artículo 122.1 de la LRJS, lo que comporta que el despido deba declararse improcedente. Sala General.

#### PRECEPTOS:

RDLeg 2/2015 (TRET), arts. 49.1 I), 52 a) y 53.1 a).

Ley 36/2011 (LRJS), art. 122.1.

Ley 31/1995 (LPRL), arts. 14.2 y 22.

#### PONENTE:

*Don Ricardo Bodas Martín.*

Magistrados:

Don MARIA LUISA SEGOVIANO ASTABURUAGA  
Don ROSA MARIA VIROLES PIÑOL  
Don ANTONIO VICENTE SEMPERE NAVARRO  
Don ANGEL ANTONIO BLASCO PELLICER  
Don SEBASTIAN MORALO GALLEGO  
Don MARIA LUZ GARCIA PAREDES  
Don CONCEPCION ROSARIO URESTE GARCIA  
Don JUAN MOLINS GARCIA-ATANCE  
Don RICARDO BODAS MARTIN  
Don IGNACIO GARCIA-PERROTE ESCARTIN

**UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 3259/2020**

Ponente: Excmo. Sr. D. Ricardo Bodas Martín

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sagrario Plaza Golvano

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

PLENO

Sentencia núm. 177/2022

Excmas. Sras. y Excmos. Sres.

D.<sup>a</sup> María Luisa Segoviano Astaburuaga

D.<sup>a</sup> Rosa María Virolés Piñol

D. Antonio V. Sempere Navarro

D. Ángel Blasco Pellicer

D. Sebastián Moralo Gallego

D.<sup>a</sup> María Luz García Paredes

D.<sup>a</sup> Concepción Rosario Ureste García

D. Juan Molins García-Atance

D. Ricardo Bodas Martín

D. Ignacio Garcia-Perrote Escartín

En Madrid, a 23 de febrero de 2022.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina, interpuesto por D. Luis Carlos, representado y asistido por el Letrado D. Juan José Lozano Fernández, contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de fecha el 21 de julio de 2020, en su recurso de suplicación núm. 804/2020, que estimó el recurso de suplicación interpuesto por UTE Álava Oeste 2017, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 3 de los de Vitoria-Gasteiz, que resolvió la demanda sobre despido presentada por D. Luis Carlos frente a UTE Álava Oeste 2017, Esconsu S.L., API Movilidad S.A. -IMESAPI S.A.- y Firmes Alaveses S.A.

UTE Álava Oeste 2017, representada y asistida por D<sup>a</sup> Beatriz Inchaurrega Aranguren, presenta escrito de impugnación contra el recurso de casación para la unificación de doctrina.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Ricardo Bodas Martín.

### ANTECEDENTES DE HECHO

#### Primero.

1. Presentada demanda sobre despido por D. Luis Carlos frente a UTE Álava Oeste 2017, Esconsu S.L., API Movilidad S.A. -IMESAPI S.A.- y Firms Alaveses S.A, fue turnada al Juzgado de lo Social núm. 3 LIDde los de Vitoria-Gasteiz, quien dictó sentencia el 3 de febrero de 2020, en cuyos HECHOS PROBADOS consta lo siguiente:

"PRIMERO. - Que D. Luis Carlos viene prestando sus servicios por cuenta y orden de la empresa UTE Álava Oeste 2017, con antigüedad desde el 18/01/2002, la categoría profesional de encargado de obra y percibiendo el salario bruto mensual de 3.270 euros, con inclusión de la prorrata de pagas extraordinarias.

SEGUNDO. - Que la Dirección Provincial del INSS de Álava, dictó resolución de fecha 13/06/2019, por la que se denegaba la prestación de incapacidad permanente por no alcanzar las lesiones que padece el demandante un grado suficiente de disminución de la capacidad laboral y se declara extinguida la prórroga de los efectos económicos del subsidio de incapacidad temporal. Las lesiones, secuelas y menoscabos orgánicos y funcionales que presenta el actor, son los recogidos en informe de valoración médica de fecha 07/06/2019.

TERCERO. - Que las secuelas y menoscabo funcional que presenta el actor son las recogidas en Informe de Valoración Médica de fecha 07/06/2019, donde se dice:

1. Diagnóstico Principal: M.47.816 Espondilodiscartrosis sin mielopatía ni radiculopatía, región lumbar.

2. Diagnóstico. Trastorno adaptativo. Espondilodiscartrosis con protrusión no oclusiva L3-L4 y L4-L5 y moderada degeneración facetraia. Artropatía degenerativa sacroilíaca.

3. Datos del reconocimiento médico. (Anamnesis, exploración, documentos aportados)

\*\*\*Varón de 56 años de edad, que refiere trabajar como encargado en empresa de mantenimiento de pavimentos.

\*\*\*Antecedentes Personales:

<>A.T. el 11/03/2016 con resultado de Lumbalgia aguda tras realizar un sobreesfuerzo en el trabajo, por lo que permaneció en situación de ITCP del 14/03/2016 al 23/03/2016. Nuevo periodo de IT comprendido entre el 30/03/2016 al 28/07/2017, siendo dado de Alta por Resolución del INSS, que se entendió recaída del mencionado AT en expediente de Determinación de Contingencia. Valoración por los S. Médicos de la Mutua correspondiente y en Osakidetza, primero por Traumatología, siendo derivado a su vez por éste a Neurología y U. de Dolor y posteriormente a Salud Mental. De forma privada se realizó estudio con RM (4/2016): Pequeños osteofitos marginales L1-L2 sin alteraciones relevantes en la alineación, morfología y señal de los cuerpos vertebrales, discretas protusiones dístales L4-L5 y L5-S1 sin compromiso de canal raquídeo, canal raquídeo y agujeros de conjunción amplios con cono medular y raíces de cola de caballo normales y sin compromiso radicular. Se aprecia dilatación venosa en agujero de conjunción izdo. L5-S1, y articulaciones apofisarias no alteraciones significativas. Se ha completado estudio con RM y ENMG de EEII, con los siguientes resultados:

-RMN c. lumbar (27/12/16): Cambios degenerativos discoosteofitarios de predominio en los tres últimos niveles lumbares. A nivel L4-L5 abombamiento discal posterior, que oblitera parcialmente ambos recesos, algo más significativamente el lado derecho, así como disminución del diámetro del foramen de conjunción ipsilateral, a valorar posible clínica radicular L4 derecha y L5 bilateral. Hipertrofia facetaria que presenta leves signos de sinovitis a este nivel.

- ENMG de EE.II. (13/03/17): Signos compatibles con atrofia neurógena crónica con severa pérdida de unidades motoras en musculatura dependiente, fundamentalmente de raíces L5-S1 bilateral. - RX funcionales: No signos de inestabilidad. Se concluye por los diferentes especialistas que existe discordancia clínico-radiológica. Por parte de la U. de Dolor se mantiene el tto farmacológico tal y como venía tomando (Pregabalina y Tramado) +Paracetamol) y se pauta tto con iontoforesis y se facilita TENS. Además se realizó bloqueo caudal (8/06/17). < > HTA y dislipemia en tto farmacológico.

\*\*\* AFECTACIÓN ACTUAL: En situación de ITCC desde el 29/07/2017 (al día siguiente del Alta por el INSS), que se valoró en expediente R170 y se entendió como diferente patología, al emitirse baja con diagnóstico de "CRIBAJE DE DEPRESIÓN". Remitido por Traumatología a Salud Mental, es valorado, siendo la impresión diagnóstica de TRASTORNO DE ADAPTACIÓN MOTIVADO POR SU SITUACIÓN ORGÁNICA". Se pautó tto. con Pregabalina desde abril/18 que se fue incrementando hasta dosis máxima. Se informa que no se pauta antidepresivos por "dado el balance riesgo/beneficio esperado con la dosis de oipoides que está tomando". Según informe de Psiquiatría (26/11/18): El paciente presenta un cuadro ansioso-depresivo en el contexto de cuadro de

dolor crónico. A nivel psicopatológico presenta una mala evolución de los síntomas reflejados en informes previos, congruente con la mala evolución del problema somático. Hipotimia reactiva, irritabilidad, dificultad de concentración. Queja somáticas, sensación de hormigueo que obliga a movilizar. Pauta terapéutica: Pregabalina, Duloxetina, Clonazepam". En cuanto al cuadro lumbar, refiere persistencia de dolor lumbar con irradiación a ambas EE.II. con pobre respuesta a las diferentes terapias. Ha continuado siendo visto por Neurología y U. de Dolor. Además ha sido remitido por Neurología a Neurocirugía.

Visto por Neurocirugía en octubre/2017: "... El paciente ofrece infinitud de detalles muy precisos sobre toda la sintomatología y todos ellos difíciles de asociar a patología concreta. En RM lumbar se observan cambios degenerativos leves que no explican la clínica florida que el paciente refiere. Debido a la clínica y a la radiología no se considera subsidiario de tto quirúrgico". Así mismo, inicia seguimiento por Reumatología en febrero/2018f remitido por su MAP, realizándose diversos estudios: -RX pelvis (20/02/18): No datos de sacroileítis.

-RNM c. dorso-lumbar y sacroilíacas (24/03/18): C. dorsal: Cambios degenerativos de espondilodiscartrosis dorsal con protrusiones discales no significativas, C. lumbar: Sin cambios significativos respecto a estudio de 2016. Cambios degenerativos discoosteofitarios de predominio en los tres últimos niveles lumbares. A nivel L4-L5 abombamiento discal posterior que oblitera parcialmente ambos recesos sin identificarse claros signos de radiculopatía compresiva. Hipertrofia facetaria con signos de sinovitis leve a ese nivel. Sacroilíacas: Edema óseo sugestivo de sacroileítis bilateral de predominio en pala ilíaca derecha, sin otras alteraciones, no pudiendo determinar por tanto si se trata de un origen inflamatorio o por sobrecarga mecánica. Valorar con clínica y estudio analítico (HLA B27). No se evidencian alteraciones en las partes blandas.

-ENMG (10/01/18): Atrofia neurógena crónica de grado moderado en músculos dependientes de la raíz L5 izquierda y de grado leve-moderado en los dependientes de la L5 derecha.

-Gammagrafía ósea (21/03/18): Inflamación leve a nivel de articulaciones del tercio medio de columna cervical y cintura escapular. No se observan alteraciones gammagráficas compatibles con patología ósea o articular en el resto del esqueleto. - Analítica: HLA B27 (-). ANA 1/160 patrón nuclear. Resto normal. Por parte de Reumatología se concluye: "El paciente tiene una clínica abigarrada de dolor lumbar irradiado por EEIII con parestesias y con gran discordancia clínico-radiológica para nada concordante con una espondiloartritis a pesar de captación de edema óseo en sacroilíacas. Es HLA B27 negativo y el resto de análisis no hay datos de artropatía inflamatoria y conectivopatía; no hay captación en gammagrafía ósea. Lo único objetivo es el daño neurofisiológico objetivado en EMG". Por parte de la U. de Dolor sedan llevado a cabo diversos procedimientos terapéuticos. Además de los ya mencionados, bloqueo facetario lateral L3L4L5 (enero/18). También se han ensayado diversos ttos farmacológicos: Buprenorfina, Tramadol-paracetamol, Tapentadol. Visto por última vez en esta UMEVI el 3/12/2018, se solicitó estudio con RM de control. -RNM c. lumbar y sacroilíacas (11/12/2018): C. lumbar: Discopatía degenerativa generalizada sin fenómenos compresivos significativos. Sacroilíacas: Cambios inflamatorios en ambas articulaciones sacroilíacas, compatible con sacroileítis bilateral. Citación en UMEVI el 20/05/2019: En seguimiento actual por Reumatología (anual) y por Salud Mental-Psiquiatría (cada 2-3 meses). Dado de Alta en el seguimiento por Neurología y U. de Dolor. Pauta terapéutica actual: Delapril/Manipidino 30/10 (1-0-0)1 Atorvastatina 10 (0-0-1), Etoricoxib 90 (0-0-0)1 Tramadol/Paracetamol 75/650 (1-1-0-1)1 Tramadol 100 (1-1-0-1), Clonazepam 0.5 (1-0-2), Pregabalina 150 (1-1-0-1)1 Duloxetina 60 (1-0-0).

No describe mejoría significativa, aunque con esta medicación es como mejor se encuentra, describiendo respuesta parcial a la misma. Refiere lumbociatalgia bilateral continua, con dolor lumbar que localiza en región central de todo el raquis lumbar y región media sacra, y ciatlalgia bilateral que sigue el territorio por la cara posterior e interna del muslo con región perineal y la cara posterior de la pierna y planta del pie y borde lateral del 1º dedo. Mejoría sólo en decúbito en algo duro, boca arriba y con las piernas separadas por un cojín y con otro cojín debajo de los muslos. Intolerancia a posturas mantenidas de sedestación y bipedestación. Camina a diario 2 Km por la mañana. Por la tarde ya se encuentra muy mal. Sedestación mantenida mal. No tolera viajar en coche. Episodios de hipoestesia global de EE.II., a veces una y otras veces las dos. Parestesias en ambas EE.II. en decúbito y en sedestación que han mejorado porque desaparecen moviéndose o dándose masajes. Tiene que caminar despacio porque si no le tira. Dificultad para calzarse o ponerse calcetines en silla baja. Antes tenía más frecuentemente cefalea pero ahora está mejor, es menos frecuente. Exploración: Peso: 97 Kg / Talla: 172 cm Deambulación autónoma independiente con patrón de marcha con paso corto y lento. Marcha de talones y puntillas indica no poder por dolor lumbar. Carga monopodal posible. Temblor aparatoso en todo el cuerpo, más en EE.II. Buen desarrollo muscular en general en todo el conjunto del aparato locomotor. No atrofiaciones ni contracturas de musculatura paravertebral. Digitopresión dolorosa en apófisis espinosas y articulaciones interapofisarias posteriores desde L2 a L5 y línea media sacra y ambas articulaciones sacroilíacas. No otros puntos dolorosos óseos o miofasciales. ROT conservados. RCP flexor bilateral. No déficits sensitivos. No signos de irritación radicular. Moviliza con normalidad de tobillo y pie en sedestación que dice no poder en decúbito. Flexión de rodillas y cadera activa normal. Dolor lumbar en cualquier arco de movimiento de caderas. Conserva fuerza en EE.II. Hiperqueratosis a nivel prerrotuliano en ambas rodillas con lesiones de heridas (dice ahora que se le han quedado así porque tuvo psoriasis). Manos hiperqueratósicas a nivel palmar con alguna fisura y costras de heridas. Temperatura homogénea en EE.II. RM c. lumbar y sacroilíacas (24/05/2019) (a solicitud del INSS): Se compara con estudio previo del 11/12/2018. C. lumbar:

sin cambios respecto estudio previo. Espondilodiscartrosis con protrusión no oclusiva L3-L4 y L4-L5. Moderada degeneración facetaria. Sacroilíacas: Sacrodeítis degenerativa mecánica bilateral con progresión de la geoda en vertiente ilíaca de sacroilíaca derecha y disminución del edema óseo asociado.

#### 4. TRATAMIENTO EFECTUADO, EVOLUCIÓN Y POSIBILIDADES TERAPEUTICAS

Según ha quedado expuesto en el apartado anterior.

#### 5. CONCLUSIONES (Limitaciones orgánicas y/o funcionales)

Hipotimia reactiva a quejas somáticas. Patología degenerativa lumbar y sacroilíaca que no justifica el cuadro sintomático referido. Falta de fiabilidad en la exploración por falta de colaboración y características de funcionalidad. Sin cambios significativos con respecto a anterior valoración.

CUARTO. - Que, con fecha 20 de junio de 2019, se notificó a la empresa la Resolución del INSS, por la que se le denegaba al trabajador la prestación de incapacidad permanente; procediendo la empresa a realizar un reconocimiento médico de retorno al trabajo al trabajador, el cual, fue realizado por la mercantil CUALTIS, con la que la empresa tenía concertada la prevención de riesgos laborales. Dicho reconocimiento concluyó con la emisión de un certificado de NO APTO para las tareas propias de encargado de obra.

QUINTO. - Que el demandante es el único encargado de obra con el que cuenta la empresa, siendo las tareas que ha venido desarrollando en su puesto de trabajo las siguientes:

- Visita a los equipos de trabajo con el fin de controlar la adecuación de los trabajos, que de forma diaria, resultan ser adjudicados a los diferentes equipos de la empresa, verificando su buena ejecución o solucionando in situ los posibles contratiempos que puedan surgir. Dicha labor de supervisión debe realizarse de forma diaria y se concreta en la supervisión sobre 12 o más equipos, invirtiendo en esta concreta tarea cerca de 6 horas diarias. Dicha tarea se desarrolla de forma individual, sin contar con la ayuda de terceras personas, máxime habida cuenta que se trata del único encargado de obra con el que cuenta la empresa. Dicha tarea supone la atención de 737,54 kilómetros, encontrándose los equipos repartidos por toda la red viaria, siendo imprescindible el desplazamiento en vehículo. Para ello, el demandante realiza aproximadamente 5.500 km mensuales de media con la furgoneta asignada; ocupando la conducción de vehículos ligeros, la mayor parte de su jornada laboral, en una proporción del 75% (aproximadamente).

- Igualmente y con carácter previo a la finalización de la jornada corresponderá al encargado organizar los trabajos a ejecutar por cada uno de los equipos de la siguiente jornada laboral.

- En situaciones de emergencia (accidente mortal o incidente que suponga el corte de una carretera) o vialidad invernal le corresponde desplazarse al lugar de los hechos para coordinar las actuaciones a realizar in situ.

- Deberá colaborar en el cambio cuchillas en camiones quitanieves, con un peso de 50 kg y dimensiones considerables.

- Realización de trabajos desde cesta elevadora para reparación e inspección de estructuras, podas en altura, tala de árboles, reparación y sustitución de cartelería, tanto laterales como en pórticos.

- Trabajos de señalización, consistentes en colocación de nuevas señales, carteles o, en su caso, reparación o sustitución de algunas de ellas las cuales presentan unas medidas de 0,60, 0,90 y 1,20 metros, mientras que sus respectivos postes tienen una altura que varía desde el 1,60 de largo hasta los 5 metros; utilizándose para llevar a cabo las indicadas tareas un furgón o camión grúa con cesta, así como herramientas eléctricas y máquinas de gasolina.

- Trabajos de talas, que suponen el corte de ramas o árboles completos situados en márgenes de carretera o en taludes consecuencia de accidentes, o por caída de nieve acumulada y que obstruyen el drenaje longitudinal y/o transversal, utilizando para ello, entre otros elementos, motosierra, pértiga telescópica, hacha....

- Trabajos de albañilería que suponen la ejecución y reparación de bordillos, isletas, juntas de dilatación...., utilizando herramientas eléctricas y maquinaria de gasolina, mine retroexcavadora o retroexcavadora y rodillo computador.

- Colocación de barandillas nuevas o reparación de las existentes, utilizando herramientas eléctricas y maquinaria de gasolina y llevando a cabo manipulación de piezas prefabricadas de hormigón o metálicas.

- Atención de emergencias, que viene a considerarse como pieza clave del servicio contratado, correspondiendo a la empresa atender todas y cada una de las situaciones imprevistas que se produzcan en la red viaria de la provincia de Álava.

- Servicio de vialidad invernal, que, en principio, se presta entre los días 1 de noviembre y 30 de abril, realizándose cuantas operaciones resulten necesarias para la eliminación de la nieve o hielo sobre la calzada, o bien aplicación de procedimientos preventivos, curativos, señalándose unos turnos de trabajo de 12 horas, empleándose 6 camiones quitanieves y 1 furgón 4x4, correspondiendo al encargado de obra estar localizable por si debe acudir a reforzar o a ayudar a las personas designadas.

SEXTO. - Que el Jefe de la Sección de Conservación y Vialidad del Departamento de Infraestructuras Viarias y Movilidad de la Diputación Foral de Álava, certifica, a 3 de agosto de 2018, que:

- Todos los contratos de conservación desde el 15 de junio de 2005 contemplan el servicio de atención a emergencias las 24 horas del día durante los todos los días del año.
- En estos contratos, se entiende por emergencias las alteraciones imprevistas que afecten a la circulación o limiten la capacidad portante o funcional de la carretera o cualquiera de sus componentes. Se incluyen expresamente los supuestos de riesgo inminente para la circulación.
- El Sr. Luis Carlos ha realizado labores de encargado en las diferentes empresas que han sido adjudicadas de la conservación de carreteras de la zona Oeste.
- Tanto en la jornada laboral como fuera de la jornada laboral, y no en todas las emergencias a las que he asistido, he visto al Sr. Luis Carlos organizando a los trabajadores del servicio de emergencias cuando estaban realizando los trabajos necesarios para subsanar los problemas que la situación imprevista estaba causando en la circulación.
- Dado que el Sr. Luis Carlos daba atención telefónica las 24 horas, en numerosas ocasiones y como responsable de la conservación, le he llamado para recabar información de los trabajos que se estaba realizando el equipo de emergencias, del estado de la vía y cualquier otra circunstancia necesaria para dar traslado a mis superiores y que me ayudara a adoptar las medidas necesarias encaminadas a garantizar la seguridad de los usuarios de la vía.

SÉPTIMO. - Que la empresa demandada comunicó el despido al trabajador por mediante la entrega de una carta fechada a 6 de agosto de 2019 y con efectos desde 6 de agosto de 2019, cuyo contenido se da por reproducido.

OCTAVO. - Que la Dirección General de Tráfico no ha establecido ninguna restricción en el permiso de conducir al trabajador.

NOVENO. - Que la empresa demandada ha abonado al trabajador la cantidad de 37.817,66 €, correspondiente a la indemnización legal por despido de veinte días de salario por año trabajado, con un máximo de doce mensualidades. Consta aportado a los autos, el finiquito del trabajador y justificante de la transferencia del mismo, junto con la liquidación del preaviso (cfr. documento nº 4 del ramo de prueba de la parte demandante).

DÉCIMO. - Que la empresa demandada no reincorporó al trabajador a la empresa, concediéndole 5 días de permiso retribuido del 8/07/2019 al 12/07/2019; 7 días de permiso retribuido del 13/07/2019 al 19/07/2019 y del 25/07/2019 al 31/07/2019. El trabajador disfrutó asimismo de 4 días de vacaciones del 1 al 4 de agosto de 2019 (cfr. documento nº 5 del ramo de prueba de la parte demandante).

UNDÉCIMO. - Que el trabajador no es ni ha sido durante el año anterior al despido, representante legal de los trabajadores.

DUODÉCIMO. - Con fecha 09/09/2019 tuvo lugar el acto de conciliación ante el Servicio de Conciliación de la Delegación Territorial de Álava del Departamento de Justicia, Empleo y Seguridad Social del Gobierno Vasco, con el resultado de intentado sin avenencia".

2. En el fallo de dicha sentencia se dijo lo siguiente: "Que estimando la demanda sobre despido formulada por el letrado D. Juan José Lozano, en nombre y representación de D. Luis Carlos frente a UTE Álava Oeste 2017, Esconsu S.L., API Movilidad S.A. -IMESAPI S.A.- y Firms Alaveses S.A., en consecuencia, debo declarar y declaro la nulidad del despido producido con fecha de efectos 6 de agosto de 2019, condenado a UTE Álava Oeste 2017, Esconsu S.L., API Movilidad S.A. -IMESAPI S.A.- y Firms Alaveses S.A. a estar y pasar por la anterior declaración y a que procedan a la inmediata readmisión del trabajador, en iguales condiciones a las que regían con anterioridad al despido, así como al abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido y hasta que esta readmisión se produzca, a razón de 107,51€ diarios y debiendo restituir el trabajador al cantidad de 37.817,66€ que ha percibido en concepto de indemnización legal por despido".

## Segundo.

UTE Álava Oeste 2017, representada y asistida por la Letrada D<sup>a</sup> Beatriz Inchaurreaga Aranguren, interpone recurso de suplicación ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de País Vasco, quien dictó sentencia el 21 de julio de 2020, en su recurso de suplicación núm. 804/2020, en cuya parte dispositiva se dijo lo siguiente: "Que estimando el recurso de suplicación interpuesto por UTE Álava Oeste 2017 frente a la sentencia de 3 de febrero de 2020 (autos 519/19) dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de Álava en procedimiento sobre despido instado por Luis Carlos contra el recurrente, Esconsu S.L., Api Movilidad S.A., Imesapi S.A. y Firms Alaveses S.A., debemos revocar la resolución impugnada, desestimando la demanda originadora de las actuaciones".

## Tercero.

- 1. D. Luis Carlos, representado y asistido por el Letrado D. Juan José Lozano Fernández, presenta recurso de casación para la unificación de doctrina. Aporta como sentencias de contraste las dictadas por la Sala de lo Social del:

- Tribunal Supremo de 24 de julio de 2014 (Rcud 2087/2013)
- Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 11 de junio de 2019 (rec. supl. nº 977/2019).

2. UTE Álava Oeste 2017, representada y asistida por D<sup>a</sup> Beatriz Inchaurrega Aranguren, presenta escrito de impugnación contra el recurso de casación para la unificación de doctrina.

3. El Ministerio Fiscal en su informe interesa la improcedencia del recurso de casación para la unificación de doctrina.

#### **Cuarto.**

- Mediante providencia de 25 de noviembre de 2021, se señala como fecha de votación y fallo el día 18 de enero de 2021, fecha en la que tuvo lugar.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

#### **Primero.**

1. El objeto del presente recurso de casación unificadora es doble:

- a. Debemos despejar, en primer término, si la sentencia recurrida ha incurrido en incongruencia omisiva, porque no se ha pronunciado sobre la pretensión subsidiaria de la demanda referida a la improcedencia del despido.
- b. Debemos resolver, en segundo lugar, si basta, para validar la extinción del contrato por ineptitud sobrevenida, el informe emitido por un servicio de prevención ajeno, cuando la Entidad Gestora ha descartado declarar al trabajador afectado en situación de invalidez permanente en ninguno de sus grados.

2. La sentencia recurrida ha estimado el recurso de suplicación, deducido por la mercantil demandada contra la sentencia de instancia, que había declarado la nulidad del despido y desestima la demanda por despido rectora de autos.

El demandante ha venido prestando servicios para la demandada --UTE Álava Oeste 2017-- con antigüedad dese el 18-1-2002 y categoría profesional de Encargado de obra. Con fecha 13-6-2019 la Dirección Provincial del INSS dictó resolución por la que se denegaba la IP por no tener las lesiones que padece el actor un grado suficiente de disminución de la capacidad laboral y se declara extinguida la prórroga de los efectos económicos del subsidio de IT. Las lesiones y menoscabos orgánicos y funcionales, presentados por el actor, son los recogidos en el informe de valoración médica de 7-6-2019. El 20-6-2019 la empresa realiza al trabajador un reconocimiento médico de retorno al trabajo, realizado por la mercantil Cualtis, con la que la empresa tenía concertado la prevención de riesgos laborales, reconocimiento que concluyó con la emisión de un certificado de no apto para las tareas propias de encargado de obra, y descritas en el inmodificado HP 5º. La Dirección General de Tráfico no ha establecido ninguna restricción al permiso de conducir del trabajador. El 6-8-2019 se comunica al demandante el despido objetivo por ineptitud sobrevenida.

La sentencia de instancia declaró la nulidad del despido. Sin embargo, tal parecer no es compartido por la Sala de suplicación que procede a revocar la resolución recurrida y desestimar la demanda. Se funda esta decisión en el hecho de que, si el servicio de prevención de riesgos laborales externo a la empresa declaró la no aptitud del trabajador, queda acreditada la causa de extinción contractual prevista por el art. 52.a) de ET, sin que nada más quepa exigir a la empresa. Y en lo que atañe a la vulneración del derecho a la salud en relación al trato discriminatorio lo descarta porque la extinción contractual no vino provocada como reacción empresarial ante una patología del trabajador.

3. Disconforme el demandante con la solución alcanzada por la Sala de segundo grado se alza ahora en casación para la unificación de doctrina suscitando un inicial motivo de contradicción para denunciar el vicio de incongruencia omisiva al no pronunciarse la sentencia sobre la improcedencia del despido, y proponiendo como sentencia de contraste la dictada por esta Sala de 24 de julio de 2014 (rec. 2087/13).

En la misma se examina el caso de una trabajadora, que presta servicios para la empresa allí demandada, con la categoría de dependienta, hasta que la empresa le notifica el despido por razones objetivas al haber procedido a la liquidación y cierre empresarial. La empresa puso a disposición de la actora un cheque consistente en la indemnización de veinte días de salario por año de servicio que no fue aceptado por la trabajadora. El TSJ desestima la demanda porque la empresa ha acreditado la procedencia del despido. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación para la unificación de doctrina al apreciar incongruencia omisiva, que implica una vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, dado que la actora había solicitado en el recurso de suplicación que se declarara la improcedencia del despido por no haber entregado la empresa la indemnización correspondiente, sin

que la Sala del TSJ haya realizado pronunciamiento alguno al respecto. Se declara la nulidad de la sentencia y se devuelven las actuaciones a la Sala para que resuelva dicha pretensión.

4. Se suscita un segundo punto de contradicción en relación con la cuestión de fondo, aportando como soporte de su recurso la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 11 de junio de 2019 (rec. 977/19).

En el asunto allí resuelto, la resolución judicial de instancia ha estimado la demanda del trabajador demandante, que con categoría profesional de Mozo-Almacenero y antigüedad de 1984, a quien le fue comunicada carta de despido por ineptitud sobrevenida debido a que, en el reconocimiento médico recibido, realizado por el servicio de prevención ajeno a la empresa, ha dado como resultado falta de aptitud. La juzgadora entiende que estamos ante un despido improcedente por cuanto la carga de la prueba de la ineptitud grave y permanente del trabajador para su desempeño laboral como Mozo-Almacenero, no puede permitir que se atienda única y exclusivamente a una información de aptitud por un servicio de prevención respecto de unas lesiones que tanto el ámbito administrativo de la Seguridad Social como el Judicial, han remarcado como insuficiente de cara a la consecución de un grado de incapacidad permanente, no concurriendo limitación relevante para tareas de su profesión, con los efectos que configura de cosa juzgada positiva. La Sala de suplicación, en lo que hace ahora al caso, confirma en este extremo el parecer del Juez a quo, básicamente, al entender que, no puede sustentar el fallo, una valoración de incapacidades, ajena al ámbito administrativo y judicial, concluyendo que, entender lo contrario, supondría permitir a la empresarial extinguir contratos de trabajo a través de informes médicos unilaterales y parciales, que no deviene admisible en derecho.

### **Segundo.**

- 1. El artículo 219 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social exige para la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina que exista contradicción entre la sentencia impugnada y otra resolución judicial que ha de ser -a salvo del supuesto contemplado en el número 2 de dicho artículo- una sentencia de una Sala de lo Social de un Tribunal Superior de Justicia o de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo. Dicha contradicción requiere que las resoluciones que se comparan contengan pronunciamientos distintos sobre el mismo objeto, es decir, que se produzca una diversidad de respuestas judiciales ante controversias esencialmente iguales y, aunque no se exige una identidad absoluta, sí es preciso, como señala el precepto citado, que respecto a los mismos litigantes u otros en la misma situación, se haya llegado a esa diversidad de las decisiones pese a tratarse de "hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales".

Por otra parte, la contradicción no surge de una comparación abstracta de doctrinas al margen de la identidad de las controversias, sino de una oposición de pronunciamientos concretos recaídos en conflictos sustancialmente iguales.

2. La Sala, de acuerdo con el informe del Ministerio Fiscal, considera que no concurren, en lo que afecta al primer motivo de casación unificadora, los requisitos de contradicción, exigidos por el art. 219.1 LRJS, toda vez que, esta Sala tiene reiteradamente declarado, que la contradicción en las infracciones procesales requiere la existencia de identidad en la manera en que dice cometida la infracción procesal, lo que no sucede aquí.

En efecto, en la sentencia de contraste, la incongruencia omisiva, imputada a la Sala de suplicación, viene motivada porque había dejado de resolver uno de los motivos de suplicación en relación con la falta de entrega de la indemnización por despido, de tal suerte que, de haberse examinado el motivo, el despido se hubiera calificado necesariamente como improcedente por mor del art. 53 ET, y no procedente. Por el contrario, esta situación no es parangonable con la que aborda la sentencia recurrida, en la que, de su lacónica argumentación se desprende que, al no ser nulo el despido, debiera calificarse como procedente, puesto que, tras razonar sobre las pruebas practicadas y su valoración, concluye que, "queda acreditada la causa de extinción contractual prevista por el art. 52.a) del ET", lo cual permite concluir, sin grandes esfuerzos interpretativos, que considera procedente el despido, toda vez que, el art. 122.1 LRJS dispone que "se declarará procedente la decisión extintiva cuando el empresario, habiendo cumplido los requisitos formales exigibles, acredite la concurrencia de la causa legal indicada en la comunicación escrita".

3. Por el contrario, la Sala considera que, sí concurren los requisitos de contradicción, exigidos por el art. 219.1 LRJS, entre las sentencias comparadas para sustentar el segundo motivo de casación unificadora, a diferencia del Ministerio Fiscal.

Es así, porque, en ambos casos, se trata de trabajadores, a quienes se extingue el contrato por ineptitud sobrevenida, tras un determinado período de IT y, en ambos casos se ha descartado por la Entidad Gestora que sus lesiones fueran tributarias de invalidez permanente en ninguno de sus grados, sin que sean relevantes, a los efectos perseguidos, las diversas patologías y profesiones habituales desempeñadas por los respectivos demandantes, toda vez que, el núcleo de la contradicción queda ceñido a determinar si cabe o no cabe sustentar el

despido objetivo, basado en el art. 52.a) ET, con base únicamente en la información proporcionada por el servicio de prevención de riesgos laborales a la empresa, en el que se califica al trabajador como "no apto", cuando concurre la circunstancia que en ambos casos consta resolución del INSS denegatoria del reconocimiento al trabajador de la IP por no alcanzar las lesiones la suficiente disminución de capacidad laboral.

## Tercero.

- 1. El señor Luis Carlos articula el segundo motivo de suplicación, en la infracción de los arts. 52.a y 49.1.l ET, en relación con los arts. 122 y 181 LRJS, el art. 217 LEC y el art. 24 CE.

Defiende básicamente que, la sentencia recurrida basa exclusivamente su decisión en el informe del Servicio de Prevención, al que da más valor que al testimonio del médico del propio Servicio de Prevención, que, en concordancia con la carta de extinción, destacó que la ineptitud del trabajador se debía esencialmente a su incapacidad para conducir, teniéndose presente que la conducción de la furgoneta ocupa aproximadamente el 75% del tiempo de trabajo del demandante, para concluir que, la ineptitud del trabajador no derivaba de su incapacidad para conducir, sino del resultado de las mermas físicas y funcionales que padece.

Subraya, por tanto, que la empresa no ha cumplido con sus cargas probatorias, basadas en el informe antes dicho, que no tiene entidad suficiente como para extinguir su contrato de trabajo.

2. El recurso ha sido impugnado por UTE ALAVA OESTE 2017, quien defiende básicamente que no concurre contradicción entre las sentencias comparadas, toda vez que en la sentencia de contraste se esgrimió únicamente como prueba, para acreditar la ineptitud, el informe del Servicio de Prevención Ajeno, mientras que en la recurrida se esgrimió una importante prueba documental y testifical.

3. El Ministerio Fiscal interesa en su informe la desestimación del motivo, porque considera que no concurre contradicción entre las sentencias comparadas.

## Cuarto.

- 1. La resolución del motivo requiere destacar algunos extremos que han quedado perfectamente acreditados:

a. El demandante estuvo en situación de IT desde el 29-07-2017, aunque dicho proceso había sido precedido de otros previos del 14-03-2016 al 23-03-2016 y del 30-03-2016 al 28-07-2017.

b. Las conclusiones, referidas a limitaciones orgánicas y funcionales, efectuadas por el informe de valoración médica, fueron las siguientes: "Hipotimia reactiva a quejas somáticas. Patología degenerativa lumbar y sacroilíaca que no justifica el cuadro sintomático referido. Falta de fiabilidad en la exploración por falta de colaboración y características de funcionalidad. Sin cambios significativos con respecto a anterior valoración".

c. La Dirección Provincial del INSS de Álava, dictó resolución de fecha 13/06/2019, por la que se denegaba la prestación de incapacidad permanente por no alcanzar las lesiones que padece el demandante un grado suficiente de disminución de la capacidad laboral y se declara extinguida la prórroga de los efectos económicos del subsidio de incapacidad temporal.

d. El 20 de junio de 2019 la Entidad Gestora comunica a la empresa la citada resolución.

e. La empresa demandada no reincorporó al trabajador a la empresa, concediéndole 5 días de permiso retribuido del 8/07/2019 al 12/07/2019; 7 días de permiso retribuido del 13/07/2019 al 19/07/2019 y del 25/07/2019 al 31/07/2019. El trabajador disfrutó asimismo de 4 días de vacaciones del 1 al 4 de agosto de 2019.

f. La empresa solicitó a su servicio de prevención ajeno que informara sobre la aptitud del demandante, emitiéndose informe el 17 de junio de 2019, en el que, sin identificar de ningún modo las limitaciones del demandante, lista genéricamente las funciones propias de su categoría y concluye que, éste no está en condiciones de conducir, actividad ésta que supone el 75% de su tiempo de trabajo, por lo que le califica como no apto para el desempeño de su trabajo.

g. El 6-08-2019 la empresa notifica al demandante la carta de extinción de su contrato con efectos del mismo día. En dicha comunicación se listan y se explican cada una de las funciones del puesto de encargado y, sin identificar las limitaciones del demandante, ni razonar por qué no puede acometer las funciones anteriormente descritas, concluye, con base al informe de Cualtis, que el demandante no puede conducir, lo que le impedirá realizar el 75% de su actividad. En la carta se afirma que no ha sido posible encontrar otro puesto de trabajo.

2. Como hemos subrayado más arriba, la sentencia recurrida revocó la de instancia, que había declarado la nulidad del despido, con base únicamente al informe del servicio de prevención de riesgos laborales.

En efecto, en su fundamento de derecho único afirma que, la mera lectura del hecho probado quinto de la sentencia de instancia, permite concluir, refiriéndose a las funciones del puesto de trabajo del demandante "...que

la principal no es la conducción de vehículos sino otras muchas y muy determinantes para cuya ejecución la conducción de vehículos es una actividad auxiliar o instrumental" y, fundamenta dicha conclusión, porque en el hecho probado tercero de la sentencia de instancia, donde se especifican las patologías físicas que aquejan al trabajador inciden en las zonas lumbar y sacroilíaca, lo cual le permite concluir que, no exista indicación alguna sobre la imposibilidad de que el trabajador no pueda conducir vehículos, subrayando, como prueba evidente, "que la Dirección General de Tráfico no ha establecido ninguna restricción en el permiso de conducir del trabajador". Señala, a continuación, "...que no puede aceptarse que posea relevancia el testimonio de la médico de prevención cuando declaró que la principal causa para apreciar la ineptitud sobrevenida del trabajador había sido la de presentar limitaciones para conducir".

Sin embargo, aunque el informe del servicio de prevención ajeno, tal y como consta probado, establece, como única limitación, la conducción de vehículos, considera que dicho informe "posee plena eficacia el certificado de ausencia de aptitud del trabajador para las tareas propias de encargado de obra, emitido por la entidad con la que la empresa tenía concertada la prevención de riesgos laborales; y que tal ineptitud no era el resultado de la incapacidad para conducir sino el resultado de las mermas físicas y funcionales que padece" y, concluye que, "si el servicio de prevención de riesgos laborales externo a la empresa declaró la no aptitud del trabajador, queda acreditada la causa de extinción contractual prevista por el art. 52-a) del Estatuto de los Trabajadores. Nada más cabe exigir a la empresa, no habiéndose acreditado el error o falsedad del dictamen del servicio de prevención", subrayando que "si el servicio de prevención de riesgos laborales externo a la empresa declaró la no aptitud del trabajador, queda acreditada la causa de extinción contractual prevista por el art. 52-a) del Estatuto de los Trabajadores. Nada más cabe exigir a la empresa, no habiéndose acreditado el error o falsedad del dictamen del servicio de prevención".

Es claro, por tanto, que la convicción de la Sala se apoyó únicamente en el informe del Servicio de Prevención reiterado, como se deduce de las razones expuestas, aunque se apartan llamativamente de las conclusiones del informe de Cualtis, en el que no se precisan, por cuanto afecta a datos personales del trabajador, cuáles son las lesiones que padece, limitándose a listar las tareas propias de su trabajo, para resaltar que, le obligan a conducir un 75% de la jornada, concluyendo que, "...por los motivos expuestos anteriormente, la conducción de vehículos ligeros, ocupa la mayor parte de la jornada, en una proporción superior al 75%, con lo que con la limitación indicada no puede desarrollar las labores propias de su puesto de trabajo de encargado de obra".

Dicha limitación, referida a la incapacidad de conducir vehículos, teniendo en cuenta que dicha actividad ocupa el 75% del tiempo de trabajo del demandante, es la única que se contiene en la carta de extinción, para acreditar la ineptitud sobrevenida del demandante, asumiendo expresamente el informe del SPA, donde no se menciona más limitación que la conducción de vehículos, aunque no se razona, de ningún modo, cuáles son los fundamentos de dicha incapacidad, al igual que en la carta de extinción.

**3.** Debemos despejar, a continuación, si el informe del Servicio de Prevención ajeno, solicitado por el empresario, para determinar la aptitud de un trabajador, cuyas lesiones, tras un largo período de incapacidad temporal, no tienen entidad para declararle en situación de invalidez permanente en ninguno de su grados, con base al informe de valoración médica, en el que se subraya, además, que las quejas somáticas del demandante han provocado una hipotimia (depresión), con una patología degenerativa lumbar y sacroilíaca que no justifica el cuadro somático referido, subrayando la falta de fiabilidad en la exploración por falta de colaboración y características de funcionalidad, tiene valor por sí solo para cumplir las cargas probatorias, exigidas por el art. 122.1 LRJS, en relación con el art. 217.3 LEC.

#### **Quinto.**

- **1.** El art. 52.a ET dispone que el contrato "podrá extinguirse por ineptitud del trabajador conocida o sobrevenida con posterioridad a su colocación efectiva en la empresa. La ineptitud existente con anterioridad al cumplimiento de un periodo de prueba no podrá alegarse con posterioridad a dicho cumplimiento".

La noción de ineptitud sobrevenida, a falta de una definición legal expresa, se ha asociado a una falta de habilidad para el desempeño de la actividad laboral que resulta en impericia o incompetencia y se traduce en un bajo rendimiento o productividad de carácter permanente y no relacionado con una actitud dolosa del trabajador. Se puede relacionar con una disminución de las condiciones físicas o psíquicas del trabajador o con la ausencia o disminución de facultades, condiciones, destrezas y otros recursos personales necesarios para el desarrollo del trabajo en términos de normalidad y eficiencia, entendido como imposibilidad de desempeño de todas o al menos las funciones básicas del puesto de trabajo. Cabe, a estos efectos, dentro del concepto de ineptitud la ausencia o falta de una condición legal o requisito específico, como puede ser la pérdida de una autorización o título habilitante para el ejercicio de la actividad, como la privación del permiso de conducir cuando sea exigible conducir para el ejercicio del puesto de trabajo.

El art. 53.1.a ET prevé que, "la adopción del acuerdo de extinción al amparo de lo prevenido en el artículo anterior exige la observancia de los requisitos siguientes:

a) Comunicación escrita al trabajador expresando la causa".

Así pues, es claro que, la empresa, que pretenda extinguir el contrato de trabajo de trabajo por ineptitud sobrevenida del trabajador, deberá precisar en la carta de extinción cuales son las limitaciones del trabajador y de qué manera provocan una ineptitud sobrevenida para el desempeño de las tareas propias de su profesión.

El art. 122.1 LRJS, que regula la calificación de la extinción del contrato dispone que "se declarará procedente la decisión extintiva cuando el empresario, habiendo cumplido los requisitos formales exigibles, acredite la concurrencia de la causa legal indicada en la comunicación escrita. Si no la acreditase, se calificará de improcedente".

Es claro también que, la carga de la prueba de la ineptitud del trabajador para el ejercicio de su profesión corresponderá a la empresa, de conformidad con lo dispuesto en el art. 122.1 LRJS, en relación con el art. 217.3 LEC.

**2.** Los trabajadores, en la relación de trabajo, tienen derecho, conforme dispone el art. 4.2.d ET "a su integridad física y a una adecuada política de prevención de riesgos laborales" y están obligados, a tenor con lo dispuesto en el art. 5.b ET a "observar las medidas de prevención de riesgos laborales que se adopten".

El art. 22.1 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales, que regula la vigilancia de la salud, dispone en sus apartados 1 a 3, lo siguiente:

1. El empresario garantizará a los trabajadores a su servicio la vigilancia periódica de su estado de salud en función de los riesgos inherentes al trabajo.

Esta vigilancia sólo podrá llevarse a cabo cuando el trabajador preste su consentimiento. De este carácter voluntario sólo se exceptuarán, previo informe de los representantes de los trabajadores, los supuestos en los que la realización de los reconocimientos sea imprescindible para evaluar los efectos de las condiciones de trabajo sobre la salud de los trabajadores o para verificar si el estado de salud del trabajador puede constituir un peligro para el mismo, para los demás trabajadores o para otras personas relacionadas con la empresa o cuando así esté establecido en una disposición legal en relación con la protección de riesgos específicos y actividades de especial peligrosidad.

En todo caso se deberá optar por la realización de aquellos reconocimientos o pruebas que causen las menores molestias al trabajador y que sean proporcionales al riesgo.

2. Las medidas de vigilancia y control de la salud de los trabajadores se llevarán a cabo respetando siempre el derecho a la intimidad y a la dignidad de la persona del trabajador y la confidencialidad de toda la información relacionada con su estado de salud.

3. Los resultados de la vigilancia a que se refiere el apartado anterior serán comunicados a los trabajadores afectados.

El apartado cuarto del artículo examinado prevé lo siguiente:

4. Los datos relativos a la vigilancia de la salud de los trabajadores no podrán ser usados con fines discriminatorios ni en perjuicio del trabajador.

El acceso a la información médica de carácter personal se limitará al personal médico y a las autoridades sanitarias que lleven a cabo la vigilancia de la salud de los trabajadores, sin que pueda facilitarse al empresario o a otras personas sin consentimiento expreso del trabajador.

No obstante lo anterior, 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.

El art. 31. 3. f de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, que regula los servicios de prevención, dispone que éstos deberán proporcionar asesoramiento y apoyo a las empresas sobre "la vigilancia y salud de los trabajadores en relación con los riesgos derivados del trabajo" y establece, a continuación que, si la empresa no llevara a cabo las actividades preventivas con recursos propios, la asunción de las funciones respecto a dicha materia se efectuará por los servicios de prevención ajenos.

El ar. 19.1 del RD 39/1997, de 17 de enero, del reglamento de servicios de prevención, que regula las funciones de las entidades especializadas que actúen como servicios de prevención, dispone que las entidades especializadas que actúen como servicios de prevención deberán estar en condiciones de proporcionar a la empresa el asesoramiento y apoyo que precise en relación con las actividades concertadas, correspondiendo la responsabilidad de su ejecución a la propia empresa. Lo anterior se entiende sin perjuicio de la responsabilidad directa que les corresponda a las entidades especializadas en el desarrollo y ejecución de actividades como la evaluación de riesgos, la vigilancia de la salud u otras concertadas, precisándose en su apartado segundo, que dichas entidades asumirán las funciones señaladas en el art. 31.3 LPRL.

La lectura de los preceptos examinados permite deducir que, los servicios de prevención ajenos tienen, entre otras misiones, la vigilancia de la salud de los trabajadores en relación con los riesgos derivados del trabajo. De este modo, cuando constaten, en su función de vigilancia de la salud de los trabajadores, que éstos han perdido sobrevenidamente su aptitud para el desempeño de su puesto de trabajo, están obligados a informar al empresario y a las personas u órganos con responsabilidades en materia de prevención de sus conclusiones sobre dicha pérdida de aptitud o, sobre la necesidad de introducir o mejorar las medidas de protección y prevención, a fin de que puedan desarrollar correctamente sus funciones en materia preventiva, todo ello con respeto a las cautelas previstas en los apartados segundo, tercero y cuarto del art. 22 de la LPRL, puesto que dicha información contiene datos relativos a la vigilancia de la salud de los trabajadores.

Cuando el servicio de prevención ajeno informe al empresario sobre la ineptitud sobrevenida para el desempeño de su puesto de trabajo, éste, en cumplimiento de su deber de seguridad para con sus trabajadores, previsto en el art. 14.2 ET, deberá ordenar al trabajador afectado que deje de prestar servicios en el puesto de trabajo afectado para evitar, de este modo, cualquier riesgo en el desempeño de su puesto de trabajo.

Ahora bien, el cumplimiento de esa obligación de seguridad por parte del empleador, no comporta que éste pueda extinguir mecánicamente el contrato de trabajo del trabajador por ineptitud sobrevenida del trabajador con base únicamente a las conclusiones del informe del servicio de prevención ajeno, cuya finalidad, como hemos resaltado, es meramente informativa, limitándose a trasladar unas conclusiones, que no pueden fundarse en las lesiones del trabajador, toda vez que, la información, relacionada con el estado de salud del trabajador, está protegida por su derecho a la intimidad y su derecho a la protección de datos, de conformidad con lo dispuesto en el art. 22.3 y 4 LPRL.

Consiguientemente, la obligación de los servicios de prevención ajeno de trasladar al empresario sus conclusiones sobre los reconocimientos para la vigilancia de la salud de los trabajadores, referidos en el art. 22.1 LPRL, relacionados con la aptitud del trabajador, tiene por finalidad fundamental asegurar que el empresario tome las medidas precisas para evitar cualquier riesgo del trabajador afectado, pero no permite concluir sin más que, un informe, expedido por el servicio de prevención ajeno, a solicitud unilateral del empresario, aunque la Entidad Gestora haya descartado que el trabajador esté incapacitado para el desempeño de su profesión y, sin que el trabajador se haya incorporado, siquiera, a su puesto de trabajo, constituya por sí solo un medio de prueba imbatible para acreditar la ineptitud sobrevenida para el trabajo del trabajador afectado, que justifique, sin más pruebas, la extinción del contrato de trabajo por ineptitud sobrevenida, toda vez que los datos, relativos a la vigilancia de salud de los trabajadores, no podrán ser usados con fines discriminatorios ni en perjuicio del trabajador, a tenor con lo dispuesto en el art. 22.4 LPRL, ya que, las conclusiones controvertidas derivan necesariamente de dichos datos.

Dicha conclusión no implica, sin más, que los informes controvertidos no tengan ningún valor probatorio para acreditar la ineptitud sobrevenida de los trabajadores para el desempeño de su puesto de trabajo. Será necesario, a estos efectos, que el informe identifique con precisión cuáles son las limitaciones concretas detectadas y su incidencia sobre las funciones desempeñadas por el trabajador, sin que baste la simple afirmación de que el trabajador ha perdido su aptitud para el desempeño del puesto, cuando dicha afirmación no esté justificada en los términos expuestos y no se soporte con otros medios de prueba útiles, cuando sea contradicha por el trabajador, especialmente cuando, como sucede aquí, la Entidad Gestora haya descartado la declaración de invalidez permanente del trabajador para el desempeño de su profesión habitual, debiendo resaltarse que, en la carta de despido se afirma que el dictamen NO APTO, del servicio de prevención ajeno, "...le impide realizar la mayor parte de las tareas habituales e inherentes a su categoría profesional y para cuya ejecución usted fue contratado".

En el caso, que nos ocupa, se ha acreditado contundentemente que la sala de suplicación ha basado exclusivamente su decisión en el informe de Cualis, en el cual, como advertimos más arriba, ni se identifican las limitaciones funcionales del demandante, ni se precisa de qué modo le impiden el desempeño de las funciones listadas en el propio informe, salvo en lo que afecta a la capacidad de conducir, afirmándose paladinamente que el demandante no puede conducir el 75% de su jornada, sin explicar, de ningún modo, las razones de dicha limitación.

Así pues, constatado que, la propia sentencia recurrida afirma que el demandante no ha perdido la capacidad de conducir, constandingo acreditado en el hecho probado octavo de la sentencia de instancia, que no ha sido modificado, que "la Dirección General de Tráfico no ha establecido ninguna restricción en el permiso de conducir del trabajador", es patente que, la empresa no ha cumplido las exigencias probatorias, requeridas por el art. 122.1 LRJS, en relación con el art. 217.3 ET, lo cual comporta que el despido deba declararse improcedente, conforme a lo mandado por el art. 122.1 LRJS.

#### **Sexto.**

- Por las razones expuestas, oído el Ministerio Fiscal, vamos a estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina, interpuesto por D. Luis Carlos, representado y asistido por el Letrado D. Juan José Lozano Fernández, contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de fecha el 21 de julio de 2020, en su recurso de suplicación núm. 804/2020, que estimó el recurso de suplicación interpuesto por UTE Álava Oeste 2017, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 3 de los de

Vitoria-Gasteiz, que resolvió la demanda sobre despido presentada por D. Luis Carlos frente a UTE Álava Oeste 2017, Esconsu S.L., API Movilidad S.A. -IMESAPI S.A.- y Firms Alaveses S.A.

UTE Álava Oeste 2017, representada y asistida por D<sup>a</sup> Beatriz Inchaurreaga Aranguren, presenta escrito de impugnación contra el recurso de casación para la unificación de doctrina, casar y anular parcialmente la sentencia recurrida y, resolviendo el debate en suplicación, estimar parcialmente el de tal clase, interpuesto por las demandadas contra la sentencia de instancia, que revocamos parcialmente, declarando la improcedencia del despido y condenando a las demandadas a estar y pasar por dicha declaración a todos los efectos legales oportunos, para que a su opción, en un plazo de cinco días, readmitan al trabajador en las mismas condiciones anteriores al despido con más los salarios de tramitación, o le indemnicen con la cantidad de 75.389, 18 euros. Sin costas.

### FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

1. Estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina, interpuesto por D. Luis Carlos, representado y asistido por el Letrado D. Juan José Lozano Fernández, contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de fecha el 21 de julio de 2020, en su recurso de suplicación núm. 804/2020, que estimó el recurso de suplicación interpuesto por UTE Álava Oeste 2017, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 3 de los de Vitoria-Gasteiz, que resolvió la demanda sobre despido presentada por D. Luis Carlos frente a UTE Álava Oeste 2017, Esconsu S.L., API Movilidad S.A. -IMESAPI S.A.- y Firms Alaveses S.A., UTE Álava Oeste 2017, representada y asistida por D<sup>a</sup> Beatriz Inchaurreaga Aranguren, presenta escrito de impugnación contra el recurso de casación para la unificación de doctrina.

2. Casar y anular parcialmente la sentencia recurrida y, resolviendo el debate en suplicación, estimar parcialmente el de tal clase, interpuesto por las demandadas contra la sentencia de instancia, declarando la improcedencia del despido y condenando a las demandadas a estar y pasar por dicha declaración a todos los efectos legales oportunos, para que a su opción readmitan al trabajador en las mismas condiciones anteriores al despido con más los salarios de tramitación, o le indemnicen con la cantidad de 75.389, 18 euros.

3. Sin costas.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.