



Roj: **STSJ PV 2003/2017 - ECLI: ES:TSJPV:2017:2003**

Id Cendoj: **48020340012017101222**

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

Sede: **Bilbao**

Sección: **1**

Fecha: **30/05/2017**

Nº de Recurso: **1082/2017**

Nº de Resolución: **1238/2017**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **MANUEL DIAZ DE RABAGO VILLAR**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

RECURSO Nº: Suplicación / E_Suplicación 1082/2017

NIG PV 48.04.4-16/006709

NIG CGPJ 48020.44.4-2016/0006709

SENTENCIA Nº: 1238/2017

SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DEL PAÍS VASCO

En la Villa de Bilbao, a 30 de mayo de 2017.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco, formada por los Iltmos. Sres. D. MANUEL DIAZ DE RABAGO VILLAR, Presidente en funciones, D. JUAN CARLOS ITURRI GARATE y D. FLORENTINO EGUARAS MENDIRI, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

S E N T E N C I A

En el Recurso de Suplicación interpuesto por SERVICIOS INTEGRALES DE ATENCION AL CLINETE Y VENTA XUPERA XXI SA contra la sentencia del Juzgado de lo Social num. 8 de los de BILBAO (BIZKAIA) de fecha 4 de enero de 2017, dictada en proceso sobre DSP, y entablado por Indalecio frente a **SERVICIOS INTEGRALES DE ATENCION AL CLINETE Y VENTA XUPERA XXI SA**.

Es Ponente el Iltmo. Sr. Magistrado D. MANUEL DIAZ DE RABAGO VILLAR, quien expresa el criterio de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- La única instancia del proceso en curso se inició por demanda y terminó por sentencia, cuya relación de hechos probados es la siguiente:

"PRIMERO.- El actor D. Indalecio, ha venido prestando sus servicios por cuenta y a las órdenes de la empresa demandada SERVICIOS INTEGRALES DE ATENCION AL CLIENTE Y VENTA XUPERA XXI, S.A., con una antigüedad desde el 14/02/2007, categoría profesional de Gestor Telefónico, y un salario mensual bruto de 1.221,90 euros, con inclusión de la prorrata de pagas extras.

SEGUNDO.-Con fecha 27/06/2016 la empresa comunicó al actor su despido por causas objetivas con efectos del mismo día, mediante carta del siguiente tenor literal:

"Muy Sr. mío:

Mediante la presente, le comunico que esta empresa ha tomado la decisión de extinguir su contrato de trabajo con fecha de efectos del día de hoy, 27 de junio de 2016-, al amparo de lo dispuesto en el art. 52 a) del



Estatuto de los Trabajadores -cuyo Texto Refundido fue aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre-, a saber: ineptitud del trabajador conocida o sobrevenida con posterioridad a su colocación efectiva en la empresa.

Efectivamente, una vez emitida el alta médica por el instituto Nacional de la Seguridad Social, con fecha de 6 de abril de 2016 -tras haber permanecido en situación de Incapacidad Temporal desde el 14 de octubre de 2014-, y tras disfrutar de sus correspondientes días de vacaciones, una vez reincorporado en la empresa, se procedió por el Servicio Médico de Vigilancia para la Salud (PREMAP), en cumplimiento de lo dispuesto en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales ¿obligación de vigilancia periódica del estado de salud de los trabajadores-, a efectuarle un reconocimiento médico a fin de dictaminar su aptitud para el desempeño de las funciones propias de su categoría profesional como Gestor Telefónico (OPERADOR).

Pues bien, mediante Informe de 27 de mayo de 2016, el citado Servicio Médico le ha considerado: APTO CON LIMITACIONES para su puesto de trabajo. Así se recoge en dicha Resolución:

"A la vista de los resultados, así como de las exploraciones complementarias realizadas se objetivan datos patológicos en relación con su puesto de trabajo en el momento actual, siendo considerado APTO CON LIMITACIONES.

LIMITACIONES: No puede trabajar a turnos, no puede estar en contacto con las siguientes sustancias: que contengan Thiuram, IPPD,"

Hemos sabido que el Thiuram e IPPD son sustancias empleadas como aditivos de la goma para prevenir su degradación y mejorar sus funciones. Sustancias presentes, entre otros productos, en auriculares de diadema (monoaurales y binaurales), con efecto aislante, como los utilizados en nuestra empresa.

Ante esta situación, esta empleadora se ha puesto en contacto con sus proveedores habituales de auriculares con el fin de conseguir un equipo de trabajo adaptado a esas limitaciones. Y la respuesta obtenida es que, o no disponen de auriculares que estén libres de esas sustancias (PLANTRONICS), o no pueden garantizar que sus productos estén libres de esas sustancias (MAGNETRON, JABRA).

A su vez, el pasado día 21 de junio, usted nos trasladó en conversación mantenida con la responsable del Departamento de Gestión de Personas, D. Guillerma , la posibilidad de adquirir unas almohadillas protectoras de color blanco para los auriculares, entendiéndose que con esa medida quedaba garantizada la adaptación de su puesto a las limitaciones antes indicadas.

Hemos comprobado que ninguno de los modelos comercializados en la página Web indicada por usted (AMAZON) son compatibles con cascos para uso profesional.

No es posible, pues, proporcionarle unos cascos adaptados a las limitaciones reseñadas, lo que, a nuestro entender, le inhabilita definitivamente para la realización de las tareas propias de su profesión.

Así las cosas, habiendo sobrevenido esta situación y habiendo sido conocida por la empresa con posterioridad a su ingreso en la misma, y no disponiendo de otro puesto de trabajo en donde reubicarle, es por lo que procedemos a extinguir su contrato por la causa objetiva prevista en el art.52 a) del ET .

Simultáneamente a la entrega de la presente comunicación, ponemos a su disposición la cantidad total de siete mil quinientos cuarenta y cuatro euros con cincuenta céntimos (7.544,50 €), mediante transferencia bancaria cuyo documento acreditativo adjuntamos, en concepto de indemnización según el artículo 53.1.b del Estatuto de los trabajadores : 20 días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos inferiores a un año con el tope de 12 mensualidades-, con arreglo a un salario de 40,06 euros diarios y una antigüedad de 14 de febrero de 2007.

También se le abona un importe neto de quinientos setenta y cuatro euros y veintisiete céntimos (574,27 €), correspondiente a quince días de salario por el plazo de preaviso de quince días no concedidos ¿ art. 53.4 del Estatuto de los Trabajadores -. Este importe se incluye en la liquidación de haberes correspondiente hasta el día de hoy; liquidación abonada mediante transferencia bancaria, cuyo documento acreditativo también adjuntamos.

Sirviendo la presente comunicación a los efectos legales oportunos,

Atentamente".

TERCERO.- El actor ha permanecido en situación de IT desde el 14/10/2014 hasta el 6/04/2016.

CUARTO.- Tras disfrutar de las correspondientes vacaciones, el actor se reincorporó a la empresa el 23/05/2016, y ese mismo día fue sometido a un reconocimiento médico en la empresa por parte del Servicio Médico de Prevención de Riesgos Laborales (Fremap), tipo retorno a trabajo para valorar su capacidad laboral



para el puesto de trabajo de Gestor Telefonico, que concluye que el actor es apto con limitaciones, siendo estas que no puede trabajar a turnos, y no puede estar en contacto con las siguientes sustancias: que contengan Thiuram, IPPD.

La médico de Fremap Dra. Pura remitió un mail a la empresa indicando que el actor necesitaba unos cascos especiales, con disipador de ruido y hecho con un material que no contenga Thiuram ni IPPD, que son productos que suelen estar en las gomas.

QUINTO.- El actor presenta alergia de contacto a la mezcla de Thiuram e IPPD que se encuentran en las gomas (informe del EVI). Le provoca dermatitis alérgica de contacto (informe médico Dr. Severiano).

La mezcla de sustancias Thiuram e IPPD se emplea como aditivo de la goma para prevenir su degradación, y se encuentra en múltiples productos, tales como los auriculares (hecho pacifico).

SEXTO.-Las empresas proveedoras de los auriculares que se utilizan en la empresa, han comunicado por mail a esta última lo siguiente:

- 1) Plantronics, no pueden aconsejar ninguno de sus productos porque el componente Thiuram esta presente en la composición de los auriculares;
- 2) Magnetron-Sennheiser informa que ninguno de los auriculares que distribuye esta clasificado de hipoalergenico, que los componentes Thiuram e IPPD no está en ninguna lista de vigilancia o similares por lo que no es algo que normalmente buscan y que no pueden darle una respuesta clara de si el material se utiliza en sus auriculares ya que tendrían que investigar a sus diferentes proveedores;
- 3) Jabra informa que confirma el ingeniero de plástico de Copenhague que sus productos no llevan Thiuram ni IPPD.

SEPTIMO.- El actor en la fecha del despido formaba parte del Comité de Empresa, ostentando su condición de representante legal de los trabajadores.

OCTAVO.-Con fecha 20/07/2016 se presentó papeleta de demanda de conciliación, habiéndose celebrado el preceptivo acto de conciliación con fecha 3/08/2016 con resultado sin efecto."

SEGUNDO .- La parte dispositiva de la Sentencia de instancia dice:

"Que estimando la demanda por despido interpuesta por Indalecio contra SERVICIOS INTEGRALES DE ATENCION AL CLIENTE Y VENTA XUPERA XXI, S.A., debo declarar improcedente el despido verificado el día 27/06/2016, condenando a la demandada a que a elección del actor, que deberá realizar en el plazo de cinco días, indemnice al actor en la suma de 14.853,10 euros o readmita al trabajador, con abono en ambos casos de los salarios de tramitación a razón de 40,17 euros diarios desde la fecha del despido hasta la de la notificación de la sentencia.

Para el supuesto que el actor opte por la indemnización, a la cantidad de 14.853,10 euros habra de restarse la cantidad de 7.544,50 euros abonada por la empresa en concepto de indemnización por despido objetivo, y para el supuesto que el actor opte por la readmisión, el actor deba reintegrar a la empresa dicha indemnización."

TERCERO.- Contra dicha resolución ha formalizado recurso de suplicación la sociedad demandada (que había optado por la indemnización), previo depósito de trescientos euros y aportación de aval bancario por el importe de condena en concepto de indemnización y salarios de tramitación. Recurso que ha sido impugnado por la parte demandante.

CUARTO.- El 12 de mayo de 2017 se recibieron las actuaciones en esta Sala, deliberándose el recurso el día 30 del mismo mes.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Servicios Integrales de Atención al Cliente y Venta Xupera XXI SA (en adelante, XUPERA) recurre en suplicación, ante esta Sala, la sentencia del Juzgado de lo Social nº 8 de Bilbao, de 4 de enero del año en curso (aclarada el día 17 de ese mes) que estimando la pretensión subsidiaria de la demanda que interpuso D. Indalecio el 3 de agosto de 2016, ha declarado improcedente el despido por ineptitud sobrevinida de que le hizo objeto a D. Indalecio el 27 de junio de ese año, condenando a dicha sociedad a readmitirle y pagarle los salarios dejados de percibir desde esa fecha, a razón de 40,17 euros/día, o si así lo elige la recurrente, como hizo, indemnizarle con 14.853,10 euros en lugar de la indemnización de 7.544,50 euros puesta a su disposición y ya cobrada.



El Juzgado sustenta su decisión en que no se había acreditado que dicho empresario no pudiera proporcionar al demandante auriculares libres del alérgeno que le causa dermatitis de contacto (la mezcla de Thiuram e IPPD, que suelen estar en las gomas de los auriculares con los que se desarrolla la actividad de gestor telefónico, desarrollada por aquél), dado que uno de sus tres proveedores de éstos (Jabra) le había informado de que el ingeniero de plástico de Copenhague confirmaba que sus productos no llevan esas sustancias.

El recurso empresarial pretende cambiar ese pronunciamiento por otro que desestime la demanda, declarando la procedencia del despido litigioso, a cuyo fin articula un motivo destinado a revisar los hechos probados y otro en el que examina el derecho aplicado en la sentencia.

Recurso impugnado por D. Indalecio .

SEGUNDO.- A) Se denuncia, desde la primera perspectiva, que el Juzgado debió declarar probado, en lugar de lo que consta en el apartado 3) del hecho probado sexto, que "*Jabra informa que no tiene ningún certificado de que sus auriculares estén completamente libres de las sustancias indicadas (Thiuram e IPPD)*". Lo sustenta en el contenido de los correos electrónicos que se cruzan dicha empresa y proveedor, aportados como bloque documental nº 15 de la prueba de la recurrente.

B) La Sala no lo admite, al menos en los términos en que se plantea la revisión, dado que da una visión sesgada de lo que resulta de la lectura de esos correos, pues de ellos se desprende con meridiana claridad la veracidad de lo que el Juzgado declara probado, aunque también es verdad que muestran que Jabra le dijo a XUPERA que no le podía enviar un certificado de que el concreto modelo que le pedían estaba libre de esas sustancias, pero únicamente porque "*no tenemos ningún certificado como el que me solicita, sólo los que ya le envié*", en referencia a los dos que le había hecho llegar previamente, respectivamente expresivos de que los productos que suministraba no tenían sustancias cancerígenas ni "*nickel o PCB allergies*". Con ello no está queriendo decir que no tenga auriculares sin esas sustancias, pues ya le había dicho que el ingeniero de plásticos de Copenhague le confirmaba que ninguno de sus productos las llevaban, sino únicamente lo que literalmente dice: que los únicos certificados de que dispone son los que ya le había enviado, cuyo exacto sentido tampoco podemos afirmar que no incluyera la certificación que se pretendía, en sus términos esenciales, puesto que no ha quedado concretado si bajo la expresión "PCB allergies" se incluyen dichas sustancias. En todo caso, ese correo último en modo alguno priva de efecto al enviado anteriormente con la confirmación que le daba el ingeniero danés: sus productos no tenían esas sustancias.

TERCERO.- A) Se denuncia, desde la vertiente jurídica, que la sentencia, con su decisión dada al litigio por negar que concurra la causa prevista en el art. 52.a) del vigente texto refundido del Estatuto de los Trabajadores (ET), ha infringido dicho precepto, dado que se ha producido una situación de ineptitud sobrevenida en el demandante que le impide llevar a cabo las tareas objeto de su contratación como gestor telefónico, concurriendo cuantos requisitos se exigen al efecto: deriva de pérdida de facultades personales del demandante, que es de carácter permanente, sobrevenida al inicio de la relación laboral, ajena a su voluntad y afecta al núcleo esencial de su prestación de servicios, no habiendo podido obtener auriculares libres de las sustancias causantes de las reacciones alérgicas.

B) El art. 52.a) ET dispone que el contrato de trabajo 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 período de prueba no podrá alegarse con posterioridad a dicho cumplimiento".

Esa falta de aptitud constitutiva de esta justa causa de extinción del contrato de trabajo precisa determinados requisitos, según hemos dicho en alguna otra ocasión (sentencia de 19 de junio de 2012, rec. 1448/2012): 1) ha de provenir de circunstancias concurrentes en la persona del trabajador, mediante pérdida de sus facultades para cumplir con la prestación de servicios objeto de su contratación, bien sea por merma de sus capacidades físicas o legales (por ejemplo, pérdida del carnet de conducir) para llevarla a cabo, descartándose la que se origina en impedimentos legales ajenos a dicha persona (por ejemplo, las situaciones de incompatibilidad legal), como también la que proviene de su falta de adaptación a novedades técnicas en su puesto de trabajo (lo que constituye una causa diferente, prevista en el art. 52.b ET); 2) ha de ser permanente y no meramente coyuntural; 3) ha de haberse originado con posterioridad al inicio del contrato de trabajo, en previsión legal que se sustenta en la idea de que el empresario ha dispuesto de un instrumento legal para conocer las deficiencias del trabajador anteriores al inicio de la prestación de servicios; 4) ha de afectar al elemento central de su prestación de servicios, no bastando la mera pérdida de aptitud para algunas tareas determinadas o, incluso, la que incide en las labores básicas pero con una repercusión mínima, ya que lo que la norma quiere proteger es el interés del empresario por la utilidad de los servicios de ese trabajador; 5) finalmente, ha de ser ajena a la voluntad del trabajador, de tal modo que no incluye los supuestos de disminución voluntaria del rendimiento, cuyo adecuado cauce es el despido disciplinario contemplado en el art. 54.2.e) ET .



C) A la hora de analizar si se da esa situación de ineptitud sobrevenida en el caso del demandante, hemos de partir necesariamente de los hechos que el Juzgado declara probados con incidencia en dicha cuestión, que son: 1) D. Indalecio trabajaba en la empresa desde el 14 de febrero de 2007, siendo su categoría profesional la de gestor telefónico; 2) estuvo en situación de incapacidad temporal desde el 14 de octubre de 2014 hasta el 6 de abril de 2016, disfrutando seguidamente vacaciones y reincorporándose a la empresa el 23 de mayo siguiente, día en el que fue sometido a reconocimiento médico por parte del servicio médico de prevención de riesgos laborales, Fremap, propio del tipo de retorno al trabajo, a fin de valorar su capacidad laboral para el puesto de gestor telefónico, que concluye en el sentido de considerarle apto con limitaciones, siendo éstas que no puede trabajar a turnos ni puede estar en contacto con sustancias que contengan Thiuram e IPPD, remitiendo la médico de Fremap un correo a la empresa indicando que el demandante necesitaba unos cascos especiales, con disipador de ruidos y hecho con un material que no contenga esas sustancias; 3) D. Indalecio presenta alergia de contacto a la mezcla de Thiuram e IPPD, causándole dermatitis; 4) estas sustancias se emplean como aditivos en las gomas para prevenir su degradación y se encuentran en múltiples productos, tales como los auriculares; 5) de las tres empresas proveedoras de auriculares a la recurrente, una le ha dicho que esas sustancias están en todos los que suministra; otra, que no puede dar una respuesta clara, aunque ninguno de los auriculares que distribuye está clasificado como hipoalérgico; y la tercera (Jabra), le ha informado que el ingeniero de plástico de Copenhague le ha confirmado que sus productos no llevan esas sustancias.

Relato a partir del cual la Sala comparte la valoración del Juzgado: no concurre la situación de ineptitud sobrevenida tipificada en el art. 52.a) ET como causa objetiva de extinción del contrato de trabajo, dado que la alergia que presenta el demandante a esas sustancias, aún sobrevenida al inicio de su relación laboral y de carácter permanente, no le impide llevar a cabo los servicios propios de su contrato de trabajo, como gestor telefónico, dado que existen auriculares que carecen de esas sustancias, que incluso puede suministrarle uno de sus proveedores habituales, como es Jabra. En consecuencia, no concurre el cuarto de los requisitos anteriormente mencionados.

Conclusión a la que no obsta que dicho proveedor no le haya podido entregar un certificado en los concretos términos requeridos por la recurrente, dado que en modo alguno es preciso disponer del mismo para que el demandante lleve a cabo su trabajo, teniendo en cuenta que dicho proveedor sí le ha hecho llegar la confirmación de que los auriculares que suministra no llevan esas sustancias, dada por el ingeniero de plástico de Copenhague y ello con independencia de saber si los certificados que le había remitido eran ya comprensivos de que sus productos no las incorporan.

El recurso, en consecuencia, se desestima.

CUARTO.- Dicho resultado lleva consigo, como pronunciamientos accesorios: a) la pérdida del depósito de trescientos euros, en beneficio del Tesoro Público, en donde se ingresará una vez sea firme esta resolución (art. 204.4 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social ¿LJS-); b) que deba mantenerse el aval constituido en tanto no se acredite el cumplimiento de la sentencia o, en ejecución de ésta, se acuerde realizarlo (art. 204.3 LJS); c) la condena de dicha demandada al pago de las costas causadas por su recurso, incluidos los honorarios de letrado devengados en su impugnación, cuya cuantía fijamos en seiscientos euros (art. 235.1 LJS).

FALLAMOS

1º) Se desestima el recurso de suplicación interpuesto por la representación legal de Servicios Integrales de Atención al Cliente y Venta Xupera XXI SA contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 8 de Bilbao, de 4 de enero de 2017 , dictada en sus autos nº 683/2016, seguidos a instancias de D. Indalecio , frente a la hoy recurrente y el Fondo de Garantía Salarial, sobre despido por causas objetivas, confirmando lo resuelto en la misma.

2º) Una vez firme esta resolución, ingrésese en el Tesoro Público el depósito de trescientos euros.

3º) Manténgase el aval bancario constituido en tanto no se acredite el cumplimiento de la sentencia o, en su ejecución, se acuerde realizarlo.

4º) Se condena a la recurrente al pago de las costas causadas por su recurso, incluido seiscientos euros como honorario de letrado devengados en su impugnación.

Notifíquese esta sentencia a las partes y al Ministerio Fiscal, informándoles de que no es firme, pudiendo interponer recurso de casación para la unificación de la doctrina en los términos y con los requisitos que se detallan en las advertencias legales que se adjuntan.



Una vez firme lo acordado, devuélvanse las actuaciones al Juzgado de lo Social de origen para el oportuno cumplimiento.

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

E/

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el mismo día de su fecha por el/la Ilustre Sr/ a. Magistrado/a Ponente que la suscribe, en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.

ADVERTENCIAS LEGALES.-

Contra esta sentencia cabe recurso de casación para la unificación de doctrina ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, que necesariamente deberá prepararse por escrito firmado por **Letrado** dirigido a esta Sala de lo Social y presentado dentro de los **10 días hábiles** siguientes al de su notificación.

Además, **si el recurrente hubiere sido condenado en la sentencia, deberá acompañar**, al *preparar* el recurso, el justificante de haber ingresado en esta Sala el importe de la condena; o bien aval bancario en el que expresamente se haga constar la responsabilidad solidaria del avalista. Si la condena consistiere en constituir el capital-coste de una pensión de Seguridad Social, el ingreso de éste habrá de hacerlo en la Tesorería General de la Seguridad Social, una vez se determine por ésta su importe, lo que se le comunicará por esta Sala.

El recurrente deberá acreditar mediante resguardo entregado en la secretaría de esta Sala de lo Social al tiempo de *preparar* el recurso, la consignación de un depósito de 600 euros.

Los **ingresos** a que se refieren los párrafos anteriores se deberán efectuar, o bien en entidad bancaria del Banco Santander, o bien mediante transferencia o por procedimientos telemáticos de la forma siguiente:

A) Si se efectúan en una oficina del Banco Santander, se hará en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de dicho grupo número 4699-0000-66-1082-17.

B) Si se efectúan a través de transferencia o por procedimientos telemáticos, se hará en la cuenta número ES55 0049 3569 9200 0500 1274, haciendo constar en el campo reservado al beneficiario el nombre de esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, y en el campo reservado al concepto el número de cuenta 4699-0000-66-1082-17.

Están exceptuados de hacer todos estos ingresos las Entidades Públicas, quienes ya tengan expresamente reconocido el beneficio de justicia gratuita o litigasen en razón a su condición de trabajador o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social (o como sucesores suyos), aunque si la recurrente fuese una Entidad Gestora y hubiese sido condenada al abono de una prestación de Seguridad Social de pago periódico, al anunciar el recurso deberá acompañar certificación acreditativa de que comienza el abono de la misma y que lo proseguirá puntualmente mientras dure su tramitación.