



Roj: **STSJ AS 1810/2021 - ECLI:ES:TSJAS:2021:1810**

Id Cendoj: **33044340012021101251**

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

Sede: **Oviedo**

Sección: **1**

Fecha: **29/06/2021**

Nº de Recurso: **1196/2021**

Nº de Resolución: **1497/2021**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **JESUS MARIA MARTIN MORILLO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.J.ASTURIAS SALA SOCIAL

OVIEDO

SENTENCIA: 01497/2021

T.S.J.ASTURIAS SALA SOCIAL DE OVIEDO

C/ SAN JUAN Nº 10

Tfno: 985 22 81 82

Fax: 985 20 06 59

Correo electrónico:

NIG: 33044 44 4 2020 0003918

Equipo/usuario: MGZ

Modelo: 402250

RSU RECURSO SUPLICACION 0001196 /2021

Procedimiento origen: DSP DESPIDO/CESES EN GENERAL 0000659 /2020

RECURRENTE/S D/ña OROVALLE MINERALS SL

ABOGADO/A: CRISTINA OREJAS MARTÍNEZ

PROCURADOR:

GRADUADO/A SOCIAL:

RECURRIDO/S D/ña: Argimiro , MINISTERIO FISCAL FISCAL

ABOGADO/A: AINARA DEL VALLE GARCIA,

SENTENCIA Nº 1497/21

En OVIEDO, a veintinueve de junio de dos mil veintiuno.

Tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, la Sala de lo Social del T.S.J. de Asturias, la Sala de lo Social del T.S.J. de Asturias, formada por los Ilmos. Sres. D. JESUS MARIA MARTIN MORILLO, Presidente, D^a MARIA VIDAU ARGÜELLES, D^a. MARIA CRISTINA GARCIA FERNANDEZ, y D^a. LAURA GARCIA-MONGE PIZARRO, Magistrados, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española,

EN NOMBRE DE S.M. EL REY

Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE

EL PUEBLO ESPAÑOL



ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el RECURSO SUPPLICACION 0001196/2021, formalizado por la Letrada D^a CRISTINA OREJAS MARTÍNEZ, en nombre y representación de OROVALLE MINERALS SL, contra la sentencia número 75/2021 dictada por JDO. DE LO SOCIAL N. 1 de OVIEDO en el procedimiento DESPIDO/CESES EN GENERAL 0000659/2020, seguidos a instancia de Argimiro frente a OROVALLE MINERALS SL, MINISTERIO FISCAL FISCAL, siendo **Magistrado-Ponente el Ilmo Sr D JESUS MARIA MARTIN MORILLO**.

De las actuaciones se deducen los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: D/D^a Argimiro presentó demanda contra OROVALLE MINERALS SL, MINISTERIO FISCAL, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia número 75/2021, de fecha quince de febrero de dos mil veintiuno

SEGUNDO: En la sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos expresamente declarados probados:

1º.- Argimiro , cuyas circunstancias personales constan en el encabezamiento de su demanda, comenzó a prestar servicios por cuenta y bajo la dependencia de la empresa demandada el día 19 de enero de 2.015, encontrándose incluido en el grupo profesional IV nivel I, puesto mina de interior, ayudante de topógrafo, percibiendo un salario bruto diario, a efectos indemnizatorios, de 72,28 euros, siendo de aplicación a la relación laboral el II Convenio colectivo Orovalle Minerals S.L.

2º.- El día 30 de julio de 2.019 inició situación de incapacidad temporal, derivada de enfermedad común, con el diagnóstico de posible caso mobbing con ansiedad y somatización. Tras agotar el plazo máximo de 365 días de incapacidad temporal el día 4 de agosto de 2.020, el Instituto nacional de la seguridad social acordó emitir el alta médica, al considerar que presentaba un trastorno adaptativo y que psicopatológicamente no presentaba déficits. El actor presentó disconformidad con ese alta médica, dictándose nueva resolución el día 27 de agosto de 2.020 en la que se acordó elevar a definitiva el alta médica emitida con fecha 10 de agosto de 2.020.

3º.- Una vez iniciada la baja médica, su médico de atención primaria le remitió a Salud mental, siendo visto por primera vez el día 23 de agosto de 2.019. En la revisión de 14 de octubre de 2.019 se le aumentó Heipram a 20 mg diarios, se rebajó Lorazepam a 1-0-1 y se añadió Quetiapina 50 mg 0-0-1, retirándose el Trankimazin que sólo tomaría en caso de necesidad.

En la revisión de diciembre de 2.019 se recoge que existe una mejoría parcial y que como único efecto secundario presenta hipotensión ortostática con Quetiapina. Se le mantuvo el mismo tratamiento.

En la revisión de febrero de 2.020 se le mantiene el mismo tratamiento.

En la revisión de abril de 2.020 se señala que la Quetiapina 50 mg es 1 mg o 1 en la cena.

En la revisión de 6 de julio de 2.020 se aumenta la dosis de Quetiapina 50 mg a 2 comprimidos en la cena.

El día 6 de octubre de 2.020 acude a nueva revisión, siendo diagnosticado de reacción mixta ansioso depresiva. En el informe, firmado a las 13,39 horas, se recoge que con los cambios realizados en los temas laborales el paciente ha experimentado una progresiva mejoría, debiendo mantener el tratamiento prescrito, señalando que, con mejoría, puede reducir Quetiapina 50 hasta suspender.

4º.- Tras ser dado de alta médica, el actor disfrutó las vacaciones pendientes, y, posteriormente, fue examinado el día 6 de octubre de 2.020 en el botiquín de la empresa por el médico de trabajo adscrito al servicio de prevención Quirón Prevención, con el que la empresa tiene suscrito contrato para la vigilancia de la salud de los trabajadores a su cargo. Entre las actividades que debe realizar el servicio de prevención dentro de esta disciplina se incluye el establecimiento de los riesgos; la evaluación de la salud, que incluye tanto el examen de salud al inicio de la incorporación al trabajo, como después de ausencia prolongada por motivo de salud, a trabajadores sensibles, después de asignación a tareas específicas con nuevos riesgos y los periódicos, incluyendo la asignación de protocolos de vigilancia sanitaria específica por riesgos laborales a los grupos de riesgo establecidos; historia clínico laboral; emisión de informes que incluye la emisión de un informe médico para el trabajador con la emisión de resultados en un informe confidencial y el informe de aptitud del trabajador para la empresa; recursos humanos y materiales; estudios epidemiológicos; formación; promoción de la salud; colaboración con el sistema nacional de salud; información sanitaria; otras funciones sanitarias y memoria.



Fue examinado por el Dr. Epifanio , tras ausencia prolongada por motivo de salud, en la fecha señalada, aplicándose el protocolo de conducción de vehículos, protocolo de dermatosis profesionales, estrés térmico, manipulación manual de cargas, neumoconiotico, posturas forzadas, psicosocial, ruido, trabajos en altura y pantallas de visualización de datos. Se le aplicaron los cuestionarios correspondientes a la escala somnolencia Epworth que no mostró alteraciones significativas, el cuestionario general de salud GHQ-12 de Goldberg que mostró ausencia de psicopatología, el cuestionario Q10-FRP que fue negativo y se le realizó una entrevista semiestructurada sobre acontecimientos. El día 7 de octubre de 2.020 el doctor emite informe siendo declarado el trabajador apto con limitaciones, no debe conducir vehículos y periodicidad semestral, para el desempeño del puesto de trabajo de topógrafo.

5º.- Conforme a la última versión de la descripción del puesto de trabajo de topógrafo, la misión del topógrafo es realizar el control topográfico de las tareas encomendadas de acuerdo con las normas de prevención de riesgos laborales y protección medioambiental vigentes y respetando y cumpliendo en todo momento las normas de seguridad y salud laboral, sostenibilidad medioambiental y calidad establecidas

por la compañía. Las funciones que tiene que realizar son las siguientes:

- Recibir la charla de seguridad y destino, y antes del inicio de cualquier trabajo, realizar los checklist correspondientes, entre otros, 6 puntos de seguridad y maquinaria, así como utilizar correctamente todos los EPIS. A la finalización de la jornada, rellenar el parte de operación
- Conocer y cumplir con las Disposiciones internas de seguridad vigentes y los procedimientos de trabajo, velando por su seguridad y salud en el trabajo y la de aquellas personas a las que pueda afectar su actividad, cooperando para garantizar unas condiciones de trabajo seguras y que no entrañen riesgos para la seguridad y la salud ni para el medio ambiente
- Realizar las funciones propias de su puesto, siendo algunas de ellas marcar y controlar las galerías; actualizar la base de datos y generar reportes; realizar el replanteo y la toma de sondeos y obra lineal; controlar la calidad de las mediciones; delinear los planos, imprimirlos y encuadernarlos; actualizar la topografía en CAD y generar las notas de trabajo para operación; y responsabilizarse del correcto marcaje y control de las galerías, así como del control de las calidades de las mediciones.
- Informar a los superiores y actuar tomando las medidas oportunas ante cualquier incidencia en la ejecución de las tareas, el tajo o en la maquinaria a su cargo, así como de cualquier situación que a su juicio entrañe un riesgo para la seguridad y la salud o el medio ambiente.
- Usar adecuadamente los medios afines al puesto, a fin de alcanzar la producción y desarrollo de la actividad, prestando cuidado en su conservación.

Como capacitación general se exige grado de geomática y topografía y permiso de conducir clase B y como méritos valorables máster en ingeniería geomática y topografía, conocimiento de las aplicaciones informáticas de minería Autocad y Datamine, nivel de inglés fluido y nivel básico en prevención de riesgos laborales o nivel superior en especialidad seguridad. Como experiencia se valoraría la experiencia en el sector o en puesto igual o similar o de ayudante de topografía.

En la versión anterior se exigía como capacitación el ciclo formativo de grado superior en topografía u otro equivalente, y una experiencia mínima de 2 años en el sector o en un puesto similar o igual.

6º.- Conforme a la última versión de la descripción del puesto de trabajo de ayudante de topógrafo, la misión consiste en auxiliar y colaborar con el topógrafo de acuerdo con las normas de prevención de riesgos laborales y protección medioambiental vigente y respetando y cumpliendo en todo momento las normas de seguridad y salud laboral, sostenibilidad medioambiental y calidad establecidas por la compañía. Las funciones que tiene que realizar son las siguientes:

- Recibir la charla de seguridad y destino, y antes del inicio de cualquier trabajo, realizar los checklist correspondientes, entre otros, 6 puntos de seguridad y maquinaria, así como utilizar correctamente todos los EPIS. A la finalización de la jornada, rellenar el parte de operación
- Conocer y cumplir con las Disposiciones internas de seguridad vigentes y los procedimientos de trabajo, velando por su seguridad y salud en el trabajo y la de aquellas personas a las que pueda afectar su actividad, cooperando para garantizar unas condiciones de trabajo seguras y que no entrañen riesgos para la seguridad y la salud ni para el medio ambiente
- Ayudar y asistir al topógrafo
- Realizar las toma de datos con GPS o estación total para ser supervisadas por el topógrafo al acabar la medición.



- Informar a los superiores de cualquier incidencia en la ejecución de las tareas, el tajo o en la maquinaria a su cargo, así como de cualquier situación que a su juicio entrañe un riesgo para la seguridad y la salud o el medio ambiente.
- Usar adecuadamente los medios afines al puesto, a fin de alcanzar la producción y desarrollo de la actividad, prestando cuidado en su conservación.

Como capacitación general se exige EGB o similar y permiso de conducir clase B y como méritos valorables grado en ingeniería geomática y topografía y certificado de profesionalidad representación de proyectos de obra civil. No se aplicaba experiencia.

En la versión anterior se exigía bachillerato o similar, como méritos valorables ciclo formativo de grado superior en topografía u otro equivalente y experiencia mínima de 2 años en el sector o en un puesto igual o similar.

7º.- Conforme a la evaluación de riesgos del puesto de trabajo de topógrafo elaborada el 17 de mayo de 2.018, copia de la misma obra unida al ramo de prueba de la parte demandada, dándose su contenido por íntegramente reproducido, el puesto de topógrafo se describe señalando que las actividades y labores realizadas consisten en levantamiento topográfico diario de las zonas excavadas, señalización y marcado de dirección, orientación e inclinación de los sondeos a efectuar; así como de los abanicos de barrenos a efectuar para la explotación de las cámaras de mineral, posicionamiento de bases topográficas, puntos de referencia, estaciones, rasantes y cubicaciones de las áreas excavadas, realiza el chequeo del vehículo todoterreno y realiza el repostaje de dicho vehículo. Las herramientas que utiliza son escaleras manuales, vehículo todoterreno, plataforma de manipulador telescópico, equipos topográficos y herramientas manuales y eléctricas.

8º.- En fecha 29 de junio de 2.020 se había convocado en la empresa una vacante de ingeniero de planificación 2, perforación y voladura, el 3 de septiembre otra de técnico de procesos, el 11 de septiembre de jefatura de equipo de mantenimiento, el 17 de septiembre de operador de pala y el 29 de septiembre de operador gunitador, copia de todas las convocatorias obra unido al ramo de prueba de la empresa demandada, dándose su contenido por íntegramente reproducido.

9º.- El día 9 de octubre de 2.020 la empresa le entrega comunicación del siguiente tenor literal "Apreciado Sr. Argimiro :

Por medio de la presente, lamentamos comunicarle que la Dirección de OROVALLE MINERALS, SL. (en adelante "OROVALLE" o la "Compañía"), le comunica que ha decidido proceder a su despido objetivo, con fecha de efectos del día hoy, 9 de octubre de 2020. Ello, de conformidad con el artículo 52, apartado a), del vigente Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (en adelante "ET"). En concreto, entiende el ET 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", lo que indudablemente sucede en este caso, como se expondrá seguidamente.

Como sabe, Usted comenzó a prestar servicios para la Compañía el pasado día 19 de enero de 2015, desempeñando las funciones de "Ayudante de Topografía" de acuerdo con la evaluación de riesgos de aplicación en OROVALLE para este puesto de trabajo, elaborada en fecha 4 de octubre de 2018.

Como tal, su puesto de trabajo consiste, principalmente, en auxiliar y colaborar con el topógrafo de acuerdo con las normas de prevención de riesgos laborales y protección medioambiental vigente y respetando y cumpliendo en todo momento las normas de seguridad y salud laboral,

sostenibilidad medioambiental y calidad establecidas por la compañía.

En concreto, de las funciones que Usted tiene asignadas como "Ayudante de Topografía", descritas en el profesiograma de este puesto trabajo, cabe destacar, las siguientes:

- Recibir la charla de seguridad y destino y, antes del inicio de cualquier trabajo, realizar los checklist correspondientes, entre otros, 6 puntos de seguridad y maquinaria, así como utilizar correctamente todos los EPIS.
- Conocer y cumplir con las Disposiciones Internas de Seguridad (DIS) vigentes y los procedimientos de trabajo, velando por su seguridad y salud en el trabajo y la de aquellas personas a las que pueda afectar su actividad, cooperando para garantizar unas condiciones de trabajo seguras y que no entrañen riesgos para la seguridad y la salud ni para el medio ambiente.
- Ayudar y asistir al topógrafo



- Realizar la toma de datos con GPS o estación total para ser supervisadas por el topógrafo al acabar la medición.
- Informar a los superiores de cualquier incidencia en la ejecución de las tareas, el tajo o en la maquinaria a su cargo, así como de cualquier situación que a su juicio entrañe un riesgo para la seguridad y la salud o el medio ambiente.
- Usar adecuadamente los medios afines al puesto, a fin de alcanzar la producción y desarrollo de la actividad, prestando cuidado en su conservación.
- Realizar cuantas funciones adicionales le sean encomendadas siempre con respecto a la legislación y convenio colectivo vigente.

Para llevar a cabo estas tareas se utilizan distintos equipos de trabajo y herramientas como escaleras manuales, vehículo todoterreno, plataforma de manipulador telescópico, equipos topográficos (estaciones, gps, etc.) y herramientas manuales/eléctricas.

Igualmente, en el desempeño de este puesto de trabajo, se utilizan, entre otros, los siguientes productos: gasoil y Sprays.

Decirle, en este sentido, que Usted ha sido perfectamente formado e informado por la Compañía a fin de asegurar y garantizar el correcto desempeño de sus funciones y la debida seguridad y salud en el trabajo.

Pues bien, dicho esto, le exponemos, a continuación, los motivos objetivos que obligan a esta Dirección a proceder a su despido:

Con fecha 30 de julio de 2019, Usted inició un proceso de incapacidad temporal (IT) derivado de contingencia común que se prolongó hasta el 21 de agosto de 2020, fecha en la que recibió el alta médica. Y, tras este proceso de IT, Usted disfrutó de sus vacaciones hasta el 5 de octubre. Previo a su reincorporación efectiva a su puesto de trabajo y debido a la larga duración de su IT, Usted en fecha 6 de octubre de 2020, se sometió al reconocimiento médico del servicio de prevención ajeno de la empresa, y, mientras se emitía el oportuno informe, la Compañía, ha procedido del 6 de octubre de 2020 en adelante, a impartirle toda aquella formación necesaria y actualizada, relacionada con su puesto de trabajo en materia de prevención de riesgos laborales, así como formación en la evaluación de riesgos de su puesto de trabajo.

Pues bien, con fecha 6 de octubre de 2020, Usted ha sido declarado APTO CON LIMITACIONES para el desempeño de su puesto de trabajo de "Ayudante de Topografía", por el Servicio de Prevención Ajeno de la Compañía, Quirón Prevención, S.L., Medicina en el Trabajo. De dichas pruebas médicas se han alcanzado las siguientes conclusiones:

"Se ha realizado, con fecha 06/10/2020, el examen de salud tras ausencia prolongada por motivos de salud de D./Dña. Argimiro con NIF NUM000 , trabajador incluido dentro del grupo TOPOGRAFO, en la empresa OROVALLE MINERALS, S.L. La conclusión de dicho examen de salud, considerando la aplicación de los protocolos CONDUCCION DE VEHICULOS, PROTOCOLO DE DERMATOSIS PROFESIONALES, ESTRES TERMICO, MANIPULACION MANUAL DE CARGAS, NEUMOCONIOTICO, PANTALLAS DE VISUALIZACION DE DATOS, POSTURAS FORZADAS, PSICOSOCIAL, FUIDO, TRABAJOS EN ALTURAS, de vigilancia de la salud según la evaluación de riesgos específicos en función de su puesto de trabajo y la información sanitaria obtenida y laboral disponible respecto a las condiciones de su puesto de trabajo, permite calificarle como APTO CON LIMITACIONES".

Las conclusiones de este resultado médico implican que Usted no debe realizar trabajos que requieran conducir vehículos. En este sentido, cabe referir que esta Compañía ha tratado de agotar cuantas medidas de ajuste razonables existían como solución a su concreta situación. Así, se ha analizado y descartado la adaptación de su actual puesto de trabajo, cuyo contenido es prácticamente incompatible en su totalidad con las limitaciones que Usted presenta.

Asimismo, no es posible su reincorporación en ningún otro puesto de trabajo de los existentes actualmente en la Compañía, compatibles con su perfil profesional (formación y experiencia), por cuanto en todos y cada uno de ellos Usted se vería obligado a realizar un importante volumen de funciones idénticas a aquellas para las que ha sido declarado APTO CON LIMITACIONES por el informe médico de fecha 6 de octubre de 2020, emitido por los facultativos del Servicio de Prevención Ajeno de la Compañía, Quirón Prevención, S.L.,

Medicina en el Trabajo y, en definitiva, con su estado de salud.

En este sentido, y sin perjuicio de que la Compañía no tiene la obligación legal de asignarle a otros puestos de trabajo, la naturaleza y entidad de las limitaciones físicas que presenta, teniendo en cuenta además la actividad a la que se dedica la Compañía, y el área a la cual Usted está adscrito, hace que resulte imposible su



inclusión en otro puesto de trabajo que sea compatible con las limitaciones físicas que padece e imposibilitan el desarrollo de su trabajo sin que, por ello, exista vacante alguna a la que se le pueda asignar en la actualidad.

Del mismo modo, se ha valorado su recolocación en otros departamentos y/o puestos de trabajo, siendo que, en la actualidad, en la Compañía, tan solo concurren cinco vacantes:

- Operador/a de Gunitador: Operar la máquina de gunitado, de acuerdo con la normativa de prevención de riesgos laborales y protección medioambiental vigente, garantizando en todo momento las condiciones de seguridad y salud laboral, sostenibilidad medioambiental y calidad establecidas por la compañía.

- Operador de Pala de Mina: Realizar el proceso de extracción de mineral de los yacimientos con la finalidad de garantizar el abastecimiento a la planta de procesamiento, de acuerdo a las directrices de OroValle y asegurando las condiciones de seguridad y salud laboral de la plantilla y la sostenibilidad medioambiental.

- Ingeniería de Planificación 2: Determinar las reservas del yacimiento a extraer, bajo condiciones de seguridad y sostenibilidad medioambiental, definiendo cómo y cuando serán procesadas asegurando el beneficio económico de la compañía a partir de la selección del método óptimo de minado, diseños operacionales, secuencia de explotación y evaluación económica.

- Jefatura de Equipo de Mantenimiento Mecánico de Mina: Coordinar, supervisar y ejecutar la ejecución de las tareas de mantenimiento mecánico, de acuerdo con las normas de prevención de riesgos laborales y protección medioambiental vigente y cumpliendo en todo momento las normas de seguridad y salud laboral, sostenibilidad

medioambiental y calidad establecidas por la compañía.

- Técnico/a de Procesos: Realizar labores seguimiento del cumplimiento de los procesos de trabajo de mina, diagnosticando, reportando y diseñando mejoras continuas para poner a disposición de la Jefatura de Relevo para facilitarles las labores de supervisión y control, cumpliendo en todo momento las normas de seguridad y salud laboral,

sostenibilidad medioambiental y calidad establecidas por la compañía.

Sin embargo, ya sea por experiencia requerida en el puesto de trabajo o por la formación específica solicitada, hace que tampoco sea compatible las vacantes descritas con su cualificación profesional, formación y experiencia.

Así pues, debido a las restricciones declaradas en el reconocimiento médico señalado, cabe concluir que Usted no puede desempeñar las funciones propias de su puesto de trabajo como "Ayudante de Topografía", no existiendo otra alternativa para la Compañía que proceder a su despido con fundamento en la causa contemplada por el artículo 52.a) del ET.

Lamentablemente, a pesar de los intentos realizados por parte de la Dirección de la Compañía, y de la voluntad de dar continuidad a esta relación laboral, su estado físico no le permite poder realizar una prestación efectiva de servicios y desempeñar las funciones inherentes a su puesto de trabajo. Igualmente, indicarle que la Compañía ha intentado infructuosamente su reubicación en otro puesto de trabajo, no siendo posible la misma debido a que no existen vacantes que se ajusten a su perfil y a las limitaciones antes constatadas.

Así pues, debido a las restricciones declaradas en el reconocimiento médico señalado, cabe concluir que Usted no puede desempeñar las funciones propias de su puesto de trabajo como "Ayudante de Topografía", no existiendo otra alternativa para la Compañía que proceder a su despido con fundamento en la causa contemplada por el artículo 52.a) del ET.

Es por todo ello que, en uso de la facultad prevista en el artículo 52.a) del ET, la Compañía ha decidido extinguir su contrato de trabajo con la fecha de efectos referida en el primer párrafo de la presente misiva, ya que las restricciones evidenciadas y manifestadas mediante el informe emitido por el Servicio de Prevención Ajeno de la Compañía, Quirón Prevención, S.L., Medicina en el Trabajo, no le permiten continuar desarrollando su labor profesional, y teniendo en cuenta que la actual redacción del referido precepto legitima la toma de dicha decisión, entendiendo que concurre la causa objetiva consistente en "la ineptitud del trabajador sobrevenida con posterioridad a su colocación efectiva en la empresa".

Así, de conformidad con lo previsto en el artículo 53.1.b) ET, esta Dirección pone a su disposición, mediante cheque nominativo extendido a su favor que se le hace entrega en este acto, una indemnización equivalente a 20 días de salario por año de servicio, con el límite de 12 mensualidades de salario, que en su caso asciende a 7.671,05€ euros netos.



Asimismo, pondremos a su disposición, en los próximos días, mediante transferencia bancaria en la cuenta donde habitualmente se le ingresaba la nómina, la liquidación de haberes saldo y finiquito que le pudieran corresponder hasta la fecha de efectos del despido, la cual incluirá los días de preaviso legal no concedido.

Finalmente, se le requiere amablemente para que devuelva a la Dirección de la Compañía todos los bienes, materiales, documentos, información confidencial de la Compañía, así como cualquier otro instrumento propiedad de la Compañía que se encuentre en su posesión.

Asimismo, le recordamos su obligación de mantener en estricta confidencialidad, lo que implica no comunicar a terceros, cualquier secreto, procedimiento de trabajo, información técnica, cualquier documento, libro o material, en soporte físico o digital relacionados con la Compañía.

Sin otro particular, le saluda atentamente".

En ese momento se le entregó al actor un cheque por importe de 7.691,05 euros, que el actor decidió no recibir.

El día 30 de noviembre de 2.020 la empresa le efectúa transferencia bancaria por importe de 4.356,23 euros y el día 1 de diciembre otra transferencia por importe de 3.313,82 euros, en ambos casos, bajo el concepto de indemnización.

10º.- El departamento de topografía de Orovalle evolucionó de la siguiente forma:

- En el año 2.009/2010 estaba formado por un topógrafo, Juan Miguel que es ingeniero técnico topógrafo, y un ayudante de topógrafo, Marco Antonio

- En el año 2.011 se constituye una jefatura de topografía, desempeñada por Juan Miguel y se crean dos equipos de topografía. El primero formado por Adriano, ingeniero técnico de topografía y Alexis que es el ayudante de topógrafo. El segundo equipo formado por Marco Antonio, que promociona desde ayudante a práctico en topografía y Antonio como ayudante.

- En el año 2.015 se mantiene la misma estructura, comenzando a prestar servicios el actor que pasa a sustituir a Antonio.

- En el año 2.016 el jefe de topografía pasa a ser Adriano, ocupando su puesto de topógrafo en el primer equipo Bernabe, ingeniero técnico topógrafo. El resto de los equipos permanece idéntico.

- Entre finales del año 2.017 y principios del año 2.018 se crea un nuevo equipo. La jefatura la sigue ostentando Adriano, el primer equipo es el constituido por Marco Antonio y el actor, el segundo formado por el topógrafo Candido, ingeniero técnico topógrafo y el ayudante Alexis. El equipo tercero pasa a estar formado por el topógrafo Bernabe y como ayudante de topógrafo Ruth, ingeniero técnico topógrafo.

- En el año 2.019 se mantiene el mismo jefe. El equipo primero pasa a estar formado por Ruth como topógrafo que promociona al puesto dejado vacante por Marco Antonio que había cesado el 26 de febrero y se contrata como ayudante de topógrafo a Dimas, ingeniero técnico topógrafo. El equipo segundo pasa a estar formado por Eduardo, ingeniero técnico topógrafo que sustituye a Bernabe que había causado baja el 15 de abril, continuando como ayudante de topógrafo Alexis. El equipo tercero pasa a estar formado por Tatiana, ingeniero técnico topógrafo, como topógrafo que ocupa el puesto de Candido que había cesado el 8 de abril y el actor como ayudante. Esa misma estructura se mantiene durante el año 2.020 hasta el 9 de noviembre de 2.020 en que el puesto del demandante pasa a estar desempeñado por Eutimio, ingeniero técnico topógrafo.

11º.- En agosto de 2.016 se convoca en la empresa una vacante para el puesto de topógrafo, incluido en el grupo profesional II, nivel VI. Se señalaba que las funciones a realizar eran las de marcaje y control de galerías, replanteo de sondeos y toma de los mismos, replanteo y medición de obra lineal, actualización de base de datos, generación de reportes, delineación, generación y actualización de planos, impresión y encuadernación. Como formación se exigía ingeniería técnica topográfica/graduado en ingeniería geomática y topográfica, conocimientos de los programas Autocad, MDT, Leica Geo Office y experiencia de dos años en puesto similar.

El 27 de febrero de 2.019 se convoca una vacante de topógrafo, grupo II, nivel VI o afines, exigiéndose como capacitación general: ciclo formativo de grado superior en topografía, permiso de conducir clase B, como méritos valorables: grado en ingeniería en topografía o grado en geomática y topografía, conocimientos de Autocad, MDT y software Leica y como experiencia: valorable experiencia en el sector o en puesto igual o similar de 2 a 5 años.

El día 29 de marzo de 2.019 se vuelve a convocar otra vacante de topógrafo, grupo II, nivel VI o afines, exigiendo la misma capacitación general, los mismos méritos valorables y en cuanto a experiencia se exigía experiencia de 2 a 5 años en obra subterránea o minería desarrollando funciones de responsabilidad. Esa oferta se publicó en el Colegio oficial de ingeniería geomática y topográfica en fecha 1 de abril de 2.019.



12º.- El día 18 de enero de 2.019 el actor, junto con su compañero Marco Antonio , presentan demanda judicial reclamando que se deje sin efecto el calendario de vacaciones aprobado unilateralmente para 2.019, fijando las vacaciones conforme al mutuo acuerdo con los demandantes, dando prioridad a su disfrute en los meses de verano de forma conjunta evitando en lo posible fijar las vacaciones en días sueltos a lo largo del año. El conocimiento de ese asunto recayó en éste Juzgado, dando lugar a los autos 41/19, recayendo sentencia el día 1 de febrero de 2.019 desestimando su pretensión, copia de la sentencia obra unida al ramo de prueba de ambas partes, dándose su contenido por íntegramente reproducido.

13º.- En fecha 26 de febrero de 2.019 se realizó la evaluación desempeño FY2018 del actor, correspondiente al periodo comprendido entre el 1 de octubre de 2.017 y el 30 de septiembre de 2.018, obteniendo un 3,10. Al evaluar la ejecución del trabajo se le concedió un 3,5 haciendo constar que cumple con sus obligaciones satisfactoriamente, es de valorar que en ocasiones que no estaba el topógrafo se ha involucrado en la tarea y la ha sacado adelante. En la gestión de recursos se le concede un 3, señalando que realiza el mantenimiento y limpieza de los útiles en tiempo y forma, se preocupa del estado de los vehículos y economiza el gasto en fungibles.

14º.- El actor había participado en el mes de mayo de 2.018 en el proceso de selección para cubrir una plaza de operador de planta, filtración, no resultando seleccionado en aquellas fechas.

15º.- El día 19 de marzo de 2.019 el actor presenta escrito en la empresa solicitando que se le reconozca la categoría profesional como topógrafo, enmarcado en el grupo II; nivel V de la tabla clasificatoria del Convenio en base a las tareas de superior categoría efectivamente realizadas procediendo al abono de los salarios y en su caso, atrasos, establecidos conforme a dicho grupo profesional. Esa petición fue respondida por la empresa el día 26 de marzo de ese mismo año, señalando que no puede accederse a su pretensión ya que las funciones que desempeña son las propias de la categoría de ayudante de topógrafo.

El día 28 de marzo de 2.019 presenta escrito al Presidente del comité de empresa solicitando que emitiese informe en el plazo de quince días al entender que su categoría correcta era la de topógrafo, grupo profesional II, nivel V a efectos de incorporar a su demanda.

16º.- El día 21 de junio de 2.019 el actor remitió un correo al jefe de topografía y a recursos humanos poniendo de manifiesto que desde el día 17 de junio de ese año la tarjeta SD de la estación total no se encontraba en su lugar habitual, por lo que desde el inicio de esa semana, en que había bajado a la mina con el geólogo, no había podido realizar las tareas habituales que realizaba cuando el topógrafo no se encontraba en el lugar. Ese correo fue respondido por recursos humanos el día 24 de junio de 2.019, recordándole que la toma de datos podía realizarla pero siempre con supervisión del topógrafo o del jefe de topografía, lo que no era posible en ese momento, siendo, además, preciso que tuviese cuenta de correo electrónico y un usuario de ordenador para poder dibujar las notas de trabajo y realizar el control de calidad imprescindible para validar las mediciones y datos de dicho ordenador. Al mismo tiempo se le recordó que no realizaba las funciones de mantenimiento de útiles, limpieza del vehículo y tampoco realizaba el checklist de los 6 puntos de seguridad y vehículo que deben realizarse al inicio de la jornada.

17º.- En fecha 30 de julio de 2.019 el actor presentó ante la Inspección de trabajo denuncia manifestando que en la empresa no se respetaban los horarios de entrada en mina, pues los turnos contienen una hora de entrada del trabajador en mina en todos los turnos que es casi una hora antes del horario aconsejado en las disposiciones de seguridad entre voladura y entrada del trabajador topógrafo, lo que implica que los trabajadores de topografía entran a medir a la mina sin que antes hayan entrado los artilleros a asegurar que todo esté correcto. De esta denuncia se dio traslado a la empresa el día 8 de octubre de 2.019, contestando ésta el día 22 de octubre de 2.019 lo que tuvo por conveniente. El día 9 de marzo de 2.020 el Inspector de trabajo da traslado al actor de lo informado por la empresa y le comunica que la vigilancia de las disposiciones relativas a seguridad en interior de minas y en voladuras no son competencia de la Inspección de trabajo, sino que las mismas corresponden a la Consejería competente por razón de la materia, Consejería de industria, empleo y promoción económica, Dirección general de energía, minería y reactivación, así como a la Delegación de gobierno.

18º.- El demandante no es ni ha sido representante de los trabajadores.

19º.- Intentada la conciliación el día 16 de noviembre de 2.020 ésta terminó con el resultado de sin avenencia.

TERCERO: En la sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva:

"Que estimando parcialmente la demanda formulada por D. Argimiro contra la empresa Orovalle Minerals S.L. debo declarar y declaro la nulidad del despido del actor efectuado con fecha 9 de octubre del año 2.020 condenando a la demandada a estar y pasar por esta declaración y a la readmisión inmediata del trabajador en su puesto de trabajo, en las mismas condiciones y con los mismos derechos en que lo venía desempeñando



con el abono de los salarios de tramitación generados desde la fecha del despido hasta la notificación de la sentencia a razón de un salario diario de 72,28 euros."

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por OROVALLE MINERALS SL formalizándolo posteriormente. Tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte.

QUINTO: Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en fecha 14 de mayo de 2021.

SEXTO: Admitido a trámite el recurso se señaló el día 17 de junio de 2021 para los actos de votación y fallo.

A la vista de los anteriores antecedentes de hecho, se formulan por esta Sección de Sala los siguientes,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Sentencia del Juzgado de lo social núm. 1 de Oviedo de 15 de febrero de dos mil catorce estimó la demanda declarando la nulidad del despido acordado por la empresa "OROVALLE MINERALS S.L.", con las consecuencias legales inherentes a tal declaración y, frente a dicha resolución, interpone recurso de Suplicación la dirección letrada de la empleadora que articula en dos motivos, al amparo de lo previsto en el Art. 193.b) y c) de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social, para que se revise el relato histórico y la aplicación del derecho que estima lo ha sido indebidamente, solicitando, en definitiva, la íntegra estimación de la demanda o, de forma subsidiaria, se declare la improcedencia del despido.

SEGUNDO.- El primer motivo de Suplicación toma como base el Art. 193.b), de la L.R.J.S. y tiene por objeto modificar el relato histórico de instancia y, más concretamente, de los ordinales primero y decimoquinto; pretende asimismo la adición de un nuevo ordinal que sería el decimoséptimo bis.

En el primer caso pretende que el salario diario a efectos indemnizatorios quede fijado definitivamente en la suma de 66,70 euros.

Postula a continuación que se añada una frase final al hecho probado décimo quinto del siguiente tenor: "De manera voluntaria y, tras conversaciones privadas con él mismo, en junio 2019, finalmente no interpone acción judicial alguna al respecto".

Para el nuevo ordinal decimoséptimo bis propone el siguiente Texto: "el trabajador tras recibir el informe de Inspección de Trabajo el 9 de marzo de 2020, no interpone acción ni reclamación alguna contra la empresa Oro Valle Minerals S.L. ni acude a la Dirección General de Minería y Energía a interponer la oportuna reclamación, como tampoco actúa ésta de oficio".

Tal y como nos recuerda la doctrina unificada (SSTS 02/06/92 -rec. 1959/91-; ... 28/05/13 -rco 5/12-; 03/07/13 -rco 88/12- y 19/12/13 -rec. 37/2013): "Con carácter general, para que prospere la denuncia del error en este trámite extraordinario de casación, es preciso que concurren los siguientes requisitos:

- a) Que se concrete con claridad y precisión el hecho que haya sido negado u omitido en el relato fáctico [no basta mostrar la disconformidad con el conjunto de ellos].
- b) Que tal hecho resulte de forma clara, patente y directa de la prueba documental obrante en autos, sin necesidad de argumentaciones o conjeturas [no es suficiente una genérica remisión a la prueba documental practicada].
- c) Que se ofrezca el texto concreto a figurar en la narración que se tilda de equivocada, bien sustituyendo o suprimiendo alguno de sus puntos, bien complementándolos.
- d) Que tal hecho tenga trascendencia para modificar el fallo de instancia".

A la Luz de la doctrina expuesta el primero de los motivos no puede tener favorable acogida. Alega el recurrente que el salario propuesto de 66,70 euros es el promedio de lo percibido por el actor en las 12 últimas nóminas efectivas previas a la situación de incapacidad temporal (nóminas de agosto 2018 a julio de 2019). Sucede, sin embargo, que en el octavo de los fundamentos jurídicos la juzgadora a quo expresamente significa que el salario fijado en los hechos probados se ha obtenido con el promedio de las últimas doce nóminas anteriores a la baja médica aportadas por la empresa.

No es posible entonces admitir la revisión fáctica de la sentencia impugnada con base en las mismas pruebas que la sirvieron de fundamento, en cuanto no es aceptable sustituir la percepción que de ellas hizo el juzgador, por un juicio valorativo personal y subjetivo de la parte interesada (SSTS 16 de diciembre de 1967, 18 y 27 de marzo de 1968, 8 y 30 de junio de 1978, 6 de mayo de 1985 y 5 de junio de 1995), máxime en un supuesto como



en el presente en que la recurrente, fuera de la invocación genérica de las 12 nominas, no expresa cuales han sido los cálculos ni los conceptos salariales tomados en consideración para alcanzar el resultado propuesto.

La misma adversa consideración procede efectuar en relación con la segunda de las modificaciones, pues sobre que las tres frases citadas en el motivo están extraídas fuera del contexto en el que se producen, de las mismas lo único que cabe concluir es que el actor: "primero iba a asesorarse", lo que es algo muy diferente a la conclusión que pretende establecer el recurrente, siendo cosa sabida que, para que proceda la revisión fáctica es preciso que el error de hecho fluya de forma clara, evidente, directa y patente, de forma contundente e incuestionable del documento invocado como revisorio, sin necesidad de acudir a conjeturas, suposiciones o argumentaciones más o menos lógicas o razonables.

En la última de las revisiones la parte recurrente se limita a formular diversas consideraciones relativas a la conducta del actor y sobre el fondo del asunto pero sin invocar ninguna prueba documental o pericial que evidencie el error probatorio de instancia, lo que obliga igualmente a desestimarlo.

TERCERO.- En sede de censura jurídica la primera de las tachas que se formula a la resolución de instancia, es la infracción del Art. 24 de la CE en relación con el Art. 53.4 del Estatuto de los Trabajadores.

Considera que las reclamaciones del trabajador tomadas en consideración por la juzgadora en los fundamentos jurídicos sexto y séptimo: la reclamación de la categoría efectuada a través del Comité de Empresa o la denuncia ante la Inspección de Trabajo y Seguridad Social interpuesta en julio 2019, no pueden ser elevados a la categoría de indicios de que el posterior despido del actor fue un acto de represalia o retorsión empresarial por aquel comportamiento reivindicativo. Ello debe ser así porque el actor, en definitiva, nunca llegó a interponer una demanda reclamando la superior categoría profesional, pese a que el 28 de marzo de 2019 la empresa respondió por escrito a la pretensión actora denegándole el ascenso. Tampoco existe conexión alguna entre la denuncia formulada el 30 de julio de 2019 a la Inspección de Trabajo pues, en definitiva, aquella denuncia sobre las condiciones de seguridad en la mina no se tradujo en perjuicio o coste alguno para la empresa al declararse incompetente para conocer de tal denuncia.

La garantía de la indemnidad viene contemplada en normas que tratan de apoyar la reacción judicial frente a un comportamiento ilícito, como sucede en los supuestos del Art. 5 del Convenio OIT núm. 158 en relación con el despido, o el Art. 24 de la Directiva 2006/54/CE y, en general, en las distintas Directivas comunitarias sobre no discriminación. Pero también ha tenido acogida en la doctrina del Tribunal Constitucional cuando de proteger el derecho a la tutela judicial efectiva se trata, y así la STC 198/2001, de 4 de octubre, con cita de sus sentencias núm. 7/1993, de 18 de enero, 14/1993, de 18 de enero, 54/1995, de 24 de febrero, 197/1998, de 13 de octubre, 140/1999, de 22 de julio, 101/2000, de 10 de abril, 196/2000, de 24 de julio, 199/2000, 198/2001, de 4 de octubre, y 5/2003, de 20 de enero, señala que " el derecho a la tutela judicial efectiva no sólo se satisface... mediante la actuación de los Jueces y Tribunales, sino también a través de la garantía de indemnidad, que significa que del ejercicio de la acción judicial o de los actos preparatorios o previos a ésta no pueden seguirse consecuencias perjudiciales en el ámbito de las relaciones públicas o privadas para la persona que los protagoniza En el ámbito de las relaciones laborales, la garantía de indemnidad se traduce en la imposibilidad de adoptar medidas de represalia derivadas de las actuaciones del trabajador encaminadas a obtener la tutela de sus derechos" , y añade, "que si la causa del despido del trabajador hubiera sido una reacción ... por el hecho de haber ejercitado una acción judicial tendente al reconocimiento de unos derechos de los que se creía asistido, la calificación de tal sanción sería la de radicalmente nula"; criterio que reiteran las SSTC 55/2004, de 19/Abril, FJ 2; 38/2005, de 28/Febrero, FJ 3; 171/2005, de 20/Junio, FJ 3; 16/2006, de 19/Enero; 65/2006, de 27/Febrero; 120/2006, de 24/Abril; 138/2006, de 8/Mayo, FJ 5.

En definitiva, la garantía de indemnidad es un instrumentos que puede hacerse valer ante cualquier acto de represalia llevado a cabo por el empresario en el ejercicio de sus facultades organizativas o disciplinarios con la finalidad ilícita de reprimir el ejercicio de la acción de tutela de los tribunales por sus trabajadores y, de modo particular, otorga una amplia cobertura frente a un acto de retorsión tan grave como es el despido y así lo señalaba la STC 7/1993, de 18 de enero (FJ 3) que fue la primera en utilizar el término de "garantía de indemnidad", al declarar que "es claro ... que si la causa del despido del trabajador hubiera sido realmente una reacción ... por el hecho de haber ejercitado una acción judicial tendente al reconocimiento de unos derechos de los que se creía asistido, la calificación de tal sanción sería la de radicalmente nula". Cabe citar, por último, la STCE de 22 de septiembre de 1998 (asunto C-185/97), la cual, si bien se centrada en el principio de igualdad de trato y en la Directiva 76/207/CEE, declara que debe protegerse al trabajador frente a las medidas empresariales adoptadas como consecuencia del ejercicio por aquél de acciones judiciales".

Sentado lo anterior, cabe preguntarse acerca de la identificación de los actos susceptibles de tal garantía.

Es llano que en el campo de protección habría que situar en principio las reclamaciones judiciales - cualquiera que sea el orden jurisdiccional en el que tienen lugar, pero fundamentalmente en el ámbito laboral, y en menor



medida en el caso de denuncias penales contra el empresario o contra los directivos- y también aquellas otras intervenciones en sede judicial o participación en procedimiento entablado contra el empresario (actuación como testigo en pleito formulado por otro compañero de trabajo, por ejemplo), siempre que guarden el necesario nexo de causalidad con la decisión extintiva.

Además, se acepta que pueda invocarse cuando lo que se ha ejercitado son actos previos al proceso, tales como reclamaciones previas o conciliaciones; e incluso en los casos de denuncia a la Inspección de Trabajo, si hipotéticamente pueden fundamentar una situación procesal o un pronunciamiento de oficio.

Respecto de las reclamaciones extrajudiciales no planteadas ante las autoridades administrativas, sino ante la propia empresa, que en principio no expresan el propósito de acceder a los tribunales, el propio TC, con carácter excepcional permite que se invoque, frente a la represalia de empresario, la garantía de indemnidad en su sentencia 55/2011, de 19 de abril, resolución que en su FD 3 señala que la sentencia del Juzgado de lo Social había declarado como hechos probados que el actor había formulado verbalmente a la empresa en ocasiones anteriores la reclamación sobre la titularidad que creía tener en la patente, y que en la carta dirigida por el abogado a la empresa se hacía constar que la finalidad de la misma era resolver el "conflicto de manera amistosa, intentando llegar a una negociación razonable" para evitar el proceso; y consta, así mismo, en las actuaciones remitidas al Tribunal que se ejercitó posteriormente la correspondiente acción judicial para reclamar en la jurisdicción competente los derechos sobre la patente.

El Tribunal Constitucional reconoce que no se está ni ante un acto judicial, ni ante actos preparatorios del mismo, pero considera que debe extremarse la garantía de indemnidad a esta actividad previa, no imperativa pero si dirigida a evitar un litigio.

Es, pues, evidente que el Tribunal Constitucional pone como límite que la represalia se produzca frente a reclamaciones judiciales o frente a actos previos o preparatorios del ejercicio de tales acciones, exigiendo en todo caso que aparezca el propósito o la intención explicitada por el trabajador de acudir a los tribunales, de tal forma que la represalia se produzca precisamente como consecuencia de tal explicitación.

En el presente caso - aunque descartada como elemento indiciario por la juzgadora a quo-, tenemos que en enero de 2019 el actor interpuso una demanda ante la jurisdicción social impugnando el calendario de vacaciones acordado por la empleadora para el año 2019. A continuación, el día 19 de marzo de 2019 el actor solicitó su reclasificación como topógrafo (Grupo II, nivel V del convenio de empresa) en atención a las funciones de superior categoría que efectivamente venía desarrollando para la recurrente, junto con los atrasos salariales correspondientes. Tal petición como pone de manifiesto la juzgadora a quo, recibió puntual respuesta de la demandada en el sentido de rechazar la petición el día 26 de marzo siguiente, y acto seguido el actor solicitó del Comité de Empresa la emisión del informe previsto en el Art. 137.1 de la L.R.J.S. para el ejercicio de la correspondiente acción judicial.

Como advierte la juzgadora a quo, existe un dato claro y es que la empresa tiene conocimiento de que el actor pretende ejercitar acciones legales reclamando la categoría profesional a la que él cree que tiene derecho y cuya reclamación había pospuesto por un falso ofrecimiento empresarial al Comité. Es más, incluso se le llegó a ofrecer un puesto que había solicitado en el año 2018, en planta, para intentar poner así fin a las reclamaciones del actor, puesto que no fue aceptado por éste.

Fue a raíz de aquella reclamación y del conocimiento de estas gestiones previas lo que motivó que la Directora de Recursos Humanos le remitiera un correo al actor el 24 de junio de 2019 dándole instrucciones precisas para que dejara de efectuar tareas correspondientes a la categoría de topógrafo, en concreto el marcaje o medición de galerías o cualquier otro tipo de actividad para la que fuese necesario la tarjeta SD o la toma de datos con el GPS, cuando lo cierto era que la empresa era conocedora de que tal actividad la había venido realizando el actor previamente sin ser supervisado por un topógrafo, e incluso le había llegado a agradecer tal comportamiento al trabajador en sede de evaluación del desempeño.

Pero es que, además, junto a aquella reclamación judicial y a los actos preparatorios descritos en vistas al ejercicio de una acción de clasificación profesional - la alegación de la empleadora de que el trabajador había desistido voluntariamente de esta segunda reclamación carece de cualquier apoyatura, antes al contrario, visto el fracaso de su primera pretensión, lo que al actor le comentó al Presidente del Comité de Empresa fue que iba a asesorarse bien para no incurrir en un nuevo fracaso -, aparte de estas dos actuaciones y la subsiguiente retirada de la tarjeta SD al actor, repetimos, otra conducta del trabajador, previa a la extinción de su contrato, que se alega como tutelable es una denuncia ante la Inspección de Trabajo por razones de seguridad debido a que la empresa no respetaba los horarios de acceso al interior de la mina después de las voladuras.

Pues bien aunque tras las correspondientes actuaciones la Inspección de Trabajo y Seguridad Social resolvió en el sentido de declararse incompetente para conocer de la seguridad en el interior de las minas, remitiendo



al actor a la Dirección General de Minería y Reactivación ((ordinal decimoséptimo), es nítido que nos encontramos frente al ejercicio de acciones judiciales y denuncias administrativas así como ante actos previos o preparatorios del ejercicio de acciones judiciales con la intención explicitada por el trabajador de acudir a los tribunales que, a despecho de lo afirmado en el recurso, conforman un panorama fuertemente indiciario respecto del hecho de que el despido del actor se haya debido a una represalia o reacción empresarial frente a la actuación del trabajador en defensa de sus derechos.

CUARTO.- Tratándose de la tutela de derechos fundamentales, el legislador ha instrumentado un mecanismo de defensa, cual es el desplazamiento de la carga de la prueba de suerte que, una vez constatada la concurrencia de indicios de que se ha producido violación, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas. Y al efecto se recuerda por el intérprete máximo de la Constitución que «precisamente, la prevalencia de los derechos fundamentales del trabajador y las especiales dificultades probatorias de su vulneración en aquellos casos constituyen las premisas bajo las que la jurisprudencia constitucional ha venido aplicando la específica distribución de la carga de la prueba en las relaciones de trabajo» (SSTC 38/1981, de 23/noviembre 138/2006, de 8/Mayo, y 342/2006, de 11/Diciembre), doctrina hoy recogida en los arts. 96.1 y 181.2 LRJS.

Concurriendo los indicios de vulneración del derecho fundamental a la garantía de indemnidad analizados en el fundamento anterior correspondía, por tanto, a la empleadora demandada acreditar que el despido del actor estaba justificado.

Alega en efecto la parte recurrente la infracción del Art. 52.1.a) de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, Texto Refundido aprobado por RD-Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, considerando ajustado a derecho el cese del trabajador pues, después de un proceso de incapacidad temporal que se prolongó desde el día 30 de julio de 2019 hasta el mes de agosto de 2020, al reincorporarse a la empresa el Servicio de Prevención lo declaro apto con limitaciones, en concreto le prohibió la conducción de vehículos, siendo así que en su condición de ayudante topógrafo el uso de vehículos es imprescindible para desempeñar su trabajo bien porque falte el topógrafo, bien porque haya que realizar mediciones en exteriores, recoger materiales y fungibles, socorrer compañeros en caso de accidente etc.

El art. 52.a) del Estatuto de los Trabajadores establece 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 periodo de prueba no podrá alegarse con posterioridad a dicho cumplimiento", de manera que la cuestión a resolver en esta fase de recurso de suplicación es la relativa a si el trabajador era apto o no para continuar ejerciendo su trabajo habitual como ayudante de topógrafo, para lo que se ha de partir del contenido del hecho declarado probado cuarto de la sentencia de instancia, no controvertido, en el que se dice que en fecha 6 de octubre de 2020 tras el oportuno reconocimiento médico y la aplicación de los correspondientes protocolos de vigilancia de la Salud (conducción de vehículos, dermatosis profesionales, estrés térmico, manipulación de cargas, posturas forzadas, ruido...), fue declarado por el Servicio de Prevención como apto, pero con la limitación de que no debería conducir vehículos, limitación revisable semestralmente.

Como recuerda la sentencia de esta sala de 19 de marzo de 2019 (rec. 85/2019) , con cita de la de la misma Sala de 15 de julio de 2016, el Art. 52. a) del Estatuto de los Trabajadores no define la ineptitud y este vacío legal lo ha intentado llenar la jurisprudencia, señalando que "el concepto de ineptitud se refiere, de acuerdo con la doctrina científica y la jurisprudencia, y siguiendo también el uso del lenguaje ordinario, a una inhabilidad o carencia de facultades profesionales que tiene su origen en la persona del trabajador, bien por falta de preparación o de actualización de sus conocimientos, bien por deterioro o pérdida de sus recursos de trabajo -rapidez, percepción, destreza, capacidad de concentración, etc." (STS de 5 de mayo 1990); supone, pues, "una inhabilidad, una falta de aptitud, preparación, suficiencia o idoneidad para desarrollar de manera útil y provechosa la prestación de trabajo que se obligó a ejecutar (STS de 5 de octubre 1984), que no puede ser anterior al cumplimiento del periodo de prueba, si lo hubo, como establece el mismo Art. 52.1 a) del ET. Sus características más notables son: a) ha de ser permanente; b) debe tener su origen en el trabajador y no ser achacable a los medios o ambiente de trabajo; c) ha de afectar al contenido esencial del puesto de trabajo; d) debe tener la entidad suficiente para ocasionar una disminución notable del rendimiento medio normal.

Sucede, como más arriba se ha dicho, que el actor, después de permanecer un año en situación de IT recibiendo asistencia médico-psiquiátrica por una reacción mixta ansioso depresiva en relación con estresores laborales, fue dado de alta médica el 4 de agosto de 2020 y en el curso de un proceso de impugnación de aquella, el INSS dicto la correspondiente resolución administrativa el 27 de agosto confirmando el alta al no advertir la presencia de déficits psicopatológicos para trabajar.



En el reconocimiento médico del Servicio de Prevención al que se acaba de hacer referencia, el médico evaluador informa que no hay evidencias de alteraciones significativas en la exploración psicopatológica y en la evaluación de la conducta, tampoco en la escala de somnolencia de Epworth ni de morbilidad psicológica en el Cuestionario General de Salud (General Health Questionnaire, GHQ-12 de Goldberg), no obstante lo cual desaconseja la conducción de vehículos en atención a los posibles efectos secundarios que la pauta psicofarmacología pudiera generar en el actor, limitación revisable en un plazo de 6 meses.

Es patente, en consecuencia, que no concurría causa alguna que pudiera justificar el despido del actor, pues no puede tener tal consideración el hecho de que el actor estuviera recibiendo un antidepresivo a dosis de mantenimiento y recomendación de reducción de la pauta hasta suspender (ordinal tercero); pero es que además, la única limitación apreciada, la conducción prolongada de vehículos, tampoco afectaba al núcleo de los requerimientos profesionales básicos de un puesto de trabajo como el analizado, cuyo cometido esencial consiste en los levantamientos topográficos, es decir, la plasmación en un plano de la realidad de un terreno, tras la realización de una serie de estudios, mediciones y análisis de la realidad física, en los términos descritos en quinto de los ordinales: marcar y controlar las galerías, actualizando las bases de datos, realizar replanteos, sondeos y obra lineal, controlando la calidad de las mediciones, actualizando al topografía etc., es decir, que la limitación ni era esencial, ni permanente y ni siquiera afectaba a las facetas accesorias de su trabajo, pues la aleatoria necesidad de conducir un vehículos lo es para realizar trayectos cortos en el interior de una explotación minera.

Sentadas estas bases, nuestro criterio coincide con el expuesto por la Juzgadora a quo, pues sus razonamientos lejos de parecer arbitrarios, han de calificarse de adecuados y congruentes con la cuestión sujeta a debate. De ahí que los ratifiquemos ya que no existen causas objetivas que avalen el despido del trabajador, al ser completamente apto para realizar todas y cada una de las tareas inherentes a su puesto de trabajo.

Así las cosas considera la Sala que la prueba indiciaria debe desplegar la plenitud de su efectos respecto del hecho de que el despido fue debido a una represalia o reacción empresarial frente a la actuación del trabajador en defensa de sus derechos, en este caso, en relación al reconocimiento de una superior categoría profesional y las denuncias sobre la falta de seguridad en el interior de la mina o el calendario vacacional; en otras palabras, que la decisión de extinguir la relación laboral no obedecía a causas suficientes, reales, serias y ajenas a todo propósito atentatorio del derecho fundamental, con la suficiente entidad como para disipar la apariencia de lesividad creada por el demandante.

En definitiva, no apreciando la concurrencia de la infracción normativa denunciada el recurso es desestimado.

SEXTO.- El rechazo de la Suplicación conlleva la condena al pago de las costas causadas en la presente instancia; incluidos los honorarios del Letrado de la parte actora y que debemos cifrar en 500 euros, atendiendo a la complejidad del asunto y al trabajo desarrollado. Todo ello en consonancia a lo establecido en el art. 235.1, de la L.R.J.S. .

Así mismo, procede acordar la pérdida y destino legal (Tesoro Público) del depósito necesario realizado para recurrir y mantener la sujeción al cumplimiento del fallo recurrido de la consignación realizada por la recurrente del principal objeto de condena (Art. 204 puntos 1 y 4 de la L.R.J.S.).

Vistos los preceptos legales citados y los demás de general y pertinente aplicación al caso.

FALLAMOS

Que desestimamos el recurso de Suplicación interpuesto por la dirección letrada de la empresa "OROVALLE MINERALS S.L." frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 1 de Oviedo de fecha 15 de febrero de dos mil veintiuno, en los autos núm. 659/20, resolviendo la demanda sobre Despido instada por D. Argimiro contra la expresada mercantil habiendo sido parte el Ministerio Fiscal, confirmando la sentencia de instancia en todos sus pronunciamientos. Se condena a la parte recurrente a que abone al Letrado impugnante la cantidad de 500 euros más IVA.

Se decreta la pérdida del depósito constituido para recurrir, dándose a la consignación o, en su caso, al aval el destino previsto legalmente.

Medios de impugnación

Se advierte a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de casación para la unificación de doctrina, que habrá de prepararse mediante escrito suscrito por letrado, presentándolo en esta Sala de lo Social dentro del improrrogable plazo de los diez días hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de la



misma, en los términos del Art. 221 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social y con los apercibimientos en él contenidos.

Depósito para recurrir

En cumplimiento del Art. 229 de la LRJS, con el escrito del recurso debe justificarse el ingreso de depósito para recurrir (600 €), estando exento el recurrente que: fuere trabajador o causahabiente suyo o beneficiario del régimen público de Seguridad Social; el Estado, las Comunidades Autónomas, las entidades locales y las entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de los mismos, las entidades de derecho público reguladas por su normativa específica y los órganos constitucionales, así como los sindicatos y quienes tuvieren reconocido el beneficio de justicia gratuita.

Dicho depósito debe efectuarse en la cuenta de Depósitos y Consignaciones que esta Sala de lo Social del TSJA tiene abierta en el Banco Santander, oficina de la calle Uria 1 de Oviedo. El nº de cuenta se conforma como sigue: 3366 0000 66, seguido del nº de rollo (poniendo ceros a su izquierda hasta completar 4 dígitos), y las dos últimas cifras del año del rollo. Se debe indicar en el campo concepto: "37 Social Casación Ley 36-2011".

Si el ingreso se realiza mediante transferencia, el código IBAN del Banco es: ES55 0049 3569 9200 0500 1274, siendo imprescindible indicar también la cuenta del recurso como quedó dicho.

De efectuarse diversos pagos o ingresos en la misma cuenta se deberá especificar un ingreso por cada concepto, incluso si obedecen a otros recursos de la misma o distinta clase indicando en el campo de observaciones la fecha de la resolución recurrida utilizando el formato dd/mm/aaaa.

Pásense las actuaciones al Sr./Sra. Letrado/a de la Administración de Justicia para cumplir los deberes de publicidad, notificación y registro de la Sentencia.

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