



Roj: **STSJ LR 337/2020 - ECLI:ES:TSJLR:2020:337**

Id Cendoj: **26089340012020100120**

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

Sede: **Logroño**

Sección: **1**

Fecha: **03/09/2020**

Nº de Recurso: **73/2020**

Nº de Resolución: **111/2020**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **CRISTOBAL IRIBAS GENUA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJSO 1652/2020,**
STSJ LR 337/2020

T.S.J.LA RIOJA SALA SOCIAL

LOGROÑO

SENTENCIA: 00111/2020

C/ MARQUES DE MURRIETA 45-47

Tfno: 941 296 421

Fax: 941 296 597

Correo electrónico: saladelosocial.tsj@larioja.org

NIG: 26089 44 4 2019 0001608

Equipo/usuario: BMB

Modelo: 402250

RSU RECURSO SUPLICACION 0000073 /2020

Procedimiento origen: DSP DESPIDO/CESES EN GENERAL 0000514 /2019

Sobre: DESPIDO OBJETIVO

RECURRENTE/S D/ña Asunción

ABOGADO/A: PABLO RUBIO MEDRANO

RECURRIDO/S D/ña: MINISTERIO FISCAL, FONDO DE GARANTIA SALARIAL , ARPA AUTISMO RIOJA

ABOGADO/A: , LETRADO DE FOGASA , ALEJANDRO GOMEZ ROJO , , , ,

Sent. Nº 111-2020

Rec. 73/2020

Ilm a. Sra. D^a M^a José Muñoz Hurtado. :

Presidenta. :

Ilm o. Sr. D. Cristóbal Iribas Genua. :

Ilm a. Sra. D^a Mercedes Oliver Albuerne. :

En Logroño, a tres de Septiembre de dos mil veinte.



La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja, compuesta por los Ilmos. Sres. citados al margen y

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación nº 73/2020 interpuesto por D^a Asunción asistida del Abogado D. Pablo Rubio Medrano contra la SENTENCIA nº 98/2020 del Juzgado de lo Social nº TRES de Logroño de fecha 17 DE ABRIL DE 2020 y siendo recurridos ARPA AUTISMO RIOJA asistido del Abogado D. Alejandro Gómez Rojo, el FONDO DE GARANTIA SALARIAL asistido del Letrado de Fogasa y el MINISTERIO FISCAL, ha actuado como **PONENTE EL ILMO. SR. D. CRISTOBAL IRIBAS GENUA.**

ANT ECEDENTES DE HECHO

PRI MERO.- Según consta en autos, por D^a Asunción se presentó demanda ante el Juzgado de lo Social número TRES de Logroño, contra ARPA AUTISMO RIOJA, el FONDO DE GARANTIA SALARIAL y el MINISTERIO FISCAL, en reclamación de DESPIDO.

SEG UNDO. - Celebrado el correspondiente juicio, con fecha 17 DE ABRIL DE 2020 recayó sentencia cuyos hechos declarados probados y fallo son del siguiente tenor literal:

"HECHOS PROBADOS:

PRIMERO. - La demandante venía prestando sus servicios por cuenta y órdenes de la demandada con una antigüedad del 23.03.2018, categoría profesional de técnico cuidador- Grupo III, y salario bruto diario de 5026 € (ipp); relación laboral que se ha desarrollado en virtud de contrato de trabajo temporal y a tiempo parcial que las partes acordaron convertir en indefinido el 22.07.2019 con el tanto de jornada vigente entonces (365 horas/semana).

Siendo el contrato inicial a tiempo completo (385 horas semanales), ha sido objeto de distintas modificaciones en cuanto a su jornada, concretamente:

- A partir del 2.04.2018 y hasta fin de ese año: 477 horas.
- A partir del 16.06.2018: 385 horas/semana.
- A partir del 1.10.2018 y hasta fin de año: 378 horas.
- A partir del 1.01.2019: 1.224 horas/año.
- Del 7.05.2019 al 28.12.2019: 1.63857 horas/año (9477% de la jornada habitual en la empresa), en horario de 23.00 a 8.00 horas.

SEGUNDO .- A la relación laboral existente entre las partes le era de aplicación el Convenio Colectivo General de Centros y Servicios de Atención a Personas con Discapacidad (BOE nº 159 de 4.07.2019).

TERCERO .- Con fecha 18.09.2019 la empresa le comunicó su despido mediante carta del siguiente tenor literal:

«Estimada Asunción .

Por medio de la presente le comunico la decisión de esta empresa de extinguir la relación laboral que mantiene con nosotros a través de despido objetivo, fundado en las facultades que nos asisten en virtud del artículo apartado 1.a), art. 52 ET del Estatuto de los Trabajadores .

La empresa considera de total validez la resolución realizada por el servicio de prevención por la cual se le declara no apta para el desempeño de su puesto de trabajo en el turno de noche.

La inaptitud ha sido valorada en función a su puesto y turno de trabajo y afecta al conjunto total de las tareas esenciales que se desarrollan durante su turno de noche de trabajo. La inaptitud se considera permanente y no meramente circunstancial.

Tratándose de una inaptitud sobrevinida con posterioridad a su colocación efectiva, la empresa considera insuficiente su idoneidad para desarrollar de manera útil y provechosa su prestación en el trabajo y por ello procedemos a comunicarles su despido en la empresa a partir de hoy 18 de septiembre de 2019.

Le comunicamos que a partir de la fecha de despido quedará rescindida a todos los efectos su relación con la Empresa, causando baja en la misma y encontrándose a su disposición, en el domicilio social de la empresa en



Logroño (La Rioja), la correspondiente liquidación de los conceptos devengados por usted hasta la fecha de la extinción de este contrato. Se le abona junto al finiquito los importes fijados por el artículo 53 b) c) del Estatuto de los Trabajadores. Con el abono de estas cantidades, únicas a las que tiene derecho según la legislación vigente, se procederá a la liquidación, saldo y finiquito de la relación laboral que nos une.

Sin otro particular, lo que se le comunica a los efectos oportunos, le saluda atentamente».

CUARTO.- La demandada tiene suscrito concierto para vigilancia de la salud de sus trabajadores con QUIRON PREVENCIÓN.

La actora se sometió a reconocimiento médico al poco de su contratación, siendo el 15.05.2018 calificada de apta para su puesto de cuidador (con nocturnidad).

QUINTO.- La demandante sufre de migraña crónica refractaria a tratamiento crónico con toxina botulínica con mejoría parcial, habiéndole recomendado los especialistas que le asisten evitar turnicidad laboral y turno de noche, lo que consignaron en informe médico de 26.07.2019.

Padece también de hipoglucemias, teniendo también desaconsejado por especialista endocrino que realiza seguimiento de su enfermedad y, dentro de lo posible, evitar turnos de trabajo, lo que también plasmó en informe de la misma fecha que el anterior.

Con fecha 31.07.2019 presentó a la empresa escrito en el que solicitaba un cambio de turno, pasando del nocturno a uno diurno, bien de mañana o de tarde, por causa médica, siendo remitida a vigilancia de la salud.

SEXTO.- Con fecha 2.08.2019 se sometió a reconocimiento médico por el servicio preventivo mencionado, emitiéndose informe que la calificó de APTO CON LIMITACIONES en relación a la siguiente observación: Se recomienda evitar turnicidad laboral no recomendándose trabajo en turno de noche.

QUIRONPREVENCIÓN comunicó a la empresa mediante escrito de 6.08.2019 que había calificado a la actora APTO CON LIMITACIONES, y revisión en un año, recomendándose evitar turnicidad laboral y no recomendándose trabajo en turno de noche.

Con fecha 16.09.2019 ese servicio preventivo remitió a la empresa comunicación en la que indicaban que habían calificado a la demandante NO APTO PARA EL DESEMPEÑO DEL PUESTO DE TRABAJO. NO APTO PARA LA REALIZACIÓN DE SU TRABAJO EN TURNO DE NOCHE; todo ello a solicitud de la empresa y para que constaran las limitaciones que aquejaba la actora.

SÉPTIMO.- La demandante cuenta con la titulación de grado medio de formación profesional: técnico de cuidados auxiliares de Enfermería (desde 2015) y técnico en atención sociosanitaria (desde 2017).

Ha participado y superado además los siguientes cursos de formación:

- Curso de 100 horas organizado en el programa e-learning de Divulgación dinámica S.L.: Monitor infantil de tiempo libre.
- Curso de 250 horas organizado en el programa e-learning de Divulgación dinámica S.L.: Experto en integración social y comunitaria.
- Curso de 200 horas organizado en el programa e-learning de Divulgación dinámica S.L.: Técnico de integración social.
- Curso de 80 horas organizado en el programa de formación a distancia de Universidad Personal: Monitor de educación especial.
- Curso de 400 horas organizado en el programa e-learning de Divulgación dinámica S.L.: Técnico superior en integración social.

OCTAVO.- La demandada organiza sus servicios según la siguiente distribución de puestos de trabajo:

- Directora (1).
- Administración (2).
- Responsable de RRHH (1).
- Responsable de calidad, medio ambiente y excelencia y LOPD (1).
- Auxiliar de Servicios Generales (1).
- Logopeda (1).
- Psicóloga (1).



- Trabajadora Social (1).
- Terapeuta ocupacional (1).
- Maestra de aula (1).
- Gobernanta (1).
- AE Auxiliar especializado (36): Las funciones que realizan los trabajadores de este puesto son:
 - o Atención directa asistencial a los usuarios del centro acompañándoles en todo momento.
 - o Debido a la actividad del centro, los trabajadores implementan y evalúan programas individuales de intervención. También diseñan actividades educativas y de comunicación.
 - o Realización de tareas de bricolaje con usuarios con o sin el terapeuta ocupacional.
- Cuidador (9): Las funciones que realizan los trabajadores de este puesto son:
 - o Atención directa asistencial a los usuarios del centro acompañándolos en todo momento en horario nocturno.
 - o Debido a la actividad del centro, los trabajadores implementan y evalúan programas individuales de intervención. También diseñan actividades educativas y de comunicación.
 - o También se encargan del doblado y organización de ropa lavada y planchada.
 - o Apoyo en tareas administrativas que puedan desempeñarse en horario nocturno (recolocación de hojas en cuadernos, recuento de horas...).
- Educador de psicomotricidad (1).
- Educador de Musicoterapia (1).
- Educador de huerta (1).
- Educador cuerpo y mente (1).
- Cocinero (1).
- Mantenimiento (1).
- Limpieza (3).

NOVENO.- La demandante fue contratada para prestar servicios como cuidadora y en el turno de noche (de 23.00 a 8.00h), y en ese horario ha venido haciéndolo durante todo el tiempo que duró su relación laboral.

En horario diurno (turnos de mañana y/o tarde) los técnicos que prestan servicios o hacen en el puesto de auxiliar especializado y ostentan la categoría de auxiliares educativos.

El perfil de contratación con el que la demanda cubre uno u otro puesto es distinto: asistencial el de cuidador/ educativo el de educador.

Cada auxiliar de día presta asistencia a dos usuarios (18 en horario de mañana).

El centro que regenta la demandada presta servicios asistenciales como centro de día y como residencia.

DÉCIMO.- Con fecha 3 de Octubre de 2019 se celebró el preceptivo acto de conciliación previo a la vía jurisdiccional con el resultado de SIN ACUERDO.

F A L L O : Que desestimando la demanda interpuesta por D^a Asunción contra ARPA AUTISMO RIOJA, debo declarar y declaro la procedencia del despido producido con efectos del 18.09.2019, absolviendo a la demandada de las pretensiones formuladas en su contra."

TER CERO. - Contra dicha sentencia se interpuso recurso de Suplicación por D^a Asunción , siendo impugnado de contrario. Elevados los autos a este Tribunal, se dispuso el pase de los mismos al Ponente para su examen y resolución.

CUA RTO.- En la tramitación del presente recurso se han observado todas las prescripciones legales.

FUN DAMENTOS DE DERECHO

PRI MERO.- La sentencia de instancia desestima la demanda de la trabajadora, en la que ésta interesaba la declaración de improcedencia del despido efectuado por la empresa por causa de ineptitud sobrevenida,



al considerar que " la decisión de la mercantil se basa en la recomendación médica que, en razón de las enfermedades que sufre la actora, contraindican la prestación de servicios en horario nocturno, y es consustancial al puesto de cuidadora que ocupa y para el que fue en su día contratada" (Fundamento de Derecho Cuarto).

Frente a dicha sentencia se interpone recurso de suplicación por la representación letrada de la trabajadora, el cual se articula a través de dos motivos, el primero de los cuales se efectúa al amparo del artículo 193.b) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, " al objeto de revisar los hechos declarados, a la vista de la prueba documental obrante en Autos"; y el segundo motivo al amparo del artículo 193.c) del mismo texto legal, por la infracción de la normativa y jurisprudencia que señala.

SEG UNDO.- En orden a la revisión de los hechos probados que se pretende en el motivo Primero del recurso, conviene recordar la doctrina del Tribunal Supremo, en relación con esta función jurisdiccional, que establece unos requisitos básicos que han de resultar inexcusablemente cumplidos para la prosperabilidad de dicha revisión fáctica, que tiene por finalidad evitar que la discrecionalidad judicial se extralimite hasta el punto de transformar el recurso excepcional de suplicación en una segunda instancia.

Dichos requisitos básicos que son los siguientes: « a) Que se concrete con claridad y precisión el hecho que haya sido negado u omitido en el relato fáctico. b) Que tal hecho resulte de forma clara, patente y directa de la prueba documental o pericial [en el recurso de casación únicamente la documental] obrante en autos, sin necesidad de argumentaciones o conjeturas. 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».

Sólo si se cumplen acumuladamente dichas exigencias, la redacción fáctica de la sentencia recurrida puede modificarse, de modo que bajo estos parámetros ha de analizarse y resolverse la revisión fáctica que se pretende en el recurso.

TER CERO.- La recurrente solicita en el Motivo Primero de suplicación " la adición en el Hecho Probado Primero de la Sentencia, al final del mismo, el siguiente texto: " **En el contrato temporal inicial de la trabajadora con la empresa y en el posterior contrato de trabajo indefinido no se refleja que el horario de la trabajadora se realice un turno nocturno** "".

Considera la recurrente que dicha cuestión resulta trascendente, " toda vez (que) la extinción del contrato de trabajo de la demandante se produce porque la empresa, a partir de la recomendación del Servicio de Prevención que tiene contratada la empresa le señala que la actora es "APTO CON LIMITACIONES en relación a la siguiente observación: Se recomienda evitar turnicidad laboral no recomendándose trabajo en turno de noche"(HP 6º), lo que provoca el despido de la trabajadora (HP 3º)".

Por su parte, entiende que la revisión interesada cumple con los requisitos establecidos en la legislación procesal laboral, ya que:

"- Se concretan los documentos en los que se basa la adición postulada. En los contratos de trabajo -cláusula tercera- se indica la jornada de trabajo pero nada se especifica respecto a la distribución del tiempo de trabajo -se encuentra sin rellenar dato alguno- y sólo se refiere a que deberá ser "conforme a lo previsto en el Convenio Colectivo". La documental es privada, pero no (ha) sido discutida su veracidad en el juicio. Se corresponde a la aportada por la propia empresa.

- Se indica el hecho concreto hecho que se trata de adicionar.

- La revisión es, a juicio de esta parte, trascendente para el signo del fallo, toda vez (qu e) la causa de la extinción es que la jornada de trabajo es nocturna y forma parte de las características de su profesión habitual por lo que se valora la adecuación jurídica de la extinción ante la recomendación de la sociedad de prevención de que la trabajadora no realice el turno de noche.

- La prueba es fehaciente, toda vez (qu e) de los contratos de trabajo indicados se desprende que los elementos configuradores de la prestación básica de la relación laboral no se expresa que el trabajador sea un "cuidador nocturno", ni que su jornada deba realizarse en el turno de noche, dado que nada indica sobre esta cuestión. No caben consideraciones colaterales, hipótesis o conjeturas, ni deducciones sobre este hecho".

Analizado dicho motivo de suplicación, procede su desestimación, puesto que no cabe compartir el criterio de la recurrente a la hora de considerar trascendente, a efectos del fallo, la inclusión de lo que puedan decir o dejar de decir los contratos de trabajo suscritos al respecto del turno nocturno de la trabajadora. Lo cierto es que queda fuera de discusión el hecho de que, desde el comienzo de la relación laboral, al margen de lo que pudieran señalar los contratos, la actora prestó servicios en dicho turno de noche, y como cuidadora, de conformidad con la diferenciación efectuada en la evaluación de riesgos elaborada con anterioridad a la



contratación de la demandante, entre los cuidadores, a los que se les asigna horario nocturno, y los auxiliares educativos especializados, a los que se asignan tareas y horario diurno. Así se señala en el Hecho Probado Noveno de la Sentencia, que permanece inalterado ante la falta de impugnación por parte de la recurrente: "*La demandante fue contratada para prestar servicios como cuidadora y el turno de noche (de 23.00 a 8.00 h), y en ese horario ha venido haciéndolo durante todo el tiempo que duró su relación laboral*". Por lo tanto, y no resultando controvertida dicha realidad, nada aportan al debate de la procedencia del despido efectuado los concretos términos de los contratos de trabajo.

Sin perjuicio de lo dicho, suficiente por sí mismo para alcanzar la conclusión desestimatoria del motivo ya indicada, tampoco resulta posible concluir que el error supuestamente incurrido por la Sentencia de instancia al no incluir la adición pretendida en el Hecho Probado Primero, resulte de forma clara, patente y directa de los documentos señalados (páginas 4 a 10, y 17 a 20 de los Autos), al menos sin necesidad de las argumentaciones o conjeturas que el motivo dice no necesitar. Efectivamente, tanto el Contrato de Trabajo Temporal de 23 de marzo de 2018 como el Contrato de Trabajo Indefinido de 22 de julio de 2019, señalan con claridad que la trabajadora es contratada para realizar funciones de "CUIDADORA" (Cláusula Primera de ambos contratos). Y puesto que dichas funciones, en el caso de la empresa demandada, sólo se prestan en turno de noche (en horario diurno no hay cuidadores, sino personal contratado como auxiliar especializado), carece de interés que dichos contratos no prevean expresamente que la trabajadora contratada vaya a prestar servicios en horario nocturno.

CUA RTO.- En el motivo Segundo, destinado a la *censura jurídica* al amparo de lo previsto en el artículo 193.c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, la parte recurrente entiende que la Sentencia impugnada vulnera, "*en su Fundamento de Derecho Cuarto respecto a la base jurídica de la extinción del contrato de trabajo por ineptitud de la trabajadora*", lo dispuesto en la siguiente normativa y jurisprudencia:

"- Arts. 14 , 15 , 35 y 42 de la Constitución Española de 1978 .

- Los artículos 4-1 , a), 4-2 b) y c) , 36 , 52.a) , 55 y 56 del 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 y disposiciones concordantes.

- Convenio colectivo general de centros y servicios de atención a personas con discapacidad de 13 de marzo de 2019 (BOE 4/07/2019), en sus arts. 60, 87, 88, 89 y 90.

- Los arts. 15, 1. d) , 25 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de riesgos laborales .

- Convenio 158 OIT (RCL 1985, 1548),

- Directiva 2000/78 (LCEur 2000, 3383),

- Jurisprudencia comunitaria, en concreto, las STJUE de 1-12-2016 (395/15), (Daouidi), STJUE de 11-7-2006 (asunto Chacón Navas), C 13/05 , STJUE de 13 de abril de 2013 -asunto Ring y acumulados C 335/11 y 337/11-, STSJUE de 18 de enero de 2018, asunto Ruiz Conejero - C 270/16 - y la STJUE de 18 de diciembre de 2014 (TJCE 2014, 367), Kaltoft, C-354/13 " .

Señala la recurrente que "*entiende que no existe amparo en la extinción efectuada y que, por tanto, se vulnera la normativa sobre este tipo de extinción*". Tras ello, el escrito de recurso transcribe los artículos señalados del Convenio Colectivo y del Estatuto de los Trabajadores, e indica que, a su juicio, la Sentencia impugnada, en su Fundamento de Derecho Cuarto, no es ajustada a Derecho, pudiendo resumirse la argumentación de la misma en lo siguiente: "*(1) la trabajadora, de conformidad con el Informe del Servicio de Prevención de Riesgos Laborales de la empresa, tiene recomendado no trabajar en turno de noche, (2) el trabajo de la demandante se realiza en turno de noche, luego (3) procede la extinción del contrato de trabajo de la trabajadora al no poder realizar su actividad laboral*".

Sos tiene el escrito de recurso que, "*frente a este criterio -que en nuestra opinión y con todos los respetos es claramente reduccionista y vulnera principios básicos del derecho al empleo y de (no) discriminación ante la existencia de una patología, enfermedad o discapacidad- la respuesta ante este litigio debe ser estimatoria a la demanda planteada. El principio de estabilidad en el empleo, la protección a los trabajadores y una respuesta del derecho del trabajo de una trabajadora con una patología determinada que le permite trabajar y que solo le limita, de manera accesoria y como consecuencia de una discapacidad, en la prestación de su actividad profesional, debe tener una solución diferente a la pérdida de su trabajo*".

Por ello, entiende que "*procede declarar la nulidad o subsidiariamente, la improcedencia del despido efectuado a la recurrente*", con fundamento en las siguientes consideraciones:



- 1.- El trabajo de la actora no es un trabajo nocturno por su propia naturaleza. La realización de la actividad de la trabajadora en dicho turno obedece a razones organizativas de la empresa, susceptibles de ser adaptadas a las circunstancias de la demandante.
- 2.- En el contrato de trabajo no existe ninguna referencia a que la prestación del trabajo haya de ser en horario de noche, por lo que dicha circunstancia no supone un elemento constitutivo o básico de la relación laboral.
- 3.- La empresa, con su decisión extintiva, vulnera lo establecido en materia de trabajo nocturno en nuestro ordenamiento jurídico y, específicamente, en el artículo 36 del Estatuto de los Trabajadores.
- 4.- Si bien el artículo 52. a) del Estatuto de los Trabajadores sólo señala la existencia de " *ineptitud del trabajador*", la doctrina ha equiparado esta situación a su relación con la profesión habitual. En este sentido, la propia Sentencia señala que no existe en la empresa demandada diferencia sustancial entre las funciones previstas para los cuidadores y las de los auxiliares educativos, por lo que la empresa podría adscribir a la trabajadora a un puesto de trabajo diurno, adecuando sus razones organizativas -unilateralmente impuestas- a las circunstancias de salud de la recurrente.
- 5.- La ineptitud sobrevenida está unida a que sea general, es decir, referida al conjunto del trabajo encomendado, y no relativa sólo a alguno de sus aspectos, y en el presente supuesto considera evidente que la actora puede realizar todas las actividades de su categoría profesional, salvo por la noche. No se trata, en definitiva, de una ineptitud relevante, sino de una mera limitación para prestar servicios en turno de noche.
- 6.- No se encuentra acreditado que la limitación de la actora sea permanente.
- 7.- La empresa debe valorar la adopción de las medidas preventivas previstas en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales sobre la posible reubicación del trabajador a un puesto compatible con su estado de salud, y sólo en caso negativo, proceder a la extinción de su contrato al amparo de la ineptitud sobrevenida. A este respecto, considera que no resulta suficiente la existencia de un informe del Servicio de Prevención de Riesgos Laborales apuntando a dicha ineptitud.
- 8.- El despido de la trabajadora debe equipararse a la extinción de un trabajador discapacitado, lo cual entra en conflicto con la más reciente doctrina comunitaria.

Por todo ello, concluye la recurrente su escrito reiterando su solicitud de " *la declaración de nulidad o subsidiaria improcedencia del despido efectuado a la recurrente, con la condena -igualmente- de la indemnización solicitada en concepto de resarcimiento de los daños y perjuicios producidos a la trabajadora*".

QUINTO.- Una vez analizada la postura de la recurrente, procede entrar a valorarla como motivo de suplicación.

Con dicha finalidad, y puesto que el recurso denuncia la vulneración, por parte del Fundamento de Derecho Cuarto de la Sentencia, de la normativa y jurisprudencia señalados por la recurrente, puede resultar oportuno recordar los concretos términos de dicho Fundamento, con la finalidad de poder contrastar los razonamientos que contiene con las vulneraciones denunciadas.

Así, el Fundamento de Derecho Cuarto, tras concretar en los Fundamentos anteriores la ineptitud como causa de extinción contractual y los requisitos jurisprudencialmente exigidos para su toma en consideración, señala lo siguiente:

"En el presente caso la decisión de la mercantil se basa en la recomendación médica que, en razón de los enfermedades que padece la actora, contraindican la prestación de servicios en horario nocturno, y es consustancial al puesto de cuidadora que ocupa y para el que fue en su día contratada; puesto de cuidador al cual no resulta a priori y en general consustancial que el desarrollo de las funciones que le son propias se realicen en horario nocturno, pero que sí acontece en el caso de la demandada, según organización del trabajo acreditada en juicio en virtud de testimonio de su responsable de RRHH que la evaluación de riesgos reclamada como diligencia final ha venido a confirmar.

Al hilo de lo anterior, y si bien de las funciones allí reseñadas no se evidencia diferencia sustancial entre aquellos que integran ese puesto y el de auxiliar educativo, en el que la prestación de servicios es en horario diurno y al que implicaba fuera adscrita la actora de acceder al cambio horario reclamado por su parte, resulta patente de las circunstancias concurrentes en uno y otro caso no serían las mismas.

Así y en horario diurno, atiende cada auxiliar o dos usuarios, que comprenden tanto los del centro de día como los de la residencia, siendo a estos últimos a los que prestan servicios los cuidadores en turnos de noche, sometidos así a una vigilancia estrecha y asistencia continuada a los mismos; distinta franja horaria que impone además asistencia de distinto nivel por parte de unos y otros, puesto que en el nocturno y sin perjuicio de la necesidad de contención/auxilio que puedan precisar, coincide con el de descanso habitual (de ahí que los cuidadores atiendan funciones tales como los de doblado y organización de ropa lavada y planchada, de apoyo administrativo...), y



no serán objeto de implementación terapias o programas de intervención cuya planificación ordinaria será en horario diurno, de ahí el distinto perfil de contratación para tal puesto, aunque tanto uno como otro conlleven una prestación asistencial.

Procede así, en consecuencia, declarar la procedencia del despido, absolviendo o la demandada de las pretensiones formuladas en su contra; procedencia que desmerece en todo caso la vulneración de derechos fundamentales denunciada y reclamación de indemnización accesoria por daño moral inherente, siendo que la actuación de la mercantil no traería causa directamente de la solicitud de cambio de turno de la actora, sino de la causa médica que alegaba ésta para formular la misma, previa emisión por servicio preventivo del correspondiente informe que constató la incompatibilidad de su situación clínica con la prestación de servicios en horario nocturno, debiendo entenderse las dos comunicaciones habidas al respecto a la aclaración por la empresa de que al puesto de cuidador, según organización vigente, es consustancial la prestación de servicios en horario nocturno, todo ello según esquema previo ya instaurado antes de la contratación de la actora, vista la fecha de emisión del plan de evaluación y de la firma de su primer contrato, lo que desacreditaría en todo caso el valor de indicio de posible discriminación que al respecto pudiera invocarse."

A la vista de dicho razonamiento, entendemos que la clave de la discusión reside en el hecho de considerar, por parte de la sentencia, que la característica de la nocturnidad resulta consustancial a las funciones de cuidadora para la cual fue contratada la trabajadora, habiendo quedado sentado que en dicho turno ha venido prestando sus servicios en todo momento, desde el comienzo de la relación contractual hasta la extinción de la misma.

Sin embargo, no podemos compartir dicho razonamiento, ya que queda fuera de duda que, pese a la evidente diferenciación de tareas entre los cuidadores y los auxiliares educativos, por razón del hecho coyuntural de prestar servicios en turno de día o de noche, consecuencia a su vez de las consiguientes necesidades de la residencia durante uno y otro espacio temporal, ninguna otra diferencia cabe apreciar en relación con la cualificación profesional exigible a unos y a otros, dándose además la circunstancia de que la trabajadora despedida ostenta titulación más que suficiente para el desempeño de cualquiera de dichos puestos de trabajo. Por ello, consideramos que no puede otorgársele carácter de definitivo, en los términos propugnados por la sentencia de instancia, a la organización del trabajo por parte de la empresa, al menos de modo tal que se le otorgue una absoluta primacía a dicha organización sobre las circunstancias de la trabajadora, hasta el punto de que, con una total falta de flexibilidad y adaptabilidad a dichas circunstancias, se le impida su recolocación en el turno de día, para cuyas tareas se encuentra perfectamente cualificada, y siendo que las dolencias que padece hacen de todo punto necesaria la evitación del trabajo nocturno.

Resulta obligado coincidir, en este sentido, con la recurrente, cuando afirma que "*el principio de estabilidad en el empleo, la protección a los trabajadores y una respuesta del derecho del trabajo (a) una trabajadora con una patología determinada que le permite trabajar, y que solo le limita, de manera accesoria y como consecuencia de una discapacidad, en la prestación de su actividad profesional, debe tener una solución diferente a la pérdida de su trabajo*". Efectivamente, ante la realidad de las patologías sufridas por la trabajadora, debe la empresa procurar una adecuada reubicación de la misma a un puesto compatible tanto con su estado de salud como con su cualificación, en la medida de las posibilidades existentes en la empresa, y únicamente en caso de constatarse la imposibilidad de actuar así, se encontraría justificada la extinción del contrato de trabajo por causa de ineptitud sobrevenida. Puesto que, en el presente supuesto resulta claramente posible dicho cambio, mediante la asignación de la trabajadora a un puesto de auxiliar educativo en turno de día, cabe exigir a la empresa que proceda a dicho cambio.

No habiéndolo entendido así la sentencia de instancia, el motivo debe prosperar.

SEX TO.- En consecuencia, habiendo resultado acogido el motivo Segundo del recurso, la consecuencia no puede ser otra que la de estimar el recurso de suplicación presentado por la representación letrada de la trabajadora, y revocando la sentencia recurrida, declarar la improcedencia del despido efectuado, sin que haya lugar a declarar la petición principal del demandante, que pretendía la nulidad del mismo, por no concurrir los motivos que ocasionarían dicha declaración, lo que acarrea asimismo el rechazo de la indemnización solicitada en concepto de daños y perjuicios ocasionados a la trabajadora, ya que, analizada la actuación de la empresa según se desprende de los hechos probados, no cabe considerar acreditados la causación de dichos daños y perjuicios.

En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 235 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, al no disponer la empresa recurrente del beneficio de justicia gratuita, procede condenar a la misma al pago de las costas, que comprenderán el pago de 600 euros en concepto de honorarios para el letrado impugnante de su recurso, más el IVA correspondiente.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.



FALLAMOS

Estimamos parcialmente el recurso de suplicación interpuesto por **D^a Asunción**, contra la sentencia dictada con fecha 17 de abril de 2020 por el Juzgado de lo Social número Tres de Logroño (Autos 514/2019), en virtud de demanda formulada por la recurrente contra la empresa **ARPA AUTISMO RIOJA**, y el **FOGASA**, sobre despido, y en consecuencia, **revocamos** la sentencia recurrida, y con estimación de la pretensión subsidiaria de la demanda declaramos la improcedencia del despido efectuado por la empresa demandada a la que condenamos, a su elección, a la readmisión de la actora con abono de los salarios de tramitación a razón de 50,26 € día, con las salvedades legales, o bien le indemnice en la cuantía legal calculada sobre el expresado salario diario y la antigüedad de 23/03/2018 con deducción de lo ya recibido, y ello, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiera corresponder a FOGASA conforme a la legislación vigente. Con imposición de costas a la empresa, que comprenderán el abono al Letrado impugnante del recurso de la cantidad de 600 euros, más el IVA correspondiente, en concepto de honorarios.

Notifíquese esta sentencia a las partes y al Ministerio Fiscal, haciéndoles saber que contra la misma pueden interponer Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, debiendo anunciarlo ante esta Sala en el plazo de DIEZ DIAS mediante escrito que deberá llevar firma de Letrado y en la forma señalada en los artículos 220 y siguientes de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, quedando en esta Secretaría los autos a su disposición para su examen. Si el recurrente es empresario que no goce del beneficio de justicia gratuita y no se ha hecho la consignación oportuna en el Juzgado de lo Social, deberá ésta consignarse del siguiente modo:

a) Si se efectúa en una Oficina del **BANCO DE SANTANDER** se hará en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones que esta Sala tiene abierta con el nº 2268-0000-66-0073-2020, Código de Entidad 0030 y Código de Oficina 8029.

b) Si se efectúa a través de transferencia bancaria o por procedimientos telemáticos, se hará en la cuenta núm.0049 3569 92 0005001274, código IBAN. ES55, y en el campo concepto: 2268-0000-66- 0073-2020.

Pudiendo sustituirse la misma por aval bancario, así como el depósito para recurrir de 600 euros que deberá ingresarse ante esta misma Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja, en la cuenta arriba indicada. Expídanse testimonios de esta resolución para unir al Rollo correspondiente y autos de procedencia, incorporándose su original al correspondiente libro de Sentencias.

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

E./

PUB LICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Magistrado-Ponente, **Ilmo. Sr. D. CRISTOBAL IRIBAS GENUA**, celebrando audiencia pública la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja, de lo que como Letrado de la Administración de Justicia, doy fe.

DILIGENCIA