

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

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **1**

Fecha: **15/01/2025**

Nº de Recurso: **5548/2024**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL

A CORUÑA

SENTENCIA: 00155/2025

Secretaria Sra. Freire Corzo

PLAZA DE GALICIA, S/N

15071 A CORUÑA

Tfno: 981-184 845/959/939

Fax:

Correo electrónico:

NIG: 15078 44 4 2024 0001678

Equipo/usuario: RA

Modelo: 402250 SENTENCIA RESUELVE REC DE SUPPLICACIÓN DE ST

RSU RECURSO SUPPLICACION 0005548 /2024 ra Procedimiento origen: DFU DERECHOS FUNDAMENTALES 0000424 /2024

Sobre: DERECHOS FUNDAMENTALES

RECURRENTE/S D/ña CONSELLERIA CULTURA E DEPORTE

ABOGADO/A: LETRADO DE LA COMUNIDAD

PROCURADOR:

GRADUADO/A SOCIAL:

RECURRIDO/S D/ña: Elvira

ABOGADO/A: RAMON FIGUERA PALACIOS

PROCURADOR:

GRADUADO/A SOCIAL:

ILMOS. SRS. MAGISTRADOS

D.FERNANDO LOUSADA AROCHENA

D.JORGE HAY ALBA

D^a. MARTA MARIA LOPEZ-ARIAS TESTA

En A CORUÑA, a quince de enero de dos mil veinticinco.

Tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, la T.S.X. GALICIA SALA DO SOCIAL, 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 **S E N T E N C I A** En el RECURSO SUPPLICACION 0005548 /2024, formalizado por la Letrada de la Xunta, en nombre y representación de la CONSELLERIA CULTURA E DEPORTE,

contra la sentencia dictada por XDO. DO SOCIAL N. 2 de SANTIAGO DE COMPOSTELA en el procedimiento DERECHOS FUNDAMENTALES 0000424 /2024, seguidos a instancia de Elvira frente a la CONSELLERIA

CULTURA E DEPORTE, y con la intervención del Ministerio Fiscal, siendo Magistrado-Ponente el Ilmo. Sr. D. FERNANDO LOUSADA AROCHENA.

De las actuaciones se deducen los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: D^a Elvira presentó demanda contra CONSELLERIA CULTURA E DEPORTE, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia de fecha diecinueve de agosto de dos mil veinticuatro.

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

“Primero.- La actora que presta servicios como funcionaria docente para la entidad demandada, presento escrito solicitando la adaptación de jornada en fecha 15/11/2022.

Segundo.- El puesto de trabajo de la actora como docente era en el XXXX, profesora de audición y lenguaje.

Tercero.- En fecha 13/1/2023 se emitió informe por la entidad CUALITIS tras examen de salud periódico en diciembre de 2022, en el puesto DOCENTE, indicando que era APTA CON RESTRICCIONES LABORALES hasta la próxima revisión en enero de 2024. En observaciones se hacía constar: no debe de realizar bipedestación estática prolongada, ni mantener posturas forzadas de columna lumbar, debe de utilizar mascarilla FFP2.

Cuarto.- Tras recibir el anterior informe se remite a la Inspección Educativa la propuesta de la directora del Centro XXXX de fecha 23/3/2023 para adaptar el puesto de trabajo y horario de la actora, sin guardias, con adaptación de horario limitándose sus funciones de docencia a su grupo de clase con 5 alumnos/as autónomos que a nivel académico trabajan de manera individual, según el nivel de necesidades lecto escritura, matemáticas, vocabulario en inglés, contenidos del medio físico y social entre otros.

Que una profesora de educación física se encarga de trabajar con ellos los aspectos motrices y que en el aula hay una profesora de audición y lenguaje que trabaja de manera individualizada varias sesiones semanales fuera del aula con 4 de los 5 alumnos /as de clase, aspectos concretos de comunicación y del lenguaje oral y escrito. La actora no mostro conformidad y se solicitó informe de la Inspección Médica de la Jefatura Territorial de la Conselleria que considero que debido a sus patologías respiratorias era aconsejable el uso de FFP2, pero que la atención mas directa y cercana estaba destinada a otro personal y otro profesional para impartir logopedia y lenguaje, considerando que su aparato respiratorio no presentaba en la actualidad (fecha del informe 11/4/2023) merma funcional por lo que no reviste gravedad a pesar de ser fumadora crónica. Y que su aparato locomotor le permite situación de stress funcional tales como bipedestación prolongada o flexión lumbar prolongada, así como levantamiento de pesos, situaciones que están destinadas a otro personal concluyendo que estaba en condiciones de impartir clases en su centro de destino (XXXX). Quinto.- En fecha 21/4/2023 la actora presento en registro electrónico recurso de alzada frente a la resolución de la Directora del Centro educativo, Centro XXXX sobre adaptación del puesto de trabajo. Recurso que fue desestimado por resolución de fecha 13/6/2023. Sexto.- En fecha 4/8/2023 y tras valoración médica de nuevos informes entregados el 7/7/2023 para el puesto docente, en centro educativo de Santiago y evaluación por cambio/adaptación del puesto de trabajo fue emitido dictamen de NO APTA con las siguientes observaciones: Realizado examen de salud a la trabajadora y valorado nuevo informe de su médico especialista de fecha 16/06/23; en lo que respecta a la exposición laboral se indica: - Evitar asistir a lugares concurridos o donde pueda estar expuestas con personas que cursen con alguna infección, como puede ser la exposición en aula escolar o en guardias de recreo. -Evitar trabajar o asistir a colegios / centros hospitalarios. -No debe estar en aula con grupo de alumnado, y en la misma ubicación cerrada. -Evitará realizar trabajos que impliquen bipedestación de manera prolongada.

Según indicaciones de sus especialistas, la trabajadora no puede desempeñar su trabajo en centro escolar como DOCENTE, aun con adecuados equipos de protección individual. Séptimo.- Dicho informe fue emitido tras nuevo examen médico el 7/7/2023 que concluye que Segundo esta acta de exame na que se reflejten os resultados das probas realizadas, segundo os protocolos específicos de vixilancia da saúde para DOCENTE, tendo en conta as características coñecidas do posto de traballo, decátase que D Elvira, [REDACTED], DNI NUM000, é Non Apta para desempeñar o seu traballo no posto mencionado anteriormente. Octavo.- En el DOG de 22/8/2023 se publicó la resolución de 2/8/2023 de adjudicación definitiva y provisional para el curso académico 2023/2024 entre el personal docente y en el anexo de adjudicación definitiva primaria, se adjudica a la actora comisión de servicios por razones de salud en el CEIP [REDACTED], especialidad

Audición y lenguaje. Noveno.- La actora solito en octubre de 2023 el inicio de un procedimiento de jubilación por incapacidad permanente a causa de enfermedad, cuya resolución no consta. Décimo.- La actora está en situación de IT. Undécimo.- En el DOG de 12/4/2024 se publicó la resolución de 22/3/2024 de la Dirección Xeral de Centros e Recursos Humanos que resuelve definitivamente el concurso de traslados del personal funcionario docente siendo adjudicado a la actora el CPI XXXX, en ZZZ. Duodécimo.- La actora fue diagnosticada en 2008 de ICV a raíz de una neumonía. Padece inmunodeficiencia común variable con infecciones vía aérea/ORL esporádicas, sinusitis crónica resuelta tras cirugía en 2011, diarrea por infestación por giardia lamblia en 2019 sin recurrencia posterior. Tabaquismo activo, trastorno de ansiedad generalizado secundario a enfermedad crónica de base.

Hipotiroidismo autoinmune. Resección herniaria y hemilaminectomía derecha por hernia paramedial derecha L5S1 muy voluminosa que desplazaba raíz S1. Fibromialgia. Por el servicio de medicina interna del CHUS CCEE se recomienda adecuación del puesto de trabajo y carga laboral evitando en la medida de lo posible la exposición a agentes infecciosos respiratorios (informe de 20/1/2023)."

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

"Que debo ESTIMAR la demanda presentada a instancias de D^a Elvira contra la CONSELLERIA DE CULTURA, EDUCACION, FORMACION PROFESIONALES E UNIVERSIDADES y el MINISTERIO FISCAL y en consecuencia debo condenar a la empleadora demandada a adoptar las medidas necesarias para la adaptación del puesto de trabajo de la demandante a la patología que presenta, y, en especial, la adaptación del puesto de trabajo para el curso 2024 sin contacto con alumnos, en teletrabajo."

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por CONSELLERIA CULTURA E DEPORTE formalizándolo posteriormente. Tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte.

QUINTO: Elevados por el Juzgado de referencia los autos principales, a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en esta T.S.X. GALICIA SALA DO SOCIAL en fecha 20 de noviembre de 2024.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Frente a la sentencia de instancia donde, con estimación de la demanda rectora de actuaciones, se condena a la empleadora demandada a adoptar las medidas necesarias para la adaptación del puesto de trabajo de la funcionaria demandante a la patología que presenta, y, en especial, a la adaptación del puesto de trabajo para el curso 2024 en teletrabajo sin contacto con alumnos, la empleadora demandada, con la pretensión de revocación de la sentencia de instancia y desestimación de la demanda rectora de actuaciones, anuncia recurso de suplicación y lo interpone después solicitando, al amparo de la letra a) del artículo 193 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social, la reposición de los autos al estado en que se encontraban en el momento de haberse infringido normas o garantías del procedimiento que hayan producido indefensión, y, al amparo de su letra c), el examen de las normas sustantivas y de la jurisprudencia aplicadas. Opuesta a los expuestos motivos de suplicación, la funcionaria demandante solicita en su impugnación del recurso de suplicación su desestimación total y la confirmación íntegra de la sentencia de instancia.

SEGUNDO. Respecto a la reposición de los autos al estado en que se encontraban en el momento de haberse infringido normas o garantías del procedimiento que hayan producido indefensión, se alega la inadecuación del procedimiento seguido a través de la modalidad de tutela de derechos fundamentales porque "el derecho a la integridad de la salud de la trabajadora no es un derecho fundamental previsto en la Constitución ... el derecho a la salud en el trabajo se integra en los artículos 40.2 y 43 CE, principios rectores de la política social y económica, que gozan de la protección prevista en el artículo 53.3 CE ... (y) la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales se dicta en desarrollo del artículo 40.2 CE", lo que supone, desde una perspectiva procesal, la vulneración de los artículos 178.1, 179.4 y 182.1.a) de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social, con lo cual, a juicio de la empleadora recurrente, "la demanda debió ser inadmitida de plano de conformidad con el artículo 79.4 pues no es suficiente para declarar vulnerado el artículo 15 CE invocado por la demandante la sola alegación de que se ha rechazado su petición de teletrabajo, sin justificar ni acreditar ninguna otra circunstancia", agregando, "en segundo lugar, (que) la sentencia de instancia infringe los artículos 178.1 y 182.1.a) LRJS, con vulneración del derecho de defensa de esta parte y ello porque en este procedimiento solo podría haberse examinado y resuelto la eventual vulneración del derecho fundamental alegado, única cuestión frente a la que esta parte debía articular su defensa y siempre en respuesta a los argumentos planteados por la demandante, correspondiendo a la parte contraria justificar y acreditar que la conducta de la demanda ha vulnerado el derecho fundamental invocado, lo que no ha hecho". Concluye la argumentación afirmando que "la juzgadora de instancia ha estimado la demanda por considerar afectado

el derecho a la salud en el trabajo de la demandante, en definitiva, por entender vulnerada la Ley 31/1995 de prevención de riesgos laborales y no por considerar acreditada la vulneración de un derecho fundamental, sin que la juzgadora haya motivado tampoco porqué la actuación administrativa habría vulnerado el contenido constitucionalmente declarado del artículo 15 CE tal y como exige el artículo 182.1.a) LRJS”.

Tal impugnación procesal debe ser desestimada. La elección del procedimiento de tutela de derechos fundamentales le corresponde a la parte demandante quien en el caso de autos ha invocado la infracción del artículo 15 de la Constitución Española y, salvo excepcionales supuestos en los cuales prima facie se verifique la ausencia flagrante de vulneración de un derecho fundamental, se deberá admitir la demanda de tutela pues lo decisivo, a los efectos de la adecuación del procedimiento, no es que la pretensión deducida esté correctamente fundada y deba ser estimada, sino que formalmente se sustancie como una pretensión de tutela, es decir, que se afirme por la parte demandante la existencia de una violación de un derecho fundamental. Ahora bien, si el órgano judicial, en el momento de dictar su sentencia, considera la ausencia de la vulneración alegada o considera es una infracción simple del ordenamiento jurídico sin relevancia en la protección constitucional del derecho fundamental, la consecuencia de la limitación de conocimiento será la desestimación de la demanda de tutela, sin perjuicio en su caso de la conservación de la acción para alegar la eventual existencia de una infracción de legalidad ordinaria por los trámites correspondientes y ante quien corresponda.

Con sus argumentaciones, la empleadora recurrente quiere acogerse a uno de esos excepcionales supuestos en los cuales prima facie se verifique la ausencia flagrante de vulneración de un derecho fundamental para evitar entrar en el propio fondo del litigio, que considera de legalidad infraconstitucional. A los efectos argumentativos, la empleadora recurrente destaca que en la fundamentación jurídica de la sentencia de instancia se decide el litigio en base al principio de adaptación del trabajo a la persona que es de legalidad ordinaria, en concreto aparece acogido en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales. Nos remiten estas argumentaciones a la cuestión, que ha ocupado la atención de la doctrina científica, de si el derecho a la salud laboral de la persona trabajadora es todo él fundamental porque es una consecuencia de la aplicación en el ámbito laboral del derecho fundamental a la vida y a la integridad física y moral, o si son derechos diferentes, con distinto rango constitucional (la integridad se configura como un derecho fundamental, y la salud laboral es un principio rector de la política económica y social), distintos contenidos (la integridad genera un deber empresarial de no causar daño al trabajador, y la salud laboral genera un deber más amplio de cumplir las medidas preventivas de seguridad e higiene dictadas por los Poderes Públicos), y distinto desarrollo (la salud laboral a través de una ley ordinaria, como la Ley de Prevención de Riesgos Laborales).

Seguramente la cuestión no se pueda resolver de una manera tan tajante y habrá de verse en cada caso si la infracción del derecho a la salud laboral puede en algún caso suponer una infracción del derecho fundamental a la integridad física y moral de la persona trabajadora. En este sentido, la STC 62/2007, de 27 marzo, y después de advertir que “el artículo 15 de la CE (no ampara) una suerte de cobertura constitucional frente a cualquier orden de trabajo que en abstracto, apriorística o hipotéticamente pudiera estar contraindicada para la salud”, sí que reconoce que “una determinada actuación u omisión de la empleadora en aplicación de sus facultades de especificación de la actividad laboral podría comportar, en ciertas circunstancias, un riesgo o daño para la salud cuya desatención conllevará la vulneración del derecho fundamental”.

Bajo estas consideraciones, la circunstancia de razonar sobre la base de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, como se hace en algunos párrafos de la sentencia de instancia, e incluso la circunstancia de que en el fallo de la sentencia de instancia no se especifica cuál es el derecho fundamental vulnerado, no excluye en el caso de autos la posible vulneración del artículo 15 de la Constitución Española. Dicho sea de paso, la aplicación de la normativa sobre prevención de riesgos laborales no solo es trascendente a los efectos de resolver el fondo del litigio, también lo es a los efectos de determinar la competencia del Orden social de la Jurisdicción (artículo 2.e de la LRJS), que, por cierto, nadie se ha cuestionado y, de haberlo hecho, la respuesta debería ser la competencia social a pesar de ostentar la demandante la condición de funcionaria pública.

Además, la sentencia de instancia no solo aplica la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, también maneja en su fundamentación jurídica, a los efectos de estimar la pretensión de la funcionaria demandante, la Convención de los derechos de las personas con discapacidad de Naciones Unidas de 2006 y la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, en concreto al incluir la discapacidad como causa de discriminación, así como su interpretación en la jurisprudencia europea y su desarrollo legislativo interno.

Hemos de añadir que, siendo lo que se reclama una adaptación del trabajo por causa de discapacidad, la Ley 15/2022, de 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, establece que la denegación de ajustes razonables es una discriminación, como, por lo demás, ya viene admitiendo la jurisprudencia comunitaria (STJUE de 15 de julio de 2021, Tartu Vangla, C-795/19; STJUE de 10 de febrero

de 2022, HR Rail SA, C-485/20; STJUE de 18 de enero de 2024, Ca Na Negreta, C-631/22) y también la jurisprudencia constitucional (STC 51/2021, de 15 de marzo).

No hay, en consecuencia, ningún óbice procesal habilitante para inadmitir de plano la pretensión de tutela de derechos fundamentales, con absolución en la instancia y sin entrar a resolver sobre el fondo del litigio, porque el objeto del litigio comprende una eventual vulneración del derecho fundamental a la integridad física y moral de la persona trabajadora (artículo 15 de la CE) que, puesto en relación con una eventual vulneración del derecho a la no discriminación por causa de discapacidad (artículo 14 de la CE), determinaría, supuesto de estimación de las pretensiones de la funcionaria demandante (como ocurrirá), la apreciación de una vulneración de ambos derechos fundamentales.

TERCERO. Respecto al examen de las normas sustantivas y de la jurisprudencia aplicadas, se denuncia la infracción del artículo 5 de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, de la normativa que la traspone, del artículo 10 del Real Decreto 2271/2004, de 3 de diciembre, por el que se regula el acceso al empleo público y la provisión de puestos de trabajo de las personas con discapacidad, y de la jurisprudencia en la materia, argumentando sobre dos líneas discursivas: (1) que “la sentencia de instancia se ha basado en el contenido del último informe de Cualtis emitido tras la evaluación de julio de 2023 ... (que) se refiere a un puesto que la trabajadora ya no ocupa y al que ya no habría de incorporarse ... (pues) para el curso 2024/2025 la trabajadora decidió voluntariamente participar en el concurso de traslados y obtuvo uno de los puestos que expresamente solicitó ... la demandante no ha solicitado la prestación de servicios en régimen de teletrabajo ni adaptación alguna en relación a este nuevo puesto obtenido en el procedimiento de provisión de puestos ... su petición de adaptación y teletrabajo se realizó respecto del puesto en el Centro XXXX ... no consta por tanto informe respecto de la compatibilidad y adaptación posible de dicho puesto”; se alega infracción del artículo 10 del RD 2271/2004, de 3 de diciembre; y (2) que “la sentencia infringe lo dispuesto en el artículo 5 de la Directiva 2000/78/CE ... si la juzgadora de instancia entiende aplicable el informe de Cualtis de julio de 2023 con abstracción del puesto al que se refiere, habrá de atender a su contenido íntegro ... en dicho informe se participa que la demandante no es apta para el trabajo ... y si la actora no es apta para el trabajo es claro que no procede la adaptación del puesto ni la estimación de la prestación de servicios en teletrabajo ... acordar el régimen de teletrabajo (además carente de contenido y de concreción de tareas) no supone un ajuste razonable para la empleadora ... implica mantener en servicio activo a una trabajadora que, según se razona en la sentencia, no es apta para el trabajo”.

CUARTO. La Convención de los derechos de las personas con discapacidad de Naciones Unidas de 2006 define la discriminación por motivos de discapacidad como “cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo” (artículo 2). Fórmula omnicomprendiva que incluye todas las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de ajustes razonables entendido estos como modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de los derechos humanos y libertades fundamentales.

En cuanto al derecho al trabajo, la Convención obliga a los Estados Partes a reconocer el derecho de las personas con discapacidad a trabajar, en igualdad de condiciones con las demás, lo que incluye el derecho a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido o aceptado en un mercado y un entorno laborales que sean abiertos, inclusivos y accesibles a las personas con discapacidad (artículo 27). Y en interpretación de esta norma, el Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad, instaurado por la Convención, ha publicado la Observación general núm. 8 (2022) sobre el derecho de las personas con discapacidad al trabajo y al empleo. Según esta Observación, la denegación de ajustes razonables se manifiesta cuando no se efectúan o proporcionan las modificaciones, las adaptaciones o el apoyo necesarios y adecuados que no impongan una carga desproporcionada o indebida (apartado 29). Cuando una persona o un empleador detecten una barrera para la plena inclusión de una persona con discapacidad, el empleador deberá adoptar las siguientes medidas, ya que, de lo contrario, incurriría en una denegación de ajustes razonables: (a) el empleador colabora con la persona para encontrar posibles soluciones que permitan eliminar o evitar esa barrera, teniendo en cuenta la solución preferida por el interesado; (b) el empleador implementa la solución preferida por el interesado, a menos que suponga una carga indebida, en cuyo caso aplicará otra de las soluciones establecidas siempre que no implique una carga indebida, o la solución preferida en la medida de lo posible sin que ello represente una carga indebida (apartado 45).

La Convención ha sido ratificada por España y por la Unión europea. El Tribunal de Justicia de la Unión europea ha interpretado estas normas, tanto la que se refiere al concepto de discapacidad (artículo 2 de la Convención), como los ajustes razonables para el derecho al trabajo (artículo 27 de la Convención).

Con respecto al concepto de discapacidad, después de algunas sentencias más restrictivas temporalmente anteriores a la ratificación de la Convención por la Unión europea, ha sentado una línea más flexible en varias sentencias más modernas (STJUE 11/04/2013, HK Danmark, C-335/11 y C-337/11; STJUE 18/12/2014, FOA, C-354/13; SYJUE 01/12/2016, Daouidi, C- 395/15; STJUE 11/09/2018, Nobel Plastiques, C-397/18). De estas sentencias, y en particular de la Sentencia Daouidi, se derivan ciertos indicios para apreciar si una enfermedad puede ser equiparada a discapacidad, a saber: el que, en la fecha del hecho presuntamente discriminatorio, la incapacidad del interesado no presente perspectiva bien delimitada en cuanto a su finalización a corto plazo o el que esa incapacidad pueda prolongarse significativamente antes del restablecimiento; para valorar estas circunstancias se deben utilizar los elementos objetivos de que se disponga, en particular, documentos y certificados relativos al estado de dicha persona, redactados de los conocimientos y datos médicos y científicos actuales; en otro sentido, se precisa que la incapacidad temporal de duración incierta, a causa de un accidente laboral no significa, por sí sola, que la limitación de su capacidad pueda ser calificada de duradera a tales efectos.

Con respecto a los ajustes razonables, la STJUE de 15/07/2021 (Tartu Vangla, C-795/19) considera una discriminación directa por causa de discapacidad no permitir un ajuste razonable como un dispositivo de corrección auditiva para un funcionario de prisiones. Según la STJUE de 10/02/2022 (HR Rail SA, C-485/20), la obligación de ajustes razonables exige que una persona trabajadora que, debido a su discapacidad, ha sido declarado no apto para desempeñar las funciones esenciales del puesto que ocupa, sea destinado a otro puesto para el que disponga de las competencias, capacidades y disponibilidad exigidas, siempre que no sea carga excesiva para la empresa. Y según la STJUE de 18 de enero de 2024 (Ca Na Negreta, C-631/22), el artículo 5 de la Directiva 2000/78 no puede obligar al empresario a adoptar medidas que supongan una carga excesiva para él, a cuyo efecto debe tenerse en cuenta, particularmente, los costes financieros que estas impliquen, el tamaño, los recursos financieros y el volumen de negocios total de la organización o empresa y la disponibilidad de fondos públicos o de otro tipo de ayuda, y en cualquier caso, solo existe la posibilidad de destinar a una persona con discapacidad a otro puesto de trabajo si hay a lo menos un puesto vacante que el trabajador en cuestión pueda ocupar.

Nuestro Tribunal Constitucional ha sido, si cabe, más claro en su Sentencia 51/2021, de 15 marzo: al recurrente en amparo, letrado de la Administración de Justicia y diagnosticado con síndrome de Asperger, se le impuso una sanción disciplinaria por negligencia en el ejercicio de sus funciones y retraso injustificado en el cumplimiento de sus obligaciones; el TC considera vulnerado (además de varias garantías procesales) la igualdad de trato y no discriminación por razón de discapacidad porque se ha impuesto una sanción disciplinaria a consecuencia de las irregularidades en el desempeño de sus funciones que se podrían haberse solventado con unos ajustes razonables.

QUINTO. A la vista de las normas expuestas y de su interpretación judicial, debemos coincidir con la juzgadora de instancia en que la funcionaria demandante, por las dolencias que padece (inmunodeficiencia común variable con infecciones vía aérea / ORL esporádicas, sinusitis crónica resuelta tras cirugía en 2011, diarrea por infestación por giardia lamblia en 2019 sin recurrencia posterior; tabaquismo activo; trastorno de ansiedad generalizado secundario a enfermedad crónica de base; hipotiroidismo autoinmune; resección herniaria y hemilaminectomía derecha por hernia paramedial derecha L5/S1 muy voluminosa que desplazaba raíz S1; fibromialgia), es una persona con discapacidad y en este sentido (según se detalla en la sentencia de instancia): el servicio de medicina interna de la sanidad pública, en informe emitido a 20/01/2023, recomienda “adecuación del puesto de trabajo y carga laboral evitando en la medida de lo posible la exposición a agentes infecciosos respiratorios”; (2) en un nuevo examen médico el 07/07/2023 se concluye que “segundo os protocolos específicos de vixilancia da saúde para docente, tendo en conta as características coñecidas do posto de traballo, decátase que (a demandante) é Non Apta para desempeñar o seu traballo no posto mencionado anteriormente”; y (3) el servicio de prevención, en informe emitido a 04/08/2023, la consideró “no apta” para su puesto de trabajo con las siguientes observaciones en lo que respecta a la exposición laboral: “evitar asistir a lugares concurridos o donde pueda estar expuesta con personas que cursen con alguna infección, como puede ser la exposición en aula escolar o en guardias de recreo; evitar trabajar o asistir a colegios / centros hospitalarios; no debe estar en aula con grupo de alumnado, y en la misma ubicación cerrada; evitará realizar trabajos que impliquen bipedestación de manera prolongada; según indicaciones de sus especialistas, la trabajadora no puede desempeñar su trabajo en centro escolar como docente, aun con adecuados equipos de protección individual”.

SEXTO. Una vez determinada la condición de persona con discapacidad, la cuestión subsiguiente, que el nudo gordiano del presente litigio, es determinar si la empleadora está obligada a adaptar el puesto de trabajo de la demandante, que no ha sido despedida por una ineptitud sobrevenida, ni al momento del juicio oral constaba resuelta su solicitud de jubilación por incapacidad permanente, sino que se encontraba en incapacidad temporal con posibilidad de reincorporación al puesto de trabajo en el momento de producirse el alta, de ahí sus solicitudes de adaptación, en concreto teletrabajo, que la empleadora demandada no ha atendido en ningún momento, sin que, como destaca la juzgadora de instancia, “exista dato alguno que le impida llevar a cabo la adaptación solicitada”.

A tal respecto, la Sala comparte también la conclusión de la juzgadora de instancia de incumplimiento de la obligación de adaptación contemplada en la normativa sobre prevención de riesgos laborales (Ley de Prevención de Riesgos Laborales, artículos 15.1.d y 25), en este caso además (añadimos nosotros) con afectación del derecho fundamental a la integridad física y moral (Constitución Española, artículo 15) en relación con la prohibición de discriminación por causa de discapacidad (Convención de derechos de las personas con discapacidad de Naciones Unidas, artículo 17; Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación; Constitución Española, artículo 14), interpretada aquella obligación de adaptación conforme a la jurisprudencia sobre la materia (en especial, STJUE Ca Na Negreta, pues incluye un posible cambio de puesto de trabajo).

SÉPTIMO. En su recurso de suplicación, la empleadora demandada realiza dos objeciones a la conclusión alcanzada en la sentencia de instancia que analizaremos en los dos siguientes fundamentos de derecho de nuestra sentencia.

OCTAVO. En primer lugar, la empleadora recurrente objeta a la conclusión alcanzada en la sentencia de instancia que, dicho en apretada esencia, se ha sustentado en un informe del servicio de prevención para un puesto de trabajo que ya no ocupa y al que ya no habría de incorporarse, sino que ha optado por otro puesto de trabajo sobre el cual no hay ningún informe del servicio de prevención. Pero no es ello del todo correcto, en primer lugar, porque, aunque es verdad que ese informe se toma en consideración, también se toman en consideración los informes médicos previos emitidos por los servicios especializados del Servicio Galego de Saúde, y, en segundo lugar, porque lo deducido de todos ellos es que la ineptitud no es ineptitud tanto para un concreto puesto de trabajo como para todo puesto de trabajo con docencia presencial. En todo caso, lo realmente determinante para el éxito de la objeción manifestada por la empleadora recurrente es si el puesto de trabajo al que la demandante ha optado en concurso presenta unas condiciones de trabajo diferentes a aquel en que estaba destinada, pues si fueran iguales las consideraciones de todos esos informes serían perfectamente trasladables a aquel puesto de trabajo. Y en principio todo apunta a que son trasladables, pues el puesto de trabajo en que estaba destinada era como docente en el XXXX, profesora de audición y lenguaje (hecho probado segundo), y aquel al que ha optado en concurso es también como profesora en el CPI XXXX, en ZZZ (hecho probado undécimo). A la vista de estos indicios fácticos era a la empleadora demandada a quien le correspondía acreditar las supuestas diferencias en las condiciones de trabajo con una incidencia en la mejor adaptación de la trabajadora por sus condiciones de salud.

También se alega, bajo esta primera objeción, la infracción del artículo 10 del RD 2271/2004, de 3 de diciembre, por el que se regula el acceso al empleo público y la provisión de puestos de trabajo de las personas con discapacidad. Según dicho artículo 10 (transcrito en el recurso): “1. En las solicitudes de adjudicación de destino correspondientes a pruebas de nuevo ingreso o promoción interna y en las de participación en procesos de provisión, los empleados públicos con discapacidad podrán pedir la adaptación del puesto o de los puestos de trabajo correspondientes. A la solicitud se deberá acompañar un informe expedido por el órgano competente en la materia, que acredite la procedencia de la adaptación y la compatibilidad con el desempeño de las funciones que tenga atribuido el puesto o los puestos solicitados. En cualquier caso, la compatibilidad con el desempeño de las funciones propias del puesto de trabajo se valorará teniendo en cuenta las adaptaciones que se puedan realizar en él. 2. El ministerio u organismo al que esté adscrito el puesto de trabajo será el encargado de la valoración, realización y financiación de las adaptaciones necesarias para la incorporación del empleado discapacitado, sin perjuicio de las subvenciones u otro tipo de ayudas que se puedan aplicar a esta finalidad”.

Pero en el recurso de suplicación, después de transcribir el artículo 10 del Real Decreto 2271/2004, de 3 de diciembre, no se argumenta en qué consiste la infracción denunciada, lo que, por sí mismo, es un defecto de inadmisión del motivo.

Añadamos, en todo caso, que si la supuesta infracción se encuentra en la inexistencia formal de solicitud de adaptación con respecto al nuevo puesto de trabajo cae por su propio peso pues lo solicitado por la funcionaria demandante en la vía administrativa no fue la adaptación del concreto puesto de trabajo ocupado

en el momento de la solicitud, sino que "(se) acuerde la adaptación del puesto de trabajo ... sin contacto con alumnos, y en concreto que sea teletrabajo". Y ello es todavía más diáfano a la vista del suplico de la demanda rectora de actuaciones donde lo reclamado es que "se condene a la demandada a adaptar el puesto de trabajo de la actora para el curso 2024". Resulta evidente que la empleadora demandada, no solo tenía constancia de la solicitud de adaptación de la funcionaria demandante con independencia del puesto de trabajo efectivamente ocupado como docente presencial, además era perfectamente conocedora de la situación de salud de la funcionaria demandante.

Y si la supuesta infracción se encuentra en la imposibilidad de adaptación por carga excesiva, ello simplemente nos remite al siguiente motivo, no sin dejar de precisar dos cosas: una, que el artículo 10 del Real Decreto 2271/2004 ni siquiera contempla la imposibilidad de adaptación por carga excesiva pues da por supuesta en todo caso la obligación de adaptación para las administraciones públicas; y otra, que esa norma reglamentaria siempre se deberá aplicar e interpretar atendiendo a la mayor efectividad del derecho a la no discriminación por discapacidad fundamentado en el artículo 14 de la Constitución Española.

NOVENO. En segundo lugar, la empleadora recurrente objeta a la conclusión alcanzada en la sentencia de instancia que, dicho en apretada esencia, si la ineptitud se considerase para todo puesto de trabajo como docente presencial, el informe del servicio de prevención que la juzgadora de instancia ha tomado en consideración en su sentencia la declara "no apta", de donde se deriva (literal) que "si la actora no es apta para el trabajo es claro que no procede la adaptación del puesto ni la estimación de la prestación de servicios en teletrabajo". Pero esto es un razonamiento en bucle pues afirmar que si no es apta nada hay que adaptar, es tanto como decir que por no hacer un ajuste razonable no es apta para llegar a la conclusión de desestimación de la pretensión. En todo caso, lo que se afirma en la sentencia de instancia, en línea con todos los informes médicos y del servicio de prevención, es que la incapacidad es para el puesto de trabajo de docente presencial, no para todo trabajo, de ahí que, si consideramos además que la obligación de adaptación incluye un eventual cambio de puesto si lo hubiere en la empleadora, la conclusión alcanzada en la sentencia de instancia debe ser avalada por la Sala.

También se alega al amparo de esta objeción que el régimen de teletrabajo está "carente de contenido y de concreción de tareas". Pero debemos precisar que la circunstancia de que la persona trabajadora con discapacidad pida una concreta adaptación del trabajo, en ese caso teletrabajo, no significa que sea ella quien lo deba llenar de contenido y definir las tareas a realizar en teletrabajo, sino que esa atribución le corresponde a la empleadora en ejercicio de sus facultades de dirección y organización del trabajo. Que la funcionaria demandante no llene de contenido y defina las tareas del teletrabajo que solicita no es, consiguientemente, motivo de desestimación de su solicitud de teletrabajo.

Otra cosa es que la empleadora, verificada la imposibilidad de llenar de contenido y definir las tareas del teletrabajo solicitado, alegue ser el teletrabajo una carga excesiva, se lo comunique a la trabajadora e incluso, en base a las exigencias de la buena fe, oferte una posible alternativa que, sin resultar carga excesiva, permita la adaptación del puesto de trabajo o un cambio de puesto de trabajo por razones de salud. Nada de esto ha hecho, sin embargo, la aquí empleadora, ni ha verificado si es posible llenar de contenido y definir las tareas del teletrabajo solicitado, ni nada le ha comunicado a la trabajadora al respecto, ofertando en su caso una posible alternativa. La empleadora recurrente simplemente se ha enrocado en que la trabajadora no es apta y, en consecuencia, nada hay que adaptar, y en que no ha dado contenido al teletrabajo solicitado. Motivos ninguno de los cuales se ajusta a la regulación sobre la adaptación del trabajo contemplada en las normas sobre prevención de riesgos laborales aplicables en relación con las normas internacionales, europeas y nacionales aplicables sobre la prohibición de discriminación por causa de discapacidad.

DÉCIMO. Por todo lo antes expuesto, el recurso de suplicación será totalmente desestimado y la sentencia de instancia íntegramente confirmada, tanto por su fallo como por sus propios y atinados fundamentos, que se asumen, con la consiguiente condena de la parte recurrente a las costas del recurso de conformidad con el artículo 235 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social.

FALLAMOS

Desestimando el recurso de suplicación interpuesto por la Xunta de Galicia contra la Sentencia de 19 de agosto de 2024 del Juzgado de lo Social número 2 de Santiago de Compostela, dictada en juicio seguido a instancia de Doña Elvira contra la recurrente, siendo llamado a juicio el Ministerio Fiscal, la Sala la confirma íntegramente, y, en legal consecuencia, condenamos a la recurrente a las costas de la suplicación, cuantificando en 750 euros los honorarios del letrado.

Notifíquese la presente resolución a las partes y al Ministerio Fiscal.

MODO DE IMPUGNACIÓN: Se hace saber a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de Casación para Unificación de Doctrina que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala dentro del improrrogable plazo de diez días hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de la sentencia. Si el recurrente no tuviera la condición de trabajador o beneficiario del régimen público de seguridad social deberá efectuar:

- El depósito de 600 € en la cuenta de 16 dígitos de esta Sala, abierta en el Banco de SANTANDER (BANESTO) con el nº **1552 0000 37 seguida del cuatro dígitos correspondientes al nº del recurso y dos dígitos del año del mismo.**

- Asimismo si hay cantidad de condena deberá consignarla en la misma cuenta, pero con el código **80** en vez del 37 ó bien presentar aval bancario solidario en forma.

- Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria desde una cuenta abierta en cualquier entidad bancaria distinta, habrá que emitirla a la cuenta de veinte dígitos **0049 3569 92 0005001274** y hacer constar en el campo "Observaciones ó Concepto de la transferencia" los 16 dígitos que corresponden al procedimiento (**1552 0000 80 ó 37 **** ++**).

Una vez firme, únase para su constancia en el Rollo que se archivará en este Tribunal, quedando incorporada informáticamente al procedimiento, previa devolución de los autos al Juzgado de lo Social de procedencia.

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

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutelar o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.