Juzgado de lo Social N.º. 1 de Oviedo, Sentencia 273/2021 de 3 Jun. 2021, Rec. 252/2021**Ponente: Muiña Valledor, María del Pilar.****Nº de Sentencia: 273/2021****Nº de Recurso: 252/2021****Jurisdicción: SOCIAL****Diario La Ley, N.º 10013, Sección Jurisprudencia, 18 de Febrero de 2022, Wolters Kluwer**ECLI: *ES:JSO:2021:3185*

Improcedente despido por no entregar el justificante médico que le recomendaba no llevar mascarilla

DESPIDO DISCIPLINARIO. El inspector requiere a la empresa para que los empleados hagan un curso formativo. El trabajador comunica a la empresa que, para poder hacerlo, tendría que ser sin mascarilla por tener un informe médico que le recomienda evitarla por su rinitis alérgica. El despido es improcedente. No ha habido ofensas verbales con su superior, sino que discutió con él cuando le echó de la obra. Y aunque se negó a entregar la información médica para que la empresa la entregase a la inspección, tampoco hubo desobediencia. El empresario no está legitimado para ordenar la entrega de este tipo de documentación sensible. No hubo indisciplina en el trabajo. Estaba amparado en la protección de datos personales y no dio consentimiento, máxime cuando en el informe médico se aludía también a los problemas psiquiátricos del empleado. Es cierto que la empresa se arriesga a la imposición de una sanción si no atiende al requerimiento de la inspección, pero pudo poner fin a la relación laboral por otros cauces.

El Juzgado de lo Social núm. 1 de Oviedo estima en parte la demanda y declara la improcedencia del despido disciplinario.

JDO. DE LO SOCIAL N. 1**OVIEDO****SENTENCIA: 00273/2021**

Autos: Demanda 252/21

SENTENCIA

En la ciudad de Oviedo, a tres de junio del año dos mil veintiuno.

Vistos por D^a María del Pilar Muiña Valledor, Magistrado-Juez del Juzgado de lo Social N.º 1 de Oviedo, los presentes autos seguidos con el número 252/21 siendo demandante D. Laureano representado por el letrado D. Eduardo Rueda García y demandada la empresa New Construalfredo S.L. representada por el graduado social D. Javier Hurlé Mosquera y que versan sobre despido

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día veinticinco de marzo del año dos mil veintiuno se presentó la demanda rectora de los autos de referencia, en la que, tras la alegación de los hechos y fundamentos que se estimaron oportunos se suplica que se

dicte sentencia en la que se deje sin efecto el despido declarando su improcedencia, condenando a la empresa New Construalfredo S.L. a readmitir al actor en su puesto de trabajo y con la categoría profesional que efectivamente venía desempeñando, con abono de los salarios de tramitación dejados de percibir desde su despido hasta su efectiva readmisión incrementados con los intereses del 10% ex artículo 29.3 del Estatuto de los trabajadores (LA LEY 16117/2015) o a su elección bien se le indemnice con la cuantía legalmente establecida para el despido improcedente y con todo lo demás procedente en derecho.

SEGUNDO.- En el acto del juicio celebrado el día dos de junio, la parte demandante se ratificó en sus peticiones, oponiéndose la demandada por las razones que constan en el acta, recibándose el juicio a prueba, practicándose documental y testifical, informando nuevamente las partes en apoyo de sus pretensiones.

TERCERO.- En el presente procedimiento se han observado todas las prescripciones legales.

HECHOS PROBADOS

PRIMERO.- Laureano, 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 3 de agosto de 2.020, ostentando la categoría profesional de peón especialista, percibiendo un salario bruto diario, a efectos indemnizatorios, de 55,06 euros, siendo de aplicación a la relación laboral el convenio colectivo de la construcción del Principado de Asturias.

SEGUNDO.- El actor, que se encuentra diagnosticado de rinitis alérgica paucisintomática, por lo que tiene un informe del servicio de alergología de 7 de agosto de 2.020 que recomienda evitar la mascarilla hasta que sea valorado por el servicio de psiquiatría, realizó los siguientes cursos, de los que facilitó copia a la empresa:

- Un curso online de prevención de riesgos laborales de 60 horas de duración, expidiéndose el certificado el 26 de marzo de 2.014
- Un curso de formación sobre espacios confinados, de 5 horas de duración, impartido por la Escuela de seguridad de SGS el día 25 de abril de 2.016
- Un curso de formación sobre extinción de incendios y primeros auxilios impartido por la Escuela de seguridad de SGS el día 26 de abril de 2.016, de 7 horas de duración.
- Un curso de formación de trabajos en altura de 6 horas de duración impartido por la Escuela de Seguridad de SGS el día 27 de abril de 2.016
- Un curso de formación Atex implantación del documento de protección contra explosiones, de 5 horas de duración, impartido por la Escuela de seguridad de SGS el día 22 de abril de 2.016.

TERCERO.- El día 11 de febrero de 2.011 se realiza por la Inspección de trabajo visita a la obra que estaba realizando la empresa en la calle Víctor Chavarrí nº 2 de Oviedo, requiriendo a la empresa para que le facilitase determinada documentación, que fue remitida al subinspector de trabajo el día 15 de febrero de 2.021. Una vez examinada la misma, el día 16 de febrero de 2.021 el subinspector de trabajo realiza a la empresa requerimiento en materia de prevención de riesgos laborales, copia del mismo obra unido a su ramo de prueba dándose su contenido por íntegramente reproducido, recogándose, en lo que aquí interesa, dentro de los hechos constatados, en el apartado cuarto, que la empresa no acredita la formación en materia de prevención de riesgos laborales del oficio según el VI Convenio colectivo general del sector de la construcción. Entendía el subinspector que ello suponía un incumplimiento del artículo 19 de la Ley de prevención de riesgos laborales (LA LEY 3838/1995) y del capítulo III del Título III del Libro segundo del VI Convenio colectivo general del sector de la construcción, infracción que se encontraba tipificada y calificada como grave en el artículo 12.8 del Texto refundido de la Ley de infracciones y sanciones en el orden social (LA LEY 2611/2000) y se requería a la empresa para acreditar la formación de oficio de los trabajadores según el VI Convenio colectivo general del sector de la construcción, siendo el plazo de subsanación inmediato.

CUARTO.- Una vez recibido el anterior requerimiento, la asesora laboral de la empresa se puso en contacto con la empresa y el servicio de prevención, organizando un curso presencial, de albañilería, a realizar entre el día 25 de febrero y el 3 de marzo de 2.015, para trabajadores de la empresa entre los que se incluía el actor.

Cuando se comunicó al actor que debía realizar ese curso, dijo que si lo hacía tenía que ser sin mascarilla. Esa

circunstancia se comunicó al servicio de prevención que manifestó que en tales circunstancias el trabajador no podía acudir al curso.

Se decidió remitir correo al subinspector comunicando la imposibilidad del trabajador de realizar el curso al no poder utilizar mascarilla, por lo que la empresa le requirió que le facilitase los informes médicos o certificado en los que constase que no podía utilizar la mascarilla, colgando el trabajador el teléfono. Tras ello es la asesora laboral de la empresa la que se pone en contacto con el demandante, manifestándole que tenía que explicar ante el servicio de prevención porque no podía utilizar la mascarilla, contestando el actor que disponía de certificado que le eximía de su uso y que si tenía algún problema a ella no le importaba, volviendo a requerirle que le facilitase el certificado que sólo era para remitir al inspector de trabajo para solicitar un aplazamiento de la formación, contestándole que no tenía que hacérselo llegar porque contenía datos protegidos.

El día 23 de febrero de 2.021, cuando se encontraban en la obra, se le manifestó por el empresario que al no poder utilizar la mascarilla y no poseer la formación tenía que dejar de trabajar, comenzando una discusión entre los dos. Tras ello el actor acudió a la Mutua por crisis de ansiedad y tensión arterial elevada, administrándosele una ampolla de Valium intramuscular con disminución del nivel de ansiedad pero persistencia de síntomas, siendo derivado al HUCA para valoración y estabilización. En ese centro fue diagnosticado de trastorno de personalidad no especificado, recomendándose cita preferente en el centro de salud mental.

Inició situación de incapacidad temporal, derivada de enfermedad común, con el diagnóstico de crisis/ataque de ansiedad, el día 24 de febrero de 2.021, situación en la que se encuentra en el momento actual.

QUINTO.- El día 24 de febrero de 2.021 la empresa le envía burofax en los siguientes términos "Muy Sr. nuestro:

A través del presente escrito, le comunicamos que, la Dirección de la empresa se ha encontrado en la obligación de prescindir de sus servicios y proceder a extinguir su contrato de trabajo de manera unilateral y por decisión de despido disciplinario con efectos del día 24 de febrero de 2021.

Todo ello conforme a lo preceptuado en el artículo 54 apartado 2 letras b) y c) del Estatuto de los Trabajadores (LA LEY 16117/2015), por los motivos que a continuación se detallan:

"Tras detectar que los cursos facilitados por usted no estaban homologados, al ser solicitados por un inspector de seguridad, en la mañana de ayer, nos ponemos en contacto con usted para informarle de la inscripción en un curso de 20 horas de albañilería, obligatorio para trabajar en el sector de la construcción, en la empresa de prevención ADC Prevención situada en Doctor Casal nº 12 de Oviedo.

Al citado curso estaban inscritos usted y 6 trabajadores más de nuestra empresa.

Cuando se le indica que tiene la obligación de hacer ese curso, nos comenta que no puede acceder con mascarilla al desarrollo del curso, puesto que tiene un problema médico y por tanto justificante del facultativo que le exime del uso de la misma.

Tras comentar el caso con el Servicio de Prevención Ajeno, éste nos comenta que no van a poner en riesgo al resto de trabajadores que van a recibir el curso ni a ellos mismos, pero que les haga llegar el justificante del facultativo donde lo exime de llevar mascarilla, para hacerlo llegar al inspector de seguridad y explicarle que se va posponer su realización hasta encontrar una solución óptima para todos.

Una vez que se le solicita el justificante, de malos modos, se niega en todo momento a facilitar el justificante médico a ningún representante de la empresa, ni al servicio de prevención ni a nadie, no dándonos otra opción que la de que abandone la obra al carecer de formación adecuada exigida en el Convenio Colectivo de la Construcción del Principado de Asturias y al entender que está poniendo en peligro la seguridad del resto de compañeros de trabajo.

En el momento en que se le indican esos hechos, se altera de una forma incomprensible, y abandona su puesto de trabajo sin previo aviso no contestando a las llamadas telefónicas del empleador.

Tal comportamiento lo llevó a cabo con el resto de trabajadores presentes, quedando sorprendidos de su reacción, dando una imagen poco seria de nuestra empresa, perdiendo toda credibilidad del gerente delante de sus empleados.

Corno podrá comprender tales hechos son de un incumplimiento contractual grave y culpable, tipificados como causa de despido en el art. 54, apartado 2, letra b) y c) del R.D. Leg. 1/1995, de 24 de marzo (LA LEY 1270/1995) por el

que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (LA LEY 16117/2015).

Con esta fecha ponemos a su disposición la liquidación y finiquito en nuestras dependencias. Con la firma de la presente notificación, el trabajador reconoce la veracidad de tales hechos.

A esta Dirección de la empresa no le consta que el trabajador se halle afiliado a algún sindicato, por lo que no se ha dado audiencia a los Delegados Sindicales".

SEXTO.- El actor no es ni ha sido representante de los trabajadores.

SEPTIMO.- Se celebró acto de conciliación el día veintidós de marzo del año dos mil veintiuno terminando con el resultado de sin avenencia.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- Impugna el actor el despido de que fue objeto el día 24 de febrero del año 2.021 negando que haya incurrido en los incumplimientos que se le imputan, por lo que pretende que se declare la improcedencia del mismo. A tal pretensión se opone la parte demandada, ratificándose en la carta de despido, pues fue el trabajador el que se negó a realizar el curso de formación que era obligatorio en virtud del requerimiento efectuado por la inspección de trabajo y se negó a facilitar ningún justificante que le eximiera del uso de la mascarilla, alterándose de forma incomprensible cuando se le comunicó que debía abandonar la obra, ausentándose de la misma sin responder a las llamadas del empresario.

SEGUNDO.- El artículo 54 del Estatuto de los trabajadores (LA LEY 16117/2015) exige para la imposición de la máxima sanción cual es el despido, la existencia de un incumplimiento contractual, grave y culpable, entendiéndose por tal aquel que se produce en el marco de una relación de trabajo, es decir, que se trate de un incumplimiento de las obligaciones que deriven de la relación laboral, que sea grave, es decir, que perjudique al empresario de manera excesivamente onerosa, debiendo atenderse a las circunstancias concurrentes y cuidando de que exista una proporción entre los hechos y la sanción que se impone y finalmente que sea culpable, en el sentido de que sea imputable al trabajador bien por dolo, negligencia o culpa, sin que sea preciso que se trate de un deliberado acto de voluntad del trabajador. Dentro de las causas explicitadas en tal precepto se alude en el apartado b) a la indisciplina o desobediencia en el trabajo y en el c) a las ofensas verbales o físicas al empresario o a las personas que trabajan en la empresa o a los familiares que convivan con ellos. Por otro lado, hemos de tener en cuenta que el artículo 105 de la Ley reguladora de la jurisdicción social (LA LEY 19110/2011) establece que al empresario corresponde probar la veracidad de los hechos imputados en la carta de despido y que para justificar el despido no se le admitirán otros motivos distintos de los contenidos en la comunicación escrita de dicho despido.

TERCERO.- Por ello, a la vista de lo anterior, hemos de analizar cuáles son las causas que alega el empresario para proceder al despido. Se le imputa una indisciplina o desobediencia en el trabajo y ofensas verbales o físicas al empresario o a los compañeros. Los hechos que se detallan en la carta, que son los únicos que pueden justificar el despido, son, por un lado, que *les comunicó que no podía realizar un curso de formación con mascarilla y que tenía un justificante médico, negarse a entregar éste y alterarse de forma incomprensible cuando se le comunica que tiene que abandonar la obra, ausentándose de la misma. De la prueba testifical y documental practicada en el acto del juicio se ha acreditado que, efectivamente, la empresa fue requerida por la Inspección de trabajo para que actualizase la formación de sus trabajadores pues no cumplía los requisitos previstos en el convenio colectivo del sector de la construcción, que la empresa organizó un curso de albañilería para cumplir ese requerimiento y que, cuando se le comunicó al demandante que debía asistir al mismo les manifestó que tenía que hacerlo sin mascarilla, pues tenía un justificante médico que eximía de su utilización. Tras poner tal circunstancias en conocimiento del servicio de prevención, éste entiende que no puede acudir al curso sin mascarilla pues se pone en riesgo al resto de compañeros y personal formador, por lo que, con la finalidad de justificar ante la inspección la falta de realización del curso por parte del actor, se decide solicitarle a éste el informe médico en el que conste que no tiene obligación de utilizarla, negándose el actor a entregar ese informe, y, sufriendo una crisis de ansiedad el día 23 de febrero cuando por tal circunstancia el empresario le comunique que abandone la obra, discutiendo con él.*

Pues bien, siendo esos los hechos probados, es evidente que *el actor en ningún momento incurrió en la causa de despido prevista en el artículo 54.c) del Estatuto de los trabajadores (LA LEY 16117/2015). En la carta de despido no se recoge ninguna ofensa física o verbal al empresario o a los compañeros, lo único que se recoge es que se alteró*

de forma incomprensible y se ausentó del trabajo, pero en ningún momento se recoge que haya insultado o vejado al empresario. Si que el propio trabajador reconoce en el Hospital Central de Asturias, dónde fue derivado desde la Mutua por la crisis de ansiedad que sufrió, que discutió con el empresario y que presentaba síntomas de heteroagresividad, pero ni en la carta se detalla la existencia de ofensas ni en el acto del juicio se han probado las mismas, por lo que tratándose de una discusión mutuamente aceptada, que parece ser lo que existió, tampoco es causa de despido. Se alude en la comunicación que se ausentó de la obra sin dar explicaciones, pero consta acreditado que el actor sufrió una crisis de ansiedad y un aumento de la tensión arterial, siendo preciso inyectarle Valium que calmó la crisis pero no logró que desapareciera y, posteriormente, acudir al servicio especializado del Hospital Central de Asturias, de ahí que no haya contestado a las llamadas del empresario. Por tanto, en modo alguno incurrió en la causa de despido imputada.

CUARTO.- *E, igualmente, tampoco incurrió en la segunda causa imputada. El apartado b) del artículo 54 alude a indisciplina o desobediencia en el trabajo. En este caso, lo único probado, como ya quedó analizado, es que se negó a facilitar un justificante médico al empresario en el que constase que estaba exento de portar mascarilla. Y ello porque en ningún momento, y así consta en la propia carta de despido, se negó a realizar el curso, sino que manifestó que acudiría sin mascarilla, y, además, consta acreditado que tenía un justificante médico, del servicio de alergología, que le recomendaba no utilizar mascarilla hasta que fuese examinado definitivamente por el servicio de psiquiatría, al presentar una rinitis alérgica que según el propio trabajador le impedía respirar con la mascarilla. Por tanto, el actor no se negó a realizar el curso y tenía un justificante médico que le eximía de utilizar la mascarilla, de ahí que lo narrado era correcto. Ello nos exige analizar si el hecho de no entregar ese justificante a la empresa o a la asesora laboral de la misma, que fue la que terminó requiriéndolo, supone una desobediencia o una indisciplina en el trabajo. Y es evidente que no lo es porque la orden de entregar esa documentación, aunque fuese únicamente para trasladarla al inspector de trabajo como mantiene Coro, no era lícita, pues el empresario no se encuentra legitimado para solicitar ese tipo de documentación, por lo que en ningún momento desobedeció una orden de trabajo o realizó un acto de indisciplina. El artículo 4.2 e) del Estatuto de los trabajadores (LA LEY 16117/2015) establece como uno de los derechos de los trabajadores el respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad, comprendida la protección frente al acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, y frente al acoso sexual y al acoso por razón de sexo y el artículo 22 de la Ley de prevención de riesgos laborales (LA LEY 3838/1995) establece que las medidas de vigilancia y control de la salud de los trabajadores se llevarán a cabo respetando siempre el derecho a la intimidad y a la dignidad de la persona del trabajador y la confidencialidad de toda la información relacionada con su estado de salud y que el acceso a la información médica de carácter personal se limitará al personal médico y a las autoridades sanitarias que lleven a cabo la vigilancia de la salud de los trabajadores, sin que pueda facilitarse al empresario o a otras personas sin consentimiento expreso del trabajador. Pues bien, en este caso, el actor no prestó consentimiento para facilitar esos datos, así lo reconoce la asesora de la empresa, que manifestó que le dijo que no le entregaba el justificante médico porque estaba amparado por la protección de datos, debiendo respetarse esa decisión pues se tratan de datos especialmente sensibles que precisan ese consentimiento expreso, pues en el informe médico dónde se recogía esa exención de la utilización de la mascarilla se aludía a los problemas psiquiátricos del actor. Por tanto, si el actor no consiente en la entrega de esa documentación médica la empresa no tiene derecho a acceder a ella, por lo que si se trata de documentación que no puede exigir, el actor, cuando se niega a entregarla, no está desobedeciendo ninguna orden. Por tanto, no constituyendo el comportamiento del actor los incumplimientos imputados por el actor, el despido no es ajustado a derecho. Debe tenerse en cuenta que incluso atendiendo a la tipificación de faltas que realiza el convenio colectivo de aplicación, nos encontraríamos ante faltas graves que en ningún momento tienen prevista como sanción el despido. Ciertamente es que el comportamiento del actor impide a la empresa cumplir el requerimiento efectuado por la inspección y se arriesga a la imposición de una sanción por falta grave, pero para evitar tal consecuencia debió la empresa proceder a otros cauces para poner fin a la relación laboral de los establecidos en el ordenamiento jurídico laboral, como podía ser un despido por ineptitud sobrevinida si el actor carece de la formación exigida para realizar su actividad al no ser válida la realizada online como mantiene Iván, pero en modo alguno puede proceder a un despido disciplinario pues no incurrió en ninguna de las causas de despido que se le imputan en la carta. Por todo lo expuesto, procede declarar la improcedencia del despido con los efectos que prevé el artículo 56 del Estatuto de los trabajadores (LA LEY 16117/2015), esto es, que corresponda a la empresa optar entre readmitir al trabajador, en cuyo caso deberá abonarle los salarios de tramitación a excepción del*

periodo que haya permanecido en situación de incapacidad temporal, salarios que en todo caso no generarían el interés por mora reclamado pues tienen naturaleza indemnizatoria, o abonarle una indemnización de 33 días de salario por año de servicio, siendo el salario modulo día el de 55,06 euros que es el promedio de lo percibido en los últimos seis meses al percibir retribuciones variables, que asciende, en el caso de ser esa la opción ejercitada, a 1.059,90 euros.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación

FALLO

Que estimando parcialmente la demanda formulada por D. Laureano contra la empresa New Construalfredo S.L. debo declarar y declaro improcedente el despido del actor efectuado por la empresa demandada con fecha 24 de febrero del año 2.021, y, en consecuencia, condeno a la empresa demandada a que en el plazo de cinco días desde la notificación de la presente sentencia opte entre readmitir al trabajador o abonarle una indemnización de mil cincuenta y nueve euros con noventa céntimos (1.059,90 euros) y en el caso de que se opte por la readmisión con el abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la notificación de la sentencia, a excepción del período que haya permanecido en situación de incapacidad temporal, a razón de un salario diario de 55,06 euros con la advertencia que, de no optar expresamente, se entenderá que procede la readmisión.

Contra esta sentencia cabe interponer recurso de suplicación ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias, recurso de suplicación que ha de ser anunciado en los cinco días siguientes a la notificación de la misma. Adviértase igualmente al recurrente que no fuera trabajador o beneficiario del régimen público de seguridad social, o causahabiente suyos, o no tenga reconocido el beneficio de justicia gratuita, que deberá depositar la cantidad de 300 euros en la cuenta abierta en Banco de Santander a nombre de este Juzgado con el número 3358/0000/65 y número de procedimiento 0252/21 acreditándolo mediante la presentación del justificante de ingreso en el momento del anuncio así como, en el caso de haber sido condenado en sentencia al pago de alguna cantidad, consignar en la cuenta de depósitos y consignaciones abierta en Banco de Santander a nombre de este juzgado, con el nº 3358/0000/65 y número de procedimiento 0252/21 la cantidad objeto de condena, o formalizar aval bancario por dicha cantidad en el que se haga constar la responsabilidad solidaria del avalista, incorporándose los a este Juzgado con el anuncio de recurso. En todo caso el recurrente deberá designar letrado o graduado social colegiado para la tramitación del recurso al momento de anunciarlo.

Así por esta mi Sentencia lo pronuncio, mando y firmo.