



Roj: **STSJ EXT 182/2013 - ECLI: ES:TSJEXT:2013:182**

Id Cendoj: **10037340012013100039**

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

Sede: **Cáceres**

Sección: **1**

Fecha: **05/02/2013**

Nº de Recurso: **605/2012**

Nº de Resolución: **44/2013**

Procedimiento: **RECURSO SUPPLICACION**

Ponente: **ALICIA CANO MURILLO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.J.EXTREMADURA SALA SOCIAL

CACERES

SENTENCIA: 00044/2013

T.S.J.EXTREMADURA SALA SOCIALCACERES

C/PEÑA S/Nº (TFNº 927 620 236 FAX 927 620 246)CACERES

Tfno: 927 62 02 36-37-42

Fax:927 62 02 46

NIG: 10037 44 4 2012 0000981

402250

TIPO Y Nº DE RECURSO: RECURSO SUPPLICACION 0000605 /2012

JUZGADO DE ORIGEN/AUTOS: DEMANDA 0000473 /2012 JDO. DE LO SOCIAL nº 001 de CACERES

Recurrente/s: Benedicto

Abogado/a: VERÓNICA RINCÓN SIMÓN

Procurador/a:

Graduado/a Social:

Recurrido/s: SERRAMAR VIGILANCIA Y SEGURIDAD,S.L.

Abogado/a: JESUS NAGORE ENCABO

Procurador/a:

Graduado/a Social:

ILMOS. SRES.

D. PEDRO BRAVO GUTIÉRREZ.

Dª. ALICIA CANO MURILLO.

Dª. MANUELA ESLAVA RODRÍGUEZ.

En CÁCERES, a cinco de Febrero de dos mil trece.

Tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, la Sala de lo Social del T.S.J. EXTREMADURA, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española ,

EN NO MBRE DE S.M. EL REY

**Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE****EL PUEBLO ESPAÑOL**

ha dictado la siguiente

SENTENCIA N° 44

En el RECURSO SUPPLICACIÓN 605/2012, interpuesto por la Sra. Letrada D^a VERÓNICA RINCÓN SIMÓN, en nombre y representación de D. Benedicto , contra la sentencia número 284/12 dictada por el JUZGADO DE LO SOCIAL N. 1 de CÁCERES en el procedimiento DEMANDA 473/2012, seguido a instancia del mismo recurrente, frente a SERRAMAR VIGILANCIA Y SEGURIDAD, S.L., parte representada por el Sr. letrado D. JESÚS NAGORE ENCABO, sobre DESPIDO DISCIPLINARIO, siendo Magistrado-Ponente la Ilma. Sra. D^a ALICIA CANO MURILLO.

De las actuaciones se deducen los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: D. Benedicto , presentó demanda contra SERRAMAR VIGILANCIA Y SEGURIDAD, S.L., siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia número 284, de fecha treinta y uno de Octubre de dos mil doce

SEGUNDO: En la sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos expresamente declarados probados: "1º.- El demandante en el presente procedimiento Benedicto , venía desempeñando sus servicios para la empresa SERRAMAR SEGURIDAD SL desde el día 1 de enero de 1999 realizando las funciones de categoría profesional de vigilante de seguridad con unas retribuciones mensuales incluido el prorrateo de las pagas extraordinarias de 1206, 69. La empresa ejerce su actividad en el ámbito del convenio colectivo de empresas de seguridad. 2º.- Con fecha 9 de julio de 2012 la empresa demandada remite comunicación escrita al trabajador por la cual le participa su despido por las razones y en los términos que constan en la misma y que designa como documento 14 de los autos cuyo tenor se tiene aquí pro reproducido. 3º.- Con fecha 24 de julio de 2012 resulta intentada sin efecto la conciliación instada ante el UMAC por el demandante con fecha 13 de julio de 2012. 4º.- El trabajador no es ni ha sido representante legal de los trabajadores. 5º.- El actor tenía asignado corrientemente un puesto en Cáceres, la localidad de su residencia pero, al menguar la plantilla que atendía el servicio, se vio obligado asignarle uno disponible en Mérida. Ulteriormente, al necesitarse el concurso de la empresa vigilando una obra en Cáceres, fue requerido al efecto. El cliente de la obra en cuestión, exigía que todos los vigilantes de seguridad tuviesen pasado el oportuno reconocimiento médico. 6º.- En atención a ello, la empresa demandada avisó cuatro o cinco veces al actor, la primera el 6 de julio de 2012, para que acudiera a los servicios de MC Mutual, que es con quien aquella tenía concertada tal labor. Los expertos en medicina del trabajo someterían al actor a las pruebas rutinarias, por las que pasan todos los obreros, y que están llamadas a descartar la exposición a riesgos que pongan en peligro su salud. El demandante se negó reiteradas veces a someterse al citado reconocimiento, no obstante, acudió a su médico de cabecera que le hizo un informe que declaraba que no estaba afecto de enfermedad infectocontagiosa, ni mental y que estaba capacitado para hacer su trabajo de vigilante de seguridad. 7º.- La empresa que contrató el servicio de vigilancia, resuelve los contratos concertados con aquellas que no den cumplimiento a la necesidad de acreditar que los empleados aplicados a las tareas de vigilancia hayan superado el examen en cuestión. El actor debía vigilar, en solitario, las instalaciones, en un lugar despoblado y a horas nocturnas."

TERCERO: En la sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva: "DESESTIMANDO la demanda interpuesta por Benedicto contra SERRAMAR SEGURIDAD SL y en virtud de lo que antecede, absuelvo al último de todos los pedimentos que contra él se formulan pro entender procedente el despido efectuado, con todos los efectos legales inherentes a este pronunciamiento."

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

QUINTO: Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en esta SALA en fecha 14-12-12.

SEXTO: Admitido a trámite el recurso se señaló el día 24-1-13 para los actos de deliberación, votación y fallo.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO



PRIMERO: La sentencia de instancia desestima la demanda interpuesta por el trabajador por considerar procedente el despido decidido por la demandada, en fecha 9 de julio de 2012, convalidando la extinción de la relación laboral que aquél produjo, sin derecho a indemnización ni a salarios de tramitación. Frente a dicha decisión se alza el vencido, interponiendo el presente recurso de suplicación y, en un primer motivo de recurso, con amparo procesal en el apartado b) del artículo 193 de la Ley 36/2012 de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social, interesa la revisión del relato fáctico declarado probado, en concreto propone una completa y nueva redacción de los ordinales quinto, sexto y séptimo, según su personal entender y sin señalar documento o pericia alguna que tal sustente.

Y es obvio que tal pretensión no puede prosperar, pues tal y como viene vienes exigiéndose jurisprudencialmente, para el éxito de las pretensiones dedicadas a la reforma fáctica, la doctrina de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo plasmada en sentencias de 11 de junio de 1993, 15 y 26 de julio y 26 de septiembre de 1995, 2 y 11 de noviembre de 1998, 2 de febrero de 2000, 24 de octubre de 2002 y 12 de mayo de 2003, ha venido declarando que es preciso para que prospere al revisión fáctica (aún razonando en clave de recurso de casación, mas aplicable al recurso de suplicación): "1º.- Que se citen documentos concretos de los que obren en autos que demuestren de manera directa y evidente la equivocación del juzgador, cuando tales pruebas no resulten contradichas por otros elementos probatorios unidos al proceso. 2º.- En segundo lugar, que se señale por la parte recurrente el punto específico del contenido de cada documento que ponga de relieve el error denunciado. 3º.- Que la modificación propuesta incida sobre la solución del litigio, esto es, que sea capaz de alterar el sentido del fallo de la resolución recurrida. 4º.- que se identifiquen de manera concreta los hechos probados cuya revisión se pretende, para modificarlos, suprimirlos o adicionarlos con extremos nuevos, y al mismo tiempo ha de proponerse la redacción definitiva para los hechos modificados" (En el mismo sentido sentencia del Tribunal Supremo de 24 de junio de 2008). Y también, en lo que respecta a la forma de efectuar la revisión fáctica, de la doctrina de suplicación, al igual que la del Tribunal Supremo, sentada en relación a esta función jurisdiccional, puede desprenderse una serie de «reglas básicas», cuya finalidad es evitar que la discrecionalidad judicial se extralimite hasta el punto de transformar el recurso excepcional de suplicación en una segunda instancia. Estas «reglas» las podemos compendiar del siguiente modo:

1º) La revisión de hechos no faculta al tribunal a efectuar una nueva valoración global y conjunta de la prueba practicada, sino que la misma debe operar sobre la prueba documental alegada que demuestre patentemente el error de hecho.

2º) No es posible admitir la revisión fáctica de la sentencia impugnada con base en las mismas pruebas que la sirvieron de fundamento, en cuanto no es aceptable sustituir la percepción que de ellas hizo el juzgador, por un juicio valorativo personal y subjetivo de la parte interesada (SSTS 16 de diciembre de 1967, 18 y 27 de marzo de 1968, 8 y 30 de junio de 1978, 6 de mayo de 1985 y 5 de junio de 1995).

3º) En el supuesto de documento o documentos contradictorios y en la medida que de ellos puedan extraerse conclusiones contrarias e incompatibles, debe prevalecer la solución fáctica realizada por el juez o Tribunal de Instancia, órgano judicial soberano para la apreciación de la prueba (SSTC 44/1989, de 20 de febrero y 24/1990, de 15 de febrero, con la salvedad de que su libre apreciación sea razonable (SSTS 10 de marzo de 1980, 30 de octubre de 1991, 22 de mayo y 16 de diciembre de 1993 y 10 de marzo de 1994).

4º) La revisión fáctica no puede sustentarse en medios de prueba que no sean la prueba documental pública o privada en el sentido ya expuesto, y la pericial (artículo 191.b) y 194 de la Ley de Procedimiento Laboral), tal y como ha puesto de relieve el Tribunal Supremo en sentencias de 10 de febrero y 6 de noviembre de 1990, en relación a la prueba testifical y la de confesión judicial, en la que se incluye el supuesto del artículo 94.2 de la Ley de Procedimiento Laboral (en la actualidad artículos 193b), 196 y 94.2 de la LRJS).

Dicha doctrina viene aderezada, en la citada sentencia de 24 de junio de 2008 con el recordatorio de que el presente recurso no es el ordinario de apelación, sino el extraordinario de casación, aplicable tal naturaleza al de suplicación, reiterando en términos más concretos para solventar el supuesto que allí se sometía a su consideración, que en este tipo de recursos y inconcreto en lo que respecta a la revisión fáctica, el error de hecho ha de ser evidente y fluir, derivarse y patentizarse por prueba pericial o documental eficaz y eficiente, sin necesidad de acudir a deducciones más o menos lógicas o razonables, pues dado el carácter extraordinario del recurso de suplicación y de que no se trata de una segunda instancia, no cabe llevar a cabo un análisis de la prueba practicada con una nueva valoración de la totalidad de los elementos probatorios, pues ello supondría, en definitiva, sustituir el criterio objetivo del Juzgador de instancia -que aprecia "los elementos de convicción" (artículo 97.2 de la Ley de Procedimiento Laboral, actual LRJS), concepto más extenso que el de medios de prueba, pues no sólo abarca a los que enumera el artículo 299 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sino también el comportamiento de las partes en el transcurso del proceso e incluso sus omisiones-, por el de la parte, lógicamente parcial e interesado, lo que es inaceptable al suponer un desplazamiento en la función



de enjuiciar que tanto el artículo 2.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial como el artículo 117.3 de nuestra Constitución otorgan en exclusiva a los Jueces y Tribunales".

Y es que en el supuesto examinado, como hemos adelantado, el recurrente no cita prueba alguna que sustente la revisión que pretende, limitándose pura y simplemente a ofrecer la redacción que estima por conveniente.

SEGUNDO: En un segundo motivo de recurso, que dice se articula al amparo del derogado artículo 191, apartado b) de la Ley de Procedimiento Laboral al igual que el anterior, que ha de entenderse referido al apartado b) del artículo 193 de la LRJS, denuncia error en la valoración de la prueba, error que sustenta en haber otorgado mayor credibilidad a lo declarado por la Empresa, pues los testigos que depusieron en el acto de la vista eran el Jefe de Servicio y el Gerente de la misma, que a la prueba obrante en autos, con la que frontalmente chocan los testimonios de ambos, ofreciendo las explicaciones que estima por conveniente, y considerando, en definitiva, que tiene mayor valor la declaración del actor que la del Jefe de Servicio y Gerente de la Empresa. Tal denuncia no puede prosperar no sólo por lo expuesto en el precedente fundamento de derecho, teniendo en cuenta que ni prueba testifical ni el interrogatorio de parte es prueba hábil a los efectos revisorios, sino por cuanto que tal y como se pronuncia la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de fecha 12 de mayo de 2008, RC 81/2007, "...la valoración de la prueba es cometido exclusivo del Juez o Tribunal que presidió el juicio, el cual deberá determinar qué hechos alegados por las partes, de interés para la resolución del pleito, han quedado ó no acreditadas a fin de declararlas o no probadas y esta valoración la lleva a cabo el juzgador libremente, apreciando toda la prueba en su conjunto sin otras limitaciones que las derivadas de la "sana critica" (arts. 316, 348, 376 y 382 de la LEC), esto es, sin llegar a conclusiones totalmente ilógicas ó absurdas. La libre facultad del juzgador para valorar la prueba con arreglo a la "sana critica" únicamente se ve constreñida por las reglas legales de valoración establecidas para pruebas concretas (arts. 1218 y 1225 del Código Civil, 319.1 y 2, y 326.1 de la LEC, respecto de los documentos, según sean públicos, privados ó administrativos), no siendo este el caso de autos". En el mismo sentido cabe citar la sentencia del Alto Tribunal de 25 de enero de 2012, que nos enseña <<.....lo que realmente se plantea por el recurrente es la propia valoración de la prueba -habiéndose practicado además de la documental, la testifical - desarticulándola, para dar prevalencia a unos elementos sobre otros, y como ya tuvo ocasión de señalar esta Sala en su sentencia de 7 de marzo de 2003 (rec. casación 96/2002), recogiendo lo afirmado en las sentencias de 3 de mayo de 2001 y 10 de febrero de 2002 (Recursos 2080/00 y 881/01), con esta forma de articular el motivo que nos ocupa "Claramente se conculca la doctrina de esta Sala (Sentencias de 26 de septiembre de 1995 y 24 de mayo de 2000 entre otras muchas... (pues)... esta forma de proceder lo que está tratando de conseguir es que esta Sala lleve a cabo una nueva valoración de la prueba (obteniendo, naturalmente, consecuencias distintas de las que aparecen plasmadas en el relato histórico de la sentencia recurrida), como si el presente recurso no fuera el extraordinario de casación sino el ordinario de apelación, y olvidando también que en el proceso laboral la valoración de la prueba en toda su amplitud únicamente viene atribuida por el art. 97.3 del invocado Texto procesal al juzgador de instancia (en este caso a la Sala `a quo"), por ser quien ha tenido plena intermediación en su práctica">>.

TERCERO: En los motivos tercero y cuarto, el disconforme, sin acogerse a apartado alguno del artículo 193 de la LRJS efectúa una serie de razonamientos, citando los artículos 51 del Convenio Estatal de Empresas de Seguridad en relación con el artículo 22 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, así como el Real Decreto 2487/1998 que regula la acreditación de la aptitud psicofísica necesaria para tener y usar armas y prestar servicios de seguridad privada, sobre la base de unos hechos contrarios a los que constan declarados probados, que viene a impedir que tales denuncias prosperen. Y en cuanto a esta última cita, por el que se regula la acreditación de la aptitud psicofísica necesaria para tener y usar armas y para prestar servicios de seguridad privada, viene a resultar que conforme a su Artículo 8, "Los informes de aptitud psicofísica, regulados en el presente Real Decreto, tendrán un plazo de vigencia, a efectos de eficacia procedimental, de tres meses, a contar desde la fecha de su expedición, durante los cuales podrán ser utilizados, mediante duplicado, copia compulsada o certificación, en cualesquiera procedimientos administrativos que se inicien en el indicado plazo", y en el supuesto analizado ignoramos cuando fue extendido el informe de aptitud psicofísica, con lo que ninguna incidencia puede tener en el supuesto analizado.

Partiendo del tenor del artículo 22 de la Ley 31/1995 y del artículo 51 del Convenio Colectivo, que disponen, el último:

"Conforme a lo establecido en el art. 22 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, las empresas garantizarán a sus trabajadores la vigilancia periódica de su estado de salud, en función de los riesgos inherentes al trabajo.

Los reconocimientos médicos serán de carácter voluntario, sin menoscabo de la realización de otros reconocimientos, con carácter obligatorio, y previo informe de los representantes de los trabajadores, cuando existan disposiciones legales específicas, o cuando estos sean necesarios para evaluar los efectos de las



condiciones de trabajo sobre la salud de los trabajadores, o para verificar si el estado de salud del trabajador puede constituir un peligro para el mismo, para los demás trabajadores, o para otras personas. La periodicidad de los reconocimientos médicos será de acuerdo con los protocolos médicos del Servicio de Prevención-Vigilancia de la salud, teniendo en cuenta el puesto de trabajo correspondiente".

Y el primero, "1. El empresario garantizará a los trabajadores a su servicio la vigilancia periódica de su estado de salud en función de los riesgos inherentes al trabajo.

Esta vigilancia sólo podrá llevarse a cabo cuando el trabajador preste su consentimiento. De este carácter voluntario sólo se exceptuarán, previo informe de los representantes de los trabajadores, los supuestos en los que la realización de los reconocimientos sea imprescindible para evaluar los efectos de las condiciones de trabajo sobre la salud de los trabajadores o para verificar si el estado de salud del trabajador puede constituir un peligro para el mismo, para los demás trabajadores o para otras personas relacionadas con la empresa o cuando así esté establecido en una disposición legal en relación con la protección de riesgos específicos y actividades de especial peligrosidad.

En todo caso se deberá optar por la realización de aquellos reconocimientos o pruebas que causen las menores molestias al trabajador y que sean proporcionales al riesgo.

2. 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.

3. Los resultados de la vigilancia a que se refiere el apartado anterior serán comunicados a los trabajadores afectados.

4. Los datos relativos a la vigilancia de la salud de los trabajadores no podrán ser usados con fines discriminatorios ni en perjuicio del trabajador".

Pues bien, teniendo en cuenta los preceptos expuestos, conforme al inalterado relato fáctico declarado probado viene a resultar que el demandante es vigilante de seguridad, y tenía que desempeñar su trabajo (hecho probado quinto de la sentencia requerida), en una obra sita en Cáceres, en la que debía vigilar, en solitario, las instalaciones, en un lugar despoblado y a horas nocturnas, siendo que el dueño de dicha obra resuelve los contratos concertados con aquéllas que no den cumplimiento a la necesidad de acreditar que los empleados aplicados a las tareas de vigilancia hayan superado el oportuno reconocimiento médico (hecho probado séptimo). Siendo ello así, la sentencia de instancia declara probado en el ordinal sexto que " En atención a ello, la empresa demandada avisó cuatro o cinco veces al actor, la primera el 6 de julio de 2012, para que acudiera a los servicios de MC Mutual, que es con quien aquella tenía concertada tal labor. Los expertos en medicina del trabajo someterían al actor a las pruebas rutinarias, pro las que pasan todos los obreros, y que están llamadas a descartar la exposición a riesgos que pongan en peligro su salud. El demandante se negó reiteradas veces a someterse al citado reconocimiento, no obstante, acudió a su médico de cabecera que le hizo un informe que declaraba que no estaba afecto de enfermedad infectocontagiosa, ni mental y que estaba capacitado para hacer su trabajo de vigilante de seguridad. ", y viene a resultar, tal y como con valor de hecho probado se declara en el fundamento de derecho tercero de la resolución de instancia en relación a que el reconocimiento ni invade su intimidad, ni es doloroso, ni humillante, sino que responde a la rutina del artículo 22 de la LPRL "y se aprecia necesario por el técnico superior de PRL, en su informe de 27 de junio de 2012, el cual se asume, además, por el representante legal de los obreros (Luis), que lo firma el 2 de julio de 2012". En definitiva, el requerimiento que se efectúa reiteradamente al trabajador para que pase el oportuno reconocimiento médico está, en este supuesto, autorizado por la Ley, siendo que, como nos recuerda la sentencia del Tribunal Constitucional 186/2004, de 15 de noviembre, que precisamente invoca la recurrente, << Constituye doctrina constitucional reiterada que el derecho a la intimidad personal garantizado por el art. 18.1 CE, en cuanto derivación de la dignidad de la persona reconocida en el art. 10.1 CE, implica la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana (SSTC 231/1988, de 2 de diciembre, FJ 3 ; 197/1991, de 17 de octubre, FJ 3 ; 57/1994, de 18 de febrero, FJ 5 ; 143/1994, de 9 de mayo, FJ 6 ; 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 3 ; 98/2000, de 10 de abril, FJ 5 ; 156/2001, de 2 de julio, FJ 4, o 127/2003, de 30 de junio, FJ 7, entre otras).

El art. 18.1 CE confiere a la persona el poder jurídico de imponer a terceros el deber de abstenerse de toda intromisión en la esfera íntima y la prohibición de hacer uso de lo así conocido (SSTC 73/1982, de 2 de diciembre, FJ 5 ; 110/1984, de 26 de noviembre, FJ 3 ; 89/1987, de 3 de junio, FJ 3 ; 231/1988, de 2 de diciembre, FJ 3 ; 197/1991, de 17 de octubre, FJ 3, y en general las SSTC 134/1999, de 15 de julio, 144/1999, de 22 de julio, y 115/2000, de 10 de mayo). De ello se deduce que el derecho fundamental a la intimidad personal otorga cuando menos una facultad negativa o de exclusión, que impone a terceros el deber de abstención de



intromisiones salvo que estén fundadas en una previsión legal que tenga justificación constitucional y que sea proporcionada (SSTC 44/1999, de 5 de abril, FJ 4 ; 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 4 ; 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 16 ; 70/2002, de 3 de abril , FJ 10) o que exista un consentimiento eficaz que lo autorice, pues corresponde a cada persona acotar el ámbito de intimidad personal y familiar que reserva al conocimiento ajeno (STC 83/2002, de 22 de abril , FJ5).

El art. 18.1 CE impide, por tanto, decíamos en la STC 110/1984, de 26 de noviembre , FJ 8, las injerencias en la intimidad "arbitrarias o ilegales". De lo que se concluye que se vulnerará el derecho a la intimidad personal cuando la penetración en el ámbito propio y reservado del sujeto no sea acorde con la Ley, no sea eficazmente consentida o, aun autorizada, subvierta los términos y el alcance para el que se otorgó el consentimiento, quebrando la conexión entre la información personal que se recaba y el objetivo tolerado para el que fue recogida>>.

En el supuesto examinado estamos ante la excepción a la voluntariedad en el reconocimiento médico que preceptúa el artículo 22 de la LPRL , en el que, además de cubrir los requisitos en el precepto exigidos, tal y como hemos narrado, se ha informado al trabajador por parte del Gerente, y así resulta de la fundamentación jurídica de la sentencia, que la empresa dueña de la obra donde prestaba servicios el actor exigía que los trabajadores que allí prestaban servicios hubieran pasado el oportuno reconocimiento, razón por la que en atención a los hechos declarados probados por la resolución de instancia, no está justificada la negativa del demandante a pasar por el oportuno reconocimiento médico.

CUARTO: Lo expuesto enlaza con la denuncia que efectúa el disconforme en el motivo quinto de recurso, en el que, también sin acogerse a apartado alguno del artículo 193 de la LRJS , pero que ha de entenderse referido al c) del mentado precepto, denuncia la infracción del artículo 54.b) del Estatuto de los Trabajadores , con cita de sentencias de distintas Salas de los Tribunales Superiores de Justicia, para concluir que no concurren en el supuesto examinado las notas que caracterizan la desobediencia sancionable con la pena máxima cual es el despido, que sea injustificada, grave y culpable, invocando en todo caso la teoría gradualista de adecuación de la sanción a la falta cometida, con cita de las sentencias del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 1987 , 5 de marzo de 1987 , 19 de febrero de 1990 , 24 de febrero de 1990 y 2 de abril de 1992 .

En cuanto a ello, desde luego dejando sentado que las sentencias de los distintos Tribunales Superiores de Justicia no constituyen jurisprudencia a los efectos del apartado c) del artículo 193 de la LRJS , hemos de decir que, en efecto, la conducta que se le imputa, la indisciplina o desobediencia sancionables con el despido disciplinario del trabajador, tipificada en el artículo 54.2.b) del ET , requiere el cumplimiento de una triple exigencia legal:

- 1) Injustificación o ausencia de causa (desobediencia injustificada), en la medida en que el ejercicio regular del poder de dirección por parte del empresario constituye la esfera de actuación propia de la obediencia debida [artículos 5. c) y 20.2 del ET].
- 2) Gravedad exigida con carácter general para los incumplimientos contractuales merecedores de la sanción de despido disciplinario (artículo 54 .1 ET).
- 3) Culpabilidad: la desobediencia sancionable con el despido del trabajador requiere que la orden esté dada dentro del círculo de atribuciones del empresario y que el incumplimiento de la misma sea grave, culpable, trascendente o notoriamente relevante e injustificado, pues si encierra causa de justificación ha de merecer un trato más suave y benigno que el de la imposición de la sanción más grave de las que al trabajador pueden serle impuestas, así lo ha declarado el TS, entre otras, en sentencia de 4 de febrero de 1988 .

Esta causa tipificada en el artículo 54 del Estatuto de los Trabajadores , parte de una exigencia para que sean consideradas como justos motivos de despido, que es que las conductas observadas y sancionadas sean graves y culpables, debiendo acudir, del propio modo, a la valoración del factor humano o lo que ha denominado el Tribunal Supremo doctrina gradualista en la apreciación de la indisciplina y desobediencia del trabajador (sentencias de 29 de marzo y 19 de febrero de 1990, del Tribunal Supremo) Esta teoría gradualista, debe ser aplicada atendiendo, por tanto a circunstancias concretas como antigüedad del trabajador en la empresa, escaso perjuicio económico sufrido por la misma, inexistencia de otras sanciones anteriores por el mismo hecho, etc. Teoría que encuentra amparo legal en el artículo 58.1 del Estatuto de los Trabajadores , que exige la presencia de incumplimientos graves para producir el despido disciplinario, de acuerdo con el art. 54.1. de la misma Ley , con un razonable criterio de proporcionalidad. Así, la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de marzo 1991 entre otras muchas, expresa dicho principio en relación con el de la buena fe, en cuanto modelo de comportamiento común impuesto a las relaciones laborales por los arts. 5.a) y 20.2 del Estatuto de los Trabajadores , erigido en criterio de valoración de conductas del que resulta justificado el despido para las que supongan una violación trascendente de la buena fe contractual, de modo que no cualquier transgresión de ella, sino solamente de la de carácter grave y culpable, es la que tiene calidad bastante para que resulte



lícita aquella sanción, enlazando ello con el segundo incumplimiento grave y culpable imputado, tipificado en el apartado d) del artículo 54.2 del ET .

En resumen, tal y como ha proclamado el Alto Tribunal en sentencias de 28 de marzo de 1985 , 5 de marzo de 1987 o 28 de mayo de 1990 , la desobediencia en el trabajo para que sea susceptible de ser sancionada con despido ex artículo 54.2.b) del Estatuto de los Trabajadores , ha de tratarse de un incumplimiento grave y culpable, trascendente e injustificado, "en la medida que una simple desobediencia, que no encierre una actitud exageradamente indisciplinada, que no se traduzca en un perjuicio para la empresa o en la que concurra una causa incompleta de justificación, no puede ser sancionada con la extinción del contrato".

Y aplicado lo que antecede al supuesto analizado, y partiendo de la legitimidad de la orden dada por el empresario, la justificación de la misma, tal y como hemos expuesto, y las consecuencias que la falta de cumplimiento pueda tener, en orden a la pérdida de clientela de la demandada o el nacimiento de responsabilidad empresarial para el supuesto que el trabajador sufra un accidente de trabajo o resulte dañado un tercero, desde luego del relato de hechos declarados probados se extrae la voluntad rebelde al cumplimiento de la orden dada por la demandada, que le avisa cuatro o cinco veces al actor, para que acuda a los Servicios Médicos de MC Mutual, que es con quién aquélla tiene concertada tal labor, negándose reiteradamente a tal reconocimiento, aún a pesar de las explicaciones que le dio el Gerente de la empresa, y ello teniendo en cuenta la actividad a la que se dedica, que hemos dejada expuesta, y las condiciones en que las desarrolla, en la noche y en despoblado, poniendo con ello en peligro tanto su integridad física como la de terceros, pues no olvidemos su categoría profesional y la portación de arma. Ello se agrava si tenemos en cuenta la circunstancia de que la empresa tenía sospechas, a través del cónyuge del actor, de que padecía sordera de un oído y así se extrae del fundamento de derecho segundo, declaración del Jefe de Servicio, tenida en cuenta por el Juzgador a quo, quién también declara que avisó al actor de que tenía que personarse para el reconocimiento médico en cuatro o cinco ocasiones, "pero este, unas veces, le dio largas, hasta que al final dijo que no le salía de los cojones". Y tal conducta es merecedora de la máxima sanción. En semejante supuesto, podemos citar la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla, de fecha 12 de mayo de 2008 , que razona, con cita de la sentencia del Tribunal Constitucional a la que hemos hecho ya referencia, sentencia 196/1004 :

<< Esta sentencia exige para la obligatoriedad de los reconocimientos médicos en la empresa la concurrencia de una serie de requisitos: "la proporcionalidad al riesgo (por inexistencia de opciones alternativas de menor impacto en el núcleo de los derechos incididos); la indispensabilidad de las pruebas (por acreditarse ad casum la necesidad objetiva de su realización en atención al riesgo que se procura prevenir, así como los motivos que llevan al empresario a realizar la exploración médica a un trabajador singularmente considerado), y la presencia de un interés preponderante del grupo social o de la colectividad laboral o una situación de necesidad objetivable (descrita en los supuestos del segundo párrafo del art. 22.1) , notas que justificarían en su conjunto la desfiguración de la regla ordinaria de libertad de decisión del trabajador...Consecuentemente, los límites legales (las excepciones a la libre disposición del sujeto sobre ámbitos propios de su intimidad, previstos en el art. 22.1, párrafo segundo, LPRL) quedan vinculados o bien a la certeza de un riesgo o peligro en la salud de los trabajadores o de terceros, o bien, en determinados sectores, a la protección frente a riesgos específicos y actividades de especial peligrosidad."

En este caso, es evidente que ante la existencia un defecto de audición, que como declara la sentencia "se manifestó claramente en el acto del juicio a la vista de todos los presentes", la empresa tenía derecho a comprobar el grado de deterioro acústico del actor a través del oportuno reconocimiento médico , no sólo por imperativo del artículo 22.1 de la Ley de prevención de riesgos laborales , sino también por aplicación del artículo 25.1 del mismo texto legal que dispone que "los trabajadores no serán empleados en aquellos puestos de trabajo en los que, a causa de sus características personales, estado biológico o por su discapacidad física, psíquica o sensorial debidamente reconocida, puedan ellos, los demás trabajadores u otras personas relacionadas con la empresa ponerse en situación de peligro o, en general, cuando se encuentren manifiestamente en estados o situaciones transitorias que no respondan a las exigencias psicofísicas de los respectivos puestos de trabajo.", y el artículo 196, apartado 3, de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS), según el cual las empresas "no podrán contratar a quienes en el reconocimiento médico obligatorio no hayan sido calificados como aptos para desempeñar los puestos de trabajo de que se trate", disponiendo expresamente que "igual prohibición se establece respecto a la continuación del trabajador en su puesto de trabajo cuando no se mantenga la declaración de aptitud en los reconocimientos médicos sucesivos", previsiones inspiradas en la existencia de un riesgo en la salud derivadas de razones objetivas del puesto de trabajo y que la empresa debe evitar.

Conforme a la doctrina constitucional expuesta la empresa, ante el riesgo que supone la sordera en la conducción para sí o para terceros, ejercitó su legítimo derecho de solicitar al trabajador un reconocimiento médico , reconocimiento que no tenía porqué conducir a negarle la ocupación efectiva, sino a evaluar las



deficiencias acústicas que sufre, negándose a ello el trabajador sin que hasta la fecha justifique su negativa más que en vaguedades como en el desconocimiento del informe de evaluación de riesgos o el plan de prevención de la empresa, datos ambos que podía conocer nada más que ejercitando las facultades que le reconoce el artículo 62 en relación con el artículo 64 del Estatuto de los Trabajadores , lo que no ha hecho.

Por ello, la declaración de improcedencia que contiene la sentencia fundándose exclusivamente en la falta del informe de la representación de los trabajadores para realizar el reconocimiento no está suficientemente justificada, ya que en este caso no era exigible el informe al ser el demandante el Delegado de Personal, sin que conste que haya otro, u otros en la empresa, ni sea obligatorio consultar para este reconocimiento a la representación unitaria de todas las empresas integrantes del grupo empresarial, por muy fraudulento que sea, por lo que su conducta negándose a emitir el informe que exige el artículo 22 de la Ley de Prevención de Riesgos laborales no puede justificar su negativa al sometimiento al reconocimiento médico .

En consecuencia, la negativa reiterada a someterse al reconocimiento médico supone un incumplimiento grave y culpable de las órdenes empresariales, al negarse hasta 6 veces a asistir al reconocimiento médico , incluso aceptando el dinero entregado por la empresa para el desplazamiento, por lo que nos encontramos ante una clara conducta obstativa al cumplimiento de una orden empresarial, que ni es arbitraria, ni está injustificada, ni tampoco es lesiva para el derecho fundamental a la intimidad al estar limitado este derecho por la obligación de la empresa a destinar al trabajador a un puesto adecuado a sus aptitudes físicas y a que no se encomienden al trabajador funciones que supongan un riesgo para sí o para terceros, por lo que procede la estimación del recurso de suplicación interpuesto y la declaración de procedencia del despido>>.

Es por todo lo expuesto que el recurso debe ser desestimado y confirmada la decisión de instancia.

VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

FALLAMOS

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de Suplicación interpuesto por D. Benedicto , contra la sentencia número 284/12 dictada por el JUZGADO DE LO SOCIAL N. 1 de CACERES en el procedimiento DEMANDA 473/2012, seguido a instancia del mismo recurrente, frente a SERRAMAR VIGILANCIA Y SEGURIDAD, S.L., sobre DESPIDO DISCIPLINARIO, y en consecuencia, debemos confirmar y confirmamos la sentencia de instancia.

Incorpórese el original de esta sentencia, por su orden, al Libro de Sentencias de esta sala.

MODO DE IMPUGNACIÓN: Se hace saber a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de casación para la unificación de doctrina que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala de lo Social dentro del improrrogable plazo de diez días hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de esta sentencia.

Si el recurrente no tuviere la condición de trabajador o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social o beneficio de asistencia jurídica gratuita, deberá consignar la cantidad de 600 euros, en concepto de depósito para recurrir, en la cuenta expediente de este Tribunal en BANESTO N° 1131 0000 66 060512, debiendo indicar en el campo concepto, la palabra "recurso", seguida del código. Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria deberá incluir tras la cuenta genérica proporcionada para este fin por la entidad 0030 1846 42 0005001274, en el campo "observaciones o concepto" en bloque los 16 dígitos de la cuenta expediente, y separado por un espacio.

La Consignación en metálico del importe de la condena eventualmente impuesta deberá ingresarse en la misma cuenta. Si efectuare diversos pagos en la misma cuenta deberá especificar un ingreso por cada concepto, incluso si obedecen a otros recursos de la misma o distinta clase indicando en el campo de observaciones la fecha de la resolución recurrida utilizando el formato dd/mm/aaaa. Quedan exentos de su abono en todo caso, el Ministerio Fiscal, el Estado, las Comunidades Autónomas, las Entidades locales y los Organismos Autónomos dependientes de ellos.

Expídanse certificaciones de esta sentencia para su unión a la pieza separada o rollo de suplicación, que se archivará en este Tribunal, y a los autos principales.

Notifíquese la presente sentencia a las partes y a la Fiscalía de este Tribunal Superior de Justicia.

Una vez adquiera firmeza la presente sentencia, devuélvanse los autos originales, para su debida ejecución, al Juzgado de lo Social de su procedencia, dejando de ello debida nota en los Libros de esta Sala.

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



PUBLICACIÓN.

En el día de su fecha fue publicada la anterior sentencia. Doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ