



Roj: **STSJ CAT 2996/2016 - ECLI: ES:TSJCAT:2016:2996**

Id Cendoj: **08019340012016102318**

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

Sede: **Barcelona**

Sección: **1**

Fecha: **31/03/2016**

Nº de Recurso: **304/2016**

Nº de Resolución: **1915/2016**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **ADOLFO MATIAS COLINO REY**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA

CATALUNYA

SALA SOCIAL

NIG : 43123 - 44 - 4 - 2014 - 0004262

EL

Recurso de Suplicación: 304/2016

ILMO. SR. GREGORIO RUIZ RUIZ

ILMO. SR. ADOLFO MATIAS COLINO REY

ILMA. SRA. NATIVIDAD BRACERAS PEÑA

En Barcelona a 31 de marzo de 2016

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, compuesta por los/as Ilmos/as. Sres/as. citados al margen,

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

SENTENCIA núm. 1915/2016

En el recurso de suplicación interpuesto por Fomento de Construcciones y Contratas, S.A. frente a la Sentencia del Juzgado Social 1 Reus de fecha 23 de julio de 2015, dictada en el procedimiento Demandas nº 865/2014 y siendo recurrido/a Onesimo y Ministerio Fiscal. Ha actuado como Ponente el Ilmo. Sr. ADOLFO MATIAS COLINO REY.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 25 de noviembre de 2014, tuvo entrada en el citado Juzgado de lo Social demanda sobre Despido disciplinari, en la que el actor alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó procedentes, terminaba suplicando se dictara sentencia en los términos de la misma. Admitida la demanda a trámite y celebrado el juicio se dictó sentencia con fecha 23 de julio de 2015, que contenía el siguiente Fallo:

"1.- **ESTIMO EN PARTE la demanda** origen de las presentes actuaciones, promovida por D. Onesimo contra FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS S.A. y, en su consecuencia, declaro la NULIDAD del despido del que fue objeto el actor con efectos de 14 de noviembre de 2014, condenando como condeno a FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS S.A. a la inmediata readmisión del actor, con abono de los salarios dejados de percibir desde el 15 de noviembre de 2014 a razón de 60,37 euros brutos diarios.



2.- **Condeno a FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS S.A.** a abonar al actor una indemnización en concepto de daños morales en la cantidad de 3.000 euros.

3.- **Condeno a FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS S.A.** a abonar las costas resultantes del presente proceso, incluidos los honorarios de la parte actora, que se cifran en el importe de 300 euros."

SEGUNDO.- En dicha sentencia, como hechos probados, se declaran los siguientes:

"PRIMERO.- D. Onesimo , mayor de edad, con D.N.I. nº NUM000 , se vinculó laboralmente a la empresa FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS S.A. en fecha 1 de marzo de 1994. Ostentaba la categoría profesional de maquinista de primera. El salario regulador a los efectos indemnizatorios asciende a 1.836,40 euros mensuales con la inclusión de la parte proporcional de pagas extraordinarias, equivalente a 60,37 euros brutos diarios, con inclusión de la parte proporcional de pagas extraordinarias. Prestaba servicios a jornada completa y mediante contrato de trabajo indefinido. Percibía su salario con carácter mensual. El actor prestaba servicios en la población de Reus (hecho no controvertido y, por tanto, conforme)

SEGUNDO.- D. Onesimo no ostenta ni ha ostentado durante el último año la condición de representante legal o sindical de los trabajadores (hecho no controvertido).

TERCERO.- En fecha 14 de noviembre de 2014 la empresa demandada comunicó al actor su despido disciplinario con efectos de ese mismo día. La referida comunicación, en lo que se refiere a los hechos imputados, se expresa en los siguientes términos:

"El pasado 6 de octubre de 2014 el encargado del servicio de turno de noche le comunicó que le tocaba pasar el correspondiente reconocimiento médico anual, tal como marca el artículo 38 del convenio colectivo de empresa vigente. Usted transmitió a su responsable que se negaba.

Según lo dispuesto en el artículo 22.1 de la Ley 31/95 de Prevención de Riesgos Laborales , en fecha 17 de octubre de 2014, fue solicitado al comité de empresa el preceptivo informe, sin haber realizado el comité manifestación alguna al respecto.

Ese artículo 22, en su párrafo 1º establece lo siguiente:

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 él 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.

Solicitado, como decimos, dicho informe el 17 de octubre, el pasado día 39 del mismo mes, se le volvió a notificar una nueva citación con los servicios médicos el 4 de noviembre a las 6 a.m. horas, volviéndose a negar a pasar el reconocimiento médico afirmando que no estaba conforme, todo y que se le había apercibido de que como consecuencia de su puesto, su reconocimiento no es voluntario sino obligatorio, de acuerdo con el reiterado artículo 22 de la LPR.

No obstante lo anterior, el pasado 7 de noviembre, usted llamó a los servicios médicos de la empresa comentando que la siguiente semana pasaría por el centro médico a pasar el reconocimiento médico quedando con el personal del centro que iría el viernes 14 de noviembre después de trabajar, es decir a las 6 a.m. horas; transcurrida esta hora, usted no se ha personado en los servicios médicos." (hecho no controvertido, folios 3 y 4)

CUARTO.- En fecha 7 de octubre de 2014, el actor y otros dos trabajadores manifestaron al Sr. Luis Enrique , encargado de noche, que no se someterían a la revisión médica. Este último comunicó esa circunstancia a la dirección de la empresa mediante un correo electrónico. En fecha 16 de octubre de 2014, el Sr. Luis Enrique entregó al actor un comunicado para que el día 24 de octubre de 2014, a las 06:00 horas, se sometiera a la revisión médica. El actor acusó el correspondiente recibo, haciendo constar su disconformidad (folios 43 y 44, y declaración Don. Luis Enrique)

QUINTO.- En fecha 17 de octubre de 2014, la dirección de la empresa entregó un comunicado al comité de empresa a fin de que emitiera, en el plazo de cinco días, el informe al que se refiere el artículo 22 de la Ley de Prevención de Riesgos en relación a los puestos de trabajo de conductor y maquinista, haciendo constar que dos trabajadores que ostentaban la primera de esa categoría profesional y el actor se habían negado verbalmente a someterse a la revisión médica anual (folios 46 y 47). No consta que el comité haya emitido informe alguno.



SEXTO.- En fecha 11 de octubre de 2005, el Comité de Seguridad y Salud de Reus decidió por mayoría que a partir del año 2006 las revisiones periódicas de los conductores y maquinistas serían obligatorias, por un tema de seguridad (folios 49 y 50)

SÉPTIMO.- En acta de fecha 20 de octubre de 2014, el comité de seguridad y salud de la empresa demandada manifestó que, por la actividad que realiza la empresa y tal como expresa el artículo 22.1 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y como se refleja en el convenio colectivo de la empresa vigente en su artículo 38, los reconocimientos médicos, tanto los iniciales como los anuales son obligatorios (folio 48). No consta que el trabajador fuera informado de ninguna de las decisiones del comité de seguridad y salud.

OCTAVO.- El conductor de barrido mecánico o maquinista es el trabajador que, en posesión del carnet de conducir, conduce una barredora que tiene como finalidad la limpieza de la calzada a lo largo del bordillo o zonas adyacentes, donde se acumula normalmente la basura, sobre todo en calles de mucha circulación. También puede conducir en zonas peatonales amplias. Forma parte de este servicio un conductor y una barredora autopropulsada. Los residuos sólidos se descargan en una caja contenedora de los residuos. Debe cuidar de que el vehículo que conduce salga del parque en las debidas condiciones de funcionamiento. Se responsabilizará de la adecuada conservación del vehículo que se le asigna, así como de observar las prescripciones técnicas y de funcionamiento de los mismos (folio 59)

NOVENO.- En la evaluación del puesto de trabajo de conductor de barrido mecánico efectuada en junio de 2012 los riesgos identificados se valoran siempre como leves, su probabilidad baja y su severidad media, a excepción de los sobreesfuerzos y lesiones músculo esqueléticas debido a posturas inadecuadas y movimientos bruscos al subir y bajar del vehículo, cuya probabilidad se estima como media y su severidad como baja (folios 54 y 55)

DÉCIMO.- En fecha 30 de octubre de 2014, la empresa demandada entregó al actor un comunicado por el que se le citaba nuevamente para el día 4 de noviembre a fin de pasar el reconocimiento médico. En ese comunicado se le indica que el referido reconocimiento médico no es voluntario sino imprescindible, a los efectos de lo previsto en el artículo 22 de la LPRL . El actor acusó recibo, mostrando nuevamente su disconformidad (folio 45)

UNDÉCIMO.- El actor tampoco acudió a la revisión médica el día 4 de noviembre de 2014, si bien se iniciaron contactos entre los delegados sindicales y la dirección de la empresa para concertar otra cita. El Sr. Celestino , conductor y delegado sindical de la empresa, fue uno de los trabajadores que se mostró reacio inicialmente a someterse a la revisión médica, aunque luego accedió y la efectuó el día 13 de noviembre de 2014. Esa tarde telefonó al servicio médico de la empresa a fin de concertar día y hora para la revisión médica del actor, proponiendo el día 14 de noviembre, viernes. El Sr. Celestino contactó con la Sra. Zaira , auxiliar o recepcionista del servicio médico de la empresa, quien le manifestó que el viernes estaban muy ocupados y que mejor se pasara el lunes o el martes, días 17 y 18 de noviembre de 2014 (declaración Don. Celestino y fundamento jurídico primero).

DUODÉCIMO.- La revisión médica anual consiste en una exploración física, un control de visión, una audiometría, un electrocardiograma y el ofrecimiento de una analítica (declaración de la Sra. Carolina , doctora del servicio médico de la empresa). No consta que el actor fuera informado del contenido de esas pruebas.

DÉCIMO TERCERO.- En fecha 23 de octubre de 2012, el actor no aceptó someterse a una prueba de alcoholemia en la empresa, por lo que fue retirado de su puesto de trabajo y derivado a los servicios médicos de la empresa (folio 73).

DÉCIMO CUARTO.- En fecha 16 de mayo de 2012, la Inspección de Trabajo levantó un acta de advertencia contra la empresa demandada en la que se decía que la voluntariedad del trabajador al sometimiento de pruebas de vigilancia de la salud queda totalmente vinculada al consentimiento del trabajador, únicamente con dos excepciones, proteger la salud de los trabajadores por estar expuestos a riesgos de especial relevancia o por cubrir puestos de trabajo con riesgo claro de enfermedad profesional (folios 75 y 76)

DÉCIMO QUINTO.- Es de aplicación al presente conflicto jurídico el Convenio Colectivo de trabajo de la empresa demandada en los centros de trabajo de Tarragona y Reus para los años 2013 a 2015, publicado en el Boletín Oficial de la Provincia de Tarragona nº 168 de 20 de julio de 2013 (hecho no controvertido)

DÉCIMO SEXTO.- A raíz del conflicto suscitado entre la empresa, el actor y otros dos trabajadores, el sindicato CC.OO. mantuvo varios contactos con la dirección de aquélla a fin de valorar el carácter obligatorio de las revisiones médicas (declaración de la Sra. Leticia , representante del sindicato CC.OO.)



DÉCIMO SÉPTIMO.- El actor está afiliado al sindicato CC.OO. No consta que la empresa, en relación al despido acordado, haya dado audiencia previa a los delegados sindicales de la correspondiente sección sindical (hecho vigésimo primero de la demanda, no controvertido)

DÉCIMO OCTAVO.- Se intentó la conciliación por solicitud de 24 de noviembre de 2014, concluyendo el acto celebrado el día 12 de diciembre de 2014 con el resultado de "intentado sin efecto", constando en el expediente administrativo la efectiva citación de la empresa demandada (folio 33) "

TERCERO.- Contra dicha sentencia anunció recurso de suplicación la parte demandada , que formalizó dentro de plazo, y que la parte contraria, a la que se dió traslado impugnó , elevando los autos a este Tribunal dando lugar al presente rollo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Contra la sentencia de instancia, que estimó la demanda interpuesta por el demandante, sobre despido, que califica como nulo, con las medidas legales inherentes a dicha declaración se interpone el presente recurso de suplicación.

La sentencia de instancia aprecia, en primer lugar, que en el despido del demandante se han incumplido los requisitos formales del artículo 55.1 del Estatuto de los Trabajadores , declarando probado que éste está afiliado al sindicato CC.OO y que la empresa omitió el trámite de audiencia previa a la imposición de sanción por falta muy grave; tal hecho fue alegado por el demandante en el hecho vigésimo de la demanda, sin que la empresa alegara nada en el trámite de contestación de la demanda, por lo que, se indica, la omisión de dicho trámite apareja la declaración de improcedencia del despido. A continuación la sentencia analiza los hechos imputados al trabajador para concluir que la decisión empresarial de someter al trabajador a una revisión médica suponía una ilegítima intromisión en la esfera de su privacidad, esto es, en su derecho fundamental a la intimidad personal y considera que "la disconformidad y las reticencias que mostró este último para someterse a ese reconocimiento médico deben enmarcarse en el normal desenvolvimiento de ese derecho. Es decir, la resistencia a la práctica de un reconocimiento médico cuya necesidad no se ha justificado debidamente, constituye un ejercicio del contenido esencial del derecho fundamental a la intimidad, no susceptible de ser violentado por decisiones contrarias a derecho". Y concluye que "un despido disciplinario reactivo al ejercicio legítimo de resistencia frente a decisiones invasivas de la esfera de privacidad y actuado con el único propósito de desnaturalizar el derecho fundamental a la intimidad merece calificación de nulidad, en la medida que entraña una franca vulneración de lo que dispone el artículo 18.1 de la Constitución Española , en los términos en que se ha sido interpretado pro el Tribunal Constitucional.

En el recurso formulado por la empresa se insta la revisión de los hechos probados, y, en lo referente a la censura jurídica, se denuncia la infracción del artículo 22 de la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales , en relación al carácter obligatorio del reconocimiento médico, que las pruebas son adecuadas y pertinentes al caso concreto y por ello no vulneran derecho fundamental alguno, y que tales reconocimientos médicos no suponen un conflicto colectivo en la empresa. También denuncia la infracción del artículo 18.1 de la Constitución Española , concluyendo que el despido acordado por la empresa no debe calificarse de nulo al entender que su actuación no ha vulnerado el artículo 18.1 de la Constitución Española .

SEGUNDO. - En los primeros motivos del recurso y con amparo procesal en el apartado b) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , la parte recurrente solicita la revisión de los hechos probados primero, tercero, quinto, sexto, séptimo, noveno, duodécimo, décimo tercero, décimo cuarto y décimo séptimo. Con carácter previo, ha de indicarse que, conforme a una reiterada jurisprudencia (STS 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), para que prospere el motivo del recurso dirigido a la revisión fáctica, es necesario: "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 de 24 de junio de 2008). La jurisprudencia viene condicionando el éxito del motivo a la concurrencia de una serie de presupuestos adicionales: 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. 5) El error en la valoración de la prueba por parte del órgano de instancia, 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", 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".

TERCERO.- La parte recurrente solicita, en primer lugar, la revisión del ordinal primero, proponiendo una redacción alternativa, en los términos que constan en el escrito de formalización del recurso, si bien la modificación se concreta en que se adicione, a continuación de la categoría profesional de maquinista de primera, el siguiente párrafo: "... con funciones de conductor de barrido mecánico". Se remite la parte recurrente al contenido del documento que obra al folio 59, pero se trata de un extremo que ya la sentencia de instancia considera probado, en el fundamento de derecho sexto, cuando hace referencia al puesto de trabajo que ocupa el actor como conductor de barrido mecánico, por lo que dicho extremo debe considerarse como probado, al constar ya en la sentencia recurrida.

CUARTO.- La modificación de los hechos probados tercero y quinto, en los que se propone un texto alternativo al de la resolución de instancia, se concreta en que se adicione un nuevo párrafo para, en referencia la informe emitido el 20 de octubre de 2.014, se indique que en el mismo se señala "que per l'activitat que realitza l'empresa i tal como expressa l'article 22.1 de la Llei de Prevenció de Riscos Laborals i como es reflecteix al conveni col.lectiu d'empresa vigent en l'article 38 els reconeixements mèdics tant els inicials como els anuals son obligatoris". En ambos casos, la modificación se ampara en el contenido de los documentos que obran a los folios 46 a 48, pero la petición que se formula no puede ser aceptada. Por lo que respecta a la adición de dicho extremo debe indicarse que en el ordinal séptimo ya se hace referencia al contenido del acta de dicha fecha y se transcribe su contenido, en los mismos términos que propone la parte recurrente. Pero, además, en relación al hecho probado tercero, en el mismo se transcribe la carta de despido, en la que figura el texto que consta en la sentencia de instancia y no la que pretende introducir la parte recurrente, en la que no se hace ninguna referencia al contenido de dicha reunión. Por lo que hace referencia al ordinal quinto, no puede aceptarse que el Comité de Empresa remitiera el informe solicitado en los términos que constan en el Acta de 20 de octubre de 2.014; en dicha acta se recoge el contenido de la reunión entre los representantes de la empresa y el Comité de Seguridad y Salud, quienes expusieron lo que la propia sentencia detalla en el hecho probado séptimo. Por lo tanto, en relación a lo que manifestaron los miembros de este Comité, se trata de un extremo que ya la sentencia de instancia reproduce en el hecho probado séptimo.

La revisión del ordinal séptimo, también solicitado por la parte recurrente, se concreta en que se suprima el último inciso, en el que consta que el trabajador no fue informado de ninguna de las decisiones del comité de seguridad y salud, pero no se remite la parte recurrente a ninguna prueba en la que basar la supresión de dicho extremo, sin que la misma pueda ampararse en las alegaciones que formula la parte recurrente en el sentido de que el demandante es conocedor de la obligatoriedad de las revisiones médicas para su categoría, pues lo que se indica en el hecho probado es que no fue informado de las decisiones del comité, lo que es una cuestión distinta.

QUINTO.- La modificación del ordinal sexto se concreta en que se suprima el inciso final, en el que se hace referencia a las revisiones periódicas por un tema de seguridad, y se sustituya dicha expresión, por el siguiente texto: "no sólo por un tema de seguridad, sino que fueron adoptados de común acuerdo entre la empresa y la representación de los trabajadores con motivo del incremento de la siniestrabilidad tras el análisis de la accidentabilidad del año 2.005". Se remite al contenido de los documentos que obran a los folios 49 y 59. La



modificación que se propone consiste en que se adicionen las manifestaciones que aparecen recogidas en el Acta del Comité de Seguretat i Salut de 11 de octubre de 2.005, en el que ciertamente figura el incremento de la siniestralidad en el año 2.005, si bien en el apartado correspondiente a las revisiones periódicas de los conductores y maquinistas se indica textualmente, apartado décimo, que las mismas serán obligatorias, por un tema de seguridad, que es lo reflejado en la sentencia de instancia, no existiendo, por tanto, error en la valoración de la prueba por parte del Magistrado de instancia en relación a dicho extremo.

SEXTO. - La parte recurrente propone la adición de un nuevo párrafo al ordinal noveno, para que se haga constar: "Asimismo se identifican como riesgos en la evaluación del puesto de trabajo de conductor de barrido mecánico, el incendio producido en el vehículo, los atropellos, golpes y choque con o contra vehículos, accidente de tráfico, exposición a ruido, exposición a vibraciones cuerpo entero, exposición a riesgos derivados del consumo de alcohol y otras drogas, exposición a riesgo psicosocial y de carga mental". Se remite al contenido de los documentos que obran a los folios 55, 57 y 58, y se indica por la parte recurrente que la revisión es relevante puesto que la misma acredita que existen otros riesgos en el puesto de trabajo del demandante; no obstante, la sentencia de instancia ya hace referencia a dichos riesgos, aunque no los enumere ni concrete, como se desprende del contenido inicial de la redacción de la resolución recurrida, al hacer referencia a la evaluación del puesto de trabajo del demandante, y la identificación de los riesgos como leves, su probabilidad baja y su severidad media, haciendo referencia a otros riesgos con una calificación distinta.

SEPTIMO.- La parte recurrente propone la supresión de los ordinales décimo tercero, décimo cuarto y décimo séptimo, así como del último párrafo del ordinal duodécimo.

7.1.- La supresión del último párrafo del hecho probado duodécimo, en el que se expresa que no consta que el trabajador fuera informado del contenido de esas pruebas, se ampara en el contenido de los documentos que obran a los folios 74, 49 y 50, pero en ninguno de ellos consta que el trabajador fuera informado del contenido de las pruebas, como se indica en la sentencia recurrida, pues el documento que obra a los folios 49 y 50 es una copia del Acta del Comité de Seguretat i Salut de Reus de 11 de octubre de 2.005, y el documento que obra al folio 74 es el examen de salud de otro trabajador.

7.2.- La petición de que se supriman los ordinales décimo tercero y décimo cuarto se justifican en que su contenido no tienen nada que ver con el objeto del litigio, lo que, por si solo, no es argumento suficiente para justificar la petición que se formula; aunque la parte recurrente cita en las alegaciones el contenido de algunos documentos, para expresar que el que no aceptara a una prueba de alcoholemia o al Acta levantada por la Inspección de Trabajo no guardan relación con los reconocimientos médicos de carácter periódico, sino que los mismos se refieren a otros controles preventivos de consumo de alcohol y drogas, del contenido de los documentos a los que se remite no es posible acceder a la petición formulada.

7.3.- La parte recurrente propone también la supresión del ordinal décimo séptimo, indicando que la empresa no posee sección sindical, por lo que no era posible la notificación a los delegados sindicales, en relación al despido acordado por aquella. Pero se trata de una cuestión nueva, no planteada en la instancia, pues, como se indica en el fundamento de derecho cuarto de la resolución recurrida, la empresa omitió el trámite de audiencia previa a los delegados sindicales, sin que la empresa alegara nada en la contestación a la demanda en relación al hecho vigésimo primero de la demanda. Se trata, por tanto, de un giro en la línea de defensa de la recurrente, no permitido en esta sede de suplicación, en la que dicho extremo solo se cuestiona desde la perspectiva fáctica, pero sin que exista ningún motivo del recurso a combatir, desde la perspectiva jurídica, la conclusión que el Juzgador de instancia alcanza sobre la consecuencia de dicho incumplimiento formal. Por otro lado, las alegaciones que ahora se formulan ni pudieron ser contestadas por la parte contraria, ni tampoco pudieron ser abordadas por el Magistrado de instancia, quien ya alude a dicha falta de alegación tendente a oponerse al incumplimiento del requisito formal que se alegaba en la demanda. Por tanto, se trata de una cuestión nueva que no fue planteada con anterioridad y que debe ser rechazada en sede de suplicación, dado el carácter extraordinario de este recurso. En tal sentido cabe indicar que la prohibición de aducir en esta fase procesal cuestiones fácticas y/o jurídicas nuevas es contemplada por el Tribunal Supremo en Sentencias de 18 de abril de 1988, 10 de febrero y 11 de julio de 1989, 5 y 31 de julio, 5 y 17 de noviembre de 1993, 18 de enero y 16 de mayo de 1994, 6 de octubre de 1995, 7 de mayo y 19 de noviembre de 1996, 15 de enero, 4 de febrero y 23 de septiembre de 1997, 6 y 17 de febrero y 14 de mayo de 1998, 4 de enero, 11 de mayo, 15 de junio, 14 y 23 de julio y 10 de diciembre de 1999, 8 de enero de 2000, 26 de marzo, 29 de junio y 20 de septiembre de 2001, 23 de enero, 21 de febrero, 18 y 19 de junio, 27 de septiembre y 10 de diciembre de 2002 y 30 de abril de 2003.

OCTAVO .- En los motivos del recurso dirigidos a la censura jurídica, con correcto amparo procesal en el apartado c) del artículo 193 de la LRJS, la parte recurrente denuncia la infracción de artículo 22 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, así como la infracción del artículo 18.1 de la Constitución.



Antes de analizar las concretas alegaciones del recurso, es preciso tener en cuenta que la sentencia de instancia aprecia la ausencia de presupuestos formales en el despido del trabajador demandante; se indica que éste está afiliado al sindicato CC.OO. y que la empresa omitió el trámite de audiencia previa a los delegados sindicales de la correspondiente sección sindical. Este trámite está previsto en el artículo 57 del Convenio Colectivo de aplicación, y la empresa recurrente no lo combate en el aspecto jurídico, al limitar la censura jurídica a los aspectos relacionados con la obligatoriedad del reconocimiento médico o en la ausencia de vulneración del derecho fundamental a la intimidad.

Como hemos indicado anteriormente, la conclusión de la instancia, al calificar el despido como nulo, se basa en que la decisión empresarial de someter al trabajador a una revisión médica suponía una ilegítima intromisión en la esfera de su privacidad, esto es, en su derecho fundamental a la intimidad personal. Pero esta conclusión no puede ser aceptada, teniendo en cuenta las particularidades del caso. Es cierto que la obligatoriedad de la práctica de un reconocimiento médico cuya necesidad no se ha justificado debidamente puede comportar una vulneración del derecho fundamental a la intimidad.

La sentencia de instancia tiene en cuenta los razonamientos de la STC 196/2004, pero, en este caso, la situación que se analizaba era distinta a la ahora enjuiciada; en aquel caso, lo que se planteaba era la idoneidad de unas pruebas médicas destinadas a averiguar el consumo de estupefacientes por parte de un trabajador, para lo que era necesario la autorización personal, pues los resultados que podría obtenerse pertenecían al ámbito de la intimidad personal del trabajador, siendo el resultado de dicho reconocimiento médico lo que justificó el despido del mismo. En el presente caso, lo que debe valorarse es si la decisión de la empresa de acordar el despido del demandante por su negativa a someterse al reconocimiento médico periódico supone una injerencia, arbitraria e ilegal, en la intimidad del trabajador.

NOVENO.- El artículo 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, FJ 5). 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", como declara la STC 196/2004, de 15 de noviembre, FJ2, citada en la sentencia de instancia.

Analizando la cuestión de la posible vulneración del artículo 18.1 CE en el marco de una relación laboral, y siguiendo lo declarado en la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de junio de 2015, rco nº 178/2014, "debe recordarse que la celebración de un contrato de trabajo no implica en modo alguno la privación para una de las partes, el trabajador, de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano, entre ellos el derecho a su intimidad personal (por todas, STC 98/2000, de 10 de abril, FJ 6).

La propia jurisprudencia constitucional que, de forma acertada, invoca el recurso acepta la existencia de excepciones al carácter voluntario de los reconocimientos para la vigilancia de la salud. Pese a la ausencia de previsión explícita en el propio artículo 18.1 CE, el derecho en cuestión puede ceder ante razones justificadas de interés general convenientemente previstas por la Ley, entre las que, sin duda, se encuentra la evitación y prevención de riesgos y peligros relacionados con la salud. Ese interés público es, desde luego, causa legítima que puede justificar la realización de reconocimientos médicos también en el marco de la relación laboral (STC 196/2004).

Desde la perspectiva de la intimidad del trabajador, ello significa que el derecho a la intimidad puede ceder ante otros derechos o bienes constitucionalmente relevantes, siempre que la limitación que haya de experimentar esté fundada en una previsión legal que tenga justificación constitucional, se revele necesaria para lograr el fin legítimo previsto y sea proporcionada para alcanzarlo, y sea además respetuosa con el contenido esencial del derecho (por todas, SSTC 57/1994, de 28 de febrero, FJ 6; 143/1994, de 9 de mayo, FJ 6, y 25/2005, de 14 de febrero, FJ 6).



C) Así las cosas, la conclusión parece clara: estaremos ante una infracción del derecho a la intimidad si al trabajador se le impone el sometimiento a la vigilancia de la salud sin que exista causalidad, proporcionalidad y previsión legal suficiente. Puesto que el artículo 22.1 LPRL se ocupa del tema de la voluntariedad y de sus excepciones, la determinación de si el derecho a la intimidad impide la práctica de reconocimientos médicos obligatorios para los trabajadores afectados por el conflicto ha de afrontarse a través del estudio del referido precepto legal".

El artículo 22 de la LPRL acoge, como principio general, la voluntariedad de los reconocimientos médicos y establece una serie de excepciones para aquellos supuestos "en los que la realización de los reconocimientos médicos 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". Como declara la Sentencia citada de 10 de junio de 2.015, la interpretación del alcance que poseen las tres excepciones a la regla de la voluntariedad no puede prescindir de los criterios sentados al respecto por el Tribunal Constitucional, especialmente contenidos en la STC 196/2004, pero desde la perspectiva de la afectación del derecho fundamental, la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de diciembre de 2.006, rec. nº 140/2005 ya declaró que cuando operan estas excepciones la obligatoriedad se convierte en norma general, siempre, naturalmente que la medida no se acuerde fraudulentamente -a lo que, en principio es contrario una medida asumida por los representantes de los trabajadores a nivel de convenio colectivo- y se respete la dignidad y la confidencialidad de la salud a que los refieren los apartados 2 y 4 del repetido artículo 22 y que tengan por objeto vigilar el estado de salud de los trabajadores "en función de los riesgos inherentes a trabajo, de manera que solamente el exceso objetivo en el examen de la salud de los trabajadores por no concurrir aquella finalidad o las circunstancias descritas, podría constituir, salvo expreso consentimiento individual del trabajador afectado, una intromisión ilegítima en el ámbito de la intimidad personal".

En el presente caso, la cuestión no se plantea desde la perspectiva del respeto a la dignidad y la confidencialidad de la salud, sino como el ejercicio de la potestad disciplinaria por parte de la empresa, al negarse el demandante al reconocimiento médico acordado. Al margen de que el Convenio colectivo prevea la obligatoriedad de los reconocimientos médicos, y de que el Comité de Seguridad u Salud hubiera declarado el carácter obligatorio de las revisiones periódicas, en los años 2005 y 2014, desde la perspectiva de la vulneración del derecho fundamental a la intimidad, el aspecto relevante a tener en cuenta es que el puesto de trabajo del demandante es de conductor de barrido mecánico, en la vía pública. Es cierto que, como se indica en la sentencia de instancia, la identificación de los riesgos de dicho puesto de trabajo aparecen como leves, con probabilidad baja y con severidad media, pero dicha calificación se refiere a los riesgos del puesto de trabajo teniendo en cuenta los riesgos que puede sufrir el trabajador como afectado. Pero en función de las tareas que realiza aparece otro interés que también debe ser objeto de consideración, referido a la seguridad de terceros; aunque es cierto que la obligatoriedad del reconocimiento no se puede imponer si únicamente está en juego la salud del propio trabajador, sin el añadido de un riesgo o peligro cierto objetivable, en el presente caso, la justificación del reconocimiento médico no se basa solo en función de los riesgos de su puesto de trabajo, en relación a los que puedan afectar al trabajador, sino también por la incidencia que puedan tener en relación a terceras personas, y, en función de esos riesgos, el conocer las condiciones psicofísicas del trabajador puede evitar o minimizar los peligros derivados del riesgo de dicho trabajo, no sólo para el propio trabajador, sino también para los terceros. Es indicativo el hecho de que el reconocimiento médico no se imponga al trabajador, sino a todos los trabajadores de la empresa, y aunque es cierto que el convenio colectivo no puede prever otros supuestos de obligatoriedad distinto a los de la Ley, ni introducir en la disciplina de los reconocimientos médicos obligatorios aspectos que no encajen en el marco de las directrices en torno a las cuales debe ordenarse, en el presente caso, la actividad encomendada al demandante puede exigir una buena capacidad física y psicológica, por la existencia de un riesgo evidente para terceros, siendo preciso conocer el estado de salud para destinar a una persona a la realización de las tareas propias de su puesto de trabajo. En tal sentido, debe indicarse que, conforme al artículo 25 de la LPRL, "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".

DECIMO. - Las anteriores consideraciones permiten llegar a la conclusión de que, en el supuesto analizado, la decisión de la empresa de someter al demandante a un reconocimiento médico no afecta a la intimidad o dignidad de éste, puesto que dicha decisión se encuentra amparada en el control que permite el artículo 22 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, en función de los riesgos inherentes al trabajo para verificar si el



estado de salud del trabajador puede constituir un peligro para él mismo, para los demás trabajadores, o para terceras personas, y por ello debe considerarse ajena a todo propósito lesivo del derecho fundamental.

Llegados a este punto, ya se ha indicado anteriormente que la sentencia de instancia aprecia la ausencia de presupuestos formales en el despido del trabajador, lo que justifica la declaración de improcedencia de la decisión extintiva. A los efectos de fijar el importe de la indemnización debe tenerse en cuenta el salario declarado probado, 60,37 euros/día, la antigüedad del trabajador, de 1 de marzo de 1.994, y la fecha del despido, 14 de noviembre de 2.014, así como lo dispuesto en la Disposición transitoria quinta de la Ley 3/2012, de 6 de julio, en relación al período de tiempo computable para el cálculo de dicha indemnización. La citada disposición establece que la indemnización por despido improcedente de los contratos formalizados con anterioridad al 12 de febrero de 2.012 se calculará a razón de 45 días de salario por año de servicio por el tiempo de prestación de servicios anterior a dicha fecha, y a razón de 33 días de salario por el tiempo de prestación de servicios posterior, si bien el importe indemnizatorio no podrá ser superior a 720 días de salario, salvo que el cálculo de la indemnización por el periodo anterior a 12 de febrero de 2.012 resultare un número de días superior, en cuyo caso se aplicará éste como importe indemnizatorio máximo, sin que dicho importe pueda ser superior a 42 mensualidades en ningún caso. Por tanto, como el período comprendido entre la fecha de inicio de la relación laboral y el 12 de febrero de 2.012 es de 18 años computables, a razón de 45 días por año, totalizan 810 días, superior a los 720 días que fija la indicada disposición transitoria quinta (en criterio interpretativo de la STS de 18 de febrero de 2.016, rcud nº 3257/2014), lo que totaliza 48.899,70 €, como importe global de la indemnización por la calificación del despido como improcedente.

Vistos los preceptos legales citados, sus concordantes y demás disposiciones de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

Que estimando parcialmente el recurso de suplicación interpuesto por FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS, S.A., contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de los de Reus de fecha 23 de julio de 2.015, dictada en los autos nº 865/2014, revocamos dicha resolución y, en consecuencia, estimando parcialmente la demanda interpuesta contra la recurrente por Don Onesimo, calificamos como improcedente el despido del demandante de fecha 14 de noviembre de 2.014 y, en consecuencia, condenamos a la empresa recurrente a que, a su elección, opte, en el plazo de cinco días desde la notificación de esta resolución, entre la readmisión del trabajador o el abono de la indemnización de CUARENTA Y OCHO MIL OCHOCIENTOS NOVENTA Y NUEVE EUROS, CON SETENTA CÉNTIMOS DE EURO, con derecho del trabajador a los salarios de tramitación en el caso de que la opción lo fuere por la readmisión. Sin costas. Devuélvase a la parte recurrente el depósito constituido para recurrir.

Notifíquese esta resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, y expídase testimonio que quedará unido al rollo de su razón, incorporándose el original al correspondiente libro de sentencias.

Una vez adquiera firmeza la presente sentencia se devolverán los autos al Juzgado de instancia para su debida ejecución.

La presente resolución no es firme y contra la misma cabe Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina para ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo. El recurso se preparará en esta Sala dentro de los diez días siguientes a la notificación mediante escrito con la firma de Letrado debiendo reunir los requisitos establecidos en el Artículo 221 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

Así mismo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 229 del Texto Procesal Laboral, todo el que sin tener la condición de trabajador o causahabiente suyo o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social o no goce del beneficio de justicia gratuita o no se encuentre excluido por el artículo 229.4 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, depositará al preparar el Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, la cantidad de 600 euros en la cuenta de consignaciones que tiene abierta esta Sala, en BANCO SANTANDER, Oficina núm. 6763, sita en Ronda de Sant Pere, nº 47, cuenta Nº 0937 0000 66, añadiendo a continuación seis dígitos. De ellos los cuatro primeros serán los correspondientes al número de rollo de esta Sala y dos restantes los dos últimos del año de dicho rollo, por lo que la cuenta en la que debe ingresarse se compone de 16 dígitos.

La consignación del importe de la condena, cuando así proceda, se realizará de conformidad con lo dispuesto en el artículo 230 la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, con las exclusiones indicadas en el párrafo anterior, y se efectuará en la cuenta que esta Sala tiene abierta en BANCO SANTANDER (oficina indicada en el párrafo anterior), cuenta Nº 0937 0000 80, añadiendo a continuación seis dígitos. De ellos los cuatro primeros serán los correspondientes al número de rollo de esta Sala y dos restantes los dos últimos del año de dicho



rollo, por lo que la cuenta en la que debe ingresarse se compone de 16 dígitos. La parte recurrente deberá acreditar que lo ha efectuado al tiempo de preparar el recurso en esta Secretaría.

Podrá sustituirse la consignación en metálico por el aseguramiento de la condena por aval solidario emitido por una entidad de crédito dicho aval deberá ser de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento.

Para el caso que el depósito o la consignación no se realicen de forma presencial, sino mediante transferencia bancaria o por procedimientos telemáticos, en dichas operaciones deberán constar los siguientes datos:

La cuenta bancaria a la que se remitirá la suma es IBAN ES 55 0049 3569 920005001274. En el campo del "ordenante" se indicará el nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso y el NIF o CIF de la misma. Como "beneficiario" deberá constar la Sala Social del TSJ DE CATALUÑA. Finalmente, en el campo "observaciones o concepto de la transferencia" se introducirán los 16 dígitos indicados en los párrafos anteriores referidos al depósito y la consignación efectuados de forma presencial.

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

Publicación.- La anterior sentencia ha sido leída y publicada en el día de su fecha por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente, de lo que doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CEJUD