



Roj: **STSJ M 479/2016 - ECLI:ES:TSJM:2016:479**

Id Cendoj: **28079340052016100007**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **5**

Fecha: **18/01/2016**

Nº de Recurso: **731/2015**

Nº de Resolución: **7/2016**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **ALICIA CATALA PELLON**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

R. S. 731/15 TP

Tribunal Superior de Justicia de Madrid - Sección nº 05 de lo Social

Domicilio: C/ General Martínez Campos, 27 , Planta 2 - 28010

Teléfono: 914931935

Fax: 914931960

34002650

251658240

NIG : 28.079.00.4-2014/0028400

Procedimiento Recurso de Suplicación 731/2015

ORIGEN:

Juzgado de lo Social nº 17 de Madrid Despidos / Ceses en general 667/2014

Materia : Despido

Sentencia número: 7

Ilmos. Sres

Dña. MARIA BEGOÑA HERNANI FERNANDEZ

Dña. MARIA AURORA DE LA CUEVA ALEU

Dña. ALICIA CATALA PELLON

En Madrid a dieciocho de enero de dos mil dieciséis habiendo visto en recurso de suplicación los presentes autos la Sección 5 de la Sala de lo Social de este Tribunal Superior de Justicia, compuesta por los Ilmos. Sres. citados, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española ,

EN NOMBRE DE S.M. EL REY

Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE

EL PUEBLO ESPAÑOL

ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A

En el Recurso de Suplicación 731/2015, formalizado por la Letrado Dña. LAURA DELGADO ABAD en nombre y representación de D. Feliciano , contra la sentencia de fecha veintiuno de abril de dos mil quince dictada por el Juzgado de lo Social nº 17 de Madrid en sus autos número Despidos / Ceses en general 667/2014, seguidos



a instancia de D. Feliciano frente a IMESAPI SA, en reclamación por Despido, siendo Magistrado-Ponente la Ilma. Sra. Dña. ALICIA CATALA PELLON, y deduciéndose de las actuaciones habidas los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Según consta en los autos, se presentó demanda por la citada parte actora contra la mencionada parte demandada, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, tras los pertinentes actos procesales de tramitación y previa celebración de los oportunos actos de juicio oral, en el que quedaron definitivamente configuradas las respectivas posiciones de las partes, dictó la sentencia referenciada anteriormente.

SEGUNDO: En dicha sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos en calidad de expresamente declarados probados:

PRIMERO .- El demandante ha venido prestando sus servicios para la empresa demandada con una antigüedad de 6-8-98, con la categoría profesional de Auxiliar de jardinería, y devengando un salario mensual con prorrata de pagas extras de 1.273,30 euros, (según la media de lo percibido en los últimos 9 meses, descontando los periodos en los que estuvo cumpliendo las sanciones de suspensión de empleo y sueldo), habiendo sido subrogado el día 16-6-13.

SEGUNDO.- Mediante carta de fecha 26-8-13 la empresa le comunica al actor la imposición de una sanción de suspensión de empleo y sueldo de 10 días por no haber acudido a reconocimiento médico los días en que fue citado para ello: 28-6-13, 1-8-13, 12-8-13, 14-8-13 y 16-8-13.

El actor cumplió la sanción del 26-8-13 al 4-9-13 y a continuación estuvo de baja médica del 5-9-13 al 18-11-13.

TERCERO.- Mediante carta de fecha 13-1-14 la empresa le comunica al actor la imposición de una nueva sanción de suspensión de empleo y sueldo de 30 días por no haber acudido a reconocimiento médico los días en que fue citado para ello: 3-12-13, 10-12-13, y 17-12-13.

El actor cumplió la sanción del 14-1-14 al 12-2-14 y a continuación estuvo de baja médica del 13-2-14 al 10-4-14.

CUARTO.- El actor fue dado de alta médica el día 10-4-14 si bien no se incorporó a su puesto de trabajo hasta el día 21-4-14, aduciendo que se había tomando como días de asuntos propios los días 11, 14, 15 y 16 de abril de 2014.

QUINTO.- El día 22-4-14 el actor fue citado a reconocimiento médico, pero esta vez tampoco acudió.

SEXTO.- Mediante carta de fecha 24-4-14 la empresa comunica al actor su despido disciplinario de la siguiente forma:

"Por medio de la presente le informamos de la decisión de esta empresa de proceder a su despido disciplinario con efectos del día de hoy, 25 de abril de 2014, por los comportamientos que se detallan a continuación y que, entendemos, constituyen un gravísimo incumplimiento de sus obligaciones laborales.

Con fecha 26 de agosto de 2013 se le impuso una sanción de suspensión de empleo y sueldo por un periodo de diez días, por la comisión por su parte de una falta laboral de carácter grave, tipificada y calificada como tal por el artículo 23.5 del Convenio colectivo estatal de jardinería (BOE 20-VII-2013), consistente en la desobediencia a los superiores en cualquier materia de trabajo, al negarse usted a la realización del reconocimiento médico inicial, en las sucesivas citaciones que le fueron comunicadas por IMESAPI, S.A., los días 28 de junio, 1, 12, 14 y 16 de agosto de 2013.

El día 5 de septiembre de 2013, nada más finalizar el periodo de cumplimiento de la precitada sanción, que tuvo lugar entre los días 26 de agosto y 4 de septiembre de 2013, ambos inclusive, usted inicio un periodo de baja médica por incapacidad temporal, que se prolongó hasta el 18 de noviembre de 2013.

Una vez terminado ese periodo de incapacidad temporal, IMESAPI, S.A. le citó nuevamente para que llevara a cabo el preceptivo reconocimiento médico inicial, si bien usted se negó a someterse al mismo en las tres siguientes citas, que se le comunicaron, los días 3, 12 y 17 de diciembre de 2013, por lo que el día 13 de enero de 2014 la empresa le impuso una segunda sanción de suspensión de empleo, en esta ocasión por un periodo de 30 días, con efectividad entre los días 14 de enero y 12 de febrero de 2014, ambos inclusive, imputándole una falta de carácter muy grave, por la desobediencia continuada o persistente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 24.8 del convenio sectorial.

Curiosamente, como en el caso anterior, sin solución de continuidad con dicha suspensión de empleo y sueldo, usted comenzó un nuevo periodo de baja médica por incapacidad temporal, que se extendió entre los días 13 de febrero y 10 de abril de 2014.



A pesar de que usted debería haberse incorporado a su puesto de trabajo el viernes 11 de abril de 2014, lo cierto es que usted no acudió a trabajar hasta el lunes 21 de abril de 2014, y aunque el 9 de abril de 2014 usted había llamado a un compañero suyo, D. Pelayo , para que informara a la empresa de que se pedía de asuntos propios los días 11, 14 15 y 16 de abril de 2014, la empresa pidió a su compañero que le recordara que usted debía llamar al Encargado, D. Carlos Francisco , al Jefe de Servicio, D. Arcadio , o al Técnico de Mantenimiento, D. Emilio , para comunicar esa circunstancia, además de personarse en la sede de IMESAPI,S.A. para firmar la petición de dichos asuntos propios, sin que usted llamara a ninguno de las personas indicadas ni se tuvieran noticias suyas hasta el día en que, finalmente, se personó a trabajar.

Finalmente, el día 22 de abril de 2014, usted se negó una vez más a someterse al reconocimiento médico al que fue citado a las 12:15 horas en la Sociedad de Prevención de FREMAP, sita en la calle Londres número 38, P.I. Európolis, en Las Rozas, a fin de evaluar su aptitud para el desempeño el puesto de trabajo de Auxiliar Jardinero, dentro del contrato de mantenimiento de zonas verdes de Pozuelo de Alarcón, y ello pese a que, como en todas las ocasiones anteriores, usted había sido informado de manera expresa de que el reconocimiento médico inicial era obligatorio para los trabajadores, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 196 del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio , por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

En este punto, es preciso destacar que el precitado artículo 196 de la Ley General de la Seguridad establece que *" las empresas que hayan de cubrir puestos de trabajo con riesgo de enfermedades profesionales están obligadas a practicar un reconocimiento médico previo a la admisión de los trabajadores que hayan de ocupar aquéllos y a realizar los reconocimientos periódicos que para cada tipo de enfermedad se establezcan en las normas que, a tal efecto, dictará el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social "*, que dichas empresas *" no podrán contratar trabajadores que en el reconocimiento médico no hayan sido calificados como aptos para desempeñar los puestos de trabajo de las mismas de que se trate " o " cuando no se mantenga la declaración de aptitud en los reconocimientos sucesivos "*, y que, por consiguiente, dichos reconocimientos *" tendrán el carácter de obligatorios para el trabajador "*.

Por otra parte, los artículos 22.1 y 25.1 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales determinan que *" 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 "*, y que la empresa debe garantizar *" de manera específica la protección de los trabajadores que, por sus propias características personales o estado biológico conocido, incluidos aquellos que tengan reconocida la situación de discapacidad física, psíquica o sensorial, sean especialmente sensibles a los riesgos derivados del trabajo. A tal fin, deberá tener en cuenta dichos aspectos en las evaluaciones de los riesgos y, en función de éstas, adoptará las medidas preventivas y de protección necesarias "*, siendo esto último de plena aplicación en su caso, por cuanto usted tiene en su poder un informe médico en virtud del cual tienen limitada la realización de determinadas labores relacionadas con su puesto de trabajo.

Así pues, su negativa a someterse al reconocimiento médico ordenado en múltiples ocasiones por las empresa, atendiendo al tipo de trabajo que usted realiza, en el que existe riesgo de enfermedad profesional, de acuerdo con lo establecido en el Real Decreto 1299/2006, de 10 de noviembre, por el que se aprueba el cuadro de enfermedades profesionales en el sistema de la Seguridad Social y se establecen criterios para su notificación y registro, constituye un claro supuesto de indisciplina pertinaz y de desobediencia continua y reiterada a las instrucciones de sus superiores.

Hay que tener en cuenta, asimismo, las consecuencias que puede tener para IMESAPI, S.A. su negativa al cumplimiento de la obligación de someterse a reconocimiento médico, en orden al nacimiento de la responsabilidad empresarial para el supuesto de que usted sufriera un accidente de trabajo o resultase dañado un tercero.

Los hechos aquí descritos son constitutivos de varias faltas laborales de carácter muy grave, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 24, números 2, 8 y 13, Convenio colectivo estatal de jardinería, por faltar al trabajo más de dos días al mes, sin causa o motivo que lo justifique -al margen de los días ya indicados, usted tampoco ha acudido al trabajo en el día de hoy-, por la desobediencia continuada o persistente, y por la reincidencia en falta grave, aunque sea de distinta naturaleza, dentro del mismo semestre, que haya sido objeto de sanción por escrito, siendo considerados como causa justa de despido disciplinario en aplicación de lo dispuesto en el artículo 26 de esa misma norma paccionada estatal, en relación con el artículo 54.2 del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores ".

SÉPTIMO.- La parte demandante no ostenta ni ha ostentado la condición de representante de los trabajadores.

OCTAVO.- Se ha celebrado sin avenencia la conciliación ante el SMAC.



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

Que desestimando la demanda formulada por D. Feliciano contra IMESAPI, S.A., debo declarar y declaro procedente el despido de la parte actora, absolviendo a la empresa demandada de las peticiones formuladas.

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por la parte D. Feliciano, formalizándolo posteriormente; tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte.

QUINTO: Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, en unión de la pieza separada de recurso de suplicación, a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en esta Sección en fecha 29/09/2015, dictándose la correspondiente y subsiguiente providencia para su tramitación en forma.

SEXTO: Nombrado Magistrado-Ponente, se dispuso el pase de los autos al mismo para su conocimiento y estudio, señalándose el día 13/01/2016 para los actos de votación y fallo.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La situación fáctica a la que se contrae el examen del presente recurso, es, en síntesis, la que pasamos a exponer:

El demandante ha venido prestando sus servicios para la empresa demandada con una antigüedad de 6 de agosto de 1998, con la categoría profesional de auxiliar de jardinería y devengando un salario mensual con prorrata de pagas extras de 1.273,30 euros (según la media de lo percibido en los últimos nueve meses, descontando los periodos en los que estuvo cumpliendo las sanciones de suspensión de empleo y sueldo), habiendo sido subrogado el día 16 de junio de 2013.

Mediante carta de fecha 26 de agosto del mismo año, la empresa le comunicó la imposición de una sanción de suspensión de empleo y sueldo de diez días por no haber acudido al reconocimiento médico los días en que fue citado para ello: 28 de junio, 1, 12, 14 y 16 de agosto de 2013, cumpliendo el demandante la sanción del 26 de agosto al 4 de septiembre de 2013 y a continuación, estuvo de baja médica del 5 de septiembre al 18 de noviembre del mismo año.

Mediante carta de fecha 13 de enero de 2014, la empresa le comunicó la imposición de una nueva sanción de suspensión de empleo y sueldo de treinta días, por no haber acudido a reconocimiento médico los días en que fue citado para ello: 3, 10 y 17 de diciembre de 2013, cumpliendo la sanción del 14 de enero al 12 de febrero de 2014 y a continuación, estuvo de baja médica del 13 de febrero al 10 de abril del mismo año.

Fue dado de alta médica el día 10 de abril de 2014, si bien no se incorporó a su puesto de trabajo hasta el día 21 de abril de 2014, aduciendo que se había tomado como días de asuntos propios los días 11, 14, 15 y 16 de abril de 2014.

El día 22 de abril de 2014, el actor fue citado a reconocimiento médico, pero esta vez, tampoco acudió.

Finalmente, mediante carta de fecha 24 de abril de 2014, la empresa le comunica al actor su despido disciplinario, con efectos del día 25 de abril, a través de la carta que la Magistrada de instancia reproduce, de forma literal, en el hecho sexto del relato fáctico y en la que, en definitiva, se justifica el despido en la negativa del actor a someterse al reconocimiento médico ordenado en múltiples ocasiones por la empresa, atendiendo al tipo de trabajo que realiza, por entender que esa negativa constituye <<un claro supuesto de indisciplina pertinaz y de desobediencia continua y reiterada a las instrucciones de sus superiores>>.

La sentencia de instancia, ha desestimado la demanda por considerar que, de conformidad con los artículos 23 y 4 del Convenio Colectivo de aplicación, son faltas muy graves, tanto la desobediencia continuada o persistente, como la reincidencia en falta grave, aunque sea de distinta naturaleza, dentro del mismo semestre, que haya sido objeto de sanción por escrito y por entender, que, además de lo anterior, el actor no acudió a su puesto de trabajo los días 11, 14, 14 y 16 de abril de 2014 (pues aun cuando manifestara que la ausencia respondía a asuntos propios, no consta que los solicitara por escrito, ni que fueran autorizados), siendo falta muy grave, faltar al trabajo más de dos días al mes, sin causa o motivo que lo justifique y frente a tal pronunciamiento, se alza la representación Letrada del demandante en suplicación, formulando recurso que canaliza en un motivo único de conformidad con el apartado c) del artículo 193 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social, en el que denuncia la infracción de los artículos 54 y 55 del Estatuto de los Trabajadores y 196 de la LGSS, argumentando que, respecto a la reincidencia que la Magistrada aprecia en la conducta del demandante, las dos sanciones fueron impugnadas por el demandante, recayendo su conocimiento en los Juzgados de lo Social números 37 y 40 y sin que hayan sido resueltas judicialmente a la fecha de interposición del recurso, entendiéndose, por otra parte, que siendo auxiliar de jardinería, según



el artículo 10 del Convenio Colectivo y de acuerdo con la doctrina constitucional que cita, no era obligatorio que se sometiera a reconocimiento médico de ninguna especie, al no ser imprescindible, ni indispensable, ni tampoco proporcional por cuanto en su quehacer diario, no manipula sustancias tóxicas al no tener que hacer preparaciones de abono, ni hacer trabajos en altura, ni utilizar maquinaria pesada, como sí lo hacen, en cambio, los trabajadores con categoría de jardinero, sin que concurra, en consecuencia, la presencia de riesgo específico que convierta al reconocimiento médico en obligatorio.

Aduce que es cierto que faltó al trabajo cuatro días, pero que ello se debió al disfrute de días de asuntos propios que nunca le fueron negados por la empresa, que fueron comunicados verbalmente a través de otro compañero y concluye en el sentido de que aun cuando la conducta del actor haya podido violentar los deberes derivados de la relación laboral, no alcanza la cuota de gravedad suficiente como para merecer la sanción de despido.

SEGUNDO .- Una parte del debate se sitúa en si la conducta del actor que contumazmente se negó a someterse al reconocimiento médico, forma parte de la excepción a la regla general sobre voluntariedad de los reconocimientos médicos, que se contempla en el artículo 22 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales .

En el relato fáctico sólo consta que el trabajador es auxiliar de jardinero. Esta categoría está comprendida, según el Convenio Colectivo de aplicación, en el grupo profesional de oficios manuales que desarrollan funciones de desfonde, cavado y escarda del terreno a mano, manipulación de tierras y abonos sin realizar preparaciones, transporte, carga y descarga de planta o cualquier otro género, riegos en general, limpieza de jardines (zonas verdes, pavimentos, papeleras, instalaciones de agua, etc.), siega del césped, recogida de elementos vegetales (ramas, hojas, césped, etc.), conducen los distintos tipos de transporte interno como dUMPERS y análogos y cumplan todas aquellas instrucciones manuales respecto a sus funciones que reciban de sus superiores o trabajadores de categoría superior.

Pues bien, se hace preciso analizar la doctrina que, sobre el alcance del artículo 22 de la LPRL , se contiene en la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de junio de 2015, (RS. nº 178/2014), la cual, razona lo siguiente:

<<... La propia jurisprudencia constitucional... 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 (LA LEY 2500/1978) , 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 (LA LEY 2437/2004)).

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 (LA LEY 2445- TC/1994), FJ 6 ; 143/1994, de 9 de mayo (LA LEY 2567- TC/1994), FJ 6 , y 25/2005, de 14 de febrero (LA LEY 462/2005) , FJ 6).

...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 (LA LEY 3838/1995) 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 trabajador tiene reconocido el derecho a la vigilancia de la salud (art. 14.2 LPRL (LA LEY 3838/1995)) como contenido de su genérico derecho a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo. De manera concordante, el art. 22 LPRL (LA LEY 3838/1995) prescribe que «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». Ese deber empresarial posee diversas manifestaciones, entre las que aparece el reconocimiento médico.

... La Directiva 89/391/CEE del Consejo, de 12 de junio de 1989 (LA LEY 3736/1989), relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo dedica su artículo 14 a la "Vigilancia de la salud" y pide que se adopten medidas para garantizar ese objetivo. Conforme a su número 2 , estas medidas permitirán que cada trabajador, si así lo deseara, pueda someterse a una vigilancia de salud a intervalos regulares.... El derecho del trabajador a preservar su intimidad personal cede así ante el derecho a la salud del resto de trabajadores que puedan verse afectados por el estado patológico de un compañero y el del empresario a conocer la existencia de enfermedades capaces de originar riesgos añadidos al puesto de trabajo



y situaciones de peligro para cuantos se relacionan con el trabajador enfermo, circunstancia en virtud de la cual se establecen tres excepciones a la regla general de voluntariedad.

... La interpretación del alcance que poseen las tres excepciones a la regla de voluntariedad no puede prescindir de los criterios sentados al respecto por el Tribunal Constitucional (art. 5.1 LOPJ (LA LEY 1694/1985)), especialmente contenidos en la SIC 196/2004, de 15 de noviembre de 2004 (LA LEY 2437/2004) . Por ello, de la regulación expuesta deben destacarse los siguientes caracteres y principios:

La determinación de una vigilancia periódica -y como regla general consentida- del estado de salud de los trabajadores en función de los riesgos inherentes a su actividad laboral.

La voluntariedad del sometimiento a los reconocimientos médicos.

La existencia de situaciones tasadas en las que resulta imprescindible la realización de las exploraciones médicas, limitándose así, excepcionalmente en esos casos, la libre determinación del sujeto.

El principio de la indispensabilidad de las pruebas y de su proporcionalidad al riesgo.

El necesario respeto del derecho a la intimidad, a la dignidad de la persona y a la confidencialidad de la información relacionada con su estado de salud.

El derecho del trabajador a conocer los resultados; la prohibición de utilización de los datos relativos a la vigilancia de la salud con fines discriminatorios o en perjuicio del trabajador.

La prohibición de comunicación de la información resultante, salvo que exista consentimiento expreso del trabajador.

La posibilidad de transmitir al empresario y a las personas u órganos con responsabilidades en materia de prevención únicamente las conclusiones que se deriven de las exploraciones, y con el exclusivo objeto de que puedan desarrollar sus funciones en materia preventiva.

...Preservando así la propia intimidad, tanto la Directiva Comunitaria cuanto el artículo 22.1 LPRL (LA LEY 3838/1995) acogen la voluntariedad como regla general.

De ahí que el párrafo 2 del art. 22.1 disponga que la vigilancia de la salud a través de los reconocimientos médicos sólo podrá realizarse, por regla general, cuando el trabajador preste su consentimiento. El trabajador, por tanto, será libre para decidir someterse o no a los controles médicos, permitiendo, en su caso, exploraciones y analíticas sobre datos corporales.

Que este sea el principio vertebral en la materia y que esté en juego la garantía de un derecho fundamental concuerda con el criterio interpretativo clásico de que las excepciones a la regla general habrán de interpretarse de manera restrictiva (favorabilia sunt amplianda, odiosa restringenda). El artículo 4.2 CC (LA LEY 1/1889) dispone que las normas excepcionales "no se aplicarán a supuestos ni en momentos distintos de los comprendidos expresamente en ellas".

Como ya dijera nuestra STS 28 diciembre 2006 (rec. 140/2005), (LA LEY 197370/2006) la regulación legal significa, en principio, que el empresario debe proponer los reconocimientos médicos, pudiendo el trabajador aceptar o rehusar su práctica. Es acorde, pues, esta norma preventiva con el art. 2.2 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo (LA LEY 1139/1982), sobre el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, que excluye la ilegitimidad de las intromisiones en el ámbito íntimo de la persona, cuando el titular del derecho hubiera otorgado su consentimiento expreso.

... La construcción constitucional general sobre los derechos fundamentales, de forma genérica, y sobre la intimidad, de manera específica, comporta su limitación como consecuencia de la interacción con otros.

El principio de libre determinación del sujeto se excepciona en los casos contemplados por el artículo 22.1 LPRL (LA LEY 3838/1995). Esa previsión adapta al campo de la salud laboral la lógica propia de la normativa sanitaria, que contempla también tratamientos médicos obligatorios en determinadas circunstancias (señaladamente, art. 9.2 de la Ley 41/2002, de 14 noviembre (LA LEY 1580/2002), básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica). Ahora bien, las excepciones contenidas en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (LA LEY 3838/1995) deberán cumplir ciertos requisitos para poder dar lugar a una imposición del control médico.

En la STS 28 diciembre 2006 (rec. 140/2005 (LA LEY 197370/2006)) ya explicitamos 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 se refieren los apartados 2 y 4 del repetido artículo 22 y tengan por objeto vigilar el estado de salud de los



trabajadores «en función de los riesgos inherentes al trabajo», de manera que solamente el exceso objetivo en el examen de 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.

Pero de las tres hipótesis contempladas como excepciones a la voluntariedad, aquí solo interesa examinar la segunda de ellas: cuando se trata de verificar «si el estado de salud del trabajador puede constituir un peligro para él mismo, para los demás trabajadores, o para terceras personas relacionadas con la empresa».

... El legislador admite la práctica obligatoria de reconocimientos cuando sea imprescindible 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.

Pero recordemos que, conforme a doctrina constitucional, "la obligatoriedad no puede imponerse si únicamente está en juego la salud del propio trabajador, sin el añadido de un riesgo o peligro cierto objetivable, pues aquél es libre para disponer de la vigilancia de su salud sometiendo o no a los reconocimientos en atención a las circunstancias y valoraciones que estime pertinentes para la decisión" (STC 196/2004 (LA LEY 2437/2004)).

... La jurisprudencia constitucional ya citada ha examinado los supuestos de reconocimiento obligatorio y ha concluido que "un riesgo efectivo en la salud por las características personales, anatómicas o biológicas del sujeto o por razones objetivas del puesto de trabajo", o bien deben concurrir "factores objetivos o indicios racionales de afectación que conecten el caso concreto con previsiones legales como las de los arts. 25.1, Segundo párrafo, LPRL (LA LEY 3838/1995) , o 196, apartados 1 y 3, LGSS».

En síntesis, pues, la obligatoriedad sólo puede imponerse si existe un riesgo o peligro objetivable...>>.

Y en el caso, entendemos no se ha acreditado, en modo alguno, que el trabajador debiera someterse al reconocimiento médico, de manera obligatoria, por lo que sigue primando la regla general de voluntariedad en la práctica del reconocimiento médico y por ello, a nuestro juicio, el trabajador no ha incurrido en la falta de desobediencia que se le imputa y ello por cuanto no se ha realizado una sola alegación sobre que el reconocimiento fuera encaminado a la evitación y prevención de riesgos y peligros relacionados con la salud, con identificación de cuáles, que justifique que el derecho a la intimidad ceda ante ese interés general de defensa del derecho a la salud del resto de la plantilla, siendo imprescindible para verificar si el estado de salud del trabajador puede constituir un peligro no sólo para el mismo, sino también para los demás trabajadores o para otras personas relacionadas con la empresa.

Se desconoce el motivo por el que la empresa decidió la práctica de los reconocimientos y si pretendía garantizar la salud del demandante o evitar <<un riesgo o peligro cierto objetivable>>, si existían o no opciones alternativas al reconocimiento instaurado como obligatorio, más respetuosas con el derecho a la intimidad del actor y sobre todo, el resultado de la evaluación de los riesgos a los que se estimó estaba sometido el trabajo del demandante, informándose previamente por la representación de los trabajadores, tal y como exige el artículo 22 de la LPRL al que se remite el artículo 42 del Convenio Colectivo , pues de todas esas circunstancias no existe ningún tipo de constancia en el relato fáctico, ni la empresa ha interesado ni una sola rectificación de hecho, para tratar de dejar constancia de que el trabajador percibía un plus de penosidad, toxicidad y peligrosidad como alega en su escrito de impugnación del recurso.

De este modo, entendemos como decimos, que no hay desobediencia sancionable con la falta impuesta y ello conduce, igualmente a entender, que tampoco cabe hablar de reincidencia, si la falta, en relación a la que se aprecia, no era constitutiva de ilícito laboral de ninguna especie.

TERCERO. - Sin embargo y pese a todo lo que acabamos de razonar en el fundamento que precede, el recurso no prospera, pues aun cuando el artículo 19 del Convenio Colectivo de aplicación reconoce a favor del trabajador, como permiso especial retribuido, seis días anuales de asuntos propios que tendrán la consideración de jornada efectiva de trabajo a los efectos de determinar el cumplimiento de la jornada ordinaria anual, dicho precepto también impone la obligación de << avisar su disfrute con la mayor antelación posible, y en todo caso con al menos 48 horas a su disfrute, salvo caso de fuerza mayor>> en lógica coherencia con el artículo 22 del Convenio Colectivo , que tipifica como falta leve, la falta de comunicación, con carácter previo, de la ausencia al trabajo y de no justificación dentro de las 24 horas siguientes la razón que la motivó, salvo imposibilidad de hacerlo, siendo falta muy grave, según el artículo 24 del Convenio, la de faltar al trabajo más de dos días al mes, sin causa o motivo que lo justifique y en el caso, el relato fáctico es claro, cuando declara que el trabajador fue dado de alta médica el día 10 de abril de 2014, si bien no se incorporó a su puesto de trabajo hasta el día 21 de abril de 2014, aduciendo que se había tomado como días de asuntos propios los días 11, 14, 15 y 16 de abril de 2014, por lo que, la ausencia al trabajo durante cuatro días, sin comunicación a la empresa, sirviéndose de un conducto inadecuado, integra el supuesto tipificado en el Convenio como falta muy grave sancionable con



despido y ello conduce a la desestimación el recurso y a la confirmación, aun cuando por motivos diversos, de la sentencia de instancia.

FALLAMOS

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación Letrada de D. Feliciano , contra la sentencia nº 137/2015, dictada el veintiuno de abril de dos mil quince por el Juzgado de lo Social nº 17 de Madrid , en autos nº 667/2014, promovidos a instancia del recurrente contra IMESAPI, S.A., que confirmamos.

Sin costas.

Dese a los depósitos y consignaciones, el destino legal.

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

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.

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. Siendo requisito necesario que en dicho plazo se nombre al letrado que ha de interponerlo. Igualmente será requisito necesario que el recurrente que no tenga la condición de trabajador ,causahabiente suyo o beneficiario del Régimen Publico de la Seguridad Social o no gozare del derecho de asistencia jurídica gratuita, acredite ante esta Sala al tiempo de preparar el recurso haber depositado 600 euros, conforme al artículo 229 de la LRJS , y consignado el importe de la condena cuando proceda, presentando resguardos acreditativos de haber efectuado ambos ingresos, separadamente en la cuenta corriente nº 2876-0000-00-0731-15 que esta sección tiene abierta en BANCO DE SANTANDER sita en PS. del General Martínez Campos, 35; 28010 Madrid, pudiendo en su caso sustituir la consignación de la condena en metálico por el aseguramiento de la misma mediante el correspondiente aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por la entidad de crédito (art.230.1 L.R.J.S).

Se puede realizar el ingreso por transferencia bancaria desde una cuenta corriente abierta en cualquier entidad bancaria distinta de BANCO DE SANTANDER. Para ello ha de seguir todos los pasos siguientes:

Emitir la transferencia a la cuenta bancaria siguiente: IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274. En el campo ordenante, se indicará como mínimo el nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso y si es posible, el nif /cif de la misma. En el campo beneficiario, se identificará al juzgado o tribunal que ordena el ingreso. En el campo "observaciones o concepto de la transferencia", se consignarán los 16 dígitos que corresponden al procedimiento 2876-0000-00-0731-15.

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

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

PUBLICACIÓN

Publicada y leída fue la anterior sentencia el día 21-1-2016 por el/la Ilmo/a. Sr/a. Magistrado-Ponente en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.