



Roj: **STSJ CL 3045/2021 - ECLI:ES:TSJCL:2021:3045**

Id Cendoj: **09059340012021100398**

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

Sede: **Burgos**

Sección: **1**

Fecha: **03/09/2021**

Nº de Recurso: **432/2021**

Nº de Resolución: **402/2021**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **JESUS CARLOS GALAN PARADA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJSO 2069/2021,**  
**STSJ CL 3045/2021**

**T.S.J.CASTILLA-LEON SALA SOCIAL 1**

**BURGOS**

**SENTENCIA: 00402/2021**

**RECURSO DE SUPLICACION Num.: 432/2021**

**Ponente Ilmo. Sr. D. Jesus Carlos Galan Parada**

**Secretaría de Sala: Sra. Carrero Rodríguez**

**SALA DE LO SOCIAL**

**DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE**

**CASTILLA Y LEÓN.- BURGOS**

**SENTENCIA Nº : 402/2021**

**Señores:**

**Ilmo. Sr. D. Carlos Martínez Toral**

**Presidente Accidental**

**Ilmo. Sr. D. Jesús Carlos Galán Parada**

**Magistrado**

**Ilmo. Sr. D. Carlos Javier Álvarez Fernández**

**Magistrado**

En la ciudad de Burgos, a tres de Septiembre de dos mil veintiuno.

En el **recurso de Suplicación número 432/2021** interpuesto por **D. Gerardo** , frente a la sentencia dictada por el **Juzgado de lo Social de SEGOVIA** en autos número 262/2020 seguidos a instancia del recurrente , contra **VASBE, S.L.**, siendo parte el **MINISTERIO FISCAL** , en reclamación sobre **DESPIDO** . Ha actuado como Ponente el **Ilmo. Sr. D. JESUS CARLOS GALAN PARADA** que expresa el parecer de la Sala.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** En el Juzgado de lo Social de referencia, tuvo entrada demanda suscrita por la parte actora en la que solicita se dicte sentencia en los términos que figuran en el suplico de la misma. Admitida la demanda



a trámite y celebrado el oportuno juicio oral, se dictó sentencia con fecha 10 de Marzo de 2021 cuya parte dispositiva dice: Que, **DESESTIMANDO** la demanda promovida por D. Gerardo , contra la empresa VASBE, S.L., absuelvo a la referida parte demandada de todos los pedimentos efectuados en su contra.

**SEGUNDO.-** En dicha sentencia, y como hechos probados, se declaraban los siguientes: **PRIMERO.-** D. Gerardo ha venido prestando sus servicios por cuenta de la empresa VASBE, S.L., con antigüedad de 1 de abril de 2001, en virtud de contrato de trabajo indefinido, con la categoría profesional de vigilante de seguridad sin arma, realizando las funciones propias de su grupo profesional de vigilante de seguridad, a tiempo parcial 805,58 horas anuales, percibiendo un salario mensual por importe de 822,19 €, con inclusión de prorratas de pagas extraordinarias (Recibos de salario de la última anualidad por reproducidos).

**SEGUNDO.-** El actor desempeñaba su trabajo en las sedes de Juzgado de lo Penal y del Palacio de Justicia de Segovia.

**TERCERO.-** El actor fue subrogado por la empresa demandada en fecha 01-08-2002, con una jornada de trabajo del 50%. En el periodo de 01-07-2009 a 30-11-2009, la jornada de trabajo del actor se amplió hasta la jornada completa.

Desde el 01-12-2009, el actor presta servicios a jornada parcial, 50% de la jornada ordinaria.

**CUARTO.-** En fecha 22 de abril de 2020 la empleadora demandada notifica al actor mediante burofax, carta de despido disciplinario de fecha 21 de abril de 2020, con efectos de 21 de abril de 2020 (que se da por reproducida), aduciendo como causa de despido la comisión de dos faltas disciplinarias: la primera de carácter muy grave por "la indisciplina y desobediencia en el trabajo", y la segunda de carácter muy grave "la transgresión de la buena fe contractual y el abuso de confianza en el desempeño del trabajo", tipificadas en el art. 54.2 del E.T.

(Doc. nº 1 de la demanda).

**QUINTO.-** Los días 2, 3, 6 y 7 de abril de 2020 el actor tenía asignado servicio de vigilancia en las dependencias del Palacio de Justicia de Segovia, turno de tarde de 17.00 a 20.00 horas.

**SEXTO.-** El trabajador acudió a su puesto de trabajo con síntomas evidentes compatibles con la Covid-19 los días 2, 3 y 6 de abril de 2020, causando baja derivada de incapacidad temporal por contingencias comunes el día 7 de abril de 2020, con diagnóstico "enfermedad por Coronavirus 2019".

**SEPTIMO.-** En fecha 7 de abril de 2020 el Presidente de la Audiencia Provincial de Segovia dictó Acuerdo Gubernativo acordando, entre otros extremos, la prohibición de la entrada al Palacio de Justicia de D. Gerardo , ordenando comunicar al Presidente del TSJ incidencia relativa a la comunicación por parte de la Gerencia del Ministerio de Justicia, de la asistencia al centro de trabajo del citado vigilante de seguridad con síntomas compatibles con Covid-19.

Ordenó desinfectar el edificio judicial y clausurar la dependencia del control de seguridad.

Acordó que "si un juez o funcionario hubiese mantenido contacto estrecho con el afectado, deberá proceder según directrices sanitarias, con cuarentena preventiva y comunicación a sus superiores".

**OCTAVO.-** La empresa recibió escrito de queja del Presidente de la Audiencia Provincial de Segovia el día 14 de abril de 2020, refiriendo que la Gerencia Territorial del Ministerio de Justicia había informado que había causado baja laboral con síntomas de Covid-19, y que "ante el evidente riesgo que ha causado a todo el personal del Palacio de Justicia en servicios esenciales que deben acceder por el control de entrada donde tiene su puesto de trabajo, esa Presidencia acordó la prohibición de su entrada al Palacio de Justicia desde ese mismo día", instando a la empresa a que el trabajador no vuelva a ser destinado a dependencias judiciales y específicamente al Palacio de Justicia.

**NOVENO.-** La empresa estableció un protocolo de actuación sobre la manera de proceder en caso de presentar síntomas de contagio por virus Covid-19 o haber estado en contacto con personas de riesgo.

Dicho protocolo no consta notificado al trabajador.

**DECIMO.-** El resultado de la PCR realizada al actor en el Centro de Salud de San Ildefonso en fecha 17-04-2020, fue negativo a Sars- Cov-2, y fue remitido por el trabajador a la empresa en fecha 22 de abril de 2020, junto con un correo electrónico, manifestando que aunque "su esposa sí lo ha tenido", desde el 16 de marzo "fui a una casa de mi hermana".

**UNDECIMO.-** El trabajador causó alta por mejoría que permite realizar su trabajo en fecha 22 de abril de 2020.



**DUODECIMO.-** El actor no ostenta ni ha ostentado en el año anterior la cualidad de representante legal o sindical de los trabajadores.

**DECIMOTERCERO.-** Es aplicable el Convenio colectivo estatal de empresas de seguridad privada, publicado en el BOE de 01-02-2018.

**DECIMOCUARTO.-** En fecha 27 de abril de 2020 el actor presentó la preceptiva papeleta de conciliación, y se intentó, sin avenencia, el preceptivo acto de conciliación ante el SMAC, el 22 de junio de 2020.

**TERCERO.-** Contra dicha sentencia, interpuso recurso de Suplicación D. Gerardo, habiendo sido impugnado por VASBE S.L. y MINISTERIO FISCAL. Elevados los autos a este Tribunal y comunicada a las partes la designación del Ponente, le fueron, a éste, pasados los autos para su examen y resolución por la Sala.

**CUARTO.-** En la resolución del presente recurso se han observado, en sustancia, las prescripciones legales vigentes.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Frente a la sentencia de instancia desestimatoria de la demanda interpuesta en impugnación por despido, se alza la parte actora en suplicación, destinando su recurso tanto a la revisión de los hechos declarados probados como a la censura jurídica.

En concreto, al amparo del art. 193.b) de la LRJS, se interesa la eliminación del siguiente texto en el ordinal fáctico 6º: "El trabajador acudió a su puesto de trabajo con síntomas evidentes compatibles con COVID-19 los días 2, 3 y 6 de abril de 2020". Se funda la pretensión en la falta de acreditación de tal hecho.

No es posible admitir el motivo porque en este excepcional recurso no cabe negar los hechos declarados por el juez de instancia con base en la inexistencia de prueba, siguiendo constante doctrina jurisprudencial, reflejada en las sentencias del Tribunal Supremo, de 20 de septiembre de 2005 y 26 de marzo de 1996, en el sentido de que "la mera alegación de prueba negativa no puede fundar la denuncia de un error de hecho en casación (sentencia de 26 de septiembre de 1995 y las que en ella se citan)". En igual sentido, las sentencias del Tribunal Supremo 14 de enero, 23 de octubre, 10 de noviembre de 1986 y 17 de octubre de 1990.

Es más, la juzgadora expone en el fundamento de derecho 2º la fuente de conocimiento de su afirmación, que no versa sobre la realidad del contagio sino que se refiere a la presencia en el trabajador de síntomas compatibles con él, contenido que extrae de escrito de queja del presidente de la Audiencia Provincial y acuerdo gubernativo a los que se refieren los hechos probados 7º y 8º. Esta valoración, objetiva, imparcial y no desvirtuada por prueba alguna, es compatible con el resultado negativo de la PCR practicada con posterioridad pues la sentencia no afirma la existencia de la enfermedad sino la concordancia con ella de los signos patológicos apreciados.

**SEGUNDO.-** En el ámbito del art. 193.c) de la LRJS se denuncia infracción del art. 55.5 del ET, alegándose la vulneración del derecho a la no discriminación al amparo del art. 14 CE y el derecho a la integridad física y moral en virtud del art. 18 CE.

Comenzaremos por rechazar la alegación de cuestión nueva realizada por la parte impugnante. Basta con examinar la demanda para advertir que en el párrafo 3º de su hecho 3º se hace referencia a un trato vejatorio y discriminatorio y que en su fundamento de derecho II se cita el derecho a la no discriminación a la integridad física y moral.

Dicho esto, el recurrente vincula su despido con el hecho de ser sospechoso de padecer una enfermedad infecciosa y contagiosa susceptible de ser considerada como estigmatizante, máxime en un supuesto, como el que nos ocupa, en el que se desempeña una actividad de cara al público, lo que puede generar actitudes de rechazo por riesgo de contagio.

El argumento no puede ser aceptado. En el presente supuesto el despido no se ha producido porque el actor fuese sospechoso de haber sido contagiado por el COVID-19, sino por haber incumplido el protocolo de actuación establecido por el servicio de prevención de riesgos laborales ante la presencia de síntomas compatibles, con riesgo para el público en general y para el personal del Palacio de Justicia en particular. No es cierto que, como se afirma en el recurso, la empresa funde el despido en "una supuesta sintomatología" del trabajador, sino que lo hace en lo que considera un comportamiento imprudente que puso en riesgo la salud de los usuarios y empleados del servicio público de Justicia. El quebranto determinante de la decisión empresarial no está, por tanto, relacionado con la enfermedad misma y su posible efecto estigmatizante, sino con la transgresión grave y culpable de los deberes laborales ordinarios de buena fe contractual, prevención de riesgos laborales y obediencia derivados de los arts. 5. a), b) y c) del ET, carentes por sí mismos de



vinculación con derechos fundamentales y, en particular, con los referidos a la prohibición de discriminación y a la integridad física y moral (sobre este último, por otra parte, nada se justifica y argumenta en el recurso). En igual sentido, STSJ de La Rioja de 13.5.2021, rec. 55/2021.

**TERCERO.-** Subsidiariamente, y con idéntico amparo procesal, se denuncia la infracción del art. 55.4 del ET. A través de este motivo se ataca la declaración de procedencia del despido que la sentencia funda en el art. 54.2.d) del ET por transgresión de la buena fe contractual, calificación que, existiendo un régimen disciplinario específico en el convenio colectivo de empresas de seguridad 2018, cede ante la regulación convencional en aplicación del principio de especialidad propio del derecho sancionador, según el cual, si la conducta está concretamente descrita en un tipo legal, no cabe el recurso a otro tipo genérico en el que también pudiera encajar, pues prevalece la regla especial.

En concreto, el 74.4 del citado texto en su versión de 2018, contempla como falta muy grave la deslealtad durante el desempeño de las tareas, concepto que, como ha señalado esta Sala en numerosas ocasiones (entre otras, sentencias de 6.6.2013 y 19.2.2015), implica una conducta contraria a la que ha de observar el trabajador respecto de la empresa como consecuencia del postulado de fidelidad y que consiste en la eliminación voluntaria de los valores éticos que deben inspirar al trabajador en el cumplimiento de los deberes básicos que el nexo laboral impone. La carta de despido aplica, por otra parte, el art. 73.4 del convenio ("desobediencia grave a los superiores en materia de trabajo"), que constituye falta muy grave cuando "implicase quebranto manifiesto a la disciplina o de ella se derivase perjuicio notorio para la Empresa, compañeros de trabajo o público", y el 74.22, que alude a "la imprudencia en acto de servicio. Si implicase riesgo de accidente para sí o para compañeros o personal y público, o peligro de averías para las instalaciones".

Analizando cada uno de los tipos disciplinarios reseñados, no resulta de los hechos probados que el eventual riesgo causado estuviese vinculado a un accidente o a una avería, por lo que en ningún caso puede considerarse la falta de imprudencia, cuya especial cualificación depende, según la literalidad de la norma, de la concurrencia de alguna de estas condiciones. Los otros dos derivan de un eventual incumplimiento por parte del trabajador del protocolo de actuación sobre la manera de proceder en caso de síntomas de contagio por COVID 19 o contacto con personas de riesgo, pero ambos quedan decisivamente afectados por un aspecto capital, recogido en el hecho probado 9º de la sentencia de instancia, cual es la falta de constancia de notificación al trabajador del citado protocolo.

Y es que la gravedad y culpabilidad exigibles en cualquiera de esas infracciones imponían un conocimiento preciso por parte del trabajador de las reglas de actuación a seguir en una situación tan excepcional como la descrita, tanto para la delimitación de un cumplimiento leal y ético de las obligaciones del contrato de trabajo como para la definición de las facultades directivas empresariales determinantes de un correlativo deber de obediencia por parte del trabajador. Se trataba de que éste tuviese un perfecto entendimiento de la conducta que estaba obligado a seguir en una situación tan inédita y extraordinaria a fin de definir sus deberes en materia preventiva, pero, como hemos indicado, no consta que el protocolo establecido al efecto fuese conocido por el trabajador.

Por otra parte, en el relato fáctico de la sentencia no se recoge orden empresarial alguna destinada al trabajador en relación con su enfermedad (que, además, no se ha demostrado existente dado el resultado negativo de la única prueba realizada). Tampoco consta que se le ordenase por la empleadora abandonar el puesto de trabajo antes del 7 de abril de 2020, fecha de la baja por incapacidad temporal.

En definitiva, difícilmente puede achacarse al recurrente una actitud incumplidora consciente y/o abusiva cuando no se contempla un cabal conocimiento por su parte del comportamiento exigido por la empresa ni una actitud proactiva de ésta en orden a facilitárselo. Por ello, y atendiendo a criterios de proporcionalidad y gradualidad en función de las circunstancias concurrentes, concluimos que, en los términos que se han dado por probados, no concurren la gravedad y culpabilidad exigibles para justificar un despido disciplinario. Procede, en consecuencia, declarar su improcedencia conforme a los arts. 55.4 ET y 108 LRJS, con los efectos previstos en los arts. 56 ET y 110 LRJS. En igual sentido, entre otras, STSJ de Galicia de 14.5.2021, rec. 1075/2021.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español,

## FALLAMOS

Que **DEBEMOS ESTIMAR Y ESTIMAMOS**, en su petición subsidiaria, el recurso de suplicación interpuesto por D. Gerardo contra la sentencia dictada en fecha 10 de marzo de 2021 por el Juzgado de lo Social de Segovia en autos 262/2020, en virtud de demanda promovida por el recurrente frente a VASBE S.L. en materia de despido, con intervención del MINISTERIO FISCAL y, en consecuencia, **revocamos** la citada resolución y



declaramos la improcedencia del despido del recurrente, condenando a la empresa recurrida a estar y pasar por tal declaración y a que, en un plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia, opte entre readmitirle en el mismo puesto, condiciones y efectos, o indemnizarle en la suma de 19.462,25 €, con abono, en el primer caso, de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la notificación de la sentencia. Sin costas.

Notifíquese la presente resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León en la forma prevenida en el artículo 97 de la L.R.J.S. y 248.4 de la L.O.P.J. y sus concordantes, haciéndoles saber que contra esta resolución cabe recurso de Casación para la Unificación de Doctrina para ante el Tribunal Supremo, significándoles que dicho recurso habrá de prepararse ante esta Sala en el plazo de los DIEZ DIAS siguientes a la notificación, mediante escrito ajustado a los requisitos legales contenidos en los artículos 220 y 221 de la L.R.J.S., con firma de Abogado o de Graduado Social Colegiado designado en legal forma conforme al art. 231 de la citada Ley.

Se deberá ingresar como depósito la cantidad de 600 € conforme a lo establecido en el artículo 229.1.b de la L.R.J.S., asimismo será necesaria la consignación por el importe de la condena conforme a los supuestos previstos en el art. 230 de la mencionada Ley, salvo que el recurrente estuviera exento por Ley o gozare del beneficio de justicia gratuita.

Dichas consignación y depósito deberán efectuarse en la cuenta corriente de esta Sala, bajo la designación de Depósitos y Consignaciones, abierta en la Entidad Bancaria Santander, cuenta nº ES55 0049 3569 9200 0500 1274, en cualquiera de sus sucursales, incluyendo en el concepto los dígitos 1062.0000.65.0432.21

Se encuentran exceptuados de hacer los anteriormente mencionados ingresos, los Organismos y Entidades enumerados en el punto 4 del artículo 229 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

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