

## **El TSJ de Galicia considera improcedente el despido de un trabajador que se negó a realizar un viaje al ser un paciente de riesgo a la Covid-19**

### **Confirma la Sala la sentencia que declaró improcedente el despido disciplinario del actor que se negó a realizar un viaje encomendado por la empresa ahora recurrente.**

Si bien la desobediencia que se le imputa al trabajador demandante existió, la misma resulta desvirtuada por la patología que sufre y que le convierte en un paciente de riesgo a la infección por Covid-19, no reuniendo la falta de desobediencia las notas de gravedad y culpabilidad suficientes para ser constitutivas del un despido disciplinario, tal y como exige el art. 54 del ET.

Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social

Sede: Coruña (A)

Sección: 1

Fecha: 01/02/2021

Nº de Recurso: 4081/2020

Nº de Resolución:

Procedimiento: Recurso de suplicación

Ponente: MARIA ANTONIA REY EIBE

Tipo de Resolución: Sentencia

### **TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE GALICIA**

#### **Sala de lo Social**

#### **SENTENCIA**

En A CORUÑA, a uno de febrero de dos mil veintiuno.

Tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, la T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL, 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 SUPLICACION 0004081/2020, formalizado por el letrado D. Emilio de Sola Díaz, en nombre y representación de RF GESTEIRO E HIJOS SL, contra la sentencia dictada por XDO. DO SOCIAL N. 4 de VIGO en el procedimiento DESPIDO/CESES EN GENERAL 0000359/2020, seguido a instancia de D. Damaso frente a la empresa RF GESTEIRO E HIJOS SL, siendo Magistrada-Ponente la Ilma. Sra. D.ª MARÍA ANTONIA REY EIBE.

De las actuaciones se deducen los siguientes:

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO: D. Damaso presentó demanda contra la empresa RF GESTEIRO E HIJOS SL, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia de fecha veintisiete de agosto de dos mil veinte.

SEGUNDO: En la sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos expresamente declarados probados: "Primero.- El demandante D. Damaso, mayor de edad, viene

prestando servicios para la empresa R.F. GESTEIRO E HIJOS, S.L., desde el día 02-01-18, con la categoría profesional de conductor y un salario mensual de 1.371,75 euros, incluido prorrateo de pagas extraordinarias. - Segundo.- Por carta de fecha 21-04-20, se le comunicó su despido con efectos desde el 21-04-20 en base a los siguientes hechos:

"Ayer día 20 de Abril tras varias conversaciones telefónicas y comunicaciones por wasap en las que se le comunicaba que debía de hacer un viaje con mercancías para Inglaterra para uno de nuestros mejores clientes, en dichas conversaciones y comunicaciones escritas, el trabajador se ha negado a realizar dicho servicio sin dar ningún tipo de explicación". Damos aquí por reproducida íntegramente la carta obrante al folio 6 de los autos. - Tercero.- El día 20 de abril, tras ser requerido para realizar un viaje a Inglaterra, el actor se negó alegando que antes tenían que enseñarle "en donde pone en mi contrato que tengo que hacer internacional". - Cuarto.- Ese mismo día le fue expedido parte de baja médica, con el diagnóstico Z20.828, siendo dado de alta el día 27.

El actor está diagnosticado de enfermedad pulmonar obstructiva crónica con patrón mixto y reagudizaciones en alguna ocasión. - Quinto.- Presentada la papeleta de conciliación ante el S. M. A. C. el día 05-05-20, la misma tuvo lugar en fecha 17-06-20 con el resultado de sin avenencia, presentando demanda el actor el día 22-06-20." TERCERO: En la sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva: "Que estimando la demanda interpuesta por D. Damaso, debo declarar y declaro improcedente el despido de que fue objeto el mismo con fecha 21-04-20 por parte de la empresa R.F. GESTEIRO E HIJOS,S.L., a la que condeno a que en el plazo de cinco días desde la notificación de esta resolución opte entre la readmisión con abono de los salarios de tramitación, o satisfacerle una indemnización de 3.472,59 euros, advirtiéndole a la citada empresa que en caso de no optar en el plazo expresado se entenderá que procede la readmisión." CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por la empresa RF GESTEIRO E HIJOS SL formalizándolo posteriormente. Tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte.

QUINTO: Elevados por el Juzgado de referencia los autos principales, a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en esta T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL en fecha 04/11/2020.

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

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

PRIMERO.- Frente a la sentencia de instancia que estima la demanda y declara la improcedencia del despido del actor, recurre en suplicación la empresa demandada, denunciado un único motivo, en sede jurídica y con amparo procesal en el art 193,c) de la LRJS infracción por interpretación errónea del art 54,2b) del ET. Sostiene la recurrente que el trabajador se negó a realizar un servicio, sin mayor justificación que su propia negativa. Y la empresa únicamente puede tomar decisiones basadas en la información que le suministre un trabajador, y éste en el caso que nos ocupa, de manera consciente omitió comunicar sus patologías previas y nada indicó sobre la baja obtenida el día 20 de abril, hasta varios meses más tarde cuando ya estaba despedido; que la presentación en vía judicial de una justificación ex post que no ha sido facilitada a la empresa no desvirtúa los hechos que se plasman en la carta de despido; esto es, que la empresa dio una orden directa al trabajador para realizar un encargo, que este lo rechazó sin justificar tal actuación. Y que además tales hechos conocidos por la empresa a raíz del procedimiento judicial (omisión maliciosa por parte de trabajador de las circunstancias que podrían haber justificado), si no se hubiesen presentado extemporáneamente constituirían una transgresión de la buena fe contractual justificativa del despido.

SEGUNDO.- Para la solución de la cuestión debatida hay que partir del inalterado por no combatido relato fáctico de la sentencia de instancia a cuyo tenor 1.º) "Por carta de fecha 21-04-20, se le comunicó su despido con efectos desde el 21-04-20 en base a los siguientes hechos: "Ayer día 20 de

Abril tras varias conversaciones telefónicas y comunicaciones por whatsapp en las que se le comunicaba que debía de hacer un viaje con mercancías para Inglaterra para uno de nuestros mejores clientes, en dichas conversaciones y comunicaciones escritas, el trabajador se ha negado a realizar dicho servicio sin dar ningún tipo de explicación". Damos aquí por reproducida íntegramente la carta obrante al folio 6 de los autos 2.º) "El día 20 de abril tras ser requerido para realizar una viaje a Inglaterra, el actor se negó alegando que antes tenía que enseñarle "en donde pone en mi contrato que tengo que hacer internacional". Y 3.º) "Ese mismo día le fue expedido parte de baja médica, con el diagnóstico Z20.828, siendo dado de alta el día 27. El actor está diagnosticado de enfermedad pulmonar obstructiva crónica con patrón mixto y reagudizaciones en alguna ocasión".

Y a la vista de lo expuesto el recurso no puede ser estimado pues al actor se le sanciona con el despido en base a que la negativa a realizar el viaje que le había sido encomendado sin dar ningún tipo de explicación constituye una falta de desobediencia muy grave de conformidad con lo dispuesto en el art 54,2,b del ET, a cuyo tenor considera incumplimiento contractual grave sancionado con el despido la sanción impuesta la indisciplina o desobediencia en el trabajo.

Y si bien la desobediencia que se le imputa al trabajador demandante ha existido, como se plasma en el relato fáctico de la resolución impugnada tal circunstancia que no se obvia, resulta desvirtuada en atención al requisito de la gravedad en el caso que nos ocupa, en cuanto a la desobediencia por cuanto que el actor era un paciente de riesgo por COVID 19, y presentaba una patología de EPOC con patrón mixto, motivo por el que se expidió la baja el mismo día de la negativa, no constando en la sentencia dato alguno del momento en el que se emitió la baja si fue anterior o no, a la negativa al realizar el viaje.

Es cierto que el actor podía tener una causa justificada para no realizar el viaje, por tratarse de un paciente de riesgo a la infección por COVID 19, motivo por el que se le expidió la baja por riesgo de contagio y que desde luego estaba amparado al menos, para justificar la no realización del viaje que le había sido encomendado, así lo razona la juzgadora de instancia que tras valorar la prueba practicada considera que el trabajador estaba justificado para no realizar el viaje y que tenía tres días para comunicar la baja a la empresa desde su expedición; y que también, y ello constituye el eje fundamental de la decisión de la cuestión debatida, cual es que el trabajador omitió en su negativa en el momento de la orden, la información que justificaría la no realización del viaje y no lo hizo, lo que denota una falta de desobediencia, pero las circunstancias expuestas gradúan la gravedad en la conducta del actor, en cuanto a los requisitos que tiene que reunir la desobediencia;

esto es, grave, injustificada y trascendente, a los efectos acordados por la empresa demandada, en atención al desarrollo de las circunstancias concurrentes a tenor de la prueba practicada valorada por la magistrada de instancia, por lo que dicho motivo de recurso ha de ser desestimado.

A igual conclusión se llega en virtud de los hechos analizados y razonamientos expuestos, en relación con la denuncia del art 54,2d) del ET en cuanto a la transgresión de la buena fe contractual y abuso de confianza que además de que dicha calificación no aparece mencionada en la carta de despido, pero que admitimos por cuanto que deriva de los mismos hechos y que se resuelve conjuntamente con la falta de desobediencia en la resolución impugnada no reúnen, en atención a lo expuesto las notas de gravedad y culpabilidad suficientes para ser constitutivas del despido impugnado.

En consecuencia se impone la desestimación del recurso y la confirmación de la sentencia de instancia Por todo lo expuesto:

## FALLAMOS

Que Desestimando el Recurso de Suplicación interpuesto por la empresa "RF Gesteiro e Hijos SL" contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social Número Cuatro de Vigo de fecha 27 de agosto de 2020, debemos confirmar íntegramente la resolución recurrida.

Notifíquese la presente resolución a las partes y al Ministerio Fiscal.

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

Si el recurrente no tuviera la condición de trabajador o beneficiario del régimen público de seguridad social deberá efectuar:

- El depósito de 600 € en la cuenta de 16 dígitos de esta Sala, abierta en el Banco de SANTANDER (BANESTO) con el n.º 1552 0000 37 seguida del cuatro dígitos correspondientes al n.º del recurso y dos dígitos del año del mismo.

- Asimismo si hay cantidad de condena deberá consignarla en la misma cuenta, pero con el código 80 en vez del 37 ó bien presentar aval bancario solidario en forma.

- Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria desde una cuenta abierta en cualquier entidad bancaria distinta, habrá que emitirla a la cuenta de veinte dígitos 0049 3569 92 0005001274 y hacer constar en el campo "Observaciones ó Concepto de la transferencia" los 16 dígitos que corresponden al procedimiento ( 1552 0000 80 ó 37 \*\*\*\* ++).

Una vez firme, expídase certificación para constancia en el Rollo que se archivará en este Tribunal incorporándose el original al correspondiente Libro de Sentencias, previa devolución de los autos al Juzgado de lo Social de procedencia.

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