

Juzgado de lo Social

JS de Gijón (Principado de Asturias) Sentencia num. 265/2020 de 4 noviembre

JUR\2021\26395



DESPIDO DISCIPLINARIO PROCEDENTE: mensajero que desobedeció la orden expresa de lavado de manos y uso de mascarilla en la recogida de pedidos y reticente para recoger los equipos de protección individual: indisciplina y desobediencia graves, relevantes y trascendentes en el contexto tan extraordinario en el que nos encontramos de pandemia; notificación válida del despido que no recogió: hecho imputable al trabajador.

ECLI:ECLI:ES:JSO:2020:5192

Jurisdicción:Social

Procedimiento 298/2020

Ponente:Ilmo. Sr. D. Francisca Sabater Díez de Tejada

JDO. DE LO SOCIAL N. 4

GIJON

SENTENCIA: 00265/2020

JDO. DE LO SOCIAL N. 4 DE GIJON

PLAZA DECANO EDUARDO IBASETA S/N (NUEVO PALACIO DE JUSTICIA DE GIJON)

Tfno: 985176285-985176197

Fax: 985176618

Correo Electrónico:

Equipo/usuario: FSD

NIG: 33024 44 4 2020 0001167

Modelo: N02700

DSP DESPIDO/CESES EN GENERAL 0000298 /2020

Procedimiento origen: /

Sobre: DESPIDO

DEMANDANTE/S D/ña: Ruperto

ABOGADO/A:

PROCURADOR:

GRADUADO/A SOCIAL: BORJA VEGA PEON

DEMANDADO/S D/ña: MINISTERIO FISCAL (MINISTERIO FISCAL), NEW DRIVER ETT, S.L.

ABOGADO/A: , ANTONIO OLMO FERRER

PROCURADOR: ,

GRADUADO/A SOCIAL: ,

En Gijón, a 4 de noviembre de 2020

Dña. Francisca Sabater Díez de Tejada, Magistrado- Juez del Juzgado de lo Social número 4 de Gijón, ha visto los presentes autos, repartidos por la oficina del Decanato y tramitados en este Juzgado con el n.º298/2020 sobre DESPIDO a instancia de D. Ruperto representada por la Letrado D. Borja Vega Peón frente a EMPRESA NEW DRIVER ETT.S.L. representado por el Letrado Dña. Daniel Sánchez Díaz teniendo en consideración los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO

Con fecha 25 de junio de 2020 la parte actora presentó demanda en la que, tras la relación de Hechos y Fundamentos de Derecho, suplicaba se dictase Sentencia por la que se declárasela improcedencia del despido así como el adeudo de las cantidades reclamadas.

SEGUNDO.-

Se celebró el juicio el día 29 de octubre del año en curso, ratificándose la parte actora en su escrito de demanda y oponiéndose la representación de la parte demandada en los términos que se recogen.

Recibido el juicio a prueba, se practicó la documental, con el resultado que obra en

autos, insistiendo las partes en sus respectivas pretensiones y quedando los autos vistos para sentencia.

HECHOS PROBADOS

PRIMERO.-

Presta servicios el trabajador para la entidad demandada por virtud de sucesión empresarial y con antigüedad reconocida al 14 de enero de 2019 mediante contrato de trabajo indefinido a tiempo parcial de 20 horas semanales con categoría de mensajero y salario diario de 25,65 euros con aplicación del convenio colectivo de empresas de mensajería.

SEGUNDO.-

El trabajador fue reticente a la recogida de equipos de protección personal tales como guantes, gel y mascarillas siendo requerido por la empresa en diversas ocasiones antes de recibirlas.

TERCERO.-

El trabajador fue sancionado en fecha 17 de abril de 2020 recibiendo efectivamente burofax postal en el domicilio sito en la CALLE000 NUM000 piso NUM001 de Gijón. La sanción impuesta lo fue por falta grave, en concreto, la comisión de dos faltas graves de demora en la realización de un servicio y la desobediencia a órdenes e instrucciones del empresario. Frente a dicha sanción interpuso demanda, encontrándose pendiente de resolver.

CUARTO.-

La empresa impone burofax en fecha 22 de mayo de 2020 y remite la carta en que comunica el despido al mismo domicilio en que fue recogida la de sanción.

La entrega fue intentada el día 25, el día 26, a distintas horas, dejándose aviso para su recogida en la oficina que no efectuó, procediendo a la destrucción el día 6 de junio.

QUINTO.-

En un grupo común de mensajería telefónica en el que participan trabajadores de la empresa, incluido el supervisor D. Calixto, el actor refirió la intención de "denunciar " a la empresa.

SEXTO.-

La carta de despido dispone lo que sigue:

En Gijón a 19 de mayo de 2.020.

Muy Sr. nuestro,

Por la presente ponemos en su conocimiento la decisión que ha tomado la dirección de esta empresa de imponerle la sanción de **DESPIDO DISCIPLINARIO** por la comisión de las siguientes infracciones de carácter muy grave conforme el [art. 54.2.b](#) del [Estatuto de los Trabajadores \(RCL 2015, 1654\)](#), en relación con los artículos 48.4, 48.3 y 49.3 del Convenio Colectivo Estatal de

Empresas de Mensajería.

Los motivos de esta decisión se basan en los siguientes **HECHOS** :

PRIMERO.-

Que, como Vd. bien conoce, en fecha 9 de mayo de 2020, encontrándose Vd. En horario designado de turno de TARDE, debiendo por lo tanto estar conectado de modo permanente a la aplicación desde las 20.00 hasta las 22.30 horas- extremo del que esplenamente conocedor por aparecer así en su contrato de trabajo y habersele comunicado por

sus superiores en reiteradas ocasiones- le fue asignado y aceptó el pedido con número de NUM002 a las 21.25 horas.

Que, alrededor de las 21.40 horas, coincidió en el local donde debía recoger el pedido, el restaurante KFC El Molinón, sito en las inmediaciones del estadio de fútbol El Molinón, Gijón, con su Supervisor, D. Calixto. Que la política de empresa de medidas de seguridad e higiene para el establecimiento de un reparto seguro en el marco de la crisis sanitaria del conocido como COVID-19 de ND así como la de KFC , establecen que, a la hora de recoger un pedido, el repartidor debe desinfectarse las manos con gel desinfectante que se encuentra a disposición de los repartidores en las

instalaciones de KFC ante citadas, extremo del que es plenamente conocedor por habersele comunicado por sus superiores en reiteradas ocasiones. Que su Supervisor, al comprobar que se disponía a recoger el pedido sin proceder a

desinfectarse las manos, le indicó que debía proceder a limpiárselas en el modo que Vd. Ya conoce. Que Vd. se negó a cumplir con las órdenes referidas y se dirigió a su superior en un tono inadecuado, llegando a gritarle. Ante esta situación, la encargada del local KFC , Dña. Sofía, alarmada por los gritos, salió a comprobar que ocurría, viéndose su Supervisor D. Calixto obligado a disculparse ante ella por el escándalo que Vd. estaba formando, tratando

de este modo de paliar la nefasta imagen de la empresa que Vd. estaba dando ante nuestros clientes.

Así, finalmente, Vd. desobedeciendo las órdenes de su superior, recogió el pedido sin cumplir con la política sobre medidas de seguridad e higiene y se dispuso a su entrega, pudiendo con ello suponer un grave riesgo para la salud de los consumidores.

En relación con los hechos relatados, el artículo 47.4 del Convenio Colectivo Estatal de Empresas de Mensajería establece que se considerará **FALTA GRAVE**"La desobediencia a las órdenes einstrucciones del empresario o mandos superiores en el ejercicio regular de sus facultadesdirectivas. Si implicase quebranto manifiesto de la disciplina o de ella se derivase perjuicio gravey notorio para la Empresa o compañeros de trabajo, se considerará falta muy grave".

Igualmente en relación con los hechos relatados, el artículo 46.8 del Convenio Colectivo Estatal de Empresas de Mensajería establece que se considerará **FALTA LEVE**"Discutir de formaacalorada con los compañeros dentro de la jornada de trabajo" .

SEGUNDO.-

Que, como Vd. bien conoce, la Empresa se ha puesto en contacto con Vd. En reiteradas ocasiones para indicarle que debe recoger los equipos de protección (EPI) de los que

debe hacer uso durante su trabajo como consecuencia de la crisis sanitaria COVID-19. Que Vd. se ha negado en todas y cada una de esas ocasiones a recogerlos, siendo la última de

estas la acaecida en fecha 6 de mayo cuando su Supervisor D. Calixto y su superior del Dpto. de Tráfico Dña. María Teresa le volvieron a indicar por Whatsapp la necesidad del uso de los mismos, solicitándole que los recogiera a la mayor brevedad.

En relación con los hechos relatados, el artículo 47.4 del Convenio Colectivo Estatal de Empresas de Mensajería establece que se considerará **FALTA GRAVE**"La desobediencia a las órdenes einstrucciones del empresario o mandos superiores en el ejercicio regular de sus facultadesdirectivas. Si implicase quebranto manifiesto de la disciplina o de ella se derivase perjuicio gravey notorio para la Empresa o compañeros de trabajo, se considerará falta muy grave".

TERCERO.-

Que, como Vd. bien conoce, la Empresa se vio obligada a sancionarle por conductas de demora injustificada en la realización de un pedido -hechos acaecidos el 2 de abril de 2020- y desobediencia a las órdenes e instrucciones del empresario -hechos acaecidos el 12 de abril de 2020-. Así, en fecha 13 de abril de 2020, se le impone por las Infracciones de carácter **GRAVE** cometidas en aquel momento la sanción de suspensión de empleo y sueldo de 5 días, desde el 20-04-2020 hasta el 04-04-20, la cual Vd. asumió y cumplió. Que en la misma sanción se le advertía de que la persistencia en ese tipo de actitud podía llegar a constituir falta muy grave, pudiendo, en su caso, derivar incluso en sanción de despido disciplinario.

CUARTO.-

En relación con los hechos relatados, el artículo 48.4 del Convenio Colectivo Estatal de Empresas de Mensajería establece que tiene la consideración de **FALTA MUY GRAVE** : "La reincidencia en falta grave distinta a las de puntualidad y asistencia en un período de 120 días" .

Del mismo modo, el artículo 48.3 del referido convenio establece que tiene la consideración de **FALTA MUY GRAVE**"todas las consideradas como causa de despido en el artículo 54.2 del

[estatuto de los trabajadores \(RCL 2015, 1654\)](#) " , en cuyo punto b) se recogen expresamente como causa de despido disciplinario "La indisciplina o desobediencia en el trabajo" .

QUINTO.-

Que, analizadas la gravedad, reiteración y voluntariedad de las circunstancias que acompañan a los distintos hechos relatados, la empresa no puede sino optar por tomar la decisión de sancionar estas infracciones muy graves con el **DESPIDO DISCIPLINARIO** , cuya fecha de efectos será desde el día 25-05-20 , y todo ello ex art. 49.3 del Convenio Colectivo Estatal de Empresas de Mensajería y del [art. 54.2.b\)](#) del [Estatuto de los Trabajadores \(RCL 2015, 1654\)](#) .

Por otra parte, junto con la presente la empresa pone a su expresa disposición el finiquito por los haberes salariales devengados hasta el día de la fecha. En caso de que rehúse su firma, la empresa procederá a transferir su importe al mismo número de cuenta donde venía percibiendo

sus emolumentos.

-Se adjunta liquidación de Saldo y Finiquito como **DOCUMENTO 1**.

Asimismo, le informamos que la presente carta es documento suficiente para

solicitar la prestación por desempleo, para lo cual se pone igualmente a su disposición el Certificado de

empresa.

-Se adjunta Certificado de empresa como **DOCUMENTO 2**. Del mismo modo, le comunicamos que **debe proceder a la devolución de la totalidad de materiales de la empresa de que dispone, tales como vehículo, ropa de trabajo o cualquier otro equipo o utensilio que obre en su poder y que se le hubiera facilitado por la empresa para el desarrollo de su puesto en un plazo improrrogable de 2 días desde la comunicación de la presente**, pudiendo la empresa, en caso de no devolución, llevar a cabo las acciones legales pertinentes.

Sin otro particular, reciba un cordial saludo.

LA EMPRESA Recibí

EL TRABAJADOR"

SEPTIMO.-

El día 9 de mayo en el local de KFC de Gijón ocurrieron unos hechos que describe la carta transcrita.

OCTAVO.-

Presentó papeleta de conciliación en fecha 10 de junio de 2020 por despido que resultó intentada sin avenencia. En igual fecha, la de impugnación de la sanción.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-

Ataca el despido operado el trabajador afirmando que adolece del requisito legal de comunicación en forma. Pero va mas allá y entiende que el origen de la decisión extintiva pasa por la actitud reivindicativa que mantuvo en un chat de trabajo y en el que propuso la adopción de medidas legales frente a la empresa. Entiende vulnerada su garantía de indemnidad y exige indemnización consiguiente.

La empresa se opone y defiende que intentó por los medios a su disposición remitir la carta y que ésta no fue entregada por causa en exclusiva imputable al trabajador; igualmente, dice ser ciertos los hechos que se imputan y que constan en aquella.

SEGUNDO.-

Los hechos declarados probados han sido extraídos de la documental obrante en las actuaciones y de la testifical propuesta por la parte empresarial. Así, la misiva

extintiva fue remitida en virtud de burofax impuesto el 22 de mayo de 2020 a la misma dirección a la que consta enviada la sanción previa impuesta del mes de abril; que fue intentada la entrega el 25 de mayo resultando ausente reparo, nuevamente el 26 de mayo con el mismo resultado y dejando aviso para recogida en oficina donde permaneció hasta el 6 de junio en que se procedió a su destrucción.

La doctrina jurisprudencial y de los Tribunales Superiores de Justicia entienden que se produce una notificación válida del despido cuando la empresa ha puesto todos los medios a su alcance para hacer llegar la carta al trabajador despedido.

STSJ Madrid de 19/12/2013 : «siendo correctos los medios utilizados por la patronal para notificar al actor el despido, no pueden quedar supeditados sus efectos a la omisiones achacables tan sólo a la negligencia de aquél, y así lo viene entendiendo nuestro Tribunal Supremo, en sentencias como las de 23 de mayo de 1990 y 9 de noviembre de 1988 , al declarar la validez de la notificación efectuada por correo certificado con acuse de recibo, que cumple la finalidad de que la carta llegue a conocimiento del trabajador despedido, sin que ello pueda ser enervado por el rehúse de la carta, a lo que se equipara la falta de personación en la oficina de correos para recibirla pese a haber recibido el aviso de la misma, ya que lo contrario supondría dejar a disposición de la parte los efectos del cumplimiento formal del requisito de comunicación escrita del despido observado por la empresa, siendo la fecha en la que dicha carta se intentó fallidamente entregar al trabajador en su domicilio, por causas imputables al mismo, "(SS. de 13- 4-87 (y 17-4-85)».

La doctrina anterior exige para la efectividad de la comunicación de despido que el empresario utilizase los medios adecuados conforme a una diligencia común, circunstancia que a la vista de lo resulta cumplida. La comunicación de sanción fue remitida a idéntico domicilio en que fue recogida la carta de sanción, por lo que la ausencia en el reparto y la no recogida tras dejada de aviso constituyen hechos imputables al trabajador de los que la empresa no puede hacerse responsable.

El [artículo 55](#) del [Estatuto de los Trabajadores \(RCL 2015, 1654\)](#) señala que las obligaciones formales de la empresa en materia de despido son las de notificar al trabajador el cese, haciendo figurar los hechos y la fecha de efectos, y habiendo justificado la empresa demandada este requisito compete al trabajador demandante acreditar la causa que le ha impedido recoger la notificación por despido. Nada ha acreditado al respecto el trabajador que justifique la falta de retirada considerando pues la conducta de la empresa procedente.

SEGUNDO.-

En cuanto al fondo del asunto, este juzgador considera acreditados los hechos que

se imputan al trabajador. La testifical del superior jerárquico D. Calixto ha sido contundente y veraz, exponiendo como el trabajador el día relatado, desobedeció las orden expresa de lavado de manos y uso de mascarilla en la recogida de pedidos; que cuando fue requerido para su uso éste alzó la voz encarándose al mencionado, debiendo intervenir la encargada del establecimiento para que cesase la discusión. Al finalizar ésta, el trabajador sin lavarse las manos y sin hacer uso de la mascarilla, abandonó el establecimiento con el pedido. Igualmente constata que había sido requerido en diversas ocasiones para recoger los equipos de protección individual hasta que finalmente lo hizo. Consta igualmente la imposición de sanción previa por falta grave en fecha 13 de abril de 2020.

Acreditados pues los hechos que se imputan en la carta de despido, estos son merecedores de la máxima sanción impuesta. No solo por la reincidencia en la comisión de faltas graves que el convenio colectivo prevé como falta muy grave si no también porque la desobediencia y la indisciplina es una de las causas que el Estatuto prevé como merecedoras de la sanción de despido. Dicha indisciplina y desobediencia para merecer la máxima sanción deben venir revestidas de gravedad, relevancia y trascendencia, notas que concurren en la conducta del trabajador teniendo en cuenta el contexto tan extraordinario en el que nos encontrábamos entonces y que desgraciadamente persiste hoy donde actitudes como las suyas deben obtener el máximo reproche, no sólo en el marco laboral si no también y en general, en el social.

Procede la desestimación de la demanda pues justificado el despido, nada debe analizarse respecto de la aludida vulneración de derechos fundamentales.

FALLO

Desestimo la demanda presentada por D. Ruperto representada por la Letrado D. Borja Vega Peón frente a EMPRESA NEW DRIVER ETT.S.L. absolviéndole de todos los pedimentos efectuados en su contra.

Incorpórese esta Sentencia al correspondiente libro, expídase certificación literal de la misma para su constancia en los autos de referencia.

MODO DE IMPUGNACIÓN: Se advierte a las partes que contra la presente resolución podrán interponer Recurso de Suplicación ante el Tribunal Superior de Justicia que deberá ser anunciado por comparecencia, o mediante escrito presentado en la Oficina Judicial dentro de los cinco días siguientes a la notificación de esta Sentencia, o por simple manifestación en el momento en que se le practique la notificación. Adviértase igualmente al recurrente que no fuera trabajador o beneficiario del Régimen Público de Seguridad Social, o causahabiente suyos, o no

tenga reconocido el beneficio de justicia gratuita, que deberá depositar la cantidad de 300 euros en la cuenta abierta en BANCO SANTANDER a nombre de esta Oficina Judicial con el núm. de Cuenta Expediente 2768/0000/65/00298/20, debiendo indicar en el campo concepto "recurso" seguido del código "34 Social Suplicación", acreditando mediante la presentación del justificante de ingreso en el periodo comprendido hasta la formalización del recurso así como; en el caso de haber sido condenado en sentencia al pago de alguna cantidad, deberá consignar en la misma Cuenta Expediente la cantidad objeto de condena, o formalizar aval bancario a primer requerimiento indefinido por dicha cantidad en el que se haga constar la responsabilidad solidaria del avalista, incorporándolos a esta Oficina Judicial con el anuncio de recurso. En todo caso, el recurrente deberá designar Letrado para la tramitación del recurso, al momento de anunciarlo.

Adviértase al recurrente que fuese Entidad Gestora y hubiere sido condenada al abono de una prestación de Seguridad Social de pago periódico, que al anunciar el recurso deberá acompañar certificación acreditativa de que comienza el abono de la misma y que lo proseguirá puntualmente mientras dure su tramitación. Si el recurrente fuere una empresa o Mutua Patronal que hubiere sido condenada al pago de una pensión de Seguridad Social de carácter periódico deberá ingresar el importe del capital coste en la Tesorería General de la Seguridad Social previa determinación por esta de su importe una vez le sea comunicada por el Juzgado.

Así por esta mi Sentencia, definitivamente juzgando, lo pronuncio, mando y firmo.