

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 26 de febrero de 2008

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.—La única instancia del proceso en curso se inició por demanda y terminó por sentencia, cuya relación de hechos probados es la siguiente: 1.D. Claudio, con DNI n.º NÚM000, ha prestado servicios por cuenta y orden de la empresa demandada desde el 21/12/2004, con la categoría profesional de OFICIAL 1.^a-GUNITADOR, y un salario medio diario de 58,99 euros.

Segundo.—La empresa se dedica a la actividad de construcción, y se encuentra dentro del ámbito de aplicación del Convenio Colectivo para el Sector Construcción para los años 2006-2008 (BOB 9/06/2006).

Tercero.—El 12/07/2007 se le comunicó el despido de forma escrita y con efectos de 9/07/2007 alegando los siguientes motivos:

Por la presente le comunicamos la decisión adoptada por nuestra Entidad de proceder a extinguir el contrato de trabajo por despido disciplinario, con efectos del día de hoy, 9 de julio de 2007, en cumplimiento de cuanto dispone la normativa laboral vigente.

La razón que fundamenta esta decisión es la siguiente:

La reincidencia en falta grave que, por mor de lo dispuesto en el art. 82.17 del Convenio Provincial de la Construcción de Bizkaia Resolución de 19 de mayo de 2006, BOB núm.110 de 9 de junio, se considera como falta muy grave, lo que lleva aparejado como sanción el despido (art. 83.1.III.b) del citado Convenio).

Efectivamente, el pasado día 5 de julio, jueves, estaba desempeñando su trabajo en la obra de Nosedal en pantalón corto y sin camiseta, ni camisa alguna, es decir, sin protección. Del mismo modo, al día siguiente, viernes, día 6 de julio, estaba desempeñando su trabajo en la obra de Miribilla sin usar los guantes de protección, desobedeciendo las indicaciones del Encargado.

Estos hechos constituyen dos faltas graves previstas en el art. 81.5 del Convenio Colectivo.

Como quiera que el pasado día 21 de marzo de 2007, también fue sancionado, por escrito, por la comisión de dos faltas graves art. 81, apartados 3 y 5, de la misma norma con cinco días de suspensión de empleo y sueldo, es por lo que ahora resulta de aplicación lo dispuesto en el art. 82.17 del Convenio.

Por lo tanto, a la vista de lo ocurrido y de lo preceptuado en el número 17 del art. 82 del Convenio Provincial de la Construcción de Bizkaia La reincidencia en falta grave, aunque sea de distinta naturaleza, dentro del mismo semestre, que haya sido objeto de sanción por escrito, que permite la tipificación de la infracción como muy grave, es por lo que procedemos a sancionarle con el despido (art. 83.1.III.b del citado convenio) que ahora se le comunica.

Cuarto.—El día 21/03/2007 el actor fue sancionado con suspensión de empleo y sueldo por cinco días por dos faltas graves de los apartados 3 y 5 del art. 81 del convenio de aplicación, como consecuencia de: primero, no utilizar protecciones facilitadas por la empresa (EPIS) mientras se encontraba gunitando en una obra en Plazakoetxe, resultando con quemaduras en las rodillas por el acelerante; y segundo, al marchar a la Mutua de Accidentes dejó dentro del compresor el chaleco de trabajo, y al poner sus compañeros en marcha dicho compresor, se produjo un incendio, el cual provocó grandes y costosos desperfectos.

Dicha falta no fue impugnada por el trabajador.

Quinto.—El art. 81.5 del Convenio de aplicación establece como falta grave el incumplimiento de las órdenes o la inobservancia de las normas en materia de prevención de riesgos laborales, cuando las mismas supongan riesgo grave para el trabajador, sus compañeros o terceros, así como negarse al uso de los medios de seguridad facilitados por la empresa.

El art. 82.17 del citado Convenio califica de falta muy grave la reincidencia en falta grave, aunque sea de distinta naturaleza, dentro del mismo semestre, que haya sido objeto de sanción por escrito. La sanción por falta muy grave es suspensión de empleo y sueldo de dieciséis a noventa días o el despido (art. 83).

Sexto.—El demandante no ostenta ni ha ostentado la condición legal de representante de los trabajadores.

Séptimo.—El 10/08/2007 fue celebrado el preceptivo acto de conciliación con el resultado de sin efecto.

Segundo.—La parte dispositiva de la Sentencia de instancia dice:

Que desestimando la demanda por despido interpuesta por Claudio contra MIRAMAR GUNITADOS, S.A., debo absolver y absuelvo a la demandada de las pretensiones formuladas en su contra.

Tercero.—Frente a dicha resolución se interpuso el recurso de Suplicación, que fue impugnado de contrario.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—La sentencia recurrida en suplicación ha desestimado la demanda de despido interpuesta por Don Claudio, declarando procedente el despido del trabajador operado con efectos de 9 de julio de 2007.

El fundamento de la decisión de instancia lo constituye la acreditación de la comisión de la falta muy grave imputada por la empresa al trabajador para proceder a su despido, conducta del trabajador y sanción empresarial acorde a la tipificación de las faltas y sanciones establecidas en el pacto colectivo, considerando que la conducta del trabajador reúne las notas de gravedad y culpabilidad suficientes para sustentar dicha sanción.

La conclusión judicial se obtiene tras fijar un relato de hechos probados que el recurso no combate, y una serie de datos en sede jurídica de indudable valor fáctico. Conforme a unos y otros, Don Claudio, que trabaja para la demandada desde el 21 de diciembre de 2004 como oficial 1ª Gutinador, estaba desempeñando su trabajo el 5 de julio de 2007 en pantalón corto y sin camiseta alguna, es decir sin protección, corriendo el riesgo de quemarse por el producto abrasivo que utiliza la empresa para gutinar, y tras ser advertido para utilizar protecciones se negó a hacerlo; al día siguiente realizaba su trabajo en otra obra perforando para la colocación de anclajes junto con otro compañero, sin usar los guantes de protección para evitar cortes en las manos, y tras ser advertido para colocárselos se negó a ello. La demandada procedió a despedirle con base en la comisión de dos faltas graves del artículo 81.5 del convenio colectivo, que se transformaban en muy graves por existir reincidencia de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 82.17 del pacto colectivo, infracción sancionable con el despido.

La Magistrada también hace constar que el actor ha recibido instrucciones de la empresa relativas a la utilización de protección para evitar tales riesgos, y que ha sido informado sobre las protecciones a emplear.

El 21 de marzo de 2007 Don Claudio había sido sancionado con suspensión de empleo y sueldo por cinco días por la comisión de dos faltas graves de los apartados 3 y 5 del artículo 81 del convenio colectivo, como consecuencia la primera de ellas de no utilizar protecciones facilitadas por la empresa mientras se encontraba gutinando en una obra resultando con quemaduras en las rodillas por el acelerante, y la segunda provocada cuando al marchar a la Mutua para ser atendido de las lesiones dejó el chaleco de trabajo en el compresor y al poner sus compañeros en marcha dicho compresor, se produjo un incendio que originó grandes y costosos desperfectos, sanción que no fue impugnada por el trabajador.

El recurso suscita un único motivo destinado a la crítica jurídica, denunciando la infracción del artículo 80.12 del convenio colectivo provincial de la Construcción de Vizcaya, en relación con el artículo 81.16 del mismo convenio colectivo y los artículos 54 y 55 ET, y de las sentencias de la Sala IV y de este Tribunal que cita, relativas a la adecuación y necesaria proporcionalidad que debe regir entre la sanción de despido y la falta cometida.

El recurso ha sido impugnado por la legal representación de la mercantil.

Segundo.—La tesis hecha valer por el recurrente consiste en que los hechos sancionados son trabajar sin camiseta y en pantalón corto el día 5 de julio y no utilizar los guantes en un trabajo que no es el suyo habitual el día 6 de julio, conductas que si bien se indica pueden merecer censura, no se pueden considerar como falta grave pues no entrañan riesgo grave, de tal modo que deben considerarse falta leve al amparo del número 12 del artículo 80 del convenio colectivo de aplicación.

Razona que las prendas que se utilizan son convencionales (camiseta y pantalón largo y guantes), que no se emplean prendas especiales para el desarrollo del trabajo habitual, de tal modo que la supuesta peligrosidad del trabajo es muy limitada, y no cabe considerar que sea reincidente en falta grave dado que el hecho sancionado el 21 de marzo de 2007, no guarda ninguna relación con lo acaecido los días 5 y 6 de julio del mismo año, añadiendo que tampoco los hechos sancionados entrañan riesgo para sus

compañeros o terceros, aplicando por ello la sentencia indebidamente el artículo 54 ET al calificar como procedente su despido.

La mercantil ha encuadrado los incumplimientos del trabajador de los días 5 y 6 de julio de 2007 en el numeral 5.º del artículo 81, conforme al cual son constitutivas de falta grave el incumplimiento de las órdenes o la inobservancia de las normas en materia de prevención de riesgos laborales, cuando las mismas supongan un riesgo grave para el trabajador, sus compañeros o terceros, así como negarse al uso de los medios de seguridad facilitados por la empresa, y puesto que había sido sancionado en marzo del mismo año con dos faltas graves de los números 3 y 5 del artículo 81 del convenio, aplica el numeral 17 del artículo 82, que califica como falta muy grave la reincidencia en falta grave, aunque sea de distinta naturaleza dentro del mismo semestre, que haya sido objeto de sanción por escrito.

Ha de descartarse que las faltas cometidas los días 5 y 6 de julio merezcan la calificación de leves conforme al pacto colectivo. En el precepto y número del convenio que se denuncia conculcado se califica como falta leve la inobservancia de las normas en materia de prevención de riesgos laborales, que no entrañen riesgo grave para el trabajador ni para sus compañeros o terceras personas.

El no portar pantalón largo ni camiseta alguna mientras realizaba sus tareas de gutinador se conceptúa como falta grave sin que sea posible equiparar riesgo con siniestro, y es evidente que la operación de gutinado que consiste en cubrir con una capa de hormigón los taludes o desniveles, mediante la inyección de aire comprimido con un acelerante para que el hormigón fragüe rápido comporta un riesgo grave para el trabajador de sufrir quemaduras con el producto que se emplea por su carácter abrasivo, por más que ese día no ocurriera ningún percance. Tan es así que el riesgo es cierto y grave que el 21 de marzo fue sancionado por la comisión de una falta del artículo 81.5 del convenio colectivo porque al no portar la protección se quemó ambas rodillas con el acelerante, y dicha sanción no la impugnó demostrando con su actuación que la consideraba bien calificada por la mercantil (como también la otra que se le impuso conforme al artículo 81.3 del pacto normativo).

El actor se negó a colocarse las protecciones el día 5 de julio, como también al día siguiente cuando fue advertido por el encargado para utilizar los guantes de protección, comportamientos constitutivos de dos faltas graves, y toda vez que dentro del mismo semestre había sido sancionado por escrito por la comisión de dos faltas graves (folio 111 comunicación de la sanción de 21 de marzo), el encuadramiento que ha hecho la mercantil de los incumplimientos que nos ocupan en la falta contemplada en el artículo 82.17 del convenio colectivo es ajustado al mismo, y por tanto la conducta constituye falta muy grave para la que, nuevamente el pacto colectivo, prevé entre otras sanciones, el despido del trabajador.

Consideramos a la luz de los extremos fácticos y jurídicos concurrentes en este supuesto, que existe la proporcionalidad exigida entre el incumplimiento y la sanción de despido, decisión de la Sala que está en línea con la adoptada en la sentencia de 10 de julio de 2007, recurso 1047/2007, dictada al resolver un supuesto muy similar al que nos ocupa, en el que la empresa procedió al despido del trabajador incardinando su incumplimiento en la falta del artículo 82.17 del convenio colectivo ahora manejado, al apreciar también reincidencia en falta grave.

Decíamos en ella que tras las sugerencias y amonestaciones de la empresa para que los trabajadores utilicen las medidas de protección individual frente a accidentes de trabajo, expresión de su derecho a organizar sus recursos productivos según su criterio y está respaldada desde su ejercicio de la libertad de empresa (art. 38 CE), ésta ejercita la posibilidad también sustentada en el pacto colectivo, de promover un despido cuando aquellas primeras terapias resultan insuficientes, más aún teniendo en cuenta las graves consecuencias que vienen aparejadas a la producción de un accidente de trabajo, si es que el mismo acaba imputándose a una ligereza o desatención por parte de la empresa de sus deberes de vigilancia con respecto al cumplimiento de las normas de seguridad.

Lo hasta aquí razonado, provoca la desestimación del recurso de suplicación confirmando en su integridad la sentencia de instancia.

Tercero.—En materia de costas procesales no ha lugar a la imposición de las mismas al recurrente pese a la desestimación del recurso de suplicación, por gozar del beneficio de justicia gratuita no habiendo litigado con temeridad (artículo 233 LPL).

FALLAMOS

Se desestima el recurso de suplicación interpuesto por D. Claudio contra la sentencia del Juzgado de lo Social, n.º 10 de Bilbao dictada el 25 de septiembre de 2007 en los autos N.º 569/07 seguidos por el recurrente contra MIRAMAR GUTINADOS, S.A. Se confirma la sentencia en su integridad. Sin costas.

VOTO PARTICULAR

Que formula el Ilmo. Sr. Magistrado DON FLORENTINO EGUARAS en el Recurso n.º 66/08 en base a lo dispuesto en el Art. 260 LOPJ, que se basa en la misma sentencia que presenté en la deliberación y que fue rechazada y es el del siguiente tenor:

FUNDAMENTOS DE DERECHO que paso a exponer:

PRIMERO. El Juzgado de lo Social nº 10 de los de Bilbao dictó sentencia el 25-9-07 en la que desestimó la demanda interpuesta por el trabajador, relativa a despido, y entendió que la falta imputada constituía una reincidencia en falta grave, de manera que procedió a su despido, imputándosele al operario que se encontraba trabajando el 5-7-07 en pantalón corto y camiseta, y al día siguiente sin portar los guantes.

Se entiende en la sentencia recurrida que al haber sancionado el trabajador en el mes de marzo con una falta grave, por no portar los equipos individuales de seguridad, e igualmente dejar en el compresor el chaleco, de forma que se incendió provocando daño, estamos ante la posibilidad de la empresa de efectuar una graduación de una nueva falta grave, y por tanto sancionar con despido.

SEGUNDO. Frente a la anterior sentencia interpone recurso de suplicación la parte actora, y lo hace en un único motivo, en el que por la vía del apdo. c) del art. 191 LPL, denuncia la infracción de los artículos 54 y 55 ET, así como de los arts. 80, 12 del Convenio Colectivo y 81, 16. Se viene a sostener que si bien la conducta del trabajador no es disculpable, en modo alguno las reglas de proporcionalidad, graduación e individualización llevan consigo el posible ejercicio de la resolución por despido, pues

la falta imputada no es grave, e igualmente se incurre en una transgresión de las reglas de proporcionalidad.

Es doctrina reiterada que para enjuiciar los despidos disciplinarios los más elementales principios de justicia, exigen una perfecta proporcionalidad y adecuación entre el hecho, la persona y la sanción, y no debe operarse de manera automática y objetiva, sino que tales elementos han de enlazarse para buscar en su conjunción la auténtica realidad jurídica que de ella nace, a través de un análisis específico e individualizado de cada caso concreto, con pleno y especial conocimiento del factor humano, (TS 19-12-90 y 18-5-90). De aquí el que cuando el enjuiciamiento proviene de la máxima sanción impuesta por el empresario, y la extinción de la relación laboral, esos factores y elementos cobren especial relieve, configurando el tamiz de fiscalización respecto a la opción del empleador.

Pues bien, si examinamos la conducta del trabajador, así como las alegaciones que efectúa en su recurso, y teniendo en cuenta lo alegado por la empresa respecto a la actividad que se estaba realizando, apreciaremos que la conducta que se ha llevado a cabo, que el mismo recurrente no intenta disimular, enmascarar o atemperar; esta conducta, decimos, en modo alguno alcanza grados de gravedad suficientes para ser conceptuada dentro del art. 81 del Convenio Colectivo respecto a faltas graves, debiendo tipificarse, tal y como señala el recurrente, como falta leve, por la inobservancia de las normas en materia de prevención de riesgos laborales, que no entrañen riesgo grave para el trabajador ni para sus compañeros o terceras personas. En efecto, siendo como es inadecuada la conducta del trabajador, y transgresora de las medidas de seguridad en el trabajo, que no solo se establecen para afianzar la integridad física del operario, sino para dotar de calidad al servicio prestacional, tanto del que lleva a cabo la actividad como del resto de operarios; y siendo, a su vez, que toda la garantía de seguridad se establece para configurar de manera adecuada dentro del espacio laboral las medidas de seguridad que nuestra sociedad exige. Siendo todo esto así, y ciertamente cuestionables que en favor de quien redundan dichas medidas, sea quien las desoiga y prescindir de las mismas, tampoco ello implica un juicio de sanción que deba confundirse de tal forma que se gradúe la falta confundiendo la conducta, puesto que ni consta daño, siendo ciertamente hipotético el riesgo, y en su caso es difícil conceptuarlo de grave. Por tanto debemos estimar el recurso. De todas formas, aunque entendiésemos que la falta era grave, tampoco podemos admitir que se haya impuesto una sanción de despido por ello, y si considerásemos correcta la graduación que se efectuó en el primer incumplimiento que ahora sirve para la reincidencia, ya apreciamos la desproporción entre aquella sanción y la actual, siendo que el criterio de graduación implica que el órgano jurisdiccional pueda valorar si la sanción impuesta es correcta, pues la limitación que se ha establecido en su conocimiento es en orden a una nueva graduación; la resolución judicial debe versar sobre la adecuación de la sanción a los hechos, y en este caso, aunque como hipótesis de trabajo manejásemos que estamos ante una reincidencia en falta grave, debiéramos significar la improcedencia de la sanción de despido, que se entiende debe ser aplicada para supuestos de gravedad y entidad suficientes para resolver el contrato de trabajo, circunstancias que no concurren, pues ya el art. 54, 1 ET alude a un incumplimiento grave y culpable y el ámbito de la conducta del trabajador no se muestra con gravedad suficiente para suponer la resolución del contrato.

Por último, el incumplimiento de las medidas de prevención debe examinarse en su justo contexto, y lo cierto es que pueden existir casos en que la omisión de la medida

suponga una gravedad mayor; y, otros, en los que como ahora acontece no revista gravedad. Pensemos en los distintos trabajos y los riesgos que éstos suponen.

El art. 56 ET implica las consecuencias del despido improcedente, que en este caso son la opción readmisorio o indemnizatoria, y el abono de los salarios de tramitación hasta la notificación de la presente sentencia, que nosotros vamos a cuantificar hasta la fecha de la misma.

VISTOS: los artículos citados y los demás que son de general aplicación

FALLO

Se estima el recurso de suplicación interpuesto frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social n.º 10 de Bilbao de 25-9-07, procedimiento 569/07, por don Jaime Marín Marín, letrado que actúa en nombre y representación de don Claudio, la que se revoca, y con estimación de la demanda interpuesta por el recurrente se declara improcedente el despido acontecido el 9-7-07, condenando a la empresa Miramar Gutinados, S.A., a estar y pasar por la anterior declaración, y a que a su elección, o bien readmita al trabajador en iguales circunstancias a las que regían con anterioridad al despido, o le indemnice con la suma de 6.858,17 euros, debiendo ejercitarse la opción dentro de los cinco días siguientes a la notificación de la presente sentencia en la secretaría de esta Sala, entendiéndose que opta por la readmisión si no se lleva a cabo; y, en cualquier caso, le abone los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la notificación de la presente sentencia, a razón de 58,99 euros diarios, que ascienden a la fecha de esta sentencia a 227 días, haciendo un total de 13.390,73 euros, y todo sin pronunciamiento sobre costas.

Así por éste mi voto, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN. Leída y publicada fue la anterior sentencia en el mismo día de su fecha por el/la Ilmo. Sr. Magistrado Ponente que la suscribe, en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.

ADVERTENCIAS LEGALES. Contra esta sentencia cabe recurso de casación para la unificación de doctrina ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, que necesariamente deberá prepararse por escrito firmado por Letrado dirigido a esta Sala de lo Social y presentado dentro de los 10 días hábiles siguientes al de su notificación.