



Roj: **STSJ AND 9469/2022 - ECLI:ES:TSJAND:2022:9469**

Id Cendoj: **41091340012022101836**

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

Sede: **Sevilla**

Sección: **1**

Fecha: **14/07/2022**

Nº de Recurso: **3161/2020**

Nº de Resolución: **2093/2022**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **CARLOS MANCHO SANCHEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

RECURSO N° 3161/20 D

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCIA

SALA DE LO SOCIAL

SEVILLA

ILMA. SRA DÑA MARIA ELENA DIAZ ALONSO

ILMO. SR. D.JOSE JOAQUIN PEREZ-BENEYTO ABAD

ILMO. SR. DON CARLOS MANCHO SÁNCHEZ

En Sevilla, a 14 de julio de dos mil veintidós.

La Sala de lo Social de Sevilla del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, compuesta por los Ilmos. Sres. citados al margen.

EN NOMBRE DEL REY

Ha dictado la siguiente:

SENTENCIA N° 2093/2022

En el recurso de suplicación interpuesto por Esteban contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 1 de Sevilla ha sido Ponente el ILMO. SR. MAGISTRADO DON CARLOS MANCHO SÁNCHEZ.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Según consta en autos número 540/16, se presentó demanda por Esteban sobre despido contra ID Energía Solar S.L. y el Ministerio Fiscal, posteriormente ampliada al administrador concursal Fernando (persona física designada por Adalte Asesores Legales y Tributarios, S.L.P.). Se celebró el juicio y se dictó sentencia el día 13/2/17 por el Juzgado de referencia, en la que se desestima la demanda.

SEGUNDO: En la citada sentencia y como **hechos probados** se declararon los siguientes:

PRIMERO.- Don Esteban, mayor de edad, con DNI NUM000, ha venido prestando servicios en la empresa "ID Energía Solar S.L.", con CIF B91927301, desde el 6 de febrero de 2013. Su categoría profesional es la de oficial de 1ª, a jornada completa y con carácter indefinido. Prestaba sus servicios en el centro de trabajo en las oficinas de dicha empresa, situado en la avenida de Pilas n.º 4 P.I. PIBO de Bollullos de la Mitación (folios 52 a 69). El convenio colectivo de aplicación es el del sector de industrias siderometalúrgicas de Sevilla, BOP de Sevilla de 30 de septiembre de 2015. (folios 41 y siguientes). Don Esteban no ostenta ni ha ostentado en el año anterior al despido la condición de delegado de personal, miembro del comité de empresa ni delegado sindical.

SEGUNDO.- El salario bruto de la actora era de 50,27 euros/día, incluido la parte proporcional de las pagas extraordinarias. El salario mensual bruto de la actora era de 1508,23 euros, que se desglosa los siguientes



conceptos: salario base 889,38 euros, parte proporcional de pagas extras 216,80 euros, plus de productividad 176,82; plus de asistencia 130,15; plus de transporte 71, 61 €; plus de absentismo 23,47 €. (nóminas en los folios 70 y siguientes, hecho no controvertido).

TERCERO.- El actor fue designado, con fecha 26 de marzo de 2015, recurso preventivo en el centro de trabajo de la empresa demandada para el desarrollo de los trabajos de instalación de un equipo de energía solar, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 32 *bis* de la LPRL (folios 110).

El actor, igualmente, recibió los correspondientes equipos de protección individual para la realización de estas tareas (folios 105 a 109), así como asistió con aprovechamiento a cursos de formación en materia de prevención de riesgos laborales, correspondientes a "seguridad en los trabajos de altura", con fecha de 15 de octubre de 2014, y una duración de ocho horas (folios 114 y 115), "riesgos específicos de su puesto de trabajo como instalador", con fecha de 10 de abril de 2014 (folio 116), "nivel básico de prevención de construcción", de fecha 30 de octubre de 2014 y una duración de sesenta horas (folios 117 y 118), así como "segundo ciclo de formación en prevención de riesgos laborales en el oficio de fontanería y climatización", de fecha 13 de junio de 2014, y una duración de 20 horas (folios 120 y 121).

CUARTO.- Con fecha 11 de mayo de 2016, la entidad demandada sancionó al

trabajador como autor de una falta grave prevista en el artículo 19.3.n) del convenio colectivo de aplicación, consistente en "el incumplimiento de las obligaciones previstas en el artículo 29 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, cuando tal incumplimiento origine riesgos y daños graves para la seguridad y salud de los trabajadores/as", señalándose que uno de los hechos tuvo lugar, el día 11 de mayo de 2016, "en el trabajo instalación en El Palmar de Troya, calle Coripe número 21, se comprueba que el trabajador se encuentra en el tejado de la vivienda sin casco a pesar de estar trabajando a más de 2 metros de altura. Tratándose de una vivienda de dos plantas con tejado inclinado y orientado. Igualmente, no se aprecia ni arnés colocado, ni ejes de seguridad. No existe tampoco evidencia de línea de vida vertical". La empresa sancionó al trabajador con suspensión de empleo y sueldo durante cinco días, y el trabajador no recurrió la sanción (folios 84 a 86).

QUINTO.- Con fecha 20 de mayo de 2016, el demandante Esteban, teniendo a su cargo a los trabajadores Isidoro y Florentino, así como asumiendo las funciones de recurso preventivo, llevó a cabo junto con los citados trabajadores tareas de instalación en la vivienda del número NUM001 de la AVENIDA000 de la localidad de Alconera (Badajoz), y al menos durante ciertos momentos de la realización de las tareas en un techado inclinado y a más de dos metros de altura, se encontraba trabajando sin llevar casco, ni arnés colocado, ni anclaje a eje de seguridad o línea de vida vertical (fotografías incorporadas a la carta de despido y en folios 95 a 97, declaración de los testigos Isidoro y Raimundo).

SEXTO.- Con fecha de 23 de mayo de 2016, la empresa demandada notificó al

trabajador carta de despido, con efectos a partir de esa misma fecha, cuyo contenido obra a los folios 47 a 49 de las presentes actuaciones, a los que esta resolución se remite en su integridad. En concreto, se señala como hechos que generan el despido: "el día 20 de mayo de 2015, en el trabajo instalación en Alconera (Badajoz), AVENIDA000 número NUM001, tratándose de una vivienda de dos plantas con tejado inclinado y desorientado, se comprueba que el trabajador se encuentra en el tejado de la vivienda sin casco a pesar de estar trabajando a más de 2 metros de altura. Igualmente, no se aprecia arnés colocado, ni ningún tipo de anclaje a eje de seguridad. No existe tampoco evidencia de línea de vida vertical". Igualmente, la carta de despido hace referencia un segundo incidente ocurrido el día 19 de mayo de 2016, en la resolución de una incidencia en la CALLE000 número NUM002 de la localidad de Espartinas (Sevilla), "el trabajador asistió a esta incidencia, pero dejó la llave de consumo cerrada imposibilitando que el cliente tuviera abastecimiento de agua caliente. Éste hecho generó que otra cuadrilla fuera al día siguiente resolver esta situación, lo cual provocó no solamente perjuicios económicos de desplazamiento y mano de obra duplicadas sino una imagen pésima en el cliente"; por último, la carta de despido hace referencia un incidente ocurrido el día 18 de mayo de 2016 en la CALLE001 número NUM003 en Algeciras, "donde se dejó olvidado el siguiente material de trabajo de la compañía", por un valor total de 1407,15 € (IVA incluido).

La carta de despido califica los hechos narrados con falta muy grave, conforme a lo descrito en el artículo 19.4.e) del convenio aplicación, así como reincidencia en faltagrave, tipificada como falta muy grave por el artículo 19.4.k) de dicho convenio, motivo por el que por el trabajador la sanción de despido.

En relación con el incidente de fecha 20 de mayo de 2016, la empresa sancionó

igualmente a los trabajadores Isidoro y Florentino (folios 89 a 93).



SÉPTIMO.- En fecha de 11 de mayo de 2016 se presentó papeleta de conciliación ante el C.M.A.C. de Sevilla. El acto de conciliación se celebró en fecha de 1 de junio de 2016, con el resultado de intentado sin efecto. En fecha de 2 de junio de 2016, se presentó la demanda que dio lugar al presente procedimiento.

TERCERO: Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por la actora, que fue impugnado de contrario por la demandada ID Energía Solar S.L.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: El actor fue despedido disciplinariamente el 23 de mayo de 2016 conforme a los hechos imputados en la carta de despido, entre los que se expresaba que el día 20 anterior, estando designado como recurso preventivo, teniendo a cargo a otros dos trabajadores y prestando su trabajo en tejado inclinado a más de 2 m de altura, se encontraba sin casco, sin arnés, sin anclaje a eje de seguridad y sin línea de vida vertical, habiendo sido previamente sancionado por hechos similares ocurridos el día 11 por falta grave.

La sentencia recaída en la instancia ha desestimado la demanda en la que el actor impugnó su despido, considerando el mismo precedente, al estimar probados los hechos antes referidos, que califica de falta muy grave del artículo 19.4 k) del convenio colectivo de la siderometalurgia de Sevilla, consistente en reincidencia en falta grave de incumplimiento de las obligaciones previstas en el artículo 29 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales que origine riesgos y daños graves para la seguridad y salud de los trabajadores (falta grave del artículo 19.3 n) del convenio colectivo).

Contra dicha sentencia se alza en suplicación el actor al amparo del apartado c) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, con el objeto de que se declare la improcedencia de su despido.

SEGUNDO: Alega el recurrente la infracción de los artículos 19.2 n), 3 n) y 4 p) y 19.5 a, b y c del convenio colectivo provincial de la siderometalurgia de Sevilla y 54.1 y 2, 55.4 y 58.1 del Estatuto de los Trabajadores. Sostiene que la sentencia realiza una calificación errónea de los hechos acaecidos conforme a lo dispuesto en el citado convenio colectivo, por cuanto la infracción en materia de prevención de riesgos laborales ha de originar riesgos y daños graves para la seguridad y salud de los trabajadores para ser considerada como falta grave, cuya reincidencia la convertiría en muy grave, lo que requiere que haya tenido lugar un accidente laboral grave. En ausencia de éste, no cabe calificar los hechos sino de falta leve, consistente en "el incumplimiento de las obligaciones previstas en el artículo 29 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, siempre que pueda entrañar algún riesgo, aunque sea leve, para sí mismo, para el resto de plantilla o terceras personas".

No se discute que el actor ha procedido al incumplimiento de las obligaciones previstas en el artículo 29 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, en la medida en la que, en la ejecución del trabajo, no ha utilizado ninguno de los dispositivos de seguridad de los que disponía para evitar el riesgo de caída desde la altura en la que se encontraba, concurriendo en ello la especial cualidad del actor de garante del cumplimiento de tales medidas de prevención de riesgos laborales, al haber sido designado recurso preventivo con presencia en el lugar de trabajo.

Pero para la adecuada calificación jurídica de la falta hemos de partir del catálogo de faltas y sanciones establecido en el convenio colectivo de aplicación, de forma que sea posible subsumir los hechos acaecidos en alguna de las conductas tipificadas como falta en dicho convenio, tarea que debemos llevar a cabo conforme al principio de especificidad, que requiere que la expresada subsunción se realice en la descripción de la falta que de forma más específica comprenda la acción efectivamente ejecutada. Así, conforme a dicho principio, que no es sino la más concreta expresión de los de legalidad y tipicidad que rigen en nuestro Derecho sancionador, debemos acudir en primer lugar a la determinación de las circunstancias contenidas en el tipo sancionador, para determinar si las mismas son aplicables al hecho cometido. Sólo una vez que se haya realizado dicha tarea en términos positivos de inclusión del hecho en cierta falta tipificada en el convenio colectivo de aplicación, podremos acudir a aquellas cualidades del infractor que, aun no contempladas específicamente en el tipo sancionador, contribuyan a determinar la gravedad de la falta, pues la determinación de la falta cometida no puede consistir únicamente en la mecánica tarea de subsumir el hecho cometido en el tipo sino que a continuación debe darse un paso más y concluir, conforme a criterios de proporcionalidad y gradualidad de la falta, determinando la necesaria gravedad y culpabilidad del sujeto para imponerle la máxima sanción contemplada en el artículo 54.1 del Estatuto de los Trabajadores. Y en esa ulterior tarea es evidente que podría tenerse en cuenta la condición del actor de recurso preventivo.

Pero en primer lugar, como hemos expresado, antes de aplicar esas condiciones personales del infractor para la graduación de la gravedad de la falta, es necesario que la acción ejecutada sea subsumible en la concreta descripción de la falta contenida en el convenio colectivo.



Para ello debemos tener en cuenta que el convenio colectivo de aplicación contempla dos faltas relacionadas con el incumplimiento de las obligaciones previstas en el artículo 29 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales. Una es calificada de falta leve en su artículo 19.2 n y es descrita en términos de que el incumplimiento "pueda entrañar algún riesgo, aunque sea leve", lo que por tanto no excluye que el riesgo que entrañase fuese incluso superior, esto es un riesgo grave. Por su parte la otra falta es calificada de grave en el artículo 19.3 n y requiere que el incumplimiento "origine riesgos y daños graves para la seguridad y salud". Ante tal dicotomía, en la que no es intrascendente el que la falta leve pueda contemplar la causación incluso de un riesgo grave, la diferenciación entre ambas faltas que debemos establecer a fin de subsumir el hecho acaecido en una u otra, debe estribar necesariamente en que la falta grave debe incluir un mayor reproche, en términos de gravedad de la acción, que la falta leve y tal diferenciación la encontramos en efecto en la descripción de las conductas que cada falta hace pues, mientras la falta leve sólo contempla la causación de un riesgo, que puede ser leve o incluso grave, en cambio la falta grave del artículo 19.3 n requiere que origine riesgos y daños graves. La utilización de la conjunción copulativa "y" pone de manifiesto que no sólo es necesaria la concurrencia de riesgo sino también la causación de un daño, lo que es lógico si tenemos en cuenta que la mera producción de un riesgo, aún grave, puede constituir una mera falta leve.

Si la falta grave referida al incumplimiento de las obligaciones del trabajador en materia de prevención de riesgos laborales requiere la causación de un daño grave para la seguridad y salud de los trabajadores, ello no puede significar sino la exigencia de que aquel incumplimiento se traduzca en la producción de un accidente de trabajo del que sea víctima un trabajador. De este modo la gravedad requerida para la apreciación de la falta grave, conforme a la tipificación de la conducta en la que consiste, exige la actuación de un peligro grave concreto y demostrado de accidente, no el general implícito en la desatención de las medidas de protección de inexcusable observancia, cuyo riesgo para la seguridad y salud de los trabajadores se configura así en abstracto, como la posibilidad de causar un daño, esto es un accidente, mientras que la falta grave, en la medida que requiere no sólo la concurrencia de un riesgo sino también de un daño efectivamente causado, requiere un concreto resultado de accidente acaecido.

En consecuencia, la ausencia en el presente caso de un accidente de trabajo en que se haya traducido el necesario daño grave que la falta grave de incumplimiento de las obligaciones del trabajador en materia de prevención de riesgos laborales requiere el convenio colectivo de aplicación, impide calificar el hecho cometido como falta grave, por lo que tampoco ha tenido lugar la reincidencia en tal clase de falta, reincidencia que es la que en el convenio colectivo se califica como falta muy grave (artículo 19.4 k) susceptible de ser sancionada con el despido, lo que determina que el actor no ha cometido la falta muy grave por la que ha sido sancionado con el despido, lo que conlleva la improcedencia del mismo, de conformidad con el artículo 55.4 del Estatuto de los Trabajadores y con los efectos previstos en su artículo 56, en los términos que se expresarán en el fallo de esta sentencia.

Procede por consiguiente la revocación de la sentencia y la estimación del recurso.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación

FALLAMOS

Con estimación del recurso de suplicación interpuesto por el actor contra la sentencia dictada en los autos nº 540/2016 por el Juzgado de lo Social número 1 de los de Sevilla, en virtud de demanda seguida por Esteban contra ID Energía Solar S.L., su administrador concursal Fernando (persona física designada por Adalte Asesores Legales y Tributarios, S.L.P.) y el Ministerio Fiscal, debemos revocar y revocamos dicha sentencia y declaramos que la extinción de la relación laboral de la parte actora el 23 de mayo de 2016 constituye despido improcedente, por lo que condenamos a la empresa demandada a que opte entre, la readmisión de la parte actora en las mismas condiciones de trabajo que ostentaba antes del despido y con abono de los salarios dejados de percibir desde el día siguiente a la fecha del despido hasta la fecha de notificación de esta sentencia, a razón de 50,27 € diarios, de los que se deducirán en su caso los que en cómputo diario hubiera percibido durante dicho período de otro empleador, o bien abonar a la parte actora una indemnización de 5.529,70 €, en cuyo caso quedará extinguida la relación laboral a la fecha del despido, con la advertencia de que la referida opción deberá ser ejercitada ante esta Sala en el plazo de los cinco días hábiles siguientes a la notificación de esta sentencia, entendiéndose que de no hacerlo así, opta por la readmisión y abono de los salarios de tramitación devengados.

Notifíquese esta sentencia a las partes al Excmo. Sr. Fiscal de este Tribunal, advirtiéndose que, contra ella, cabe recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, que podrá ser preparado dentro de los DIEZ DÍAS hábiles siguientes a la notificación de la misma, mediante escrito dirigido a esta Sala, firmado por abogado -caso de no constar previamente, el abogado firmante deberá acreditar la representación de la parte-, con tantas copias



como partes recurridas, expresando el propósito de la parte de formalizar el recurso; y en el mismo deberá designarse un domicilio en la sede de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo a efectos de notificaciones, con todos los datos necesarios para su práctica y con los efectos del apartado 2 del artículo 53 LRJS.

En tal escrito de preparación del recurso deberá constar:

- a) Exposición de "cada uno de los extremos del núcleo de la contradicción, determinando el sentido y alcance de la divergencia existente entre las resoluciones comparadas, en atención a la identidad de la situación, a la igualdad sustancial de hechos, fundamentos y pretensiones y a la diferencia de pronunciamientos".
- b) Referencia detallada y precisa a los datos identificativos de la sentencia o sentencias que la parte pretenda utilizar para fundamentar cada uno de los puntos de contradicción".
- c) Que las "sentencias invocadas como doctrina de contradicción deberán haber ganado firmeza a la fecha de finalización del plazo de interposición del recurso", advirtiéndose, respecto a las sentencias invocadas, que "Las sentencias que no hayan sido objeto de expresa mención en el escrito de preparación no podrán ser posteriormente invocadas en el escrito de interposición".

Igualmente se advierte a las partes no exentas, que si recurren deberán acreditar ante esta Sala haber efectuado el depósito de **600.- euros**, en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones, abierta en la entidad "Banco de Santander", en la Cuenta-Expediente nº **4052-0000-66-xxxx(nº recurso)-xx(año)**, así como la consignación del **importe de la condena** que se añade en esta sentencia a la ya establecida en la instancia en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones, abierta en la entidad "Banco de Santander", en la Cuenta-Expediente nº 4052-0000-69-xxxx(nº recurso)-xx(año), especificando en el campo "concepto", del documento resguardo de ingreso, que se trata de un "**Recurso**".

Si se efectúa mediante transferencia, la cuenta es: 0049-3569-92-0005001274. (IBAN: ES55 0049 3569 9200 0500 1274). Debiendo hacer constar en "Beneficiario", el órgano judicial y en "Observaciones o concepto", los 16 dígitos de la cuenta-expediente en un solo bloque. [40520000.66.XXXX(nº recurso) .XX(año)].

Una vez firme esta sentencia, devuélvase los autos al Juzgado de lo Social de referencia, con certificación de esta resolución, diligencia de su firmeza y, en su caso, certificación o testimonio de la posterior resolución que recaiga.

Únase el original de esta sentencia al libro de su razón y una certificación de la misma al presente rollo, que se archivará en esta Sala.

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