

Tribunal Superior de Justicia de Les Illes Balears, Sala de lo Social, Sentencia 270/2018 de 28 Jun. 2018, Rec. 97/2018

Ponente: Martín Martín, Ricardo.

Nº de Sentencia: 270/2018

Nº de Recurso: 97/2018

Jurisdicción: SOCIAL

Despedido empleado de tanatorio por pelearse con su compañera y pareja sentimental delante de los familiares de los difuntos

DESPIDO DISCIPLINARIO. Reincidencia en la comisión de faltas graves. Empleado de funeraria que en 3 meses comete dos faltas graves. Una cuando choca con el vehículo elevador contra una lápida y no comunica a la empresa más que los daños físicos del vehículo, cuando en realidad no funcionaba, lo que podría haber afectado a los entierros programados porque solo había un coche de esas características y no se pudo arreglar con la debida celeridad. Otra cuando amenaza a su compañera y ex pareja en el tanatorio, delante de los familiares de los fallecidos y desobedece a su superior. Las dos son graves y provocan la falta muy grave que acarrea el despido.

El TSJ Baleares desestima el recurso de suplicación interpuesto por el trabajador contra sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Palma de Mallorca y confirma el despido disciplinario.

T.S.J.ILLES BALEARS SALA SOCIAL

PALMA DE MALLORCA

SENTENCIA: 00270/2018

T.S.J.ILLES BALEARS SALA SOCIALPALMA DE MALLORCA

-

PL.MERCAT, NUM.12

Tfno: 971724152/971723689

Fax:971227218

Equipo/usuario: AAA

NIG: 07040 44 4 2017 0000829

Modelo: N31350

TIPO Y Nº DE RECURSO: RSU RECURSO SUPLICACION 0000097 /2018

JUZGADO DE ORIGEN/AUTOS: DSP DESPIDO/CESES EN GENERAL 0000197 /2017 JDO. DE LO SOCIAL nº 001 de PALMA DE MALLORCA

Recurrente/s: Ildefonso

Abogado/a: FERNANDO CAIMARI SALAET

Procurador/a:

Graduado/a Social:

Recurrido/s: EMPRESA FUNERARIA MUNICIPAL SA

Abogado/a: LUIS ENRIQUE DOT HUALDE

Procurador/a:

Graduado/a Social:

ILMOS. SRES.:

PRESIDENTE:

DON ANTONI OLIVER REUS

MAGISTRADOS:

DON ALEJANDRO ROA NONIDE

DON RICARDO MARTIN MARTIN

En Palma de Mallorca, a veintiocho de junio de dos mil dieciocho.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares, formada por los Ilmos. Sres. Magistrados que constan al margen, ha pronunciado

EN NOMBRE DE S. M. EL REY

la siguiente

SENTENCIA NÚM. 270/18

En el Recurso de Suplicación núm. 97/2018 formalizado por el letrado D. FERNANDO CAIMARI SALAET, en nombre y representación de D. Ildefonso , contra la sentencia de fecha 12 de enero de 2018, dictada por el Juzgado de lo Social núm. 1 de Palma de Mallorca en sus autos demanda número 197/17, seguidos a instancia de D. Ildefonso , representado por el letrado D. FERNANDO CAIMARI SALAET, frente a la EMPRESA FUNERARIA MUNICIPAL SA, en reclamación de DESPIDO OBJETIVO, siendo Magistrado-Ponente el Ilmo. Sr. D. RICARDO MARTIN MARTIN, y deduciéndose de las actuaciones habidas los siguientes

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:

PRIMERO.- D. Ildefonso , mayor de edad, con DNI nº NUM000 y NASS NUM001 , ha prestado servicios para la Empresa Funeraria Municipal S.A., antigüedad 28/01/2010, como chofer funeraria 1ª, salario de 2.594'39 euros brutos, incluida prorrata de pagas extras.

SEGUNDO.- Mediante escrito de fecha 7/09/2016, la empresa comunicó al trabajador, en el expediente NUM002 , la imposición de una sanción de suspensión de empleo y sueldo de cuarenta y cinco días de duración, a cumplir entre los días 12 de septiembre a 26 de octubre, como autor de tres faltas laborales previstas en el artículo 37 apartados b.1, b.2 y b.3 del convenio colectivo de la empresa, del siguiente tenor:

"I.- Son antecedentes de la sanción que se le impone los siguientes hechos:

1. El agente de la Empresa D. Silvio , mediante correo electrónico de fecha 1 de agosto, informó sobre los hechos que tuvieron lugar el mismo día 1, entre los trabajadores de la Empresa, Doña Florinda y Don Ildefonso .
2. El Gerente de la Empresa mediante escrito de la misma fecha, ordenó la apertura de un expediente informativo y disciplinario si procediese, para lo cual nombró instructor al jefe de Servicio de Cementerios Jose Ángel .
3. La Sra. Florinda presentó el mismo día, un escrito donde hace una narración de los hechos que había denunciado el agente D. Silvio . En el mismo escrito, solicitaba el amparo de la Empresa, puesto que dice sentirse amenazada, insultada y agredida por un compañero de trabajo. Con posterioridad presentó dos partes de asistencia médica de fechas 1 y 8 de agosto respectivamente. Dado que la Sra. Florinda comenzaba sus vacaciones el mismo día de los hechos, no se consideró necesario adoptar en ese momento medidas cautelares urgentes en aras de garantizar la

tutela y protección de su derecho a la integridad física en el ámbito laboral.

4. En cumplimiento de las instrucciones del Gerente, se iniciaron las acciones oportunas para determinar cuáles fueron exactamente los hechos y valorar si estos constituyen infracción del régimen disciplinario, quien o quienes fueron los autores y proponer sanciones si procediera.

5. Con fecha 11 de agosto de 2016, el instructor del expediente, Sr. Jose Ángel , elevó al Sr. Gerente su escrito de conclusiones y calificación provisional.

6. Con fecha 16 de agosto de 2016, el Sr. Gerente emitió el correspondiente pliego de cargos, otorgando al trabajador un plazo de diez días para que formulara alegaciones.

7. Se ha puesto, en el plazo reseñado en el apartado anterior, el expediente instruido, así como copias de las grabaciones del día de los hechos, a disposición del trabajador.

8. Con registro de entrada del 26 de agosto, el trabajador formuló el correspondiente pliego de descargos, alegando lo que a su derecho convenía. El Sr. Ildefonso solicita también en su escrito la puesta en marcha del protocolo contra el acoso laboral que dice estar sufriendo por parte de la Sra. Florinda .

9. Se dio traslado del pliego de cargos a la representación de los trabajadores, sin que éstos formularan alegación alguna.

II.- Diligencias realizadas:

1. Se realiza el visionado de las cámaras interiores para establecer los hechos en la medida de lo posible.

2. Se cursan correos a todos los trabajadores de la Empresa que por situación o proximidad pudieran haber visto u oído los hechos, para que aporten como testigos toda la información de la que puedan disponer.

3. Se interroga el día 2 de agosto al agente Sr. Silvio para que realice determinadas aclaraciones sobre su correo informando de los hechos y sobre lo por él presenciado.

4. Se interroga el día 3 de agosto a D. Ildefonso .

5. Se interroga el día 4 de agosto al trabajador de la Empresa D. Arcadio .

6. Se interroga el día 8 de agosto a Doña Florinda en presencia de la Presidenta del Comité de Empresa Doña Sonsoles y del miembro del Comité D. Braulio .

7. El mismo día 8, durante la declaración de la Sra. Florinda , ésta hace entrega de dos partes de visita médica de fechas 1 y 8 de agosto respectivamente que se adjuntan al expediente.

8. Se interroga al Sr. David a instancias de la Sra. Florinda el mismo día.

9. Se interroga a la Sra. Lorenza el día 9 de agosto.

10. Se interroga al Sr. Silvio el 10 de agosto.

III.- Hechos acreditados durante la tramitación del expediente incoado:

Resulta probado, tras las actuaciones y diligencias practicadas, que el pasado lunes 1 de agosto, a primera hora de la mañana, en concreto, sobre las 8:55 horas, durante su jornada laboral, profirió graves amenazas a su compañera de trabajo Sra. Florinda , en presencia del agente de esta entidad D. Silvio .

En concreto, después de dirigirse a primera hora al puesto de trabajo de la Sra. Florinda , y según parece tras las declaraciones de usted de su compañera, para dirimir algunos hechos, controversias, disputas o rencillas, que habían acontecido durante el fin de semana derivadas, al parecer, de una antigua relación sentimental entre ustedes, le espetó que si seguía así no iba a responder de sus propios actos, amenazándola con que la iba a matar.

Estas palabras y amenazas, insistimos en presencia de un testigo, son del todo repudiables y rechazables, resultando ser merecedoras de ser sancionadas y graduadas con la mayor severidad, ya que es del todo punto inadmisibles que diriman cuitas o conflictos personales en el centro de trabajo, profiriendo esta clase de amenazas, sin que sirva de atenuante ni el clima de ofuscamiento que se produjo a raíz de la pelea o riña, ni los insultos que, en el fragor de la discusión, le pudiera haber proferido la Sra. Florinda . Los presentes hechos son constitutivos de una falta laboral grave. Y en tercer y último lugar, para colmo de los males, su pelea, disputa o riña se produjo durante la jornada laboral, no sólo delante de compañeros de trabajo, sino ante los familiares y amigos que iban a

velar a sus difuntos en las distintas salas del tanatorio, con el evidente asombro y malestar de éstos. Resulta inaudito, si se nos permite la expresión, que en un lugar donde en un ambiente de aflicción se vela a difuntos y se consuela a familias y amigos de los deudos, se puedan producir este tipo de incidentes o peleas que, evidentemente, están fuera de todo lugar, alteran el ambiente de tranquilidad y acogimiento que debe presidir las instalaciones, provocan claro malestar en las familias y amigos de los fallecidos y que, por todo ello, faltan a la debida consideración al público que en esos momentos se encontraba en el tanatorio. Igualmente el presente hecho es constitutivo de una falta laboral grave.

IV.- Calificación jurídica de los hechos imputados:

A) Por la pelea producida en el centro de trabajo y por las graves amenazas proferidas contra su compañera de trabajo, se le sanciona como autor de una falta laboral grave, prevista en el artículo 37.b.1 del Convenio colectivo (que expresamente contempla como falta laboral grave "la falta de respeto a sus compañeros de trabajo") con veinticinco días de suspensión de empleo y sueldo, ya que dada la máxima gravedad de la conducta probada, la sanción debe ser calificada con el mayor rigor, sin que exista circunstancia atenuante alguna.

B) Por el incumplimiento a las expresas órdenes dadas por su superior para que cesara inmediatamente la discusión o pelea, se le sanciona como autor de una falta laboral grave, prevista en el artículo 37.b.2 del Convenio colectivo (que expresamente contempla como falta laboral grave "el incumplimiento de las instrucciones de los responsables de la unidad") con diez días de suspensión de empleo y sueldo.

C) Por haberse producido el altercado delante de los familiares y amigos que estaban velando a sus difuntos, que, incluso provocó que algunos salieran de las salas de velo para ver qué estaba pasando, lo que supone una manifiesta desconsideración hacia ellos, se le sanciona como autor de una falta laboral grave, prevista en el artículo 37.b.3 del Convenio colectivo (que expresamente contempla como falta laboral grave "la desconsideración al público") con diez días de suspensión de empleo y sueldo".

El trabajador no impugnó la sanción.

La sanción fue cumplida en las fechas indicadas en esta comunicación.

TERCERO.- La trabajadora Florinda también fue sancionada por la empresa con sanción de suspensión de empleo y sueldo de cuarenta días de duración como autora de tres faltas laborales graves.

CUARTO.- En fecha 7/11/2016, a las 9:19h, Sara se dirigió a Jose Ángel , Cap de Servei de Cementeris de la Empresa, mediante correo electrónico comunicándole: "el viernes a las 14,00h me preguntó Laureano si había hablado con Ildefonso sobre el elevador, que mejor me lo contara él. Ildefonso me contó que se había dado un pequeño golpe el elevador y tenía una plaquita del lateral de atrás medio desprendida. El sábado me enteré que dejó de funcionar, pero a mí no me lo dijo".

A las 12:35h de ese día Jose Ángel dirigió un correo electrónico a Nicolas , en los siguientes términos:

"Hoy día 7 de noviembre lunes he tenido conocimiento que el elevador cabinado que utilizamos para los servicios de cementerio no se eleva. Me he enterado, por habérmelo comentado el oficial Porfirio . Al parecer la avería se produjo entre las 13 y 13,30 horas del viernes 4 de noviembre durante la prestación de un servicio en la manzana 74. El operador del vehículo cuando se produjo el incidente era D. Ildefonso y formaban parte de dicho equipo D. Samuel y D. Laureano . Por lo que parece, además de la avería del elevador, podrían haberse producido otros daños de los que no he sido informado, daños causados por las maniobras del elevador. Parece que todo el equipo era conocedor de la avería del elevador y de los daños pero nadie comunicó dichos incidentes en debida forma. Solicito que se tramite expediente informativo y disciplinario si procede por los hechos siguientes:

1-Falta de comunicación de la avería del elevador por parte del causante y del resto del equipo.

2-No hacer constar en la orden de trabajo los daños producidos durante el desarrollo del mismo.

Adjunto.: 1-copia de la orden de trabajo donde no se hacen constar incidencias, 2-copia del correo remitido por la Administrativa Sara informando del incidente a instancia del que suscribe, 3-copia del correo remitido por la administrativa Elvira con la hora de salida de los tres trabajadores, donde queda claro que si no se produjo la información, no fue por falta de tiempo puesto que los tres componentes del equipo se fueron 15 minutos antes de la hora de salida".

QUINTO.- Tras la apertura de diligencias informativas, Esperanza dirigió un correo a Jose Ángel el 10/11/2016 a las 8:24 horas: "S'ha obert expedient informatiu 17-16 en relació als fets ocorreguts el passat 4/11/16. S'adjunta diligència d'obertura. Com a responsables del servei de cementeris i de manteniment us sol licito la informació de la que pogueu disposar en relació a: 1. Els danys que ha sofert la màquina elevadora i determinació causa/efect de l'avaria. 2. Els danys en les instal·lacions del cementeri, unitats d'enterrament i d'altres que s'han pogut veure afectats per l'ús indegut de la màquina elevadora. 3. Si aquests fets han suposat conseqüències negatives pels serveis de cementeris (s'han hagut d'anular/retardar serveis...)".

Jose Ángel respondió a las 12:52 h: "1-Referente a los daños sufridos por el elevador. No dispongo del importe de la reparación, tampoco es la avería del elevador lo que se recrimina puesto que el elevador puede averiarse en cualquier momento. Lo que se recrimina es que el viernes el elevador quedó aparcado y no funcionaban los estabilizadores ni tampoco la plataforma elevadora y por tanto no estaba operativo, el sábado había servicios y no pudo utilizarse. Tampoco el lunes a primera hora, puesto que como no se había avisado de la avería, no se dio orden al servicio técnico para su reparación. 2-Parece ser que se rompió una jardinera durante la prestación del servicio y también se habría producido algún daño en la fachada o lápidas de la manzana 74 pero los oficiales sepultureros no han concretado ni comunicado formalmente dichos daños. La orden de prestación del servicio firmada en conformidad, no pone nada de todo esto. 3-No supuso retraso en el servicio de pura casualidad, puesto que el sábado era día hábil para las inhumaciones, casualmente no fue necesario el elevador porque no había inhumaciones en lugares que requiriesen su uso. El lunes por la mañana se reparó de urgencia en cuanto nos enteramos de la avería".

SEXTO.- Tras la comparecencia y manifestaciones ante la instructora Esperanza de Sara , Ildefonso , Laureano y Samuel , aquélla elevó un informe propuesta el 23/11/2016, comunicado al trabajador Ildefonso el mismo día, a quién se hizo entrega de copia del expediente y se confirió un plazo de diez días para formular alegaciones.

El gerente de la empresa Nicolas propuso al Consejo de Administración la imposición de sanción muy grave consistente en el despido disciplinario.

El trabajador presentó sendos escritos de alegaciones el 4/1/2017 y el 23/01/2017, y el Consejo de Administración en sesión de 24/01/2017 aprobó la imposición de sanción muy grave al trabajador consistente en el despido disciplinario con efectos de 25/01/2017.

SÉPTIMO.- En la comunicación de la sanción al trabajador se recoge lo siguiente:

"1. El passat dia 4 de novembre de 2016 l'operari Ildefonso manejava la màquina elevadora en els serveis d'inhumacions/ exhumacions i no va comunicar que l'elevador no funcionava després d'haver donat un cop contra una filera de ninxols. A més a més, va deixar estacionat el vehicle a les cotxeres de l'empresa de manera inapropiada i sense connectar al sistema de recàrrega. Ambdues coses impossibilitaven l'ús de l'elevador en els següents serveis.

2. L'operari Ildefonso per la formació obtinguda i per la experiència en l'Empresa coneix les conseqüències de que no estigui operativa la màquina elevadora.

3. En concret, suposa o pot suposar la suspensió immediata dels serveis d'inhumacions/exhumacions programats per no poder executar-los o perquè suposaran un important retard en els serveis amb conseqüències negatives tant per l'Empresa com pels usuaris.

4. El no comptar amb aquesta eina d'obligat ús com a auxiliar en matèria de prevenció de riscos laborals suposa que es derivin o es puguin derivar greus perjudicis pel servei de cementeris ja que pot suposar la suspensió de serveis programats per no poder executar-los o perquè suposaran un important retard en els serveis amb conseqüències negatives tant per l'Empresa com pels usuaris com és la pèrdua del servei o la manca d'eficiència i servei públic de qualitat que ha de regir l'actuació dels treballadors de l'EFMSA.

5. Aquesta actuació reprovable es va considerar una falta disciplinària greu per deixadesa en les obligacions pròpies del seu lloc de feina essent conscient de les greus conseqüències que pot suposar pel servei de cementeris. Les inhumacions/exhumacions en alçada de més de 2,5 metres requereixen el seu ús i és l'únic equip que pot actuar a diverses zones del cementeri de Palma.

6. Ha quedat acreditat que es tracta de negligència derivada del lloc de feina de la qual es podien derivar perjudicis greus pel servei prevista en l'article 37.2.b.2 del Conveni Col·lectiu com a falta greu.

7. El Conveni Col·lectiu de l'Empresa estableix en l'article 37.2.c.6 que la reincidència en la comissió de faltes greus,

encara que siguin de distinta naturalesa, en un període de sis mesos quan hagi hagut sanció serà una falta molt greu i consten en els arxius de l'EFMSA que el treballador Ildefonso va ser sancionat per tres faltes greus el dia 7 de setembre de 2016. Per aquestes tres faltes greus va complir una suspensió de feina i sou de 45 dies de durada. S'ha acreditat el compliment de les sancions imposades per aquestes faltes i han esdevingut fermes ja que s'ha exhaurit el termini d'impugnació d'aquestes sancions sense que consti que el treballador les hagi recorregut.

8. Sense que hagin transcorregut ni dos mesos des de que va cometre les indicades tres faltes greus, ha incorregut en una nova falta greu, per la qual cosa el tipus aplicable és el de la reincidència en cometre faltes greus, expressament previst a l'article 37.c.6 del Conveni Col·lectiu de l'empresa.

9. L'acomiadament està previst com a sanció per falta molt greu en l'article 37.3.c del Conveni Col·lectiu de l'Empresa".

OCTAVO.- El viernes día 4/11/2016 Laureano , Samuel (ambos operarios de cementerio) y Ildefonso acudieron a realizar un servicio en la manzana 74, los dos primeros utilizando un vehículo automóvil y Ildefonso conduciendo el elevador cabinado. Concluido el indicado servicio recibieron aviso de un incidente por lo que se desplazaron de la misma forma a la manzana 18 y en el desplazamiento, el Sr. Ildefonso golpeó el elevador con una pared, varios nichos y varios maceteros.

Ya en la manzana 18 el elevador no funcionó. Al regresar, el Sr. Ildefonso dejó el elevador estacionado y tanto el Sr. Laureano como el Sr. Samuel le dijeron que comunicara las incidencias habidas.

El Sr. Ildefonso le indicó a la administrativa Sara que había golpeado el elevador con una pared y ambos fueron a ver los concretos daños en la chapa del vehículo. En ningún momento le indicó, ni a ella ni a otro responsable de la Empresa, que el elevador no funcionaba.

La Empresa dispone de un único elevador cabinado. Cuenta con un vehículo oruga de mayores dimensiones y mayor lentitud de movimientos que el elevador cabinado, con el que, por su tamaño, no se puede acceder a ciertas zonas del cementerio.

NOVENO.- No consta que el actor haya ostentado la representación legal o sindical de los trabajadores en la empresa en el año inmediatamente anterior a la extinción de su relación laboral.

DÉCIMO.- Es de aplicación el convenio colectivo de empresa (BOIB núm. 108 de 3/08/2013).

DÉCIMOPRIMERO.- En fecha 17 de febrero de 2017 se celebró el acto de conciliación-mediación ante el TAMIB, finalizado con el resultado de sin acuerdo.

SEGUNDO.- La parte dispositiva de la sentencia de instancia dice:

Que DESESTIMANDO la demanda interpuesta por D. Ildefonso contra Empresa Funeraria Municipal S.A., debo DECLARAR y DECLARO la procedencia del despido y convalidada consiguientemente la extinción del contrato producida a fecha 25 de enero de 2017, sin derecho a indemnización ni a salarios de tramitación.

TERCERO.- Contra dicha resolución se anunció recurso de suplicación por el letrado D. FERNANDO CAIMARI SALAET, en nombre y representación de D. Ildefonso , que posteriormente formalizó y que no fue impugnado; habiéndose señalado como fecha de votación y fallo el día 27 de junio de 2018.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Frente a la sentencia que declaró la procedencia del despido disciplinario llevado a cabo por la empresa con efectos de 25 de enero de 2017, se alza en suplicación demandante formulando, en primer lugar y con cobijo en el apartado b) del Art. 193 LRJS , un motivo de revisión de hechos probados. Interesa la parte recurrente la modificación de la fecha de antigüedad y del salario regulador que constan reflejados en el hecho probado, propugnando, con apoyo en los documentos obrantes en los folios 111 a 115, una antigüedad de 6 de febrero de 2007, y con apoyo en los folios 108, 109 y 112, un salario mensual bruto con inclusión de la prorrata de pagas extraordinarias de 2.644,55 €.

La parte impugnante del recurso no muestra objeción a la revisión fáctica solicitada de contrario. Procede, por lo tanto, la estimación del motivo.

SEGUNDO. Con amparo en el apartado c) del Art. 193 LRJS la parte recurrente alega la

infracción por indebida aplicación de lo dispuesto en el Art. 37.2.C.6 del Convenio Colectivo de la Empresa Funeraria Municipal publicado en el BOIB de 3 de agosto de 2013 en relación con el Art. 54 del Estatuto de los Trabajadores . Sintetizando la prolija argumentación del motivo que se contiene en el recurso cabe decir que la parte recurrente entiende que el despido del trabajador demandante debe ser declarado improcedente por ausencia de tipicidad exigida en el precepto convencional que se estima infringido. Argumenta el recurrente que el Art. 37.2.C.6 del convenio colectivo de aplicación exige para dar lugar a la apreciación de la comisión de una falta muy grave, " *la reincidencia en faltas graves*". Razona el recurrente que el empleo del plural en la redacción del precepto hasta en dos ocasiones conduce a considerar que no es suficiente para apreciar la reincidencia la comisión de una nueva o segunda falta grave, sino que para ello es preciso que al menos dos faltas graves previas hayan sido sancionadas. Invoca el recurso en favor de la interpretación que defiende la aplicación del principio "pro operario", aduciendo la doctrina contenida en las SSTs de 29 de abril , 3 de junio y 27 de octubre de 1986 , conforme a la cual debe aplicarse la interpretación más favorable al trabajador cuando surja la duda sobre el sentido o alcance de una concreta norma jurídica. Cita también la STS de 30 de enero de 2008 en defensa de una interpretación de las normas regida por los principios sociales y trae a colación la STSJ Canarias (Las Palmas) de 29 de noviembre de 2006 respecto de la interpretación del concepto de reincidencia en relación con el convenio colectivo de la empresa Iberia.

Señala también el recurrente que, habiendo sido el Sr. Ildefonso sancionado en fecha 7 de septiembre de 2016 como autor de la comisión de tres faltas disciplinarias tipificadas como graves a consecuencia del incidente producido con su compañera de trabajo la Sra. Florinda , a los efectos de la aplicación de la reincidencia deben ser consideradas como una única sanción en tanto que los hechos entonces sancionados fueron cometidos en unidad de tiempo. Así, siendo aquella sería la primera sanción por falta grave y la que motivó el despido la segunda, con lo que no se cumpliría con la tipicidad prevista en el Art. 37.2.C.6.

La sentencia recurrida entendió que los hechos imputados por la empresa al trabajador en la carta de despido, hechos acontecidos el 4 de noviembre de 2016 fueron correctamente tipificados como falta grave de acuerdo con lo dispuesto en el Art. 37.2.b.2 del convenio colectivo de aplicación (negligencia de la que pueda derivarse un grave perjuicio para el servicio). Señala la sentencia que el trabajador había sido sancionado antes del transcurso de cuatro meses por la comisión de tres faltas graves, sanción que no fue objeto de impugnación. Entiende la sentencia recurrida correctamente aplicada la reincidencia por parte de la empresa, reuniéndose los requisitos que establece el convenio colectivo para la calificación de la infracción como muy grave.

La parte impugnante defiende la correcta aplicación de la reincidencia pues el trabajador había sido sancionado previamente como autor de tres faltas graves, siendo la que motivó el despido, la cuarta. Cita en su favor la parte impugnante la STSJ Canarias de 17 de febrero de 2017 .

El Art. 37.2.C.6 del Convenio Colectivo de la Empresa Funeraria Municipal dispone: " *La reincidencia en faltas graves, aunque sea de distinta naturaleza, dentro de un período de seis meses cuando hayan mediado sanciones por las mismas* ". Aplicando los criterios hermenéuticos que se contienen en el Art. 3.1 del Código Civil en relación con los Art. 1.284 y 1.286 del mismo Cuerpo Legal , a juicio de la Sala, la apreciación de la reincidencia a los efectos de conformar una infracción disciplinaria susceptible de ser calificada como muy grave exige que el trabajador sancionado haya cometido y haya sido sancionado por al menos dos faltas graves dentro de un periodo de seis meses. A tal conclusión se llega teniendo en cuenta que la redacción del precepto emplea el plural de forma reiterada (*reincidencia en faltas graves; hayan mediado sanciones por las mismas*) . Es necesario, por lo tanto, que el trabajador haya cometido al menos dos faltas calificadas como graves y que estas hayan sido sancionadas. Una primera falta sancionada no es suficiente para que la comisión de una segunda falta que se califique como grave pueda dar lugar directamente a la aplicación de la reincidencia respecto de esta última . Estima la Sala que en este aspecto asiste la razón a la parte recurrente, si bien la sentencia recurrida, implícitamente, acogió esta interpretación, pues a los efectos de la aplicación de la reincidencia tuvo en cuenta las tres faltas graves sancionadas por la empresa mediante carta de fecha 7 de septiembre de 2016.

Procede ahora determinar si dichas faltas deben, a los efectos de la aplicación de la reincidencia, computar como una sola, como sostiene la parte recurrente, o como tres, criterio sostenido por la sentencia recurrida y por la parte impugnante. Y a la hora de resolver tal cuestión tres circunstancias deben ser tenidas en cuenta. Por una parte, que la empresa sancionó de forma separada, si bien en una misma carta, tres conductas diferentes: la pelea mantenida en el centro de trabajo por el trabajador y su compañera Dña. Florinda y las graves amenazas proferidas contra esta;

el incumplimiento de las expresas órdenes dadas por su superior para que cesara de inmediato en su conducta; y por haberse producido el altercado en presencia de familiares y amigos de los difuntos que estaban siendo velados en ese momento. Cada una de las faltas fue sancionada por la empresa de forma independiente, como sucedió en el caso de Dña. Florinda . La segunda circunstancia que debe ser tenida en cuenta es que las tres faltas fueron cometidas dentro de una misma secuencia temporal, no fueron actos producidos en periodos temporales distintos; y en tercer lugar que de las tres infracciones sancionadas por la empresa una tiene un carácter meramente circunstancial, que los hechos tuvieron lugar en presencia de los deudos de los difuntos, en tanto que las otras dos conductas sancionadas tienen autonomía propia: la pelea del actor con su compañera y la desobediencia de las órdenes impartidas por el superior de ambos. Si excluimos la tercera de las infracciones sancionadas el 7 de septiembre de 2016 en tanto que la misma no supone un comportamiento activo u omisivo del trabajador y no depende de su voluntad, restan las otras dos, que poseen autonomía y sustantividad propias y sujetos pasivos diferentes. La pelea mantenida por el actor con su compañera y las amenazas a esta proferidas, conducta de la cual fue sujeto pasivo Dña. Florinda y la desobediencia a las órdenes impartidas por su superior al objeto de que cesara el enfrentamiento. El sujeto pasivo de dicha conducta de carácter omisivo, es el superior jerárquico cuyas órdenes fueron desatendidas, y en último extremo, el poder de dirección de la propia empresa en tanto que la instrucción era impartida por uno de sus mandos.

En consecuencia, a juicio de la Sala son dos y no tres, las faltas graves cometidas por el actor, faltas sancionadas, que deben ser tenidas en cuenta a la hora de valorar la concurrencia de reincidencia como circunstancia agravatoria de los hechos sancionados mediante la carta de despido. Ello no comporta alterar el criterio expuesto en la sentencia recurrida pues, como hemos dicho, la correcta interpretación del Art. 37.2.C.6 del convenio colectivo de aplicación exige que se hayan producido al menos dos faltas graves sancionadas para poder apreciar en la tercera falta grave la reincidencia, y tal circunstancia concurre en el presente caso.

Procede, por lo tanto, la desestimación del motivo.

TERCERO. Como segundo motivo de censura jurídica el recurrente alega la infracción del Art. 37.2.B2 del convenio de aplicación en relación con el Art. 54 ET . En síntesis, considera la parte recurrente que los hechos acontecidos el día 4 de noviembre de 2016 no merecen la calificación de falta grave en tanto que el precepto convencional cuya infracción se denuncia exige que, como consecuencia del incumplimiento de las instrucciones de los responsables de la unidad y de las obligaciones concretas del puesto de trabajo o de la negligencia "se deriven o puedan derivarse perjuicios graves para el servicio" y tal circunstancia, a juicio del recurrente, no concurre.

No comparte la Sala los razonamientos de la parte recurrente. Según resulta de los inatacados hechos probados que obran en la sentencia recurrida, el día 4 de noviembre de 2016 el recurrente *golpeó el elevador cabinado que conducía contra una pared, varios nichos y maceteros* mientras se dirigía a prestar un servicio en la manzana 18 del cementerio municipal de Palma. Al llegar a la referida manzana el elevador no funcionaba. El recurrente dejó el vehículo estacionado en el garaje y comunicó a una administrativa de la empresa que había golpeado el elevador con una pared, si bien *no hizo referencia a que el elevador no funcionaba* y ello a pesar de que ambos acudieron a examinar los daños sufridos en la chapa del vehículo. Como bien razona la sentencia recurrida, *esta omisión impidió que el vehículo fuese reparado con rapidez, extremo importante pues era el único vehículo de ese tipo a disposición de la demandada. El elevador cabinado que conducía el recurrente, único vehículo de este tipo de que dispone la empresa y que se emplea en las inhumaciones, puede acceder a todas las zonas del cementerio, lo que no puede hacer el otro vehículo oruga de mayores dimensiones que posee la empresa.* Según hace constar la sentencia en el Fundamento de Derecho Tercero, los hechos tuvieron lugar un viernes, no siendo hasta el lunes que se comunicó la falta de funcionamiento del elevador. La sentencia afirma también que en el cementerio los entierros se programan con 15 minutos, con lo que es fácil observar que la decisión del recurrente de no comunicar la avería en el elevador pudo haber dado lugar a una grave disfunción en el servicio.

En consecuencia, la tipificación de los hechos como falta grave de acuerdo con el precepto convencional que se afirma infringido en el recurso es coherente con la entidad de los hechos sancionados pues, pudiendo disculparse la negligencia del trabajador al golpear el vehículo que conducía con una pared, no es comprensible que este dejara de comunicar la imposibilidad de emplear el elevador, conociendo, como tenía que conocer, el uso que se le daba al mismo y que era el único vehículo de esa índole de que disponía la empresa.

Como cuarto motivo de recurso y al amparo del apartado c) del Art. 193 LRJS , la parte

recurrente alega infracción de jurisprudencia, citando las STS de 4 de junio de 1969 , 23 de septiembre de 1973 , 5 de mayo de 1980 , 26 de enero y 27 de febrero de 1987 y 22 de febrero y 31 de octubre de 1988 entre otras. Alega, en síntesis, la parte recurrente la aplicación de la teoría gradualista afirmando que en el caso presente no concurren en la conducta del actor las notas de gravedad y culpabilidad necesarias para estimar ajustada a Derecho la imposición de la máxima sanción disciplinaria.

El motivo tampoco puede prosperar. Debe recordarse que la calificación como falta muy grave de los hechos sancionados en la carta de despido deriva de la apreciación de la reincidencia en la comisión de faltas graves sancionadas previamente, lo que otorga un mayor reproche a la conducta que se describe en la carta de despido. En cuanto a ésta, no comparte la Sala los razonamientos que se exponen en el recurso en el sentido de hacer recaer sobre la empresa los posibles perjuicios que se hubieran derivado de tener inutilizado el único elevador cabinado. Si el trabajador hubiera obrado con un mínimo de diligencia, hubiera comunicado la avería del elevador de forma inmediata, lo que hubiera posibilitado una pronta reparación de éste. Si hubiera obrado así, las consecuencias de que la Empresa Funeraria Municipal no disponga más que de un único elevador cabinado no le serían reprochables. *Tampoco es admisible el intento de trasladar la responsabilidad de la falta de comunicación de la avería a los otros dos trabajadores que con el actor acudieron a la manzana 18. El actor en tanto que conductor del vehículo es el responsable de éste, máxime cuando en el curso de su trabajo colisionó con una pared, varios nichos y maceteros. Siendo así, no es comprensible que el actor comunicara únicamente los daños en la chapa del vehículo y no la avería en el elevador,* circunstancia que, como señala la sentencia recurrida, conocía puesto que en la manzana 18 el elevador ya no funcionaba. La aplicación de la teoría gradualista exige del Tribunal la ponderación de todas las circunstancias concurrentes y en el caso que nos ocupa, como ya hemos señalado, no encontramos explicación al hecho de que el recurrente no comunicara la avería en el elevador siendo como tenía que ser, consciente de las consecuencias que de la misma podían derivarse. Tal omisión no pudo sino ser voluntaria, pues el actor sí comunicó los daños sufridos por el vehículo en su carrocería, daños leves, e incluso los examinó junto con la administrativa Dña. Sara . No consta en los hechos probados de la sentencia ni en los Fundamentos de Derecho de la sentencia circunstancia alguna susceptible de exculpar tal omisión, que constituye la esencia de la conducta sancionada. Hemos de hacer hincapié en las consecuencias que hubiera podido tener la omisión del trabajador y en los perjuicios que de ella hubieran podido derivarse, *perjuicios que no solo hubiera soportado la empresa pública empleadora, sino que hubieran trascendido a los familiares de los fallecidos en el caso de que, por no haber sido comunicada la avería del elevador y por lo tanto no haber sido reparado este, no hubiesen podido llevarse a cabo los entierros programados, gravedad que se acentúa si pensamos que la existencia de tal avería se hubiera podido poner de manifiesto en el desarrollo de una inhumación.*

CUARTO. También con amparo en el apartado c) del Art. 193 LRJS alega la parte recurrente la infracción de los Art. 58 ET y 108 LRJS , citando en su favor la STSJ Madrid de 17 de febrero de 2017 , sentencia que, por no proceder de la Sala IV del Tribunal Supremo, no tiene carácter de jurisprudencia. En síntesis, la parte recurrente sostiene que la Juzgadora de instancia debió examinar globalmente tanto la conducta del trabajador el día 1 de agosto de 2016, sancionada mediante carta de fecha 7 de septiembre, como los hechos acontecidos el día 4 de noviembre de 2016 conjugando ambas desde la óptica de la reincidencia y revisar si la sanción aplicada era ajustada o no. La parte recurrente reprocha a la Juzgadora de instancia no haber hecho uso de la facultad que le otorga el Art. 108.1 LRJS de, apreciando la improcedencia del despido, autorizar a la empresa la imposición de una sanción más adecuada a la gravedad de la falta, en lugar de la sanción de despido. Entiende la parte recurrente, que, si el convenio colectivo permite al empleador pasar a la calificación superior de los hechos sancionados por aplicación de la reincidencia, el Juzgador de instancia no queda vinculado por dicha calificación pudiendo, aun de concurrir la reincidencia, estimar que la sanción de despido no es adecuada y declarar la improcedencia del despido, haciendo uso de la potestad que le confiere el Art. 108 para el caso de que el empresario optare por la readmisión. Con apoyo en la sentencia citada entiende la parte recurrente que en aquellos casos en que los términos del convenio admitan sentidos opuestos en lo que a interpretación y concurrencia de reincidencia se refiere, deben prevalecer los criterios gradualistas y de proporcionalidad en sentido favorable para el trabajador.

A juicio de la Sala, el motivo tampoco puede prosperar. El trabajador recurrente fue sancionado en fecha 7 de septiembre de 2016 fue sancionado como autor de tres faltas graves. Y si bien como hemos dicho antes, únicamente dos deben ser tenidas en cuenta a la hora de apreciar la existencia de reincidencia, las circunstancias que dieron

lugar a la tercera ("desconsideración al público"), es útil para valorar en su justa medida la entidad de lo acontecido el día 1 de agosto de 2016. *En esta fecha, el demandante mantuvo una disputa o riña con su compañera de trabajo Dña. Florinda en el curso de la cual profirió graves amenazas. Dicha disputa tuvo lugar no solo delante de compañeros de trabajo, sino también ante los familiares y amigos que iban a velar a sus difuntos en las distintas salas del tanatorio, lo que motivó que algunos de ellos salieran de las salas de velo para saber qué estaba pasando. Tal conducta es especialmente reprochable teniendo en cuenta el lugar en el que se produjo, perturbando el duelo y la aflicción de las personas que acudieron a velar a sus familiares y amigos fallecidos. Además, el recurrente hizo caso omiso a las indicaciones de su superior para que cesara de inmediato en su comportamiento.*

Ya hemos nos hemos referido a la gravedad de los hechos sucedidos el día 4 de noviembre de 2016 y, específicamente, a la incomprensible omisión del trabajador recurrente de advertir, como era su obligación, de la avería sufrida por elevador y de las consecuencias que se hubieran producir de haber sido necesario su empleo durante el fin de semana siguiente.

La concurrencia de dos faltas graves sancionadas y de una tercera falta correctamente tipificada como grave conduce a la calificación de ésta última como muy grave. Y si efectuamos una valoración global de los hechos sancionados tanto en fecha 7 de septiembre de 2016 como el 25 de enero de 2017 concluimos que concurren las notas de culpabilidad y gravedad que el Art. 54 ET exige para la aplicación del despido disciplinario, no pudiendo reprocharse a la Juzgadora de instancia que no aplicara la posibilidad de autorizar al empresario la imposición de una sanción de menor gravedad que contempla el Art. 108.1 LRJS por cuanto, la Juez entendió que la decisión empresarial era ajustada a Derecho no habiendo lugar a la declaración de improcedencia del acto extintivo.

Por todo lo expuesto y razonado

FALLAMOS

Se desestima el recurso de suplicación interpuesto por la representación procesal de D. Ildefonso contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social Nº 1 de Palma de Mallorca en fecha 12 de enero de 2018 en los autos seguidos con el número 197/2017 y, en consecuencia, **se confirma** la sentencia recurrida.

Sin costas.

Notifíquese la presente sentencia a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares.

ADVERTENCIAS LEGALES

Contra esta sentencia cabe **RECURSO DE CASACION PARA LA UNIFICACION DE DOCTRINA** ante la Sala IV de lo Social del Tribunal Supremo, que necesariamente deberá prepararse por escrito firmado por abogado dirigido a esta Sala de lo Social y presentado dentro de los DIEZ DIAS hábiles siguientes al de su notificación, de conformidad con lo establecido en los artículos 218 y 220 y cuya forma y contenido deberá adecuarse a los requisitos determinados en el artº. 221 y con las prevenciones determinadas en los artículos 229 y 230 de la Ley 36/11

Reguladora de la Jurisdicción Social .

Además si el recurrente hubiere sido condenado en la sentencia, deberá acompañar, al preparar el recurso, el justificante de haber ingresado en la cuenta de depósitos y consignaciones abierta en el Banco Santander, Sucursal de Palma de Mallorca, cuenta número 0446-0000-65-0097-18 a nombre de esta Sala el importe de la condena o bien aval bancario indefinido pagadero al primer requerimiento, en el que expresamente se haga constar la responsabilidad solidaria del avalista, documento escrito de aval que deberá ser ratificado por persona con poder bastante para ello de la entidad bancaria avalista. Si la condena consistiere en constituir el capital-coste de una pensión de Seguridad Social, el ingreso de éste habrá de hacerlo en la Tesorería General de la Seguridad Social y una vez se determine por éstos su importe, lo que se le comunicará por esta Sala.

Conforme determina el artículo 229 de la Ley 36/11 Reguladora de la Jurisdicción Social , el recurrente deberá acreditar mediante resguardo entregando en esta Secretaría al tiempo de preparar el recurso la consignación de **un depósito de 600 euros** , que deberá ingresar en la entidad bancaria Banco Santander, sucursal de la calle Jaime III de Palma de Mallorca, cuenta número 0446-0000-66-0097-18.

Conforme determina el artículo 229 de la LRJS , están exentos de constituir estos depósitos los trabajadores, causahabientes suyos o beneficiarios del régimen público de la Seguridad social, e igualmente el

Estado, las Comunidades Autónomas, las Entidades Locales y las entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de los mismos, así como las entidades de derecho público reguladas por su normativa específica y los órganos constitucionales. Los sindicatos y quienes tuvieren reconocido el beneficio de justicia gratuita quedarán exentos de constituir el depósito referido y las consignaciones que para recurrir vienen exigidas en esta Ley.

En materia de Seguridad Social y conforme determina el artículo 230 LRJS se aplicarán las siguientes reglas:

- a) Cuando en la sentencia se reconozca al beneficiario el derecho a percibir prestaciones, para que pueda recurrir el condenado al pago de dicha prestación será necesario que haya ingresado en la Tesorería General de la Seguridad Social el capital coste de la pensión o el importe de la prestación a la que haya sido condenado en el fallo, con objeto de abonarla a los beneficiarios durante la sustanciación del recurso, presentando el oportuno resguardo. El mismo ingreso deberá efectuar el declarado responsable del recargo por falta de medidas de seguridad, en cuanto al porcentaje que haya sido reconocido por primera vez en vía judicial y respecto de las pensiones causadas hasta ese momento, previa fijación por la Tesorería General de la Seguridad social del capital costa o importe del recargo correspondiente.
- c) Si en la sentencia se condenara a la Entidad Gestora de la Seguridad Social, ésta quedará exenta del ingreso si bien deberá presentar certificación acreditativa del pago de la prestación conforme determina el precepto.
- d) Cuando la condena se refiera a mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social, el condenado o declarado responsable vendrá obligado a efectuar la consignación o aseguramiento de la condena en la forma establecida en el artículo 230.1.

Conforme determina el art. 230.3 LRJS los anteriores requisitos de consignación y aseguramiento de la condena deben justificarse, junto con la constituir del depósito necesario para recurrir en su caso, en el momento de la preparación del recurso de casación o hasta la expiración de dicho plazo, aportando el oportuno justificante. Todo ello bajo apercibimiento que, de no verificarlo, podrá tenerse por no preparado dicho recurso de casación.

Guárdese el original de esta sentencia en el libro correspondiente y líbrese testimonio para su unión al Rollo de Sala, y firme que sea, devuélvanse los autos al Juzgado de procedencia junto con certificación de la presente sentencia y archívense las presentes actuaciones.

Así por ésta nuestra sentencia, definitivamente juzgando lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

DILIGENCIA DE PUBLICACION.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el día de la fecha por el Ilmo. Sr. Magistrado - Ponente que la suscribe, estando celebrando audiencia pública y es notificada a las partes, quedando su original en el Libro de Sentencias y copia testimoniada en el Rollo.- Doy fe.