



Roj: **STSJ AND 177/2020 - ECLI: ES:TSJAND:2020:177**

Id Cendoj: **41091340012020100171**

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

Sede: **Sevilla**

Sección: **1**

Fecha: **30/01/2020**

Nº de Recurso: **3560/2018**

Nº de Resolución: **316/2020**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **MARIA ELENA DIAZ ALONSO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Recurso Nº 3560/18 (A) Sentencia nº 316/20

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA

SALA DE LO SOCIAL

SEVILLA

ILMAS SRAS/ ILMO. SR. :

DOÑA MARIA ELENA DIAZ ALONSO

DOÑA MARIA BEGOÑA GARCIA ALVAREZ

DON JOSE JOAQUIN PEREZ-BENEYTO ABAD

En Sevilla, a treinta de enero de dos mil veinte.

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

EN NOMBRE DEL REY, ha dictado la siguiente

SENTENCIA NÚMERO 316/20

En el recurso de suplicación interpuesto por D. Mariano , contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº Tres de Córdoba, en sus autos núm 572/17, ha sido Ponente la Ilma. Sr^a. Magistrada Doña MARIA ELENA DIAZ ALONSO.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Según consta en autos, se presentó demanda por D. Mariano , contra Mercadona, S.A., sobre despido, se celebró el juicio y se dictó sentencia el día 15 de septiembre de 2017 por el referido Juzgado, con desestimación de la demanda. .

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

PRIMERO.- Mariano ha trabajado por cuenta y orden de MERCADONA SA, con la antigüedad de 25/8/1997, categoría profesional de gerente A y salario regulador de 1.755,96 €, sin ostentar o haber ostentado en el último año, cargo o representación legal o sindical de los demás trabajadores.

Resulta de aplicación el convenio colectivo de empresa (folio 425 y siguientes). **SEGUNDO.-** El demandante ha venido desarrollando su actividad como dependiente de carnicería en el establecimiento de Puente Genil, si bien desde junio de 2016 ha combinado tales funciones con las propias de dependiente de charcutería. A partir de enero de 2017 y tras un breve periodo de dos semanas desarrollando su actividad en la línea de cajas debido a una amonestación por su **trabajo** en charcutería, ha realizado su **trabajo** en la sección de charcutería.



TERCERO: Por carta con efectos de 11 de abril de 2017 el trabajador hoy demandante fue despedido disciplinariamente en los términos que obran al folio 33 y ss, y doy por reproducido en lo no expuesto. En la indicada carta, se manifiesta:

"Que Vd. desempeña las funciones de charcutería en el C-3738 C.C El Silo, Puente Genil, habiendo recibido la información y formación necesaria para el desempeño de su puesto de **trabajo**, incluyendo la formación en prevención de riesgos laborales y medidas de seguridad en su puesto realizada también por el técnico de prevención, siendo Vd. plenamente consciente de la gravedad de no cumplir con estas medidas, habiendo sido advertido de ello en varias ocasiones por parte de su Coordinador, llegando Vd. a ser sancionado el pasado 20 de febrero de 2017.

Que Vd. ha recibido de la Empresa la formación al respecto de la prevención en riesgo laborales y medidas de seguridad existentes en el puesto, estando entre medidas de obligado cumplimiento las más relevantes son el uso de los medios de protección a la hora de utilizar los cuchillos en la sección, guante de malla, manguito y peto protector atado, concretamente:

1. Cuando vayamos a utilizar cualquier cuchillo utilizaremos el guante de malla con brazaletes (el guante de malla de charcutería, siempre es con brazaletes).
2. Siempre que utilizemos el cuchillo puntillero es obligatorio el uso de guante y peto de metal

Además de la formación recibida, el pasado mes de enero en la reunión anual a la que Vd. asistió su Coordinador manifestó reiteradamente la obligación de todos los trabajadores de usar las medidas de protección, sobre todo en la sección en las que se trabajaba con cuchillo, explicando la importancia y seriedad en este tema tal y como se había transmitido en la reunión de Zona a todos los coordinadores, insistiéndole en la importancia del cumplimiento del conjunto de las normas de seguridad y prevención de riesgos al objeto de evitar que se produjeran desafortunados **accidentes** que pudieran dañar la integridad de los trabajadores, y que por tanto la Empresa no toleraría en modo alguno que ningún trabajador se pusiera en riesgo a sí mismo o a los demás por el incumplimiento de cualquiera de las medidas de seguridad y prevención establecidas y que, en el caso de constatarse un incumplimiento de este tipo por parte de los trabajadores, se sancionaría aplicando la máxima sanción.

Igualmente en fecha 9 de febrero de 2017 Vd. firmó los compromisos para su puesto de **trabajo** del año 2017, en los cuales específicamente se le marcaba la obligatoriedad de usar los medios de protección, siendo este compromiso firmado tanto por Vd. como por su compañera de sección.

Pues bien, a pesar de lo anterior, el pasado 20 de febrero de 2017 Vd. fue sancionado con una amonestación por escrito, por un incumplimiento de las medidas de prevención del día 10 de febrero al constatarse que Vd. estaba abriendo un jamón sin llevar el preceptivo guante ni peto, a pesar de que había firmado un compromiso expreso sobre este tema el día anterior, sanción que deviene firme reiterándole su Coordinador que no se podía repetir este tipo de incumplimiento.

A raíz de lo anterior y debido a su bajo desempeño en la sección de charcutería, tal y como se le informó en el acta informativa de fecha 24 de enero de 2017, su Coordinador decide reubicarle en el puesto de cajas. No obstante, Vd. le pide reiteradamente a su Coordinador que le vuelva a asignar de titular de la sección de charcutería comprometiéndose Vd. a que iba a cumplir con los métodos y medidas. Por tanto, finalmente a primeros de marzo Vd. vuelve a la sección de charcutería, indicándole expresamente su Coordinador que debía cumplir con las medidas de prevención, comprometiéndose Vd. a este extremo.

Que, pese a todo ello, el sábado 8 de abril, se pudo observar como Vd. se encontraba abriendo un jamón sin llevar las obligadas medidas de protección, concretamente su Coordinador pudo observar como Vd. no llevaba puesto espeto protector, utilizando el cuchillo para empezar un jamón, sobre las. 20:00 horas aproximadamente, siendo testigo igualmente el ayudante del Coordinador en ese momento, el gerente Olegario, momento en el que su Coordinador le manifestó su desacuerdo, y a pesar de que Vd. es plenamente consciente de las fatales consecuencias que podría suponer, en caso de **accidente** poniendo en grave peligro su vida, motivo por el que su Coordinador puso conocimiento del Departamento de RRHH lo ocurrido.

Así pues ha llevado a cabo una conducta **temeraria** contraviniendo las normas de seguridad existentes al respecto y de las que ha sido debidamente formado e informada con el resultado de ponerse en grave peligro Vd. mismo y pudiendo ocasionar, para la Empresa, sanciones en el orden laboral y/o administrativo así como responsabilidades personales en el orden penal para su Coordinador y técnico de prevención de la Empresa, a mayor abundamiento, desobedeciendo de forma manifiesta las claras y concretas instrucciones que se le habían dado al respecto por éstos últimos responsables...



CUARTO.- En el momento de los hechos objeto de sanción el trabajador se encontraba en la sección de charcutería abriendo un jamón, para lo que hacía uso de un cuchillo "puntillero" (folio 423).

En el plan de prevención de riesgos laborales, y concretamente en el profesograma de charcutería (folios 96,98 y 105 y siguientes) se prevé la actividad de deshuesado de jamones. En esta actividad se exige como equipo de protección individual, además del uso de guante de malla de acero y el brazaletes de malla o rígido, el uso de peto de malla.

El 3 de julio de 2016 el trabajador recibió del técnico de prevención de la empresa

formación específica en habilidades en actividad de charcutería (folio 103). En la información recibida se indicaba que si se usaba el cuchillo "puntillero" para actividades como las de abrir, descortezar o deshuesar un jamón, era necesario utilizar además del guante de malla,

el peto metálico (folio 105 y 314).

A principios del año 2017 el trabajador hoy demandante suscribió un "compromiso detallado de la medición de esfuerzo" en la que se comprometía, entre otras cosas, a utilizar los utensilios de prevención (guante, malla, cuchillo afilado). Folio 410.

En esta misma fecha el coordinador de tienda tuvo una reunión con todos los empleados del establecimiento, incluye el actor, en la que se recalcó la adopción de las necesarias medida de prevención por parte de los trabajadores y el uso de los equipos de protección individual.

El 20 de febrero de 2017 el trabajador fue sancionado por llevar a cabo una maniobra en la sección de charcutería el día 10 de febrero de 2017 sin llevar puesto ninguno del equipo de protección establecidos (peto metálico, guante de malla y manguito rígido).

En la sección de charcutería del establecimiento donde presta servicios el trabajador existe un único equipo de protección individual (peto metálico, guante de malla y manguito rígido) que es usado indistintamente por lo dependientes de esta sección cuando su actividad lo requiere (folio 81).

QUINTO.- En fecha 5/5/17 se presentó papeleta de conciliación, celebrándose el preceptivo acto el 23/5/17 con el resultado de intentado "sin avenencia".

TERCERO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por D. Mariano , que fue impugnado de contrario.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente recurso de suplicación lo interpone por el actor, al amparo del artículo 193 b) y c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, contra la sentencia de instancia que declaró procedente su despido acordado por la empresa "Mercadona S.A." el día 11 de abril de 2.017, al incumplir las órdenes en materia de prevención de riesgos laborales, al abrir el 8 de abril de 2.017 un jamón usando un cuchillo puntillero sin usar un guante de malla de acero con brazaletes y el peto de malla, conducta por la que había sido sancionado con anterioridad el día 20 de febrero de 2.017 con una amonestación.

El recurso va dirigido a que se declare la improcedencia del despido, para ello por la vía del apartado b) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, solicita la modificación del hecho probado 2º en relación con el fundamento de derecho 1º de la sentencia, para que se haga constar que el actor desempeño sus funciones como dependiente de carnicería "hasta finales de Agosto de 2.016", con la finalidad de que se declare no probada su asistencia a un curso de formación de charcutero el 3 de julio de 2.016, revisión que no podemos aceptar al fundarse en la posible manipulación por la empresa de los partes de **trabajo**, lo que no se ha acreditado, y en documentos como son los tickets de venta interna de la sección de carnicería que no se contradicen con el hecho probado que se pretende revisar, en el que el Magistrado establece la presencia del actor en ambas secciones carnicería y charcutería desde "junio de 2.016".

Por otra parte la impugnación realizada por el demandante de los documentos obrantes en los folios 414 a 420 en los que el Magistrado justifica lo declarado en el hecho probado 2º de la sentencia no tiene efecto alguno, ya que los documentos privados impugnados por la parte contraria pueden ser valorados como un elemento de convicción, término más amplio que el de medios de prueba, para elaborar su declaración de hechos probados, pues conforme a reiterado criterio jurisprudencial "el documento privado no reconocido legalmente no carece de valor probatorio, ya que ello supondría dejar al arbitrio de una parte la eficacia probatoria del documento", (sentencias del Tribunal Supremo de 27 de enero de 1.987 y 25 de marzo de 1.988); y "puede valorarse mediante su apreciación conjunta con otros elementos de juicio, pues en definitiva los documentos privados,



aún impugnados, poseen un valor probatorio deducido de las circunstancias del debate." (sentencia del Tribunal Supremo de 22 de octubre de 2.002 y 10 de febrero de 1.995).

Por lo expuesto al justificarse el hecho probado 2º de la sentencia no sólo en los documentos impugnados sino también en los obrantes en los folios 449 y siguientes y en la declaración de dos testigos cuya valoración en la sentencia no se puede revisar por la Sala procede denegar la primera revisión solicitada.

Seguidamente solicita la revisión del hecho probado 3º, para que se declaren no probados los hechos que se le imputan en la carta de despido, achacándolo a un estado de ansiedad que ni figura en el relato fáctico, ni se ha tratado de introducir por vía de la revisión fáctica de la sentencia, fundando la revisión en la totalidad de la prueba documental y testifical motivo suficiente para denegar la misma, además de por el hecho de no proponer una redacción alternativa, y que en ningún caso puede afectar al hecho probado 3º de la sentencia, en el que el Magistrado se limita a transcribir la carta de despido.

Por último en relación con el hecho probado 4º, pretende una nueva redacción del mismo para hacerla más favorable a sus pretensiones, modificando todos los párrafos que forman parte de este hecho, y que se declare en el párrafo 1º que el actor estaba "cortando jamón" y no deshuesándolo y que "Para la actividad que estaba desarrollando se exige como equipo de protección individual además del uso de guante de malla con cubilete trabajar la pieza fijada al jamonero", revisión que tampoco podemos admitir ya que se justifica en el Plan de prevención de riesgos laborales y tiene como única finalidad que se considere innecesario el uso del peto protector, fundando la revisión en una serie de datos como es la existencia de un mostrador mixto (bandejero y jamón al corte) que no figuran en el relato fáctico, olvidando que las medidas de protección exigidas al actor se refieren al cuchillo utilizado un "puntillero" y no a la actividad que desarrollaba, por lo que debemos rechazar esta revisión.

También debemos rechazar la supresión en el párrafo 2º del hecho probado 4º, de la referencia a los medios de protección en la función de deshuesado, por no fundarse en documento alguno.

En relación con el párrafo 3º de este hecho, solicita que se declare que el actor no pudo realizar la "formación específica en habilidades en actividad de charcutería" por ser el día 3 de julio 2.016 festivo y no estar destinado en esta sección, revisión que tampoco podemos admitir, ya que se justifica en una serie de presunciones e interpretaciones valorativas de los documentos relativos a la formación e información recibida por el actor, pues según se reconoce en el recurso la técnico de prevención de la empresa manifestó en su declaración que realizó formación de charcutería en dicha fecha, por lo que debemos rechazar la revisión propuesta pues como hemos declarado reiteradamente: *"los documentos sobre los que el recurrente se apoye para justificar la pretendida revisión de hechos declarados probados deben tener una eficacia radicalmente excluyente, contundente e incuestionable, de tal forma que el error denunciado emane por sí mismo de los elementos probatorios invocados, de forma clara directa y patente, y en todo caso sin necesidad de argumentos, deducciones, conjeturas o interpretaciones valorativas"* (sentencias del Tribunal Supremo de 22 de mayo de 2.006 -rcv 79/05-; y 20 de junio de 2.006 -rcv 189/04), circunstancias que no concurren en este caso, lo que nos conduce a la denegación de esta revisión.

La siguiente revisión va referida párrafo 4º, en el que se menciona la firma de un compromiso con la empresa en el que se obligaba al utilizar los mecanismos de prevención, para que se haga constar que dicho documento tenía como objetivo "la medición de esfuerzos" y no indicaba la forma en que se deben utilizar los equipos de prevención, revisión que tampoco puede prosperar ya que se justifica en una nueva valoración de esta prueba documental, lo que es inadmisibile ante la naturaleza cuasicasacional del recurso de suplicación a través del cual no puede pretenderse que el Tribunal Superior valore los mismos documentos tenidos en cuenta por el Magistrado para elaborar el relato fáctico, sino que la revisión de los hechos probados sólo debe efectuarse cuando mediante documentos idóneos se acrediten fehacientemente el error de hecho cometido por el Magistrado en la valoración de la prueba, circunstancia que no concurre en este caso en el que la revisión es un conjunto de argumentaciones jurídicas en la que se incluyen referencias a la prueba testifical.

Igualmente debemos denegar la revisión del párrafo 5º de este hecho, para que se declare que "La reunión colectiva de todos los trabajadores con el coordinador de tienda se realiza en el mes de enero de 2.017", revisión que no podemos admitir por justificarse en la prueba testifical que carece de efectos revisores conforme al artículo 193 b) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

La siguiente revisión se refiere al punto 6º, para que se declare que "No ha quedado acreditada la sanción de 20 de febrero de 2.017, al menos en los términos expuestos en la carta de despido", ya que se justifica en el Plan de Prevención de riesgos Laborales, y nuevamente en la testifical, medios probatorios insuficientes para justificar la revisión fáctica de la sentencia en los términos solicitados en el recurso.



Tampoco podemos aceptar la modificación del párrafo 7º del hecho probado 4º para que se haga constar que "En la sección de charcutería no existen equipos de protección individual, siendo todos ellos de uso colectivo, incluido el guante de malla, sin que se guarden las condiciones higiénicas necesarias en los que al uso colectivo se refiere", revisión que no podemos admitir ya que se justifica en la totalidad de la prueba practicada en el procedimiento y en la prueba testifical que carece de efectos revisores, conforme a los artículos 193 b) y 196.3 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social.

La doctrina del Tribunal Supremo referente a la revisión de hechos articulada al amparo del artículo 191 b) de la derogada Ley de Procedimiento Laboral, es plenamente aplicable al artículo 193 b) de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social por no haber variado la redacción de este motivo de suplicación, y exige que el recurso de suplicación por su naturaleza extraordinaria, cumpla los siguientes requisitos: "1º) *fixar qué hecho o hechos han de adicionarse, rectificarse o suprimirse*; 2º) *citar concretamente la prueba documental o pericial que, por si sola, demuestre la equivocación del Juzgador, de una manera manifiesta, evidente y clara, sin necesidad de cualquier otra argumentación o conjetura*; 3ª) *precisar los términos en que deben quedar redactados los hechos probados y su influencia en la variación del signo del pronunciamiento*" (*sentencia del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 1.998*); *por ello es requisito necesario para que una revisión fáctica prospere que se citen pormenorizadamente los documentos o pericias de los que se deduce la equivocación del juzgador, pues para apreciar una defectuosa valoración de la prueba, ésta debe ponerse de manifiesto a través de las pruebas documentales aportadas o de las periciales practicadas en el acto del juicio de una manera evidente, directa y patente sin necesidad de acudir a conjeturas, suposiciones o argumentaciones más o menos lógicas*"

En el mismo sentido el artículo 196.3 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social establece como requisito necesario para la validez del escrito interponiendo el recurso de suplicación que se señalen *"de manera suficiente para que sean identificados, el concreto documento o pericia en que se base cada motivo de revisión de los hechos probados que se aduzca e indicando la formulación alternativa que pretende"*, documentos entre los que no se incluye el acta del juicio, por no tener la condición de prueba documental sino la de instrumento de formalización de las manifestaciones y pruebas realizadas en el acto del juicio que se realizan verbalmente, al estar regido el procedimiento laboral por los principios de intermediación y oralidad conforme al artículo 74.1 de la ley procesal laboral, en este sentido se pronuncia la sentencia del Tribunal Supremo 13 marzo 2003 (RJ 2003\5157) *"Ello es así porque las actas del juicio tienen por objeto dejar constancia histórica de las diversas alegaciones y pruebas practicadas en el proceso, pero no se proponen directamente plasmar o materializar declaraciones de voluntad o conocimiento en un soporte adecuado para la expresión del pensamiento."*

Por lo expuesto las pruebas testificales y los interrogatorios de las partes son pruebas cuya valoración no se puede revisar salvo a través de un prueba documental fehaciente e idónea, pues su práctica va acompañada de unos elementos de convicción que también tienen eficacia probatoria y que permite a la Magistrada tener en cuenta no sólo las declaraciones concretas de los testigos y las partes, sino también cualidades como la credibilidad, claridad, contundencia, vacilación, certidumbre o precisión, aspectos de las declaraciones que no pueden ser valoradas por la Sala por ser el trámite del recurso de suplicación esencialmente escrito, situación que no ha variado porque actualmente las actas de juicio se documenten en un soporte videográfico, ya que no ha existido una modificación legislativa que atribuya a la prueba testifical efectos revisores, manteniéndose esta limitación en los medios probatorios que puedan justificar una revisión en el actual artículo 193 b) y 196.3 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social.

Por lo expuesto, estableciendo el artículo 97.2 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social la libertad de criterio de los Magistrados de instancia, para declarar los hechos que estime probados, la única vía para modificar esta declaración es la acreditación de un error en la valoración de la prueba que se derive de los dictámenes de los peritos o de los documentos aportados, lo que no ha sido acreditado en el recurso, por lo que procede la denegación de las revisiones solicitadas en particular de la nueva redacción de 3 páginas hechos probados en su totalidad que se solicita en el recurso, manteniendo inalterado el relato fáctico de la sentencia.

SEGUNDO.- En relación con el Derecho aplicado en la sentencia se denuncia en el recurso, por la vía del apartado c) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social la infracción de los artículos 29 y 30 del Convenio Colectivo de "Mercadona S.A.", que regula las obligaciones de la empresa en materia de prevención de riesgos laborales y la formación profesional, en relación con los artículos 14 a 19 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales.

La Sala no puede apreciar la infracción jurídica denunciada, ya que la empresa ha cumplido las obligaciones que le corresponden en materia de prevención de riesgos laborales, con la elaboración de un plan de prevención de riesgos laborales, proporcionando al trabajador los medios de protección individual para desempeñar su **trabajo** e impartándole la formación adecuada para que evitar los riesgos de **accidente** laboral a través de un cursillo impartido por un técnico de prevención dirigido a la actividad de charcutero, riesgos que además debería conocer vista su antigüedad en la empresa desde el 25 de agosto de 1.997.



Es el recurrente el que de forma voluntaria ha incumplido estas obligaciones a la que se había comprometido expresamente mediante la firma del "Compromiso detallado de la medición de esfuerzo", que aunque tenga como finalidad valorar el esfuerzo del trabajador, obviamente ha de tener en cuenta la mayor penosidad que supone la utilización de mecanismos de protección como son un guante de malla con brazaletes y un peto protector que pueden reducir la productividad, **siendo incierto como se mantiene en el recurso que la empresa tenga que soportar la imprudencia del trabajador al no utilizar los mecanismos de protección, sino que debe preverlas para evitarlas**, como en este caso en el que tras amonestar y sancionar al actor por no utilizar estos medios de protección individual, no le queda más remedio que despedirle ante la reiteración de esta conducta que no deja de ser una **imprudencia temeraria**, ante la posibilidad de sufrir un **accidente de trabajo**, del que sin duda sería responsable a la empresa, por no haber controlado la conducta incumplidora del demandante, lo que nos conduce a desestimar el presente motivo de recurso.

TERCERO.- En el siguiente motivo de recurso el demandante denuncia la infracción de los artículos 49 y 56 del Estatuto de los Trabajadores en relación con los artículos 33.b.4, 33.b.7 y 33.c.1 del Convenio de "Mercadona S.A.", 29 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre de Prevención de Riesgos Laborales y los artículos 54.1 d), 55.4 y 56 del Estatuto de los Trabajadores, y la inaplicación de la doctrina gradualista.

La desobediencia es un incumplimiento de la obligación establecida en el artículo 5.c) del Estatuto de los Trabajadores, que contempla como deber básico del trabajador *"cumplir las órdenes e instrucciones del empresario en el ejercicio regular de sus facultades directivas"*, norma que exige para que el incumplimiento contractual se produzca no sólo que el empresario emita una orden, sino que esta esté incluida en el ejercicio legítimo de sus facultades directivas y no suponga una arbitrariedad o un abuso de poder del empresario.

El deber de obediencia del trabajador se justifica en el poder de dirección del empresario y en las notas de ajenidad y dependencia del trabajador, por lo que la orden debe estar vinculada a una necesidad técnica u organizativa de la empresa, debiendo ejercitarse las facultades directivas conforme a las reglas de la buena fe contractual, al generar el contrato de **trabajo** como negocio sinalagmático que es derechos y obligaciones recíprocos, con fundamento en la exigencia de buena fe contractual las órdenes de **trabajo** gozan de una "presunción iuris tantum" de su legitimidad, por ello **la regla general es que las órdenes empresariales son de obligado cumplimiento por el trabajador salvo que concurren circunstancias excepcionales que afecten a su seguridad o vulneren su dignidad**.

A tenor de lo expuesto el incumplimiento del deber de obediencia es sancionado con despido cuando sea "grave y culpable", en aplicación del artículo 54.2, b) del Estatuto de los Trabajadores, pero no toda desobediencia puede justificar la procedencia de la decisión extintiva de la empresa sino sólo aquella que evidencia una voluntad clara, cierta, terminante y firme de incumplir los deberes laborales; siendo necesario para que una desobediencia en el **trabajo** sea susceptible de ser sancionada como despido **"que se trate de un incumplimiento grave, trascendente e injustificado, sin que una simple desobediencia que no encierre una actitud exageradamente indisciplinada, que no se traduzca en un perjuicio para la Empresa o en la que concorra una causa incompleta de justificación, puede ser sancionada con la extinción del contrato de trabajo"**. (sentencias del Tribunal Supremo de 26 de abril de 1.985, 29 de enero de 1.987, 28 de mayo de 1.990 y 23 de enero de 1.991)

Por lo expuesto, para determinar si existe o no desobediencia debemos exigir: a) que la orden sea legítima, es decir, responder a una necesidad empresarial, emanada de un superior jerárquico que tenga competencia para ello; b) que sea clara y concreta dictada en el ámbito del poder organizativo del empresario y; c) que la desobediencia, sea constitutiva de indisciplina, entendida como una actitud de rebeldía abierta y enfrentada contra las órdenes recibidas del empresario o un incumplimiento consciente y querido de las obligaciones que el contrato de **trabajo** impone al trabajador.

También es necesario para la validez del despido basado en esta causa que el incumplimiento de la orden sea grave y culpable, pues el despido por ser la sanción más grave en el Derecho Laboral, obliga a una interpretación restrictiva y a la aplicación de la doctrina gradualista, analizando individualizada mente las circunstancias de cada caso, sin que una simple desobediencia que no encierre una actitud indisciplinada, y que no se traduzca en un perjuicio para la Empresa, pueda ser sancionada con la extinción del contrato de **trabajo**, en este sentido la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 1.990 declara que *"para que la desobediencia sea susceptible de ser sancionada con el despido ha de tratarse de un incumplimiento grave, trascendente e injustificado, que la gravedad y la culpabilidad han de apreciarse con un criterio restrictivo, y que es preciso valorar las específicas circunstancias que concurren en cada supuesto, llevando a cabo para ello una tarea individualizadora del recíproco comportamiento de una y otra parte"*.

En conclusión **para que una desobediencia sea justificativa del despido debe acreditar una actitud del trabajador obstativa al cumplimiento de la orden que pueda calificarse como indisciplina, y que la orden sea**



legítima, es decir, dictada dentro de las facultades directivas del empresario y en cumplimiento de los fines empresariales.

En el presente caso hemos de considerar que el actor incumplió de forma reiterada el deber de utilizar las prendas de protección guante de malla con brazaletes y peto de metal, cuando estaba utilizando un cuchillo puntillero, como figura en el Plan de Prevención de Riesgos Laborales de la empresa que el recurrente admite conocer, conducta que había sido sancionada con anterioridad, por lo que nos encontramos ante una desobediencia grave y culpable sancionada por el artículo 33 b) 4 del convenio colectivo de la empresa Mercadona publicado en el BOE de 30 de enero de 2014, que califica como falta muy grave la "desobediencia reiterada" cuando suponga "un perjuicio notorio para la empresa" y 33 b) 7 del convenio que califica como una infracción muy grave "El incumplimiento de las medidas de seguridad, así como no utilizar los medios de protección de seguridad y salud", por ser el incumplimiento "reiterado", al haber sido sancionado con anterioridad por los mismos hechos, suponiendo su conducta un "grave riesgo" para su integridad física y que justifica el despido, ya que la inobservancia de estas normas en materia de protección en el puesto de **trabajo**, no sólo supone un riesgo para el trabajador, cuando la empresa pone a su disposición todos los medios necesarios para evitar el **accidente** laboral, sino que desprestigia a la empresa, creando una situación que puede conducir a la sanción administrativa de la empresa y a un grave perjuicio económico, por lo que la desobediencia además de constituir una clara indisciplina, supone una deslealtad en el cumplimiento de sus obligaciones laborales y una transgresión de la buena fe contractual, que conduce a la desestimación del recurso de suplicación interpuesto y la confirmación de la sentencia de instancia.

FALLAMOS

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por D. Mariano contra la sentencia dictada el día 15 de Septiembre de 2017, en el Juzgado de lo Social nº 3 de Córdoba, en el procedimiento seguido por la demanda interpuesta en impugnación de despido a instancias de D. Mariano contra la empresa "MERCADONA S.A." y confirmamos la sentencia impugnada en todos sus pronunciamientos.

Notifíquese esta sentencia a las partes y al Excmo. Sr. Fiscal de este Tribunal, advirtiéndose que, contra ella, cabe recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, que podrá ser preparado por cualquiera de las partes o el Ministerio Fiscal 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 Ley reguladora de la Jurisdicción Social.

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".

Una vez firme la sentencia por el transcurso del plazo sin interponerse el recurso, devuélvanse los autos al Juzgado de lo Social de procedencia con certificación de la misma, diligencia de su firmeza y, en su caso, certificación o testimonio de la posterior resolución que recaiga, dejándose otra certificación en el rollo a archivar por esta Sala.

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