



Roj: **STSJ BAL 929/2023 - ECLI:ES:TSJBAL:2023:929**

Id Cendoj: **07040340012023100338**

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

Sede: **Palma de Mallorca**

Sección: **1**

Fecha: **29/06/2023**

Nº de Recurso: **543/2022**

Nº de Resolución: **368/2023**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **ANTONI OLIVER REUS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJSO 5854/2022,**
STSJ BAL 929/2023

T.S.J.ILLES BALEARIS SALA SOCIAL

PALMA DE MALLORCA

SENTENCIA: 00368/2023

TIPO Y Nº DE RECURSO: **RSU RECURSO SUPLICACION 0000543 /2022**

NIG: 07040 44 4 2019 0002688

Juzgado Origen, JUZGADO DE LO SOCIAL Nº 4 DE PALMA

Procedimiento origen: DFU DERECHOS FUNDAMENTALES 0000525 /2019

RECURRENTE: Bernardo

ABOGADO: JOAN JOSEP MIR POLAR

RECURRIDO.: AJUNTAMENT D'INCA

PROCURADOR: MARIA JOSE ANDREU MULET

Ilmos. Sres.:

D. Antoni Oliver Reus, presidente

D. Alejandro Roa Nonide

D. Joan Agustí Maragall

En Palma de Mallorca, a 29 de junio de 2023 .

Esta Sala ha visto el recurso de suplicación n.º 543/2022, formalizado por el letrado D. Joan Josep Mir Polar, en nombre y representación de D. Bernardo , contra la sentencia n.º 197/22 de fecha 10 de junio de 2022, dictada por el Juzgado de lo Social n.º 5 de Palma de Mallorca, en sus autos demanda n.º DFU 525/19, seguidos a instancia de la parte recurrente, frente al AYUNTAMIENTO DE INCA, asistido por el letrado D. Miguel Vicente Borrás Rodríguez, y representado por la procuradora Dª. María José Andreu Mulet, con la intervención del Ministerio Fiscal, en materia de derechos fundamentales, siendo magistrado-ponente el Ilmo. Sr. D. Antoni Oliver Reus, 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:

1º.- El demandante D. Bernardo, titular del DNI num. NUM000 viene prestando servicios en calidad de personal laboral por cuenta y bajo la dependencia del Ayuntamiento de Inca desde el año 1994 con categoría profesional de peón de jardines y parques percibiendo un salario mensual de 1.342,53 €, rigiéndose la relación laboral por el Convenio Colectivo de Personal Laboral del Ayuntamiento de Inca publicado en el BOIB de 16 de octubre de 1993.

2º.- El demandante desde al menos el año 2004 se encuentra afiliado al sindicato Unión General de Trabajadores habiendo sido elegido miembro del Comité de Empresa y delegado de prevención.

3º.- En fecha 3 de febrero de 2004 el Comité de Seguridad y Salud del Ayuntamiento acordó el nombramiento del actor como Coordinador de prevención de riesgos laborales y seguridad. Como consecuencia de dicho nombramiento el actor pasó a percibir dentro de sus retribuciones un complemento de productividad vinculado a la realización de las funciones de coordinación de prevención de riesgos laborales y las relacionadas con la coordinación del personal laboral de limpieza adscrito al departamento de Serveis i Promoció.

4º.- El demandante fue cesado en el ejercicio del cargo de Coordinador de prevención de riesgos laborales y seguridad en virtud de Decreto de la Alcaldía número 1.227 de 22 de septiembre de 2015 y dejó de percibir el complemento de productividad vinculado a dicho cargo que había venido percibiendo. El actor formuló recurso de reposición contra dicha resolución que fue desestimado por Decreto de la Alcaldía número 1.681 de 17 de diciembre de 2015.

5º.- En fecha 11 de enero de 2017 el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo Nº 3 de Palma dictó sentencia en procedimiento promovido por el actor mediante la que, estimando la demanda, acordó anular los Decretos de la Alcaldía número 1.277 de 22 de septiembre de 2015 y número 1.681 de 17 de diciembre de 2015, condenando a la Administración demandada a reincorporar al actor en el ejercicio de las funciones de Coordinador de prevención de riesgos laborales y seguridad y las relacionadas con la coordinación del personal laboral de limpieza adscrito al departamento de Serveis i Promoció y reconociendo el derecho del actor a la percepción del complemento de productividad desde la fecha de su cese.

6º.- En fecha 31 de octubre de 2017 la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de las Illes Balears dictó sentencia mediante la que, desestimando el recurso de apelación interpuesto por el Ayuntamiento de Inca, confirmó la sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo Nº 3 de Palma.

7º.- Mediante Decreto de la Alcaldía número 1.975 de fecha 29 de diciembre de 2017 se acordó nuevamente el cese del actor el ejercicio del cargo de Coordinador de prevención de riesgos laborales y seguridad y en consecuencia, su no reincorporación en las funciones propias de dicho cargo.

El demandante interpuso recurso de reposición contra el Decreto número 1.975, que fue desestimado, y después demanda cuyo conocimiento correspondió al Juzgado de lo Contencioso-Administrativo Nº 1 de Palma. Este órgano judicial dictó sentencia en fecha 18 de julio de 2018, desestimando la demanda deducida por el actor.

8º.- En fecha 12 de marzo de 2019 la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de las Illes Balears dictó sentencia que, desestimando el recurso de apelación interpuesto por el actor, confirmó la sentencia dictada por el Juzgado lo Contencioso-Administrativo Nº 1 de Palma.

En fecha 14 de enero de 2020 la Sala Tercera del Tribunal Supremo dictó providencia acordando la inadmisión del recurso de casación interpuesto por el actor frente a la sentencia de fecha 12 de marzo de 2019.

9º.- Por Decreto de la Alcaldía número 1.423 de 26 de septiembre de 2017 se ordenó el descuento de las retribuciones correspondientes a los días 12 de febrero 10, 11, 22 y 23 de marzo, 7 y 18 de abril 14, 15, 16 y 17 de junio 8, 26 y 28 de julio de 2016 por faltas de asistencia no justificadas, así como un exceso de 41 horas y 50 minutos en el disfrute de horas sindicales durante los meses de marzo y abril de 2016. El demandante no impugnó dicha resolución.

10º.- Por Decreto de la Alcaldía número 1.834 de 12 de diciembre de 2017 se ordenó el descuento de retribuciones correspondientes a los días 22, 23, 24, 27 y 28 de febrero; 7, 8, 27 y 28 de marzo; 6, 7, 19, 20, 21, 27 y 28 de abril; y desde el 2 de mayo de 2017 al día 18 de agosto de 2017 por faltas de asistencia no justificadas. El demandante no impugnó dicha resolución.

11º.- Por Decreto de la Alcaldía número 237/2018 de 7 de febrero se ordenó el descuento de las retribuciones del actor correspondientes al período comprendido entre el día 21 de agosto al 29 de diciembre de 2017 por faltas de asistencia no justificadas. El demandante no impugnó dicha resolución.

12º.- Por Decreto de la Alcaldía número 1.627 de fecha 28 de septiembre de 2018 se ordenó el descuento de las retribuciones del actor correspondientes a los días 2 a 9 de enero de 2018 ambos inclusive; 16 de enero de 2018 y entre los días 19 y 22 de febrero de 2018 ambos inclusive por faltas de asistencia no justificadas. El demandante no impugnó dicha resolución.

13º.- Los descuentos salariales practicados por el Ayuntamiento de Inca al actor en virtud de los Decretos de la Alcaldía enumerados en los hechos probados anteriores alcanzaron también a las cantidades correspondientes al complemento de productividad devengado desde la fecha de su cese en el cargo de Coordinador de prevención de riesgos laborales y seguridad acordado por Decreto de la Alcaldía número 1.227 de 22 de septiembre de 2015.

14º.- En fecha 15 de octubre de 2018 se notificó a D. Bernardo el Decreto de la Alcaldía del Ayuntamiento de Inca de fecha 1 de octubre de 2018 acordando la apertura de expediente disciplinario frente al trabajador demandante, que se tramitó con el número NUM001, por unos hechos que fueron calificados como incumplimiento de su obligación de comparecer en su puesto de trabajo durante un total de 227 días computados desde el 22 de septiembre de 2015, durante 1 día en el año 2015, 19 días durante el año 2016, 195 días durante el año 2017 y 12 días durante el año 2018. El Decreto tipifica cautelarmente los hechos como constitutivos de una falta muy grave prevista en el Art. 95.2.c) TRLEBEP (Abandono del servicio, así como no hacerse cargo voluntariamente de las tareas o funciones que tienen encomendadas) susceptible de ser sancionada con el despido disciplinario, suspensión de empleo y sueldo durante un máximo de 6 años, traslado forzoso o demérito, de conformidad con lo previsto en el Art. 96.1 TREBEP. El Decreto acordó conferir al actor plazo de 15 días computados desde el siguiente a la notificación de la resolución para formular alegaciones, presentar los documentos que estimase oportunos para su defensa y proponer prueba de conformidad con lo dispuesto en el Art. 28 del Reglamento de Régimen Disciplinario de la Función Pública de les Illes Balears, así como conceder trámite de audiencia al Comité de Empresa por igual plazo.

Consta en el expediente administrativo (folios 514 a 518) cuyo contenido se da aquí por reproducido.

15º.- El Comité de Empresa mediante escrito de fecha 18 de octubre de 2018 evacuó el trámite conferido interesando el archivo del expediente o, subsidiariamente, la imposición de la mínima sanción por falta leve.

16º.- En fecha 6 de noviembre de 2018 el demandante prestó declaración ante el instructor del expediente disciplinario, D. Jeronimo, y en presencia de Dña. Tatiana, secretaria del expediente, D. Justino, delegado sindical y de la regidora Dña. Virtudes. Consta en los folios 553 a 555 la declaración del actor, que se da aquí por reproducida.

17º.- Mediante escrito presentado en fecha 6 de noviembre de 2018 el demandante interesó la suspensión de la tramitación del expediente disciplinario por hallarse en situación de baja laboral y no hallarse en las adecuadas condiciones psicológicas para articular su defensa, ofreciendo a tal efecto aportar antes del 19 de noviembre de 2018 los oportunos informes psicológicos.

El demandante se hallaba en situación de IT derivada de enfermedad común desde el 11 de septiembre de 2018.

En fecha 19 de noviembre de 2019 el demandante presentó informe emitido por facultativo adscrito al C.S. Calvià (Santa Ponça) en el que consta como diagnóstico DSM trastorno adaptativo con alteración mixta de las emociones y del comportamiento.

18º.- Previo informe del instructor del expediente disciplinario, mediante Decreto de la Alcaldía 26 de noviembre de 2018 se acordó la suspensión provisional de la tramitación del expediente disciplinario incoado contra el actor por término de tres meses, debiendo el trabajador acreditar periódicamente que se encuentra en situación de baja laboral y que se mantienen las enfermedades descritas por su médico de cabecera en el informe de fecha 14 de noviembre de 2018, reanudándose la tramitación del expediente disciplinario de no acreditar las anteriores circunstancias.

19º.- En fecha 22 de marzo de 2019 se facilitó al actor copia íntegra del expediente administrativo número NUM001.

20º.- Acordada la reanudación de la tramitación del expediente sancionador en fecha 2 de abril de 2019 en fecha 8 de abril de 2019 el instructor dictó propuesta de resolución, que obra en los folios 584 y s.s. del expediente administrativo, en el sentido de considerar a D. Bernardo autor responsable de una falta muy grave tipificada en el Art. 95.2.c) TREBEP consistente en abandono del servicio así como en no hacerse cargo voluntariamente de las tareas o funciones encomendadas proponiendo la imposición de una sanción de suspensión de empleo y sueldo de tres años y seis meses de conformidad con lo dispuesto en el Art. 141 de la Ley 3/2007 de 27 de marzo de Función Pública de les Illes Balears en relación con el Art. 96.1 TREBEP,

proponiendo la imposición de la sanción en su grado medio por no concurrir circunstancias atenuantes ni agravantes. La propuesta de resolución acordó conferir al Sr. Bernardo plazo de 15 días para formular alegaciones y presentar documentos u otros elementos de juicio que estimase pertinentes haciéndole saber que durante dicho plazo el expediente se hallaba su disposición para su consulta con la asistencia de los asesores que precisase. Igual plazo para formular alegaciones se confirió al Comité de Empresa.

21º.- En fecha 9 de mayo de 2016 tuvo entrada en el Ayuntamiento de Inca escrito presentado por el Letrado D. Joan Josep Mir Polar obrando en representación de D. Bernardo, formulando alegaciones frente a la propuesta de resolución dictada por el instructor, aportando documentación e interesando la práctica de prueba testifical en las personas de D. Patricio, en calidad de jefe de jardinería y superior jerárquico del actor y de D. Justino, en calidad de compañero sindical del actor.

22º.- En fecha 15 de mayo de 2019 el instructor del expediente emitió informe que obra en los folios 678 y siguientes del expediente administrativo.

23º.- En fecha 21 de mayo de 2019 el Ayuntamiento de Inca notificó al demandante a través de su representación letrada el Decreto de la Alcaldía de fecha 19 de mayo de 2019 mediante el que se acordó la imposición de una sanción disciplinaria consistente en tres años y seis meses de suspensión de empleo y sueldo de conformidad a lo dispuesto en el Art. 96.1 de la Ley de la Función Pública de las Illes Balears en relación con el Art. 96.1 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público por haber ausentado de su puesto de trabajo sin justificación durante un total de 227 días computados desde el 22 de septiembre de 2015, durante 1 día en el año 2015, 19 días durante el año 2016, 195 días durante el año 2017 y 12 días durante el año 2018. Los días de ausencia que se reflejan en la resolución administrativa sancionadora son los que sigue:

-Año 2016: 12 de febrero, 10, 11, 22 y 23 de marzo, 7 y 8 de abril, 14, 15, 16 y 17 de junio, 26 y 28 de julio y disfrutar de un exceso de 41 horas y 50 minutos en horas sindicales durante los meses de marzo y abril.

-Año 2017: 22, 23, 24, 27 y 28 de febrero, 7, 8, 27 y 28 de marzo, 6, 7, 19, 20, 21, 27 y 28 de abril, desde el 2 de mayo hasta el 29 de diciembre de 2017.

-Año 2018: desde el 2 de enero hasta el 9 de enero, 16 de enero, desde el 19 de febrero hasta el 22 de febrero. Los hechos expuestos fueron tipificados como falta muy grave tipificada en el Art. 95.2.c) del TRLEBEP. Obra en los folios 678 y s.s. del expediente administrativo y en el acontecimiento número 2 del expediente electrónico el Decreto sancionador que se da aquí por íntegramente reproducido.

24º.- El demandante dejó de acudir a su puesto de trabajo en el año 2016 en las siguientes fechas: 12 de febrero; 10, 11, 22 y 23 de marzo; 7 y 8 de abril; 14, 15, 16 y 17 de junio; 8, 26 y 28 de julio.

El demandante dejó de acudir a su puesto de trabajo en el año 2017 en las siguientes fechas: 22, 23, 24, 27 y 28 de febrero; 7, 8, 27 y 28 de marzo; 6, 7, 19, 20, 21, 27 y 28 de abril; desde el 2 de mayo hasta el 18 de agosto; 21 de agosto al 29 de diciembre.

El demandante dejó de acudir a su puesto de trabajo en el año 2018 en las siguientes fechas: 2 a 9 de enero; 16 de enero y desde el 19 de febrero al 22 del mismo mes.

25º.- El demandante durante el año 2016 disfrutó de vacaciones y días propios durante los periodos que constan en las páginas 150, 151 y 152 de expediente administrativo.

26º.- El demandante durante el año 2016 permaneció en situación de incapacidad temporal durante los siguientes periodos:

-27/04/2016 a 27/05/2016.

-12/08/2016 a 02/11/2016.

-07/11/2016 a 12/12/2016.

Durante el año 2017 el demandante permaneció en situación de incapacidad temporal:

-30/01/2017 a 02/02/2017.

Durante el año 2018 el demandante inició en fecha 23/02/2018 y 11/09/2018 sendos procesos de incapacidad temporal.

27º.- El demandante fue asistido por los servicios médicos de la Mutua Balear el 11 de enero de 2016 por el diagnóstico de lumbalgia siéndole pautado tratamiento con antiinflamatorio sin que fuera emitido parte de baja médica.



El actor en fecha 27 de julio de 2016 solicitó permiso con efectos de 26 de julio alegando indisposición-pinzamiento lumbar. En fecha no determinada el demandante solicitó permiso para dejar de acudir a su puesto de trabajo el 28 de julio de 2016 alegando ataque lumbo ciática.

28º.- El demandante en fecha 13 de junio de 2016 solicitó disfrutar de permiso de tres días desde el 13 de junio de 2016 hasta el 17 de junio de 2016 por razón de intervención quirúrgica de pariente en primer grado. El Sr. Sixto permaneció ingresado en el Hospital de Son Espases hasta el 13 de junio de 2016 recibiendo el alta hospitalaria en esa fecha por curación.

29º.- El demandante el día 8 de julio de 2016 solicitó disfrutar de un permiso durante los días 6, 7 y 8 de julio de 2016 acompañando a su solicitud un informe emitido por el Hospital Quirón Salud Palmaplanas fechado el 8 de julio conforme al cual Dña. Crescencia permaneció ingresada en dicho centro hospitalario los días 6 y 7 de julio de 2017.

30º.- El demandante solicitó en fecha no conocida permiso a disfrutar los días 19, 20, 21, 24, 25, 26, 27 y 28 de abril de 2017 alegando como causa indisposición pendiente de inspección médica. A la solicitud se acompañó informe emitido por el CS Santa Ponsa el 24 de abril de 2017 en el que se refiere que el demandante había acudido al centro de salud por hallarse psicológicamente mal por problemas en el trabajo, no habiendo acudido a su puesto de trabajo desde el 19 de febrero por malestar psicológico. Consta en el informe como diagnóstico trastorno adaptativo sin que conste la emisión de parte de baja médica.

El demandante el día 10 de abril de 2017 solicitó permiso alegando lumbalgia ciática sin baja a disfrutar los días 6 y 7 de abril.

31º.- El actor, el día 9 de marzo de 2017 (folio 471 del expediente, solicitó permiso a disfrutar los días 2, 3, 6, 7 y 8 de marzo del mismo año alegando ingreso por enfermedad grave acompañando un justificante de ingreso hospitalario emitido por el Hospital son Espases correspondiente a D. Sixto en el que se refiere que este ingresó en dicho centro hospitalario el día 8 de marzo de 2017.

32º.- El actor solicitó en fecha 22 de febrero de 2017 permiso durante los días 22, 23, 24, 27 y 28 de febrero de 2017 aduciendo como causa la operación y cuidado domiciliario de su esposa. A dicha solicitud se acompañó un justificante de hospitalización emitido por el Hospital Quirón Salud PalmaPlanas de fecha 21 de febrero en el que se refiere que Dña. Fidela, esposa del demandante fue intervenida en dicho centro sanitario el día 20 de febrero de 2017, sin que permaneciera ingresada por dicha causa.

33º.- El demandante en fecha 29 de marzo de 2017 solicitó disfrutar de permiso durante los días 27 y 28 de marzo, alegando como causa justificativa "Malaltia filla- Encara no tinc justificant".

34º.- El demandante presenta hernia discal L5-S1 medial lateralizada que contacta con la raíz derecha y que ocasiona episodios de lumbociatalgia. Además, el actor se encuentra diagnosticado de trastorno de adaptación persistente con predominio de ansiedad desde 2017 reactiva a conflicto laboral en seguimiento por la Unidad de Salud Mental.

35º.- El Comité de Seguridad y Salud del Ayuntamiento de Inca aprobó en sesión de 26 de diciembre de 2016 el protocolo de prevención de riesgos psicosociales. Dicho procedimiento establece que el procedimiento de actuación se iniciaría por escrito mediante una "hoja de comunicación de riesgos", que entregará o enviará la persona demandante, mando intermedio o representante de los trabajadores al Equipo Mediador.

No consta ninguna petición formulada por el actor, ni por mando intermedio ni por los representantes legales de los trabajadores interesando el inicio del protocolo de riesgos psicosociales en relación con D. Bernardo.

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

QUE DESESTIMANDO LA DEMANDA interpuesta a instancia de D. Bernardo frente al Ayuntamiento de Inca, con citación del Ministerio Fiscal en materia de impugnación de sanción disciplinaria y tutela de derechos fundamentales **debo absolver y absuelvo** a la Administración demandada de los pedimentos contra ella deducidos confirmando la sanción impuesta al trabajador demandante mediante Decreto de la Alcaldía de fecha 15 de mayo de 2019.

TERCERO.- Contra dicha resolución se formalizó recurso de suplicación por la representación de D. Bernardo, que fue impugnado por la representación del Ayuntamiento de Inca.

CUARTO.- Para la votación y fallo del presente recurso se señaló el 16 de marzo de 2023, fecha en la que se llevaron a cabo dichos actos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. La representación del trabajador demandante formula recurso de suplicación contra la sentencia dictada por el juzgado de lo social en la que se desestimó su demanda en materia de impugnación de sanción y derechos fundamentales.

El recurso, que ha sido impugnado por la representación del ayuntamiento demandado y el Ministerio Fiscal, plantea tres motivos de revisión de hechos probados al amparo de lo establecido en el artículo 193 b) LRJS que pasamos examinar.

En primer lugar, se solicita la modificación del hecho probado 26 para que se modifique la fecha de 9 de mayo de 2016 por la de 9 de mayo de 2019.

La parte impugnante llama la atención sobre la circunstancia de que el hecho probado 26 no guarda relación alguna con el error que se denuncia mediante la modificación propuesta, aunque se reconoce que el recurrente el 9 de mayo de 2019 presentó alegaciones a la propuesta de resolución.

Ciertamente, la parte recurrente se refiere erróneamente al hecho probado 26 cuando sin duda quiso hacerlo al hecho probado 21 donde se constata la existencia de un error material que debe subsanarse sin más, por lo que se acepta la modificación sin perjuicio de su verdadera trascendencia sobre la que nada argumenta la parte recurrente.

En segundo lugar, se propone la modificación del hecho probado 35 para que conste en el mismo el siguiente texto:

Que el actor solicitó antes de su incorporación que se efectuara una evaluación de riesgos psicosociales de su puesto de trabajo. Petición que fue desatendida por el Ayuntamiento y que fue objeto de denuncia ante la inspección de trabajo.

Entendemos que lo que se pretende es la sustitución del segundo párrafo del hecho probado 35 por la redacción que se propone con fundamento en los documentos 5 y 6 de la demanda.

Tal como opone la parte impugnante con la demanda no se presentaron documentos numerados como 5 y 6, habiéndose acompañado solamente la resolución administrativa sancionadora y dos escritos de justificación de ausencias, en consecuencia, se rechaza la modificación propuesta.

Por último, se propone la adición de un nuevo hecho probado del siguiente tenor:

El trabajador, actor, sufrió de acoso moral del ayuntamiento, producto de las actuaciones llevadas a cabo por el Ayuntamiento, que se inicia con su cese en sus funciones y atribuciones de coordinador de seguridad y salud, seguido de descuentos salariales sin amparo legal que los avale, como en la forma que se actuó para sancionar al mismo. Dado el tiempo que tardó el Ayuntamiento en activar el expediente disciplinario (3 años, si contamos desde el primer requerimiento de justificación), creó en la persona del trabajador sancionado la falsa apariencia de la permisibilidad. Forma de actuar del ayuntamiento que esperó a poder sancionar al actor con una dura y desproporcionada sanción.

El motivo fracasa porque no se señala la prueba documental o pericial de la que derive de manera directa el error del juzgador y porque, además, la parte incurre en el defecto de petición de principio o hacer supuesto de la cuestión al incorporar un juicio de valor y una conclusión que se pretende como hecho probado cuando en realidad es objeto de controversia.

Por lo demás, encontramos en la sentencia recurrida un completísimo relato de hechos probados elaborado tras un concienzudo examen de la prueba practicada y exacta aplicación de las reglas de valoración de la prueba, incluida la sana crítica.

SEGUNDO. Pasamos a resolver los dos motivos de recurso que se plantean al amparo de lo establecido en el artículo 193 c) LRJS.

La parte no se atiene exactamente a las reglas establecidas en el artículo 196.2 LRJS pues cada uno de los motivos se estructura en diversos sudmotivos.

De este modo, plantea un primer motivo que titula "falta de proporcionalidad, conculcación de la presunción de inocencia", que estructura en cuatro subapartados que examinaremos de manera separada.

En el primero dedicado a la infracción de la presunción de inocencia, con cita del artículo 24 CE y 137 LRJAP y PAC, sosteniendo que el instructor que propuso la sanción no comprobó personalmente los hechos alegados por el demandante en su declaración de 6 de noviembre de 2018 dando por supuesto que todas las ausencias eran debidas a la pretendida rebeldía del demandante a incorporarse a su puesto de trabajo de peón tras ser cesado por dos veces en sus funciones de coordinador de seguridad y salud.

No explica la parte recurrente cuáles son los hechos que el instructor debía comprobar personalmente y tampoco cómo podía hacerlo dado que se trataba de hechos ocurridos con anterioridad. No vemos, tampoco, en qué modo las alegaciones de la parte recurrente encajan en la pretendida vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

El segundo submotivo está dedicado a la "falta de culpabilidad" con cita de la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de octubre de 1989 y la del Tribunal Constitucional 18/1981, de 8 de julio. Sin embargo, no se incluye ningún razonamiento sobre la falta de culpabilidad del demandante en el supuesto que ahora se somete a nuestra consideración.

El tercer submotivo está dedicado a la "falta de proporcionalidad de la sanción" y al respecto se denuncia infracción del artículo 29 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre de régimen jurídico del sector público.

Para fundamentar esta infracción se alega que el demandante sigue tratamiento psiquiátrico y psicológico en la unidad de salud mental de Santa Ponsa en el que se le ha venido desaconsejando acudir a su puesto de trabajo y que además tiene problemas de espalda que, según su traumatólogo, le impiden incorporarse a su puesto de trabajo de peón de jardinería y que hasta la fecha el ayuntamiento de Inca no ha procedido a asignarle un puesto que sea compatible con sus condiciones y limitaciones funcionales para su puesto de trabajo.

Frente a tan escueta argumentación en la sentencia recurrida encontramos un extenso y pormenorizado examen de las razones médicas alegadas por el demandante para justificar sus ausencias descartando tal justificación mediante argumentos que la parte recurrente no trata siquiera de desvirtuar, por lo que tampoco podemos aceptar la alegada falta de proporcionalidad de la sanción por existir una justificación de tipo médico.

El último subapartado se titula "tolerancia de la administración" y como única jurisprudencia se cita la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 1987. Se sostiene que hubo una actitud permisiva de tolerancia por parte de la entidad demandada frente a las ausencias del demandante lo que impediría proceder posteriormente a su sanción sin advertencia previa.

Al abordar esta alegación el juez de instancia descarta la existencia de dejación por parte de la entidad demandada del ejercicio de su potestad disciplinaria o consentimiento de las ausencias del demandante. Se descarta también una actuación maliciosa de la administración demandada retrasando la imposición de la sanción con el fin de que la gravedad fuera mayor. Se destaca que el ayuntamiento requirió al demandante para que justificase sus ausencias en numerosas ocasiones y acordó sucesivos descuentos retributivos.

La Sala comparte los argumentos del juez de instancia. No hubo tolerancia alguna porque cada vez que el demandante faltó injustificadamente a su puesto de trabajo se procedió al descuento de su salario. No hubo dejación de la facultad disciplinaria, que se ejerció dentro del plazo de prescripción, ni tampoco podemos imputar al ayuntamiento demandado una actuación maliciosa tendente a dejar pasar el tiempo para que el demandante incurriera en más ausencias injustificadas y así poder imponer una sanción mayor. Esta actuación maliciosa, en caso de existir, requería el concurso del propio demandante, que debía seguir ausentándose de su puesto de trabajo de manera injustificada. Al haberlo hecho así la gravedad de su incumplimiento se vio incrementada, pero ello se debió exclusivamente a su propia actuación y no a ninguna actuación maliciosa del ayuntamiento.

Fracasa, por tanto, en su integridad el primero de los dos motivos de recurso con sus correspondientes subapartados.

TERCERO . Este segundo apartado lo titula la parte "conculcación de lo dispuesto en la letra e) del apartado 2 del artículo 4 del Estatuto de los Trabajadores. Existencia de acoso moral motivado en las siguientes infracciones". Se plantean a continuación cinco submotivos relacionados con la vulneración de derechos fundamentales

Como se declara en la sentencia recurrida, desestimada la pretensión principal contra la sanción impuesta decae la acción acumulada de derechos fundamentales, pues esta acumulación sólo está prevista en el artículo 26.2 LRJS cuando debe seguirse la modalidad procesal de impugnación de sanciones por ser la sanción el acto vulnerador de derechos fundamentales. En tal caso, de estimarse ajustada a derecho la sanción impuesta no puede apreciarse ya vulneración de derechos fundamentales por esta razón y la demanda decae. Sólo en el caso de estar injustificada la imposición de la sanción podría apreciarse, además, vulneración de derechos fundamentales y en tal caso sería procedente resolver la cuestión y condenar en su caso a las consecuencias de tal vulneración.

Caso de existir una vulneración de derechos fundamentales independiente de la sanción impuesta debió seguirse un procedimiento separado y no plantearse una acción principal de impugnación de sanción como se hizo en el presente caso.

En consecuencia, se desestima el recurso con expresa confirmación de la sentencia recurrida.

VISTOS los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación, en nombre del Rey y por la autoridad que nos confiere la Constitución.

FALLAMOS

DESESTIMAR el recurso de suplicación formalizado por la representación de D. Bernardo frente a la sentencia 197/22, dictada el 10 de junio de 2022 por el juzgado de lo Social nº 5 de Palma de Mallorca, en los autos DFU 525/19, y en consecuencia CONFIRMAR la sentencia recurrida.

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 Cuarta 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 DÍAS 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 **Santander**, sucursal de Palma de Mallorca, **cuenta número 0446-0000-65-0543-22** 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.

Para el supuesto de ingreso por transferencia bancaria, deberá realizarse la misma al número de cuenta de **Santander IBAN ES55 0049-3569-92-0005001274**, y en el campo "Beneficiario" introducir los dígitos de la cuenta expediente referida en el párrafo precedente, haciendo constar el órgano "Sala de lo Social TSJ Baleares".

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 **Santander**, sucursal de la calle Jaime III de Palma de Mallorca, cuenta número **0446-0000-66-0543-22**.

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 de 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.

b) 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.



c) 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 se acuerda y firma.