

Id Cendoj: 09059340012010100539  
Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social  
Sede: Burgos  
Sección: 1  
Nº de Recurso: 508/2010  
Nº de Resolución: 532/2010  
Procedimiento: RECURSO SUPPLICACION  
Ponente: SANTIAGO EZEQUIEL MARQUES FERRERO  
Tipo de Resolución: Sentencia

**Resumen:**

DESPIDO OBJETIVO

T.S.J.CASTILLA-LEON SALA SOCIAL

BURGOS

SENTENCIA: 00532/2010

RECURSO DE SUPPLICACION Num.: **508/2010**

Ponente Ilmo. Sr. D. Santiago Ezequiel Marqués Ferrero

Secretaría de Sala: Sra. Carrero Rodríguez

SALA DE LO SOCIAL

DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE

CASTILLA Y LEÓN.- BURGOS

**SENTENCIA Nº: 532/2010**

Señores:

Ilmo. Sr. D. Carlos Martínez Toral

Presidente Acctal.

Ilmo. Sr. D. Santiago Ezequiel Marqués Ferrero

Magistrado

Ilmo. Sr. D. José Luis Rodríguez Greciano

Magistrado

En la ciudad de Burgos, a veintitrés de Septiembre de dos mil diez.

En el recurso de Suplicación número **508/2010** interpuesto por Marcial , frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de Burgos, en autos número 432/2010, seguidos a instancia del recurrente, contra, MICROESA S.L., en reclamación sobre Despido. Ha actuado como Ponente el Ilmo. Sr. Don Santiago Ezequiel Marqués Ferrero, que expresa el parecer de la Sala.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- En el Juzgado de lo Social de referencia, tuvo entrada demanda suscrita por la parte actora en la que solicita se dicte sentencia en los términos que figuran en el suplico de la misma. Admitida la demanda a trámite y celebrado el oportuno juicio oral, se dictó sentencia con fecha 30 de junio de 2.010 , cuya parte dispositiva dice: Que desestimando las demandas presentadas por DON Marcial contra MICROESA, S.L. debo declarar y declaro procedente el despido que ha sido operado por la empresa demandada al demandante, absolviendo a la empresa MICROESA S.L., de los pedimentos contenidos en las demandas acumuladas.

SEGUNDO.- En dicha sentencia, y como hechos probados, se declaraban los siguientes: PRIMERO.- DON Marcial ha venido prestando servicios para la empresa MICROESA S.L., con una antigüedad de 27 de agosto de 2.007, ostentando la categoría profesional de Oficial de 2ª Maquinista y salario mensual bruto con inclusión de prorrata de pagas extraordinarias de 1.401,35 #. SEGUNDO.- Ambas partes suscribieron los siguientes contratos de trabajo: 1) Contrato de Trabajo de fecha 27 de agosto de 2.007 a) Modalidad: de duración determinada, para la realización de una obra o servicio determinado, consistente en "Cantera Aripresa sita en Cubillo del Campo Burgos", habiendo hecho constar que el trabajador podría prestar servicios en cualquiera de los centros que la empresa tenga en la provincia durante un periodo máximo de tres años, sin perder por ello la condición de contrato por obra. b) Duración: de 27-8-07 a 16-12-08 2) Contrato de Trabajo de fecha 20 de enero de 2.009 a) Modalidad: de duración determinada, para la realización de una obra o servicio determinado, consistente en "Construcción de nuevo Hospital", habiendo hecho constar que el trabajador podría prestar servicios en cualquiera de los centros que la empresa tenga en la provincia durante un periodo máximo de tres años, sin perder por ello la condición de contrato por obra. b) Duración: de 20-1-09 a 5-11-09 TERCERO.- En fecha 23 de octubre de 2.009 ambas partes firmaron documento en el que hicieron constar que modificaban la obra por la que DON Marcial fue contratado, pasando a ser desde el 26 de octubre de 2.009, "Tramo Ave-Venta de Baños (Valladolid)". CUARTO.- En fecha 21 de octubre de 2.009 la empresa demandada notificó comunicación al actor indicándole que el día 6 de noviembre de 2.009 finalizaría su contrato de trabajo al acabarse la obra objeto del mismo, habiendo presentado en fecha 3 de diciembre de 2.009 DON Marcial papeleta de conciliación en el Registro General de la Subdelegación del Gobierno en Burgos dirigida a la Oficina Territorial de Trabajo de la Junta de Castilla y León en Burgos, Servicio de Mediación, Arbitraje y Conciliación, en la que solicitaba que la empresa MICROESA S.L., se aviniera a reconocer la nulidad y subsidiariamente la improcedencia del despido que considera había sido operado en fecha 5 de noviembre de 2.009, fecha en que se le notificó la extinción del contrato por supuesto fin del mismo, pero que en realidad es un despido, al ser indefinida la Dicha papeleta de conciliación fue recibida en la Oficina Territorial de Trabajo de la Junta de Castilla y León en Burgos, Servicio de Mediación, Arbitraje y Conciliación, en fecha 10 de diciembre de 2.009, habiéndose celebrado acto de conciliación en fecha 21 de diciembre de 2.009, con el resultado de sin avenencia, en el que la empresa demandada hizo constar que reconocía la improcedencia del despido operado, así como que se procedería a la consignación judicial de los salarios de tramitación devengados desde el 5 de noviembre de 2.009 hasta el 21 de diciembre de 2.009, y la indemnización por despido improcedente devengada desde el día 20 de enero de 2.009, fecha de inicio de la contratación hasta el día 21 de diciembre de 2.009, poniendo de manifiesto DON Marcial la insuficiencia en el cálculo de la indemnización al deberse computar la antigüedad desde el 27 de agosto de 2.007, todo ello con las consecuencias legales inherentes a dicha insuficiencia, habiendo procedido la empresa MICROESA S.L., a consignar en la cuenta de consignaciones judiciales la cantidad de 1.872,39, cuya demanda de consignación fue turnada al Juzgado de lo Social número 3 de Burgos, Autos número 1117/2009, el cual en fecha 22 de diciembre de 2.009 dictó Providencia, requiriendo a DON Marcial para que manifestase si aceptaba o no la citada cantidad, el cual manifestó que la dicha cantidad no es con mucho, la que legalmente le corresponde, no teniendo el ingreso hecho por dicha empresa los efectos interruptivos del devengo de salarios de tramitación, aceptando dicha cantidad como pago a cuenta, habiendo formulado demanda por despido, que fue turnada a este Juzgado de lo Social número 2 de Burgos, Autos número 1180/2009, el cual en fecha 18 de febrero de 2.010 dictó Sentencia por la que estimando parcialmente la demanda en su petición subsidiaria, declaró la improcedencia del despido operado, condenando a la empresa MICROESA S.L., a que en el plazo de cinco días desde la notificación de esta Resolución optase entre la readmisión del trabajador en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido o el abono como indemnización de la cantidad de 2.857 #, abonando en ambos casos los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la fecha de notificación de la presente Resolución, a razón de 46,71 # diarios, habiendo optado la empresa demandada por la readmisión del demandante, que se produjo el día 8 de marzo de 2.010. QUINTO.- En fecha 22 de enero de 2.010 se presentó papeleta de conciliación por DON Marcial contra la empresa MICROESA S.L., en reclamación de la cantidad de 2.148.74 # por salarios devengados durante el periodo comprendido entre el 6 de noviembre de 2.009 al 21 de diciembre de 2.009, habiéndose celebrado acto de conciliación en fecha 4 de febrero de 2.010 con el resultado de sin efecto, habiendo sido presentada demanda que fue turnada al Juzgado de lo Social número 3 de Burgos, Autos número 454/2009, el cual en fecha 12 de mayo de 2.010 dictó Decreto admitiendo a trámite la demanda, y

citando a las partes para la celebración de actos de conciliación y en su caso, juicio, para el día 18 de octubre de 2.010. SEXTO.- En fecha 3 de mayo de 2.010 se presentó demanda por DON Marcial contra la empresa MICROESA S.L., en reclamación de la cantidad de 18.275,79 # por los conceptos y cuantías que constan en el documento número 25 del ramo de prueba de la parte actora, cuyo contenido se da por reproducido, habiendo sido dicha demanda turnada a este Juzgado de lo Social, Autos número 431/2010, el cual en fecha 7 de mayo de 2.010 ha dictado Providencia admitiendo a trámite la demanda y citando a las partes para la celebración de los actos de conciliación y en su caso, juicio, para el día 26 de octubre de 2.010. SEPTIMO.- En fecha 24 de marzo de 2.010 el demandante se hallaba prestando servicios para MICROESA S.L., en la obra consistente en AVE Valladolid, en la que también se hallaban prestando servicios trabajadores de la empresa Extrarriegos, habiendo mantenido el demandante durante toda la mañana de ese día una actitud provocadora hacia los Encargados de la empresa Extrarriegos que allí se encontraban, habiendo procedido a comer en el mismo restaurante, en el que el demandante ingirió casi una botella de vino, habiéndole manifestado uno de los Encargados de la empresa Extrarriegos, Don Victorio que quitara un guardabarros de un camión, a lo que el demandante se negó gritando, habiendo procedido DON Marcial a empujar a Don Victorio , que le produjo una herida en el antebrazo de la que tuvo que ser atendido en un centro de salud. OCTAVO.- A las 16,00 horas del día 24 de marzo de 2.010 DON Marcial acudió al Puesto de Dueñas de la Comandancia de la Guardia Civil formulando denuncia en la que relató su versión sobre un incidente acaecido el día 24 de marzo de 2.010 en la obra consistente en AVE Valladolid, con los Encargados de la empresa Extrarriegos. NOVENO.- En fecha 25 de marzo de 2.010 el actor inició situación de Incapacidad Temporal derivada de la contingencia de enfermedad común, con el diagnóstico de "Trastorno Adaptativo", situación en la que continúa en la actualidad. DECIMO.- En fecha 25 de marzo de 2.010 DON Marcial presentó papeleta de conciliación ante la UMAC contra MICROESA S.L., solicitando la extinción del contrato de trabajo que le une con dicha empresa al amparo de lo dispuesto en el *artículo 50 del ET, habiéndose celebrado acto de conciliación en fecha 6 de abril de 2.010 con el resultado de sin efecto*, habiendo sido presentada demanda en fecha 3 de mayo de 2.010, que ha sido turnada a este Juzgado de lo Social número 2 de Burgos, Autos número 432/2010. DECIMO-PRIMERO.- En fecha 27 de marzo de 2.010 la empresa demandada notificó carta de despido al actor del siguiente tenor literal: Por medio del presente la Dirección de la empresa lamenta tener que comunicarle que con fecha 25 de marzo de 2010 causa baja en esta empresa por DESPIDO DISCIPLINARIO, basado en lo prevenido en los *Arts. 54.2 b y 54.2 c del Estatuto de los Trabajadores* y en el *art. 98 del Convenio Colectivo del Sector de la Construcción*, quedando así rescindida la relación laboral que unía a las partes. Los hechos que se le imputan son: A lo largo de toda la mañana del día 25 de marzo de 2010 Vd. Mantuvo una actitud provocadora hacia los encargados de obra después de haber llegado tarde al trabajo y sobre las 15 h. cuando era trasladado en vehículo desde el lugar de la comida hasta el centro de trabajo por un encargado de la obra AVE Valladolid-Burgos, D. Victorio , se le ordenó por éste que debía quitar un guardabarros de un camión, a lo que Vd. se negó a hacerlo de malos modos, gritándole y en estado de embriaguez. Una vez que llegaron a la nave de la empresa sita en la carretera P-102, km 0,200 en la localidad de Dueñas (Palencia) Vd. agredió al encargado de D. Victorio propinándole un empujón que le produjo una herida en el antebrazo de la que tuvo que ser asistido en un centro sanitario. Estos hechos tienen la consideración de FALTA MUY GRAVE y su consecuencia es el despido disciplinario objeto de la presente, manifestándole que tiene a su disposición la documentación necesaria para solicitar la prestación de desempleo. LA DIRECCION DE LA EMPRESA SE RATIFICA EN ESTE TEXTO ENVIADO EL DIA 25 DE MARZO A D. Oscar EN LA DIRECCION CALLE000 Nº NUM000 , NUM001 NUM002 , 09004 BURGOS (ATT DE D. Marcial )." DECIMO-SEGUNDO.- En fecha 21 de abril de 2.010 se presentó papeleta de conciliación ante la UMAC en reclamación por despido, habiéndose celebrado acto de conciliación en fecha 3 de mayo de 2.010 con el resultado de sin efecto, habiendo sido presentada demanda en fecha 4 de mayo de 2.010, que ha sido turnada a este Juzgado de lo Social número 2 de Burgos, Autos número 439/2010, que fueron acumulados mediante Auto de fecha 5 de mayo de 2.010 a los Autos seguidos ante este mismo Juzgado con el número 432/2010 . DECIMO-TERCERO.- El actor no ostenta ni ha ostentado el cargo de Representante de los Trabajadores.

TERCERO.- Contra dicha sentencia, interpuso recurso de Suplicación Marcial , siendo impugnado de contrario. Elevados los autos a este Tribunal y comunicada a las partes la designación del Ponente, le fueron, a éste, pasados los autos para su examen y resolución por la Sala.

CUARTO.- En la resolución del presente recurso se han observado, en sustancia, las prescripciones legales vigentes.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de lo Social nº 2 de Burgos se dictó sentencia con fecha en 30 de Junio de 2010 en procedimientos Acumulados nº 439/2010 sobre despido y 432/2010 sobre extinción de la relación laboral a instancia del trabajador en sendas demandas formuladas por D. Marcial frente a la

mercantil Microesa SL y que fueron desestimada. Frente a la citada sentencia se formula recurso de Suplicación por la representación letrada del trabajador demandante en base a diversos argumentos de orden jurídico.

SEGUNDO.- Con amparo procesal en la *letra c) del art 191 de la Ley de Procedimiento Laboral* se alega por la parte recurrente que la sentencia de instancia ha aplicado indebidamente los *artículos 55.3 y 54.2 c) del Estatuto de los Trabajadores* en relación con el *art 98 del Convenio Colectivo Nacional de la Construcción* y ello porque tal y como se argumenta por la parte recurrente ni en el *art 54.2 c) del Estatuto de los Trabajadores* ni en el *art 98 del Convenio Nacional de la Construcción* se tipifica como infracción la agresión a otro trabajador de otra empresa distinta para la que venia prestando sus servicios el demandante .

No habiéndose impugnado los hechos declarados probados en la sentencia recurrida y aquellos otros que con igual valor se recogen en los Fundamentos de Derecho de la Sentencia recurrida debemos de tener en cuenta los siguientes extremos:

-El día 24 de marzo de 2010 cuando el actor se encontraba prestando sus servicios para la empresa Microesa SL en la obra Ave Valladolid en la que también prestaban sus servicios trabajadores de la empresa Extrarriegos el actor empujo a uno de los encargados de esta empresa D. Victorio , que previamente le había mandado quitar un guardabarros a un camión a lo que el actor se negó gritando, causándole una herida en el antebrazo de lo que tuvo que ser atendido en el centro de salud.

El *art 98 h) del Convenio Colectivo Nacional de la Construcción* tipifica como falta muy grave "h) Los malos tratos de palabra u obra o faltas graves de respeto y consideración a los superiores, compañeros o subordinados" Siendo la sanción a imponer conforme el *art 99.1 c) del mismo* con Suspensión de empleo y sueldo de dieciséis a noventa días. Despido.

En contra de lo alegado por la parte recurrente el citado artículo si contempla y tipifica como falta muy grave el supuesto de agresiones o malos tratos de palabra y obra a trabajadores que no prestando sus servicios para la misma empresa que el trabajador si lo prestan para otras empresas que realizan su actividad en el mismo centro y lugar de trabajo que el trabajador sancionado pues compañero en definición dada por el Diccionario de la RAE es " Persona que se acompaña con otra para algún fin". Y en el presente supuesto si bien el trabajador agredido prestaba sus servicios para otra empresa lo hacia misma obra que el actor y la agresión se produce en tiempo y lugar de trabajo al parecer en una nave de la propia empresa demandada en definitiva el trabajador agredido D. Victorio era compañero de trabajo del actor y en consecuencia la conducta del actor que le agredió produciéndole una herida en el antebrazo de la que tuvo que se atendido en el centro de salud es una conducta que tiene perfecto encaje jurídico en el *artículo 98 h) y por lo tanto como falta muy grave citado del Convenio Colectivo Nacional de la Construcción* cuya sanción es merecedora de despido, igual interpretación cabe hacer del *art 54.2 c) .*

Señalado lo anterior y partiendo de los hechos declarados probados ha que dado acreditado que el actor agredió a D. Victorio y la agresión física a un compañero de trabajo es sancionable, en principio, con el despido, por constituir un incumplimiento grave y culpable de las obligaciones del trabajador a tenor de lo dispuesto en el *artículo 54.2 c) del Estatuto de los Trabajadores EDL 1995/13475* q en relación con los artículos citados del Convenio Colectivo aplicable a lo que antes nos hemos referido , pues este tipo de conductas infringe las normas más elementales de convivencia pacífica en la empresa y constituye una razón suficiente para que el empresario pueda extinguir el contrato de trabajo.

Comparte esta Sala las reflexiones de la sentencia del TSJ de Cataluña de 3-2-05 EDJ 2005/17528 en los siguientes términos:

"El *art. 54.2.c) del Estatuto de los Trabajadores EDL 1995/13475* considera causa de despido las ofensas verbales o físicas a las personas que trabajan en la empresa.

El tratamiento jurisprudencial de ambas conductas es diferente porque lo es su gravedad. Las ofensas verbales pueden y deben ser enjuiciadas en el contexto en que se hubieran producido, dando lugar a la procedencia o a la improcedencia del despido según las circunstancias concurrentes, por cuanto así lo exige la proporcionalidad que ha de existir entre la falta y la sanción.

Por el contrario, las agresiones físicas son siempre graves en el ámbito laboral, como lo son también en la común convivencia social, por lo que la empresa debe tener derecho a despedir al trabajador que ha agredido físicamente a otro, salvo que hubiera existido provocación suficiente por parte de éste o agresiones recíprocas en riña aceptada por ambos.

Tal es la doctrina establecida por cuantas numerosas sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia han declarado procedentes los despidos por dicha causa, aunque las lesiones producidas hubieran sido leves o, como es habitual, hubiera existido una previa discusión.

Así lo muestran las Sentencias dictadas por las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores: de Madrid, en 23 marzo, de Galicia, en 20 abril 1993, de Navarra en 13 abril 1993, de Baleares en 29 noviembre 1993 y 26 marzo 1994, País Vasco de 20-2-1996, Cantabria de 31-1-1995 y Valencia de 11-7-2002 EDJ 2002/86714 .

Nunca las agresiones físicas han sido consideradas como una transgresión contractual leve para la que fuese desproporcionada la sanción laboral de despido, a no ser que hubieran sido precedidas de una provocación adecuada, como ocurría en los casos resueltos por las Sentencias dictadas por los Tribunales Superiores de Madrid en 12 noviembre 1993 y de Cataluña en 29 marzo 1993 , o bien si las agresiones físicas fueron mutuas sin que pudiera atribuirse a uno de los contendientes la condición de provocador, como era el caso de la Sentencia dictada en 11 febrero 1991 por el Tribunal Superior de Madrid ." Lo que no concurre en el presente supuesto pues ni ha existido agresión mutua , ni provocación por parte del trabajador agredido, pues al contrario tal y como se declara en el hecho probado séptimo de la sentencia recurrida el trabajador recurrente había mantenido durante toda la jornada de trabajo en que ocurrieron los hechos ( 24-3-2010) una actitud desafiante hacia los encargados de la empresa Extrarriegos siendo uno de ellos el trabajador al que agredió el actor. Entendemos por lo tanto que la sentencia de instancia no ha infringido los artículos citados por la parte recurrente Por todo lo cual este primer motivo del recurso debe de ser desestimado.

CUARTO.- Con igual amparo procesal se alega por la parte recurrente que la sentencia de instancia no ha aplicado correctamente la jurisprudencia sobre la Teoría Gradualista y el *art 54.2c del ETT* , citando las sentencias del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 1990 y la de 2 de abril de 1992 que no analizan un supuesto semejante al aquí planteado en la primera se cuestiona la libertad de expresión de un representante de los trabajadores y en la segunda que desestima el recurso por falta de contratación se refería en todo caso a supuestos de falta de asistencia al trabajo.

No obstante lo cual es cierto que la Sala Cuarta del Tribunal Supremo en numerosas sentencias viene declarando que el enjuiciamiento del despido debe abordarse de forma gradualista buscando la necesaria proporción entre la infracción y la sanción, y aplicando un criterio individualizador que valore las peculiaridades de cada caso concreto". La utilización del criterio gradualista debe, sin embargo, armonizarse con la facultad que se atribuye al empresario para imponer la sanción que estime apropiada dentro del margen que establezca la norma reguladora del régimen de faltas y sanciones (ex STS de 11 de octubre de 1993 ; entre otras); de tal manera que el juicio de proporcionalidad no puede emplearse de igual forma en aquellos supuestos en los que el tipo sancionador habilita (por su propio contenido) una mayor libertad en la graduación de la conducta tipificada que en aquellos otros en los cuales (como es el caso) se objetiva. Y esta Sala de lo Social viene aplicando reiteradamente la doctrina gradualista, si bien no en todos los casos ello implica la declaración de la improcedencia del despido, sino que en la práctica se tiende a individualizar cada caso concreto para aplicar al mismo la solución que se considera más adecuada, lo que viene a significar una cierta modulación de la capacidad sancionadora del empresario que sería de aplicación en aquellos casos en los que como el aquí enjuiciado siendo una agresión hubiera existido una provocación previa o hubiera existido una pelea mutuamente aceptada lo que no es el supuesto . Pues como antes ya se señaló los hechos ocurrieron justo a la inversa, es el actor quien había mantenido un comportamiento desafiante y provocadora durante toda la jornada en la que se produjo la agresión sin que el trabajador agredido ni hubiera provocado al actor ni tampoco respondido a la agresión.

Pues bien en el supuesto enjuiciado , tal y como también lo ha entendido el Magistrado de instancia no es de aplicación al supuesto enjuiciado la Teoría Gradualista. Pues en primer lugar existe ese elemento de intencionalidad culpable en la conducta del trabajador y además tal conducta esta tipificada como muy grave en el *art 98 h) del Convenio* Colectivo Nacional de la Construcción a lo que nos hemos referido en el anterior Fundamento de Derecho.

Por todo lo cual la sentencia recurrida no ha infringido la doctrina jurisprudencial citada por la parte recurrente como tal y en consecuencia también procede la desestimación de este motivo del recuso.

Por todo lo cual no habiéndose infringido en la sentencia recurrida ni las normas ni la jurisprudencia citadas por la parte recurrente procede la desestimación del recurso y confirmar la sentencia recurrida .

QUINTO.- Al gozar la parte recurrente del beneficio de justicia gratuita no procede la imposición de

costas, *art 233 de la LPL*

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español,

## **FALLAMOS**

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por Marcial , frente a la sentencia de que dimana el presente rollo dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de Burgos, de fecha 30 de Junio de 2010 , en autos número 432/2010, seguidos a instancia del recurrente, contra, MICROESA S.L., en reclamación sobre Despido, y en su consecuencia debemos confirmar y confirmamos la sentencia recurrida. Sin costas.

Notifíquese a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León en la forma prevenida en los *artículos 100 de la Ley de Procedimiento Laboral, 248.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial* y sus concordantes y firme que sea la presente, contra la que cabe interponer recurso extraordinario de casación para la unificación de doctrina para ante el Tribunal Supremo dentro de los diez días siguientes de su notificación, devuélvanse los autos junto con testimonio de esta Sentencia, incorporándose otro al rollo que se archivará en la Sala, al Juzgado de lo Social de procedencia para su ejecución.

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