

No siempre y en todo caso las ofensas verbales a un superior determinan la imposición de sanción de despido.

El motivo del despido fue una discusión que, según la empresa, terminó con ofensas verbales del recurrente a su superior, teniendo establecido la jurisprudencia que las ofensas verbales deben ser enjuiciadas en función de las expresiones utilizadas, la finalidad perseguida y los medios y circunstancias en que se producen. Así, para que la ofensa sea causa de despido ha de ser de tal gravedad que la convivencia entre el insultante e insultado, en el seno de la empresa, resulte imposible. Por otra parte, no son causa de despido las ofensas producidas habiendo mediado provocación inmediata o no, a cargo del ofendido. En este supuesto la frase proferida por el actor en medio de una discusión, si bien es irrespetuosa, sin embargo no tiene la suficiente gravedad como para justificar una sanción como el despido; la misma surgió en un contexto de estrés laboral y fue pronunciada por un trabajador cuyas condiciones de trabajo habían sido modificadas sustancialmente en materia de jornada, lugar de trabajo y tipo de cometidos; además se trata de un hecho puntual y aislado.

Tribunal Superior de Justicia de Asturias

Sala de lo Social

Sección: 1

N.º de Recurso: 1117/2012

N.º de Resolución: 2201/2012

En OVIEDO, a veintisiete de Julio de dos mil doce.

Tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, la Sala de lo Social del T.S.J. de Asturias, formada por los Ilmos Sres. D. JOSE ALEJANDRO CRIADO FERNANDEZ, Presidente, D.ª. PALOMA GUTIERREZ CAMPOS, D.ª. MARIA VIDAU ARGÜELLES y D. JESUS MARIA MARTIN MORILLO, Magistrados, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española,

EN NOMBRE DE S.M. EL REY

Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE

EL PUEBLO ESPAÑOL

ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A

En el RECURSO SUPPLICACION 0001117/2012, formalizado por la letrada D.ª ANA ISABEL MARTINEZ CASTAÑÓN, en nombre y representación de Eugenio, contra la sentencia número 74/2012 dictada por JDO. DE LO SOCIAL N.4 de OVIEDO en el procedimiento DEMANDA 0000883/2011, seguidos a instancia de Eugenio frente a CORAL GOLF LINEA VERDE SOCIEDAD LIMITADA y MINISTERIO FISCAL, siendo Magistrado-Ponente el Ilmo. Sr. D. JESUS MARIA MARTIN MORILLO.

De las actuaciones se deducen los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: D. Eugenio presentó demanda contra CORAL GOLF LINEA VERDE SOCIEDAD LIMITADA, MINISTERIO FISCAL, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia número 74/2012, de fecha trece de Febrero de dos mil doce.

SEGUNDO: En la sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos expresamente declarados probados:

1.º.- El actor don Eugenio, cuyas circunstancias personales constan en el encabezamiento de la demanda, prestó servicios para la empresa CORALGOLF LINEA VERDE SL con una antigüedad desde el 2 de mayo de 2001, con la categoría profesional de Peón de jardinería y con un salario diario de 40,38 euros día.

2.º.- El convenio colectivo aplicable a la relación de trabajo del actor es el Convenio Colectivo de Jardinería, que se da por reproducido al obrar en autos.

En su art.2 se regula el ámbito funcional: "El presente Convenio será de aplicación y obligará a todas aquellas empresas que se dediquen a la realización, diseño, conservación y mantenimiento de jardinería en todas sus modalidades, ya sean públicas o privadas, así como aquellas empresas que con independencia de las distintas actividades que pudiera desarrollar, realicen trabajos propios de diseño, construcción, conservación y/o mantenimiento de jardinería en todas sus modalidades." Obra aportado en autos el Convenio Colectivo para el sector del Grupo de Deportes del Principado de Asturias, dándose por reproducido, y en cuyo art.1 se regula el ámbito de aplicación del siguiente modo:

"El presente Convenio Colectivo obliga a todas las empresas del Principado de Asturias que estén en el ámbito de aplicación de la Reglamentación Nacional de Trabajos de Espectáculos Agrupación de Deportes y que comprende los siguientes subgrupos:

Federaciones deportivas del Principado de Asturias, Piscinas, Frontones, Boleas, Campos de Golf, Campos de fútbol, Canódromos, Velódromos, Palacios de Deportes, Sociedades Polideportivas, Tenis, Tiro Pichón, Sociedades Hípicas, Empresas de Deporte de Aventura, Sociedades o agrupaciones de Caza deportiva, Gimnasios y empresas cuyo objeto sea la realización de actividades afines, auxiliares o conexas en instalaciones deportivas, etc.

El Convenio afectará a todos los trabajadores, sea cual fuera su categoría profesional, que durante su vigencia presten servicios bajo la dependencia y por cuenta de las empresas citadas, sin más excepción que las previstas en la Ley." 3.º.- El actor fue objeto de un despido por parte de la empresa en fecha 20 de agosto de 2011, obrando aportada la carta de despido en los autos y dándose por reproducida, siendo la causa del despido un imprudencia o negligencia en le desempeño del trabajo encomendado, El actor disconforme con el despido interpuso papeleta de conciliación ante el UMAC en fecha 9 de septiembre de 2011, celebrándose acta de conciliación el 22 de septiembre de 2011 que concluyo con Avenencia, reconociendo la empresa la impropiedad del despido, optando por la readmisión del actor. El actor se reincorporó al trabajo el 23.9.2011.

La empresa procedió a amonestar al actor en fecha 27 de junio de 2011, por los hechos que se relatan en la carta de sanción que obra en autos.

4.º.- El día 1 de octubre de 2011 sobre las 9.30 horas el actor se encontraba cavando una zanja en el Campo de Golf de la Fresneda, cuando se le acercó don Jose Antonio, entablándose una conversación entre ambos, y en un momento dado el actor le dijo al Sr. Jose Antonio : "a ver si tienes cojones de arreglar esto de otra manera". El Sr Jose Antonio llamo a la policía. El actor se marchó al médico, alegando que había sufrido un tirón.

5.º.- La empresa entregó al actor carta de despido fechada el 10 de octubre de 2011 cuyo tenor es el siguiente:

"La Dirección ha decidido proceder a la extinción de su contrato de trabajo, por causa de DESPIDO DISCIPLINARIO y con efectos a esta misma fecha de 10 de octubre del corriente 2011, por los hechos que a continuación se le detallan:

El pasado día 1 de octubre SABADO, sobre las 9,30 horas, cuando se encontraba trabajado en el campo de Golf de la Fresneda en la carretera nacional 634 KM 6 profirió graves amenazas al Gerente de esta empresa ON Jose Antonio, cuando este fue a comprobar el trabajo que Vd estaba realizando consistente en el realización de unas zangas para canalización de agua. Nada más que se le acercó el Sr. Jose Antonio le dijo Vd que si le quería putear refiriéndose al tipo de trabajo y a los horarios que tenía estipulados, contestándole este que se limitase a trabajar y a cumplir el horario establecido; Pese a ello no depuso Vd. su actitud amenazante y volvió a dirigirse al Gerente diciéndole A VER SI TIENES COJONES PARA SOLUCIONAR ESTO DE OTRA MANERA, portando una herramienta con la que estaba trabajando y que era una especie de "fesoria" de mango corto.

Por la gravedad de los hechos el Sr Jose Antonio dio aviso a la Policía ante lo cual Vd. se ausentó del trabajo, diciendo que le había dado un tirón muscular iniciando en la misma fecha una situación de Incapacidad Temporal.

Los hechos anteriores fueron observados por un compañero de trabajo llamado DON Eleuterio.

La falta que se le imputa está considerada MUY GRAVE en el art.24-5 del Convenio Colectivo Estatal para las Empresas de Jardinería... que afecta a esta empresa, como malos tratos de palabra u obra o faltas graves de respeto u consideración a los superiores, compañeros o subordinados sancionable con su despido disciplinario, conforme al art.26 del mismo texto legal, así como en el art.54.2 c del ET.

Por ello le ratificamos la decisión de proceder a la extinción de su contrato por CAUSA DE DESPIDO DISCIPLINARIO, y con efectos a esta misma fecha del 10 de octubre de 2011." 6.º.- En fecha 1 de octubre de 2011 don Jose Antonio presentó denuncia ante la Policía Local de Siero contra don Eugenio POR AMENAZAS. A raíz de la denuncia el Juzgado de 1.ª Instancia e Instrucción de Siero incoó juicio de faltas, 213/2011; dictando sentencia el Jugado el 3 de

enero de 2012, absolviendo a don Eugenio de la falta que se le imputaba. Se da por reproducida la sentencia al obrar en autos. La citada sentencia está recurrida.

7.º- La sociedad CORALGOLF LINEA VERDE SL tiene por objeto social: "Mantenimiento y conservación de zonas verdes de recreo y deportivas; diseño y construcción de jardines y parques; viveros de árboles y plantas; riegos automáticos; venta y alquiler (con o sin piloto) de toda clase de maquinaria, aperos y utensilios de jardinería y productos de siembra, abono y cualquier otro producto para el mantenimiento y cuidado de jardines y zonas verdes. Servicio de asesoramiento y consultaría sobre jardinería y zonas verdes." Obra en el ramo de prueba de la empresa (doc 2 bis) y se dan por reproducidas facturas de la empresa demandada a diferentes entidades por la prestación de servicios de jardinería.

8.º.- El actor inició proceso de It derivado de enfermedad común el 1 de octubre de 2011 por ansiedad, sin que conste el alta. En parte de interconsulta se refleja que el actor es "paciente conocido en ese servicio que presenta una reacción marcada de ansiedad en relación con problema sociolaborales a tto..." El Inss inició expediente para determinar el carácter común o profesional del proceso de It iniciado el 1.10.2011 por el actor.

9.º. - Que en fecha 8 de noviembre de 2011 fue celebrado acto de conciliación con la empresa demandada, con el resultado de sin avenencia. Habiéndose presentado la papeleta de conciliación el 26 de octubre de 2011.

TERCERO: En la sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva:

"Se desestima la demanda formulada por DON Eugenio contra CORALGOLF LINEA VERDE SL declarando procedente el despido de que fue objeto el actor, absolviendo a la demandada de las pretensiones contra ella formuladas."

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por Eugenio formalizándolo posteriormente. Tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte.

QUINTO: Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en fecha 27 de abril de 2012.

SEXTO: Admitido a trámite el recurso se señaló el día 17 de mayo de 2012 para los actos de votación y fallo.

A la vista de los anteriores antecedentes de hecho, se formulan por esta Sección de Sala los siguientes,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Sentencia del Juzgado de lo social núm.4 de Oviedo de 13 de febrero de dos mil doce desestimó la demanda formulada por el actor declarando la procedencia del despido acordado por la empresa demandada y, frente a dicha resolución, interpone recurso de Suplicación el demandante desde la doble perspectiva que autoriza el Art.193 b) y c) de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social, interesando:

A) la modificación del hecho probado cuarto, para proponer la siguiente redacción alternativa:

.- ordinal cuarto: "El día 1 de octubre de 2011 sobre las 9,30 horas el actor se encontraba cavando una zanja en el campo de golf de la Fresneda, cuando se le acercó D. Jose Antonio, entablándose una conversación entre ambos, en el curso de la cual, el trabajador dirigió expresiones del tipo "vamos a arreglar esto de otra manera" y otras, en el contexto de un mutuo acaloramiento y recíproco enfrentamiento por motivos laborales en que se produjeron, no infundieron en el segundo el temor fundado a sufrir un mal cierto, inminente y grave, ni pretendieron atentar o atentaron contra su integridad moral y/o libertad. El Sr. Jose Antonio llamó a la policía y el actor se marchó al médico".

B) En sede de censura jurídica denuncia, en el segundo motivo del recurso, la violación, por interpretación errónea y aplicación indebida, del Art.54.2.c) de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, texto refundido aprobado por R.D-Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, en relación con lo previsto en el Art.24.5 del convenio colectivo estatal de Empresas de Jardinería, en cuanto a la calificación de la conducta de la parte actora como falta muy grave sancionable con despido, que entiende es desproporcionada a la vista de las circunstancias concurrentes. Asimismo se denuncia la infracción de los Arts.10, 15 y 24 de la CE.

SEGUNDO.- Apoya el actor su pretensión revisora en la sentencia dictada el 3 de enero de 2012 en juicio de faltas por el Juzgado de 1.ª instancia e instrucción núm.2 de Siero (folio 209 de las actuaciones), posteriormente confirmada por la dictada el día 22 de junio de 2012 por la Sección núm.2 de la Audiencia Provincial de Oviedo en el recurso de apelación del juicio faltas núm.46/2012, que absolvió al recurrente de la falta de amenazas que le imputaba el empresario en su denuncia ante el Cuerpo Nacional de Policía. La referida sentencia considera efectivamente probado que D. Jose Antonio y D. Eugenio mantuvieron una discusión por motivos laborales, que fue subiendo de tono por ambas partes y que en el acaloramiento de la misma, en un momento determinado, el

trabajador le dijo al empresario "vamos a arreglar esto de otra manera". La sentencia absuelve a D. Eugenio al considerar que la referida expresión no resulta encuadrable en el tipo legal del Art.169 y 620.2 del Código Penal.

La doctrina vigente sobre el tema en litigio la sintetiza la STS de 21-12-2010 (rec.4073/2010), que refiere doctrina constitucional (STC 36/1985, de 8 de marzo), en los siguientes términos: "La jurisdicción penal y la laboral persiguen fines diversos, operan sobre culpas distintas y no manejan de idéntica forma el material probatorio para enjuiciar en ocasiones una misma conducta" (STC 36/1985), recordando que (...) en este sentido ha de tenerse en cuenta que la jurisprudencia y la doctrina del TC es unánime y reiterada en la consideración de que los órdenes jurisdiccionales penal y social son plenamente independientes, y el enjuiciamiento en el orden penal de unos hechos que también han sido valorados en el social, en este caso a efectos de despido disciplinario, no tiene por qué ser coincidente".

En el mismo sentido la STS de 11-11-2004 (rec. de revisión 51/2002) advierte que: "La finalidad del proceso de despido no es la declaración de culpabilidad del despedido, sobre el que no se ha formulado acusación de culpabilidad penal, sino que su objeto, al que debe contraerse la actuación procesal de las partes y del órgano jurisdiccional laboral, se centra en el debate sobre si existe o no, a la luz del derecho laboral, una causa justificadora al despido disciplinario realizado por el empleador y la comprobación al efecto se desenvuelve en el marco establecido por las normas sustantivas y procesales laborales, entre las que se encuentra el art.89.2 LPL, que faculta al juzgador para formar su convicción conforme a las pruebas practicadas en el proceso laboral. Con ello no se desconoce, ni se reduce a la nada la sentencia penal firme, sino que se limita su campo de aplicación a la esfera penal en la que se dictó, sin que afecte a la realidad jurídica que ya quedó cualificada en una sentencia laboral, que también goza de firmeza".

Atendiendo al criterio expuesto las SSTS de 13-febrero-1998 (rec.3231/1996) y 25-enero-1999 (rec.1138/1998), recuerdan que: "la valoración que de la prueba practicada realiza el Juez Penal en un proceso en el que rige el derecho fundamental a la presunción de inocencia para llegar a la conclusión de que no resulta probado, más allá de toda duda razonable, que el acusado cometiera el delito que se le imputa, no impide que el Juez del Orden Social de la Jurisdicción considere suficientemente acreditado -en uso y ejercicio de la potestad que le confiere el art.97.2 LPL en orden a la valoración de la prueba- el incumplimiento contractual grave que justifica la procedencia del despido" y que "este sentido de independencia de uno y otro orden jurisdiccional, en orden a la valoración de la prueba -con los límites antes dichos de inexistencia del hecho o falta de participación del trabajador en el ilícito penal, en cuyas circunstancias prevalece o se impone la sentencia penal sobre la civil- ha sido proclamado en doctrina constante de este Tribunal Supremo -entre otras, sentencias de 15-junio-1992, y 20-junio- 1994 -, y ello, en cuanto -sentencias del Tribunal Constitucional 24/1983 de 23-febrero, 36/1985 de 8-marzo y 62/1984 de 2 - mayo - [la jurisdicción penal y laboral operan sobre culpas distintas y no manejan de idéntica forma el material probatorio para enjuiciar en ocasiones una misma conducta]. Tampoco existe violación del principio de presunción de inocencia, dado que, como ha reiterado el Tribunal Constitucional, rectificando su inicial jurisprudencia -entre otras, STC 18-marzo-1992 - la presunción de inocencia es de aplicación exclusiva en el ámbito del proceso penal, y ello porque "de un lado, el despido no es más que una resolución contractual, y por tanto no conlleva la aplicación del derecho penal y, de otro, en que la consideración por los Tribunales Laborales de que una conducta implica incumplimiento contractual, no incluye un juicio sobre la culpabilidad o inocencia del recurrente".

Doctrina que reiteran las sentencias, de 28-diciembre-1999 (rec.3378/1998), 2-noviembre-2000 (recurso 305/2000), 25-abril-2000 (rec. 2236/1999), 18-enero-2002 (recurso 3435/2000), 27-noviembre-2002 (rec.14/2002), 10-diciembre-2002 (recurso 1108/2001), 6-noviembre-2003 (rec.45/2002), 25-febrero-2004 (recurso 25/2002), 26-marzo-2004 (recurso 36/2003), 5-abril-2005 (recurso 22/2004), 31-enero-2006 (rec.44/2004 -sobreseimiento provisional), 26-julio-2006 (rec.41/2004- auto de sobreseimiento provisional), 7- febrero-2007 (rec. 19/2005 - archivo por falta relevancia penal de los hechos), 4-diciembre-2007 (rec.8/2006), 7- octubre-2008 (recurso 7/2007) y 20-abril-2009 (rec.1/2008), argumentando que: "Esta valoración diferente de los hechos podría encontrar explicación y justificación, alternativa o cumulativamente, en la distinta actividad probatoria desplegada en uno y otro orden jurisdiccional, o en el distinto grado de convicción judicial que exige la condena en el orden penal, en el que hay que atenerse a principios, como la presunción de inocencia y el "in dubio pro reo", que no son de aplicación en la calificación de las conductas de incumplimiento del trabajador de sus obligaciones laborales".

En el supuesto analizado no es que la versión de los hechos en la sentencia penal sea distinta que la que ofrece la sentencia laboral, sino que la sentencia penal dice que los hechos imputados al recurrente se produjeron en el marco de una discusión que se fue elevando de tono por ambas partes y que fue en el curso de la misma cuando el trabajador pronuncio aquella desafortunada frase, lo que en el contexto descrito de mutuo acaloramiento y reciproco enfrentamiento no infundieron en el denunciado un temor fundado a sufrir un mal cierto, inminente y grave y ello, en el ámbito del proceso penal que se rige por unos principios específicos como son los de presunción de inocencia o el de intervención mínima, conducía a considerar que tal expresión no era constitutiva de una falta de amenazas ni tampoco de coacciones o vejaciones, lo que es algo muy distinto a afirmar la existencia de una versión distinta de los hechos.

TERCERO.- En sede de censura jurídica se denuncia la infracción, por aplicación indebida o interpretación errónea, del Art.54.2.c) de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, texto refundido aprobado por R.D-Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, en relación con lo establecido al efecto en el Art.24 del convenio marco estatal de las Empresas de Jardinería. Se denuncia asimismo la inaplicación de los Arts.10, 15 y 24 CE.

Razona la letrado recurrente que el despido disciplinario del actor fue una respuesta no proporcionada a la gravedad de la falta por este cometida, teniendo en cuenta las circunstancias personales y laborales en las que se desarrollaron los hechos, pues no cabe olvidar, como no se olvida la sentencia penal invocada en la revisión fáctica, que la frase la pronunció un peón, después de mediar una provocación suficiente del empresario quien, con su proceder, buscaba la ocasión para "deshacerse" del trabajador sin coste económico alguno. En todo caso, sigue diciendo, la expresión utilizada por el recurrente carece de la gravedad y de la culpabilidad necesarias habida cuenta del entorno en el que se produjo, esto es, en un ambiente de desavenencias laborales y en el curso de una conversación desarrollada con mutuo acaloramiento y un recíproco enfrentamiento, circunstancias estas no atendidas ni valoradas suficientemente por la juzgadora a quo quien, en su sentencia, no aplicó la doctrina gradualista que debe presidir el enjuiciamiento de estas conductas, si tenemos en cuenta que se trata de un profesional que a lo largo de sus más de 11 años de prestación de servicios no ha tenido la menor tacha en su comportamiento laboral.

El presupuesto básico del despido disciplinario es la existencia de un incumplimiento contractual; ahora bien a estos efectos, no todo incumplimiento del contrato por parte del trabajador es causa de despido, sino que la resolución unilateral del contrato sólo puede operar como reacción a un incumplimiento cualificado. Es un principio básico del derecho disciplinario que las sanciones deben guardar la debida proporcionalidad con los incumplimientos a que responden, de suerte que, siendo el despido la máxima sanción disciplinaria es justo que se reserve para aquellos incumplimientos que por su intensidad o intencionalidad resulten menos tolerables o incompatibles con la subsistencia del vínculo laboral o, como se deduce del artículo 54.1 del E.T., que se trate de un incumplimiento contractual grave y culpable.

Se trata de dos conceptos distintos, pues mientras la gravedad hace referencia a la índole o importancia de la obligación laboral quebrantada y al grado en que el trabajador la ha quebrantado -y por ello se construye sobre elementos de índole fundamentalmente objetiva- la culpabilidad se asienta en el reproche que atendidas las circunstancias del caso afectan subjetivamente al trabajador. La concurrencia de ambos requisitos resulta imprescindible para que el despido merezca el calificativo de procedente y para su apreciación han de ponderarse todos los aspectos, objetivos y subjetivos, concurrentes en la conducta, teniendo presentes los antecedentes, de haberlos, valorando en particular las circunstancias personales y de índole profesional de su autor, y las circunstancias coetáneas, para precisar si en la conducta atribuida al trabajador se dan o no esa gravedad y culpabilidad que exige el artículo 54 del Estatuto de los Trabajadores. Según constante doctrina del Tribunal Supremo, entre otras, mantenida en sentencias de 26 de enero y 27 de febrero de 1987 y 22 de febrero y 18 de julio y 31 de octubre de 1988.

Esta conjunción de elementos subjetivos y objetivos del incumplimiento y demás elementos circunstanciales al mismo es lo que la doctrina y los tribunales denominan la teoría gradualista, y exige que el enjuiciamiento de los incumplimientos laborales deba abordarse analizando, tanto a efectos exculpativos como agravatorios las circunstancias del caso concreto, ponderando de forma particularizada todos los aspectos concurrentes, de tal manera que hechos idénticos pueden ser tratados de forma distinta según las circunstancias subjetivas y objetivas concurrentes en el mismo (SSTS de 17 de noviembre de 1988, y 30 de enero de 1989); pues los más elementales principios de justicia exigen una perfecta proporcionalidad y adecuación entre el hecho, la persona y la sanción, y en este orden de cosas no puede operarse objetiva y automáticamente, sino que tales elementos han de alzarse para buscar en su conjunción la auténtica realidad jurídica que de ella nace, a través de un análisis específico e individualizador de cada caso concreto, con valor predominante del factor humano, pues, en definitiva, se juzga sobre la conducta observada por el trabajador en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales o con ocasión de ellas, lo que recuerdan las más reciente sentencias del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 2000, y 10 de noviembre de 1998, cuando advierten que "las infracciones que tipifica el art. 54.2 del Estatuto de los Trabajadores, para erigirse en causa que justifique la sanción de despido han de alcanzar cotas de culpabilidad y gravedad suficientes, lo que excluye su aplicación bajo nuevos criterios objetivos, exigiéndose análisis individualizados de cada conducta, tomando en consideración las circunstancias que configuran el hecho, así como los de su autor, ya que solo desde esta perspectiva cabe apreciar la proporcionalidad de la sanción, insistiéndose en que se exige la prueba plena de una acción u omisión del trabajador que sea culpable y tipificada por la normativa laboral, requisitos para cuya apreciación han de ponderarse de forma particularizada todos los aspectos subjetivos y objetivos concurrentes, teniendo en cuenta los antecedentes y circunstancias coetáneas que definen la relación laboral como una relación continuada en el tiempo (SSTS de 17 de noviembre de 1988; 24 de septiembre de 1990; 16 de mayo de 1991; STSJ de Castilla-La Mancha de 26 de julio de 2006, rec.917/2005)".

En suma, es necesario que quede evidenciado que se trata de un incumplimiento grave y culpable, pues el despido, por ser la sanción más grave en el Derecho Laboral, obliga a una interpretación restrictiva, pudiendo, pues, y en su caso, imponerse otras sanciones distintas de la del despido, si del examen de las circunstancias concurrentes resulta que los hechos imputados, si bien pudieran ser merecedores de sanción, no lo son de la más grave, como es el despido - sentencias del Tribunal Supremo de 21 de enero y 22 de mayo de 1986, y 26 de enero de 1987. Doctrina actualmente recogida en el Art.108.1 de la L.R.J.S., a cuyo tenor "en caso de improcedencia del despido por no apreciarse que los hechos acreditados hubieran revestido gravedad suficiente, pero constituyeran infracción de menor entidad según las normas alegadas por las partes, el juez podrá autorizar la imposición de una sanción adecuada a la gravedad de la falta, de no haber prescrito la de menor gravedad antes de la imposición empresarial de la sanción de despido; sanción que el empresario podrá imponer en el plazo de caducidad de los diez días siguientes a la firmeza de la sentencia, previa readmisión del trabajador y siempre que ésta se haya efectuado en debida forma. La decisión empresarial será revisable a instancia del trabajador, en el plazo, igualmente de

caducidad, de los veinte días siguientes a su notificación, a través de incidente de ejecución de la sentencia de despido, conforme al art.238".

En concreto y por lo que se refiere a las ofensas verbales o físicas al empresario o a las personas que trabajan en la empresa o a los familiares que convivan con ellos, ilícito laboral vinculado a la tutela de la dignidad de la persona, fundamento constitucional, como se sabe, "del orden público y de la paz social" (Art.10.1 de la CE), tiene declarado la jurisprudencia que las ofensas verbales deben ser enjuiciadas en función de las expresiones utilizadas, la finalidad perseguida y los medios y circunstancias en que se producen (STS de 28-2-90, 9- 4-90 y STSJ-Asturias 6-2-98). Así, por ejemplo, no procede cuando el trabajador padece un estado depresivo grave (STS 10-12-91), o en un momento de excitación y ansiedad (STSJ Galicia 22-7- 97), o por las expresiones incorrectas, pero propias de hombres que conviven en el trabajo (STS 14-7-89).

Para que la ofensa sea causa de despido ha de ser de tal gravedad que la convivencia entre insultante e insultado, en el seno de la empresa, resulte imposible (STS 6-4-90). Por otra parte, no son causa de despido las ofensas producidas habiendo mediado provocación inmediata o no, a cargo del ofendido (TS 16-2-90).

CUARTO.- Para dar solución al motivo hay que tener presente que el artículo 24.5 del convenio colectivo estatal de Jardinería (BOE de 19/9/2011) califica como falta muy grave los malos tratos de obra u palabra o las faltas graves de respeto y consideración a los superiores, compañeros o subordinados. Dicha tipificación supone que la descripción de conductas que el convenio colectivo hace haya de analizarse e interpretarse a la vista de las exigencias o requisitos del artículo 54.2.c del E.T.

Partiendo, conforme en anterior fundamento se ha argumentado, del invariado relato histórico consignado en la sentencia de instancia, las circunstancias que precedieron y rodearon la emisión de la expresión calificada como malos tratos en la carta de despido pueden sintetizarse en los siguientes términos:

Al actor, que viene prestando sus servicios para la demandada desde mayo de 2001 como peón de jardinería, fue objeto de un despido disciplinario en agosto de 2011, por negligencia en el manejo de un vehículo de recogida de pelotas en la cancha de prácticas del campo de golf de los Balagares, al no haber dejado el freno de mano puesto, posteriormente reconocido como improcedente en el acto de conciliación administrativa previa a la vía judicial, con readmisión del actor el día 23 de septiembre de 2011.

Los hechos enjuiciados ocurrieron a primera hora de la mañana del día 1 de octubre de 2011, mientras el actor se ocupaba de cavar una zanja en el campo de golf de la Fresneda, cuando sobre las 9,30 horas se le acerco el gerente del campo, el Sr. Jose Antonio, a inspeccionar lo que hacía, suscitándose una discusión entre ambos en relación con la jornada partida que se le había impuesto al trabajador tras la readmisión y con el tipo de trabajo que se le venía encomendando y, fue en el curso de esta discusión entre ambos en la que el actor profirió la expresión "a ver si tienes cojones para arreglar esto de otra manera", retándole acto seguido el Sr. gerente para que repitiera la frase ante otro trabajador de la empresa al que había llamado para que se acercara, ante lo cual el trabajador enmudeció y dijo que no tenía nada que decir.

A continuación de este incidente el Sr. Gerente llamo a la Guardia civil de Pola de Siero para que acudiera al campo de golf y el trabajador abandono su puesto de trabajo para dirigirse al centro de Salud donde emitieron el correspondiente parte de baja medico laboral con el diagnostico de "ansiedad en relación con problemas socio-laborales".

Descartada la calificación de los hechos como amenazas por así haberlo determinado la jurisdicción penal en sentencia firme en consideración a que la frase "vamos a arreglar esto de otra manera" dicha en el curso de una discusión no infundió en el denunciante ningún tipo de temor, y ciñéndonos a la expresión proferida por el actor, habrá que convenir que aún cuando una sola ofensa puede bastar para que la misma sea calificada de grave, no cabe duda que es la reiteración en la injuria la que incrementa la gravedad de la falta, y al presente, requerido el trabajador por el Sr. Gerente para que repitiera la frase que acaba de pronunciar este, arrepentido, se limito a enmudecer, acudiendo acto seguido al Centro de Salud; en todo caso la Sala, admitiendo que la misma fue dicha en tono bastante alto y que, como señala la sentencia, es irrespetuosa y grosera, sin embargo, considera que no tiene la suficiente gravedad como para justificar una sanción como el despido; pues ni siquiera se puede considerar como un insulto propiamente dicho.

Hemos de partir para llegar a tal conclusión que la misma surgió en un contexto de estrés laboral y fue pronunciada por un trabajador cuyas condiciones de trabajo habían sido modificadas sustancialmente en materia de jornada, lugar de trabajo y tipo de cometidos encomendados a raíz de haber sido despedidoreadmitido, y después de que como única respuesta a las quejas que le planteaba, con ocasión de que su jefe inmediato se había acercado a inspeccionar como cavaba una zanja, recibe la orden de que trabaje y cumpla el horario, y fue en este escenario en el que el actor, en el curso de la discusión que siguió y en un ambiente que genera una cierta situación de nervios, como lo acredita la subsiguiente baja laboral, pronuncio como un desahogo verbal la referida expresión, que si bien puede ser tenida en el concepto publico por afrentosas, en este supuesto el actor la empleó en tono airado y molesto por las consideraciones que el jefe le acaba de hacer, perdiendo los papeles y en parte el dominio de la acción.

No cabe olvidar por otra parte que estamos hablando de un trabajador con una trayectoria laboral de cerca de 11 años de prestación de servicios, y que se trata de un hecho puntual y aislado pues, como más arriba se ha dicho, requerido por el Sr. Gerente para que repitiera la frase, aquel callo inmediatamente; y en vistas a todo ello la Sala considera que los hechos siendo culpables no revisten gravedad bastante para justificar la sanción de despido, pues se trata de una expresión grosera más o menos fuerte dicha en el contexto de una discusión sin que exista ni ánimo de agredir ni prueba alguna de agresión o intento de agresión, por lo que aquella sanción ha de declararse improcedente, ex artículo 55.4 E.T., con los efectos previstos en los artículos 56 y 57 ET, y en tal sentido el recurso ha de ser estimado.

VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

FALLAMOS

Que estimamos el recurso de suplicación interpuesto por la dirección letrada de D. Eugenio contra la Sentencia del Juzgado de lo Social núm.4 de Oviedo de fecha 13 de febrero de dos mil doce, dictada en los autos núm. 883/2011, resolviendo la demanda sobre Despido instada contra la empresa "CORAL GOLF LINEA VERDE S.L.", y en consecuencia revocamos la misma y declaramos el despido del trabajador improcedente, condenando a la demandada a estar y pasar por tal declaración, y a que, en el plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia, opte entre la readmisión o el abono de una indemnización cifrada en 18.776,70 euros, y en todo caso a que abone al actor los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta que se notifique esta sentencia o hasta que haya encontrado otro empleo, si tal colocación es anterior a la misma y se prueba por el empresario lo percibido para su descuento de los salarios de tramitación, en el presente caso a razón de 40,38 euros diarios, así como a mantenerlo en alta en Seguridad Social durante el mismo período.

Se advierte a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de casación para la unificación de doctrina, que habrá de prepararse mediante escrito suscrito por letrado, presentándolo en esta Sala de lo Social dentro del improrrogable plazo de los diez días hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de la misma, y en los términos del Art.221 de la LRJS y con los apercibimientos en él contenidos.

En cumplimiento del Art.229 de la LRJS, si el recurrente no fuere trabajador o causahabiente suyo o beneficiario del régimen público de Seguridad Social, deberá acreditar que ha efectuado el depósito para recurrir de 600 euros en la cuenta de depósitos y consignaciones que esta Sala de lo Social del TSJA tiene abierta con el número 3366 en el Banco Español de Crédito, oficina de la calle Pelayo 4 de Oviedo número 0000, clave 66, haciendo constar el número de rollo, al preparar el recurso, y debiendo indicar en el campo concepto: "37 Social Casación Ley 36-2011". Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria deberá incluir tras la cuenta referida, separados por un espacio con la indicación "recurso" seguida del código "37 Social Casación Ley 36-2011". Si efectuare diversos pagos en la misma cuenta deberá especificar un ingreso por cada concepto, incluso si obedecen a otros recursos de la misma o distinta clase indicando en el campo de observaciones la fecha de la resolución recurrida utilizando el formato dd/mm/aaaa.

Están exentos de la obligación de constituir el depósito el Estado, las Comunidades Autónomas, las entidades locales y las entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de los mismos, las entidades de derecho público reguladas por su normativa específica y los órganos constitucionales, así como los sindicatos y quienes tuvieren reconocido el beneficio de justicia gratuita.

Pásense las actuaciones al Sr/a. Secretario para cumplir los deberes de publicidad, notificación y registro de la Sentencia.

Así, por esta nuestra Sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.