

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

Sede: **Palma de Mallorca**

Sección: **1**

Fecha: **21/02/2025**

Nº de Recurso: **534/2024**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.J.ILLES BALEARS SALA SOCIAL

PALMA DE MALLORCA

SENTENCIA: 00103/2025

TIPO Y N O RECURSO: RSU RECURSO SUPPLICACION 0000534 12024

NIG: 07040 44 4 2023 0004673

Ilmos. Sres.

D. Antoni Oliver Reus, presidente

D. Alejandro Roa Nonide D. Joan Agustí Maragall

En la ciudad de Palma, a 21 de febrero de 2025.

Esta Sala ha visto el recurso de suplicación no 534/2024, formalizado por el letrado D. Gerard Jofre González-Granda, en nombre y representación de D. Sergio, contra la sentencia no 162/24 de fecha 5 de julio de 2024, dictada por el Juzgado de lo Social no 6 de Palma, en sus autos DSP 873/23, seguidos a instancia de la parte recurrente frente a CARNES Y ALIMENTOS MAS CRESPO SA, representada por el letrado D. Sergio Antonio Royo García, en materia de despido, siendo magistrado-ponente el Ilmo. Sr. D. Joan Agustí Maragall, y deduciéndose de las actuaciones habidas los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La única instancia del proceso en curso se inició por demanda y terminó por sentencia, cuya relación de hechos probados es la siguiente:

PRIMERO.- D. Sergio con D.N.I. NUM000Cviene prestando servicios por cuenta y orden de la empresa desde el 1 1.02.2014; Bajo un contrato fijo a tiempo completo con la categoría profesional de CONDUCTOR-REPARTIDOR, y percibiendo un salario bruto mensual s.e.u.o. es de 2.425,36 euros con la parte proporcional de pagas extras incluidas.

SEGUNDO.- A la relación laboral existente entre las partes le era de aplicación el Convenio Colectivo Estatal de Industrias cárnicas.

TERCERO.- El trabajador causo baja por Incapacidad Temporal el 14/08/2023 con diagnóstico de artrosis degenerativa en la cadera.

Código Seguro'de Verificación XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX Puede Verificar este documento en <https://te.www.administraciondejusticia.gob.es>

CUARTO.- Carnes y Alimentos MASCRESPO S.A. comunicó por escrito a la parte actora la extinción de su contrato de trabajo e120 de septiembre de 2023. La carta de despido tiene el siguiente tenor literal: Muy Sr. nuestro:

Por [a presente, lamentamos comunicarle que la Dirección de esta Empresa ha decidido proceder a su despido disciplinario, con efectos del 20 de septiembre de 2023, por la comisión de una infracción laboral Pascual por su parte, en virtud de los hechos que a continuación relatamos:

Carnes y Alimentos MASCRESPO S.A. (en adelante, la Compañía o la Empresa) es una mercantil dedicada a la actividad cárnica y a la elaboración de productos frescos, entre los que se encuentra una amplia variedad de jamones, embutidos y sobrasadas. Concretamente, Ud. presta sus servicios en las instalaciones

de esta mercantil sitas en Tomás, 10, 07007 Palma de Mallorca, ostentando la condición de CONDUCTOR y desempeñando las siguientes funciones: Planificación de horario y seguimiento de rutas de reparto

Ordenación de la mercancía

Preparación de pedidos: pesado y control de productos a repartir

Carga, descarga y reparto de pedidos y mercancía a Clientes en diversas direcciones Utilización del vehículo de reparto

A este respecto, desde fecha 14 de agosto de 2023 hasta la actualidad, Ud. se encuentra en situación de baja por Incapacidad Temporal por contingencias comunes, como consecuencia de haber sido diagnosticado de artrosis degenerativa de la cadera derecha.

Pues bien. Esta Empresa ha tenido conocimiento de que, mientras Ud. se encuentra en situación de baja como consecuencia de las dolencias anteriormente referidas, durante los días 17, 24 y 31 de agosto y 7 de septiembre de 2023, como mínimo, por su parte se han venido realizando actividades que resultan incompatibles con el proceso patológico en que se ha fundado su baja laboral.

Así, la Dirección de esta Compañía ha constatado que los días 17, 24 y 31 de agosto y 7 de septiembre de 2023, sobre aproximadamente las 20:30 horas de estos días indicados, Ud. ha acudido a las instalaciones deportivas del Hotel Iberostar Cristina de l'Arenal, sitas en CALLE000/N, 07610, PLAYA000 (Mallorca, Islas Baleares) para jugar varios partidos de paddle, lo que conlleva movimientos, saltos y giros bruscos de cadera, viéndose dañada la articulación que Ud. tiene perjudicada.

En este sentido, su conducta constituye una clara transgresión de la buena fe contractual, de una gravedad tal que motiva la decisión de esta Compañía de proceder a la extinción de su contrato de trabajo, en tanto en cuanto las actividades realizadas por Ud. mientras se encuentra de baja por enfermedad (jugar a paddle), resultan totalmente incompatibles con el proceso patológico en que se ha fundado su baja laboral (artrosis degenerativa de la cadera derecha), lo que evidencia la simulación del mismo y una incorrecta utilización de la incapacidad temporal, frenando y retrasando igualmente su recuperación así como restando eficacia al tratamiento médico que debe de cumplir.

Así, no es razonable que, mientras se encuentra en situación de baja médica como consecuencia de las dolencias por Ud. sufridas, Ud. haya venido practicando un deporte como es el paddle, donde se precisan movimientos, saltos y giros bruscos de cadera, lo que desde luego chocan frontalmente con sus dolencias. Las actividades por Ud. desempeñadas mientras se encuentra de baja médica evidencia su aptitud para realizar su trabajo.

Asimismo, indicar cómo, una persona que se encuentra de baja médica por una lesión en la cadera es prácticamente imposible que pueda jugar a un deporte donde uno de los principales movimientos es articular la cadera, rotando y flexionando la pierna y golpeando la pelota (además de mantener el equilibrio y la estabilidad del cuerpo durante el juego con la propia cadera).

Por lo tanto, desde el momento en el que Ud. desempeña actividades físicas como es el hecho de jugar a paddle, es evidente que las dolencias que han motivado su baja médica desde el 14 de agosto de 2023 hasta la actualidad no son tales, habiéndose generado por su parte un fraude para con esta Compañía y también para con la propia Seguridad Social, lo que podría llegar a generar incluso una posible responsabilidad administrativa y penal por su parte.

Si el trabajador está impedido para consumir la prestación laboral a que contractualmente viene obligado, tiene vedado cualquier otro tipo de quehacer, sea en interés ajeno o propio, sobre todo si se tiene en cuenta que su forzada inactividad le es compensada económicamente por la empresa y por la Seguridad Social a la que perjudica, incurriendo así en la causa de transgresión de la buena fe en el desarrollo del contrato, constitutivo del Incumplimiento contractual grave y culpable que justifica que se haya tomado la decisión de la extinción de su contrato mediante despido.

Los hechos implican un incumplimiento laboral por su parte, constituyendo su conducta una falta constitutiva de infracción laboral tipificada como Pascual en virtud de lo dispuesto por el artículo 66.4. del Convenio colectivo estatal de industrias cárnicas, normativa convencional de aplicación, y en virtud de lo dispuesto por el artículo 54.2.d) del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, que fijan lo siguiente: Convenio colectivo estatal de industrias cárnicas Artículo 66. Clasificación de las faltas muy graves Son faltas muy graves las siguientes: 4. La transgresión de la buena fe contractual, así como el abuso de confianza en el desempeño del trabajo. Entre otras, se considera transgresión de la buena fé contractual, salir con paquetes o envoltorios del trabajo, negándose a dar cuenta del contenido del mismo, cuando se solicite por el personal encargado de esta misión.

Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores Artículo 54. Despido disciplinario.2. Se considerarán incumplimientos contractuales: d) La transgresión de la buena fe contractual, así como el abuso de confianza en el desempeño del trabajo.

De este modo, la Dirección de esta Empresa no puede tolerar dicho comportamiento, y es por ello que decidimos proceder a su despido disciplinario por tales hechos según lo dispuesto en el artículo 67.3.e) del Convenio colectivo estatal de industrias cárnicas, que fija lo siguiente: Artículo 67. Sanciones. Las sanciones que proceda imponer en cada caso, según las faltas cometidas, serán las siguientes:3. Por faltas muy graves: e) Despido. Por todo ello, la Empresa le comunica el despido disciplinario con fecha efectos 20 de septiembre de 2023.

QUINTO.- Los días 17, 24 y 31 de agosto y 7 de septiembre de 2023, sobre aproximadamente las 20:30 horas el demandante acudido a las instalaciones deportivas del Hotel Iberostar Cristina de l'Arenal, sitas en CALLE000/ N, 07610, PLAYA000 (Mallorca, Islas Baleares) para jugar varios partidos de paddle

SEXTO.- El demandante no ostentaba cargo de representación de los trabajadores.

SEPTIMO.- La parte demandante promovió la conciliación previa al proceso el fecha 12 de octubre de 2023, que se celebró 26 de octubre de 2023 con el resultado de " SIN ACUERDO". , presentando posteriormente demanda de despido. En fecha 29 de octubre de 2023, por el abogado D. GERARDO JOFRE GONZALEZ-GRANDA en nombre de D. Sergio se presentó demanda contra Balbino Y ALIMENTOS MAS CRESPO SAU en materia de DESPIDO.

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

Desestimo la demanda de despido interpuesta por D. Sergio frente a la CARNES Y ALIMENTOS MAS CRESPO, S.A. (CA NA PAULINA). Declaro la procedencia del despido realizado por la parte demandada en fecha 20 de septiembre de 2023, declarando extinguida la relación laboral a la fecha del despido, con absolución de la empresa.

TERCERO.- Contra dicha resolución se formalizó recurso de suplicación por la representación de D. Sergio, que fue impugnado por la representación de Carnes y Alimentos Mas Crespo SA.

CUARTO.- Se señaló para la votación y fallo el día 30 de enero de 2025, llevándose a cabo tales actos en la fecha señalada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia de instancia.

La sentencia de instancia ha desestimado la demanda por despido interpuesta, declarando la procedencia del mismo, al entender acreditados y de la suficiente gravedad los hechos imputados, descartando asimismo que fuera exigible la audiencia previa al despido establecida en el art. 7 del Convenio 158 de la OIT.

Interpone recurso el demandante, recurso que ha sido impugnado por la demandada.

SEGUNDO.- Revisión de hechos probados a instancia de la empresa demandada.

Al amparo del apartado b) del art. 193 LRJS, el primer motivo de recurso postula la revisión de los hechos probados.

Previamente a su análisis y resolución, hemos de recordar los criterios jurisprudenciales para la viabilidad de toda revisión fáctica en el marco del recurso de suplicación:

A) Que se concrete el error padecido en la apreciación de los medios de prueba obrantes en el proceso, ya positivo, cuando se declaren probados hechos contrarios a los que se desprende de tales medios, ya negativo, si se han omitido o negado los que se deducen de los mismos.

B) Que tales hechos resulten de forma clara, patente y directa de la probanza documental o pericial practicada, a concretar y citar por el recurrente, que sean literosuficientes o "hablen por sí mismos" sin necesidad de argumentaciones más o menos lógicas, ya que ante la concurrencia de varias pruebas de tal naturaleza que ofrezcan conclusiones divergentes o no coincidentes, deberá prevalecer la valoración o apreciación de tales medios probatorios con los que ha formado su convicción la Juzgadora de instancia, conclusiones obtenidas por la Juzgadora "a quo" a partir de la inmediación en la práctica, no siendo factible demostrar los errores de hecho acudiendo a conjeturas, suposiciones o interpretaciones o recurriendo a la prueba negativa, limitada a invocar la inexistencia de prueba que respalde las afirmaciones de dicha Juzgadora.

Que se ofrezca, al invocar el motivo suplicacional analizado, el texto concreto o la versión que se entiende ha de figurar en la narración que se tacha de equivocada, bien sustituyendo alguno de sus puntos bien completándola.

Que las modificaciones sean trascendentes o relevantes para determinar un fallo distinto.

Finalmente, que no se plantee la revisión de cuestiones fácticas no discutidas a lo largo del proceso, no pudiendo formularse novedosamente alegaciones por vez primera en la fase de recurso so pena de atentar contra el principio de igualdad de las partes en el proceso y de propiciar la efectiva indefensión a la parte recurrida.

La primera revisión postula la modificación del hecho probado tercero, y su sustitución por el siguiente texto:

"TERCERO.- El trabajador causo baja por Incapacidad Temporal el 14/08/2023 con diagnóstico de artrosis degenerativa en la cadera" Las funciones del trabajador, según la descripción de puesto de trabajo aportada por la empresa, consisten en trabajos de preparar y manipular cargas, pesaje, etiquetar y reparto de pedidos a clientes, carga de camiones del producto fresco y congelado (Balbino y embutidos), preparación y reparto de pedidos a los clientes, limpieza del camión. La dificultad del puesto de trabajo consiste en el elevado volumen de trabajo y horarios de entrega de pedidos.'

Fundamenta esta pretensión revisora en los documento número 11 y 18 documental aportada por la demandada y justifica su relevancia por cuanto la sentencia no recoge cuales son las funciones principales del puesto de trabajo que realiza el demandante de las que se haya impedido para realizar durante su situación de incapacidad temporal.

La demandada se opone a tal revisión, después de reproducir extensa e innecesariamente la jurisprudencia relativa a los requisitos de viabilidad de toda revisión fáctica, alega la falta de relevancia de la misma en orden a coadyuvar a una modificación del sentido del fallo.

Debe estimarse la revisión fáctica, por tener soporte documental indubitado y ser potencialmente relevante para la fundamentación de la ulterior censura jurídica del recurrente.

La segunda revisión postula la modificación del hecho probado 50, a fin que quede redactado en los siguientes términos:

"Quinto.- Los días 17, 24 y 31 de agosto y 7 de septiembre de 2023, sobre aproximadamente las 20:30 horas el demandante acudido a las instalaciones deportivas del Hotel Iberostar Cristina de [Arenal, sitas en CALLE001 Xamena S/N, 07610, PLAYA000 (Mallorca, Islas Baleares) para jugar varios partidos de paddle". El 10/10/2023 el cirujano Dr. Carlos añade en informe del Hospital Narciso de Deu que el demandante "puede realizar actividad deportiva controlada, no impacto. Según sintomatología y limitación".

Fundamenta el recurrente tal pretensión en el documento n. 0 5 de su ramo de prueba y justifica su relevancia en orden a demostrar que no le estaba impedida toda actividad deportiva, siempre que estuviese controlada y no fuera de impacto.

No podrá prosperar esta revisión: como acertadamente opone la empresa demandada en su escrito de impugnación, la juzgadora de instancia, en el FJ vo valora el Informe médico elaborado por el traumatólogo del Narciso de Deu que fundamenta la revisión y no le confiere eficacia probatoria por no haber sido ratificado en el acto de la vista y por ser de fecha posterior a la comunicación del despido al actor, "lo cual origina ciertas suspicacias en su valoración, por cuanto, indudablemente, han sido emitidos en inmediata relación con el origen del presente procedimiento." La Sala comparte plenamente la apreciación valoratoria de la magistrada de instancia que, por otra parte, tampoco podría modificar en el estrecho marco del recurso de suplicación salvo error u omisión manifiesto.

La tercera revisión pretende la adición de un nuevo hecho probado, que sería el octavo, que reflejara que "al trabajador no se le ofreció la posibilidad de defenderse de los cargos formulados contra él con carácter previo a su despido", pretensión que también debe ser desestimada, por ser obvio tal hecho negativo al ser la premisa fáctica del sexto fundamento jurídico, en el que se razona la inexigibilidad de la audiencia previa, cuestión que debe ser abordada en el análisis de la censura jurídica

TERCERO.- Censura jurídica enunciada.

Por la vía del artículo 193. C) de la LRJS se denuncia infracción del art. 56 del Estatuto de los Trabajadores, así como interpretación errónea de los arts. 54.2.d) y 58 del Estatuto de los Trabajadores y de los arts. 66.4 y 67.3 e) del Convenio Colectivo estatal de Industrias cárnicas, de la doctrina recogida en STS 29 de enero de 1987, STS 22 de septiembre de 1988, STS 18 de julio de 1990, STS 21 de febrero de 1989, STS 18 de diciembre de 1990, con respecto a la actividad deportiva estando de baja médica, de la doctrina gradualista recogida en la

S.T.S. de 9-12-86, de 28 de febrero de 1990, de 14 de mayo de 1990, de 16 de mayo de 1991 y de 30 de mayo de 1992, de 25 de enero de 2005, STS de 15 de enero de 2009, y de 19 de julio de 2010. Denuncia también la infracción del artículo 7.1 del Convenio Internacional 158 de la OIT, así como de la Jurisprudencia de nuestro Tribunal Superior de Justicia de Baleares en STSJ Baleares 13/2/23, Sentencia: 00068 12023, Sala de lo Social.

Tan extenso enunciado de la normativa y jurisprudencia cuya infracción se denuncia integra dos motivos de censura jurídica claramente diferenciados que deben ser analizados y resueltos por separado y en orden inverso al del referido enunciado:

El incumplimiento de la garantía de audiencia previa establecida en el art. 7 del Convenio 158 OIT, cuya infracción, caso de apreciarse, determinaría ya la calificación del despido como improcedente, sin necesidad de abordar ya la segunda denuncia.

La inadecuada calificación del despido como procedente, cuestión a la que se refiere el resto de la censura jurídica.

CUARTO.- La audiencia previa ex art. 7 del Convenio 158.

Al amparo del art. 193.c) de la LRJS, la recurrente formula un primer motivo de censura jurídica, que denuncia la infracción del artículo del 7 del Convenio número 158 de la OIT, que dispone que "No deberá darse por terminada la relación de trabajo de un trabajador por motivos relacionados con su conducta o su rendimiento antes de que se le haya ofrecido la posibilidad de defenderse de los cargos formulados contra él, a menos que no pueda pedirse razonablemente al empleador que le conceda esta posibilidad".

Sostiene la recurrente, con expresa invocación de la sentencia de esta Sala no 68/24 de 13.2.23 y discrepando del criterio de la magistrada de instancia, que tal norma internacional sí era de aplicación directa al ser lo suficientemente clara y

concreta para ello, sin que pueda justificarse que la empresa demandada no le permitiera ejercer este elemental derecho de defensa previo al despido.

La demandada se opone a tal censura jurídica remitiéndose, esencialmente, a los razonamientos de la sentencia de instancia.

La sentencia de instancia, efectivamente, apartándose del criterio de esta Sala recogida en su sentencia de 13.2.23 no 68/23, entiende que la audiencia previa reclamada por la recurrente no viene exigida ni por el actual marco normativo, tanto sustantivo como procesal, ni por la doctrina del Tribunal Supremo.

Planteado el debate en los anteriores términos, son dos las cuestiones que debe plantearse y resolver la Sala, a la luz de la reciente STS no 1250/24 de

18.11.24:

-La exigibilidad de la audiencia previa al despido ex art. 7 del Convenio 158 OIT -La aplicabilidad de la misma en el presente caso.

QUINTO.- La sentencia de Sala General del Tribunal Supremo de 18.11.24.

La primera de las cuestiones planteadas, la exigibilidad de la audiencia previa al despido disciplinario, ha sido clara y categóricamente resuelta por la reciente STS 18 de noviembre 2024 (núm. 1250/2024), dictada en Sala General, que, rectificando su doctrina anterior y asumiendo como correcta la de esta Sala contenida en la sentencia de 13.2.23 (RSU 454/22), reconoce la aplicación directa del art. 7 del Convenio 158 OIT.

En dicha sentencia, el Tribunal Supremo, después de recordar su doctrina anterior, contraria a la exigencia controvertida, anticipa ya (FJ 110) que debe ser modificada, razonando -ya en los dos primeros apartados del tercer fundamento jurídico y como se afirmaba en la sentencia recurrida- que, en virtud de los arts. 96.1 CE y art. 23.3 Ley 25/2014, los Convenios de la OIT ratificados por España, «una vez publicados, forman parte del ordenamiento interno y vincula a particulares y poderes públicos, de forma que el Estado debe "respetar las obligaciones" asumidas por España en los tratados internacionales y "velar por su adecuado cumplimiento».

En el apartado 30 del FJ 111 0, aborda ya la aplicación directa de la norma: después de reproducir el tenor literal del art. 7 -"No deberá darse por terminada la relación de trabajo de un trabajador por motivos relacionados con su conducta o su rendimiento antes de que se le haya ofrecido la posibilidad de defenderse de los cargos formulados contra él, a menos que no pueda pedirse razonablemente al empleador que le conceda esta posibilidad"- afirma categóricamente "que procede su aplicación directa al ser una disposición que debe calificarse de completa o aplicable en forma automática, sin precisar de normas de ejecución que deban dictarse por España ya que está suficiente y debidamente concretados sus términos" por lo que no precisa de mayor desarrollo normativo para su cumplimiento ya que basta, simplemente, con permitir al trabajador

que se defiende de los cargos sobre su conducta o trabajo', por lo que reitera que "no se puede decir que tal disposición requiera de un desarrollo legislativo.

En el mismo apartado 30, efectúa el Tribunal Supremo otra precisión, especialmente relevante en orden a la segunda cuestión planteada (la aplicabilidad en el presente caso de la exigencia): la previsión que contiene la citada disposición, referida a que el empresario pueda liberarse de dicha obligación, ya que en este caso nos encontramos con el criterio de razonabilidad de la negativa empresarial a dar la audiencia que, como excepción que es, vendrá determinada por las concretas circunstancias que rodeen cada caso y que permitan justificar que el empleador no podía o tenía que conceder esa posibilidad que no es lo mismo que eludirla.'

En el apartado 70, siempre en el Iller FJ, recuerda que el ejercicio del control de convencionalidad en base a la doctrina constitucional (SSTC 87/2019 y 120/2021) supone el desplazamiento -que no derogación- de la norma interna en favor de la internacional) y añade -ya en el apartado 80- que la omisión del art. 55 ET al no recoger el trámite de audiencia previa «no interfiere para que se dé cumplimiento a la norma internacional aunque no esté recogida en el ET. Y en ese entorno ha de aplicarse de modo preferente y colmar nuestra regulación con lo dispuesto en el art. 7 del Convenio núm. 158 de la OIT».

En el apartado 90 y último de este Iller FJ, concluye el Tribunal Supremo, en base a todas las razones apuntadas, que la doctrina correcta es la contenida en la sentencia del TSJ Baleares de 13.2.23 en cuanto a la exigibilidad de la audiencia al trabajador con carácter previo a su despido.

SEXTO.- Regla general] la inexigibilidad retroactiva de la exigencia de audiencia previa.

A continuación, en el mismo apartado 90 del Iller FJ, la STS18.11.24 efectúa una "importante advertencia" una regla general de aplicación temporal, estableciendo lo que puede entenderse como un criterio temporal de excepcionalidad de tal exigencia respecto a los despidos producidos con anterioridad a la propia sentencia:

"9 (...) .Llegados a este punto, en el que concluimos que, para la extinción de la relación laboral por despido disciplinario, que es lo que aquí se está debatiendo, es exigible la audiencia previa del trabajador, constanding que en el caso presente no ha sido cumplida, no podemos olvidar que ese requisito va acompañado de una excepción ("a menos que no pueda pedirse razonablemente al empleador que le conceda esta posibilidad") por lo que también debe ser examinada.

Y sobre este extremo y con ese amparo normativo, debemos indicar que, en el caso que nos ocupa es aplicable dicha excepción ya que no podía razonablemente pedirse al empleador que tuviera que conceder tal audiencia al trabajador en tanto que en el momento en que activó el despido no se le podía exigir ese requisito, tal y como precisamente se viene a decir en su escrito de interposición del recurso, cuando expresamente nuestra propia jurisprudencia venía manteniendo lo contrario de lo que aquí concluimos en los años ochenta, y que pacíficamente se ha venido manteniendo hasta la actualidad, generando un principio de seguridad jurídica en la materia que amparaba su modo de proceder, al no tomar en consideración lo que expresamente no se estaba exigiendo entonces y los beneficiados por ello ni tan siquiera venían demandando en vía judicial, permaneciendo dicho criterio pacífico en el tiempo hasta la actualidad que ha vuelto a resurgir y que por vía de la presente resolución y en este momento aquella doctrina se está modificando.

Con esta importante advertencia, sin duda válida para los despidos acaecidos antes de que se publique la presente sentencia, no estamos alterando la doctrina en relación con el alcance del cambio de jurisprudencia, estableciendo cánones de irretroactividad, propio de las leyes, sino, simplemente, aplicando [a excepción de la propia norma objeto de análisis, que permite valorar la razón por la que el empleador no ha dado audiencia previa al trabajador y que, en estos casos, se encuentra razonablemente justificada en los términos que hemos expuesto. "

Con esta importante acotación en relación a la exigibilidad retroactiva de la garantía de la audiencia previa, lo que está posibilitando el Tribunal Supremo es que, respecto a los despidos disciplinarios producidos previamente a la publicación de la STS 18.11.24, las empresas puedan acogerse a la excepción a la exigibilidad de la audiencia previa contemplada en el propio art. 7 del Convenio 158 ("aplicando la excepción de la propia norma objeto de análisis, que permite valorar la razón por la que el empleador no ha dado audiencia previa al trabajador") y ello en aras del principio de seguridad jurídica, que pudiera quedar comprometida con la exigencia de la garantía respecto a despidos anteriores a la referida sentencia.

Con ello, el Tribunal Supremo no está estableciendo una regla absoluta, sin excepciones, de inexigibilidad retroactiva de la exigencia de audiencia previa -ya que con ello sí se incurriría en el "canon de irretroactividad propio de leyes" que el propio Tribunal quiere evitar- sino, exclusivamente, establecer la regla o criterio general -en aras a la seguridad jurídica- que mientras su doctrina anterior, ahora rectificadora, fue incontrovertida y pacífica, no podía razonablemente exigirse a todo empleador el cumplimiento de tal exigencia.

De hecho, así lo sugiere la propia STS de 18.11.24 analizada cuando, ya en el apartado 30 del FJ 111 0 , anticipaba que "el criterio de razonabilidad de la negativa empresarial a dar la audiencia que, como excepción que es, vendrá determinada por las concretas circunstancias que rodeen cada caso y que permitan justificar que el empleador no podía o tenía que conceder esa posibilidad que no es lo mismo que eludirla."

ASÍ, en el primer caso que esta Sala ha abordado tal cuestión con posterioridad a la STS de 18.11.24, la sentencia no 649/24 de 23.12.24 (RSU 231/24), se aplicó la regla general de inexigibilidad retroactiva establecida por el Tribunal Supremo razonando que "habiéndose producido el despido disciplinario impugnado en fecha 12.7.22 (cuando ni tan siquiera se había dictado nuestra STJIB 13.2.23, que abrió el debate doctrinal en cuanto a la exigibilidad de la audiencia previa al despido), no habiendo denunciando tampoco la demandante en el momento inmediatamente posterior al despido (ni en la papeleta de conciliación ni en la inicial demanda) el incumplimiento de tal garantía, valoramos que resulta de aplicación la regla general de inaplicación establecido por la STS 181124 en pro del principio de seguridad jurídica."

En el posterior asunto que abordamos la cuestión, referido a un despido disciplinario de la empresa Mercadona SA de fecha 10.6.23 (conocida ya la STJIB de 13.2.23), dicha empresa no discutió la exigibilidad de la audiencia previa en la fecha del despido, sino que invocó falta de acción en razón del acuerdo transaccional propiciado por la empresa en el momento inmediatamente posterior a la comunicación del despido, excepcional procesal acogida por la sentencia de instancia pero revocada por nuestra reciente sentencia no 66/25 de fecha 7.2.25 (RSU 510/24), al apreciar vicio por dolo en el consentimiento de la trabajadora, en el que coadyuvó la situación de indefensión sufrida por la demandante durante la pretendida negociación por no conferirse el trámite de audiencia.

En la todavía más reciente sentencia de 12.2.25 (RSU 537.24), referida a la empresa El Corte Inglés, entendimos que en la fecha del despido, 19 de julio de 2023, era sobradamente conocida -en todo el ámbito nacional y, especialmente, en el balear- la doctrina de esta Sala sentada en sentencia 13.2.23 (RSU 454.22) que estableció el criterio de exigibilidad directa de la audiencia previa al despido disciplinario, sentencia que generó un inmediato debate doctrinal y jurisprudencial del cual, con toda seguridad, tenía perfecto conocimiento una empresa del tamaño e importancia de aquella empleadora demandada, la cual ni tan siquiera cuestionó la exigencia de la audiencia previa al contestar a la demanda sino que esgrimió que ya la había cumplido mediante la audiencia al delegado del sindicato al que estaba afiliada la demandante. La mayoría de la Sala entendió no cumplida la garantía con dicha audiencia sindical, declarando la improcedencia del despido, con voto particular partidario del criterio contrario.

SÉPTIMO.- Inexigibilidad de la audiencia previa en el presente caso.

En el presente caso por el contrario, la Sala, después de analizar y valorar las circunstancias concurrentes, y a diferencia de la conclusión alcanzada en la más reciente sentencia de 12.2.25 (RSU 537.24, con voto particular), considera que la respuesta tiene que ser negativa, y ello por las siguientes razones:

En primer lugar, por cuanto en el presente caso la demandada es una pequeña empresa por lo que -a diferencia del anterior caso (referido a una gran empresa de ámbito nacional, con miles de empleados/as)- no puede inferirse que, en la fecha del despido, 29.9.2023, necesariamente conociera el criterio de esta Sala, establecido en su sentencia de 13.2.23, sobre la aplicación directa del art. 7 del Convenio 158 OIT.

En segundo lugar, ni consta ni se ha alegado por el recurrente que en forma inmediatamente reactiva al despido, en la papeleta de conciliación, el demandante reclamara ya el cumplimiento efectivo de la garantía de la audiencia previa (informando de la doctrina de la Sala en favor de la exigibilidad de la audiencia previa), cuando la empresa -en el plazo de 20 días posterior al despido- todavía podía dar cumplimiento a la misma en razón de lo dispuesto en el art. 55.2 ET.

De haberse inferido el conocimiento de la doctrina de la Sala en la fecha del despido por una u otra vía, como se razonó en la reciente sentencia de 12.2.25 (RSU 537.24, con voto particular), ello determinaría que la empresa demandada no pudiera tener ni la confianza legítima ni la seguridad jurídica de que tal exigencia de audiencia previa no resultara aplicable ni que su incumplimiento no le fuera invocado en la impugnación del despido, y, con ello, quedaría excluida del "supuesto general de excepcionalidad" de tal exigencia establecido por la STS de 18.11.24.

Finalmente, si las circunstancias anteriores no bastaran para la conclusión de la inexigibilidad de la audiencia, coadyuvaría a la misma el hecho de que, en el presente caso y también a diferencia del anterior, es difícil imaginar -el demandante ni tan siquiera lo ha alegado- que el efectivo ejercicio de este derecho de audiencia previa pudiera haber posibilitado la reconsideración de la empresa de su decisión de despido, al reconocer los hechos imputados en la demanda (jugar partidos de pádel estando en situación de baja médica por artrosis de cadera) y no disponer en la fecha del despido de la pretendida justificación médica de tal actividad (el

informe traumatológico de fecha 10.10.23, posterior a la fecha del despido, 29.9.23). Quede claro que este factor coadyuvante sólo debiera ser valorado, y aún de manera restrictiva, respecto a los despidos previos a la STS 18.11.24, en orden a valorar si concurre el supuesto de excepcionalidad general establecido en dicha sentencia.

Por lo expuesto, se reitera, la Sala, valorando "las concretas circunstancias que rodeen cada caso y que permitan justificar que el empleador no podía o tenía que conceder esa posibilidad que no es lo mismo que eludirla" tal como indica la STS 18.11.24, considera que concurren suficientes circunstancias, ya referenciadas, para concluir que no era exigible la audiencia previa en la fecha del despido, lo que determina la desestimación de la censura jurídica fundamentada en el pretendido incumplimiento del art. 7 del Convenio 158 de la OIT.

OCTAVO.- El debate respecto a la calificación del despido impugnado.

Desestimado este primer motivo de recurso, procede abordar ya la cuestión de fondo, la calificación judicial del despido, respecto a la cual denuncia el recurrente la infracción del art. 56 del Estatuto de los Trabajadores, así como interpretación errónea de los arts. 54.2.d) y 58 del Estatuto de los Trabajadores y de los arts. 66.4 y 67.3 e) del Convenio Colectivo estatal de Industrias cárnicas, así como de los criterios jurisprudenciales contenidos en la extensa relación de sentencias referenciada al enunciar la censura jurídica, referida a la posibilidad de actividad física por prescripción médica estando en situación de IT y a la doctrina gradualista.

Alega el recurrente, en síntesis, que no se ha producido ni una transgresión de la buena fe contractual ni un abuso de confianza en el desempeño del trabajo por cuanto, a la luz de las pruebas documentales se evidencia que la actividad deportiva que realizó el actor no perturbó su curación ni alargó la patología ni puso de manifiesto que pudiera realizar las tareas de pesado, manipulación, carga y descarga de la carne.

Denuncia que la sentencia no ha tenido en cuenta ni los videos ni las fotografías de los partidos de pádel en donde aparece el demandante con absoluta moderación, sin realizar salto alguno, ni giros bruscos, ni ha tenido en consideración el informe del médico perito, especialista en medicina deportiva, explicando la compatibilidad de realizar una práctica moderada de pádel para el caso particular del actor, ni el documento del Hospital Narciso de Deu (documento n. 0 5 aportado por esta parte), en donde el cirujano, antes de la operación y estando el actor en la misma baja médica, autoriza a poder realizar una actividad deportiva controlada, la cual no sería sancionable si el esfuerzo físico que se requiere es inferior al que precisa su actividad laboral.

Invoca el recurrente, también, la doctrina gradualista consolidada en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, S.T.S. de 9-12-86, Sentencias de 28 de febrero de 1990, de 14 de mayo de 1990, de 16 de mayo de 1991 y de 30 de mayo de 1992, Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de enero de 2005, STS de 15 de enero de 2009, entre otras y sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2010, esta última añade: "el enjuiciamiento del despido debe abordarse de forma gradualista buscando la necesaria proporción ante la infracción y la sanción y aplicando un criterio individualizador que valore las peculiaridades de cada caso concreto"

Frente a tal denuncia, opone la demandada, también en síntesis y en primer lugar, que el recurrente pretende que la Sala efectúe una nueva ponderación de los elementos de prueba aportados al proceso, pretendiendo así desplazar la función del juzgado de instancia, a quien corresponde valorar todos los elementos de convicción aportados por las partes, tal y como sucedió con la valoración que el mismo entendió debía aplicar al total probatorio, por lo que ninguna infracción habría de apreciarse respecto de la resolución judicial recurrida, a cuyos hechos probados y fundamentación jurídica se remite.

Añade que los requerimientos físicos y ergonómicos del puesto de trabajo son menos livianos que la práctica del pádel en las que ha participado el trabajador estando de baja y que la probabilidad de que la actividad deportiva repercuta negativamente en la recuperación del trabajador es evidente, pudiendo perturbar su curación o alargar la patología, remitiéndose al informe pericial médico aportado, que concluye que "representa una absoluta incoherencia encontrarse en situación de incapacidad temporal para proteger la articulación y aumentar su vida útil y, mientras tanto, realizar actividades totalmente opuestas a la recuperación, desaconsejadas y reconocidas en la bibliografía científicas como factores de progresión del deterioro artrósico".

Finalmente, considera que la invocación de la doctrina gradualista en fase de suplicación es intempestiva, al plantear una cuestión que no fue ni suscitada ni en la demanda ni tampoco en instancia, lo que colocaría a mi representada en una situación de total indefensión.

NOVENO.- Procedencia del despido impugnado.

Centrado el debate en los anteriores términos, la Sala debe empezar por señalar, saliendo al paso de la última alegación de la empresa demandada, que la denominada doctrina gradualista bien puede invocarse en suplicación aun no habiéndose explicitado su alegación en la demanda, al tratarse de una doctrina

jurisprudencial de público conocimiento y obligada aplicación, cuya invocación en fase de suplicación no puede generar indefensión alguna, salvo que se fundamente en circunstancias fácticas no invocadas en la demanda (lo cual generaría indefensión en la instancia) o no recogidas en el relato fáctico de la sentencia (lo cual determinaría que no pudieran ser tenidas en cuenta).

Efectuada la siguiente aclaración, la Sala, anticipa ya su criterio favorable a la plena confirmación de la sentencia de instancia por cuanto la realidad y gravedad de los hechos acreditados es tan evidente que no cabe otra calificación que la de procedencia del despido, asumiendo plenamente los razonamientos que han llevado a la magistrada de instancia a tal conclusión.

En interpretación del art 54.2.d) ET, la Sala de lo Social del TS (SS 22/09/88, RJ 7093; 29/01/87, RJ 177), ha señalado que el trabajador incumple el deber de buena fe cuando la actividad que viene realizando en situación de baja laboral resulta perjudicial para su curación o es expresiva de una simulación de su situación de incapacidad para el trabajo, por cuanto, la buena fe exige que quien esté de baja no pueda realmente desarrollar labores propias de su trabajo habitual y siga precisando la debida asistencia sanitaria hasta obtener su rehabilitación, pero también que en esa situación no efectúe actividades inadecuadas para lograr lo antes posible su reincorporación al trabajo, ya que durante la misma deja de cumplir con la prestación principal a la que se ha obligado por razón del contrato de trabajo que le vincula con su empresario: trabajar. El interés legítimo de éste en recibirla se defrauda, sin título que lo ampare, cuando se aparenta disponer de una causa que justifica la falta de prestación de servicios (las situaciones de incapacidad temporal, que suspenden dicha obligación: art 45.2 ET y también cuando dicha situación se prolonga innecesariamente).

En aplicación del indicado criterio jurisprudencial, el Tribunal Supremo viene manteniendo que no toda actividad desarrollada en situación de baja médica justifica un despido disciplinario, sino sólo aquella que perjudica la recuperación de la aptitud laboral del trabajador o la que evidencia por sí aptitud laboral, manifestando el carácter fraudulento del proceso de incapacidad temporal (SS 18/11/16, Rec. 216/16; 10/03/16, Rec. 56/16; 11/12/15, Rec. 344/15; 16/06/15, Rec. 149/15),

La STSJ de Madrid no 308/08, de 8.4.08, ante una situación sustancialmente coincidente, de práctica del pádel estando en situación de baja médica por cervicalgia, apreció las notas de la gravedad y voluntariedad requeridas para constituir una justa causa de despido con arreglo al art. 54 ET, al perjudicar la necesaria recuperación.

También el TSJ de Aragón, en un caso también coincidente con el presente, de fecha 21/11/22 (n o 851/22), referido también al juego del pádel en situación de incapacidad temporal, la entendió como una actividad que compromete la recuperación y evidencia una voluntad clara de demorar la recuperación efectiva de la dolencia, dándose con ello las notas de culpabilidad y gravedad que justifican la oportunidad del despido.

En la misma línea, cabe citar la sentencia del TSJ de Catalunya de 17.11.16, no 6714/2016, que, después de "concluir que el trabajador realizó durante el período de incapacidad temporal actividades que podrían perturbar su curación, lo que conlleva la confirmación del pronunciamiento de instancia sobre la calificación de la conducta imputada como transgresión de la buena fe contractual", justificando con la calificación de procedencia del despido.

En el presente caso, acreditado y no controvertido que mientras se encontraba en situación de baja médica por causa de la artrosis degenerativa de cadera que padece, en fechas 17, 24 y 31 de agosto y 7 de septiembre de 2023 el demandante jugaba, con frecuencia semanal, partidos de paddle, cuando -según ha afirmado categóricamente el perito médico propuesto por la demandada, está manifiestamente contraindicado que una persona que se encuentra de baja médica por una lesión en la cadera pueda jugar a un deporte que combina movimientos de carrera y saltos que repercuten negativamente sobre la zona afectada (cadera) del actor, al perjudicar la correcta recuperación respecto de las dolencias que por el mismo se sufren.

La actuación del trabajador demandante, por consiguiente, constituye una falta disciplinaria de transgresión de la buena fe contractual, pues éste, estando de baja médica por artrosis de cadera, realizó actividades de esfuerzo incompatibles con su recuperación, como fue la actividad del pádel, que requiere de esfuerzos de la cadera y movimientos bruscos y rápidos que afectan a la referida zona anatómica, a diferencia de otros ejercicios físicos sin impacto, como puede ser la natación o la gimnasia fisioterapéutica.

Acreditados e incontrovertidos los hechos imputados en la carta de despido, siendo éstos relevantes, imputables a la persona trabajadora, previstos como infracción muy grave en el correspondiente régimen disciplinario, correctamente calificados en la carta de despido, no concurriendo circunstancia alguna que justifique el proceder del actor ni atenúa su gravedad, debe ser desestimada la censura jurídica formulada y plenamente confirmada la sentencia de instancia.

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

Que hemos de desestimar y desestimamos el recurso de suplicación formulado por Sergio contra la sentencia dictada el 5.7.24 por el juzgado de lo social núm. 6 de Palma, en las actuaciones no 873/23 seguidas en impugnación de despido contra CARNES Y ALIMENTOS MAS CRESPO SA, con plena confirmación de la sentencia de instancia.

Notifíquese la presente sentencia a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Illes Balears.

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 0446-0000-65-0534-24 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 0049-3569-92000500-1274, 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 CALLE002 de Palma de Mallorca, cuenta número 0446-0000-66-0534-24.

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.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutelar o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda-

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a

las leyes.