



Roj: **STSJ MU 932/2024 - ECLI:ES:TSJMU:2024:932**

Id Cendoj: **30030340012024100460**

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

Sede: **Murcia**

Sección: **1**

Fecha: **30/04/2024**

Nº de Recurso: **791/2023**

Nº de Resolución: **483/2024**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **MARIANO GASCON VALERO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **JS, Cartagena, núm. 1, 20-09-2023 (proc. 484/2023),  
STSJ MU 932/2024**

**T.S.J.MURCIA SALA SOCIAL**

**MURCIA**

**SENTENCIA: 00483/2024**

UNIDAD PROCESAL DE APOYO DIRECTO

PASEO GARAY 7

**Tfno:** 968817077-968229216

**Fax:** 968817266-968229213

**Correo electrónico:** tsj.social.murcia@justicia.es

**NIG:** 30016 44 4 2023 0001397

Equipo/usuario: ACM

Modelo: 402250 SENTENCIA RESUELVE REC DE SUPPLICACIÓN DE ST

**RSU RECURSO SUPPLICACION 0000791 /2023**

Procedimiento origen: DSP **DESPIDOS** / CESES EN GENERAL 0000484 /2023

Sobre: **DESPIDO** DISCIPLINARIO

**RECURRENTE/S D/ña** Carlos Alberto

**ABOGADO/A:** FULGENCIO MIGUEL PAGAN MARTIN-PORTUGUES

PROCURADOR:

GRADUADO/A SOCIAL:

**RECURRIDO/S D/ña:** MINISTERIO FISCAL, LIMPIEZA E HIGIENE DE CARTAGENA, S.A.

**ABOGADO/A:** , PEDRO ANTONIO POZA VICENTE

**PROCURADOR:** ,

**GRADUADO/A SOCIAL:** ,

En MURCIA, a treinta de abril de dos mil veinticuatro.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, compuesta por los Ilmos.Sres:

D. MARIANO GASCÓN VALERO

Presidente

D. MANUEL RODRÍGUEZ GÓMEZ

D<sup>a</sup>.JUANA VERA MARTÍNEZ

Magistrados

de acuerdo con lo prevenido en el art. 117.1 de la Constitución Española, en nombre S.M. el Rey, tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, ha dictado la siguiente

### **SENTENCIA**

En el presente recurso de suplicación interpuesto por DON Carlos Alberto , contra la sentencia número 144/2023 del Juzgado de lo Social número 1 de Cartagena, de fecha 20 de septiembre de 2023, dictada en proceso número 484/2023, sobre **DESPIDO**, y entablado por DON Carlos Alberto frente a LIMPIEZA E HIGIENE DE CARTAGENA, S.A. y MINISTERIO FISCAL.

En la resolución del presente recurso de suplicación, actúa como Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. MARIANO GASCÓN VALERO, quien expresa el criterio de la Sala.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

#### **PRIMERO** : HECHOS PROBADOS EN LA INSTANCIA.

En la Sentencia recurrida se consignaron los siguientes Hechos Probados:

*PRIMERO. El demandante ha venido prestando servicios para la empresa demandada desde el 05-04-2010, con categoría profesional de peón de limpieza y salario diario de 89 €.*

*SEGUNDO. El demandante se dedica a la actividad de limpieza diaria, que se realiza manualmente con escobas y también con medios mecánicos como máquinas sopladoras y vehículos de limpieza.*

*TERCERO. El trabajador inició situación de incapacidad temporal el 16-07- 2022 con diagnóstico de gonalgia.*

*CUARTO. El demandante fue despedido el 10-05-2023, mediante comunicación escrita que obra en autos (aportada por ambas partes), cuyo contenido se da aquí por reproducido.*

*QUINTO. El demandante regenta dos locales dedicados a restauración, uno de ellos, denominado "Ágora Music Bar", sito en la localidad de La Aparecida (Cartagena), y el otro, llamado "Cantina El Descanso", ubicado en el complejo deportivo del polígono industrial Cabezo Beaza de Cartagena.*

*SEXTO. Los días 2, 4, 11, 17 y 18 de marzo y 8 de abril, el demandante acudió a los citados locales, y permaneció en ellos durante al menos dos horas, en las que estuvo de pie y deambulando, dando instrucciones a las camareras, atendiendo a los clientes, sirviendo y cobrando consumiciones y **bailando** en momentos puntuales. Las actividades y momentos concretos en que se realizaron constan en el informe de detective privado aportado por la empresa, cuyo contenido se da aquí por reproducido.*

*SÉPTIMO. El demandante está afiliado al sindicato U.G.T.*

*OCTAVO. El demandante presentó papeleta de conciliación ante el S.M.A.C., que se tuvo por intentada sin efecto.*

#### **SEGUNDO** : FALLO DE LA SENTENCIA.

En la Sentencia de Instancia se emitió el Siguiete Fallo: " Que, desestimando la demanda interpuesta por D. Carlos Alberto contra la empresa "LIMPIEZA E HIGIENE DE CARTAGENA, S.A.", absuelvo a la empresa demandada de las pretensiones deducidas en su contra y declaro PROCEDENTE el **despido** del actor y convalidada la extinción del contrato de trabajo que unía a las partes y que aquél produjo, sin derecho a indemnización para el trabajador demandante."

#### **TERCERO** : DE LA INTERPOSICIÓN DEL RECURSO DE SUPPLICACIÓN.

Contra la citada Sentencia se interpuso Recurso de Suplicación por el Letrado Don Fulgencio Pagán Martín-Portugués, en nombre y representación de Don Carlos Alberto .

#### **CUARTO** : DE LA IMPUGNACIÓN DEL RECURSO DE SUPPLICACIÓN.

El Recurso interpuesto ha sido objeto de impugnación por el Letrado Don Pedro Poza Vicente, en nombre y representación de Limpieza e Higiene de Cartagena,S.A.



El Ministerio Fiscal impugna el recurso por entender que la resolución dictada es ajustada a Derecho.

**QUINTO** : ADMISIÓN DEL RECURSO Y SEÑALAMIENTO PARA VOTACIÓN Y FALLO.

Admitido a trámite el Recurso, se señaló para la votación y Fallo el día 29 de abril de 2024.

A la vista de los anteriores Antecedentes de Hecho, se formulan por la Sala los siguientes

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO: Fallo de la Sentencia de Instancia. Recurso de Suplicación: Sus motivos. Impugnación del Recurso.**

Por el Juzgado de lo Social nº 1 de Cartagena, se dictó Sentencia el día 20/09/2023, en el Proceso nº 484/2023, sobre **despido**, acordando la desestimación de la demanda en la que se pretendía que el citado **despido** se calificara como nulo o subsidiariamente improcedente.

Frente a dicho pronunciamiento, se interpone Recurso de Suplicación por la parte actora en el proceso de referencia, basándolo en los siguientes motivos:

A) Al amparo del artículo 193 a) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social para la reposición de los autos al estado en el que se encontraban en el momento de cometerse una infracción de normas o garantías del procedimiento que haya producido indefensión.

B) Al amparo del artículo 193 b) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social para la revisión de los hechos declarados probados a la vista de las pruebas documentales y periciales practicadas.

C) Al amparo del artículo 193 c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social para el examen de las infracciones de normas sustantivas o de la jurisprudencia.

El recurso ha sido impugnado por la empresa demandada y por el Ministerio Fiscal.

**SEGUNDO: Motivo del Recurso al amparo del artículo 193 a) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , la reposición de los autos al estado en el que se encontraban en el momento de cometerse una infracción de normas o garantías del procedimiento que haya producido indefensión.**

La parte recurrente entiende que por el Juzgador de instancia se han vulnerado los artículos 177.1 y 177.3 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social. Su queja procesal viene dada por la falta de presencia del Ministerio Fiscal en el acto del juicio.

Cuando se trata de vicios de procedimiento relativos al órgano judicial se exige:

1. Que se alegue a través de la formulación de la oportuna protesta la infracción de normas o garantías del procedimiento, lo que permite integrar en este motivo de suplicación cualquier vulneración de una norma o garantía de derecho procesal, siendo los supuestos más típicos apreciados en la doctrina judicial las vulneraciones de:

a) Las normas o garantías de los actos de comunicación (cuando no se ha citado correctamente a la parte demandada, o en general los defectos en los actos de comunicación a las partes).

b) Los actos de prueba (cuando se ha inadmitido una prueba útil y pertinente o cuando no se ha practicado prueba útil que ya está admitida).

2. En cuanto la acreditación de indefensión debe ser entendida como perjuicio material efectivamente producido a la parte atendiendo a un criterio de razonabilidad o verosimilitud, y no como perjuicio formal meramente presunto, de manera que la infracción de las normas o garantías del procedimiento infringidas debe tener una repercusión real y efectiva sobre los derechos de defensa y contradicción, privando a la parte de la posibilidad de justificar el reconocimiento del derecho que reclama o de replicar los alegatos contrarios a la reclamación.

En consecuencia, se entiende que no hay indefensión:

1) Cuando la situación de desventaja procesal ha sido propiciada por la falta de diligencia o pericia de la parte que alega la indefensión, lo que sucede en los casos de pasividad en la conducción del proceso o cuando con su conducta se coopera a la producción de la merma del derecho de defensa ( TCo 50/1991; 17/1992).

2) Cuando, existiendo la posibilidad de formular protesta , no se haya utilizado esa posibilidad en el primer momento procesal posible desde la infracción, acudiendo, en su caso, al recurso de reposición, y argumentando, en todo caso, la indefensión que se le produce a consecuencia de esa infracción ( TCo 171/1992). En este sentido, se impone a la parte proponente de un medio de prueba, diligencia o pregunta la



carga de hacer constar su protesta en el acto contra su inadmisión, consignándose en el acta la pregunta o la prueba solicitada, la resolución denegatoria, la fundamentación razonada de la denegación y la protesta, a los efectos del recurso contra la sentencia ( LRJS art.87.2).

3) Cuando, alegándose la inadmisión de una prueba , no se acredite, a través de un juicio racional de relevancia, que, de practicarse la prueba inadmitida, el fallo judicial acaso podría ser distinto atendiendo a un juicio de racionalidad, si bien sin exigir acreditar que necesariamente lo tenga que ser ( TCo 165/2001; 168/2002).

La Sala debe rechazar de plano los argumentos del recurrente. Para empezar, el recurrente acepta que hay en las actuaciones recibís de los acuses emitidos por el Juzgado, buena muestra de que el Ministerio Fiscal fue citado en debida forma tal como, además, consta en el encabezamiento de la sentencia. Además de ello, el recurrente no nos dice en que ha consistido su indefensión, que en todo caso ha de ser real y efectiva, es más, ni siquiera se habla en el motivo Primero del recurso de indefensión. A mayor abundamiento, la Sala ha visto la grabación del Juicio, constatando que, efectivamente, no estaba presente el Ministerio Fiscal y pese a ello, la parte actora no efectuó reparo alguno, ni formuló protesta, tal como era exigible de conformidad con el artículo 191.3º d) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

Desestimamos pues este primer motivo del recurso.

**TERCERO: Motivo del Recurso al amparo del artículo 193 b) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , solicitándose la revisión de los hechos declarados probados a la vista de las pruebas documentales y periciales practicadas.**

En Sentencia de 16/10/2018, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo tiene establecido que *"el recurso de suplicación es un recurso extraordinario y, como tal, la facultad del órgano de suplicación de revisar las pruebas aparece seriamente limitada, procediendo la revisión de hechos únicamente en los supuestos que taxativamente establece el artículo 193.b) de la LRJS , es decir, "a la vista de las pruebas documentales y periciales practicadas". El Tribunal "ad quem" no puede hacer una valoración de la prueba practicada en el juicio, por lo que solo la evidencia de un documento o informe pericial, sin otras consideraciones colaterales, permitirá a la Sala la modificación fáctica"*.

Al amparo de este motivo, no es posible una nueva valoración de toda la prueba practicada, según ha establecido el Tribunal Supremo, Sala de lo Social, en Sentencias de 18/11/2015 y 21/03/2017, y tampoco es posible introducir por los litigantes hechos nuevos que no se debatieron en la instancia, según estableció esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia en su Sentencia de 23/04/2007.

En este caso, el error que se atribuya a la Sentencia de Instancia ha de reunir las siguientes características:

A) Ha de ser evidente y resultar del análisis de los medios considerados hábiles a tal fin, como son la prueba documental, la prueba pericial, la revisión expresamente admitida por el impugnante del recurso y, así mismo, la revisión por infracción de normas sobre valoración de la prueba. Sólo son admisibles para poner de manifiesto el error de hecho, los documentos que ostenten un decisivo valor probatorio, tengan concluyente poder de convicción por su eficacia, suficiencia, fehaciencia o idoneidad.

B) Debe ser trascendente para la parte dispositiva de la sentencia, con efectos modificadores de ésta, pues el principio de economía procesal impide incorporar hechos cuya inclusión a nada práctico conduciría, si bien cabrá admitir la modificación fáctica cuando no siendo trascendente es esta instancia pudiera resultarlo en otras superiores.

C) El recurrente debe ofrecer una redacción alternativa al hecho probado que pretende modificar, señalándolo expresamente, adicionando o suprimiendo su tenor literal, debiendo ser la redacción propuesta clara, precisa y congruente, citando pormenorizadamente los documentos o pericias de los que se considera se desprende la equivocación del juzgador, sin que sea dable admitir su invocación genérica, ni plantearse la revisión de cuestiones fácticas no discutidas a lo largo del proceso. En ningún caso en la redacción alternativa se pueden introducir normas jurídicas o preceptos de Convenios Colectivos, así como tampoco conceptos, expresiones o juicios de valor que impliquen una predeterminación del fallo.

Dicho esto, y analizando ya el caso concreto, por el recurrente se solicita la modificación de los hechos probados de la sentencia de instancia en los siguientes términos:

1º. Hecho Probado Sexto.

Propone la siguiente redacción: *"El demandante acudió a sus locales de titularidad en distintas fechas a los que acudía periódicamente para control de su negocio"*.

Basa la revisión en las fotografías 1 a 5 que constan en el epígrafe 46 del proceso, páginas del visor de la prueba del demandante nº 5 a 7.



Visto ello, la Sala rechaza la modificación que se pretende pues en ningún caso se dice, como es exigible, que trascendencia tendría ello para la modificación del Fallo de la sentencia de instancia. En cualquier caso, la redacción propuesta es meramente valorativa, no desprendiéndose con literosuficiencia de los documentos citados la redacción alternativa y, además, el hecho probado Sexto lo redacta el Magistrado en base al informe pericial que fue ratificado en el acto del Juicio por el investigador privado, formando convicción de lo que relata en el citado ordinal fáctico.

2º. Hecho Probado Tercero.

Solicita que a la redacción judicial se añada lo siguiente : " ... incorporándose a la empresa en situación de incapacidad temporal en fecha 28/11/2022, a la conclusión de la excedencia"

Basa su revisión en el documento nº 1 que consta en el acontecimiento 33 del expediente judicial ramo de prueba de la parte actora.

Tal como se dice en la impugnación del recurso, la puntualización que hace ahora el recurrente fue expresamente admitida por la empresa demandada en el acto del Juicio pero ello, por sí solo, no puede determinar su aceptación.

En efecto, el recurrente no señala la trascendencia que tendría la adición para la modificación del Fallo de la sentencia de instancia, trascendencia que en realidad, sería inexistente pues no se explica que relevancia tendría que a la conclusión de la excedencia el trabajador se reincorporara a la empresa en situación de incapacidad temporal.

3º. Hecho Probado Séptimo.

Al hecho de que constata el Juzgador de que el actor es afiliado al sindicato UGT, se pretende añadir lo siguiente: " ... sin constancia de la audiencia del **despido** al sindicato hasta el mismo día del juicio y sin que tampoco se haya realizado ninguna audiencia previa al trabajador".

Fundamenta la revisión en el acontecimiento nº 42 del expediente judicial, documentos 1 a 6, ramo de prueba de la empresa demandada.

De nuevo se equivoca el recurrente en la construcción de esta petición de revisión fáctica pues no indica la relevancia o trascendencia que la adición que propone tendría para modificar el Fallo de la resolución recurrida.

En efecto, tal como declaro probado el Juzgador, solo consta que el trabajador, tal como por cierto se decía en el Hecho Quinto de la demanda rectora de las actuaciones, era afiliado al sindicato UGT, sin más mención a la falta de audiencia al citado sindicato ni al propio trabajador.

Por ello, debemos manifestar nuestro acuerdo con lo que se dice en la impugnación del recurso al afirmar que, en realidad, cuando en el acto del juicio se habla de falta de audiencia al sindicato, sin citar en ningún caso lo que ahora se dice en relación a la audiencia al propio trabajador, es, en efecto, una variación sustancial de la demanda prohibida por el artículo 85.1 del Estatuto de los Trabajadores y que el Juzgador no debió admitir.

Ocurre, sin embargo, que la empresa demandada no formuló en el acto del juicio oposición alguna cuando tras la ratificación de la demanda el actor mencionó la falta de audiencia al sindicato. Por ello, ese debate fue aceptado por la empresa y también por el Magistrado al resolver sobre esta controversia. En la fase de conclusiones, el actor volvió a hacer referencia a la falta de audiencia al sindicato sin que la empresa o el Juzgador hicieran ninguna manifestación.

Por lo que se refiere a la falta de audiencia al propio trabajador, ni se dice en demanda que tal falta de audiencia existiera, ni se dijo en la fase de alegaciones y ratificación de la demanda. Es cierto que si se dijo en la fase de conclusiones pero ello fue, sin duda, al hilo de la variación sustancial de la demanda que alega la empresa recurrida, totalmente extemporáneo.

En cualquier caso, la expresión "sin que tampoco se haya realizado ninguna audiencia previa al trabajador", es un hecho negativo y puramente valorativo del recurrente sin que ello se desprenda con literosuficiencia del documento que cita.

En consecuencia, el relato de hechos de la sentencia recurrida queda inalterado pues, tal como esta Sala viene diciendo de forma reiterada, las características del Orden Social de la Jurisdicción exigen al Juez de Instancia la construcción de un relato de hechos probados suficiente, no solo para la Sentencia que debe dictar, sino también para el órgano de Suplicación a la hora de resolver el Recurso. Ahora bien, la construcción judicial fáctica no tiene por qué ser extenuante en el sentido de que el Juez de Instancia tenga que recoger en su crónica todos y cada uno de los documentos y demás medios probatorios aportados por los litigantes y si, únicamente, aquellos que considere de trascendencia para resolver el debate. También hemos dicho que no



es sustituible el imparcial criterio alcanzado por el Magistrado de instancia, por el más subjetivo de parte en legítima defensa de sus intereses (S.T. Sala de lo Social del T.S.J. de Murcia de 10/11/2020. Rec. 101/2019).

En el presente caso en cumplimiento de lo anterior, y con amparo en el artículo 97.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, el Magistrado de Instancia ha dado por probados aquellos hechos que consideró esenciales para dictar Sentencia, la cual es producto de un examen racional, comparativo y crítico de todo el conjunto probatorio que se puso a su disposición.

Desestimamos pues este motivo del recurso.

**CUARTO: Motivo del Recurso por Infracción de las normas jurídicas o de la Jurisprudencia al amparo del artículo 193 c) de la Ley de la Jurisdicción Social.**

Las infracciones en las que debe apoyarse un reproche jurídico deben cumplir cuatro requisitos:

A) Se deben referir al Derecho, bien se trate de una norma sustantiva, o bien se trate de la jurisprudencia, entendiéndose por esta la que emana de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo al resolver el Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, así como también la doctrina procedente del Tribunal Constitucional y las Sentencias dictadas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

B) Deben referirse a los hechos declarados probados. Por ello, no son admisibles argumentaciones que son meras especulaciones apoyadas en hechos alegados en la instancia pero que no han pasado al relato de Hechos Probados de la Sentencia recurrida, ni se ha pretendido con éxito la revisión de esta crónica judicial.

C) Deben concretar la norma o jurisprudencia infringida.

D) Se debe razonar la pertinencia y fundamentación de la infracción jurídica.

Sobre la audiencia previa al sindicato al que pertenece el trabajador.

En primer lugar, y por lo que se refiere a la falta de audiencia al sindicato, el recurrente considera que se ha infringido por incorrecta interpretación el artículo 104.d), denuncia normativa abocada al fracaso pues, precisamente, el citado precepto lo que exige es que se haga constar en la demanda por **despido** la pertenencia a un *sindicato* " en el supuesto de que alegue la improcedencia del **despido** por haberse realizado éste sin la previa audiencia de los delegados sindicales , si los hubiere".

En la demanda no se vincula la improcedencia del **despido** a la falta de tal audiencia por lo que la denuncia normativa sería, en principio, inviable. No obstante, si tal como dijimos líneas arriba, ese debate fue aceptado por la empresa demandada y por el Juzgador debemos resolver y decimos que , por un lado, de los hechos declarados probados no se deriva la falta de audiencia al sindicato y, por otro , que en el Fundamento de Derecho Segundo de la sentencia, se admite, con indudable valor de hecho probado, que en el presente caso no se había tramitado expediente contradictorio porque no era preceptivo, ni consta la existencia en la empresa de sección sindical ni delegados sindicales en los términos del artículo 10 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical.

En consecuencia, la primera censura jurídica del recurrente se desestima.

Sobre la audiencia previa al propio trabajador.

En segundo lugar, se invoca la lesión del artículo 7 del convenio 158 de la OIT pues no se ha dado audiencia previa al propio trabajador.

Ya dijimos que ello no se invocó en la demanda ni en la fase de alegaciones previas y ratificación de la demanda se dijo nada al respecto, citándose la norma invocada en fase de conclusiones. Solo por ello, el análisis del planteamiento que en este sentido hace el recurrente es inaceptable pues ante esta alegación se dejó inerte a la empresa que no pudo argumentar en contrario.

En cualquier caso, en el actual ordenamiento jurídico laboral de España no existe ninguna norma que exija la audiencia previa directa al trabajador pues del artículo 55.1 del Estatuto de los Trabajadores solo se desprende la obligación de un expediente contradictorio cuando el trabajador es representante legal de los trabajadores o delegado sindical, lo que no es el caso y, en cuanto a la audiencia previa a los delegados sindicales en caso de afiliación sindical del trabajador, lo que si ocurre en el caso actual, es exigible que esos delegados existan, lo que no resultó acreditado.

Por lo que se refiere al Convenio 158 de la OIT, en el BOE de 29/06/1985 se publicó el Instrumento de Ratificación del mismo. El artículo 7 del mismo dispone que "NO DEBERA DARSE POR TERMINADA LA RELACION DE TRABAJO DE UN TRABAJADOR POR MOTIVOS RELACIONADOS CON SU CONDUCTA O SU RENDIMIENTO ANTES DE QUE SE LE HAYA OFRECIDO POSIBILIDAD DE DEFENDERSE DE LOS CARGOS



FORMULADOS CONTRA EL, A MENOS QUE NO PUEDA PEDIRSE RAZONABLEMENTE AL EMPLEADOR QUE LE CONCEDA ESTA POSIBILIDAD".

En el Convenio se dice, artículo 1, que *"Deberá darse efecto a las disposiciones del presente Convenio por medio de la legislación nacional, excepto en la medida que esas disposiciones se apliquen por vía de contratos colectivos, laudos arbitrales o sentencias judiciales o de cualquier otra forma conforme a la práctica nacional"*.

Pues bien, a la vista de todo ello, debemos decir, aparte de lo ya adelantado de que no hay una previsión normativa concreta en el ordenamiento español que obligue a la empresa a dar audiencia previa directa a los trabajadores que no son representantes legales de los trabajadores sindicales o delegados sindicales, lo cierto es que no se acredita que el Convenio Colectivo aplicable imponga tal obligación a la empresa, ni se prueba la existencia de laudos arbitrales en el mismo sentido, ni la existencia de sentencias, que en este caso deberían ser del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea, Tribunal Constitucional o de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, que impongan esa obligación. Por supuesto, tampoco se acredita que en España haya una práctica nacional que ampare la necesidad de audiencia previa al trabajador.

Es cierto que el artículo 96.1 de la Constitución establece que los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, como es el caso, formarán parte del ordenamiento interno pero, también lo es que el propio precepto dispone que las disposiciones de los tratados solo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho Internacional.

Tal como hemos dicho el artículo 1 del Convenio 158 de la OIT establece una suerte de suspensión de su contenido, ligado en cuanto a su aplicación interna de cada Estado, a que la legislación nacional de efecto a las disposiciones del Convenio, a no ser que esas disposiciones se apliquen ya por vía de contratos colectivos, laudos arbitrales o sentencias judiciales o de cualquier otra forma conforme a la práctica nacional", resultando que ninguna de esas circunstancias se da en el caso del Estado español.

Por todo ello, también desestimamos la infracción jurídica del recurso.

Sobre la gonalgia motivadora de la incapacidad temporal.

A propósito de ello, el recurrente no cita norma jurídica alguna como infringida, eso sí, cita diferentes sentencias del Tribunal Supremo, por lo que la Sala considera que éste motivo del recurso está correctamente formulado desde el punto de vista de las exigencias procesales antes puntadas, excepción hecha de la cita de una sentencia de esta Sala de lo Social de Murcia pues la misma no es jurisprudencia, por lo que no puede servir para vertebrar un recurso de suplicación al amparo del artículo 193 c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

Pasando pues a resolver, lo que viene a decir el recurrente es que la empresa no hizo ninguna comprobación o actuación previa ni acreditación del estado de salud del trabajador y, además, la gonalgia que motivó la incapacidad temporal era compatible con otras actividades.

En cuanto a lo primero, tampoco se dijo nada de esto ni en la demanda ni en el acto del Juicio pero, además, tampoco se incardina jurídicamente por el recurrente la obligación empresarial de examinar el estado del trabajador en situación de incapacidad temporal, ni se dice como afectaría ello al Fallo de la sentencia de instancia.

Y por lo que se refiere a la compatibilidad de la gonalgia con las actividades que constan en el hecho probado Sexto, esta Sala, en sentencia de 29/11/2022, Recurso 531/2022. ECLI:ES:TSJMU:2022:2314, ha dicho que *"En relación con las actividades que el trabajador puede realizar durante la situación de Incapacidad Temporal, la doctrina jurisprudencial ha establecido dos categorías distintas: por un lado, aquellas que, por resultar incompatibles con el proceso patológico en que la baja laboral se ha fundado, evidencian la simulación del mismo y el propósito fraudulento con que su reconocimiento y efectos subsiguientes se han obtenido; y, por otro lado, aquellas que son incompatibles no con las disminuciones funcionales infligidas por los padecimientos indicados, sino con la eficacia de los tratamientos prescritos, retrasando o impidiendo el resultado de éstos y la recuperación del afectado con daño tanto de los intereses públicos del sistema de asistencial, como de los privados de su empleadora. Al respecto, es criterio jurisprudencial consolidado (así, las sentencias del Tribunal Supremo de 7 de julio de 1987 o 26 de enero de 1988, entre otras) que "no toda actividad desarrollada durante la situación de incapacidad laboral transitoria (actualmente incapacidad temporal) puede calificarse como conducta desleal sancionable con el **despido**, sino sólo aquella que, dotada de suficiente gravedad e intencionalidad y a la vista de las circunstancias concurrentes, en especial la índole de la enfermedad y las características de la ocupación, sea susceptible de perturbar la curación del trabajador o evidencia la aptitud laboral de éste, con la consiguiente simulación en perjuicio de la empresa". Se considera que la situación de*

*incapacidad temporal no impide al trabajador hacer vida normal o el desarrollo de actividades compatibles con el tratamiento médico que no perjudiquen o retrasen su curación".*

Descendiendo ya al caso que nos ocupa, la prueba que se lleva a cabo mediante la intervención de un investigador privado, acreditó, hecho probado Sexto que el recurrente, los días 2, 4, 11, 17 y 18 de marzo y 8 de abril, acudió a los citados locales, y permaneció en ellos durante al menos dos horas, en las que estuvo de pie y deambulando, dando instrucciones a las camareras, atendiendo a los clientes, sirviendo y cobrando consumiciones y **bailando** en momentos puntuales.

Conforme al hecho probado Tercero, el diagnóstico del proceso de incapacidad temporal iniciado el 16/7/2022 fue el de gonalgia. Este es el término médico que se utiliza para hacer referencia al dolor generalizado de **rodilla**. Este malestar puede deberse a muchos factores, por lo que esta palabra no hace referencia a una enfermedad, sino a un síntoma. Puede que este dolor se presente mientras se realiza actividad física, mejorando durante el reposo.

Si ello es así, y los hechos son los que acabamos de decir, nos parece, como le pareció al Juzgador de instancia, que el hecho de acudir a los locales de ocio que regentaba durante cinco días del mes de marzo de 2023 y un día del mes de abril permaneciendo en ellos más de dos horas, de pie, deambulando, dando instrucciones a las empleadas, atendiendo a los clientes, sirviendo, cobrando consumiciones y **bailando** en momentos puntuales, revela que la gonalgia no era limitante ni para esas actividades ni por lo trabajado habitual de peón de limpieza pues si el reposo es determinante para la recuperación de la salud, tal reposo no se observó por el trabajador, perjudicando su recuperación, las necesidades productivas de la empresa y hasta el propio sistema de Seguridad Social.

#### **En cuanto a la posible aplicación de la Ley 15/2022.**

Considera el recurrente que la situación de incapacidad temporal fue una excusa para despedirlo, siendo ello una persecución empresarial por la situación de baja médica, determinando ello una interpretación errónea del Juzgador del artículo 2.1 de la citada Ley.

El Juzgador resolvió este debate de forma adecuada en el Fundamento de Derecho Tercero al decir que "....el derecho vulnerado sería (de ser cierta tal alegación) el derecho a no sufrir discriminación, consagrado en el artículo 14 de la Constitución, en relación con el artículo 2.1 de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, que incluye, dentro de los factores que pueden determinar una situación de discriminación, "la enfermedad o condición de salud". En base a ello, la situación de incapacidad temporal del trabajador puede ser valorada como un indicio de discriminación; indicio que, según se establece en el artículo 4.2 de la misma Ley (en términos similares al artículo 181.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social), solo puede quedar desvirtuado mediante la aportación por la empresa de una justificación objetiva para su decisión, acreditando que responde a una finalidad legítima y constituye un medio adecuado, necesario y proporcionado para alcanzarla.

En el supuesto de autos, el demandante se encontraba en situación de incapacidad temporal desde el 16-07-2022 y esta situación, como ha quedado indicado, puede ser valorada como un indicio de discriminación por razón de "enfermedad o condición de salud". Ahora bien, como también se ha explicado en el párrafo anterior, la apreciación de tales indicios no implica que haya de considerarse probada la vulneración de derechos fundamentales, sino que únicamente provoca el desplazamiento hacia la empresa demandada de la carga de aportar una justificación objetiva y razonable de las medidas adoptadas (en este caso el **despido**) y de su proporcionalidad. Pues bien, en este caso, se considera acreditado que el **despido** disciplinario del trabajador está basado en hechos ciertos (sin perjuicio de la valoración de su trascendencia disciplinaria, que se abordará más adelante), ajenos al propósito de atentar contra sus derechos fundamentales, por lo que la pretensión de nulidad del **despido** será rechazada".

Añade la Sala que las reglas relativas a la carga de la prueba son las establecidas en el artículo 30 de la Ley 15/2022 conforme al cual, cuando la parte actora o el interesado alegue discriminación y aporte indicios fundados sobre su existencia, corresponderá a la parte demandada o a quien se impute la situación discriminatoria la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad.

En el caso que resolvemos no hay duda que la empresa acreditó de forma palmaria que su decisión disciplinaria extintiva de la relación laboral nada tenía que ver con un ánimo discriminatorio por el hecho de que el trabajador estuviera en situación de incapacidad temporal sino en el hecho de que, partiendo de esa situación incapacitante, se habían desarrollado actividades incompatibles con la misma que perjudicaban la recuperación de la capacidad funcional.





Todo ello nos lleva a la desestimación del recurso, quedando confirmada la sentencia de instancia al no haberse producido ninguno de los quebrantos normativos invocados.

QUINTO: Costas.

De conformidad con el artículo 235 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, en el presente caso no procede la imposición de costas.

## FALLO

En atención a todo lo expuesto, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia, por la autoridad que le confiere la Constitución, ha decidido:

Que con desestimación del Recurso de Suplicación formulado por el Letrado Don Fulgencio Pagán Martín-Portugués, en nombre y representación de Don Carlos Alberto, contra la Sentencia dictada el día 20/09/2023, por el Juzgado de lo Social nº 1 de Cartagena en el proceso 484/2023, debemos confirmar y confirmamos la misma. Sin costas.

Dese a los depósitos, si los hubiera, el destino legal.

Notifíquese esta sentencia a las partes y al Ministerio Fiscal de este Tribunal Superior de Justicia.

### ADVERTENCIAS LEGALES

Contra esta sentencia cabe Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, que necesariamente deberá prepararse por escrito firmado por Letrado dirigido al Servicio Común de Ordenación del Procedimiento (SCOP) y presentado dentro de los 10 días hábiles siguientes al de su notificación.

Además, si el recurrente hubiera sido condenado en la sentencia, deberá acompañar, al preparar el recurso, el justificante de haber ingreso en la cuenta de Depósitos y Consignaciones abierta en el Banco de Santander, S.A.

Dicho ingreso se podrá efectuar de dos formas:

- 1.- Presencialmente en cualquier oficina de Banco de Santander, S.A. ingresando el importe en la cuenta número: 3104-0000-66-0484-23.
- 2.- Mediante transferencia bancaria al siguiente número de cuenta de Banco de Santander, S.A.: ES55-0049-3569-9200-0500-1274, indicando la persona que hace el ingreso, beneficiario (Sala Social TSJ Murcia) y en el concepto de la transferencia se deberán consignar los siguientes dígitos: 3104-0000-66-0484-23.

En ambos casos, los ingresos se efectuarán a nombre de esta Sala el importe de la condena, o bien aval bancario en el que expresamente se haga constar la responsabilidad solidaria del avalista. Si la condena consistiese 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.

El recurrente deberá acreditar mediante resguardo entregado en la Secretaría del SCOP, al tiempo de la personación, la consignación de un depósito de seiscientos euros (600 euros), en la entidad de crédito Banco de Santander, S.A., cuenta corriente indicada anteriormente.

Están exceptuados de hacer todos estos ingresos las Entidades Públicas, quienes ya tengan expresamente reconocido el beneficio de justicia gratuita o litigase en razón a su condición de trabajador o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social (o como sucesores suyos), aunque si la recurrente fuese una Entidad Gestora y hubiese sido condenada al abono de una prestación de Seguridad Social de pago periódico, al anunciar el recurso deberá acompañar certificación acreditativa de que comienza el abono de la misma y que lo proseguirá puntualmente mientras dure su tramitación.

Una vez firme lo acordado, devuélvase las actuaciones al Juzgado de lo Social de origen para el oportuno cumplimiento.

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