



## SELECCIÓN DE JURISPRUDENCIA

(Del 16 al 30 de septiembre de 2024)

- Tribunal Supremo
- Tribunales Superiores de Justicia

### TRIBUNAL SUPREMO -GUÍA-

#### **Trabajador autónomo sin empleados a cargo que asume el servicio de limpieza de una comunidad de propietarios. No resulta aplicable la obligación de subrogación impuesta por convenio colectivo**

**Sucesión de contratas. Sector de servicios de limpieza en una urbanización en régimen de propiedad horizontal. Obligación de subrogación por parte del trabajador autónomo que adquiere la realización de dicho servicio y que no tiene trabajadores a su cargo. Improcedencia.**

En el caso analizado, el convenio colectivo de aplicación establece la obligación de que la empresa entrante se subrogue en la posición de la saliente respecto de los trabajadores adscritos a la actividad objeto de la contrata. Ahora bien, la aplicación de la subrogación convencional exige estar en el ámbito de aplicación del convenio que la impone, ya que, en todo caso, para que las correspondientes previsiones convencionales resulten aplicables, resultará preciso que los sujetos eventualmente afectados se encuentren sometidos a la disciplina del convenio que incluya la cláusula en cuestión. El Convenio Colectivo de limpieza de edificios y locales de la provincia de Málaga delimita en su artículo 1 el ámbito de aplicación, estableciendo que obliga por igual a todas las empresas cuya dedicación sea la actividad de limpieza de edificios y locales. Y, aunque el término empresa sea absolutamente equívoco y poco preciso, desde la perspectiva contractual que rige el ET, resulta claro que el mencionado convenio incluye en su ámbito de aplicación a los empresarios cuya actividad sea la de limpieza de edificios y locales. La definición que sobre «empresario» establece el artículo 1.2 del ET implica que empresario laboral es, simplemente, quien da empleo a otro en virtud de un contrato de trabajo, de forma que, en una relación de intercambio de trabajo y salario en régimen de subordinación, es empresario quien recibe la prestación de trabajo a cambio de una retribución. De ello se deduce que un trabajador autónomo no es empresario laboral si no tiene empleados. Mientras no sea titular, como empleador, de contrato de trabajo alguno, un autónomo-trabajador por cuenta propia no tiene la condición laboral de empresario. El convenio que examinamos (limpieza de edificios y locales de Málaga), al igual que el resto de los convenios colectivos, no resulta de aplicación a los trabajadores por cuenta propia o autónomos, salvo que estos tengan la condición de empresario laboral por tener trabajadores a su cargo, lo que no ocurre en el presente caso. Además, estamos ante una contrata de limpieza que ocupa 6 horas diarias, de lunes a viernes, excepto festivos nacionales o locales, a la que la empresa saliente destinaba un único trabajador (que además compartía la realización de tal actividad con otra contrata) y que, a la finalización de un contrato mercantil, ha sido adjudicada por la principal a un trabajador por cuenta propia que realiza su actividad personalmente, al que se situaría fuera del mercado si se considerase que le resulta aplicable una previsión convencional como la examinada en un supuesto de sucesión de contratas en el que no se han transmitido elementos patrimoniales y en los que la mano de obra ajena no resulta necesaria ante la realización exclusiva personal y directa del objeto de la contrata por el trabajador autónomo.

(STS, Sala de lo Social, de 9 de julio de 2024, rec. núm. 849/2023)

## En el ejercicio acumulado del permiso de lactancia los trabajadores a tiempo parcial disponen de más días de permiso que los trabajadores a tiempo completo

**Conflicto colectivo. Permiso por lactancia. Acumulación en jornadas completas. Trabajadores a tiempo parcial. Convenio Colectivo estatal de Restauración Colectiva. Empresa que otorga el mismo número de días acumulados por lactancia a los trabajadores a tiempo completo y a los trabajadores a tiempo parcial, sin tener en cuenta la jornada diaria, mediante la práctica consistente en dividir el número de días laborables que restan hasta que el menor cumpla 9 meses por las 8 horas correspondientes a una jornada ordinaria, otorgando el mismo número de jornadas acumuladas a las dos categorías de trabajadores.**

De acuerdo con la jurisprudencia de esta Sala ([STS de 19 de abril de 2018, rec. núm. 1286/2016](#)), la acumulación en jornadas completas debe obtenerse acudiendo a una hora de ausencia del puesto de trabajo a que se refiere el primer párrafo del artículo 37.4 del ET, que no a la media hora de reducción de jornada que contempla como opción alternativa el párrafo segundo de ese mismo precepto. Por otro lado, la correcta interpretación de lo dispuesto en el artículo 37.4 del ET pasa por entender que el derecho a ausentarse una hora del puesto de trabajo debe aplicarse exactamente por igual a todos los trabajadores que solicitan el permiso de lactancia, ya sean a tiempo completo o parcial, sin que quepa una reducción proporcional a la menor duración de la jornada de los trabajadores a tiempo parcial. El precepto legal no contempla ninguna distinción a estos efectos en función de la mayor o menor duración de la jornada. Esto es así dado que las necesidades nutricionales que requiere la crianza de un menor de 9 meses son, obviamente, las mismas, cualquiera que sea la jornada de trabajo de sus progenitores. Estamos ante un permiso retribuido ciertamente peculiar, en la medida en que su total duración, en número de horas de trabajo, es exactamente la misma para los trabajadores a tiempo completo y a tiempo parcial, sin que para estos últimos se vea reducido proporcionalmente a la menor duración de su jornada. Así, la determinación exacta del número de días laborables que corresponde al ejercicio acumulado del permiso de lactancia debe calcularse a razón de la hora diaria de trabajo en la que el permiso consiste. Si los trabajadores a tiempo parcial tienen derecho a una hora de ausencia del puesto de trabajo, su acumulación en días completos de trabajo debe necesariamente sujetarse a ese mismo parámetro cuantitativo, de tal forma que bajo esa modalidad de ejercicio del permiso acaben finalmente disponiendo del mismo número total de horas que les hubiere correspondido de haberlo disfrutado diariamente. En consecuencia, la fórmula que debe utilizarse para cuantificar los días laborables acumulados de permiso es la de dividir el número total de días laborables que restan hasta la fecha en la que el menor cumple los 9 meses –o la mayor edad que, en su caso, pueda fijar el convenio–, por las horas de trabajo que se corresponden con la jornada de la persona trabajadora. La cifra resultante de esa división será el número de días laborables acumulados que deben reconocerse al trabajador que opta por activar esa modalidad. Con la alternativa sustitutoria de acumular el permiso, no se persigue que todos los trabajadores dispongan del mismo número de jornadas acumuladas de libranza, sino que puedan disfrutar acumuladamente de la totalidad de las horas de trabajo efectivo que les corresponden como permiso de lactancia.

([STS, Sala de lo Social, de 21 de noviembre de 2023, rec. núm. 2978/2022](#))

## La designación por mayoría (sin proporcionalidad) de los miembros del comité de seguridad y salud llevada a cabo por el comité de empresa no es contraria a la ley

**Tutela de los derechos de libertad sindical y demás derechos fundamentales. Telefónica de España, SAU. Comité de Seguridad y Salud Laboral (CSSL). Designación de los delegados de prevención por el comité de empresa. Utilización del sistema de mayorías (sin proporcionalidad).**

El CSSL no es órgano de representación unitaria. En cambio, por la finalidad que persigue tiene funciones técnicas, de asesoramiento y consulta. La regulación legal del CSSL y de los delegados de prevención no exige que se respete el principio de proporcionalidad entre las fuerzas sindicales que, en su caso, han concurrido a las elecciones para representantes unitarios. En el caso analizado, aunque el artículo 190 del II Convenio de Telefónica atribuye al Comité de Empresa la competencia para designar a quienes formen parte del Comité Provincial de Seguridad y Salud «en la proporción correspondiente», no se deriva de





esa locución una consecuencia tan relevante como la de alterar las exigencias legales sobre el sistema de designación de los propios delegados de prevención e integrantes de los CSSL. Más bien parece tratarse de una concordancia con la escalilla que sobre el número de ellos recoge el artículo 35 de la LPRL. La proporción, por tanto, puede entenderse referida al número de personas designadas a la vista de las que prestan su actividad en la empresa, con la peculiaridad de que el convenio opta por un modelo provincial, en concordancia con el ámbito que el ET contempla para determinar el de la representatividad. Su redacción no parece imponer una única forma, sino que establece un criterio basado en la proporcionalidad, pero con ello no niega que se pueda acudir a otros. Por ejemplo, eligiendo a las personas idóneas y por acuerdo mayoritario cuando no haya unanimidad. Que en otros tiempos (2003 y 2007) el comité provincial hubiera adoptado sus acuerdos por unanimidad y observado cierta proporcionalidad en la designación de los delegados de prevención no empece lo anterior. Probablemente sea una mejor fórmula para conciliar la importante relevancia de las funciones (no solo representativas) que debe asumir un sindicato implantado en la empresa con la confianza depositada en él por el cuerpo electoral. Pero eso no puede comportar la conclusión de que se vulnera la libertad sindical cuando se actúa como en el presente caso. Por tanto, la designación por mayoría de los miembros del Comité de Seguridad y Salud llevada a cabo por el Comité de Empresa de Telefónica en la provincia de Pontevedra no puede ser tildada de manifiestamente contraria a la ley, ni de claramente arbitraria e injustificada. Por el contrario, la misma tiene apoyo en una reiterada doctrina jurisprudencial y responde al carácter técnico de los Comités de Seguridad y Salud. El hecho de que la norma convencional utilice la expresión «en la proporción correspondiente» no obsta a tal conclusión, al tratarse de una expresión que admite distintas interpretaciones. Luego la opción por una de las posibles interpretaciones nunca puede considerarse como actuación claramente injustificada y arbitraria.

(STS, Sala de lo Social, de 9 de julio de 2024, rec. núm. 208/2022)

## El complemento a mínimos se aplica a la pensión de incapacidad permanente total derivada de accidente no laboral, y ello aunque el artículo 196.2 de la LGSS solo lo contemple respecto de la enfermedad común

**Incapacidad permanente total (IPT) derivada de accidente no laboral (ANL). Complemento a mínimos.**

El artículo 196.2 de la LGSS solo contempla el complemento respecto de la enfermedad común y no del ANL. Esta circunstancia, junto con el hecho de que son distintos los requisitos de acceso (en el ANL no se exige acreditar ningún tipo de cotización) y diferente el cálculo de la base reguladora, podría abocar al entendimiento de que ese tratamiento especial y la ausencia de mención en aquel artículo 196.2 de la LGSS vedarían el acceso al complemento a mínimos cuando el origen de la contingencia hubiera sido un ANL. Sin embargo, no puede pasarse por alto el contenido del artículo 59 del mismo texto legal, atinente a los complementos para pensiones inferiores a la mínima, precepto que no contempla exclusión alguna de aquellos supuestos en los que se trata de titulares de IPT menores de 60 años derivada de ANL. La condición subjetiva, por tanto, se circunscribe a ser beneficiario de pensión contributiva del sistema. Además, no hay que olvidar que los complementos a mínimos son prestaciones de naturaleza eminentemente asistencial y complementaria de las pensiones contributivas, respecto de las que mantiene una clara autonomía (conceptual y jurídica), siquiera guarden con ella íntima conexión genérica y funcional. En idéntica situación de vulnerabilidad puede encontrarse un beneficiario de una IPT derivada de enfermedad común, que quien lo es de una IPT dimanante de un ANL. Ambos supuestos se incardinan en el mismo tronco común de contingencias comunes, como contrapuestas a las profesionales, y las particularidades en la cotización o en las bases reguladoras no alcanzan a excepcionar la regla establecida en aquel artículo 59 de la LGSS. Regla que ninguna salvedad ni diferenciación integra desde el plano de las eventuales clases de contingencias comunes. Tampoco la remisión operada en el transcrito artículo 196.2 de la LGSS al importe mínimo fijado anualmente en la Ley de Presupuestos Generales del Estado –para la pensión de IPT derivada de enfermedad común de titulares menores de 60 años con cónyuge no a cargo– cabe interpretarla como la erradicación o una prohibición de acceso al complemento de la prestación cuando se trate de una pensión de IPT derivada de ANL, sino un simple reenvío en orden a fijar el límite y la cuantía de la pensión.

(STS, Sala de lo Social, de 10 de julio de 2024, rec. núm. 3371/2021)

## La prestación por cese de actividad de los trabajadores autónomos del artículo 9 del Real Decreto-Ley 24/2020 es incompatible con el trabajo por cuenta ajena

**Prestación por cese de actividad prevista en el artículo 9 del Real Decreto-Ley 24/2020. Compatibilidad con el trabajo por cuenta ajena.**

Con independencia de la denominación que se le otorgue a esta prestación (extraordinaria o especial), el hecho de que se regulen medidas excepcionales en el contexto de una situación de pandemia no implica la creación de una prestación autónoma con respecto a la regulación de la LGSS, quedando justificada una remisión a la regulación general ante el silencio de la norma especial en algunos extremos, regulación que debe considerarse común supletoriamente a dicha normativa de emergencia. El reenvío a la LGSS operada por el legislador en el RDL 24/2020 que contempla la prestación por cese de actividad lo fue respecto del elenco de requisitos para poder obtener la prestación postulada (art. 330.1 a), b) y d) LGSS), es decir, no exige al solicitante el cumplimiento de todas las establecidas para la protección por el cese, sino que las flexibiliza a fin de facilitar el acceso a ella, en razón a la especial situación derivada de la pandemia. Pero en ningún caso matiza ni neutraliza los requisitos atinentes a las incompatibilidades que la propia LGSS dispone. La expresa referencia en el RDL 30/2020 –norma que sigue cronológica y sistemáticamente al RDL 24/2020– a la posibilidad de compatibilizar con limitaciones concretas la prestación con el trabajo por cuenta ajena, muestra la diferencia con esta última disposición citada, así como la voluntad del legislador de incorporar un derecho más con la nueva ley a partir de ese momento (el derecho a compatibilizar con determinados requisitos) que se separa de la regulación general que a este respecto contiene el artículo 342.1 de la LGSS. Esta normativa posterior recoge de forma explícita esa concreta compatibilidad, lo que aboga la interpretación de que la omisión de este extremo en la regulación previa se reconducía a la aplicación de la normativa general de la prestación, con la exclusiva salvedad atinente a los requisitos exigibles para el acceso. En el caso analizado la actora, al hallarse prestando servicios por cuenta ajena, no resulta acreedora del derecho a la prestación por cese de actividad que postula, ya que el RDL 24/2020 establece una remisión implícita a la regulación de la prestación en la LGSS que la completa y, en particular, al régimen de incompatibilidades que diseña, circunstancia que corroboran las posteriores disposiciones aperturando la compatibilidad en determinados supuestos.

(STS, Sala de lo Social, de 10 de julio de 2024, rec. núm. 3484/2022)

## Beneficiario del subsidio de desempleo para mayores de 52 años que recibe una herencia y lo comunica al SEPE. ¿Cómo afecta al requisito de carencia de rentas?

**Subsidio para mayores de 52 años. Requisito de carencia de rentas. Beneficiario que recibe por herencia el pleno dominio de 1/6 de un inmueble, valorado en 120.000 euros, más dinero en efectivo en la cantidad de 3.222,22 euros. Comunicación al SEPE.**

Cuando el beneficiario del subsidio asistencial por desempleo comunica al SEPE la obtención de rentas que exceden del límite legal, hay que diferenciar los siguientes supuestos: A) Rentas periódicas que superan el 75 % del SMI, excluida la parte proporcional de las pagas extra. Cuando el beneficiario percibe esas rentas periódicas durante 12 meses o más se extingue el subsidio. Si el beneficiario percibe esas rentas periódicas durante menos de 12 meses se suspende el subsidio. B) Renta no periódica a tanto alzado (herencia, donación, premio...). Cuando el beneficiario percibe una cantidad de dinero a tanto alzado cuya cuantía es tan elevada que le permite obtener unas rentas periódicas que superen el 75 % del SMI, excluida la parte proporcional de las pagas extras, se extingue el subsidio. Para ello, se calculará su rendimiento presunto, aplicándole el interés legal. Si el beneficiario percibe una cantidad de dinero a tanto alzado cuya cuantía no le permite obtener unas rentas periódicas que superen el 75 % del SMI, excluida la parte proporcional de las pagas extra, se suspende el subsidio durante el periodo de tiempo en que ese ingreso le ha permitido subvenir sus necesidades, lo que hace innecesario el abono del subsidio. En la presente litis, la demandante percibió 3.222,22 euros, equivalentes a cinco meses del límite de rentas exigido para el subsidio por desempleo: el 75 % del SMI del año 2018 sin pagas extra. Por tanto, el subsidio por desempleo deberá suspenderse durante ese plazo. En el caso de que se tratara de patrimonio no pecuniario (por ejemplo, un inmueble), el beneficiario no dispone de una cantidad de dinero para afrontar sus necesidades vitales, por lo que se tendrá en cuenta el rendimiento presunto del bien, aplicándole el interés legal.

(STS, Sala de lo Social, de 11 de julio de 2024, rec. núm. 3671/2021)

## Subsidio para mayores de 52 años. Exige la inscripción ininterrumpida como demandante de empleo desde el agotamiento de la prestación de desempleo

**Subsidio para mayores de 52 años. Determinación desde cuándo se debe cumplir el requisito de inscripción ininterrumpida como demandante de empleo.**

La legislación anterior exigía tener ya la edad de 55 años cuando se producía la situación jurídica que da derecho al subsidio, de tal forma que solo era posible su percepción cuando la situación de necesidad protegida se generaba una vez cumplida esa edad. La nueva normativa amplía el derecho a quienes no han cumplido la edad de 52 años cuando se presenta la situación de necesidad, pero con la condición de que se mantengan ininterrumpidamente inscritos como demandantes de empleo hasta la fecha en la que cumplan esa edad y puedan solicitar entonces el subsidio. La exigencia de inscripción ininterrumpida como demandante de empleo no está por consiguiente referenciada al momento en el que se alcanza la edad de 52 años, sino al nacimiento de la situación protegida en la que debe encontrarse el trabajador para acceder posteriormente al subsidio para mayores de 52 años al cumplir esa edad. Así se desprende de la propia literalidad de la norma. Ninguna lógica tiene que la fecha pudiese estar referida al cumplimiento de la edad de 52 años, cuando esa es precisamente la que determina el nacimiento del derecho a percibir el subsidio. La finalidad del subsidio es la de amparar las situaciones de desprotección de quienes buscan empleo y no encuentran colocación antes de alcanzar los 52 años. No la de quienes voluntariamente se apartan del mundo laboral sin tan siquiera buscar empleo, y pretenden percibir el subsidio al cumplir los 52 años. Acoger la tesis de la parte actora supondría que el subsidio por desempleo para mayores de 52 años se reconocería a personas que agotaron la última prestación o subsidio por desempleo muchos años antes de cumplir 52 años, sin que constase su interés por trabajar mediante la inscripción ininterrumpida como demandante de empleo.

(STS, Sala de lo Social, de 9 de julio de 2024, rec. núm. 3161/2021)

### TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA –GUÍA–

## Permiso parental: salvo solapamiento con el otro progenitor, su fijación le corresponde a la persona trabajadora sin necesidad del consentimiento empresarial

**Derecho a la conciliación personal y familiar. Derecho a la igualdad y a la no discriminación. Permiso parental. Trabajador que solicitó un permiso parental sin derecho al salario de 4 semanas, teniendo a su cargo en ese momento dos hijas menores, una de 7 y otra de 10 años, el cual ve concedida su petición solo parcialmente, ajustando la empresa verbalmente la duración del permiso a 2 semanas, siendo denegado el resto. Petición de diferimiento de las 2 semanas restantes en la demanda en un periodo tal que apuntaba a inejecutable por los plazos en que se tenía que sustanciar el proceso.**

Debe observarse que el régimen jurídico del permiso parental ex artículo 48 bis del ET no resulta parangonable con los derechos de conciliación regulados en el artículo 34.8 del ET, no pudiéndose establecer mimetismos como pretende la empresa impugnante, pues en este último caso el trabajador continúa activo en la prestación de servicios, consistiendo el derecho conciliatorio en obtener una adaptación en la duración y distribución de su jornada, lo que podría repercutir y alterar la organización del proceso productivo, facultad que –como regla general– es titularidad del empresario, dato que justifica que en el artículo 34.8 del ET se tomen en consideración las necesidades organizativas y productivas de la empresa. En otras palabras, parece lógico y razonable que en el caso regulado del artículo 34.8 del ET el legislador prevea la necesidad de ponderar los intereses del empresario junto a los derechos de conciliación de la persona empleada a fin de concretar la adaptación de jornada solicitada. Sin embargo, en el supuesto del permiso parental ex artículo 48 bis del ET, igual que sucede con el permiso parental ex artículo 48.4 del ET –nacimiento y cuidado de menor–, conlleva la suspensión del contrato laboral y la baja temporal en la prestación de servicios, sin que su disfrute comporte modificar la organización productiva establecida por el empresario, el cual, si es necesario, tan solo deberá





proveer la sustitución del trabajador de baja temporal. Precisamente, en previsión de la eventual necesidad de cubrir la baja, constituye requisito para el ejercicio del permiso parental que la persona trabajadora preavise al empleador con una antelación de 10 días, salvo fuerza mayor, de tal forma que la empresa pueda prever la correspondiente sustitución. Por tanto, no es equiparable el régimen jurídico para la concesión de la adaptación de jornada por razón de conciliación del artículo 34.8 del ET con el permiso parental del artículo 48 bis del ET, de lo que se deduce que, en el caso, la empresa no dispone del derecho a modificar los extremos del permiso parental en los términos establecidos en el último párrafo del apartado 2 del artículo 48 bis del ET, dado que aquí no se solapan los permisos parentales de los dos progenitores, lo cual hubiera podido desembocar en la posibilidad de aplazamiento justificado de la concesión del permiso. La empresa demandada infringió el artículo 48 bis del ET, resultando totalmente injustificada la negativa a la concesión del permiso interesado en toda su duración. **Dimensión constitucional del derecho.** La estrecha vinculación de los derechos conciliatorios –art. 39 CE– con los principios constitucionales de igualdad y no discriminación conducen a concluir que la denegación injustificada de derechos de conciliación, también en el supuesto de que el sujeto agraviado resulte ser varón, supone una abierta infracción del derecho fundamental a no sufrir discriminación por razón de sexo o de cualquier otra condición o circunstancia personal. Ello conduce a declarar que la decisión denegatoria empresarial es nula de pleno derecho. **Indemnizaciones derivadas de la denegación ilícita del permiso parental.** Al importe que pudiera reconocerse por daño moral, debe agregarse otra partida resarcitoria por el daño patrimonial irrogado al trabajador demandante y que deriva del retardo injustificado del disfrute del permiso, retardo que finalmente se traduce en imposibilidad de goce del permiso en el último periodo solicitado, con las cargas personales y patrimoniales que de ello derivan. A los dos conceptos indemnizatorios anteriores, debe agregarse –por imperativo de la norma legal– un tercer concepto que compensa la ineffectividad e inejecutabilidad del derecho reconocido. Debe estimarse como adecuada la cuantía peticionada, y que englobaría los tres conceptos indicados, de 20.000 euros. **Admisibilidad del recurso de suplicación.** Debe confirmarse la admisión del recurso de suplicación a los efectos de revisar si la negativa al disfrute del permiso parental del artículo 48 bis del ET conculca no tan solo dicho precepto estatutario sino también el artículo 14 de la CE. Además, imperativamente también debe ser admitido a los efectos de calibrar la eventual indemnización reclamada por daños y perjuicios derivados de la denegación supuestamente ilícita del permiso parental.

(STSJ de Cataluña, Sala de lo Social, de 26 de abril de 2024, rec. núm. 7066/2023)

## El insulto al empresario en un grupo de WhatsApp del que solo forman parte compañeros de trabajo de forma privada no justifica el despido

**Despido disciplinario. Ofensas verbales. Garantía de indemnidad. Derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones. Derecho a la protección de datos. Nulidad o improcedencia del despido.** Trabajadoras que crearon un grupo de WhatsApp con ocasión de una comunicación dirigida al empresario, en la que reclamaban un derecho del que se creían asistidas –no prestar servicios los días 24 y 31 de diciembre– y en el que participaban únicamente aquellas que reivindicaban ese derecho. Expresiones insultantes o vejatorias vertidas en las conversaciones mantenidas y a las que tuvo acceso el empresario por el volcado voluntario de una de las integrantes.

El hecho de que las ofensas no hayan sido proferidas directamente al empresario deviene determinante para la calificación de la improcedencia. En puridad, no pueden considerarse ni insultos ni ofensas por cuanto no se dirigieron al empresario ni debieron ser conocidas por el mismo. El insulto u ofensa grave dirigida por el trabajador al empresario justifica, como regla general, el despido disciplinario, pero el referirse al empresario, en los mismos términos, en una conversación privada y «cerrada», con expectativa de intimidad, entre compañeras de trabajo que están en conflicto con el empresario, no. Este hecho debiera haber impedido la imputabilidad de las trabajadoras para justificar el despido disciplinario impugnado por las siguientes razones: en primer lugar, por cuanto los hechos fueron conocidos por el empresario con vulneración del artículo 18 de la CE, con infracción de la garantía fundamental al secreto de las comunicaciones ex artículo 18.3 de la CE o, alternativamente, de la expectativa de intimidad –sino secreto– en las conversaciones entre las integrantes del grupo de WhatsApp. No comparte la Sala, por ello, el razonamiento de la jueza de instancia, admitiendo como prueba lícita el acta notarial que recoge el volcado íntegro de las conversaciones efectuado





desde el móvil que utilizaba la trabajadora participante que voluntariamente se lo facilitó al empresario. En todo caso, el hecho de que dicha trabajadora fuera participante del grupo no la legitimaba para transmitir el íntegro contenido de las conversaciones en dicho chat al empresario, ni legitima la validez de dicho conocimiento por el mismo ni, menos aún, la utilización con fines disciplinarios de la información obtenida. Es más, las expresiones que se profirieron a través del WhatsApp en ningún caso pueden justificar la procedencia del despido, por groseras, injustas, insultantes o incluso discriminatorias que puedan ser, ya que nunca debieron ser conocidas por el empresario. Ha de advertirse, además, de que tal transmisión de información ha lesionado, también, el derecho fundamental a la protección de los datos personales, al comportar el conocimiento –sin autorización de las partes implicadas– de la identidad de las reivindicantes. Se confirma la declaración de improcedencia de los despidos impugnados. Garantía de indemnidad. Se descarta el móvil represivo por cuanto no todas las participantes en la reivindicación fueron despedidas, sino que únicamente lo fueron aquellas que se expresaron en términos insultantes en el grupo de WhatsApp. No se entra a valorar la pluricausalidad de los despidos, al no haberse invocado por las trabajadoras ni haberlo entendido así la jueza de instancia, si bien se podría haber alcanzado conclusión distinta por la Sala de haberse planteado, ante la necesidad de alcanzar por el órgano judicial, en ese caso, la plena convicción de que el móvil del despido fue estrictamente el disciplinario y no el móvil represivo.

(STSJ de las Islas Baleares, Sala de lo Social, de 23 de abril de 2024, rec. núm. 581/2023)

## El control de convencionalidad permite el desplazamiento de la normativa interna, pero no su integración: nuevamente a propósito del artículo 7 del Convenio 158 de la OIT

**Despido disciplinario. Improcedencia por motivos de forma. Requisito de audiencia previa al trabajador contemplado en el artículo 7 del Convenio 158 de la OIT. Trabajador que, prestando servicios en una empresa de inspección técnica de vehículos, comete una infracción muy grave al emitir certificado favorable a un vehículo que claramente no reunía las condiciones para ello. Declaración por la sentencia de instancia de la improcedencia del despido, aun corroborando los motivos de fondo, ante la apreciación de la aplicación directa y prevalente del referido precepto internacional.**

El ET no exige dar audiencia previa a un trabajador que no ostenta la condición de representante legal de los trabajadores, ni sindical, ni que esté afiliado a un sindicato, o que el convenio colectivo así lo considere, por ello, la empresa ha cumplido en el presente caso con las exigencias de la legislación interna e internacional mediante la entrega de la carta de despido, sin que se haya generado indefensión alguna. El artículo 7 del Convenio 158 de la OIT no es del todo claro, pues no resulta fácil concretar en qué debe consistir la «posibilidad de defenderse de los cargos formulados», esto es, si debe hacerse dándole audiencia escrita o verbal al trabajador, por cuánto tiempo, por medio de un pliego de cargos o mediante la apertura de expediente contradictorio o haciendo uso de cualquier otro sistema que garantice la defensa, si puede o no proponer prueba, etc., ni en qué supuestos opera la excepción, de acuerdo con la cual «no puede pedirse razonablemente al empleador que le conceda» esa posibilidad. No estando definido el supuesto de hecho, la consecuencia jurídica es aún más incierta. Para que el despido fuera improcedente debería concretarse en una expresa precisión legal al respecto, que hoy en día no existe. La consecuencia de la aplicación del control de convencionalidad es el desplazamiento, no la integración, de manera que no parece que sea posible integrar el contenido del artículo 7 del Convenio 158 de la OIT en el artículo 55.1 del ET para que se beneficie de la improcedencia recogida en el apartado 4. Consecuencia lógica de ello es que, para que sea directamente aplicable –dejando al margen el requerimiento de desarrollo normativo nacional recogido en su art. 1–, el Convenio de la OIT tendría que recoger tanto el supuesto de hecho como la consecuencia jurídica, algo que no ocurre. A mayor abundamiento, la existencia de conflicto entre normas que dé pie a la aplicación del control de convencionalidad es cuestionable, pues parece difícil hablar de conflicto –como requiere el art. 31 de la Ley 25/2014– entre una norma internacional y la falta de regulación de esa cuestión en el derecho nacional. Se revoca la sentencia de instancia y se declara la procedencia del despido.

(STSJ de Cataluña, Sala de lo Social, de 4 de julio de 2024, rec. núm. 3853/2023)

## Cefalea crónica pos-COVID. Es determinante de incapacidad permanente absoluta en cualquier profesión

Incapacidad permanente absoluta. Diseñadora gráfica. Trabajadora que padece cefalea crónica pos-COVID de perfil tensional y frecuencia diaria, refractaria a cualquier tratamiento.

En el caso analizado, la afectada sufre, además, trastorno adaptativo mixto reactivo y déficit cognitivo tras la infección por COVID con dificultades a nivel atencional, déficit leve en reconocimiento de memoria verbal y déficits moderados en memoria verbal diferida y evocación categorial semántica. Limitación para actividades de elevada responsabilidad o carga de estrés, tareas que precisen atención y concentración elevada y para muy elevados requerimientos de carga física. Debe estimarse que la actora está incapacitada para su profesión habitual (diseñadora de gráficos y multimedia), al precisar esta de determinados niveles de atención y concentración, así como el uso de pantallas a lo largo de su jornada laboral, incompatibles con las dolencias descritas. No solo eso, la presencia de cefaleas continuas y diarias hace ilusorio un desempeño ordinario y habitual, con rendimiento adecuado y sin sacrificios extraordinarios, de cualquier profesión, que debería ejercitarse en condiciones de malestar y dolor casi permanente. No puede decirse, por tanto, que la juzgadora ha incurrido en error cuando ha reconocido a la demandante la incapacidad permanente absoluta. Procede el abono de una pensión equivalente al 100 % de su base reguladora de 1.889,92 euros.

(STSJ de Castilla y León/Burgos, Sala de lo Social, de 24 de julio de 2024, rec. núm. 379/2024)