



CIRCULAR LABORAL 3/2019

4 de febrero de 2019

## **RESUMEN SENTENCIAS RELEVANTES JURISDICCIÓN SOCIAL: FEBRERO 2019.**

---

### **1. TRIBUNAL SUPREMO.**

#### **El Supremo confirma que es laboral el accidente al salir de la oficina en la pausa del café.**

Debe calificarse la situación como derivada de accidente de trabajo, pero no porque sea accidente in itinere, o porque sea aplicable la presunción de laboralidad del artículo 115.3 de la LGSS, sino porque el accidente se produjo con ocasión del trabajo (art. 115.1 LGSS).

En el presente caso, es indudablemente aplicable la teoría denominada de la "*ocasionalidad relevante*", caracterizada por una circunstancia negativa y otra positiva. La primera es que los elementos generadores del accidente no son específicos o inherentes al trabajo y la positiva es que o bien el trabajo o bien las actividades normales de la vida del trabajo hayan sido condición sin la que no se hubiese producido el evento.

El trabajador se accidentó cuando salió de la empresa dirigiéndose a tomar un café dentro del tiempo legalmente previsto como de trabajo de quince minutos por tratarse de jornada superior a seis horas, habitualmente utilizado para una pausa para desayunar, como actividad habitual, social y normal en el mundo del trabajo (primer elemento), ahora bien, el trabajo es la condición sin la cual no se hubiera producido el evento (segundo elemento). El nexo de causalidad nunca se ha roto, porque la pausa era necesaria, y la utilización de los quince minutos de la misma por el trabajador se produjo con criterios de total normalidad.

**Tribunal Supremo, Sala de lo Social, Sentencia de 13 de diciembre de 2018, rec. nº 398/2017.**

## 2. TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID.

### **Permisos retribuidos excepcionales: atender a la esposa enferma es un deber y un derecho del trabajador.**

Confirma el TSJ la obligación de la Comunidad de Madrid de conceder a un auxiliar administrativo que presta sus servicios en la Consejería de Sanidad el permiso excepcional previsto en el Convenio colectivo para el cuidado de un familiar y a abonarle la cantidad de 6.814,76 euros, por la excedencia sin sueldo que tuvo que solicitar por la indebida denegación del permiso.

La previsión que respecto a este permiso excepcional contempla el Convenio exige que la atención requerida por el familiar del empleado no pueda ser atendida por otra persona o institución, siempre que se hayan agotado previamente los días de permiso por enfermedad.

En el caso, la esposa del trabajador sufrió un traumatismo craneocervical y cuando fue dada de alta presentaba deterioro de su movilidad física y de ambulación, precisando ayuda para las actividades básicas e instrumentales de la vida diaria y para los desplazamientos y sin que conste una tercera persona que pudiera prestarla, pues el matrimonio no tiene hijos mayores.

Esta es una situación verdaderamente excepcional, es decir, que se aparta de lo ordinario y, además, cumple los presupuestos para acogerse al permiso. El trabajador, como cónyuge, es el obligado a atenderla, moral y legalmente, y a cuidarla en los actos más esenciales de la vida por un elemental deber de solidaridad humana. En la realidad social de nuestros días es un valor en alza el de la conciliación de la vida personal, laboral y familiar, debiendo los cónyuges respetarse y ayudarse mutuamente y actuar en interés de la familia. Es decir, para la Sala cuidar de la esposa enferma no es sólo un deber, sino un derecho.

Se da, además, la circunstancia de que el trabajador ya había agotado todos los permisos posibles tan es así, que se ha visto obligado, precisamente ante la denegación injustificada del permiso excepcional, a solicitar una excedencia, sin cobrar sueldo, con reserva de puesto de trabajo. Este hecho refuerza aún más, desde un punto de vista lógico, el dato de que no existía persona o institución próxima que pudiera encargarse del cuidado de su mujer. La situación familiar expuesta merece ser amparada con la concesión del permiso excepcional pues de otro modo su mera previsión en el Convenio sería ilusoria. Por último, comparte también el Tribunal la apreciación hecha por el Juzgador de instancia en cuanto a que el Convenio no exige un previo informe del Comité de Empresa para la concesión o denegación de esta licencia excepcional, sino únicamente para determinar la duración de la prórroga.

**TSJ Madrid, Sala de lo Social, Sentencia 793/2018, 21 Sep. Rec. 252/2018.**

### 3. TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA.

#### Utilización de WhatsApp y despido disciplinario.

Una única infracción puede llegar a justificar la declaración de procedencia del despido si los hechos son lo suficientemente graves. Un ejemplo es esta reciente sentencia del TSJ de Cataluña en la que ratifica la declaración de procedencia del despido de un trabajador (conductor de autobús) que en un trayecto hizo uso de forma continuada de su teléfono móvil, empleando la mano izquierda para escribir en el servicio de mensajería WhatsApp, y manejando el volante con la mano.

Concretamente, este conductor durante el trayecto Barcelona a Castellón, hizo uso reiterado y continuadamente de su teléfono móvil, empleando la mano izquierda para escribir en el servicio de mensajería WhatsApp, y manejando el volante con la mano derecha.

Este comportamiento fue observado por una de las pasajeras del autobús, que viajaba en el asiento situado inmediatamente detrás del conductor. Dicha pasajera formuló una queja a través de la web de la compañía. Ante estos hechos, la empresa procedió a comunicar al trabajador su despido disciplinario.

Tanto el Juzgado de lo Social como el TSJ de Cataluña determinan la declaración de procedencia del despido al entender que han quedado probado los hechos y que éstos son lo suficientemente graves como para justificar el despido. Cabe señalar que la pasajera que formuló la queja aportó una fotografía y unas locuciones grabadas con su móvil que se correspondían con las instrucciones que deben dar los conductores al pasaje a través de la megafonía del vehículo y así consta en la afirmación que la pasajera realiza en un mail remitido al perito que dice: “le envió la foto donde se ve la parte superior de la cabeza del conductor porque el resto lo llevaba detrás de la toalla. Y los audios de WhatsApp donde explicaba las normas del Autobús. Gracias”.

A pesar de que la defensa del trabajador entendía que las pruebas aportadas para justificar el despido no eran suficientes, no lo entienden así ni el Juzgado de lo Social, ni tampoco el TSJ. En este sentido, en su sentencia, el TSJ deja claro que *“de los hechos imputados al trabajador que obran en el relato fáctico se desprende una negligencia especialmente grave en el actuar del trabajador que evidencia un quebrantamiento de los elementales deberes de fidelidad y buena fe que se aducen para su despido”*. Y dichos hechos son lo suficientemente graves como para declarar la procedencia del despido.

**TSJ de Cataluña, Sala de lo Social, Sentencia de 6 de noviembre de 2018, rec. 301/2018.**

#### **4. TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD VALENCIANA.**

**Es factible que la empresa se retracte del despido comunicado antes de la fecha de efectos de la carta extintiva.**

En la medida en que uno de los efectos de la declaración de improcedencia del despido es la posibilidad de que el empresario opte por la readmisión del trabajador, en pro del mantenimiento de la relación de trabajo, admite la Sala la retractación por parte del empresario de su decisión extintiva mientras el vínculo sigue vivo, esto es, durante el tiempo de preaviso.

La retractación del despido realizada por la empresa con anterioridad a la efectividad del despido es válida y surte efectos frente al trabajador, aunque como en el caso, éste recibiera la transferencia de la indemnización antes de la fecha de efectos del despido porque siguió prestando servicios hasta la fecha final y si dejó de acudir a la empresa fue por voluntad propia ya que el empresario le había comunicado la retractación.

En el caso, el juego de fechas lleva a la Sala a confirmar la condena impuesta en la instancia al trabajador a devolver lo recibido en concepto de indemnización por despido porque éste no llegó a tener lugar por efecto de la retractación comunicada por el empresario.

Una vez comunicado el despido objetivo por causas económicas y organizativas, indicando en la comunicación la fecha de efectos, fue antes de que llegara esta fecha cuando la empresa comunica, primero de forma verbal y posteriormente por escrito, la retractación del despido, por lo que esta contraorden, digámoslo así, es válida al haber sido anterior al cese en la prestación de servicios del trabajador.

Apunta la sentencia que el preaviso es simplemente el anuncio previo de que próximamente se va a rescindir el contrato, pero es solo eso, una advertencia que se hace por exigencia de la ley para prevenir. Con el preaviso no se extingue el contrato; sigue vivo hasta que llega la fecha prevista para su efectividad y por ello, es por lo que en el período que media entre el preaviso y la fecha efectiva del despido, el empresario puede arrepentirse de su decisión, retractándose, y el empleado está obligado a aceptarlo.

Además, y como efecto de lo anterior, si una vez comunicada la retractación el trabajador no retorna a su puesto de trabajo, resulta procedente su despido disciplinario con efectos desde el mismo día en que no acude al trabajo sin motivo justificado, por ser ésta una falta muy grave.

**TSJ Comunidad Valenciana, Sala de lo Social, Sentencia 2600/2018, 18 Sep. Rec. 3792/2017.**

## 5. TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID.

### **Directores de periódicos o revistas: ¿son altos cargos o personal directivo común?**

Se estima en parte el recurso de suplicación interpuesto por la trabajadora y se califica como relación laboral común la mantenida con la revista y no especial de alta dirección, pese al “*nomen iuris*” del contrato suscrito. Como consecuencia, se recalcula la indemnización por despido improcedente. Ya no procede indemnizarla con una anualidad de su salario, tal y como aparece en la cláusula octava de su contrato, si no conforme a la legislación laboral común.

La sentencia de instancia aplicó de manera inercial o mecánica determinada doctrina judicial que cita con relación a los directores de periódicos y revistas para alcanzar la conclusión de que son siempre altos cargos. Sin embargo, no apreció que en las cláusulas del contrato la exdirectora en el ejercicio de sus funciones venía limitada por los criterios e instrucciones directas emanadas de la Dirección General de la empresa demandada, y la existencia de un escalón intermedio entre ella y el órgano de administración de la empresa, escalón personificado en la Directora General de la empresa, que tenía y ejercía amplios poderes en la compañía reportando directamente ante la titularidad empresarial. Esto hace que no pueda hablarse de una relación laboral especial de alta dirección, siendo la demandante, personal directivo, pero común.

El alto cargo es la excepción a la regla general del trabajador común y por ello su calificación como tal ha de ser interpretada restrictivamente, existiendo una presunción “*iuris tantum*” a favor del trabajador común, y aunque tenga el carácter de ejecutivo cualificado.

Siendo entonces la relación ordinaria, para el cálculo de la indemnización por despido improcedente no puede estarse a una anualidad de su salario como se falló en la instancia atendiendo a lo pactado en el contrato de alta dirección suscrito, sino que debe calcularse atendiendo a los dos tramos dispuestos legalmente en la normativa laboral ordinaria o común.

Por otra parte, descarta la sentencia la nulidad del despido porque cuando la demandante solicita la reducción de jornada por cuidado de hijo, lo hace de forma fraudulenta, - de manera oblicua y torticera-, lo califica la sentencia, con la única intención de blindarse porque ya conocía que iba a ser cesada, y sin justificar la necesidad de la reducción de jornada por razones familiares porque ya gozaba de flexibilidad en la distribución de sus horarios.

**TSJ Madrid, Sala de lo Social, Sentencia 1009/2018, 15 Nov. Rec. 486/2018**

---

*Departamento Laboral y de Seguridad Social*  
*Persona de contacto: Eduardo Ortega Figueiral*  
*Email: ortegaf@ortega-condomines.com*