

**RESUMEN SENTENCIAS RELEVANTES JURISDICCIÓN SOCIAL: AGOSTO 2016.**

---

**Eduardo Ortega Figueiral**  
**Abogado.**

**1. TRIBUNAL SUPREMO.****No es discriminatorio el despido de un trabajador en IT no incapacitante cuando se pretende garantizar la continuidad del servicio.**

No se aprecian por parte del Tribunal Supremo visos de discriminación en el despido de la trabajadora que, como consecuencia de un accidente de tráfico, inició un proceso de incapacidad temporal y fue despedida cuando aún se encontraba en esta situación.

La particularidad del asunto radica en que el mismo día fueron despedidas otras cuatro trabajadoras, de un total de nueve adscritas al mismo servicio, que también se encontraban en IT, ello a fin de posibilitar su sustitución y garantizar la productividad y continuidad del servicio.

Declarada la improcedencia del despido, pretende la trabajadora que se declare su nulidad, nulidad que el Supremo no estima porque en el caso no ha sido la enfermedad el factor de segregación de la decisión extintiva, sino la falta de aptitud para desarrollar el trabajo y la necesidad de garantizar la productividad y la continuidad del servicio. No es la mera existencia de la enfermedad la causa del despido, sino la incidencia de la misma en la productividad y en la continuidad del servicio.

Por tanto, no se está ante un caso de despido de una trabajadora discapacitada, ni la IT deriva de una situación de discapacidad, lo que impide argumentar que el despido resulta contrario a la Directiva 2000/78, cuyo objeto es combatir determinados tipos de discriminación en el ámbito del empleo y de la ocupación. La tutela legal antidiscriminatoria de los discapacitados en el ámbito de las relaciones de trabajo no concurre en las personas afectadas por enfermedades o dolencias simples.

El móvil del despido no es otro que intentar evitar una repercusión negativa en el rendimiento laboral de la baja por IT, lo que si bien determina la improcedencia del despido, no su nulidad al no existir ningún factor de discriminación.

El Supremo concluye, a tenor de la consolidada doctrina jurisprudencial a este respecto del propio Alto Tribunal, que puesto que una enfermedad o un accidente de la que deriva una IT no son equiparables a discapacidad, a efectos de discriminación, el despido de la trabajadora en situación de IT debe ser calificado de improcedente y no nulo.

Tribunal Supremo, Sala de lo Social, Sentencia 366/2016, 3 de Mayo. Recurso 3348/2014.

## 2. TRIBUNAL SUPREMO.

### **El Tribunal Supremo declara válido abonar la indemnización por despido con un pagaré si se entrega junto con la carta en procedimientos de despidos objetivos.**

La sentencia considera que el documento -tanto si tiene fecha de vencimiento del mismo día de notificación de la decisión extintiva como si no la indica- funciona, al igual que un cheque, como título de crédito pagadero a la vista por lo que cumple con lo establecido en el artículo 53.1 b) del Estatuto de los Trabajadores, precepto que obliga al empresario a poner la indemnización a disposición del empleado despedido de forma simultánea a la comunicación del mismo.

La Sala de lo Social estima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la empresa Fundación Centro Tecnológico Metalmecánico y del Transporte (CETEMET) y anula la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía que declaró improcedente el despido de una trabajadora que no aceptó un pagaré, que se le entregó simultáneamente junto a la carta de despido y con fecha de vencimiento de ese mismo día, con el que se le iba a pagar la correspondiente indemnización.

La sentencia recurrida entendía que el citado pagaré no conlleva la simultánea puesta a disposición de la indemnización, sino que es un título que contiene una promesa de hacer efectiva una cantidad de dinero, en la fecha de vencimiento del mismo previa presentación en la entidad bancaria correspondiente, y que sería atendido de existir dinero en la cuenta que se emitió, lo que implica que no se pone a disposición del trabajador dicha indemnización.

Por su parte, la Sala Cuarta considera procedente el despido por causas objetivas de la citada trabajadora que prestó sus servicios como oficial de 1ª en CETEMET desde el año 2008 hasta el 2013. La sentencia indica que su jurisprudencia ha ido flexibilizando el requisito relativo a la clase de instrumentos susceptibles de producir la puesta a disposición simultánea a la comunicación del despido.

En este sentido, afirma que se ha pasado de una interpretación rígida del precepto, según la cual sólo puede entenderse cumplido si en el mismo acto en el que el trabajador se sabe despedido, sin solución de continuidad y sin previsión de otro trámite ni cualquier quehacer complementario, dispone efectivamente del dinero de la indemnización; a otra interpretación más amplia que admitió como instrumento válido la transferencia bancaria o el cheque bancario, cuando no consta dilación en la entrega ni discordancia en las cantidades.

El problema en este caso, señala la sentencia, es que en lugar de un pacto efectivo, a través de transferencia bancaria o mediante un cheque, se produjo mediante la entrega de un pagaré que fue rechazado por la actora, y el pagaré no constituye, como el cheque, una orden o mandato de pago a la vista, sino una promesa de pago, entre cuyos requisitos formales se exige la indicación del vencimiento, ya que si no está indicado se considerará “pagadero a la vista”.

Para el Tribunal Supremo, el pagaré se entregó simultáneamente con la comunicación del despido y tiene como fecha de vencimiento el 20 de diciembre de 2013, el mismo día de su entrega y de la comunicación del despido. *“Siendo esto así, es claro que el pagaré permitía, al igual que un cheque, un pago a la vista, y que la actora, si en lugar de rechazarlo -pues no había dilación en la entrega, ni constan discordancias en la cantidad ni falta de provisión de fondos- lo hubiera recogido, podría haberlo hecho efectivo el mismo día, obteniendo así una puesta a disposición simultánea a la comunicación del despido, sin perjuicio de que, si por alguna circunstancia ajena a la trabajadora despedida -por ejemplo no abono por el banco por falta de fondos disponibles, como ocurriría también con un cheque- no se efectuase la realización del pagaré, siempre tendría expedita la vía para reclamar la improcedencia del despido por no haber existido, de forma simultánea a la entrega de la comunicación del despido, una verdadera puesta a disposición de la indemnización”.*

Tribunal Supremo, Sala de lo Social, Sentencia 536/2016, 21 de Junio. Recurso 3966/2014

### 3. TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID.

#### **Pacto de no concurrencia post contractual y compensación económica. Límites en casos de incumplimientos parciales por parte del trabajador.**

En un litigio surgido a raíz de la reclamación por la empresa a una ex trabajadora de la penalización pactada por incumplimiento del pacto de no competencia post contractual, es objeto de recurso si es posible modular el incumplimiento atendiendo a que, prestados los servicios en un grupo de empresas, cada una de ella puede tener objeto social diverso, debiendo excluirse las consecuencias del incumplimiento respecto a servicios prestados para sociedades de actividad ajena a la concurrente.

El TSJ acepta en parte la modulación propuesta por la representación letrada de la trabajadora al entender que el pacto de no competencia supone que la trabajadora no puede desarrollar durante dos años, como máximo, una actividad laboral en concurrencia a la empresa, pero siempre dentro del sector en el que la misma desarrolla su actividad profesional. El pacto fue suscrito con una sociedad pero sin mención al grupo empresarial ni a actividad para otras empresas del grupo. Siendo ello así, el pacto no es acumulativo respecto a las empresas del grupo. El pacto de no competencia solo puede aplicarse respecto a la actividad desarrollada con la última sociedad del grupo, y por ende, las consecuencias del incumplimiento a la actividad concurrente solo debe limitarse a la última actividad, y no a otras actividades prestadas para las empresas anteriores cuando no existe concurrencia en la actividad.

Solo en el caso de que se hubiera pactado una cláusula de alcance general, al margen de cuál fuera la trayectoria profesional dentro del grupo de empresas, que incluyera una previsión sobre que la realización por el empleado de trabajos para otras sociedades del grupo, y con expresa referencia al reintegro de lo percibido desde el inicio de la relación laboral, podría entenderse que las partes pactaron la extensión que pretende la empresa demandante.

Pero en este caso, sin una clara y expresa previsión general en las cláusulas suscritas al efecto, debe estarse a lo pactado y las consecuencias económicas deben limitarse a la última actividad. Las consecuencias pactadas sobre el incumplimiento del pacto no pueden comprender percepciones recibidas de otras sociedades del grupo porque respecto a ellas la relación laboral concluyó al pasar la demandante a prestar servicios para otras sociedades del grupo, lo que basta para estimar el recurso y rebajar la cuantía de la penalización por incumplimiento del pacto de no concurrencia.

TSJ Madrid, Sala de lo Social, Sentencia 278/2016, 31 de Marzo. Recurso 749/2015.

#### **4. TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID.**

##### **Despido de trabajador que publicó en Facebook ofensas de contenido sexual a dos empleadas que, además, eran esposas de otros compañeros de trabajo.**

Antes del despido que se trata en el asunto, el trabajador ya había sido amonestado en varias ocasiones y había sido cambiado de sección como consecuencia de su actitud respecto a otros compañeros, pero el hecho que motivó la decisión extintiva fue la publicación en su cuenta de Facebook de comentarios ofensivos, de carácter sexual, hacia dos de sus compañeras.

No existe la más mínima justificación a tal conducta, claramente constitutiva de auténticas ofensas verbales, carentes de todo sentido, dirigidas por el trabajador despedido a sus compañeras de trabajo, sabedor además de que los esposos de las mismas también trabajaban en la misma empresa, lo que implicaba una clara ofensa también para ellos, así como para el resto de los trabajadores y compañeros.

Plena justificación tiene el despido por vulneración de los deberes mínimos de convivencia y consideración debida hacia las trabajadoras afectadas, y por extensión al resto de compañeros con los que compartían su tiempo y actividad. Muestra la publicación en la red social una actitud sexista, de menosprecio y de falta de respeto que, sin duda, supone una conducta de suficiente gravedad y culpabilidad para legitimar la aplicación de la sanción de máxima gravedad en el ámbito laboral, como es el despido, avalado por la creación de un ambiente de clara enemistad con las afectadas y de la correlativa dificultad que entrañaría el restablecimiento de la convivencia en el seno de la empresa, no solo entre los implicados, sino en relación con el resto de los trabajadores, a quien les asiste el derecho a desarrollar su actividad laboral en las mejores condiciones posibles a nivel personal y relacional.

Si bien no todas las infracciones que contempla el art. 54 del E.T. presuponen de forma directa o automática la sanción de despido, pues es precisa la valoración particular de cada conducta en el contexto en el que se produce, precisamente por la desconsideración mostrada hacia el debido respecto a sus compañeras de trabajo y el carácter ofensivo de la publicación, comparte en este caso el TSJ la procedencia del despido disciplinario.

TSJ Madrid, Sala de lo Social, Sentencia 443/2016, 8 de Abril. Recurso 1/2016.

## **5. TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA CASTILLA-LA MANCHA.**

### **El concepto económico “ayuda vivienda” se debe incluir a efectos de cálculo de cualquier tipo de indemnización.**

En el marco de un litigio surgido a raíz de un despido colectivo, y a los efectos de calcular la indemnización, surge la duda de si se debe incluir el concepto "Ayuda Vivienda".

Conforme al tenor literal del artículo 26.2 del Estatuto de los Trabajadores, que indica que no tienen la consideración de salario las cantidades percibidas por el trabajador en concepto de indemnizaciones o suplidos por los gastos realizados como consecuencia de su actividad laboral, en principio podría afirmarse que el concepto controvertido es salarial, al no estar expresamente incluido dentro de los que tienen naturaleza extrasalarial, lo que viene además avalado porque por tal cantidad se ha cotizado a la Seguridad Social. Pero ni todas las percepciones extrasalariales están excluidas de cotización a la Seguridad Social, ni tampoco por todos los conceptos salariales se cotiza.

El TSJ se decanta por atribuir al concepto "Ayuda Vivienda" naturaleza salarial por varias razones. Primero porque su denominación no consta expresamente en el Convenio Colectivo como concepto extrasalarial; también porque su cuantía es periódica; y porque en definitiva no supone una compensación económica que podría considerarse sustitutiva de una retribución en especie por vivienda por razón del trabajo, al no tener relación alguna con la cuantía ni del alquiler que se pudiera abonar por la trabajadora, o con el gasto de alojamiento.

Siendo un concepto salarial peculiar y cotizante, retribuye la prestación del trabajo y como tal si debe ser incluido para el cálculo de la indemnización por despido colectivo.

El Tribunal estima el recurso y, no siendo discutido el cálculo realizado en la demanda, condena a la empresa a abonar la diferencia indemnizatoria por el despido objetivo al no haberse computado el concepto de "Ayuda Vivienda".

TSJ Castilla- La Mancha, Sala de lo Social, Sentencia 645/2016, 10 de Mayo. Recurso 57/2016.

---

Barcelona, a 2 Agosto de 2016.