

Area de Estudios Jurídicos Sociolaborales

OBSERVATORIO

JURÍDICO SOCIOLABORAL

2009
MAYO
02

Aspectos prácticos
de la última reforma
laboral.

RDL 2/2009, de 6 de Marzo.

Novedades doctrina judicial



Fundación 1º de Mayo | Centro Sindical de Estudios
C/ Arenal, 11. 28013 Madrid. Tel.: 913640601. Fax: 913640838
www.1mayo.ccoo.es | 1mayo@1mayo.ccoo.es

Observatorio Jurídico Sociolaboral. ISSN 1989-4465

PRESENTACIÓN

La Fundación 1º de Mayo y la Fundación Sindical de Estudios han llegado a un acuerdo para que el Observatorio Jurídico que se venía publicando por la FSE se haga a partir de ahora en la página web de la 1º de Mayo.

Entre las sentencias seleccionadas que conforman el primer número de esta nueva etapa del Observatorio Jurídico, llamamos la atención sobre tres de ellas relacionadas con las Empresas de Trabajo Temporal que pueden ser de gran utilidad en el día a día sindical. La primera de ellas, de la Sala de lo Social de Tribunal Supremo, es de fecha 22 de enero de 2009 y el objeto del debate versa sobre los salarios de los trabajadores cedidos en misión que según el TS deben comprender no sólo los conceptos previstos en el convenio colectivo de la empresa usuaria, sino también los complementos abonados en la empresa recogidos en un acuerdo de empresa.

La segunda sentencia, de fecha 19 de febrero de 2009, también de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, examina la responsabilidad solidaria de la Empresa de Trabajo Temporal y de la usuaria por fraude en la suscripción del contrato de puesta a disposición de trabajadores, así como la cuantificación de la indemnización por despido y el cómputo de la antigüedad.

La última sentencia es la de la Sala de lo Social del Tribuna Superior de Justicia de Galicia de fecha 29 de septiembre de 2008, que establece la responsabilidad solidaria de la usuaria en el despido nulo de trabajadora cedida que se encontraba embarazada.

Además de otras sentencias que consideramos de interés, el Observatorio Jurídico incluye el estudio sobre *“Los aspectos prácticos de la última reforma laboral: El RDL 2/2009, de 6 de marzo”* del que es autor Francisco Gualda, responsable del Gabinete de Estudios Jurídicos de CC.OO.

OBSERVATORIO JURIDICO SOCIOLABORAL

Director: José Luis Alvarez Rodríguez

Elabora: Gabinete de Estudios Jurídicos de CCOO

Aspectos prácticos de la última reforma laboral

RDL 2/2009, de 6 de Marzo.

FRANCISCO-JOSÉ GUALDA ALCALÁ

Gabinete de Estudios Jurídicos de CC.OO.

SUMARIO:

INTRODUCCIÓN

PRIMERA PARTE:

La suspensión de contratos de trabajo: el nuevo derecho a la “reposición” de las prestaciones por desempleo y bonificaciones en la cotización a la empresa.

- I. El nuevo sistema de reposición de las prestaciones por desempleo ante la suspensión de los contratos de trabajo -art. 3-.
 - I.1. Naturaleza y efectos de la “reposición” de prestaciones por desempleo.
 - I.2. El derecho a la reposición en el caso de Suspensión-Extinción del contrato de trabajo.
 - I.2.A. El supuesto de hecho: Requisitos para que tenga lugar la reposición de prestaciones.
 - I.2.B. El Reconocimiento del Derecho a la reposición.
 - I.2.C. Los efectos del derecho a la reposición:
 - I.2.D. La exclusión de la reposición de los subsidios por desempleo.
 - I.3. La Reposición de prestaciones en caso Suspensión-Suspensión del contrato.
 - I.3.A. El supuesto de hecho: Requisitos para que opere la reposición
 - I.3.B. Efectos de la Reposición de prestaciones consumidas en caso de suspensión-suspensión.
- II. La bonificación en la cotización empresarial a la seguridad social en los supuestos de regulaciones temporales de empleo (art. 1)
 - II.1. Requisitos para el disfrute de la bonificación:
 - II.2. Efectos de la bonificación: Cuantía, compatibilidad y duración temporal.

SEGUNDA PARTE;

El nuevo sistema de incentivos a la contratación según las prestaciones por desempleo del trabajador.

1. La nueva “política” de incentivos a la contratación y su carácter contrario a la igualdad
2. Requisitos para el reconocimiento del incentivo a la contratación:
3. La Cuantía de la Bonificación y problemas de coordinación con las distintas prestaciones del trabajador.
4. Reconocimiento de la bonificación.
5. El requisito del mantenimiento de la estabilidad en el empleo.
6. La bonificación no afecta a las prestaciones o subsidios que pudiera percibir el trabajador contratado.

TERCERA PARTE:

Otras modificaciones en materia de incentivos, protección por desempleo y convenio especial en caso de despido colectivo.

1. Eliminación del periodo de espera en el acceso a los subsidios por desempleo—art. 4-.
2. El Convenio Especial en determinados expedientes de regulación de empleo —art. 2-).
3. Otros incentivos a la contratación: La contratación de trabajadores a tiempo parcial.

INTRODUCCIÓN

El Decreto-Ley 2/2009, de 6 de marzo, publicado en el BOE de 7 de Marzo, lleva a cabo una reforma de diversas instituciones laborales, con el objetivo declarado de adoptar medidas de urgencia para el mantenimiento y el fomento del empleo y la protección de las personas desempleadas. Se inscribe como la primera línea de reformas laborales para afrontar el enorme problema que viene planteando la crisis económica y de empleo en la que nos encontramos, y de hecho un nuevo Decreto-Ley, el 3/2009, igualmente aborda el tratamiento de ciertos aspectos que tienen que ver con la materia laboral, como es la declaración de concurso y la fijación del momento en que el Juez de lo Mercantil es competente para conocer de la extinción, suspensión y modificación colectivas de los contratos de trabajo.

Parece que no estamos sino ante una primera etapa dentro del conjunto de medidas que se vienen manejando, y que de forma más o menos indirecta pueden abordar las políticas activas y pasivas de empleo, además de otras reformas de instituciones laborales, entre las que no faltan propuestas de calado en materia de contratación, extinción del contrato o negociación colectiva.

Pero al margen de todo ello, es el propósito de este estudio abordar la reforma laboral que incorpora el Real Decreto-Ley 2/2009, a fin de poner en evidencia que efectos prácticos puede tener en las materias que trata, como son fundamentalmente el tratamiento de la prestación por desempleo y de las cotizaciones a la Seguridad Social ante los expedientes de suspensión de contratos, y las políticas de fomento de la contratación, así como otras medidas complementarias, como el convenio especial ante los expedientes de regulación de empleo. Además de la exposición de dicha regulación, queremos poner en evidencia las principales dificultades que puede plantear esta normativa.

El RDL 2/2009 se tramita como proyecto de Ley, por lo que es posible que se pueda introducir en sede parlamentaria algunas modificaciones a las materias reguladas, e incluso se incorporen otras materias. Pero en todo caso estamos ante una normativa vigente, y que marca el contexto en que se tienen que abordar los expedientes de suspensión de contratos y la política de contratación, por lo que es del todo necesario un análisis técnico de las novedades y dificultades de su aplicación práctica.

PRIMERA PARTE:

LA SUSPENSIÓN DE CONTRATOS DE TRABAJO: EL NUEVO DERECHO A LA “REPOSICIÓN” DE LAS PRESTACIONES POR DESEMPLEO Y BONIFICACIONES EN LA COTIZACIÓN A LA EMPRESA.

Uno de los elementos centrales de las reformas realizadas por el RDL 2/2009 es mejorar el tratamiento de la situación de suspensión de los contratos de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, que hayan sido autorizadas en expedientes de regulación de empleo, incluidas las suspensiones de contratos colectivos tramitadas de conformidad con la legislación concursal, abordando dos cuestiones que determinaban respectivos costes, tanto para la empresa como para los trabajadores y que se consideraba que desincentaban la utilización de la suspensión de

contratos para hacer frente a las caídas en la demanda: Por una parte, los trabajadores accedían a las prestaciones por desempleo, con el efecto de consumir la protección social que tenían y que podrían necesitar en caso de posteriormente quedarse sin empleo. De otro lado, la empresa tenía que hacer frente a las cotizaciones sociales.

Sobre esta base el RDL aborda un doble género de medidas:

1 - Mejorando la protección por desempleo de los trabajadores que se ven afectados por un expediente de suspensión de contratos, mediante el mecanismo de la “reposición” de prestaciones consumidas, lo que no quiere decir que se eliminen por completo los efectos que tiene para los trabajadores hacer uso de las prestaciones por desempleo que habían generado.

2 - Reduciendo las cotizaciones que tiene que asumir la empresa durante el tiempo de suspensión de contrato, mediante la implantación de una bonificación.

Es importante comprender la dinámica de estas reformas legales, y los problemas que en la práctica puede generar, a cuyo fin destacamos los siguientes aspectos esenciales.

I. EL NUEVO SISTEMA DE REPOSICIÓN DE LAS PRESTACIONES POR DESEMPLEO ANTE LA SUSPENSIÓN DE LOS CONTRATOS DE TRABAJO -ART. 3-

I.1. Naturaleza y efectos de la “reposición” de prestaciones por desempleo.

En el caso de que los trabajadores se vean afectados por la suspensión de los contratos de trabajo ante problemas económicos, técnicos, organizativos y de producción, la falta de abono del salario se trata de compensar mediante el reconocimiento de las prestaciones por desempleo. Ahora bien, esto supone que consuman las prestaciones que pueden tener que utilizar si posteriormente quedan nuevamente en desempleo, ya sea como consecuencia de un nuevo expediente de suspensión, o por la extinción definitiva de sus contratos, lo que no es descartable dada la situación de crisis en la que se justifica precisamente la medida suspensiva.

Con el fin de reducir los efectos perjudiciales que supone para el trabajador la suspensión del contrato de trabajo aprobada por ERE o en proceso concursal, el art. 3 del RDL 2/2009 incorpora una nueva institución en la dinámica de las prestaciones por desempleo, como es la figura de la “reposición”. En esencia, consiste en reponer la prestación por desempleo y la cotización a la Seguridad Social de los trabajadores a los que se les haya suspendido su contrato de trabajo o reducido su jornada por un expediente de regulación de empleo y, posteriormente, se les extinga o suspenda el contrato por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. Estamos ante una medida que en cierta medida incrementa el nivel de protección de estos trabajadores, y su finalidad se encamina, según expone el propio RDL, a favorecer también el mantenimiento de los contratos de trabajo a través de expedientes de regulación temporales, evitando con ello la destrucción de puestos de trabajo, aunque más bien implica una mejora de la protección social de los trabajadores afectados por medidas de suspensión de contratos de trabajo.

Ahora bien, es importante destacar que el derecho a la reposición no equivale en absoluto, tal y como está regulado en el RDL a que el trabajador vea corregido los efectos que se producen en su derecho a la protección por desempleo cuando la empresa ha hecho uso de una suspensión de contratos o reducción de jornada.

Si el trabajador solicita las prestaciones por desempleo durante el periodo de suspensión o reducción se le habrá “reconocido” un derecho a tales prestaciones y por tanto tras su reincorporación a la empresa las cotizaciones que pueda generar hasta la extinción de su contrato no se acumularán a las cotizaciones que tuviera con anterioridad a la suspensión. Se produce con ello una quiebra en el cómputo del periodo cotizado a la prestación por desempleo, y sólo podrá ser tenido uno de los dos periodos, pero no de forma acumulada, lo que no habría sucedido si no se le reconocieran las prestaciones durante la suspensión del contrato.

En concreto si el trabajador tiene cotizados hasta 539 días en el momento de la suspensión, se le reconocerían 120 días de prestación por desempleo. Y si con posterioridad vuelve otra vez a cotizar por otros 500 días hasta que se le extingue su contrato, su derecho a la prestación por desempleo tras el despido no se calcula sumando los 539 días cotizados iniciales más los 500 días posteriores (que podrían haber determinado hasta 300 días de prestación por desempleo), sino mediante la opción entre la prestación generada por los primeros 539 días (que serían 120 al operar la reposición) y la prestación por los ulteriores 500 días (que serían 120 días). Por tanto aunque el trabajador ha cotizado 1.039 días solamente podría acceder a una prestación por desempleo de 120 días, mientras que si no hubiera operado la suspensión de los contratos la prestación por desempleo podría alcanzar 300 días.

Es por ello preciso tener en cuenta que la reposición que diseña el RDL no elimina por completo los efectos drásticos que tiene para la protección por desempleo del trabajador el uso por la empresa de las medidas de suspensión o reducción temporal de los contratos, sino que solamente corrige en parte alguno de estos efectos. Se trata de la reposición de las prestaciones que ya fue reconocida, pero no de los periodos cotizados que fueron anteriormente tenidos en cuenta.

- La norma diferencia dos supuestos para la efectividad del derecho a la reposición a la prestación por desempleo: un primer caso en el que hay una suspensión o reducción de jornada y una posterior extinción de los contratos (suspensión-extinción); y otro supuesto en el cual se producen dos suspensiones o reducciones sucesivas (suspensión-suspensión) en el que se precisan requisitos adicionales. Esto se complementa con otro tercer supuesto al que indirectamente también se alude como es el que tras dos suspensiones sucede finalmente la extinción (suspensión-suspensión-extinción). En relación con cada uno de estos el régimen de la reposición es distinto.

I.2. El derecho a la reposición en el caso de Suspensión-Extinción del contrato de trabajo.

I.2.A. El supuesto de hecho: Requisitos para que tenga lugar la reposición de prestaciones.

El supuesto en el que opera la figura de la “reposición” exige la concurrencia de una doble situación:

1. Una inicial suspensión del contrato de trabajo, de forma continuada o no, o a la reducción del número de días u horas de trabajo, que hubiera sido autorizada en virtud de expediente de regulación de empleo o procedimiento concursal.

Durante esta situación los trabajadores accederían a la prestación por desempleo en la cuantía que corresponda según sus cotizaciones, consumiendo tantos días de prestación como dure la suspensión del contrato. La reposición tratará de que todo o parte del período consumido se pueda recuperar si el trabajador cae en el futuro en situación de desempleo, con arreglo a unos criterios técnicos que comentaremos.

La situación inicial puede ser tanto la suspensión como la reducción del número de horas o días de trabajo, y llama la atención de que no se matiza de forma concluyente el carácter temporal que pueda presentar la reducción del número de días u horas de trabajo, lo que no sucede desde el punto de vista sistemático en el art. 1 del mismo RDL, (bonificación de cotización a la Seguridad Social) en donde si que se detalla expresamente que la medida se aplica a regulaciones “temporales de empleo” y a “reducción temporal de jornada”. No obstante, en mismo art. 3, en su punto 3, si que alude expresamente a las reducciones temporales de jornada, lo que cuestiona si realmente el precepto está admitiendo en su número 1 las reducciones definitivas. Sin embargo, esto no evita que en la letra de la medida contemplada en el art. 3 no se limite a las reducciones temporales de jornada sino que se posibilite en una interpretación sistemática con otros preceptos de la misma norma, que se incluyan reducciones definitivas del número de días u horas de trabajo. En todo caso, lo que no es posible es considerar que dicho artículo ofrece cobertura legal a la reducción definitiva del número de horas o días de trabajo, es decir, a la reducción de jornada sin la conformidad del trabajador o el acuerdo en el marco del expediente de regulación de empleo.

Es preciso que la resolución administrativa o judicial que autorice la suspensión o reducción inicial de jornada se haya producido entre el 1 de octubre de 2008 y el 31 de diciembre de 2009, ambos inclusive. En cuanto al momento inicial, conviene llamar la atención que es decisivo, no la fecha de efectos de la suspensión, sino el momento en que fue autorizada, lo que puede plantear problemas suspensiones que se prolongan incluso durante la vigencia del RDL 2/2009 no generan derecho a reposición si fueron autorizadas antes del 1 de octubre de 2008, lo que además puede perjudicar a los casos en que se hubiera planificado la suspensión con antelación a ese momento temporal. En cuanto al momento final, las autorizaciones posteriores a 31-12-2009 tampoco generarán derecho a reposición, poniendo en evidencia que estamos ante una medida coyuntural. Esto exigiría una prórroga o reforma legal para permitir la ampliación de esos efectos y se consolidara como un derecho laboral definitivo en el régimen de la suspensión de contratos.

2. Y en segundo lugar, tras la suspensión inicial, será preciso que el trabajador extinga el contrato de trabajo pero no por cualquier causa, sino en virtud de autorización para la extinción de los contratos de trabajo por expediente de regulación de empleo, o por resolución judicial en el proceso concursal, o por despido objetivo.

Por tanto, para que opere la reposición es preciso que la extinción del contrato de trabajo tenga lugar por alguna de estas tres vías:

- a) Autorización por expediente de regulación de empleo. Se trata de los despidos colectivos tramitados ante la Autoridad Laboral.
- b) Autorización judicial en procedimiento concursal. El Juez del concurso puede extinguir los contratos de trabajo, tanto por despido colectivo, como por resolución por incumplimiento empresarial en materia de pago de salarios cuando es colectiva. Esto

plantea el problema práctico de si también la resolución por incumplimiento empresarial, cuando es autorizada por el Juez de lo Mercantil, podría generar derecho a la reposición de prestaciones por desempleo. Esta última posibilidad tendría dificultades en la letra de la ley, que alude a la “autorización” por el Juez de lo Mercantil, y en el caso de resolución por incumplimiento, más que autorizar a la empresa declara la extinción, pero esa diferencia no es tan grande pues también en el despido colectivo tramitado ante el Juez del Concurso se declara la extinción, directamente, por la resolución judicial, como regla general. Habrá que estar a los criterios interpretativos de la Entidad Gestora y a la doctrina judicial para determinar el alcance del derecho a la reposición en estos casos.

c) Despido objetivo al amparo del art. 52.c) ET. Su aplicación práctica al despido objetivo puede plantear problemas importantes pues es posible que concluya con una declaración del despido improcedente, lo que no sucede ni en el ERE ni en principio en el proceso concursal. Si el despido objetivo es declarado improcedente podría cuestionarse si el trabajador tendría derecho o no a la reposición de la prestación por desempleo, siendo esta una cuestión que debería resolver ante la indeterminación legal, la respectiva Entidad Gestora. No parece que el trabajador pueda perder el derecho a la reposición por la circunstancia de haber impugnado el despido, por lo que incluso en el caso de despido objetivo improcedente se debería reconocer la reposición de las prestaciones.

También en este punto de requiere un criterio temporal, de modo que el despido o la resolución administrativa o judicial que autorice la extinción se produzca entre la fecha de entrada en vigor de este Real Decreto-ley (8 de marzo de 2009) y el 31 de diciembre de 2011. Transcurrido este momento, no operará la suspensión salvo que se modifique el RDL.

Como vemos, no se aplica a los demás supuestos de despidos, incluso aunque no tengan causa o sea responsabilidad exclusiva del empresario, como por ejemplo un despido improcedente. Tampoco a la extinción del contrato por incumplimiento empresarial, más allá del discutible caso en que hubiera sido autorizada por el Juez de lo Mercantil, como hemos dicho. Es muy criticable la exclusión de estas extinciones, que colocan al trabajador en situación de desempleo por causas no imputables, y que no obstante, no podrá hacer valer el derecho a la reposición de las prestaciones por desempleo. Tampoco se aplica al caso de la extinción por vencimiento del contrato temporal, cuando es lo cierto que también los trabajadores temporales podrían haber sido afectados por las medidas suspensivas. En definitiva, la reposición, tal y como está configurada, solo opera como medida protectora del trabajador ante el despido por razones económicas, técnicas, organizativas o de producción, permitiéndole recuperar prestaciones por desempleo anteriormente consumidas durante la suspensión del contrato, pero no ante otros supuestos de pérdida de la ocupación.

3. Un tercer requisito para que opere la reposición en caso de suspensión-extinción, es que el trabajador no hubiera hecho uso, con anterioridad, de la reposición en caso de suspensión-suspensión, lo que supone que los dos supuestos son incompatibles.

Este es un efecto general y automático, que introduce una notable complejidad para los trabajadores a la hora de decidir si ante dos suspensiones sucesivas de los contratos, conviene o no hacer uso de la reposición. Si hacen uso de esa reposición, no podrán utilizarla ante una extinción futura de su contrato de trabajo. Y puede suceder que la reposición tenga una duración muy limitada, por ejemplo unos pocos días durante la segunda suspensión del contrato, y no obstante ello, impida aplicar la reposición tras la extinción de hasta 120 días. Más bien la incompatibilidad debería limitarse al nú-

mero de días que ya fueron objeto de reposición, para que acumuladamente no excedan los 120, pero es poco menos que absurdo que por haber repuesto un solo día durante una anterior suspensión, tras la extinción el trabajador pierda la reposición de los 120 días.

I.2.B. El Reconocimiento del Derecho a la reposición.

El derecho a la reposición se reconoce de oficio como regla general, por lo que no sería preciso que el trabajador lo reclame. Pero existen excepciones que conviene conocer.

1- Si la prestación que se quiere reponer no se ha consumido en su totalidad, el derecho a la reposición se reconocerá de oficio por la entidad gestora en los supuestos en los que se solicite la reanudación o reapertura de la prestación por desempleo.

2- Sin embargo, en los supuestos en que esté agotado el derecho a la prestación, se deberá solicitar la reposición, siendo de aplicación lo establecido en el artículo 209 de la Ley General de la Seguridad Social.

Por tanto, si la prestación que se quiere reponer ha sido consumida en su totalidad, no actúa de oficio la Entidad Gestora –art. 3.5- sino que el trabajador deberá solicitar la prestación por desempleo, aunque se hubiera agotado, y pedir adicionalmente que opere al reposición para recuperar el período consumido, hasta el límite legal. Es por ello esencial arbitrar mecanismos para garantizar que el trabajador conoce su derecho a la reposición para que lo pueda ejercitar. En concreto, si tras la extinción de su contrato no tiene derecho a una nueva prestación, en principio parecería que no tienen derecho a prestaciones, pero podría solicitar, no el reconocimiento de una nueva prestación, ni tampoco propiamente una reanudación, sino la reposición de la prestación consumida, que es una especie de nueva forma de acceso a la situación protegida. Y si hubiera generado con posterioridad a la suspensión nuevas prestaciones y la anterior estuviera agotada pero fuera susceptible de reposición, debería de contar con información al respecto para poder ejercitar ese derecho si acaso se conviene.

I.2.C. Los efectos del derecho a la reposición:

- Los trabajadores afectados tendrán derecho a la reposición de la duración de la prestación por desempleo de nivel contributivo por el mismo número de días que hubieran percibido el desempleo total o parcial en virtud de aquellas autorizaciones, con un límite máximo de 120 días.

La base de cotización y la cuantía a percibir, durante el período de la reposición, serán las mismas que las que correspondieron a los períodos objeto de la reposición, por lo que no tiene que coincidir con las últimas bases de cotización. Al aplicarse la misma cuantía supone que el porcentaje sobre la base reguladora será el mismo que corresponde al período que se trata de reponer. Esto supone que el cómputo del período de percepción, para aplicar los porcentajes, se tienen que fijar sin computar lo ya percibido con anterioridad.

- En el caso de suspensión-extinción, hay que tener en cuenta que el art. 3.3 del RDL dice que la reposición se aplicará al mismo derecho a la prestación por desempleo que se consumió durante la suspensión temporal o reducción temporal de la jornada de trabajo.

Por tanto, si posteriormente a la suspensión se han generado cotizaciones y un nuevo período de prestación por desempleo, el trabajador tendrá que optar entre el derecho que se le reconoció durante la suspensión, que ya fue consumido en todo o en parte y en el que operará la reposición de hasta 120 días, o el nuevo derecho reconocido que podría ser de 120 días. Pero no podría exigir la reposición de los 120 días en el nuevo derecho hasta totalizar 240 días.

I.2.D. La exclusión de la reposición de los subsidios por desempleo.

- El derecho a la reposición sólo opera en la prestación por desempleo de nivel contributivo que se hubiera disfrutado durante la anterior suspensión del contrato o reducción de jornada. Con eso excluye de forma categórica la reposición de cualquier prestación de nivel asistencial.

Es cuestionable esta radical diferenciación en la medida en que determinados tipos de subsidio del nivel asistencial responden a los mismos presupuestos y fines que las prestaciones de nivel contributivo, como sucede en el caso del art. 215.2 LGSS, es decir desempleados que han cotizado durante determinado periodo temporal (tres meses con responsabilidades familiares, o seis meses aunque carezcan de responsabilidades familiares) y a los que se les otorga una protección durante la situación de desempleo si bien de menor cuantía y con mayores requisitos que los que han cotizado durante un año, y además se contempla que en los citados subsidios por desempleo las cotizaciones que sirvieron para el nacimiento del subsidio no podrán ser tenidas en cuenta para el reconocimiento de un futuro derecho a la prestación de nivel contributivo (216.2 LGSS).

Estamos por tanto ante un “subsidio” que en su dinámica y en su naturaleza tiene una marcada dimensión contributiva hasta el punto que depende de las cotizaciones y no de la situación familiar y consume las cotizaciones que se hubieran tomado en consideración para su reconocimiento. Es por ello que no se comprende que a estos trabajadores, por el hecho de no haber alcanzado un año de cotización y por tanto no alcanzarán el nivel contributivo, no tengan derecho a la reposición de las prestaciones ante un futura extinción de su contrato.

Por ejemplo, si un trabajador solo tiene cotizados once meses, durante la suspensión se reconocerá un “subsidio” de hasta seis meses, y ante una ulterior extinción de su contrato no tendría derecho a la reposición. Por el contrario si el trabajador hubiera tenido cotizados doce meses en el momento de la suspensión, se reconocería la prestación contributiva por cuatro meses de cuantía notablemente superior, y ahora en virtud del RDL 2/2009 tendría garantizado el derecho a la reposición.

- Hemos visto que el derecho de reposición no opera respecto del subsidio que se hubiera consumido durante la suspensión del contrato, correspondiente al nivel asistencial. Esto plantea el problema de que extensión va a tener ese subsidio cuando se extinga el contrato de trabajo y se agoten las prestaciones contributivas.

Así por ejemplo, si el trabajador consumió cuatro meses de prestación y tres meses de subsidio en la suspensión inicial de su contrato, y luego se le extingue, la reposición le garantiza recuperar esos cuatro meses de prestación, pero si después tiene que seguir percibiendo el subsidio, cabe cuestiona si se le descontaría o no los tres meses que había disfrutado. En una primera lectura si la reposición no opera en el nivel asistencial, si se han consumido determinados meses durante la suspensión del contrato podría plantearse por la Entidad Gestora que en el futuro subsidio por desempleo esos meses

se declararían consumidos. Sin embargo la cuestión no es tan fácil de resolver pues el subsidio se reconoce con arreglo a las finalidades de protección social que concurren en el momento del hecho causante, y más cualificadamente la existencia en ciertos casos de cargas familiares. No debería operar ningún descuento en el reconocimiento del subsidio por desempleo, y ello por varias razones:

- Por un lado podría suceder que tras la extinción del contrato se tenga derecho a un subsidio por desempleo distinto en cuanto a su naturaleza del que se percibió durante la suspensión del contrato, en cuyo caso no debería de operar la consumición de tal período.
- Incluso en el caso de que se tratara de subsidio de la misma naturaleza, podrían ser diferentes las cargas familiares tomadas en consideración, con lo cual es discutible que por haber disfrutado durante la suspensión de un subsidio con arreglo a una concreta finalidad (por ejemplo cónyuge a cargo) se declare consumido un subsidio que se reconozca posteriormente una vez que se ha extinguido el contrato, y que se justifique en cargas familiares diferentes (nacimiento de un hijo).
- Y en todo caso, el subsidio, por su naturaleza, no se reconoce en función de cotizaciones efectuadas, sino en virtud de la situación de necesidad que ha de concurrir en el momento del hecho causante, por lo que ante un nuevo hecho causante, debe reconocer un subsidio ex novo. Sin embargo, esta materia queda en la indeterminación y si no se clarifica correspondería a la práctica administrativa de la Entidad Gestora, y coloca en una notable situación de inseguridad jurídica a los trabajadores.

I.3. La Reposición de prestaciones en caso Suspensión-Suspensión del contrato.

Es posible que también opere la reposición, tras una primera suspensión del contrato, si el trabajador vuelve a tener el contrato suspendido. Sería el caso de la suspensión-suspensión, pero aquí el derecho a recuperar las prestaciones por desempleo tiene requisitos adicionales y específicos que conviene destacar:

I.3.A. El supuesto de hecho: Requisitos para que opere la reposición

Para que opere la reposición en caso de dos suspensiones sucesivas del contrato de trabajo serían precisos estos requisitos:

1. Las dos suspensiones, la inicial y la segunda, han de haber sido autorizadas por resolución administrativa o judicial en el ámbito del proceso concursal.
2. Es preciso que en la primera suspensión, es decir, durante el primer período de suspensión del contrato, que la prestación por desempleo se hubiera consumido en su totalidad. (art. 3.2).

Se trata de un requisito de difícil comprensión y que conduce a resultados poco menos que arbitrarios si se interpreta en su literalidad. En concreto, viene a significar que si en la primera suspensión no se ha agota la prestación por desempleo, por ejemplo por quedar pendiente algunos días, no sería posible invocar la reposición de hasta 90 días en la segunda suspensión del contrato. Por el contrario, si hubiera agotado la prestación en la primera suspensión del contrato, si que podría luego acogerse, en la segunda

suspensión, a la reposición, lo que le supondría acceder a 90 días de situación protegida. Es un efecto desproporcionado que perjudica a los trabajadores que más cotización tenían, lo que debería resolverse mediante el reconocimiento de la reposición en todos los casos, aunque no se hubiera agotado la prestación en la primera suspensión o reducción de jornada.

En el caso más extremo, por ejemplo, en un expediente se suspenden los contratos por cuatro meses menos un día, y un trabajador tenía cuatro meses de prestación, que no consume y le queda pendiente un solo día. Pues bien, si luego incurre en otra suspensión del contrato, como no se ha agotado la prestación en el primer período, no puede invocar la reposición, por lo que en el segundo periodo sólo estaría protegido por un día de prestaciones. Por el contrario, si hubiera agotado toda la prestación en el primer período, podría haber hecho uso de la reposición de hasta 90 días de prestación. La desproporción es manifiesta y difícilmente explicable, ya que lo decisivo es que se agote la prestación, y no que se agote en el primer período de suspensión, si bien la letra del RDL parece así exigirlo, por lo que habrá que estar a la interpretación correctora de la Entidad Gestora o de los Tribunales.

3 - En caso de suspensión-suspensión, sólo opera la reposición si no se han generado cotizaciones suficientes para tener derecho a una nueva prestación contributiva (360 días). En el supuesto de que tras la suspensión del contrato tuviera cotizados 360 días, no hay reposición, y sólo tendría derecho a las nuevas prestaciones generadas. Con ello se ve que la suspensión si que es capaz de consumir las prestaciones por desempleo de forma definitiva, y no siempre opera la reposición.

Es importante resaltar que la reposición opera en el marco del segundo período de suspensión del contrato, lo que determina que en función de como se fragmente la suspensión en un sólo período o dos, la protección de los trabajadores es completamente distinta.

De esta forma, si la suspensión o reducción de jornada se prolonga en un sólo período, no es posible hablar de reposición aunque durante su transcurso los trabajadores agoten la prestación por desempleo. Sin embargo, si la misma suspensión o reducción se articula en períodos sucesivos pero con intervalos de actividad laboral –sin precisarse legalmente un tiempo mínimo- resultará que si en el primer período hubieran agotado la prestación, en el segundo podrían invocar la reposición. Por ejemplo, si la suspensión de 7 meses se reconoce en un sólo período, los trabajadores con un año cotizado sólo tendría derecho a percibir desempleo durante 120 días. Por el contrario, si se articula en dos tramos la suspensión, uno de 120 días y otros de 90 días, resultará que en el primero los trabajadores percibirán la prestación de 120 días y la agotan, y en el segundo período de suspensión, pueden solicitar la reposición de hasta 90 días, por lo que percibirían prestación durante los siete meses.

I.3.B. Efectos de la Reposición de prestaciones consumidas en caso de suspensión-suspensión.

- En cuanto al alcance de la reposición en caso de suspensión-suspensión, tiene dos límites específicos:

1. Por una parte, sólo alcanza como máximo a 90 días, en lugar de los 120 que serían en caso de suspensión-extinción.

2. Y además, la reposición sólo alcanza a los días de prestación que se hubieran consu-

mido en la anterior suspensión. Dice la norma que tendrá lugar la reposición de la duración de la prestación por desempleo de nivel contributivo por el mismo número de días que hubieran percibido el desempleo total o parcial en virtud de la anterior suspensión o reducción de jornada con un límite máximo de 90 días. Es decir, sólo permite reponer lo consumido en el período inmediatamente anterior, y no sucede como en el caso de suspensión-extinción, donde alcanza a todo lo consumido en los sucesivos períodos de suspensión del contrato. Esto igualmente genera efectos desproporcionados y poco menos que incomprensibles, máxime si se mira en como funcionan todos los requisitos que hemos visto. De esta forma, para calcular cuantos días puede recuperar el trabajador, habrá que partir de los días que consumió en la anterior suspensión, lo que plantea problemas en los casos en que se hubieran consumido las prestaciones, pero no en la suspensión inmediatamente anterior, sino en otros momentos más anteriores.

Por ejemplo una empresa suspende los contratos por 100 días. Los trabajadores con un año cotizado verían reconocido 120 días de prestación por desempleo que no agotan. Después de un intervalo de actividad laboral, vuelve a acordarse otra suspensión de 100 días. Como en la anterior no habían agotado la totalidad de la prestación no pueden invocar la reposición, y tales trabajadores sólo estarían protegidos durante 20 días en el nivel contributivo, y 80 sin protección. Se reanuda la actividad laboral por un período un vuelve a acordarse otra suspensión de otros 100 días, en la que como han agotado ya anteriormente la prestación, podría plantearse la solicitud de reposición (si es que no se descarta pues esta es la tercera suspensión y no la siguiente al reconocimiento de la prestación), pero si se acuerda la reposición, como sólo comprende el período consumido en la anterior suspensión sólo sería por los 20 días que se consumieron. Por tanto, sumando las dos suspensiones consumieron 120 días, y no obstante, no puede reponer hasta 90 días, sino sólo 20 del período inmediatamente anterior.

- Como hemos visto, el artículo 3.4 determina que si un trabajador ha sido beneficiario de la reposición en el caso de suspensión-suspensión, no tendrá derecho a la reposición ulterior en el caso de una futura extinción del contrato. Esta circunstancia la deberá de tener en cuenta el trabajador al decidir si le interesa o no acogerse a la reposición, por cuanto puede estar excluyendo la reposición en el caso de una futura extinción contractual.

II. LA BONIFICACIÓN EN LA COTIZACIÓN EMPRESARIAL A LA SEGURIDAD SOCIAL EN LOS SUPUESTOS DE REGULACIONES TEMPORALES DE EMPLEO (ART. 1)

Otra medida que contempla el RDL 2/2009 es la incorporación de una nueva bonificación en la cotización empresarial a la Seguridad Social en los supuestos de regulaciones temporales de empleo. Veamos los requisitos a los que se sujeta y los efectos que tienen para la cotización empresarial.

II.1. Requisitos para el disfrute de la bonificación:

Para que tenga lugar la bonificación, son precisos la concurrencia de estos requisitos:

a) Que se hubiera acordado la suspensión de contrato o reducción temporal de jornada que hayan sido autorizadas en expedientes de regulación de empleo, incluidas las sus-

pensiones de contratos colectivas tramitadas de conformidad con la legislación concursal.

Se está refiriendo por tanto a aquellos supuestos en que se proceda por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción a un ajuste temporal del empleo con la perspectiva de garantizar la continuidad de la empresa y de los puestos de trabajo.

b) Que las “solicitudes de regulación de empleo” se hubieran presentando desde el 1 de Octubre de 2008, hasta el 31 de Diciembre de 2009.

Se tiene en cuenta la fecha de la solicitud, si bien se le da efectos retroactivos, a un momento anterior a la publicación del Decreto Ley.

Esto determina que suspensiones de contratos que puedan tener efectos de forma simultánea, tendrán un tratamiento en la cotización a la Seguridad Social distinto según la fecha en que solicitaron, ya sea antes o después del 1 de Octubre de 2008, determinando además que se penaliza a las empresas que han cursado la solicitud de forma planificada y con mayor intervalo temporal. Por otra parte no se justifica ese tratamiento en razones de seguridad jurídica pues las solicitudes a partir del 1 de Octubre de 2008 en modo alguno contaban tampoco con ninguna expectativa en este sentido que debiera ser atendida. Es por ello que de tomar en cuenta el criterio temporal de los efectos de la suspensión y no la fecha de la solicitud, no se producirían dichas diferencias de tratamiento.

c) Es preciso que la empresa se encuentre al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias y de Seguridad Social durante todo el período de aplicación de la bonificación -art. 5 Ley 43/2006-, y operan las exclusiones de relaciones laborales especiales y de familiares previstas en las letras a) y b) del art. 6 de dicha Ley 43/2006.

d) El requisito del mantenimiento del empleo.

- Es necesario que el empresario se comprometa “a mantener en el empleo a los trabajadores afectados durante al menos un año” con posterioridad a la suspensión o reducción autorizada. El término mantener en el empleo puede plantear la cuestión de si se refiere simplemente a la vigencia del contrato de trabajo, o si además implica la prestación efectiva de servicios descartando el recurso a una ulterior suspensión de la relación laboral durante ese periodo. Más bien parece que se está refiriendo a no despedir a los trabajadores afectados por la suspensión durante un año, aunque como vamos a ver, esto no es una regla absoluta, ya que tiene ciertas excepciones. En todo caso, se trata de mantener a los trabajadores afectados por la suspensión, y no al volumen de empleo en el conjunto de la empresa.

- La norma permite determinados supuestos en los que no se considera incumplida dicha obligación, entre las que se encuentran el despido disciplinario “declarado o reconocido como procedente” además de la dimisión, muerte, jubilación o incapacidad del trabajador. La procedencia del despido sólo puede ser declarada judicialmente, aunque la alusión a que la procedencia sea “reconocida” pudiera plantear la cuestión de si pudiera ser suficiente la voluntad del trabajador. Por ejemplo, ante el despido disciplinario el trabajador no formula demanda, lo que plantea el problema de si ello implica el reconocimiento de la procedencia y si ello puede suponer la pérdida de la bonificación. La cuestión no es fácil de resolver, máxime cuando el empresario no puede imponer al trabajador que demande para que se declare la procedencia, por lo que, desde el punto de vista práctico, la falta de acción puede asimilarse al reconocimiento de la procedencia a efectos, al menos, del mantenimiento de la bonificación.

- Es importante resaltar que no se comprende entre estas causas que permite extinguir

el contrato dentro del año, manteniendo la bonificación, la extinción del contrato por vencimiento del plazo, como sucede en los contratos de carácter temporal. Es por ello que si los trabajadores con un contrato temporal fueran objeto de la suspensión o reducción temporal de jornada, si se extinguiera el contrato durante el año siguiente a la finalización de la medida, la empresa perdería el derecho a la bonificación.

Al margen de la cuestión de la oportunidad de bonificar la suspensión de los contratos temporales, llamamos la atención de que en este contexto a la empresa no le es irrelevante la selección de los trabajadores afectados por la suspensión o reducción de jornada, pues si incluye a los temporales, en la medida que pueda extinguirse durante el año siguiente ese contrato, generará un incremento de los costes para el empresario, a diferencia de lo que sucedería si el trabajador afectado por la suspensión o reducción de jornada fuera fijo. Por tanto esta medida puede determinar el cuestionable resultado de que la empresa tenga interés en suspender los contratos del personal fijo de plantilla antes que los temporales, lo que carece de cualquier lógica en el marco de una política racional de empleo.

II.2. Efectos de la bonificación: Cuantía, compatibilidad y duración temporal.

La bonificación supone por tanto una reducción de los costes empresariales en caso de acudir a la suspensión de los contratos de trabajo, ya que no se verá obligada a satisfacer la totalidad de las cotizaciones de los trabajadores, sino que tendrá una bonificación a las cotizaciones empresariales por contingencias comunes a la Seguridad Social en un 50 por 100.

De esta forma, la empresa, además de dejar de abonar el salario, deja de abonar el 50 por ciento de las cotizaciones por contingencias comunes por el período de suspensión del contrato. El objetivo de la medida es hacer más ventajosa la suspensión de contratos y evitar, en lo posible, que la empresa tenga que acudir a la extinción y por tanto al despido de los trabajadores.

- Las bonificaciones serán compatibles con otras ayudas públicas previstas con la misma finalidad, incluidas las reguladas en el Programa de fomento de empleo, sin que en ningún caso la suma de las bonificaciones aplicables pueda superar el 100% de la cuota empresarial a la Seguridad Social.
- La bonificación tiene un límite de 240 días durante los que se puede extender como máximo por cada trabajador, por lo que si la suspensión excede de ese plazo, se tendrá que cotizar por el 100 por 100 a partir de ese momento.

Este plazo puede plantear el problema de si se refiere a cada uno de los supuestos concretos de suspensión del contrato o reducción temporal de jornada, o si puede computarse de forma acumulada en distintos periodos sucesivos. Una interpretación sistemática de la norma podría concluirse con que se refiere a cada uno de los periodos, lo que puede determinar que una misma anualidad se pueda sobrepasar dicho límite simplemente fragmentando los periodos de suspensión o reducción. Es una cuestión que debería aclararse de forma concluyente en lugar de dejarse a los criterios de interpretación y aplicación del desarrollo reglamentario o de la práctica administrativa.

SEGUNDA PARTE:

EL NUEVO SISTEMA DE INCENTIVOS A LA CONTRATACIÓN SEGÚN LAS PRESTACIONES POR DESEMPLEO DEL TRABAJADOR.**1. La nueva “política” de incentivos a la contratación y su carácter contrario a la igualdad.**

El artículo 5 se regula una novedosa medida que tiene por objeto incentivar al empresario para la contratación indefinida de trabajadores beneficiarios de las prestaciones por desempleo, como medida de política activa de empleo de aplicación preferente sobre las políticas meramente pasivas. En este sentido la empresa que contrate a un trabajador desempleado que perciba prestaciones por desempleo podrá bonificarse el 100 por 100 de la cuota empresarial por contingencias comunes de la Seguridad Social, hasta alcanzar como máximo el equivalente del importe de la prestación que tuviera pendiente de percibir a la fecha de entrada en vigor del contrato, con un máximo de duración de la bonificación de tres años. Esta medida se aplicará, no sólo a quienes perciben prestaciones contributivas, sino también a desempleados que perciben el subsidio asistencial y la renta activa de inserción.

Esta medida presenta una novedad importante dentro del sistema que se venía aplicando de políticas activas de empleo, pues toma en consideración para reconocer la ayuda a la contratación, nada menos que el conjunto de derechos económicos que había causado el trabajador o trabajadora en el ámbito de la protección por desempleo.

De esta forma, se bonifica la contratación de los trabajadores, no en función de sus dificultades objetivas de acceso al empleo, o por su pertenencia a ciertos colectivos con dificultades de inserción laboral, o en función de sus cargas o situación familiar. Por el contrario el beneficio empresarial por la contratación del trabajador se hace depender de la mayor protección social de la que gozara el trabajador en el momento de su colocación. Quienes menor protección social tuvieran reciben una menor bonificación, frente a los que pudieran tener mayor duración y cuantía de las prestaciones que tuvieran reconocidas en ese momento, que serán los que mayor beneficio le reporte a la empresa su contratación.

Es por ello que se trata de una política de empleo que en modo alguno atiende a las necesidades de colocación de los trabajadores, sino a la colocación de quienes en otro caso supondrían un mayor gasto social.

Es cierto que la empresa se beneficia económicamente de las bonificaciones y el trabajador no pierde, en principio, tales prestaciones, por lo que el resultado para las cuentas públicas puede que no sea finalmente el de un ahorro de costes, aunque si una demora en el abono de prestaciones, pues el ritmo de liquidación de la bonificación es casi siempre inferior al del abono de las prestaciones al trabajador. Pero al margen de la ello, en la práctica se prima la colocación de los trabajadores que mayor carga económica supondría para el sistema de desempleo.

Esto plantea el problema esencial de si se trata de una medida discriminatoria, o al menos contraria a la igualdad de los beneficiarios de las prestaciones por desempleo a la hora incentivar su colocación, pues genera efectos desproporcionados e injustificados en perjuicio de quienes menor protección social pueden tener, frente a los desemple-

ados que puedan tener menores dificultades de colocación, pero que se estimula en forma muy importante su contratación si tuvieran prestaciones por desempleo pendientes de percibir en cuantía relevante.

Obsérvese que la bonificación puede alcanzar nada menos que hasta tres años del 100 por 100 de la cota empresarial por contingencias comunes, que podría alcanzar cuantías superiores a los 18.000 euros, muy superiores a las que se le puedan reconocer a la colocación de cualquier otro trabajador o trabajadora con dificultades de inserción tal y como se recoge en la Ley 43/2006, de 29 de Diciembre.

Al margen de la lógica a la que responda esta línea de fomento de la contratación, su instrumentación práctica plantea algunas cuestiones que es preciso clarificar.

2. Requisitos para el reconocimiento del incentivo a la contratación:

- La contratación indefinida de los trabajadores.

Quedan excluidos los supuestos de contratación temporal, en línea con el fomento de empleo de la contratación estable.

- Incluye tanto a los desempleados acogidos al nivel contributivo como asistencial.

Así, aunque la rúbrica del art. 5 se refiere a los beneficiarios de prestaciones por desempleo, en su desarrollo se contempla la contratación tanto a los beneficiarios de prestaciones como a los de subsidio por desempleo, o de la renta activa de inserción, con lo que se incluye plenamente el nivel asistencial.

- El plazo de 3 meses de percepción de prestaciones contributivas.

Un requisito importante que hay que tener en cuenta para que opere la bonificación es que, según el apartado 3 del art. 5, es preciso que los desempleados beneficiarios de protección contributiva deben de haber percibido la prestación durante al menos tres meses.

Esto plantea por una parte problemas de cómputo, en el sentido de si han de ser o no continuados pues la norma solo exige percibir prestaciones y no situación ininterrumpida de desempleo. En el caso de que el trabajador hubiera percibido tres meses de prestación, pero en distintos períodos de actividad y colocación, habría que decidir si reúne el requisito para acceder a la bonificación en su contratación indefinida. Este requisito no se exige en el caso de subsidio por desempleo, ni siquiera cuando se reconoce directamente tras la extinción del contrato.

En todo caso esta medida igualmente retarda la colocación de estos trabajadores, y que sólo podría justificarse en la suposición de que tales trabajadores pueden encontrar empleo sin necesidad de tal bonificación, lo que no deja de ser una mera ficción legal, pues durante ese tiempo los trabajadores no solo consumen prestaciones sino que pueden perder oportunidades de colocación. Si acaso una limitación proporcional de la bonificación en tiempo inversamente proporcional a la situación legal de desempleo hubiera cubierto la finalidad legal, sin limitar las posibilidades de colocación de estos trabajadores.

- Exclusiones.

Son aplicables las normas previstas en la Sección 1ª del Capítulo 1 de la Ley 43/2006, lo que supone, de forma general, las siguientes exigencias:

- Están excluidas de la bonificación las contrataciones realizadas con trabajadores que en los veinticuatro meses anteriores a la fecha de la contratación hubiesen prestado servicios en la misma empresa, grupo de empresas o entidad mediante un contrato por tiempo indefinido, o en los últimos seis meses mediante un contrato de duración determinada o temporal o mediante un contrato formativo, de relevo o de sustitución por jubilación (art. 6.1 Ley 43/2006), incluyendo los supuestos de sucesión de empresa.
- Y del mismo modo, opera la exclusión que se deriva del art. 6.1 de la Ley 43/2006, que es aplicable (art. 5.8 RDL 2/2009), de que no es posible el incentivo en caso de contratación de trabajadores que hayan finalizado su relación laboral de carácter indefinido en otra empresa en un plazo de tres meses previos a la formalización del contrato. Esta exclusión no se aplicará cuando la finalización del contrato sea por despido reconocido o declarado improcedente, o por despido colectivo. Es criticable que no se incluyan el despido objetivo, aunque habría que entenderlo en una interpretación sistemática.
- El consentimiento del trabajador contratado.

Llama la atención que la norma exija el consentimiento del trabajador para que pueda tener lugar el reconocimiento de la bonificación por su contratación. Según el art. 5.5, “la aplicación de la bonificación prevista en este artículo requerirá el consentimiento del trabajador desempleado, que se expresará en el contrato de trabajo”. En correspondencia con ello, se contempla un modelo especial de contrato, lo que sólo afecta a la documentación del mismo, pero no al conjunto de derechos como contrato indefinido.

Ahora bien, ello no supone que el trabajador sufra algún perjuicio por esa circunstancia. Por el contrario, “el disfrute de la bonificación por el empresario no afectará al derecho del trabajador a las prestaciones por desempleo que le restasen por percibir en el momento de la colocación, que se podrán mantener si se trata de un contrato a tiempo parcial o recuperar en el futuro si así corresponde aplicando lo establecido en la legislación vigente.”

- Incompatibilidad con otras bonificaciones.

La bonificación no es compatible con otras que pudieran corresponder por la contratación de trabajadores, en particular, con arreglo al programa previsto en la Ley 43/2006, de modo que el beneficiario, es decir la empresa, deber optar por la que considere más conveniente.

- El vencimiento del programa de incentivos: Contratos realizados durante 2009.

En la redacción de la norma, sólo se comprenden las contrataciones que se realicen hasta el 31 de diciembre de 2009, lo que pone en evidencia el carácter temporal de la medida, a la espera de ulteriores renovaciones en función de la evaluación que se haga de sus resultados. Por tanto, en principio es necesario que el contrato se formalice antes de que termine 2009, aunque los efectos de la bonificación se pueden prolongar más allá.

3. La Cuantía de la Bonificación y problemas de coordinación con las distintas prestaciones del trabajador.

La cuantía de la bonificación a la contratación será del 100 por 100 en la cuota empresarial a la Seguridad Social por contingencias comunes hasta que la cuantía de la bonificación alcance un importe equivalente a la cuantía bruta de la prestación, subsidio o Renta Activa de Inserción que tuviera pendiente de percibir en la fecha de inicio de la relación laboral, sin que en ningún caso la bonificación pueda superar los tres años de duración.

Si el contrato fuera a tiempo parcial, la cuantía de la bonificación se reducirá en proporción a la jornada pactada. Si el contrato fuera para trabajos fijos discontinuos, la bonificación sólo se aplicará a los períodos de ocupación del trabajador.

La cuantía global de la bonificación quedará fijada en la fecha de inicio de la relación laboral y no se modificará por las circunstancias que se produzcan con posterioridad, salvo cuando se varíe la jornada pactada o el tipo de contrato, en cuyo caso se aplicará por el empresario lo establecido en los apartados anteriores sobre el importe de la bonificación pendiente de disfrutar a partir de ese momento.

Ahora bien esto plantea problemas prácticos en orden a cuantificar la bonificación de la que se puede beneficiar la empresa, pues el apartado 1 se refiere a la cuantía bruta de la prestación subsidio o renta “que tuviera pendiente de percibir” en la fecha de la contratación.

Pues bien puede darse el caso que la cuantía de la prestación que quedara pendiente en esa fecha sea notablemente inferior de la cuantía del subsidio que se reconocería con posterioridad, el cual puede prolongarse durante muchos meses más que la prestación pendiente. Así por ejemplo, un trabajador puede tener derecho a cuatro meses de prestación contributiva y a 24 meses de subsidio. Si la bonificación exige que hubiera agotado tres meses de prestación contributiva, en ese momento sólo tendría derecho a un mes de prestación, y esa sería la ayuda que recibiría la empresa. Por el contrario, si lo contrata tras el agotamiento de la prestación contributiva y reconocido el subsidio, la empresa tendría derecho a la bonificación hasta la cuantía de 24 meses de subsidio.

Esto hace que el incentivo a la contratación puede operar en la práctica como un incentivo al retraso en la colocación de dichos trabajadores, que cuando se vaya reduciendo progresivamente la prestación por desempleo pendiente, serán objeto de bonificación su contratación en mayor cuantía cuando accedan al nivel asistencial. Pudiera considerarse lógico que un trabajador que percibe el subsidio sea objeto de mayor bonificación que el que percibe prestación, pero es justo lo contrario del modelo legal implantado por el RDL. Y puede propiciar prácticas de retraso en las contrataciones que pueden tener difícil justificación.

4. Reconocimiento de la bonificación.

Desde el punto de vista de la gestión de la bonificación, se aplicará por los empleadores con carácter automático en los correspondientes documentos de cotización, sin perjuicio de su control y revisión por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, por la Tesorería General de Seguridad Social y por el Servicio Público de Empleo Estatal.

El empleador, a efectos del cálculo de la duración de las bonificaciones, requerirá al trabajador un certificado del Servicio Público de Empleo Estatal sobre el importe de la prestación o subsidio por desempleo o Renta Activa de Inserción pendiente de percibir en la fecha prevista de inicio de la relación laboral.

5. El requisito del mantenimiento de la estabilidad en el empleo.

Como requisito para el mantenimiento de la bonificación, el empleador deberá mantener la estabilidad en el empleo del trabajador contratado durante al menos un año.

Esto en modo alguno implica que la empresa tenga obligación de mantener el volumen general de empleo, por lo que puede acudir al despido injustificado de otros trabajadores y no obstante ello, mantener la bonificación.

Llama la atención lo particularmente corto que resulta el periodo durante el que la empresa se ha de comprometer a mantener al trabajador objeto de bonificación en su plantilla, pues transcurrido el año puede despedirlo de forma improcedente, y a pesar de ello mantiene la bonificación de la que ha disfrutado durante el año de vigencia del contrato. De esta forma operarían las bonificaciones en la práctica como estímulos a la contratación de hasta un año, lejos por completo de cualquier idea de estabilidad en el empleo. La empresa no tendría notables dificultades para el despido improcedente que podría hacerle frente con 45 días de salario, y que es muy inferior al beneficio que habrá obtenido como sería la bonificación del 100 por 100 de la cuota empresarial a la Seguridad Social por contingencias comunes.

No se considera incumplida esta obligación cuando el contrato de trabajo se extinga por despido disciplinario declarado o reconocido como procedente, por dimisión, muerte, jubilación o incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez del trabajador.

Pero si se considera incumplida la obligación en caso de despido colectivo tramitado por expediente de regulación de empleo, o despido objetivo, lo que descarta que la empresa pueda utilizar medidas de regulación de empleo durante un año desde la contratación, aunque existan razones justificativas, al menos si pretende mantener tal bonificación, ya que en caso contrario debería de proceder al reintegro.

Puede plantear problemas la alusión al despido declarado o reconocido procedente, que permite a la empresa mantener la bonificación. Al margen de que ello pueda suponer admitir la voluntad del trabajador, lo cierto es que si el trabajador no demanda, la empresa no puede obtener una declaración de procedencia, con lo que no podría exigírsele un requisito que no puede cumplir, como no sea el absurdo de que la empresa demande por despido para declarar la procedencia.

6. La bonificación no afecta a las prestaciones o subsidios que pudiera percibir el trabajador contratado.

Ahora bien, ello no supone que el trabajador sufra algún perjuicio por esa circunstancia. Por el contrario, “el disfrute de la bonificación por el empresario no afectará al derecho del trabajador a las prestaciones por desempleo que le restasen por percibir en el momento de la colocación, que se podrán mantener si se trata de un contrato a tiempo parcial o recuperar en el futuro si así corresponde aplicando lo establecido en la legislación vigente.”

De esta forma, aunque la empresa haga efectiva la bonificación en función de la prestación por desempleo que le corresponda al trabajador, ello no significa que dicha prestación se consuma.

No se extiende esta garantía al subsidio por desempleo, a pesar de que igualmente se puede reconocer como incentivo a favor de la empresa, pero ello se debe interpretar por cuanto el subsidio no es objeto de consumición en ningún caso, ya que si de nuevo el trabajador incurre en situación de desempleo, se reconocerá el subsidio con arreglo a las circunstancias que concurran en el nuevo hecho causante.

TERCERA PARTE:**OTRAS MODIFICACIONES EN MATERIA DE INCENTIVOS,
PROTECCIÓN POR DESEMPLEO Y CONVENIO ESPECIAL EN CASO DE
DESPIDO COLECTIVO.****1. Eliminación del periodo de espera en el acceso a los subsidios por
desempleo—art. 4- .**

El art. 4 suprime el plazo de espera de un mes para el percibo del subsidio de desempleo que hasta ahora se aplicaba en determinados supuestos regulados en los arts. 215.1.1 y 215.1.3 LGSS. Se trata de una medida que facilita el abono del subsidio por desempleo sin tener que el beneficiario tenga que esperar un mes sin protección social de ningún tipo. Esto afecta a todos los desempleados en general que accedan al subsidio, al margen de que provengan o no de un expediente de regulación de empleo o despido objetivo, a diferencia de otras medidas contenidas en el RDL, como el derecho a la reposición.

Al margen de las cuestiones técnicas de como se redacta el precepto (en el apartado 1 parece que lo que se suprime es simplemente la obligación de figurar inscritos como demandantes de empleo durante el periodo de espera y no propiamente la supresión de tal periodo de espera), hay que tener en cuenta el carácter temporal que tiene la medida y que agota sus efectos a las situaciones protegidas por el subsidio por desempleo que se produzcan hasta el 31 de Diciembre de 2009, limitándose de esta forma el beneficio social a un periodo temporal muy reducido.

Por tanto los que cobren prestación por desempleo durante 2009 pero se les extinga ya en el 2010, si que tendrán que verse sometidos al periodo de espera de un mes sin protección social de ningún tipo.

**2. El Convenio Especial en determinados expedientes de regulación de
empleo –(art. 2-).**

Se introduce una modificación en la regulación del convenio especial de la Seguridad Social que se suscribe en el marco de determinados expedientes de regulación de empleo de empresas no concursadas en procedimiento concursal. Mediante el convenio se mantienen las bases de cotización que se tenían en situación de activo. El art. 51.15 del ET determina que la empresa tendrá que abonar dicho convenio, si bien en su desarrollo por la Disposición Adicional Trigésima Primera de la LGSS, la cotización empresarial se mantiene hasta que el trabajador cumple los 61 años, de modo que a partir de ese momento y hasta la jubilación, la financiación del convenio corre a cargo del trabajador.

Con la reforma operada por el RDL 2/2009, se trata de asegurar que si el trabajador encuentra ocupación durante el tiempo en que se venía operando el convenio especial, las cotizaciones efectuadas por el empresario durante los periodos de actividad laboral que se desarrollen durante la vigencia del convenio especial no se apliquen a libe-

rar a la empresa del pago de dicho convenio, sino al período que debe sufragar el trabajador a partir de los sesenta y un años.

El objetivo de esta medida es, según reconoce el propio RDL, fomentar la prolongación de la vida activa, ya que el trabajador se beneficia por el trabajo que pueda desarrollar, no sólo por el salario que pueda generar, sino por cuanto con ello está reduciendo su obligación de financiar el convenio a partir de los 61 años.

Sin embargo, la reforma sigue sin variar las empresas que tienen obligación de formalizar dicho convenio especial cuando acometen un despido colectivo, pues el art. 51.15 del ET excluye de la obligación de formalizar el convenio especial en favor de los trabajadores a las empresas que se encuentren en proceso concursal. Esta diferencia de tratamiento deriva directamente de la declaración del concurso y no de la concreta situación económica en la que se encuentra la empresa, ni siquiera de sus posibilidades de viabilidad, por lo que incluso empresas solventes y con capacidad para hacer frente a los gastos del convenio pueden eludirlo como un efecto añadido de la declaración del concurso.

Además es posible que la empresa que no se encuentra en concurso al autorizarse la extinción colectiva de los contratos, pueda ser declarada con posterioridad, incluso durante la vigencia del convenio especial. Esta diferencia de tratamiento no justifica la diferente protección de los trabajadores afectados por la extinción de los contratos, cuando no se corresponde necesariamente con la situación económica de la empresa. Las empresas aunque se encuentren en concurso solo deberían quedar exoneradas cuando su situación económica impida atender los compromisos del convenio especial.

Otra cuestión que se mantiene en la regulación que hace el RDL de la Disposición Adicional Trigésima Primera de la LGSS es la obligación del trabajador de asumir a su exclusivo cargo el pago del convenio especial a partir de los 61 años de edad. Ciertamente la reforma posibilita que el trabajador se beneficie por los periodos de actividad que hubiera realizado durante el tiempo en el que la financiación del convenio especial fuera a cargo del empresario, pero esto no determina que fuera de estos supuestos el trabajador pueda liberarse del pago del convenio especial cuando su situación económica no le permita atenderlo, como sucede cuando se encuentra en desempleo, y que incluso en situación protegida son más que evidentes las dificultades para asumir dicha financiación. Ciertamente se podría haber aprovechado la ocasión para eliminar la inseguridad jurídica en la que se mueve esta previsión, máxime cuando en su aplicación práctica el INSS mantiene que este convenio especial se rige por las normas reguladoras del convenio ordinario en cuanto a las causas de extinción, por lo que no aplica el supuesto que hace obligatorio del mismo. Esto supone que la mención expresa al carácter obligatorio para el trabajador de la cotización del convenio especial sea un tanto imprecisa y genera inseguridad jurídica en los casos en que el trabajador pueda voluntariamente dejar de hacer frente a tales pagos de acuerdo con su situación económica.

3. Otros incentivos a la contratación: La contratación de trabajadores a tiempo parcial.

El capítulo III se recogen dos medidas dirigidas al impulso de los contratos indefinidos a tiempo parcial, como tipo de contrato que, por su estabilidad, por las ventajas que ofrece de cara a una mejor conciliación de la vida laboral y familiar y para una más adecuada organización del trabajo puede resultar especialmente atractivo para trabajadores

y empresarios, favoreciendo la creación de un tipo de empleo estable que en otros países europeos tiene unas tasas muy elevadas, tasas que suelen asociarse a índices de empleo también muy elevados. Con esta finalidad, el artículo 6 introduce dos modificaciones en la Ley 43/2006, de 29 de diciembre para la Mejora del Crecimiento y del Empleo: la primera de ellas incluye entre los trabajadores cuya contratación puede dar lugar a bonificación, si está incluido entre los colectivos regulados en el programa de fomento de empleo, al demandante de mejor empleo que, siendo trabajador a tiempo parcial con una jornada muy reducida -inferior a un tercio de la jornada a tiempo completo- es contratado en otra empresa; la segunda medida supone incentivar proporcionalmente más el contrato a tiempo parcial frente al contrato de jornada completa.

Estas medidas se complementan con otras incluidas en la parte final del Real Decretoley. En primer lugar, debe destacarse la disposición adicional segunda, en la que se establece la demora de la materialización de los excedentes de ingresos que financian las prestaciones de carácter contributivo y demás gastos necesarios para su gestión, resultantes de la ejecución presupuestaria correspondiente al ejercicio 2008. En segundo lugar, la disposición final primera habilita al Gobierno para prorrogar el Plan Extraordinario de medidas de orientación, formación profesional e inserción laboral aprobado en abril de 2008, con el fin de proporcionar un mejor servicio al creciente número de personas desempleadas, en particular en lo que se refiere a la orientación profesional para lograr una más rápida inserción laboral. ♦

Novedades

EN LA DOCTRINA JUDICIAL EN MATERIA SOCIO-LABORAL

Sentencias del Tribunal Constitucional, Tribunal Supremo y Tribunales Superiores de Justicia.

Recoipilación realizada por el Gabinete Estudios Jurídicos CC.OO.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 48/2009, de 23 de febrero, Rec. Amp. 1306/06.

SANCIÓN AL EMPRESARIO EN MATERIA DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES: SI LA ADMINISTRACIÓN DECIDE ARCHIVAR EL EXPEDIENTE, EL TRABAJADOR VÍCTIMA DEL ACCIDENTE NO TENDRÁ LEGITIMACIÓN PARA RECURRIR ANTE EL ORDEN CONTENCIOSO A FIN DE OBTENER LA IMPOSICIÓN DE UNA SANCIÓN.

Tras un accidente de trabajo, se tramitó expediente sancionador que concluyó con el archivo. Ante esa decisión administrativa, el trabajador formuló acción para conseguir la imposición de una sanción administrativa. Según el TC, la sanción supone el ejercicio de una potestad exclusiva de la Administración. El TC niega por tanto que si la Administración ha decidido archivar el expediente, pueda el trabajador instar una demanda judicial para asegurar la imposición de una sanción. Se trata de una doctrina constitucional muy cuestionable, que convierte las normas sancionadora en materia de prevención de riesgos laborales en una mera potestad pública que sólo generan facultades para la Administración, desconociendo por completo la posición de la víctima en esa relación jurídica, y despojando al trabajador que ha sufrido el accidente de legitimación para el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración. Parece que lo único que queda es el ejercicio de acciones penales, donde la jurisprudencia constitucional no parece haber excluido a la víctima de la posibilidad de recurrir la decisión de archivo. Seguramente la única solución sea, como apunta la propia sentencia, que el proceso sancionador en materia laboral contemple de una vez al trabajador y a los sujetos colectivos como interesados de pleno derecho, y por tanto, susceptible de instar el control judicial de la potestad sancionadora de la administración, y no sólo de forma indirecta o refleja, como admite el TC.

En otros supuestos, la intervención del trabajador podría ser o no admitida: Si existe sanción administrativa, quedaría por ver si puede intervenir en la vía judicial a efectos de recurrir la sanción a efectos de una más adecuada tipificación o en general elevar la sanción. Si existe sanción y recurre la empresa, no hay duda de que el trabajador si puede formar parte del proceso contencioso, y ha de ser emplazado.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 2/2009, de 12 de enero, Rec. Amp. 4319/2005.

DISCRIMINACIÓN POR RAZONES SINDICALES DE UN DELEGADO DE PERSONAL, MEDIANTE LA IMPOSICIÓN DE DIVERSAS SANCIONES Y, EN ÚLTIMA INSTANCIA, SU DESPIDO, QUE FUE RECONOCIDO COMO IMPROCEDENTE POR LA EMPRESA. DESPIDO NULO.

Se trata de un caso de persecución empresarial a un trabajador cuando es objeto de elección como delegado de personal, que en un corto periodo de tiempo, e inmediatamente después de su nombramiento como delegado de personal, fue objeto de sucesivas sanciones (que, posteriormente, fueron conciliadas judicialmente por improcedentes), así como de una imposición arbitraria de vacaciones (que fue impugnada por el recurrente en ejercicio de sus funciones sindicales obteniendo una Sentencia favorable). Asimismo, y como consecuencia de la subrogación de la plantilla en una nueva empresa, fue aislado del resto de sus compañeros de trabajo, revocándose posteriormente su cargo de representante en una asamblea, que no presidió, convocada únicamente por los cuatro trabajadores que quedaban en la plantilla de la anterior empleadora, (tres de ellos vinculados a la dirección de la empresa). Finalmente fue despedido por pretendidas razones de reducción de plantilla, así como por falta de puntualidad y asistencia. En el curso del proceso por despido la empresa reconoció la improcedencia.

El TC considera que los elementos descritos conforman, de forma evidente, la existencia de un panorama indiciario suficiente como para que opere la inversión de la carga de la prueba, sin que la empresa haya podido justificar suficientemente las razones del cese alejadas del propósito discriminatorio. Como dice el FJ 3, “ya desde la STC 38/1981, de 23 de noviembre, hemos reconocido la necesidad de articular garantías a fin de preservar de cualquier injerencia u obstáculo el ejercicio de la libertad sindical. Entre ellas figura la garantía de indemnidad, que integra el derecho del trabajador a no sufrir, por razón de su afiliación o actividad sindical, menoscabo alguno en su situación profesional o económica en la empresa; menoscabo que se produce si el desempeño legítimo de la actividad sindical tiene consecuencias negativas para quien la realiza (entre otras muchas, SSTC 137/2008, de 27 de octubre, FJ 2; 200/2007, de 24 de septiembre, FJ 2; 257/2007, de 17 de diciembre, FJ 2; 183/2007, de 10 de septiembre, FJ 4; 168/2006, de 5 de junio, FJ 4; y 17/2005, de 1 de febrero, FJ 2)”. La conclusión es que el despido se declara nulo, de modo que la empresa no puede imponer la extinción del contrato mediante el abono de una indemnización.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 70/2009, de 23 de marzo, Rec. Amp. 2826/2004.

DERECHO FUNDAMENTAL A LA INTIMIDAD: DATOS SOBRE LA SALUD. LA ADMINISTRACIÓN NO PUEDE TOMAR EN CONSIDERACIÓN LOS DATOS QUE FIGURAN EN LOS INFORMES MÉDICOS PRIVADOS QUE FORMAN PARTE DE LA HISTORIA CLÍNICA DE UN FUNCIONARIO, QUE ÉSTE NO HABÍA APORTADO, A LOS EFECTOS DE DECLARAR SU JUBILACIÓN POR INCAPACIDAD PERMANENTE.

La Xunta de Galicia había acordado iniciar, de oficio, un procedimiento de jubilación por incapacidad permanente para el servicio de un profesor de enseñanza secundaria, a partir de dos informes médicos privados que formaban parte de su historia clínica,

y que obraban en poder de la Administración y que indicaban el padecimiento de un trastorno psíquico desde hacía varios años, que le habría llevado a pedir la e n distintas ocasiones y durante períodos de tiempo variables. El Equipo de Valoración de Incapacidades no pudo realizar el reconocimiento médico del interesado por la incomparecencia del mismo, no obstante lo cual se emitió informe propuesta de jubilación por incapacidad permanente, que finalmente fue acordada por el Conselleiro de Educación e Ordenación Universitaria de la Xunta de Galicia.

La sentencia del Tribunal Constitucional que ahora se comenta tiene que determinar si las resoluciones administrativas impugnadas vulneran el derecho a la intimidad del recurrente (art. 18.1 CE) al haber utilizado la Xunta de Galicia los antedichos informes médicos privados, y previa valoración del contenido del derecho fundamental a la intimidad concluye reseñando que el procedimiento administrativo en cuestión, al incorporar los citados informes y al utilizarlos como elemento de decisión, ha afectado al derecho fundamental a la intimidad personal del demandante de amparo.

El Tribunal Constitucional considera que la información relativa a la salud física o psíquica de una persona es no sólo una información íntima (SSTC 202/1994, de 4 de julio, FJ 2; y 62/2008, de 26 de mayo, FJ 2), sino además especialmente sensible desde este punto de vista y por tanto digna de especial protección desde la garantía del derecho a la intimidad (art. 6 del Convenio núm. 108 del Consejo de Europa, de 28 de enero de 1981, para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, así como el art. 8 de la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos). El derecho a la intimidad queda así relevantemente afectado cuando, sin consentimiento del paciente, se accede a datos relativos a su salud o a informes relativos a la misma. Reseña expresamente el Tribunal Constitucional que *“No resulta discutido que el procedimiento administrativo ha afectado a la intimidad del recurrente con la incorporación y valoración de dos informes médicos previos relativos a su salud psíquica realizados por el Médico psiquiatra que le atendía...”*, añadiendo que el sacrificio del derecho a la intimidad no se realizó de acuerdo con una previsión legal, ni de un modo respetuoso con las exigencias constitucionales derivadas de la aplicación de canon de proporcionalidad.

Aparte de que no existe norma legal que permita el acceso a tales datos, en el caso, tampoco es posible considerar proporcionada dicha intromisión (que persiga un fin legítimo de un modo idóneo, necesario y ventajoso desde la perspectiva constitucional), ya que aun cuando no se discuta la concurrencia de un interés legítimo -el interés público por garantizar la calidad en la prestación del servicio público educativo, que además implica la garantía del disfrute del derecho fundamental a la educación (art. 27.1 CE) y en el que está involucrado la protección de los menores (art. 39.4 CE)-, en el apartamiento de un funcionario de sus funciones docentes, si se entiende que su estado de salud no le permite atender adecuadamente a sus obligaciones, no se justifica la necesidad de proceder a la invasión de la intimidad de la persona sobre cuya jubilación se decidía, y de hacerlo a través de la incorporación y utilización de informes privados sobre su salud psíquica, dada la abundante documentación aportada al expediente y peculiarmente de la existencia de otros informes médicos y, en principio, de la posibilidad de evaluar la capacidad laboral del recurrente a través de los testimonios de sus superiores, o de sus compañeros, o incluso de los alumnos a los que impartía clase.

Finalmente, la sentencia del Tribunal Constitucional no se limita a la mera declaración de la vulneración del derecho a la intimidad (art. 18.1 CE), sino que también anula los efectos inmediatos de la misma, condena a la retroacción de las actuaciones al momento

oportuno del procedimiento administrativo, a fin de que con la exclusión de estos informes médicos, se dicte una nueva resolución administrativa respetuosa con el derecho fundamental reconocido, sin prejuzgar la corrección de la decisión de proceder a la jubilación por incapacidad permanente del demandante de amparo.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 10 febrero 2009, Rec. 771/08.

PROFESORES DE RELIGIÓN: CONSTITUYE UN DESPIDO NULO LA FALTA DE RENOVACIÓN DEL CONTRATO CUANDO RESULTA CONSTITUTIVA DE UNA VULNERACIÓN DE SUS DERECHOS FUNDAMENTALES. ES RESPONSABLE LA ADMINISTRACIÓN EDUCATIVA, SIN QUE SIRVA COMO EXCUSA QUE EL TRABAJADOR NO HUBIERA SIDO PROPUESTO PARA SU CONTRATACIÓN POR LA AUTORIDAD ECLESIASTICA.

Una trabajadora había prestado servicios como personal laboral para la Consejería de Educación Cultura y Deportes del Gobierno de Canarias como profesora de moral y religión católica desde septiembre de 1994 durante distintos periodos - que se correspondían con la duración de los cursos escolares- el último comprendido entre el 1 de octubre de 2000 al 4 de octubre de 2001. Había sido objeto de un anterior despido, declarado como nulo por lesivo de sus derechos fundamentales a la libertad de expresión, de sindicación y a la tutela judicial efectiva. La trabajadora no volvió a ser contratada desde que la Delegación Episcopal de Enseñanza remitiera a la Consejería relación de profesores no propuestos para los cursos 2001-2002, y 2002-2003, figurando la trabajadora en dicha relación, formulando nueva acción despido contra esta falta de contratación.

El Tribunal Supremo tiene que valorar tanto su calificación como el alcance de la responsabilidad que corresponde a la Administración Pública, teniendo en cuenta la aportación por la trabajadora de indicios racionales de que su falta de inclusión en la relación de profesores propuestos que realizó la autoridad eclesiástica estaba directamente conectada con el ejercicio por la trabajadora de los derechos fundamentales que ya provocaron su anterior despido, y con la impugnación judicial de este último.

Para ello, aplica los criterios que mantuvo en pronunciamientos muy recientes donde se abordada la calificación jurídica de la falta de contratación de los profesores de religión, así, las Sentencias del TS de 10 de diciembre de 2008 (Rec. 996/2008), 17 de diciembre de 2008 (Rec. 1082/2008), 28 de enero de 2009 (Rec. 768/2008) y 28 de enero de 2009 (Rec. 1576/2008), concluyendo en la existencia de un despido nulo del que es responsable la Administración Educativa.

A tal fin, considera que la actuación de la demandante en un conflicto laboral nada tiene que ver con la enseñanza de la religión católica, ni pone en cuestión la libertad de los padres, ni de las confesiones religiosas de determinar el contenido de esa enseñanza. Por otra parte, no se ha producido ninguna justificación de la falta de propuesta que permita excluir el móvil lesivo de los derechos fundamentales. La empleadora se limitó a invocar únicamente el cumplimiento del término del contrato, pero no acreditó, como le correspondía, que la decisión de no mantener la relación con la actora obedezca a un móvil ajeno a la lesión de los derechos fundamentales afectados, añadiendo que el hecho de que la Administración esté vinculada por la decisión de la autoridad eclesiástica no altera esta conclusión, porque, en virtud de la interposición que, por mi-

nisterio de la ley, se produce en la relación laboral de los profesores de religión, es la Administración la que tiene que asumir la responsabilidad frente al trabajador por los incumplimientos que se produzcan como consecuencia de las actuaciones de la autoridad eclesiástica, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiera establecerse entre las dos autoridades en función de la imputación final del incumplimiento.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO de 22 enero 2009, Rec. 4262/07.

EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL. LOS SALARIOS DE LOS TRABAJADORES CEDIDOS EN MISIÓN DEBEN COMPRENDER NO SÓLO LOS CONCEPTOS PREVISTOS EN EL CONVENIO COLECTIVO DE LA EMPRESA USUARIA, SINO TAMBIÉN LOS COMPLEMENTOS ABONADOS EN LA EMPRESA RECOGIDOS EN UN ACUERDO DE EMPRESA.

En esta sentencia se resuelve el conflicto colectivo planteado por CC.OO. respecto al alcance de la garantía retributiva que a favor de los trabajadores cedidos por Empresas de Trabajo Temporal establece el art. 11 de la Ley 14/1994, reguladora de las ETTs, donde se contempla el derecho de éstos a percibir, como mínimo, la retribución total establecida para el puesto de trabajo a desarrollar en el Convenio Colectivo aplicable a la empresa usuaria. En concreto, se planteaba si dicha garantía se limitaba única y exclusivamente a las retribuciones contempladas en el Convenio Colectivo sectorial de aplicación en la usuaria o si, además, también debía extenderse a los conceptos retributivos recogidos en un acuerdo de empresa suscrito entre la usuaria y su Comité de Empresa.

El Tribunal Supremo estima la reclamación formulada por CC.OO., reiterando la doctrina que estableció en sus anteriores sentencias de 25-09-2002 (RJ 2004, 5582) (rcud. 70/2002) y la más reciente de 7-02-2007 (RJ 2007, 1815) (rec. 104/2005). Considera que la mención del art. 11 de la Ley 14/1994 al «*convenio colectivo aplicable a la empresa usuaria*», no puede interpretarse en sentido estricto de convenio estatutario, sino en el amplio, que comprenda los distintos instrumentos de negociación colectiva, cualquiera que sea su naturaleza y eficacia, siempre que tengan en la práctica una aplicación general en la empresa usuaria. De no ser así, añade el Tribunal Supremo que «*...el efecto útil de la norma se vería perjudicado en todos aquellos supuestos en que o bien no existe un convenio colectivo aplicable que se haya tramitado por el cauce del Título III del ET, o bien las retribuciones de los convenios colectivos estatutarios o de eficacia general se han elevado a través de acuerdos o pactos de empresa.*»

Sobre esta base, el Tribunal Supremo sienta las siguientes conclusiones:

- 1.- Los trabajadores cedidos tienen derecho a percibir no solo las retribuciones fijadas en el convenio colectivo aplicable a la empresa usuaria sino el salario total que ésta abona a sus propios trabajadores, y por respeto a ese derecho, la empresa usuaria está obligada, por mandato del art. 11.1 de la Ley 14/1994 a «consignar dicho salario en el contrato de puesta a disposición del trabajador».
- 2.- La retribución total que resulta de aplicación en el ámbito de la usuaria actúa como «una garantía de mínimos» a favor de los trabajadores cedidos por Empresas de Trabajo temporal, de forma que incluso tales retribuciones totales puedan ser superadas por pacto entre la ETT y sus trabajadores.

3.- La garantía de abono a favor de los trabajadores cedidos por ETTs se extiende no solo a los conceptos salariales en sentido estricto, sino a todo tipo de «retribuciones», que es el concepto mas amplio que emplea el art. 11.1 de la Ley 14/1994. Y ello llevó a la sentencia ya citada de 7-2-07 (RJ 2007, 1815) a calificar como tal una «compensación por ayuda alimentaria», tras razonar que la obligación de abono alcanza a «las indemnizaciones o suplidos de los gastos realizados por el trabajador como consecuencia de la actividad laboral», pero no, como es lógico, a las «mejoras voluntarias de la Seguridad Social y la llamada acción social empresarial», ni tampoco a las «indemnizaciones por suspensiones y extinciones de la relación laboral».

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 19 febrero 2009 Rec. 2748/07.

EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL: RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DE LA EMPRESA DE TRABAJO TEMPORAL Y DE LA USUARIA POR FRAUDE EN LA SUSCRIPCIÓN DEL CONTRATO DE PUESTA A DISPOSICIÓN DE TRABAJADORES. CUANTIFICACIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO: CÓMPUTO DE LA ANTIGÜEDAD.

La sentencia recae en el procedimiento de despido entablado por un trabajador que había sido contratado por una Empresa de Temporal Temporal para prestar servicios como cedido en una empresa del sector eléctrico, en el desempeño de tareas informáticas –mantenimiento de bases de datos-. La prestación de servicios para la usuaria se desarrolló durante siete años a través de tres contratos temporales sucesivos, bajo la intermediación de dos Empresas de Trabajo diferentes. Durante el desarrollo de su actividad laboral, el trabajador había reclamado judicialmente su condición de fijo en la empresa eléctrica, notificándosele entre tanto la extinción de su contrato de trabajo por la decisión de la usuaria de proceder a la externalización de sus servicios de informática con una empresa especializada.

La sentencia declara al naturaleza fraudulenta de las contratación temporal realizada, ya que el trabajador cedido por las ETTs siempre realizó las mismas o similares funciones dirigidas a cubrir lo que eran necesidades permanentes de la empresa usuaria. A partir de ahí, concluye en la existencia de una cesión ilícita de trabajadores, de la que serían solidariamente responsables la usuaria y la ETT, ya que resulta ilegal la cesión de trabajadores no solamente cuando es llevada a cabo por empresas que no estén debidamente autorizadas como ETT, sino también cuando el contrato no se hubiese concertado en «los términos que legalmente se establezcan»; esto es, en los supuestos de contratación temporal legalmente autorizados, por así imponerlo la interpretación literal, sistemática e histórica del art. 43 ET -STS 04/07/06 -rcud 1077/05-, ya que el contrato de puesta a disposición no puede ser una vía para alterar el régimen general de la contratación temporal. En consecuencia, aprecia la existencia de un despido improcedente con la comunicación de extinción del contrato por la externalización de los servicios informáticos por decisión de la principal, del que serían responsables solidarios la usuaria y la ETT, conforme al art. 16.3 LETT, el art. 43.2 ET y el art. 6.4 CC.

En el punto referente a los períodos de prestación de servicios computables para la cuantificación de la indemnización por despido, lo entiende iniciado con el comienzo de la prestación de servicios del trabajador para la usuaria -aunque se hubieran producido con la suscripción de un contrato de puesta a disposición con una ETT diferente-, aunque entre el segundo y tercer contrato hubiesen mediado 27 días naturales, durante los cuales se per-

cibieron prestaciones por desempleo, ya que cabe el examen de toda la serie contractual sin atender con precisión aritmética a la duración de las soluciones de continuidad entre contratos sucesivos en aquellos supuestos en que se acredite una actuación empresarial en fraude de ley y al mismo tiempo la unidad esencial del vínculo laboral, de manera que en tales casos se computa la totalidad de los servicios para el cálculo de la indemnización por despido improcedente (así, entre las más recientes, las SSTS 27/02/07 -rcud 3473/05-; 08/03/07 -rcud 175/04-, dictada en Sala General; 17/12/07 -rcud 199/04-; 26/09/08 -rcud 4975/06-; 03/11/08 -rcud 3883/07-; y 15/01/09 -rcud 2302/07-). Con independencia de ello, aún para el caso de que no se hubiese apreciado un solo vínculo contractual por tiempo indefinido ya desde que se inició la prestación de servicios, el supuesto objeto de debate admitiría ejemplar aplicación de nuestra doctrina sobre la determinación de la antigüedad para sucesivos contratos temporales.

STSJ DE GALICIA DE 29 de Septiembre de 2008, Rec. 3606/2008
EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL: RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DE LA USUARIA EN EL DESPIDO NULO DE TRABAJADORA CEDIDA QUE SE ENCONTRABA EMBARAZADA.

La sentencia declara la nulidad del despido de una trabajadora sobre la consideración de que se encontraba embarazada en la fecha en que se produjo el despido, y no llegaron a apreciarse causas para justificar la procedencia de la decisión extintiva. Además, la sentencia aplica el criterio de imponer la declaración de nulidad del despido cuando no se encuentra justificado, aunque no llegue a acreditarse el conocimiento por la empresa de la situación de embarazo.

En el caso, se deba la circunstancia de que la trabajadora despedida prestaba servicios como cedida por una Empresa de Trabajo Temporal, y la sentencia declara la responsabilidad solidaria de la ETT y de la usuaria en las consecuencias del despido nulo, aun cuando no pudiera entenderse fraudulento el contrato de trabajo de obra o servicio que había suscrito la trabajadora, dado que dicha obra o servicio no había finalizado en la fecha en que se produjo la extinción y ésta se llevó a cabo a instancia de la empresa usuaria.

STSJ DEL PAÍS VASCO DE 18 de marzo de 2008, Rec. 304/2008
APLICACIÓN DEL DESPIDO NULO ANTE EL EMBARAZO DE LA MUJER, AUNQUE LA EMPRESA NO TENGA CONSTANCIA DE LA SITUACIÓN DE EMBARAZO.

La sentencia considera que la calificación del despido de las trabajadoras embarazadas sólo puede ser la de nulidad si no concurren causas válidas para el cese, añadiendo que tal calificación procede con independencia de que la empresa no tenga constancia de la realidad del embarazo, lo que constituye una doctrina que actualmente viene manteniéndose de forma pacífica.

Pero adiciona el matiz de que la declaración de nulidad del despido no se exceptiona por el hecho de que la empleadora pueda demostrar que la razón del cese, aunque no ajustada a derecho, es ajena a la situación de embarazo y que, en definitiva, su voluntad no era discriminar a la trabajadora en cuestión por razón del embarazo.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 3 febrero 2009, Rec. 2226/08.

RESPONSABILIDAD SUBSIDIARIA DEL FOGASA EN EL ABONO DE LA INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO OBJETIVO, PREVIA INSOLVENCIA DE LA EMPRESA: ES SUFICIENTE QUE LA INDEMNIZACIÓN SE ENCUENTRA RECOGIDA EN SENTENCIA RECAÍDA EN PROCEDIMIENTO DE RECLAMACIÓN DE CANTIDAD CONTRA LA EMPRESA, AUNQUE PUDIERA HABERSE DECLARADO LA EXISTENCIA DE UN DESPIDO COLECTIVO.

En la sentencia se plantea la responsabilidad subsidiaria del Fondo de Garantía Salarial, previa declaración de insolvencia de la empresa, en el abono del 60% de la indemnización legal por la extinción del contrato de trabajo por las causas objetivas –dificultades económicas de la empresa- al amparo del art. 52.c) ET, teniendo en cuenta que el trabajador afectado no había formulado acción de despido impugnando el cese, a pesar de que en función del número de trabajadores afectados podría apreciarse la existencia de un despido colectivo del art. 51 ET.

Considera el Tribunal Supremo que la responsabilidad subsidiaria del Fondo en el abono de la indemnización por la extinción del contrato por causas objetivas es necesario que las indemnizaciones por despido hayan sido «reconocidas como consecuencia de sentencia, auto, acto de conciliación judicial o resolución administrativa a favor de los trabajadores». No basta, por tanto, a los efectos de esta responsabilidad subsidiaria del Fogasa con que, de un modo u otro, aparezca en el ámbito de la controversia una indemnización por despido, sino que es ineludible, para que exista esta responsabilidad subsidiaria, que esa indemnización esté reconocida por alguno de los títulos habilitantes que puntualiza el citado art. 33-2.

Y añade que la sentencia de condena a la empresa al abono de estas indemnizaciones sirve a estos efectos, aunque haya recaído en procedimiento de reclamación de cantidad, sin exigir que se trate de una sentencia o resolución judicial recaída en procedimiento de despido, aunque por el número de trabajadores afectados pudiera apreciarse la existencia de un despido colectivo. Valora que la circunstancia de que los trabajadores no hubieran accionado por despido denunciando la existencia de un despido colectivo constituye una circunstancia que sólo a ellos perjudica, dada la posibilidad que tenían de acceder a mayores prestaciones del Fondo. Pero en modo alguno presupone que la falta de ejercicio de las acciones de despido responda a una instrumentación fraudulenta de las extinciones de contratos a fin de que los trabajadores pueden acceder a las prestaciones del Fondo.

Con esta sentencia, el Tribunal Supremo modifica el criterio que había mantenido en su anterior STS de 31-01-2008 Rcu. 3863/06, y ahora admite la posibilidad de exigir la responsabilidad subsidiaria del Fondo en el abono de la indemnización por la extinción del contrato por las causas objetivas del art. 52.c) ET siempre que se encuentre recogida en alguno de los títulos reseñados en el art. 33.2 ET, incluida la sentencia recaída en procedimiento de reclamación de cantidad contra la empresa, sin exigir la acción de despido a pesar de que pudiera apreciarse la existencia de un despido colectivo en función del número de trabajadores despedidos.

Ahora bien, no se altera el criterio expresado por el Tribunal Supremo expresado en sentencias de 16-11-2004 (rec. 127/2004), que a su vez se remite a las de 24-09-2002 (rec. 588/02) y 14-12-1999, en las que no se acepta la responsabilidad directa del Fondo de Garantía Salarial en el abono del 40% de la indemnización legal por la extinción del contrato de trabajo por las causas objetivas del art. 52.c) ET en empresas de menos de vein-

ticinco trabajadores, a la que se hace referencia en el art. 33.8 ET, cuando en función del número de extinciones de contratos podía calificarse la existencia de un despido colectivo y los trabajadores no formularon acciones de despido.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 17 febrero 2009, Rec. 142/07.

TRABAJADORES QUE REALIZAN COBROS Y PAGOS POR CUENTA DE LA EMPRESA: LOS DESCUADRES DE CAJA SON UN RIESGO INHERENTE A LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL DEL QUE NO SON RESPONSABLES LOS TRABAJADORES AFECTADOS, CUANDO NO PERCIBEN UN COMPLEMENTO DE QUEBRANTO DE MONEDA.

La sentencia que ahora se comenta confirma la dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional de fecha de 2 de julio de 2007, que estimó la acción de conflicto colectivo formulada por una determinada opción sindical contra RENFE Operadora y ADIF (Administrador de Infraestructuras Ferroviarias), declarando que cuando exista un quebranto de caja en las cuentas que realice un operario de Adif o de Renfe Operadora, en la venta de billetes de tren, el quebranto no debe ser sufragado por el trabajador afectado, declarando, asimismo, que el riesgo es por cuenta de la empresa respectiva. Se ha significar que la Sentencia de la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo valoran que el colectivo de trabajadores que realizaban funciones de cobros de billetes de tren no perciben ningún complemento retributivo por quebranto de moneda.

Tanto la Audiencia Nacional como el Tribunal Supremo consideran que la práctica empresarial que se combate en el procedimiento hace recaer en los trabajadores afectados, al parecer a cambio de nada, una parte de los riesgos empresariales, lo que no es compatible con el requisito de la ajenidad (art. 1.1 ET) que caracteriza el vínculo laboral y que, dejando al margen los deberes básicos que el art. 5 del ET atribuye al trabajador, y sin perjuicio igualmente de las facultades de dirección y control que incumben al empresario (art. 20 ET), incluidas, en su caso, las de orden disciplinario (arts. 54 y 58 ET), implica, como ha sido tradicionalmente reconocido por la jurisprudencia y por la doctrina científica, tanto la transmisión automática al empleador de los frutos del trabajo («ajenidad de los frutos») como la atribución al mismo sujeto de los riegos económicos o de explotación («ajenidad en los riegos»).

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 26 enero 2009, Rec. 3872/07.

PLUS DE PENOSIDAD: SE TIENE QUE RECONOCER AUNQUE EL PUESTO TENGA DE FORMA HABITUAL POR SU PROPIA NATURALEZA LAS CIRCUNSTANCIAS QUE LO JUSTIFICAN, PERO LA RETRIBUCIÓN NO SE HA FIJADO SEGÚN TALES CIRCUNSTANCIAS ESPECÍFICAS.

Una trabajadora que presta servicios como «trabajadora social» en un Centro de protección de menores dependiente de la Consejería de Asuntos Sociales de la Junta de Andalucía reclama el abono del «plus de penosidad» regulado en el art. 50 del V Convenio Colectivo del Personal Laboral al Servicio de la Junta de Andalucía, donde

expresamente contempla que el plus debe responder a circunstancias verdaderamente excepcionales. El centro donde prestaba servicios era abierto, en régimen de internado no cerrado de menores que presentaban conductas antisociales y violentas, siendo frecuentes los daños a mobiliario, posesión de armas blancas, con intimidaciones y agresiones a otros menores y personal del centro.

Para el Tribunal Supremo, aun cuando los artículos 50 y 58 señalan que el plus debe responder a circunstancias verdaderamente excepcionales, no están vedando su abono en los casos en que siendo la penosidad habitual o incluso inherente al puesto de trabajo que se desempeña, la retribución de quien lo sirve no ha sido fijada en atención a tales circunstancias, rompiendo así con el necesario equilibrio entre trabajo y salario. De esta forma, si las circunstancias negativas permanecen y la retribución no ha sido adaptada a ellas, es claro que el plus deberá ser satisfecho. El hecho de que, en función de las medidas que se vayan implantando, la existencia del plus pueda preverse como transitoria o limitada en el tiempo, no quiere decir que los trabajadores que siguen en los puestos de trabajo penosos deban dejar de percibir el complemento antes de que queden definitivamente eliminados tales riesgos. Lo lógico y razonable es que mantengan su derecho al plus hasta que las medidas de prevención logren suprimirlos, o hasta que su retribución se fije en atención a estos.

No se excluye el derecho de la trabajadora a la percepción del plus de penosidad por el hecho de que se hubiera acreditado que tales riesgos son inherentes a la prestación del servicio en el concreto centro donde desarrolla su actividad laboral, pues en tal caso, la Consejería demandada también habría tenido que probar que esas mismas condiciones de riesgo son igualmente inherentes a los restantes puestos de trabajo que sirven quienes ostentan la categoría de «trabajador social».

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE de 4 febrero 2009, Rec. 2477/07.

EL COMPLEMENTO DE PENOSIDAD POR RUIDO NO PUEDE SER COMPENSADO Y ABSORBIDO POR LAS RETRIBUCIONES SUPERIORES FIJADAS EN EL CONVENIO COLECTIVO PARA OTROS CONCEPTOS SALARIALES, PUES FALTA EL REQUISITO DE LA HOMOGENEIDAD PARA QUE OPERE LA COMPENSACIÓN.

Se cuestiona el derecho de los trabajadores que prestan servicios para una empresa de fabricación de azulejos a la percepción del complemento de penosidad, que se regula en el artículo 9 del Convenio Colectivo aplicable de Azulejos, Pavimentos y baldosas cerámicas de la provincia de Castellón, teniendo en cuenta que están sometidos a unos niveles de ruidos superiores a los 80 decibelios. La empleadora no discutía la penosidad de las condiciones de ejecución de la actividad laboral, pero entendía compensado tal complemento con el abono a los trabajadores afectados de otros complementos retributivos que, en su conjunto, suponía la percepción por éstos de unas retribuciones superiores a las contempladas en el Convenio.

El Tribunal Supremo declara el derecho de los trabajadores a la percepción del complemento de penosidad contemplado en el Convenio, rechazando la posibilidad de su compensación o neutralización con otras partidas salariales abonadas por la empresa, dada su falta de homogeneidad con aquél, aplicando el criterio que ya estableciera en pronunciamientos anteriores de la Sala, como la sentencia de 21 de enero de 2008 Recurso 4192/06.

En concreto, los complementos a compensar -«complemento no paro máquina», «plus apoyo hornero» e «incentivos 1»-, responden al hecho de no parar la máquina, a la disponibilidad para ayudar al hornero si tiene algún problema, y al trabajo a turnos, respectivamente, y no presentan el requisito de homogeneidad con el plus que la empresa pretende compensar -el de penosidad, peligrosidad y toxicidad-, que constituye un complemento vinculado a un puesto de trabajo, que tiende a retribuir la penosidad existente en razón a las especiales características que concurren debido a las circunstancias en las que se desarrolla el trabajo -ruido superior a 80 decibelios-.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 21 enero 2009, Rec. 1627/08.

CONTRATO DE OBRA O SERVICIO DETERMINADO PARA EL DESARROLLO DE UN PROGRAMA SUBVENCIONADO: NO SE ENTIENDE JUSTIFICADA LA TEMPORALIDAD CUANDO SE TRATA DE UN SERVICIO PERMANENTE, AUNQUE SE FINANCIE CON CARGO A SUBVENCIONES ANUALES.

En la sentencia se plantea la validez de los sucesivos contratos de obra o servicio determinado -5 ó 7 contratos- suscritos entre la Generalitat de Catalunya y unos trabajadores, contratados como Monitores de Formación Ocupacional, que prestaban servicios en el Programa de Formación Ocupacional de Cases d'Ofici de Formació e Inserció, cuyo objetivo es facilitar el aprendizaje de diversos oficios y dar cualificación a jóvenes en situación de paro, así como su integración social. El programa se desarrollaba a través del Departament d'Educació estando condicionada la oferta del programa al convenio específico firmado, normalmente, cada año, con el Departament de Treball. En el Convenio se establecía la financiación condicionada a la disponibilidad de fondos de la Unión Europea, no perteneciendo esta oferta al sistema educativo, ni habiéndose establecido la obligatoriedad de organización por parte de la administración educativa.

Para el Tribunal Supremo, no puede deducirse la temporalidad de la obra o servicio, que la Unión subvenciona, del carácter anual o bianual del Plan, ya que tal concreción temporal afecta a las subvenciones, no a los servicios que los mismos financian. En efecto, los servicios tienen carácter permanente ya que el objetivo del Programa de Formación Ocupacional de Cases d'Ofici de Formació e Inserció «Treballe per a la Formació», es facilitar el aprendizaje de diversos oficios y dar cualificación a jóvenes en situación de paro, así como su integración social por hallarse en situación de riesgo de exclusión social, teniendo carácter estructural la formación profesional ocupacional. Por todo lo razonado, se ha de concluir que el contrato temporal para obra o servicio determinado suscrito entre las partes no es la modalidad contractual adecuada por no cumplir los requisitos establecidos en el artículo 15. 1a) del Estatuto de los trabajadores y 2º del Real Decreto 2720/1998 de 18 de diciembre.

Para determinar la verdadera naturaleza del contrato suscrito entre las partes, el Tribunal Supremo valora la concurrencia de una necesidad de trabajo de carácter intermitente o cíclico, reiterándose la necesidad en el tiempo, aunque lo sea por periodos limitados, ya que la necesidad de formación ocupacional para jóvenes con riesgo de exclusión social es estructural, los programas se vienen reiterando anual y cíclicamente en años sucesivos -aún cuando no necesariamente en las mismas fechas- al menos desde el curso 93/94 las áreas de enseñanza para las que se contrata a los demandantes se reproducen en todos los ciclos, por lo que la contratación adecuada es la de con-

trato por tiempo indefinido de carácter discontinuo, a tenor de lo previsto en el artículo 15.8 del Estatuto de los Trabajadores.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 28 enero 2009, Rec. 359/08.

DERECHO A NUEVA PRESTACIÓN DE DESEMPLEO POR LAS COTIZACIONES GENERADAS EN NUEVAS COLOCACIONES QUE SE PRODUCEN DURANTE EL DISFRUTE DE UNA PRESTACIÓN ANTERIOR, AUNQUE NINGUNO DE ESTOS EMPLEOS TENGA UNA DURACIÓN SUPERIOR A DOCE MESES ININTERRUMPIDOS.

En la sentencia se analiza el derecho al reconocimiento de una nueva prestación de desempleo por parte de un trabajador teniendo en cuenta que había agotado una prestación de desempleo anterior, y que durante la percepción de ésta última había alcanzado más de doce meses de cotización por diversas colocaciones, con una extensión temporal diferente, aunque ninguna de ellas alcanzaba los doce meses ininterrumpidos.

El Tribunal Supremo interpreta el art. 210.3 de la Ley General de la Seguridad Social, que establece que *«Cuando el derecho a la prestación [de desempleo] se extinga por realizar el titular un trabajo de duración igual o superior a doce meses, éste podrá optar, en el caso de que se le reconozca una nueva prestación, entre reabrir el derecho inicial por el período que le restaba y las bases y tipos que le correspondían, o percibir la prestación generada por las nuevas cotizaciones efectuadas. Cuando el trabajador opte por la prestación anterior, las cotizaciones que generaron aquella prestación por la que no hubiera optado no podrán computarse para el reconocimiento de un derecho posterior, de nivel contributivo o asistencial»*, y a la vista del mismo, mantiene una solución favorable al reconocimiento de la nueva prestación de desempleo, dado que la suma de todos los trabajos realizados por el trabajador superaban los doce meses de duración.

De esta forma, se rechaza el criterio que había mantenido el INSTITUTO NACIONAL DE EMPLEO (hoy Servicio Público de Empleo Estatal), que supeditaba el reconocimiento de la nueva prestación a que el trabajador hubiera mantenido un trabajo ininterrumpido con una duración superior a doce meses.

El Tribunal Supremo aplica el mismo criterio que ya estableció en su Sentencia de 30 de Marzo de 2000 (rec. 2105/99), respecto de una trabajadora fija discontinua, indicando que a pesar de la diferente naturaleza de los contratos en cuya virtud se había cesado en la percepción de la prestación de desempleo, e independientemente también de la diversa duración de cada una de tales relaciones laborales, así como de las empresas con las que cada una de estas relaciones se habían concertado, existe un elemento común en ambos casos, cual es el hecho de que en los dos sucede que, si bien ninguno de los períodos trabajados alcanza una duración superior a doce meses seguidos, sin embargo, la suma de todos ellos arroja un total superior a tales doce meses, y esto es lo único verdaderamente relevante al respecto, ya que se cotizó, en total, durante más de doce meses, devengándose, como consecuencia de tales cotizaciones totales, una nueva prestación a tenor del apartado 1 del art. 210 de la LGSS.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 17 febrero 2009, Rec. 4230/07.

INCAPACIDAD TEMPORAL POR CONTINGENCIAS COMUNES EN SITUACIÓN DE NO ALTA EN SEGURIDAD SOCIAL: RESPONSABILIDAD DE PAGO A CARGO DE LA EMPRESA, SIN QUE EL INSS NI LA TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL TENGAN OBLIGACIÓN DE ANTICIPAR SU ABONO AL TRABAJADOR.

En este caso, se trataba de un trabajador que el mismo día de recibir el alta de un proceso de Incapacidad Temporal por accidente de trabajo, fue dado de baja en Seguridad Social por la empresa. Con posterioridad, fue dado nuevamente de baja por Incapacidad Temporal derivada de enfermedad común, y despedido por la empresa al día siguiente, que fue declarado como improcedente.

Se cuestiona la responsabilidad en el pago de la nueva prestación de Incapacidad Temporal, teniendo en cuenta que al momento de producirse el trabajador no se encontraba en situación de alta en Seguridad Social. Tanto la sentencia de instancia como la Sala de suplicación habían declarado la responsabilidad directa de la empresa en el pago de tal prestación, condenando al INSS y a la Tesorería a anticipar su importe al trabajador, sin perjuicio de su derecho a repetir contra la empresa.

Sin embargo, el Tribunal Supremo revisa este criterio y, tras valorar que se trata de una prestación derivada de contingencias comunes, no existe obligación de anticipo a cargo de INSS y de la Tesorería General de la Seguridad Social cuando se parte de una situación de no alta en Seguridad Social, para lo que trae a colación la doctrina establecida en su anterior Sentencia de 14 de junio de 2000, rec. 3096/1999, y 7 de diciembre de 2005 (recurso 580/2005). Además, añade que tal conclusión respecto a la falta de obligación de anticipo a cargo de las Entidades Gestoras no se alteran por la existencia de un acta de Inspección de Trabajo, de fecha posterior al hecho causante.

STSJ DE MADRID DE 27 de diciembre de 2007, Rec. 3894/2007

ACOSO MORAL A UN TRABAJADOR, DESDE QUE SOLICITÓ LA REDUCCIÓN DE JORNADA: SE LE RECONOCE EL DERECHO A LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO A INSTANCIA DEL TRABAJADOR, CON ABONO DE LA INDEMNIZACIÓN PREVISTA DEL DESPIDO IMPROCEDENTE.

En la sentencia se declara la procedencia de la extinción del contrato a instancia del trabajador al amparo del art. 50.1.c) ET, con indemnización de 45 días de salario por año de servicio y el límite de 42 mensualidades, de una trabajadora que prestaba servicios como Médica a partir de las prácticas de acoso de las que fue objeto desde que solicitó una reducción de jornada. En concreto, tales medidas se concretaron en la invocación de dificultades para el disfrute de su derecho a la jornada reducida, y en decisiones de movilidad funcional directamente orientadas a dificultar su prestación de servicios, lo que motivó en la trabajadora un síndrome ansioso-depresivo.

La sentencia considera que la empleadora incurrió en graves infracciones, con entidad suficiente para justificar la extinción del contrato a instancia de la trabajadora al amparo del art. 50 ET: la empleadora no adoptó medida alguna ante la situación de la trabajadora, ni antes ni después de la interposición de su demanda, permaneciendo imparable, sin respetar el derecho reconocido en el artículo 4.2.d) del ET, ni el artículo 15

de la Constitución a su integridad, obviando igualmente la empleadora las obligaciones que le atribuían los artículos 14 y siguientes de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, debiéndose también de tener en cuenta la calificación de tal actuación como falta muy grave por el apartado 12 del artículo 8 del texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto.

STSJ DE ASTURIAS 18 de enero de 2008, Rec. 3376/2007

LESIÓN DEL DERECHO A LA DIGNIDAD E INTIMIDAD: TRABAJADORA QUE TRAS UN DESPIDO, ES READMITIDA Y OBLIGADA A PERMANECER SOLA EN RÉGIMEN DE TOTAL AISLAMIENTO, EN EL INTERIOR DE UNA IGLESIA, QUE PERMANECÍA CERRADA CON LLAVE: DAÑOS MORALES: INDEMNIZACIÓN.

La sentencia resuelve el procedimiento de tutela de derechos fundamentales que entabló una trabajadora contra su empleadora –Fundación encargada de la explotación turística de una Iglesia-, en el que denunciaba la vulneración de su derecho fundamental a la dignidad y a la intimidad, ya que tras procederse a su readmisión por un anterior despido, que había sido declarado nulo, se la obligó a permanecer sólo en el interior de una Sacristía, en régimen de total aislamiento, mientras la Iglesia permanecía cerrada con llave. Además, se le asignó como cometido la realización de una guía turística, sin que tampoco se le dieran medios materiales para realizar tal función.

La sentencia estima la vulneración de los derechos fundamentales denunciados y condena a la empleadora a abonar una indemnización por daños morales en la cuantía de 15.000 euros.

STSJ DE CATALUÑA DE 20 de febrero de 2008, Rec. 7771/2006

SEGURIDAD SOCIAL. ASBESTOSIS: IPA DERIVADA DE ENFERMEDAD PROFESIONAL.

La sentencia admite el reconocimiento de una Incapacidad Permanente Absoluta por asbestosis, como derivada de Enfermedad Profesional, ya que el trabajador solicitante prestó servicios en la empresa URALITA durante más de trece años en puestos de trabajo en contacto con el amianto. Añade que el derecho del solicitante al reconocimiento de tal Incapacidad como derivada de Enfermedad Profesional no queda excluido por el hecho de que contara con 73 años en la fecha de presentación de la demanda y estuviera cobrando una pensión de jubilación.

STSJ DE CANARIAS /LAS PALMAS DE GRAN CANARIAS DE 21 de diciembre de 2007, Rec. 1278/2005

EXISTE SUCESIÓN DE EMPRESA CUANDO UNA ENTIDAD CESA EN LA EXPLOTACIÓN ECONÓMICA DE UNOS APARTAMENTOS, Y SE HACE

CARGO DE LOS MISMOS LA COMUNIDAD DE PROPIETARIOS, AUNQUE DECIDA NO CONTINUAR CON LA ACTIVIDAD ECONÓMICA.

La sentencia analiza un particular supuesto de sucesión de empresas, concluyendo en la existencia de una sucesión empresarial sujeta al art. 44 ET con ocasión de la finalización del contrato de explotación de un complejo de apartamentos y la reversión de tales instalaciones a la Comunidad de Propietarios de los mismos, de forma que ésta habrá de hacerse cargo de los trabajadores de la arrendataria afectos a tal explotación y ello, aun en el caso de que dicha Comunidad de Propietarios decida no continuar con el desarrollo de tal actividad empresarial.

A estos efectos, la sentencia valora que la Comunidad de Propietarios se constituyó como comunidad de explotación que, según sus estatutos sociales, tenía como objeto: «...la explotación turística de los bungalows, haciéndolo en nombre propio, a cuyo objeto deberá darse de alta en los Organismos oficiales correspondientes, contratar el personal necesario, formalizar los contratos con agencias de viajes, tours operadores, etc... ».

De esta forma, la negativa de la comunidad de propietarios a continuar las relaciones laborales constituye un despido improcedente.

STSJ DE CATALUÑA DE 04 de noviembre de 2008, Rec.: 6130/2008
EXTINCIÓN DEL CONTRATO: CUANTIFICACIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO IMPROCEDENTE DECLARADO EN SENTENCIA.

En el caso, se parte de la declaración de improcedencia del despido de un trabajador por parte de una empresa que se encontraba en situación de concurso, de forma que no podía llevarse a cabo la readmisión del trabajador. En tal circunstancia, el fallo de la resolución judicial no incluyó el derecho de opción entre la readmisión del trabajador o la extinción del contrato con el abono de una indemnización, sino que declara directamente la extinción indemnizada del contrato de trabajo.

Ahora bien, a la hora de cuantificar la indemnización por despido, considera que ha de computarse el período de prestación de servicios hasta la fecha de la sentencia, sin limitarse a la fecha de efectos del despido disciplinario, lo que tuvo como consecuencia un notorio incremento de la indemnización reconocida al trabajador.

STSJ DE MADRID DE 04 de febrero de 2008, Rec. 5553/2007
DISCRIMINACIÓN INDIRECTA POR RAZÓN DE SEXO: SISTEMA DE PROMOCIÓN PROFESIONAL FIJADO EN CONVENIO COLECTIVO QUE DIFICULTA LA PROGRESIÓN DE LAS TRABAJADORAS.

La sentencia que ahora se comenta declaró la nulidad del precepto del Convenio Colectivo de Iberia Líneas Aéreas de España, S.A., que establecía como requisito para el ascenso de nivel retributivo que el trabajador complete el 60% de la media de horas de vuelo de la flota, en cuanto dificulta dicha promoción económica a las mujeres por el tiempo en que permanecen laboralmente inactivas por razón de embarazo y cuidado de hijos.

Tanto el convenio colectivo en cuestión, al excluir implícitamente a la trabajadora con riesgo durante el embarazo o de baja maternal de la posibilidad de acceso al nivel retributivo superior, como la aplicación por la empresa de la rebaja al 50% de la media de horas de vuelo necesarias para tal acceso sólo en determinados supuestos que no incluían los de inactividad por razón de embarazo y cuidado de hijos, inciden en discriminación anticonstitucional que afecta a la mujer por el hecho biológico de su embarazo.

La sentencia recae en procedimiento de reconocimiento de un nivel superior y de abono de diferencias salariales por parte de una trabajadora que no

No puede apreciarse la prescripción de la acción, y la acción propiamente económica por diferencias retributivas tampoco puede estar afectada por la prescripción dado que la retroacción de tales diferencias no se extiende más allá del año anterior a la presentación de la reclamación.

STSJ DE ANDALUCÍA /GRANADA DE 13 de febrero de 2008, Rec: 123/2008

DESPIDO DE UNA TRABAJADORA, TRAS HABER DENUNCIADO A LOS RESPONSABLES POR DETERMINADAS PRÁCTICAS ILÍCITAS: SE CONSIDERA DESPIDO NULO ANTE LA CERCANÍA CRONOLÓGICA DE LA DENUNCIA Y EL DESPIDO.

En la sentencia se plantea la vulneración de la garantía de indemnidad en relación con el despido disciplinario de una trabajadora, que ésta entendía motivado por haber formulado una denuncia penal por acoso moral contra el Presidente de la Autoridad Portuaria de Almería, que era su empleador. La sentencia concluye efectivamente en la vulneración de la garantía de indemnidad, y declara la nulidad del despido enjuiciado, ya que la demandada no consiguió justificar que su decisión extintiva fuera ajena a al ejercicio de la acción penal de la trabajadora. Para la sentencia, actúan como indicios de la vulneración de los derechos fundamentales de la trabajadora la proximidad cronológica entre la denuncia penal y el despido, resaltando que no se excluye tal conclusión por el hecho de que en el proceso de despido no se hubiera acreditado el acoso moral invocado por la trabajadora, ni tampoco por la gravedad de los hechos imputados para justificar el despido, dado su conocimiento muy anterior por la empleadora sin que hubiera adoptado medidas disciplinarias contra la trabajadora.

STSJ DE CASTILLA Y LEÓN /BURGOS DE 18 de diciembre de 2008, Rec. 712/2008

EN EL DESPIDO OBJETIVO, SE CONSIDERA NULO SI LA EMPRESA NO PONE A DISPOSICIÓN DEL TRABAJADOR LA INDEMNIZACIÓN EN EL PLAZO QUE HABÍA INDICADO.

La sentencia declara la nulidad de un despido objetivo por causas económicas del art. 52.c) ET por el incumplimiento por la empresa del requisito de la puesta a disposición de la indemnización legal en el mismo momento de la entrega de la carta. En el caso, en la comunicación extintiva se refería la puesta a disposición de tal indemnización den-

tro de un determinado plazo, pero finalmente no tuvo lugar, alegando la empleadora falta de liquidez.

En la regulación de los trámites formales de la extinción del contrato por causas objetivas –art. 53.1.b) ET- se contempla la posibilidad de que la empresa no ponga a disposición del trabajador el importe de la indemnización cuando el despido se justifique en la concurrencia de causas económicas, siempre que ello responda a las causas invocadas y se exprese en la comunicación extintiva. Pero considera que el supuesto enjuiciado no se ajusta al contemplado en la Ley, ya que en la carta de despido no se había hecho constar la imposibilidad de abono de la indemnización sino tan sólo a su entrega en un determinado plazo. Además de declararse la nulidad del despido, y el derecho de la trabajadora a la readmisión obligatoria en su puesto de trabajo, condena a la empresa al abono de los salarios de tramitación y a los treinta días de preaviso incumplido, que no verificó la empleadora.

STSJ DE MADRID DE 16 de octubre de 2007, Rec. 4073/2007

LEY CONCURSAL: EXTINCIÓN COLECTIVA DE CONTRATOS DE TRABAJO: NO PROCEDE CUANDO NO SE HA EMITIDO EL INFORME DE LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL.

La sentencia declara la nulidad de un auto de extinción colectiva de contratos de trabajo de empresa en concurso, dictado por el Juez de lo Mercantil, sobre la consideración de que la Administración Concursal había solicitado la extinción colectiva de la totalidad de los contratos de trabajo, sin esperar «a la emisión del informe de la Administración Concursal del artículo 75 LC».

En la propia solicitud constaba el reconocimiento expreso de no encontrarse en el supuesto contemplado en el artículo 64.3 LC, que con carácter excepcional permite la presentación de la solicitud de extinción colectiva de contratos de trabajos antes de la emisión del referido informe, con el requisito de que ello viniese motivado por la circunstancia de que la demora en la aplicación de las medidas colectivas pretendidas puede comprometer gravemente la viabilidad futura de la empresa.

STSJ DE CASTILLA Y LEÓN /VALLADOLID DE 28 de Mayo de 2008, Rec. 352/2008

LIBERTAD SINDICAL: COMPOSICIÓN DE COMISIONES DE TRABAJO DEL COMITÉ DE EMPRESA.

La sentencia declara que el derecho fundamental de libertad sindical no impone que las Comisiones de trabajo del Comité de Empresa se constituyan conforme a un criterio de proporcionalidad estricta a la representatividad de cada opción sindical en el Comité de Empresa, cuando sólo desarrollan las funciones previamente delegadas por el Comité de Empresa y, además, queda garantizada la prevalencia de las decisiones del Pleno del Comité sobre las que puedan adoptarse en estas Comisiones de trabajo.

STSJ DE CATALUÑA DE 01 de febrero de 2008, Rec. 7817/2007
EL DERECHO AL CRÉDITO HORARIO DEBE COMPRENDER TODOS LOS
COMPLEMENTOS RETRIBUTIVOS, INCLUYENDO LAS PARTIDAS VINCULADAS A BENEFICIOS O CONSECUCIÓN DE OBJETIVOS.

Una delegada sindical al servicio de una entidad financiera fue excluida de un premio o gratificación de beneficios ligada a la consecución de los objetivos contemplados en un determinado plan, lo que, en última instancia, estaba motivado por el desempeño de funciones de representación con cargo al crédito horario.

La sentencia declara la vulneración de la garantía de indemnidad retributiva de loa representante, dado que los efectos derivados del ejercicio de funciones representativas son los determinantes de su exclusión del plan de objetivos de la empresa y, por tanto, le acarrearán la pérdida de un incentivo o beneficio o en cualquier caso un derecho reconocido al resto de los trabajadores únicamente amparado en el uso del crédito horario, que le impide alcanzar los objetivos exigidos con carácter general. De esta forma, la sentencia declara la vulneración del derecho de libertad sindical y el reconocimiento de su derecho al plus de incentivos, así como el derecho a obtener una compensación económica por la minuta de su abogado.

STSJ DE ASTURIAS DE 23 de noviembre de 2007, Rec. 2376/2007
EJECUCIÓN DE SENTENCIAS DE DESPIDO FRENTE A UNA EMPRESA QUE
NO HABÍA SIDO CONDENADA, AL OPERAR LA SUCESIÓN DE EMPRESA Y
FRAUDE DE LEY.

En la sentencia que ahora se comenta se plantea la posibilidad de proseguirse la ejecución de una sentencia de despido sobre una tercera empresa que había adquirido a la entidad que fue demandada y condenada en la sentencia de despido. Se admite la continuidad de la ejecución con la nueva empresa en el mismo proceso ejecutivo, ya que el título que se ejecuta –la sentencia de despido– había quedado constituido antes de consumarse la transferencia –el juicio se celebró pocos días antes de otorgarse escritura pública de compraventa– y apreciarse fraude de ley por parte de ambas empresas, ya que durante el período posterior y hasta que la cedente fue requerida para la readmisión, ambas empleadoras guardaron silencio sobre la compraventa de manera que ni el Juzgado ni –al menos jurídicamente– la propia actora tuvieron la menor noticia de la venta. Para la sentencia, ello configura un claro supuesto de connivencia en el fraude, conforme a los artículos 6º.4 y 7º.3 del Código civil, 11.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, 247 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 75.1 de la Ley de Procedimiento Laboral.

STSJ DE BALEARES DE 18 de junio de 2008, Rec. 209/2008
PROCEDIMIENTO LABORAL: PRUEBA MEDIANTE LA GRABACIÓN DE
UNA CONVERSACIÓN PRIVADA RELATIVA A LAS CONDICIONES DEL
PUESTO DE TRABAJO.

En el curso de un procedimiento judicial laboral cuyo objetivo consistía en determinar la procedencia o no de la condena de una empresa al abono de un recargo de presta-

ciones por omisión de medidas de seguridad, se cuestiona la eficacia probatoria de una grabación que recogía una conversación privada que se encontraba referida a cuestiones relativas a las condiciones del puesto de trabajo del actor en relación a su salud laboral.

La sentencia admite su eficacia probatoria, ya que había sido realizada por uno de los interlocutores, y versaba sobre una cuestión relevante y relacionada con el fondo del litigio, de forma que la inadmisión de dicho medio de prueba generó indefensión y supone una violación del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 de la CE de la parte que aporta tal medio de prueba, ya que dentro de este derecho se integra, entre otros, el derecho a utilizar cualquier medio de prueba no prohibido por la ley.

STSJ DE LA COMUNIDAD VALENCIANA DE 16 de octubre de 2008, Rec. 4046/2007.

RECONOCIMIENTO DE LA RESPONSABILIDAD DEL FOGASA EN EL ABONO DE SALARIOS DE EMPRESA EN CONCURSO, CUANDO NO SE INSTÓ LA EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA.

En la sentencia se valora el alcance de la responsabilidad del Fondo de Garantía Salarial en el abono de salarios recogidos en sentencia, adeudados por una empresa declarada en suspensión de pagos, teniendo en cuenta que dicho crédito no había sido incluido en tal proceso de ejecución universal y tampoco se había instando la ejecución de la sentencia de condena al abono de las cantidades. Para la sentencia, procede tal responsabilidad del Fondo, que se encontraba personado en dicho expediente.

STSJ DE LA COMUNIDAD VALENCIANA DE 07 de noviembre de 2008, Rec. 119/2008

RECONOCIMIENTO DE RESPONSABILIDAD DEL FOGASA EN EL CASO DE EMPRESA EN CONCURSO.

La sentencia declara que la responsabilidad del Fondo de Garantía de Salarial en el abono de salarios de pendientes de pago se extiende hasta la retribución bruta percibida por el trabajador, incluyendo retenciones en concepto de IRPF y cotizaciones a la Seguridad Social a cargo del trabajador, dentro de los límites cuantitativos generales y siempre que, tratándose de unos créditos contra la masa de una empresa en concurso, hayan sido incluidos en la relación de créditos contra la masa elaborada por los Administradores concursales.