

## Alerta Laboral | Novedades | Febrero 2018

---

### Novedades jurisprudenciales

1. Vulneración del derecho a la intimidad y privacidad por obtención de imágenes con cámara oculta >>
2. Existencia de discriminación indirecta en los despidos objetivos por ausencias >>
3. Nulidad del despido aun cuando hayan transcurrido 19 meses desde la solicitud de la reducción de jornada por guarda legal >>
4. El ataque al corazón de una tripulante de cabina tras finalizar su trabajo es considerado accidente de trabajo >>
5. Existencia de relación laboral entre un traductor y la empresa con la que suscribió un contrato de prestación de servicios por cumplirse las notas de ajenidad y dependencia >>
6. Procedencia del despido de un vigilante de seguridad que se ausenta 45 minutos de su puesto de trabajo >>
7. Constituye relación laboral llevar ocho años como becario >>
8. Un ciudadano de la Unión Europea que haya dejado de trabajar por cuenta propia por cuestiones ajenas a su voluntad, conserva el derecho de residencia >>
9. Validez de la negativa de la empresa a la solicitud de reingreso de una trabajadora en excedencia voluntaria, por estar la misma cubierta por un trabajador con contrato para obra o servicio a jornada parcial >>
10. Inexistencia de relación laboral entre una fundación musical y los músicos de su orquesta >>
11. Indemnización de 30.000 € por daños morales en un despido nulo >>
12. El despido de un trabajador tras la comunicación al empresario de su inscripción como pareja de hecho y posterior paternidad es causa suficiente para declarar la nulidad del despido >>
13. El trabajador que no ha ejercido su derecho al disfrute de las vacaciones devengadas por razones ajenas a su voluntad tiene derecho a una compensación económica >>
14. La nulidad de la cláusula contractual de terminación del contrato de trabajo por obra conlleva la improcedencia del despido >>
15. La presentación de la papeleta de conciliación en una oficina de Correos tiene los mismos efectos que su presentación ante el Organismo de Conciliación y Mediación correspondiente >>

### Novedades legales

1. Publicada la Orden de cotización a la Seguridad Social para 2018 >>
2. Obligación de la Tesorería General de la Seguridad Social de notificar electrónicamente determinadas actuaciones y procedimientos >>
3. Creación de la oficina de asistencia en materia de registros en la sede de la Intervención General de la Seguridad Social >>
4. Publicación de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público >>

# Vulneración del derecho a la intimidad y privacidad por obtención de imágenes con cámara oculta

Se avala la procedencia del despido por estimarse otras pruebas, pero se condena al Estado español a indemnizar a las cajas despedidas por vulneración de su derecho fundamental a la intimidad y a la vida privada al no haber sido previamente informadas de la grabación de imágenes con cámaras ocultas.

## Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de fecha 9 de enero de 2018 [asunto López Ribalda y otros]

En el caso que se debate debe analizarse si es lícita la validez de la prueba obtenida mediante cámaras de vídeo vigilancia instaladas en una tienda de un supermercado donde trabajaban los empleados con la finalidad de investigar unos robos que habían venido produciéndose en el establecimiento.

Al advertir numerosos descuadres en la tienda, el empresario instaló cámaras visibles y cámaras ocultas en cada caja, informando a los trabajadores únicamente de las primeras.

Algunas trabajadoras fueron grabadas robando junto a otros trabajadores y actuando en connivencia con clientes. La empresa comentó los hechos descubiertos a las trabajadoras en una reunión privada en presencia del representante sindical y éstas reconocieron su responsabilidad en los hechos, siendo finalmente despedidas por razones disciplinarias.

Como consecuencia de la reunión, se llegó a un acuerdo entre las trabajadoras y el empresario en el que se reconocía, por un lado, la participación de las trabajadoras en el robo y se acordaba que éstas no presentarían demanda impugnando su despido y, por otro lado, que el empleador no iniciaría un proceso penal contra ellas. No obstante, las trabajadoras impugnaron la legalidad de los despidos, siendo declarados procedentes en primera instancia y confirmados posteriormente en suplicación. Ante los citados hechos, y tras la inadmisión de los recursos interpuestos ante el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional, las trabajadoras solicitaron al Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) la declaración de la vulneración del artículo 8 –derecho al respeto de la vida privada– y del

artículo 6.1 –derecho a un proceso justo o equitativo– del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

**En efecto, las trabajadoras consideraron por un lado, que la toma de imágenes sin previa comunicación por las cámaras ocultas había violado su derecho a la vida privada e intimidad por lo que no podían ser aceptadas como pruebas válidas.** Por otro lado, las trabajadoras consideran que los acuerdos a los que habían llegado con la empresa en presencia del representante sindical, no tendrían validez por haberse concluido bajo coacciones.

De conformidad con lo expuesto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos concluyó lo siguiente:

- (i) efectivamente, se ha producido una vulneración del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos –derecho al respeto de la vida privada–, en tanto que la legislación española de protección de datos exige al empresario informar de manera exhaustiva a los trabajadores previamente a la colocación de las cámaras.
- (ii) respecto de las alegaciones del artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos –derecho a un juicio justo–, el Tribunal declara que no ha habido vulneración del mismo, pues no sólo se les ha permitido a las demandantes cuestionar judicialmente la autenticidad de las grabaciones, sino que las decisiones judiciales se fundamentaron en pruebas adicionales a dichas grabaciones, como en las declaraciones testimoniales, avalando la procedencia del despido.
- (iii) finalmente, concluye que los finiquitos o acuerdos alcanzados entre las trabajadoras y la empresa no se suscribieron bajo coacción alguna por parte del empresario.

## Existencia de discriminación indirecta en los despidos objetivos por ausencias

El despido del trabajador por acumulación de faltas de asistencias justificadas puede ser contrario al derecho europeo cuando las ausencias estén ligadas a enfermedades derivadas de discapacidad.

### Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de fecha 18 de enero de 2018 [asunto C-270/16: Ruiz Conejero]

El litigio se interpone con motivo del despido de un trabajador que prestaba sus servicios como limpiador en un hospital. El trabajador fue contratado en 1993 y trabajó sin incidentes tanto para la actual empresa como para las que le habían empleado previamente en la limpieza del hospital. No había sido en ningún momento sancionado disciplinariamente por la Empresa.

Al trabajador, durante la relación laboral, se le reconoce la condición de discapacitado en un grado del 37% que se desglosaba en un 32% debido a limitaciones físicas derivadas de una enfermedad del sistema endocrino-metabólico –concretamente obesidad– y de una limitación funcional de la columna vertebral, y en un 5 % debido a factores sociales complementarios.

Descarta el TJUE la existencia de discriminación directa pues el precepto que regula el despido por absentismo se aplica de manera idéntica a las personas con discapacidad y a las personas sin discapacidad: el requisito es que hayan faltado al trabajo. Descartada la discriminación directa se plantea el TJUE si concurre una diferencia de trato indirecta. En este sentido, el tribunal procede a señalar que incluir los días de baja por enfermedad ligada a la discapacidad en el cálculo de los días de baja por enfermedad equivale a asimilar una enfermedad ligada a una discapacidad al concepto general de enfermedad. No obstante, para el TJUE es preciso excluir la equiparación pura y simple de los conceptos de discapacidad y de enfermedad.

En efecto, en comparación con un trabajador sin discapacidad, un trabajador discapacitado está expuesto al riesgo adicional de estar de baja por una enfermedad relacionada con su discapacidad. De este modo, corre un mayor riesgo de acumular días de baja por enfermedad y, por tanto, de alcanzar los límites previstos en el despido

por absentismo. Por tanto, queda de manifiesto que la regla establecida en esta disposición puede desfavorecer a los trabajadores con discapacidad y, de este modo, suponer una diferencia de trato indirecta por motivos de discapacidad.

Sin embargo, la discriminación indirecta puede estar objetivamente justificada por una finalidad legítima, siempre y cuando los medios aplicados para la consecución de ésta sean adecuados y no vayan más allá de lo necesario para alcanzar la finalidad prevista por el legislador español.

En este supuesto, el TJUE no resuelve la controversia. Lo que hace el tribunal es recordar que los Estados miembros disponen de un amplio margen de apreciación para primar un determinado objetivo sobre otro en materias de política social y empleo. Es por ello que el TJUE se remite al tribunal remitente para comprobar si los medios aplicados por la normativa nacional para la consecución de la finalidad de aumentar el trabajo y la eficiencia en el trabajo son adecuados y no van más allá de lo necesario para alcanzarla.

En virtud de todo lo expuesto, el TJUE “se opone a una normativa nacional que permite al empresario despedir a un trabajador debido a las faltas de asistencia de éste al trabajo, aun justificadas pero intermitentes, cuando tales ausencias sean consecuencia de enfermedades atribuibles a la discapacidad de ese trabajador, salvo que dicha normativa tenga la finalidad legítima de combatir el absentismo y no vaya más allá de lo necesario para alcanzar esa finalidad, lo cual corresponde evaluar al órgano jurisdiccional remitente”.

Es decir, el TJUE deja al tribunal nacional la evaluación de la finalidad discriminatoria de la medida llevada a cabo por la Empresa.

# Nulidad del despido aun cuando hayan transcurrido 19 meses desde la solicitud de la reducción de jornada por guarda legal

Se declara nulo el despido del trabajador que disfruta de la reducción de jornada por guarda legal por tratarse de una garantía objetiva y automática que otorga protección al margen de cualquier necesidad de prueba del móvil discriminatorio.

## Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 11 de enero de 2018 [JUR\2018\22663]

Los hechos que se debaten en el presente supuesto tienen que ver con los de un trabajador que solicitó reducción de jornada por cuidado de hijo y que, aunque la empresa no respondió expresamente a dicha solicitud, la reducción se llevó a cabo transcurrido algo más de un mes desde la petición. A lo anterior se le añade que después de un año y siete meses desde la solicitud de reducción de jornada del trabajador, el mismo fue despedido por reestructuración empresarial.

Frente a los anteriores hechos se interpone recurso de casación para la unificación de doctrina frente a la sentencia del Tribunal Superior de Justicia que declara improcedente el despido del trabajador con reducción de jornada por guarda legal de su hija indicando que la nulidad no procede por haberse instado el despido un año y siete meses después de la solicitud de reducción de jornada, dato que revela, a juicio de la sala de suplicación, que el despido no fue en represalia de la petición del empleado.

En efecto, la cuestión controvertida se centra en determinar si en el supuesto del trabajador con reducción de jornada por guarda legal de su hija, el despido injustificado debe ser declarado improcedente o nulo. Al respecto, es doctrina del Tribunal Supremo aquella que establece que la protección en determinados supuestos –como la de los permisos del trabajador– quedaría vacía de contenido si no conllevara la nulidad objetiva de las conductas que atentan contra él.

Para el citado tribunal, el efecto del precepto aplicable –nulidad del despido por circunstancias biológicas y familiares particularmente protegidas– es configurador de una

nulidad objetiva, distinta de la nulidad por causa de discriminación al margen de que existan o no indicios de tratamiento discriminatorio o, incluso, de que concurra o no un móvil de discriminación.

La finalidad esencial de la norma es la de combatir los despidos discriminatorios. Dicha finalidad última no implica que el instrumento elegido por el legislador para su articulación no pueda consistir en una garantía objetiva y automática, que otorgue la protección al margen de cualquier necesidad de prueba del móvil discriminatorio, como ocurre en el presente caso.

De lo contrario, la protección pretendida quedaría vacía de contenido si no conllevara la nulidad objetiva de las conductas que atentan contra dicha norma.

Por todo lo anterior, se declara la nulidad del despido del trabajador con reducción de jornada por guarda legal aunque la misma haya sido solicitada un año y siete meses antes del despido.

## El ataque al corazón de una tripulante de cabina tras finalizar su trabajo es considerado accidente de trabajo

Se considera accidente de trabajo el ataque al corazón veinte minutos después de haber finalizado el trabajo y encontrándose en el aeropuerto a fin de desplazarse al establecimiento donde se alojaba.

### **Sentencia de Tribunal Supremo de fecha 1 de diciembre de 2017 [JUR\2018\15977]**

El criterio jurisprudencial seguido hasta la fecha es el siguiente: el hecho de que el contagio de la enfermedad se produjese en misión no comporta que la contingencia deba declararse accidente de trabajo.

No obstante, la línea doctrinal referenciada ha sido modulada en determinados supuestos en función de las especiales circunstancias concurrentes. Los motivos que subyacen a estas decisiones son, de un lado, la singularidad del quehacer profesional desarrollado por los afectados, que les exige desplazarse permanentemente como forma de cumplir la prestación de servicios, y, de otro, las particulares circunstancias en las que sobrevinieron las crisis, que permiten establecer una conexión directa y necesaria entre la actividad realizada en el momento en que sufrieron el ataque y el tiempo y el lugar de trabajo.

En este sentido, considera el Tribunal Supremo que ambas razones se dan en el caso analizado. En primer lugar, el trabajo de la empleada, en el marco de la misión encomendada por la empresa, consistía en la realización de los servicios de vuelo programados a poblaciones dispersas geográficamente sin una localización fija. En segundo lugar, en el momento en que sufrió el ataque al corazón, veinte minutos después de haber finalizado su trabajo y encontrándose en el aeropuerto al que había sido adscrita de manera temporal, la trabajadora permanecía en sus instalaciones con el uniforme de la compañía a fin de desplazarse al establecimiento donde se alojaba, lo que evidencia la existencia de un enlace directo y necesario entre la situación en la que se encontraba cuando sufrió la crisis cardíaca y el tiempo y el lugar de trabajo.

Sentado lo anterior, en el supuesto enjuiciado no concurre ninguna circunstancia que evidencie de manera inequívoca

la ruptura de la relación de causalidad entre el trabajo y el episodio vascular padecido por la empleada –en cuyo desencadenamiento no cabe excluir la incidencia de factores relacionados con la actividad desarrollada el día en que se produjo (prestación de servicios en cuatro vuelos comerciales y realización de un vuelo de situación, todo ello en una franja de 8 horas)–, en un contexto de desplazamiento susceptible de elevar la tensión laboral.

Por todo lo anterior, el Tribunal Supremo considera que debe calificarse como accidente de trabajo esta contingencia determinante de la situación de incapacidad permanente total.

## Existencia de relación laboral entre un traductor y la empresa con la que suscribió un contrato de prestación de servicios por cumplirse las notas de ajenidad y dependencia

Son indicios favorables al reconocimiento de la relación laboral la obligatoriedad de la prestación, la retribución fija y periódica, así como quedar insertado en la organización de trabajo de la empresa y el elemento personalísimo de la relación en la actividad desarrollada.

### Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 16 de noviembre de 2017 [RJ 2017, 5543]

El trabajador suscribió un acuerdo de colaboración en el que se acordaba que colaboraría en la prestación de servicios de traducción escrita y/o interpretación para entidades públicas o privadas, conforme a las siguientes bases: el traductor prestaría sus servicios para la empresa actuando por cuenta propia; el traductor se comprometía a presentar la factura por los servicios realizados cada mes vencido adjuntando los certificados correspondientes cuando así procediera. Como contraprestación a los servicios prestados, la empresa de traducción se comprometía a pagar el importe de dicha factura en un plazo no superior a 90 días. Los honorarios pactados ascendían a 24 euros/hora de intervención.

Según el Tribunal Supremo entre el trabajador y la empresa que se encontraba contratado por la Administración Pública para la interpretación y traducción en los procedimientos instruidos por distintos órganos judiciales es de naturaleza laboral al cumplirse las notas de ajenidad y dependencia.

Concretamente, el caso versa sobre un trabajador que prestaba servicios para una empresa de traducción, a su vez, contratada por la Administración Pública. Específicamente cuando la policía, la guardia civil o un juzgado requerían de servicios de traducción e interpretación se ponían en contacto con la empresa, la cual, le indicaba al trabajador el lugar, el día y la hora a la que debía acudir a prestar sus servicios, con sus propios medios.

Una vez terminada su intervención, se le expedía al trabajador certificación en la que constaba la fecha de la intervención del traductor, hora de inicio y fin de la misma, idioma empleado, órgano que había precisado los servicios

y número del procedimiento en el que había precisado la asistencia.

Si bien es cierto que el trabajador no tenía un horario fijo, éste venía impuesto por las necesidades de los organismos que solicitaban a la empresa los servicios de traducción e interpretación.

Asimismo, el trabajador decidía si acudir o no a prestar sus servicios. Sin embargo, si no acudía, corría el riesgo de que no se le volviera a llamar.

Dicha actividad la desempeñaba el trabajador a cambio de una retribución fija y periódica (mensual) en proporción con la actividad prestada; concretamente 24 euros por hora trabajada. Para ello, debía justificar las horas que había trabajado mediante la presentación mensual de facturas a las que acompañaba certificación del órgano judicial en el que había realizado su actividad

Además, tampoco consta que el empleado tuviera algún tipo de estructura empresarial sino que se insertaba en la organización de trabajo de la empresa para la que prestaba servicios de traducción.

Por tanto, la no prestación de servicios a tiempo completo ni la existencia de un régimen de exclusividad desvirtúa la naturaleza laboral de la relación. Tampoco impide dicha calificación el hecho de que la empresa no facilitase medios materiales al empleado ya que, dadas las características del trabajo que realizaba –traducción e interpretación– lo importante fundamentalmente era el elemento personal, careciendo de relevancia los medios materiales.

## Procedencia del despido de un vigilante de seguridad que se ausenta 45 minutos de su puesto de trabajo

Se considera que es procedente el despido del vigilante de seguridad que se ausenta durante 45 minutos para comprar agua, al entender que tanto tiempo supone no sólo un abandono a su puesto de trabajo, sino también daño para la empresa al dejarla sin seguridad alguna.

### **Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia de fecha 8 de noviembre de 2017 [JUR\2017\309860]**

En el presente caso se declararon como hechos probados los siguientes: el empleado con turno de trabajo de 20:00 horas a 8:00 horas, se encontraba desarrollando sus funciones de vigilante de seguridad en las instalaciones de la empresa a la que había sido destinado. A las 21:30 horas, los responsables de la empresa abandonaron las instalaciones. A las 22:30 horas, sonó la alarma de la fábrica, llamando uno de los responsables al encargado de la empresa de vigilancia y a la Guardia Civil.

Fueron los encargados de la fábrica que se personaron en la misma quienes pudieron constatar que no había nadie ejerciendo sus funciones de vigilante, y que no fue hasta las 23:30 horas cuando el vigilante de seguridad volvió a la fábrica alegando que había ido a comprar agua y que se había perdido por el camino. A lo anterior hay que añadir que en las instalaciones había agua y servicios accesibles.

Conforme a estos hechos probados el Tribunal Superior de Justicia considera el despido procedente. En efecto la finalidad de la norma es la de que no se produzca la ausencia del vigilante en ningún caso, ya que sin su presencia desaparece el control y seguridad que, en sí mismo, es un daño para la empresa.

De otra parte, nada impedía que el trabajador se hubiera puesto en contacto con algún superior para que hubiera resuelto cualquier problema sin haber dejado a la empresa sin vigilancia, ya que irse cuarenta y cinco minutos del lugar de trabajo es abandonarlo, y, con él, la vigilancia, que es una función de responsabilidad y de contenido sensible.

Es sabido que el despido como máxima sanción disciplinaria debe adoptarse siempre atendiendo al criterio de la pro-

porcionalidad respecto a la falta cometida por el empleado –en este caso vigilante de seguridad–, atendiendo a las concretas circunstancias del caso. Asimismo, ausentarse del puesto de vigilancia una vez tomada posesión del mismo –es decir, desarrollando ya sus funciones– es una falta grave prevista expresamente en el convenio colectivo.

Por otro lado, la antigüedad del trabajador, con casi 10 años de servicio, no puede operar como argumento para alegar desproporcionalidad de la medida empresarial, sino más bien al contrario porque su conducta es impropia de un trabajador con experiencia.

En suma, la empresa tiene la facultad de imponer la sanción adecuada –en este caso el despido disciplinario–, sin que ello afecte a la proporcionalidad, pues en el convenio colectivo se establece la graduación de las sanciones, y que si bien los tribunales tienen competencias para modificar la calificación de una falta, deben respetar la decisión empresarial sobre la sanción impuesta cuando ésta sea ajustada a derecho.

En definitiva, se declara procedente la sanción impuesta y con ello procedente el despido disciplinario.

## Constituye relación laboral llevar ocho años como becario

Concurren las notas típicas del contrato de trabajo ordinario –ajenidad y dependencia–, lo que evidencia que debe ser aplicada la presunción de laboralidad en la relación de un becario.

### Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León/Valladolid de fecha 18 de octubre de 2017 [AS\2017\1990]

Constituye el objeto de este recurso de suplicación analizar si nos encontramos ante una beca o, por el contrario, ante una relación laboral común. En este sentido, tanto en la beca como en el contrato de trabajo se da una actividad que es objeto de una remuneración, de ahí la zona fronteriza entre ambas instituciones.

De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, las becas son, en general, asignaciones dinerarias o en especie orientadas a posibilitar el estudio y formación del becario. Si bien es cierto que este estudio y formación puede en no pocas ocasiones fructificar en la realización de una obra, hay que tener en cuenta que estas producciones nunca se incorporan a la ordenación productiva de la institución que otorga la beca. De ahí que, si bien el perceptor de una beca realiza una actividad que puede ser entendida como trabajo y percibe una asignación económica en atención a la misma, por el contrario, aquel que concede la beca y la hace efectiva no puede confundirse nunca con la condición propia del empresario ya que no incorpora el trabajo del becario a su patrimonio.

De acuerdo con dicha doctrina, para el Tribunal Superior de Justicia –como ya adelantamos– nos encontramos ante una auténtica relación laboral. Los hechos que apoyan tal decisión son los que se exponen a continuación.

Se analiza un supuesto de un becario en una banda de música. Así, el director de la banda de música informa que no se ha llevado ningún tipo de registro de las clases impartidas, ni identificación de fechas y horas y que no se han dado clases personalizadas, habiendo participado el becario en los ensayos generales en los horarios establecidos en las convocatorias de becas y en actuaciones de la banda; esta información del director evidencia la escasa formación proporcionada al becario pese a que la adquisición de la misma es la finalidad fundamental de las becas.

Desde otra perspectiva, se viene a sostener que por su edad –43 años– ya no puede ser calificado como joven profesional en periodo de desarrollo musical y que la propia reiteración de las becas desvirtúa su finalidad formativa, bajo la que se pretende ocultar una verdadera relación laboral. En efecto, parece evidente que la prolongación de convocatorias desvirtúa la finalidad formativa de la beca que quizás pudo tener en el primer o segundo año, pero no en el octavo, cuando el becario trabajaba como músico por cuenta propia o ajena con lo que alguna experiencia y formación musical debía acreditar ya sin necesidad de las prácticas en la banda, objetivo principal de las sucesivas convocatorias de becas.

Otro aspecto importante es que el becario era una pieza insustituible y necesaria para el funcionamiento de la banda. Además, tenía obligación de asistir al menos a tres ensayos semanales y de participar en todas las actuaciones que ofrecía la banda –prestación de servicios–, recibiendo a cambio una cantidad de dinero –retribución– que cada año se fijaba en la respectiva convocatoria de la beca, lo que pone de relieve que ésta encubría en realidad una relación laboral.

Por otro lado, había diferencias en el uniforme con el becario pero desaparecieron en fecha que no ha podido determinarse; Igualmente evidencia una sujeción al poder de organización empresarial el hecho de que el becario debía disfrutar sus vacaciones cuando la banda carecía de actividad; y, finalmente, en la participación en las actividades formativas que se impartían en los centros educativos que se reservaban en exclusiva para los titulares, lo que es lógico tratándose –teóricamente– de un becario en periodo de aprendizaje.

En definitiva, se aprecian las notas típicas de la laboralidad, pues hay ajenidad y dependencia.

# Un ciudadano de la Unión Europea que haya dejado de trabajar por cuenta propia por cuestiones ajenas a su voluntad, conserva el derecho de residencia

Un ciudadano de la Unión Europea que, al cabo de más de un año, ha dejado de trabajar como autónomo en otro Estado miembro debido a la falta de trabajo por causas ajenas a su voluntad, conserva la condición de trabajador por cuenta propia y, en consecuencia, el derecho de residencia en dicho Estado miembro.

## **Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 20 de diciembre de 2017**

En el presente supuesto, el Sr. Gusa, nacional rumano, entró en el territorio de Irlanda en octubre de 2007 y trabajó como escayolista autónomo desde octubre de 2008 a octubre de 2012, abonando en dicho Estado los correspondientes impuestos, seguros sociales y demás tributos que gravan la renta.

Posteriormente, el Sr. Gusa abandonó dicha actividad en octubre de 2012 alegando la falta de trabajo debido a la desaceleración económica y se inscribió ante las autoridades irlandesas competentes con el fin de encontrar un trabajo, presentando una solicitud al objeto de que se le concediera un subsidio para demandantes de empleo, la cual fue denegada porque el Sr. Gusa no había demostrado que siguiese ostentando en ese momento el derecho de residencia en Irlanda.

Ante dicha situación, el Tribunal de Apelación de Irlanda (Court of Appeal) plantea una cuestión prejudicial para resolver si pese a haber dejado de trabajar como escayolista autónomo el Sr. Gusa, debe considerarse que éste ha conservado la condición de trabajador por cuenta propia con arreglo al artículo 7, apartado 3, letra b), de dicha Directiva, o a otra disposición del Derecho de la Unión, de modo que sigue gozando del derecho de residencia en Irlanda, de conformidad con el artículo 7, apartado 1, letra a), de dicha Directiva. En particular, el tribunal remitente se pregunta, en esencia, si el citado artículo 7, apartado 3, letra b), abarca únicamente a quienes han quedado en situación de paro involuntario tras haber ejercido una actividad por cuenta ajena durante más de un año o si esa disposición se aplica también a quienes se encuentran en una situación comparable tras haber trabajado como autónomos durante ese tiempo.

Así, el Tribunal entiende conforme al artículo 7, apartado 1, letra a), de la Directiva 2004/38, que todo ciudadano de la Unión que sea un trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia en ese Estado miembro goza del derecho de residencia por un período superior a tres meses en el territorio del Estado miembro de acogida. No obstante, el apartado 3 del referido artículo dispone que el ciudadano de la Unión que ya no ejerza ninguna actividad por cuenta ajena o por cuenta propia mantendrá la condición de trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia en determinados supuestos.

Concretamente, dicho artículo establece que el ciudadano debe haber *“quedado en paro involuntario debidamente acreditado, tras haber estado empleado durante más de un año, se ha inscrito en el servicio de empleo competente con el fin de encontrar un trabajo”*.

En este sentido, el Tribunal entiende que no cabe realizar diferencia alguna respecto de trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia, debiendo aplicar el precepto anterior indistintamente. Por ello, entiende que al igual que un trabajador por cuenta ajena, puede perder involuntariamente su trabajo a raíz de un despido, quien ha trabajado como autónomo puede verse obligado a dejar esa actividad.

Finalmente, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea concluye que el nacional de un Estado miembro que, tras haber residido legalmente y ejercido una actividad como trabajador por cuenta propia en otro Estado miembro alrededor de cuatro años, haya abandonado esa actividad como consecuencia de la falta de trabajo —debidamente acreditada— motivada por causas ajenas a su voluntad y se haya inscrito ante el servicio de empleo competente de este último Estado miembro con el fin de encontrar un trabajo, conserva la condición de trabajador por cuenta propia a los efectos del artículo 7, apartado 1, letra a), de dicha Directiva.

## Validez de la negativa de la empresa a la solicitud de reingreso de una trabajadora en excedencia voluntaria, por estar la misma cubierta por un trabajador con contrato para obra o servicio a jornada parcial

En situación de excedencia voluntaria no procede la reincorporación cuando la plaza es publicada en una bolsa de empleo privada online sin especificaciones concretas. La empresa no incumple porque la oferta de empleo es temporal y a jornada limitada.

### Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 28 de noviembre de 2017 [JUR\2017\313723]

En el supuesto enjuiciado una trabajadora que ostenta categoría de auxiliar administrativa y que había venido prestando sus servicios como secretaria de dirección, se encuentra en situación de excedencia voluntaria.

La empresa empleadora no le ofreció vacante alguna para su efectiva reincorporación en la empresa tras solicitar la trabajadora su reincorporación a en su puesto de trabajo.

El Juzgado de lo Social de Madrid y la Sala del Tribunal Superior de Justicia de Madrid estimaron la pretensión de la empleada por haberse cubierto en la empresa una vacante de auxiliar en el departamento de contabilidad, en lugar de haber sido ofertada la misma a la trabajadora.

No obstante, lo anterior, si bien es cierto que la empresa contrató a otro trabajador para cubrir dicha vacante, debe señalarse que la misma se encontraba publicitada en un portal de empleo "infojobs" sin descripción alguna relativa a la cualificación requerida y a las condiciones de dicha vacante. Además, el trabajador que cubrió para dicho puesto fue contratado a través de un contrato de duración temporal—obra o servicio— y a tiempo parcial, lo que no cumple con el criterio jurisprudencial de idoneidad en las vacantes, ya que la trabajadora tenía un contrato indefinido a tiempo completo.

Sin embargo, y para resolver el caso enjuiciado, considera el Tribunal Supremo que el reingreso de la trabajadora excedente se halla condicionado a que existan "vacantes

de igual o similar categoría". Expresión ésta que comporta un concepto jurídico de innegable indeterminación y dificultad interpretativa, pero que en todo caso apunta a una "simetría", o cuando menos "equivalencia", que se halla por completo ausente entre la plaza dejada en excedencia (por tiempo indefinido; y a jornada completa) y la cubierta tras la solicitud de reingreso (temporal para obra/servicio; y a tiempo parcial).

Adicionalmente, resulta imposible la aplicación a la empresa empleadora de la doctrina de los actos propios (que significa la vinculación del autor de una declaración de voluntad al sentido objetivo de la misma y a la imposibilidad de adoptar posteriormente un comportamiento que contradiga a aquella), puesto que no se sabe en qué consiste la oferta anunciada; no se requiere que la misma indique que es de carácter temporal y a jornada parcial.

En efecto, no estamos en presencia de ofrecimiento contractual alguno —no ya a persona concreta y determinada, sino de una oferta de "Auxiliar Administrativo Dpto. Personal" a la que la empresa anunciante no señala cualidad alguna en orden a su jornada, temporalidad o salario.

Así las cosas, no puede afirmarse que la ausencia de toda referencia temporal en el anuncio comportaba oferta de trabajo con carácter indefinido y a jornada completa, lo que sería similar al puesto que venía ocupando la trabajadora.

# Inexistencia de relación laboral entre una fundación musical y los músicos de su orquesta

No existe relación laboral entre una fundación musical y los músicos de su orquesta porque éstos sólo perciben cantidades económicas como compensación de gastos, deben aportar su instrumental propio, y poseen libertad para acudir a ensayos o conciertos.

## **Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 7 de noviembre de 2017 [JUR\2017\288188]**

El Tribunal Supremo analiza un supuesto en el que la Inspección de Trabajo y Seguridad Social extendió acta de liquidación de cuotas a la empresa demandada –una fundación privada de música– por no haber solicitado en tiempo y forma el alta de sus trabajadores –músicos– durante el periodo de 2005 a 2010.

Así, resulta hecho probado que la fundación de música tiene como objeto social la continuidad de una orquesta sinfónica, además de fomentar, divulgar y enseñar la música de cámara y sinfónica.

Asimismo, la mayoría de los músicos son profesores de música o tocan en diversas orquestas. Los instrumentos musicales son de su propiedad, excepción hecha del piano y la percusión por su volumen.

Por otro lado, antes de cada concierto, realizan siete u ocho ensayos, convocándose ellos mismos por e-mail y concurriendo quien puede. Si algún músico, por el motivo que sea, no puede asistir, el propio músico se busca a alguien que le sustituya en el caso de tratarse de un instrumento absolutamente imprescindible para el concierto a ofrecer.

Respecto a la retribución a los músicos por sus servicios, éstos perciben cantidades variables en función de los conciertos y de los ensayos previos, con el objeto de compensarles los gastos de desplazamiento, parking o cualquier otra cantidad. Dichas cantidades oscilan entre los 40€ y los 3.000€ anuales.

Así, el Tribunal Supremo resuelve teniendo en cuenta las notas esenciales de la relación laboral: 1) compromiso personalísimo de desarrollar la actividad; 2) voluntariedad;

3) dependencia; 4) ajenidad; 5) retribución; y 6) ausencia de exclusión legal.

La sentencia del Tribunal Superior de Justicia declaró la laboralidad de la relación entre la fundación y los músicos pese a que los músicos perciben cantidades variables en función de los conciertos y de los ensayos previos, con el objeto de compensarles los gastos de desplazamiento, parking, etc.

El Tribunal Supremo concluye que no existe relación laboral cuando una fundación musical compensa a los músicos una parte de los gastos que su actividad genera –sin existencia de salario alguno–, pues no existe ni retribución por los servicios prestados y, éstos poseen libertad para acudir a ensayos o conciertos –no siendo sancionados si faltan–, organizando su propia sustitución cuando su instrumento es imprescindible –para el ensayo o concierto– y aportan instrumental propio –cuyo mantenimiento soportan–.

## Indemnización de 30.000 € por daños morales en un despido nulo

El despido disciplinario adoptado como represalia por haber testificado en contra de la empresa, una vez declarado nulo, puede ser indemnizado por lesión de un derecho fundamental, aun cuando el daño moral no haya sido acreditado detalladamente.

### Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 5 de octubre de 2017 [JUR 2017\283582]

El presente litigio versa sobre un despido declarado nulo por vulneración de derechos fundamentales. Sin embargo, lo debatido en la sentencia comentada se refiere a la eventual indemnización por daños morales.

El trabajador –teleoperador especialista–, siendo miembro del comité de empresa, acude a testificar en juicio oral de demanda por conflicto colectivo. Posteriormente, la empresa despidió disciplinariamente a una trabajadora que había testificado en el referido juicio, y días más tarde, despidió disciplinariamente a este trabajador imputándole haber prestado testimonio falso en el juicio reseñado.

Por ello, el trabajador solicita una indemnización por daños morales de 30.000 €, al considerar que dicha acción constituye una falta muy grave de la empresa. El Juzgado de lo Social califica el despido del trabajador nulo por vulneración de sus derechos fundamentales, condenando a la empresa a la readmisión del trabajador y al abono de la indemnización reclamada. La sentencia es recurrida en suplicación y el Tribunal Superior de Justicia estima la petición empresarial referida a la indemnización considerando que la misma no debe imponerse de forma automática sin alegar las bases y elementos claves y, sin acreditar en el proceso, cuanto menos, indicios, pautas o puntos de apoyo suficientes en los que se pueda asentar una condena indemnizatoria. En consecuencia, revoca la sentencia de instancia en lo referente a la condena al pago de una indemnización por daños morales, confirmando el pronunciamiento en lo referente a la nulidad del despido por vulneración de derechos fundamentales.

Por tanto, probada la violación de derechos fundamentales, lo que debe fijarse ahora es la cuantía de la indemnización. Que se acuda a las sanciones previstas para infracciones empresariales muy graves parece lógico. En este sentido, el artículo 8.2 LISOS considera infracción muy grave «las

*decisiones del empresario que supongan un trato desfavorable de los trabajadores como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción administrativa o judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación».*

Para el Tribunal Supremo estas consideraciones conducen a considerar adecuada la cuantía indemnizatoria establecida en la sentencia de instancia al no ser irrazonable o arbitraria la cantidad de 30.000 €. Tampoco la empresa ha desarrollado argumentaciones útiles para evidenciar una eventual desproporción indemnizatoria, pues solo se ha centrado en negar el derecho a la misma.

## El despido de un trabajador tras la comunicación al empresario de su inscripción como pareja de hecho y posterior paternidad es causa suficiente para declarar la nulidad del despido

Existe una apariencia externa indiciaria desde el momento en que el despido se produce poco después de que el trabajador ponga en conocimiento de los responsables de la empresa su inscripción como pareja de hecho y posterior paternidad.

### **Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Valladolid, de fecha 2 de octubre de 2017 [JUR\2017\260156]**

El trabajador comunica a la empresa que en los próximos meses iba a ser padre y que pretendía formalizar, mediante la inscripción en el registro de parejas de hecho, la unión con su actual pareja.

Días después, la empresa empleadora comunica al empleado su despido basado en causas disciplinarias, concretamente por disminución continuada y voluntaria del rendimiento de trabajo, normal o pactado, reconociendo en dicha carta la improcedencia de dicho despido.

El Tribunal Superior de Justicia –donde ya adelantamos que desestima el despido y declara, al igual que el Juzgado de lo Social, la nulidad del mismo – considera que el estado civil es una de las causas prohibidas de discriminación. En este sentido, señala que la situación de pareja extramatrimonial de Derecho, aunque tradicionalmente se integre dentro del concepto de soltero a efectos del estado civil, ha de ver reconocida –al estar recogida ya en leyes positivas– una sustancialidad propia, debiendo recordarse que en todo caso es una opción que pertenece a la intimidad personal del trabajador sobre la que ninguna potestad o competencia tiene su empleador y, menos aún procede realizar discriminación alguna con base en ello.

Así, para determinar si la decisión de despido obedece a la comunicación realizada por el trabajador, lo que constituye una causa de discriminación ilícita, la Sala afirma que existe una apariencia externa indiciaria desde el momento en que el despido se produce poco después de que el trabajador pone en conocimiento de los responsables de la

empresa esta situación y se informa sobre los derechos asociados a la misma, sin que por el contrario se aporte ninguna justificación de la decisión de despido alejada de tal intención, hasta el punto de que la carta de despido no expresa hechos concretos constitutivos de la falta laboral imputada e incluso reconoce la improcedencia del despido.

En conclusión, el Tribunal declara la nulidad del despido por considerar que la causa que lo motiva es discriminatoria.

# El trabajador que no ha ejercido su derecho al disfrute de las vacaciones devengadas por razones ajenas a su voluntad tiene derecho a una compensación económica

El empleado puede acumular y aplazar el derecho a vacaciones anuales retribuidas no disfrutadas, cuando el empresario no le haya permitido su disfrute.

## Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de fecha 29 de noviembre de 2017

El empleado trabajó en virtud de un “contrato por cuenta propia únicamente a comisión”, desde el 1 de junio de 1999 hasta el momento de su jubilación, a saber, el 6 de octubre de 2012. Este empleado solo recibía comisiones por lo que, cuando disfrutaba de vacaciones anuales, éstas no eran retribuidas.

Es por ello que, al concluir su relación laboral, el trabajador reclamó a su empresario el pago de una compensación económica por sus vacaciones anuales, tanto aquellas disfrutadas y no retribuidas como, por las no disfrutadas y devengadas, correspondientes a la totalidad del período durante el cual había trabajado, lo que fue denegado por el empresario al considerar que el trabajador era un trabajador por cuenta propia y, no un trabajador por cuenta ajena.

El empleado interpuso recurso ante el Employment Tribunal (Tribunal de lo Social de Reino Unido), el cual, estimó que este empleado debía ser calificado como “trabajador”, en el sentido de la Directiva 2003/88, y que, por tanto, tenía derecho a una compensación económica por las vacaciones anuales reclamadas.

No obstante, y ante determinadas dudas, el Employment Tribunal planteó una cuestión prejudicial frente a los organismos europeos.

A este respecto, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea entiende que el trabajador debe poder percibir su retribución cuando disfrute de sus vacaciones anuales. En efecto, la finalidad del derecho a vacaciones anuales retribu-

das consiste en permitir que los trabajadores descansen y dispongan de un período de ocio.

Por tanto, toda práctica u omisión por parte del empresario cuyo efecto sea disuadir a los trabajadores del disfrute efectivo de las vacaciones anuales es incompatible con la finalidad del derecho a vacaciones anuales retribuidas del trabajador.

El trabajador entendió que, al igual que previamente el tribunal concedió el derecho a retribución de un trabajador que no pudo disfrutar de sus vacaciones por causa de enfermedad, es decir, por causas ajenas al trabajador, debe poder ejercer su derecho a percibir una retribución por aquellas vacaciones no disfrutadas, por circunstancias ajenas al trabajador.

Por tanto, admitir una extinción de los derechos a vacaciones anuales retribuidas adquiridos por el trabajador implicaría dotar de validez a un comportamiento que daría lugar a un enriquecimiento injusto del empresario en detrimento del objetivo de preservar la salud del trabajador.

Finalmente, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se opone a disposiciones o a prácticas nacionales según las cuales un trabajador no puede aplazar, y en su caso acumular, hasta la conclusión de su relación laboral, derechos a vacaciones anuales retribuidas no ejercidos correspondientes a varios períodos de devengo consecutivos, por la negativa del empresario a retribuir esas vacaciones.

## La nulidad de la cláusula contractual de terminación del contrato de trabajo por obra conlleva la improcedencia del despido

La condición o cláusula resolutoria que las partes han pactado carece de validez por desplazar la regulación específicamente establecida para el supuesto de despido por problemas organizativos, técnicos o productivos.

### Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 14 de noviembre de 2017 [JUR\2017\288358]

La empleada del presente caso trabajaba como operadora de periféricos en una multinacional. Tuvo un primer contrato de trabajo por obra o servicio determinado desde el 7 de diciembre de 2009 hasta el 1 de agosto de 2010. Posteriormente, el 2 de agosto de 2010 firmó un nuevo contrato por obra o servicio para tareas de monitorización del tráfico de plataformas de atención Las tareas incluidas en el mismo consistían en la monitorización de tráfico y gestión de usuarios–, en el que se añadía la expresión «*según contrato firmado con nuestro cliente*» y «*salvo reducciones de volumen*».

Posteriormente, en fecha de 11 de julio de 2013, la empresa comunicó a la trabajadora la extinción de su contrato de trabajo con efectos de 31 de julio de 2013, alegando que la obra para la que fue contratada se había visto reducida en un porcentaje elevado, apoyándose en la cláusula del contrato que decía “*salvo reducciones de volumen*”.

Por tanto, en el presente caso se discute la validez de la cláusula incorporada al contrato de trabajo temporal en la que se contempla su terminación por reducción del volumen de trabajo de la empresa cliente.

Según la jurisprudencia es válida la contratación para obra o servicio cuyo objeto sea la realización de actividad contratada con un tercero por tiempo determinado, extendiéndose su duración por el tiempo que abarca la contrata, aunque su celebración no esté expresamente prevista en el convenio colectivo.

Sin embargo, la jurisprudencia viene sosteniendo que mientras el mismo contratista es titular de la contrata –sea por prórroga o nueva adjudicación– no puede entenderse que

ha llegado a su término la relación laboral. Por tanto, ha de rechazarse que sea causa para la extinción, la decisión unilateral de la empresa, ni siquiera la resolución parcial del encargo de la empresa cliente. También se ha sentado el criterio de que la terminación anticipada de la contrata por acuerdo de las empresas implicadas no constituye válida causa de terminación del vínculo laboral, lo que nos sitúa entonces ante un despido improcedente.

El Tribunal Supremo establece la posibilidad de que el contrato de trabajo incorpore causas que actúen al modo de las condiciones resolutorias, pero ello no significa que toda la construcción civilista sobre esa figura sea directamente trasladable al ámbito laboral, sino que deben realizarse muy serias adaptaciones. Por cuanto aquí interesa, ha de resaltarse la imposibilidad de reconducir a esta categoría de extinciones los hechos que posean un encaje más claro en otras aperturas del Estatuto de los Trabajadores.

Ejemplificativamente, no valdría la previsión extintiva para el caso de que la empresa sufriera pérdidas importantes, o la anudada a la desaparición de la persona jurídica empleadora, o la referida a la ineptitud del trabajador; pues en todos esos casos y en otros muchos, se refieren a extinciones establecidas en supuestos de problemas organizativos, técnicos o productivos, es decir, correspondientes a una esfera superior a la del trabajador; y por tanto, prevalece una tipicidad prioritaria, de modo que los acontecimientos de la realidad han de subsumirse en el apartado legal en que poseen un encaje más pertinente.

En el presente caso, el contrato temporal suscrito entre la empresa y la trabajadora tiene su causa natural de terminación en un acontecimiento que no se ha producido: la finalización del encargo que la empresa principal realiza a la citada empleadora. Por su lado, la condición o cláusula resolutoria que las partes han pactado carece de validez,

puesto que viene a desplazar la regulación específicamente establecida para el supuesto de problemas organizativos, técnicos o productivos –principio de tipicidad prioritaria–.

Así, al ser considerada nula la cláusula pactada que permite la extinción del contrato de la trabajadora con motivo en la reducción del volumen de actividad, la misma se tiene por no puesta. Por tanto, al ser inexistente la causa que motiva el despido de la trabajadora, nos encontramos ante un despido improcedente atípico.

Una vez firme la sentencia penal, el trabajador reclamó al promotor de la obra en la vía laboral el pago de una indemnización de daños y perjuicios. Por tanto, en este supuesto se debate si la sentencia del Juzgado de lo Penal absolutoria de la responsabilidad penal y de la civil al promotor, debe producir efectos de cosa juzgada en el posterior proceso que se siga, ante otra jurisdicción, reclamando responsabilidades civiles.

Este supuesto debe resolverse en sentido positivo, cuando como aquí ocurre, en el proceso penal la sentencia penal condenatoria examinó la responsabilidad civil, declaró la misma, la cuantificó y condenó a otra persona con absolución de la demandada en el anterior proceso.

En efecto, la responsabilidad civil derivada del acto ilícito, al igual que la penal, es única y si se juzga sobre ella en un proceso penal, al no haber existido reserva de esas acciones civiles para un futuro proceso y haber recaído sentencia condenatoria, tal cuestión queda resuelta definitivamente por la cosa juzgada, lo que se impone en aras a la tutela judicial efectiva, a la seguridad jurídica y al prestigio de los tribunales que se pierde si recaen resoluciones contradictorias sobre el mismo asunto.

Eso ocurrió en el presente caso en el que la existencia de la responsabilidad civil de la sociedad recurrente y de su administrador fue controvertida y declarada en la instancia, pero dejada sin efecto en apelación por la sentencia penal que absolvió a la recurrente y a la par confirmó la condena por responsabilidad civil a otra persona jurídica.

Por tanto, por ese hecho, ya juzgado, no cabe volver a reclamar la responsabilidad civil.

## La presentación de la papeleta de conciliación en una oficina de Correos tiene los mismos efectos que su presentación ante el Organismo de Conciliación y Mediación correspondiente

Al tratarse de un escrito dirigido a un órgano administrativo, el plazo de caducidad para la demanda por despido queda suspendido desde el mismo momento en que se presenta la papeleta de conciliación en la oficina postal para su remisión al Organismo de Conciliación y Mediación correspondiente, siempre que conste fehacientemente la fecha de presentación.

### **Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 19 de septiembre de 2017 [JUR\2017\245562]**

El objeto de debate que resuelve la presente sentencia versa sobre si la presentación de la "papeleta de conciliación" en una oficina de Correos para su remisión al Organismo de Mediación, suspende desde ese mismo día el cómputo de plazo de caducidad de la acción por despido, con los efectos propios del artículo 65.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

En relación a ello, el Tribunal Supremo argumenta que la presentación de los escritos administrativos ha de hacerse con arreglo a la legislación administrativa. En el caso objeto de enjuiciamiento argumenta que, el ciudadano no debe verse privado de las garantías o facilidades que se anudan a la presentación de escritos dirigidos a la Administración, aunque se trate de uno que posee carácter pre-procesal, como es la papeleta de conciliación.

De este modo, las reglas sobre presentación de escritos administrativos han de mantener su virtualidad y solo deberían ser desplazadas en la medida en que resultasen incompatibles con las previsiones, explícitas o no, de la legislación procesal. En el presente caso, el Tribunal Supremo no atisba impedimento alguno para que el escrito instando la conciliación –es decir, la "papeleta"– pueda presentarse ante las Oficinas de Correos, tal y como viene permitiendo la legislación sobre procedimiento administrativo.

Por tanto, no resultarían de aplicación en el supuesto las reglas sobre presentación de escritos procesales por Co-

reos pues se trata de un escrito dirigido a órgano administrativo.

Además, el Tribunal Supremo también valora la situación concreta del trabajador, el cual residía en una población lejana a la sede del órgano administrativo frente al que se dirigía la demanda de conciliación.

En conclusión, la presentación del escrito instando la conciliación en una Oficina de Correos despliega los mismos efectos que si se hubiera realizado en un registro administrativo, en especial respecto de la suspensión del plazo de caducidad para accionar desde el mismo día de su presentación.

## Publicada la Orden de cotización a la Seguridad Social para 2018

Dicha Orden mantiene las normas previstas en la LPGE para 2017 a la espera de la aprobación de los presupuestos correspondientes al 2018 pero llevando a cabo las adaptaciones exigidas por las modificaciones legales contenidas en normas publicadas con posterioridad a la LPGE 2017.

**Orden ESS/55/2018, de 26 de enero, por la que se desarrollan las normas legales de cotización a la Seguridad Social, desempleo, protección por cese de actividad, Fondo de Garantía Salarial y formación profesional para el ejercicio 2018**

Al haber quedado prorrogados de forma automática los Presupuestos Generales del Estado para el año 2017, de acuerdo con el artículo 134.4 de la Constitución Española, procede mantener en sus propios términos las normas de cotización hasta tanto se aprueben los presupuestos correspondientes al año 2018, si bien con la necesaria adaptación a las modificaciones de ámbito legal que, con posterioridad a la publicación de la Ley 3/2017, de 27 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2017, han incidido en este ámbito.

De la citada normativa destacar el régimen general de la Seguridad Social, cuyo tope máximo a partir de 1 de enero de 2018 será de 3.751,20 euros mensuales; y tope mínimo de cotización para las contingencias de accidente de trabajo y enfermedad profesional será equivalente al salario mínimo interprofesional vigente en cada momento, incrementado por el prorrateo de las percepciones de vencimiento superior al mensual que perciba el trabajador, sin que pueda ser inferior a 858,60 euros mensuales.

## Obligación de la Tesorería General de la Seguridad Social de notificar electrónicamente determinadas actuaciones y procedimientos

A partir del 19 de enero de 2018, la TGSS está obligada a notificar electrónicamente determinadas actuaciones y procedimientos en materia de Seguridad Social.

**Resolución de 3 de enero de 2018, de la Secretaría de Estado de la Seguridad Social, por la que se fija la fecha a partir de la cual se notificarán electrónicamente las resoluciones sobre la elevación a definitivas de las actas de liquidación de cuotas de la Seguridad Social, así como de las actas de liquidación conjuntas con las actas de infracción levantadas por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social; las resoluciones sobre imposición de sanciones por infracciones en materia de Seguridad Social competencia de la Tesorería General de la Seguridad Social; y las resoluciones de las impugnaciones administrativas formuladas frente a los actos dictados por la Tesorería General de la Seguridad Social en las materias de su competencia, salvo en materia de recursos humanos**

A partir del 19 de enero de 2018, la Tesorería General de la Seguridad Social notificará a través del sistema de notificación electrónica, mediante comparecencia en la sede electrónica de la Secretaría de Estado de la Seguridad Social, a los sujetos responsables –véase Orden ESS/485/2013, de 26 de marzo– las siguientes resoluciones en materia de Seguridad Social:

- a. Las resoluciones sobre la elevación a definitivas de las actas de liquidación de cuotas de la Seguridad Social, así como de las actas de liquidación conjuntas con las actas de infracción levantadas por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.
- b. Las resoluciones sobre imposición de sanciones por infracciones en materia de Seguridad Social que afecten al ámbito de competencia de la Tesorería General de la Seguridad Social.
- c. Las resoluciones de las impugnaciones administrativas formuladas frente a los actos dictados por la Tesorería General de la Seguridad Social en las materias de su competencia, salvo en materia de recursos humanos.

# Creación de la oficina de asistencia en materia de registros en la sede de la Intervención General de la Seguridad Social

Esta orden tiene por objeto la creación de una oficina de asistencia en materia de registros en la sede de la Intervención General de la Seguridad Social, ubicada en la calle Valenzuela, 5, de Madrid.

## **Orden ESS/1323/2017, de 28 de diciembre, por la que se crea la oficina de asistencia en materia de registros en la sede de la Intervención General de la Seguridad Social**

Esta orden procede a crear una oficina de asistencia en materia de registros de tal manera que los interesados puedan ser asistidos en el uso de medios electrónicos, en especial en lo referente a la identificación y firma electrónica, presentación de solicitudes a través de registro electrónico general y obtención de copias auténticas.

Las oficinas de asistencia en materia de registros son órganos administrativos por tener atribuidas funciones con efectos jurídicos frente a terceros.

Al respecto, son funciones de la oficina de asistencia en materia de registros, en particular, las siguientes:

- a. Otorgar apoderamiento apud acta mediante comparecencia personal en estas oficinas por quien ostente la condición de interesado en un procedimiento administrativo.
- b. Recibir las solicitudes, escritos y comunicaciones que los interesados dirijan a los órganos, organismos o entidades de las Administraciones Públicas.
- c. Asistir en el uso de medios electrónicos a los interesados.
- d. Digitalizar los documentos presentados de manera presencial por los interesados.
- e. Realizar notificaciones por comparecencia espontánea del interesado o su representante cuando, personándose en la oficina, solicite la comunicación y notificación personal en el momento.
- f. Facilitar a los interesados el código de identificación del órgano, centro o unidad administrativa a los que se dirigen sus solicitudes, comunicaciones y escritos, así como el correspondiente recibo que acredite la fecha y hora de presentación.
- g. Poner a disposición de los interesados los modelos para la presentación de solicitudes.
- h. Identificar a los interesados en el procedimiento.
- i. Cualesquiera otras funciones que se les atribuyan legal o reglamentariamente.

## Publicación de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público

A partir del 9 de marzo de 2018 entra en vigor la nueva regulación de la información sobre las condiciones de subrogación en contratos nacidos como consecuencia de la contratación con las Administraciones Públicas.

**Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014**

La contratación pública desempeña un papel clave, puesto que se configura como uno de los instrumentos basados en el mercado interior que deben ser utilizados para conseguir un crecimiento inteligente, sostenible e integrador, garantizando al mismo tiempo un uso con mayor racionalidad económica de los fondos públicos.

El articulado de esta ley se ha estructurado en un título preliminar dedicado a recoger las disposiciones generales en esta materia y cuatro libros sucesivos, relativos a la configuración general de la contratación del sector público y los elementos estructurales de los contratos (Libro I), la preparación de los contratos administrativos, la selección del contratista y la adjudicación de estos contratos, así como los efectos, cumplimiento y extinción de estos contratos (Libro II), los contratos de otros entes del sector público (Libro III), y, por último, la organización administrativa para la gestión de la contratación (Libro IV).

En el ámbito laboral, y con objeto de destacar alguna novedad, deja de concederse a los pliegos de condiciones la posibilidad de imponer la subrogación cuando no concurren los requisitos establecidos en el artículo 44 ET, o bien, no lo imponga un convenio colectivo o un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general. Cuando concurren los requisitos para la sucesión legal o convencional, el órgano de contratación debe facilitar en el pliego la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores objeto de subrogación. A estos efectos, la empresa que venga efectuando la prestación objeto del contrato debe aportar *«los listados del personal objeto de subrogación, indicándose: el convenio colectivo de aplicación y los detalles de categoría, tipo de contrato, jornada, fecha de antigüedad, vencimiento del contrato, salario bruto anual de cada trabajador, así como todos los pactos*

*en vigor aplicables a los trabajadores a los que afecte la subrogación»*.

Además, *«el pliego de cláusulas administrativas particulares siempre contemplará la obligación del contratista de responder de los salarios impagados a los trabajadores afectados por subrogación, así como de las cotizaciones a la Seguridad social devengadas, aún en el supuesto de que se resuelva el contrato y aquellos sean subrogados por el nuevo contratista, sin que en ningún caso dicha obligación corresponda a este último. En este caso, la Administración, una vez acreditada la falta de pago de los citados salarios, procederá a la retención de las cantidades debidas al contratista para garantizar el pago de los citados salarios, y a la no devolución de la garantía definitiva en tanto no se acredite el abono de éstos»*.

La nueva Ley de Contratos del Sector Público también establece la prioridad aplicativa del convenio sectorial sobre el convenio de empresa en las licitaciones públicas. De este modo, en los pliegos ha de incluirse la obligación del adjudicatario de cumplir las condiciones salariales de los trabajadores conforme al convenio colectivo sectorial de aplicación.

Por otra parte, los órganos de contratación rechazarán las ofertas si comprueban que son anormalmente bajas porque vulneran la normativa sobre subcontratación o no cumplen las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral, nacional o internacional, incluyendo el incumplimiento de los convenios colectivos sectoriales vigentes.

Por lo que se refiere a la ejecución del contrato, los órganos de contratación podrán establecer condiciones especiales de carácter social para garantizar el cumplimiento de los convenios colectivos sectoriales y territoriales aplicables. El incumplimiento de las condiciones establecidas en los convenios colectivos en vigor para los trabajadores durante la ejecución puede suponer la resolución del contrato.

La presente publicación no constituye opinión profesional o asesoramiento jurídico de sus autores. Para cualquier duda, póngase en contacto con CMS Albiñana & Suárez de Lezo (madrid@cms-asl.com | cms-asl@cms-asl.com)



Twitter



LinkedIn



www.cms.law



Law . Tax

**Your free online legal information service.**

A subscription service for legal articles on a variety of topics delivered by email.

[www.cms-lawnow.com](http://www.cms-lawnow.com)



Law . Tax

**Your expert legal publications online.**

In-depth international legal research and insights that can be personalised.

[eguides.cmslegal.com](http://eguides.cmslegal.com)

-----  
CMS Legal Services EEIG (CMS EEIG) is a European Economic Interest Grouping that coordinates an organisation of independent law firms. CMS EEIG provides no client services. Such services are solely provided by CMS EEIG's member firms in their respective jurisdictions. CMS EEIG and each of its member firms are separate and legally distinct entities, and no such entity has any authority to bind any other. CMS EEIG and each member firm are liable only for their own acts or omissions and not those of each other. The brand name "CMS" and the term "firm" are used to refer to some or all of the member firms or their offices.

**CMS locations:**

Aberdeen, Algiers, Amsterdam, Antwerp, Barcelona, Beijing, Belgrade, Berlin, Bogotá, Bratislava, Bristol, Brussels, Bucharest, Budapest, Casablanca, Cologne, Dubai, Duesseldorf, Edinburgh, Frankfurt, Funchal, Geneva, Glasgow, Hamburg, Hong Kong, Istanbul, Kyiv, Leipzig, Lima, Lisbon, Ljubljana, London, Luanda, Luxembourg, Lyon, Madrid, Manchester, Mexico City, Milan, Monaco, Moscow, Munich, Muscat, Paris, Podgorica, Poznan, Prague, Reading, Rio de Janeiro, Riyadh, Rome, Santiago de Chile, Sarajevo, Seville, Shanghai, Sheffield, Singapore, Skopje, Sofia, Strasbourg, Stuttgart, Tehran, Tirana, Utrecht, Vienna, Warsaw, Zagreb and Zurich.

-----  
[cms.law](http://cms.law)