



EDITORIAL

En aquest butlletí us oferim l'habitual ressenya legislativa, així com dos nous comentaris jurisprudencials a càrrec de Jorge Pérez, sobre la indemnització que correspon quan s'extingeix un contracte d'interinitat, i de Carolina Gala, relatiu a la maternitat subrogada i el dret a la prestació per maternitat.

LEGISLACIÓ

CRITERIOS PARA EL EJERCICIO DE LAS FUNCIONES DE TESORERÍA EN CORPORACIONES LOCALES DE MENOS DE 20.000 HABITANTES A PARTIR DEL 1 DE ENERO DE 2017 ([accés al text](#))

La *Dirección General de la Función Pública* ha publicat aquests criteris arran del compliment del termini fixat a l'[apartat 1 de la D.T. 7a de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local](#).

SENTÈNCIES

DRET A LA INDEMNITZACIÓ QUAN S'EXTINGEIX UN CONTRACTE D'INTERINITAT

STJUE de 14 de setembre de 2016, assumpte C-596/14 ([accés al text](#))

Comentada per Jorge Pérez

L'actual configuració legal de l'extinció del contracte de treball en el vigent ET distingeix entre la concurrència de causes objectives -art. 49.1.I)- i l'expiració del temps convingut o realització de l'obra o servei objecte del contracte -art. 49.1.c)-, establint diferents indemnitzacions a favor de les treballadores i els treballadors afectats per l'extinció. Així, en el cas que hi concorri alguna de les causes objectives (econòmiques, tècniques, organitzatives o de producció) que disposa l'art. 52 ET per remissió a l'art. 51.1 de la mateixa norma, la persona afectada té dret a una indemnització equivalent a 20 dies de salari per any de servei, amb un màxim de 12 mensualitats. No obstant això, si s'extingeix un contracte de treball de durada determinada dels que regula l'art. 15 ET, la indemnització ha de ser de 12 dies de salari per any de servei, llevat que es tracti d'un contracte d'interinitat, atès que no es preveu, en aquest cas, cap indemnització quan arriba l'extinció.

La sentència analitzada és conseqüència del plantejament d'una qüestió prejudicial elevada al TJUE per part de la Sala Social del TSJ de Madrid, en el supòsit d'una treballadora que havia vingut prestant serveis per a una administració pública mitjançant la subscripció d'un contracte d'interinitat per substituir una altra treballadora en situació d'alliberada sindical i, en conseqüència, tenia reservat el seu lloc de treball. Aquesta situació, que es va perllongar en el temps durant més de set anys, va propiciar que el Tribunal espanyol plantegés a l'europeu el seu encaix a la clàusula 4 de la [Directiva 1999/70/CE del Consell de 28 de juny de 1999, relativa a l'Acord marc de la CES la UNICE i el CEEP sobre el treball de durada determinada](#). Aquest Acord marc estableix els principis

generals i les condicions mínimes per als contractes de treball de durada determinada i en aquest tipus de relacions laborals, amb la finalitat de millorar la qualitat del treball de durada determinada, tot garantint l'aplicació del principi de no-discriminació i establint un marc per impedir els abusos derivats de la utilització de successius contractes de treball de durada determinada o d'aquesta tipologia de relacions laborals.

La referida clàusula 4 estableix, quant a les condicions de treball, que no es pot tractar les persones que treballen amb un contracte de durada determinada d'una manera menys favorable que a aquells treballadors fixos comparables pel simple fet de tenir un contracte de durada determinada, a menys que es justifiqui un tracte diferent per raons objectives. Doncs bé, en aquesta sentència el TJUE entén que l'esmentada clàusula s'ha d'interpretar en el sentit que el concepte de "condicions de treball" inclou la indemnització que un empresari estigui obligat a abonar a un treballador per raó de la finalització del seu contracte de treball de durada determinada. Aquesta clàusula, sota el seu punt de vista, també s'oposa a una normativa nacional com la controvertida en el litigi principal, que denega qualsevulla indemnització per finalització de contracte al treballador amb contracte d'interinitat, mentre que permet la concessió de la indemnització, en particular, als treballadors fixos comparables. El simple fet que aquest treballador hagi prestat els seus serveis en virtut d'un contracte d'interinitat no pot constituir, per tant, una raó objectiva que permeti justificar la negativa a reconèixer-li el dret a la citada indemnització.

Les conseqüències d'aquesta sentència no s'han fet esperar, i el Tribunal espanyol que va plantejar la qüestió prejudicial ja ha dictat sentència sobre la qüestió litigiosa principal, reconeixent a la treballadora afectada per l'extinció del contracte d'interinitat una indemnització equivalent a 20 dies de salari per any de servei. Aquesta sentència del TSJ de 5 d'octubre de 2016 conclou que, atès que la *Directiva 1999/70* és directament aplicable d'acord amb el que ha reconegut el TS (sentència de 8 de juny de 2016) i considerant la interpretació realitzada pel TJUE en la que ara es comenta, no es pot discriminar la treballadora pel que fa a la indemnització per l'extinció de la relació laboral com a conseqüència del tipus de contracte subscrit i, per tot això, té dret a igual indemnització que la que correspondria a un treballador fix comparable si s'extingís el seu contracte per una altra causa objectiva. És evident, en aquest cas, la igualtat en els termes de comparació respecte de la treballadora a la que ha substituït contínuament.

Sens dubte, es tracta de dues sentències d'extraordinària importància, perquè qüestionen el vigent plantejament legal de les indemnitzacions per finalització de contracte, i fins i tot arriba a plantejar-se l'aplicació de la interpretació del TJUE als restants supòsits de contractació de durada determinada -així ho ha fet la sentència del TSJ del País Basc de 18 d'octubre de 2016-, és a dir, als contractes d'obra o servei determinats i als contractes eventuais. En tot cas, no es tracta d'una qüestió senzilla de resoldre, ni doctrinalment pacífica, ja que també s'ha qüestionat la conveniència d'assimilar el simple transcurs del temps a les circumstàncies objectives a què es refereix l'art. 52 ET. S'haurà d'esperar, d'altra banda, la resposta legislativa que molt probablement generarà aquesta sentència europea, i ens endinsarem mentrestant en un nou període d'incertesa en aquesta matèria que, a més, afecta un gran nombre d'empreses, entitats públiques i persones treballadores.

MATERNITAT SUBROGADA I DRET A LA PRESTACIÓ PER MATERNITAT

STS de 30 de novembre de 2016, recurs 3183/2015 ([accés al text](#))

Comentada per Carolina Gala

Els darrers mesos s'han dictat diverses sentències del TS on es reconeix el dret a la prestació per maternitat en supòsits de maternitat subrogada o gestació per substitució, després d'un cert debat en el marc dels diferents TSJ. La sentència que es comenta tot seguit és una d'elles. En aquest supòsit de fet, el Sr. J.M. va recórrer a la gestació per substitució als Estats Units i va sol·licitar a l'INSS la prestació per maternitat com a pare biològic monoparental d'un menor inscrit com a espanyol en el Registre civil del Consolat General d'Espanya a Chicago (on és legal aquesta modalitat de gestació). Al Sr. J.M. ja li va ser reconeguda la prestació per paternitat.

Com en altres sentències anteriors, el TS reconeix el dret reclamat, fonamentant-se en diversos arguments:

a) L'art. 10 de la *Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida*, declara la nul·litat de ple dret al nostre país del contracte de gestació per substitució, però això no suposa que al menor que neix en aquestes circumstàncies

se'l privi de determinats drets. S'han de distingir dos plànols: el referit al contracte de gestació per substitució i la seva nul·litat legalment establerta; i la situació del menor, a qui no pot perjudicar la nul·litat del contracte. És més, a la normativa laboral existeixen diversos supòsits en què es reconeixen certs efectes en casos de negocis jurídics nuls (per exemple, l'art. 9.2 ET reconeix el dret al salari pel temps ja treballat a l'emparedat d'un contracte nul, o l'art. 220.3 LGSS reconeix la pensió de viduitat en certs casos de nul·litat matrimonial).

b) L'art. 8 del *Conveni Europeu per a la protecció dels Drets Humans i les Llibertats Fonamentals*, interpretat pel Tribunal Europeu de Drets Humans en les sentències de 26 de juny de 2014, *Mennesson i Labassee contra França*, encara que no es refereix a les prestacions per maternitat, expressament pren en consideració l'interès del menor, el respecte del qual ha de guiar qualsevol decisió que li afecti.

c) Tal com recorda la STS de 6 de febrer de 2014 (Sala Civil): "... d'acord amb la jurisprudència d'aquest Tribunal i del Tribunal Europeu de Drets Humans, si tal nucli familiar existeix actualment, si els menors tenen relacions familiars de fet amb els recurrents, la solució que hagi de buscar-se tant per als recurrents com per a les autoritats públiques que hi intervinguin, hauria de partir d'aquesta dada i permetre el desenvolupament i la protecció d'aquests vincles...". D'aquesta manera, el menor, nascut després de la gestació per substitució, forma un nucli familiar amb el pare, que l'atén i té cura d'ell, i tenen relacions familiars de fet, per la qual cosa s'ha de protegir aquest vincle, essent un mitjà perfectament idoni la concessió de la prestació per maternitat.

d) En el supòsit de no atorgar-se la protecció per maternitat en aquest cas, es produiria una discriminació en el tracte dispensat al menor, per raó de la seva filiació, contravenint allò establert en els arts. 14 i 39.2 de la *Constitució* (CE). Aquest últim disposa que els poders públics assegurin la protecció integral dels fills, iguals davant la llei amb independència de la seva filiació.

e) Tant l'art. 48.4 ET com els arts. 177 i 178 LGSS formen part del mandat de l'art. 39 CE, que estableix la protecció a la família i a la infància, finalitat aquesta que ha de prevaldre i servir d'orientació per a la solució de qualsevol dubte interpretatiu. Està fora de tot dubte que el reconeixement del dret al descans i la prestació per maternitat comporten un adequat compliment del mandat constitucional de protecció a la família i a la infància.

f) El descans per maternitat té una doble finalitat: d'una banda, atendre a la recuperació, seguretat i salut de la mare; i de l'altra, la protecció de les especials relacions entre la mare i el seu fill durant el període posterior al naixement. En el supòsit de maternitat per subrogació es produeixen també les especials relacions entre el pare i el fill, durant el període posterior al naixement del menor, per la qual cosa han de ser degudament protegides, en la mateixa forma que ho són la maternitat, l'adopció i l'acolliment.

g) L'art. 2.2 del *Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural*, disposa que es consideren jurídicament equiparables a l'adopció i a l'acolliment, aquelles institucions jurídiques declarades per resolucions judicials o administratives estrangeres, la finalitat de les quals i efectes jurídics siguin els previstos per a l'adopció i l'acolliment, qualsevol que sigui la seva denominació. La situació d'un menor, nascut després d'una gestació per substitució i inscrit en el Consolat d'Espanya a Chicago, deriva d'una resolució d'inscripció registral no combatuda, constant el Sr. J.M. com a pare biològic. Podria sostenir-se que la posició dels progenitors en els casos de maternitat subrogada és similar a aquella que, també com a progenitors, ocupen aquells que es troben en supòsits d'adopció o acolliment. Sens dubte, en alguns casos pot ser així, mentre que en d'altres, com el del Sr. J.M., en què concorre la paternitat biològica de qui demanda les prestacions, aquest recurs interpretatiu és només addicional. En tot cas, pugna amb la lògica més primària que es denegui la prestació en els supòsits de gestació per substitució quan es reconeixeria en virtut d'una llei si el sol·licitant s'hagués limitat a adoptar o a acollir a un menor, o a manifestar que l'ha concebut juntament amb la mare.

h) Quan la Sala Civil del TS nega la inscripció registral dels fills nascuts mitjançant maternitat subrogada, atén també a les necessitats familiars que hagin sorgit de fet. I tenint en compte això, quan el pare, després de la maternitat subrogada, és qui té materialment cura del menor, l'única forma d'atendre la situació de necessitat consisteix a permetre-li l'accés a les

prestacions. Així s'interpreten les normes sobre les prestacions de maternitat no només a la llum de la "realitat social del temps en què han de ser aplicades, atenent fonamentalment a l'esperit i finalitat d'aquella" (art. 3.1 *Código Civil*) sinó, molt especialment, a la vista de la literalitat d'altres preceptes ja esmentats. No es tracta de violentar allò preceptuat pel legislador sinó de clarificar l'abast de les seves previsions, harmonitzant els diversos mandats confluents.

Sens dubte, la solució adoptada per la Sala Social del TS en aquesta complexa matèria és innovadora i clarament protectora del menor, tot i que, com és sabut, la figura de la maternitat subrogada està subjecta encara a un important debat social, amb posicions clarament enfrontades. En tot cas, la solució resulta aplicable tant quan es tracta d'un home o d'una dona sols que recorren a aquesta figura, com quan es tracta d'una parella -homosexual o heterosexual- i, si s'ha accedit ja a la prestació per paternitat -el cas del Sr. J.M. citat-, s'ha de descomptar aquesta de la prestació per maternitat reconeguda.