



EDITORIAL

En este boletín os ofrecemos la habitual reseña legislativa, así como dos nuevos comentarios jurisprudenciales a cargo de **Jorge Pérez**, sobre la indemnización que corresponde cuando se extingue un contrato de interinidad, y de **Carolina Gala**, relativo a la maternidad subrogada y el derecho a la prestación por maternidad.

LÉGISLACIÓN

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 ([acceso al texto](#))

La *Dirección General de la Función Pública* ha publicado estos criterios a raíz del cumplimiento del plazo fijado en el [apartado 1 de la D.T. 7ª de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local](#).

SENTENCIAS

DERECHO A LA INDEMNIZACIÓN CUANDO SE EXTINGUE UN CONTRATO DE INTERINIDAD

STJUE de 14 de septiembre de 2016, asunto C-596/14 ([acceso al texto](#))

Comentada por Jorge Pérez

La actual configuración legal de la extinción del contrato de trabajo en el vigente ET distingue entre la concurrencia de causas objetivas -art. 49.1.l)- y la expiración del tiempo convenido o realización de la obra o servicio objeto del contrato -art. 49.1.c)-, estableciendo diferentes indemnizaciones a favor de las trabajadoras y los trabajadores afectados por la extinción. Así, en el caso de que concurra alguna de las causas objetivas (económicas, técnicas, organizativas o de producción) que dispone el art. 52 ET por remisión al art. 51.1 de la misma norma, la persona afectada tendrá derecho a una indemnización equivalente a 20 días de salario por año de servicio, con un máximo de 12 mensualidades. Sin embargo, si se extingue un contrato de trabajo de duración determinada de los regulados en el art. 15 ET, la indemnización será de 12 días de salario por año de servicio, salvo en el caso del contrato de interinidad, para el que no se prevé indemnización alguna en caso de extinción.

La sentencia analizada es consecuencia del planteamiento de una cuestión prejudicial ante el TJUE por parte de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid, en el supuesto de una trabajadora que había venido prestando servicios para una administración pública mediante la suscripción de un contrato de interinidad para sustituir a otra trabajadora que se hallaba en situación de liberada sindical y, consecuentemente, tenía reservado su puesto de trabajo. Esta situación, que se prolongó en el tiempo durante más de siete años, propició que el Tribunal español planteara al europeo su encaje en la cláusula 4 de la [Directiva 1999/70/CE del Consejo de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada](#). Este Acuerdo marco establece los principios generales y las condiciones mínimas para los contratos de trabajo de

duración determinada y este tipo de relaciones laborales, con la finalidad de mejorar la calidad del trabajo de duración determinada, garantizando la aplicación del principio de no discriminación y estableciendo un marco para impedir los abusos derivados de la utilización de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada o de esta tipología de relaciones laborales.

La referida cláusula 4 establece, por lo que respecta a las condiciones de trabajo, que no podrá tratarse a las personas que trabajan con un contrato de duración determinada de una manera menos favorable que a los trabajadores fijos comparables por el mero hecho de tener un contrato de duración determinada, a menos que se justifique un trato diferente por razones objetivas. Pues bien, en esta sentencia el TJUE entiende que esta cláusula debe interpretarse en el sentido de que el concepto de "condiciones de trabajo" incluye la indemnización que un empresario está obligado a abonar a un trabajador por razón de la finalización de su contrato de trabajo de duración determinada. Esa misma cláusula, a su juicio, se opone a una normativa nacional como la controvertida en el litigio principal, que deniega cualquier indemnización por finalización de contrato al trabajador con contrato de interinidad, mientras que permite la concesión de tal indemnización, en particular, a los trabajadores fijos comparables. El mero hecho de que este trabajador haya prestado sus servicios en virtud de un contrato de interinidad no puede constituir, por tanto, una razón objetiva que permita justificar la negativa a reconocer el derecho a la mencionada indemnización.

Las consecuencias de esta sentencia no se han hecho esperar, y el Tribunal español que planteó la cuestión prejudicial ya ha dictado sentencia sobre la cuestión litigiosa principal, reconociendo a la trabajadora afectada por la extinción del contrato de interinidad una indemnización equivalente a 20 días de salario por año de servicio. Esta sentencia del TSJ de 5 de octubre de 2016 concluye que, siendo la *Directiva 1999/70* directamente aplicable tal y como ha reconocido el TS (sentencia de 8 de junio de 2016) y considerando la interpretación realizada por el TJUE en la que ahora se comenta, no se puede discriminar a la trabajadora en cuanto a la indemnización por la extinción de la relación laboral como consecuencia del tipo de contrato suscrito y, por consiguiente, tiene derecho a igual indemnización que la que correspondería a un trabajador fijo comparable en el supuesto de extinguirse su contrato por otra causa objetiva, siendo en este caso evidente la igualdad en los términos de comparación respecto de la trabajadora a la que ha venido sustituyendo.

Sin duda, se trata de dos sentencias de extraordinaria importancia, por cuanto ponen en cuestión el vigente planteamiento legal de las indemnizaciones por finalización de contrato, llegando incluso a plantearse la aplicación de la interpretación del TJUE a los restantes supuestos de contratación de duración determinada -así lo ha hecho la sentencia del TSJ del País Vasco de 18 de octubre de 2016-, es decir, a los contratos de obra o servicio determinados y a los contratos eventuales. En todo caso, no se trata de una cuestión sencilla de resolver, ni doctrinalmente pacífica, puesto que también se ha cuestionado la conveniencia de asimilar el mero transcurso del tiempo a las circunstancias objetivas a las que se refiere el art. 52 ET. Habrá que esperar, por otra parte, a la respuesta legislativa que muy probablemente generará esta sentencia europea, pasando entretanto por un nuevo periodo de incertidumbre en esta materia que, por otra parte, afecta a un gran número de empresas, entidades públicas y personas trabajadoras.

MATERNIDAD SUBROGADA Y DERECHO A LA PRESTACIÓN POR MATERNIDAD

STS de 30 de noviembre de 2016, recurso 3183/2015 ([acceso al texto](#))

Comentada por Carolina Gala

En los últimos meses han aparecido varias sentencias del TS en que se reconoce el derecho a la prestación por maternidad en supuestos de maternidad subrogada o gestación por sustitución, tras un cierto debate en el marco de los TSJ. La sentencia que se comenta a continuación es una de ellas. En el presente supuesto el Sr. J.M. recurrió a la gestación por sustitución en Estados Unidos y solicitó al INSS la prestación por maternidad como padre biológico monoparental de un menor inscrito como español en el Registro civil del Consulado General de España en Chicago (donde es legal esta modalidad de gestación). Al Sr. J.M. ya le fue reconocida la prestación por paternidad.

Como en otras sentencias anteriores, el TS reconoce el derecho reclamado, fundamentándose en diversos argumentos:

a) El art. 10 de la *Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida*, declara la nulidad de pleno derecho en nuestro país del contrato de gestación por sustitución, pero ello no supone que al menor que nace en esas circunstancias se le prive de determinados derechos. Deben distinguirse dos planos: el referido al contrato de gestación por sustitución y su nulidad legalmente establecida; y la situación del menor, al que no puede perjudicar la nulidad del contrato. Es más, en la normativa laboral existen varios supuestos en que se reconocen ciertos efectos en casos de negocios jurídicos nulos (por ejemplo, el art. 9.2 ET reconoce el derecho al salario por el tiempo ya trabajado al amparo de un contrato nulo, o el art. 220.3 LGSS reconoce la pensión de viudedad en ciertos casos de nulidad matrimonial).

b) El art. 8 del *Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales*, interpretado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en las sentencias de 26 de junio de 2014, *Menesson y Labassee contra Francia*, aunque no se refiere a las prestaciones por maternidad, expresamente toma en consideración el interés del menor, cuyo respeto ha de guiar cualquier decisión que le afecte.

c) Tal y como recuerda la STS de 6 de febrero de 2014 (Sala Civil): "...de acuerdo con la jurisprudencia de este Tribunal y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, si tal núcleo familiar existe actualmente, si los menores tienen relaciones familiares "de facto" con los recurrentes, la solución que haya de buscarse tanto por los recurrentes como por las autoridades públicas que intervengan, habría de partir de este dato y permitir el desarrollo y la protección de estos vínculos...". De este modo, el menor, nacido tras la gestación por sustitución, forma un núcleo familiar con el padre, que le presta atención y cuidados parentales y tienen relaciones familiares "de facto", por lo que debe protegerse ese vínculo, siendo un medio perfectamente idóneo la concesión de la prestación por maternidad.

d) Si no se otorgara la protección por maternidad, se produciría una discriminación en el trato dispensado al menor, por razón de su filiación, contraviniendo lo establecido en los arts. 14 y 39.2 de la *Constitución* (CE). Este último dispone que los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales ante la ley, con independencia de su filiación.

e) Tanto el art. 48.4 ET como los arts. 177 y 178 LGSS forman parte del mandato del art. 39 CE, que establece la protección a la familia y a la infancia, finalidad que debe prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa. Está fuera de toda duda que el reconocimiento del derecho al descanso y la prestación por maternidad entrañan un adecuado cumplimiento del mandato constitucional de protección a la familia y a la infancia.

f) El descanso por maternidad tiene una doble finalidad: por un lado, atender a la recuperación, seguridad y salud de la madre; y, por otro, la protección de las especiales relaciones entre la madre y su hijo durante el período posterior al nacimiento del menor. En el supuesto de maternidad por subrogación se producen también las especiales relaciones entre el padre y el hijo, durante el período posterior al nacimiento del menor, por lo que han de ser debidamente protegidas, en la misma forma que lo son la maternidad, la adopción y el acogimiento.

g) El 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*, dispone que se consideran jurídicamente equiparables a la adopción y al acogimiento, aquellas instituciones jurídicas declaradas por resoluciones judiciales o administrativas extranjeras, cuya finalidad y efectos jurídicos sean los previstos para la adopción y el acogimiento, cualquiera que sea su denominación. La situación de un menor, nacido tras una gestación por sustitución e inscrito en el Consulado de España en Chicago, deriva de una resolución de inscripción registral no combatida, constando el Sr. J.M. como padre biológico. Podría sostenerse que la posición de los progenitores en los casos de maternidad subrogada es similar a la que, también como progenitores, ocupan aquellos que se hallan en supuestos de adopción o acogimiento. Sin duda, en algunos casos puede ser así, mientras que en otros, como el del Sr. J.M., en que concurre la paternidad biológica de quien demanda las prestaciones, ese recurso interpretativo es solo adicional. En todo caso, pugna con la lógica más primaria que se deniegue la prestación en los supuestos de gestación por sustitución cuando se reconocería en virtud de ley si el solicitante se hubiera limitado a adoptar o a acoger a un menor, o a manifestar que lo ha engendrado junto con la madre.

h) Cuando la Sala Civil del TS niega la inscripción registral de los hijos habidos mediante maternidad subrogada, procura

atender las necesidades familiares que hayan surgido de facto. Y teniendo en cuenta esto, cuando el padre, tras la maternidad subrogada, está materialmente al cuidado del menor, la única forma de atender la situación de necesidad consiste en permitirle el acceso a las prestaciones. Con ello se interpretan las normas sobre las prestaciones de maternidad no solo a la luz de la “realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquélla” (art. 3.1 *Código Civil*) sino, muy especialmente, a la vista del tenor de otros preceptos ya apuntados. No se trata de violentar lo preceptuado por el legislador sino de aquilatar el alcance de sus previsiones, armonizando los diversos mandatos confluyentes.

Sin duda, la solución alcanzada por la Sala de lo Social del TS en esta compleja materia es innovadora y claramente protectora del menor, aun cuando, como es sabido, la figura en sí de la maternidad subrogada está sujeta todavía a un importante debate social, con posiciones claramente enfrentadas. En todo caso, tal solución resulta aplicable tanto cuando se trata de un varón o de una mujer solos que recurren a esta figura, como cuando se trata de una pareja -homosexual o heterosexual- y, en caso de haberse accedido ya a la prestación por paternidad -como el del Sr. J.M. citado-, se descontará ésta de la prestación por maternidad reconocida.