



ASOCIACION
DE JUEGES Y MAGISTRADOS
FRANCISCO DE VITORIA



Dirección
Natalia Velilla Antolín

Coordinación
Ramón Gimeno Lahoz



www.ajfv.es

BOLETÍN DIGITAL SOCIAL

NÚMERO 12. FEBRERO 2017

PRESTACIONES PARENTALES Y VIENTRES DE ALQUILER: EL ENFOQUE DE LA PROTECCIÓN SOCIAL AL MARGEN DE LA POLÉMICA

STS, Sala Cuarta, 16 de noviembre de 2016
Sentencia nº: 953/2016

M^a LOURDES ARASTEY SAHÚN
Magistrada de la Sala Cuarta del Tribunal
Supremo

¿CUÁL ES EL PROCEDIMIENTO ADECUADO PARA RECLAMAR LA INDEMNIZACIÓN DERIVADA DE DESPIDO OBJETIVO?

STS, Sala Cuarta, 2 de diciembre de 2016
Sentencia nº: 1034/2016

ALFONSO GONZÁLEZ GONZÁLEZ
Magistrado
Juzgado de lo Social nº 1 Valladolid

1.- PRESTACIONES PARENTALES Y VIENTRES DE ALQUILER: EL ENFOQUE DE LA PROTECCIÓN SOCIAL AL MARGEN DE LA POLÉMICA

M^a LOURDES ARASTEY SAHÚN

Magistrada de la Sala IV del Tribunal Supremo

VOCES: Prestación de maternidad. Vientres de alquiler o maternidad subrogada. Permisos parentales

La nueva realidad en la reproducción humana, y más en concreto los denominados “vientres de alquiler”, plantean a los Tribunales de Justicia nuevas controversias en distintos ámbitos. En el ámbito social, uno de ellos son las prestaciones de Seguridad Social parentales, donde la protección de la realidad va ganando terreno sobre otras respuestas.

COMENTARIO

El debate jurídico sobre la maternidad por subrogación se halla en pleno auge en estos días en nuestro país. Sus múltiples implicaciones de carácter ético, y también de posicionamiento ideológico o político, dejan a menudo de lado la vertiente jurídico-legal de los variados aspectos de esa situación, ignorando incluso la multiplicidad de supuestos que se engloban en lo que, simplícidamente, se identifica con la terminología de “vientres de alquiler”.

A uno de esos aspectos han tenido que dar respuesta los jueces y tribunales del orden jurisdiccional social cuando quienes han acudido a aquel recurso -y, por consiguiente, se hallan en la situación efectiva de

tener ya a un menor a su cuidado- solicitan la prestación de maternidad o paternidad.

La respuesta negativa del Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) ha encontrado apoyo en la Ley 14/2006, de 26 de octubre, sobre técnicas de reproducción humana asistida, cuyo art. 10 establece la nulidad de pleno derecho del contrato de gestación por sustitución, lo que le ha servido para resolver que la gestación de un menor por útero subrogado no puede ser considerada como situación protegida a los efectos de la prestación de maternidad.

En el núcleo de la controversia se halla la cuestión de la constatación registral de la filiación; materia ésta que ha sido objeto de la STS/1ª de 6 de febrero de 2014 (recurso 245/2012), según el cual no cabe determinar la filiación del menor en favor de los padres comitentes aun cuando ésta estuviera admitida por las autoridades extranjeras. El problema que ponía de relieve aquel pronunciamiento de la Sala 1ª de nuestro Tribunal Supremo es el que se generaba por la postura de los Registros civiles consulares de España que, siguiendo el criterio marcado por la Dirección General de los Registros y del Notariado, permite la inscripción en virtud de resolución judicial dictada por Tribunal competente, determinante de la filiación, la cual debe ser objeto de exequátur, con la particularidad de que, si la resolución judicial extranjera tiene su origen en un procedimiento análogo a uno español de jurisdicción voluntaria, el encargado del Registro Civil controlará incidentalmente, como requisito previo a su inscripción, si tal resolución judicial puede ser reconocida en España. En este supuesto debe constatarse, entre otros extremos, que no se ha producido una vulneración del interés superior del menor y de los derechos de la madre gestante, debiendo verificarse que el consentimiento de esta se ha obtenido de forma libre y voluntaria, sin incurrir en error, dolo o violencia y que tiene capacidad natural suficiente.

Ciertamente, sucede que en determinados Estados de los Estados Unidos de América la legalidad del contrato entre los padres comitentes

y la madre gestante permite el reconocimiento judicial y registral de la filiación del nacido de modo exclusivo en favor de los primeros. Ello provoca la nula relación jurídica entre el niño y la gestante.

Esta situación constituye el sustrato fáctico esencial del asunto resuelto por la STS/4ª/Pleno de 16 noviembre 2016 (rcud. 3146/2014) que reconoce el derecho de la demandante inicial a lucrar prestación de maternidad por el nacimiento en mayo de 2013 en San Diego/California de un niño, dado a luz por madre con la que se había previamente concertado un contrato de gestación subrogada. Se daba la circunstancia de que el Registro civil consular español de Los Ángeles admitió la inscripción del nacimiento del niño consignando como padres a la actora y a un varón, ambos de nacionalidad española. Interpuesta demanda frente a la resolución administrativa por la que el INSS había denegado el subsidio de maternidad, la misma fue desestimada por la sentencia del Juzgado de lo Social, que confirmó después la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid el 7 de julio de 2014 (rollo 142/2014). Acude por ello la demandante en casación para unificación de doctrina sosteniendo que la decisión del TSJ de Madrid es contraria con el criterio seguido por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 20 de septiembre 2012 (rollo 1604/2012). El caso resuelto por la Sala asturiana presentaba enormes similitudes pues se trataba también de un menor nacido en California de madre con la que se había concertado la gestación e inscrito en el mismo Registro civil consular de España como hijo de la demandante y un varón español. La discrepancia existente entre la Salas de Madrid y Asturias no es aislada. Los distintos TSJ venían adoptando posturas dispares sobre esta cuestión, apreciándose diferencias incluso dentro de una misma Sala, como es el caso de la de Madrid.

Para el Tribunal Supremo la cuestión debe solventarse en favor del reconocimiento de la prestación. Para ello se recuerda que, si bien la materia no se halla en el ámbito del Derecho de la Unión Europea – como expresamente ha indicado el TJUE-, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STJUE de 26 de junio de 2014, Menesson c.

Francia) ha señalado, en cambio, que ha de priorizarse el interés del menor en lo que hace al reconocimiento de su identidad, filiación y nacionalidad. En realidad, ello lleva al Tribunal Supremo a entender que la existencia de la norma nacional española que declara la nulidad del contrato de gestación no puede impedir que, acreditada legalmente la filiación por un medio como la inscripción registral no anulada, y constatada la realidad de la atribución de la custodia y cuidado del menor, deba reconocerse que nos hallamos ante la situación protegida por la Seguridad Social mediante la prestación que se reclama y que es objeto del pleito.

Desde la óptica de las prestaciones de Seguridad Social, como son las derivadas de los permisos parentales, resulta irrelevante el debate sobre los impedimentos para inscribir a estos niños o la nulidad del contrato de maternidad por sustitución. Y es que no cabe obviar que en nuestro Ordenamiento jurídico el mero acogimiento simple de un menor ya constituye un hecho protegible por este tipo de prestaciones y, en consecuencia, carece de toda racionalidad denegar las mismas en supuestos como el analizado.

La STS/4^a/Pleno de 25 octubre 2016 (rcud. 3818/2015) reconocía también el derecho a la prestación; mas, aunque el Tribunal Supremo utiliza la misma argumentación expuesta para el caso anterior, se trataba aquí de un supuesto con elementos distintos en que las dudas sobre el alcance de la maternidad subrogada no guardarían la misma relación, ya que la madre biológica y gestante tenía reconocida también la filiación por la inscripción, junto al padre – demandante de la prestación- en el Registro civil consular español de Nueva Delhi.

2.- ¿CUÁL ES EL PROCEDIMIENTO ADECUADO PARA RECLAMAR LA INDEMNIZACIÓN DERIVADA DE DESPIDO OBJETIVO?

ALFONSO GONZÁLEZ GONZÁLEZ

Magistrado

VOCES: Despido objetivo. Indemnización controvertida. Procedimiento ordinario. Procedimiento de despido

La reclamación de la indemnización total o parcialmente no percibida de un despido objetivo consentido, ha tenido tradicionalmente una doble vía -procedimiento de despido y procedimiento ordinario- cuando su importe no era controvertido. La STS de 26-4-16 pareció abrir esta vía a supuestos de cálculo controvertido, pero la STS de 2-12-16 dictada en Pleno ha cerrado esta posibilidad, debiéndose acudir al procedimiento de despido siempre que sea controvertido el cálculo de la indemnización.

1.- CONSIDERACIONES PREVIAS

La cuestión planteada, que es trasladable a todo despido, ha sido objeto de controversia y ha provocado diferentes interpretaciones en el Tribunal Supremo.

Los supuestos que se pueden plantear son los siguientes:

1.- Trabajador que está conforme con el despido objetivo y con la indemnización fijada por la empresa: No acciona.

2.- Trabajador que no está conforme con las causas del despido objetivo y por lo tanto con la indemnización: Procedimiento de despido.

3.- Trabajador que está conforme con las causas del despido objetivo y disconforme con los parámetros de la indemnización - antigüedad y salario- : ¿Procedimiento de despido o procedimiento ordinario?.

2.- CRITERIOS JURISPRUDENCIALES

Criterio tradicional

El Tribunal Supremo estableció en sentencia de 22-1-07 (rec.3011/2005) que:

“que el objeto principal de la acción por despido es la obtención de una declaración judicial de nulidad o improcedencia, por lo que si el trabajador acepta plenamente la corrección y licitud del despido decretado por el empresario no se plantea realmente conflicto alguno relativo a ese núcleo esencial del juicio de despido, y por tanto no sería adecuado exigirle entablar tal clase de acción con el único fin de poder cobrar una indemnización cuyos elementos esenciales están reconocidos por la demandada. Si el trabajador considera que su cese es conforme a ley, no tiene por qué ejercitar ninguna acción de despido, y la falta de ejercicio de esta acción no puede producir la consecuencia de que por ello pierda las indemnizaciones establecidas para esos ceses lícitos.

*En el supuesto que ahora hemos de resolver, **no existe discrepancia en orden a la calificación del despido como improcedente, como tampoco la hay sobre el salario o la antigüedad del trabajador demandante**, teniendo en cuenta que en la carta de despido se contiene una declaración empresarial de improcedencia, aceptada por el trabajador, lo que, de hecho, supone el reconocimiento de la existencia de una cantidad adeudada concreta ajustada a los parámetros generales del artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores , cuyo impago no ha de canalizarse a través del proceso por despido, pues la acción así ejercitada no tendría objeto, sino que por tratarse de una deuda sobre la que hay certeza de su existencia, habrá*

de ser el **proceso ordinario** el que canalice la pretensión del demandante para su exigencia”.

El propio Tribunal Supremo en sentencia de **29-9-08** (rec.3868/2007) fijó el siguiente criterio:

“No ocurre lo mismo en el presente caso, en el que **la cantidad adeudada no es pacífica** y no lo es, porque mientras que la empresa demandada considera que se trata de un despido objetivo con el régimen especial de 33 días por año de servicio, el actor sostiene que se trata de un despido disciplinario que ha de seguir el régimen de indemnización común de 45 días por año de servicio. De esta forma, es claro que en el presente supuesto estamos ante un problema que correspondía al ámbito de decisión del **proceso de despido**”.

En la sentencia de **30-11-10** (rec.3360/2009) se realiza un análisis de las dos sentencias anteriores y se llega a siguiente conclusión:

“la STS de 29/09/2008 no contradice la de 22/01/2007 pues se trata de dos supuestos diferentes. La combinación de ambas nos da el siguiente resultado: cuando el empresario ha reconocido la improcedencia del despido y ha depositado una determinada indemnización con la que **el trabajador no está de acuerdo**, éste **puede cobrar dicha indemnización y reclamar la diferencia** Y esta reclamación deberá hacerse en un **proceso de despido** cuando la discrepancia se plantee por una cuestión de fondo (tipo de indemnización debida -45 días, 33 días, 20 días por año-, salario, antigüedad; o bien, sujeto o sujetos obligados al pago) **pero no cuando, existiendo conformidad sobre todos esos extremos, se trate exclusivamente de hacer la operación matemática necesaria** para aplicar correctamente el artículo 56.1,a) del ET , o el que proceda, **en cuyo caso el proceso adecuado es el ordinario**”.

Las cuestiones anteriores se clarifican con la sentencia de **4-5-12** (rec.2645/2011) en la que se manifiesta lo siguiente:

“En la sentencia más reciente de 30 de noviembre de 2008 se sintetiza esta doctrina, indicando que cuando el empresario ha reconocido la improcedencia del despido y el trabajador no está de acuerdo con el importe reconocido la reclamación de la diferencia "deberá hacerse en un proceso de despido cuando la discrepancia se plantee por una cuestión de fondo (tipo de indemnización debida -45 días, 33 días, 20 días por año-, salario, antigüedad; o bien, sujeto o sujetos obligados al pago), pero no cuando, existiendo conformidad sobre todos esos extremos, se trate exclusivamente de hacer la operación matemática necesaria para aplicar correctamente el artículo 56.1.a) del ET o el que proceda, en cuyo caso el proceso adecuado es el ordinario.

*(...). Pues bien, resulta claro que no estamos ante un simple impago de una cantidad no controvertida ni ante una mera discrepancia de cálculo, existiendo conformidad en los elementos en función de los cuales se ha de calcular la indemnización de despido. Se trata, por el contrario, de **una diferencia que afecta a un elemento esencial de esa determinación, como es la antigüedad**, por lo que, de conformidad con la doctrina de las sentencias a que se ha hecho referencia, **el procedimiento adecuado es el de despido**, como ha estimado la sentencia recurrida, lo que, por otra parte, se relaciona con el alcance que, de acuerdo con la doctrina de la sentencia del Pleno de la Sala de 18 de noviembre de 2009 (recurso 71/2009), tiene la oferta de reconocimiento de la improcedencia del despido cuando no es aceptada por el trabajador, pues la impugnación de esa oferta en uno de sus elementos esenciales libera al empresario de la misma y podría incluso cuestionar la procedencia del despido, con lo que lógicamente el proceso de despido será el adecuado para conocer este tipo de pretensiones”.*

Cambio de criterio

La sentencia del Tribunal Supremo de **26-4-16** (rec.1360/2014) recoge las sentencias de 22 de enero de 2007 y 4 de mayo de 2012 pero llega a la conclusión de que, aunque la antigüedad y la indemnización reclamada por la actora es superior a la reconocida por la empresa, el procedimiento adecuado es el ordinario. En ella se concluye que:

*<<Y, como la sentencia recurrida confirmó el criterio de la sentencia de instancia que aprecia la inadecuación de procedimiento para ventilar las **diferencias solicitadas en razón a la antigüedad pretendida**, limitando la indemnización estimada a la cantidad consignada en la carta de despido, viendo el debate planteado en suplicación ha de estimarse el recurso, visto el informe del Ministerio Fiscal, anulando la sentencia recurrida, y resolviendo el debate en suplicación, se estima el recurso de tal naturaleza formulado por la trabajadora, revocando en parte la sentencia de instancia para que, partiendo de la adecuación del procedimiento **ordinario** para resolver la pretensión, el juzgador de instancia se pronuncie sobre la procedencia o no de la indemnización que excede de la señalada en la carta de despido por alegada mayor antigüedad, con absoluta libertad de criterio”.*

Vuelta al criterio tradicional

Por último, la sentencia de **2-12-16** (rec.431/2014), dictada en Pleno, viene a matizar la sentencia 26 de abril de 2016(rec.1360/2014) al manifestar que:

*“En el supuesto sometido a nuestra consideración, a la vista de las circunstancias concurrentes, la Sala entiende que **debe mantenerse la doctrina tradicional**, lo que implica estimar el recurso con la declaración de que en este supuesto la controversia sobre el procedimiento a seguir debe resolverse en el sentido de que el adecuado es el proceso de despido . Las razones que avalan esta decisión son las que se exponen a continuación.*

*En primer lugar, la decisión es la más acorde con la doctrina tradicional de la Sala reiterada en el tiempo y que, por las razones expuestas en el Fundamento de Derecho anterior, no puede considerarse modificada. En efecto, como se ha avanzado, la Sala viene sosteniendo con reiteración que el **proceso ordinario** es adecuado cuando la pretensión dirigida al cobro de la indemnización que deriva del acto extintivo **se limita exclusivamente a la reclamación de una cantidad no discutida o que deriva de unos parámetros de cálculo sobre los que no existe discrepancia** entre las partes. **Ahora bien cuando en el supuesto controvertido se pongan en cuestión la propia existencia de la indemnización o los elementos básicos para la determinación de la misma o la propia naturaleza de la indemnización debida o, como ocurre en el presente caso, la validez de cláusulas contractuales que resulten determinantes para la configuración de la indemnización, el único procedimiento adecuado es el de despido**".*

3.- COMENTARIO

De la jurisprudencia anteriormente expuesta podemos llegar a la conclusión de que ha habido una reflexión sobre la doctrina tradicional, pero finalmente ésta no ha sido modificada.

El procedimiento ordinario será el adecuado cuando haya conformidad con el despido objetivo y con la indemnización fijada por la empresa -la cual no habría sido abonada o habría sido percibida en cuantía inferior a la fijada en la comunicación extintiva-, pero no concurriría discrepancia sobre la antigüedad o salario del trabajador demandante.

Sin embargo, cuando el trabajador muestre su disconformidad con la indemnización fijada por la empresa, por no estar conforme con

la antigüedad o salario reconocido, el procedimiento que deberá seguir es el procedimiento de despido.

Así debe concluirse tras la sentencia del TS de fecha 2-12-16 (rec.431/2014), que afirma expresamente que “debe mantenerse la doctrina tradicional”, con lo que aclara o matiza cualquier trascendencia de la sentencia de 26-4-16 (rec.1360/2014). Existe voto particular que mantiene el criterio fijado en la sentencia de 26-4-16, pero la sentencia ha sido dictada en Pleno.

La mayoría de las discrepancias sobre la antigüedad de la prestación de servicios vienen generadas por los periodos de prestación de servicios que deben tenerse en cuenta para el cálculo de la indemnización, sobre todo, cuando han existido diferentes contratos temporales con o sin solución de continuidad que determinan la ruptura o unidad del vínculo contractual. Respecto de esta cuestión debemos tener presente la jurisprudencia reciente sobre la “unidad esencial del vínculo”, entre otras, en la sentencia del Tribunal Supremo de 14-4-16 (rec.3403/2014).

Cuando existen discrepancias en la antigüedad y/o salario y, son reconocidas por el juzgador, éste debe determinar si ha existido o no error excusable en el cálculo de la indemnización. Si el error se considera excusable el juzgador declarará la procedencia del despido objetivo y condenará a la empresa a abonar al trabajador la diferencia entre la indemnización que ya hubiese percibido y la que legalmente le corresponda. Si el error se considera inexcusable declarará la improcedencia del despido al no haberse cumplido los requisitos formales exigidos por el artículo 53 del Estatuto de los Trabajadores, con las consecuencias previstas en el artículo 56 del citado texto. Así lo disponen los artículos 122.3 y 123 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social. En cuanto al error excusable o inexcusable puede verse la sentencia del Tribunal Supremo de 30-6-16 (rec.2990/2014).

Lo importante es saber ya de forma unificada, que estos casos deben canalizarse a través del procedimiento de despido, y esto me parece completamente correcto porque si finalmente se determina que la indemnización es muy superior, quizás la empresa hubiera optado por mantener al trabajador en el puesto de trabajo, lo que sólo puede ocurrir si el trabajador vence en un procedimiento de despido, y no en un procedimiento de reclamación de cantidad en que no se posibilita la readmisión. Este argumento, que el empresario tiene la decisión de mantener la relación laboral o extinguirla, en función al importe de la indemnización, está contemplado en el párrafo segundo del art.111-1-b LRJS -en sede de procedimiento de despido-, y si se remitiera al procedimiento ordinario, se estaría privando a la empresa de la posibilidad de poder optar por la readmisión.

Además, ya hemos visto como al reconocerse una mayor antigüedad y, por tanto, una indemnización superior a la reconocida por la empresa, estaríamos ante un error inexcusable, cuya consecuencia es la declaración de improcedencia del despido, la cual solo puede producirse en este proceso.

Incluso, aunque se considerase que se trata de un error excusable, la calificación debe producirse en el proceso de despido y no en el ordinario, según lo previsto en los artículos 122 y 123 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social para la modalidad procesal de extinción de contrato por causas objetivas.