

Roj: **STS 5370/2010** - ECLI: **ES:TS:2010:5370**Id Cendoj: **28079140012010100634**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **15/09/2010**Nº de Recurso: **2289/2009**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **SOCIAL**Ponente: **MARIA LUISA SEGOVIANO ASTABURUAGA**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **STSJ CAT 3328/2009,**  
**STS 5370/2010**

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a quince de Septiembre de dos mil diez.

Vistos los autos pendientes ante esta Sala en virtud de recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el letrado D. Mario Ruedo Rodríguez, en nombre y representación de D<sup>a</sup>. Araceli , contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, de fecha 20 de febrero, recaída en el recurso de suplicación nº 38113/07, que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 8 de los de Barcelona, dictada el 26 de marzo de 2007, en los autos de juicio nº 650/2006, iniciados en virtud de demanda presentada por D<sup>a</sup>. Araceli , contra Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), sobre DEMANDA DE RECONOCIMIENTO DE DERECHO Y RECLAMACION DE CANTIDAD.

Es Ponente la Excm. Sra. D<sup>a</sup>. Maria Luisa Segoviano Astaburuaga, Magistrada de Sala.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Con fecha 26 de marzo de 2007, el Juzgado de lo Social nº 8 de los de Barcelona, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que estimando la demanda promovida por **Araceli** debo declarar y declaro el derecho de la anterior a percibir la prestación de maternidad por adopción desde el 14-6-2006, condenando al **Instituto Nacional de la Seguridad Social** a estar y pasar por la presente declaración.". El 9 de mayo de 2007 se dicta por el Juzgado Auto de Aclaración de dicha sentencia en cuya parte dispositiva consta lo siguiente: "Que debía aclarar y aclaraba la sentencia dictada en este procedimiento en el sentido de que en el fallo de la sentencia donde dice: "Que estimando la demanda promovida por **Araceli** debo declarar y declaro el derecho de la anterior a percibir la prestación de maternidad por adopción desde el 14-6-2006, condenando al **Instituto Nacional de la Seguridad Social** a estar y pasar por la presente declaración" deber ser del tenor literal siguiente: "Que estimando la demanda promovida por **Araceli** debo declarar y declaro el derecho de la anterior a percibir la prestación de maternidad por adopción desde el 14-6-2006 **hasta el 3-10-06** condenando al **Instituto Nacional de la Seguridad Social** a estar y pasar por la presente declaración".".

**SEGUNDO.-** Que en la citada sentencia y como HECHOS PROBADOS se declaran los siguientes: " **1º** . Que Araceli , con DNI nº NUM000 se halla en situación de alta en el régimen general a través de la empresa Alcatel España S.A. **2º** . Que en fecha 3-7-2006 la parte actora solicita el pago directo de la prestación de maternidad por adopción de la menor Julia nacida el 26-3-2001. **3º** . Que la menor, nacida el 26-3-2001 es hija biológica de Rosario . **4º** . Que Araceli es pareja estable de Rosario según consta en acta notarial de 27-2-2006 aunque iniciaron la convivencia en el año 2004. **5º** . Que por resolución del juzgado de primera instancia número 19 de Barcelona de fecha 6-6-2006 se acordó la adopción por parte de Araceli sobre la menor Julia en condición de madre. Los apellidos de la menor pasaran a ser Marí Jose . **6º** . Que la empresa Alcatel España SA declara que la actora inicia descanso por adopción el 14-6-2006. **7º** . Que por resolución administrativa de 19-7-2006 se



denegó la solicitud de la parte actora concerniente al pago directo de la prestación de maternidad por adopción de la menor Julia , al estar la menor ya incorporada e integrada en la unidad familiar, no existiendo la necesidad de integración en la que se base el descanso maternal por acogimiento o adopción. 8º . Que interpuesta la pertinente reclamación previa la misma fue desestimada por resolución administrativa de 29-11-2006."

**TERCERO.-** Contra la anterior sentencia, el Instituto Nacional de la Seguridad Social formuló recurso de suplicación y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, dictó sentencia en fecha 20 de febrero de 2009 , en la que consta el siguiente fallo: "Que estimando el recurso de suplicación interpuesto por el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 8 de Barcelona en fecha 26 de marzo de 2.007, aclarada por auto de 9 de mayo de 2007 recaída en los autos 650/06 , seguidos en virtud de demanda formulada por Doña Araceli contra la Entidad Gestora recurrente, en solicitud de prestación de maternidad, debemos revocar y revocamos la sentencia recurrida, desestimando íntegramente la demanda rectora de los presentes autos. Sin costas."

**CUARTO.-** Contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, el letrado D. Mario Rueda Rodríguez, interpuso el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, que se formalizó ante esta Sala mediante escrito fundado en la contradicción de la sentencia recurrida con la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Baleares el 30 de octubre de 2006 , recurso de suplicación 455/2006.

**QUINTO.-** Se admitió a trámite el recurso, y tras ser impugnado por la parte recurrida, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal para informe, el cual fue emitido en el sentido de estimar improcedente el recurso formulado.

**SEXTO.-** Se señaló para la votación y fallo el día 9 de septiembre de 2010, llevándose a cabo tales actos en la fecha señalada.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** El Juzgado de lo Social nº 8 de Barcelona dictó sentencia el 26 de marzo de 2007 , aclarada por auto de 9 de mayo de 2007, autos 650/06 , estimando la demanda formulada por D<sup>a</sup> Araceli contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social, declarando el derecho de la actora a percibir la prestación por maternidad por adopción desde el 14 de junio de 2006, hasta el 3 de octubre de 2006, condenando al demandado a estar y pasar por dicha declaración. Tal y como consta en la citada sentencia la actora es pareja estable de D<sup>a</sup> Rosario , según consta en acta notarial de 27-2-06, si bien iniciaron la convivencia en el año 2004. El 3-7-06 la actora solicitó el pago directo de la prestación de maternidad por adopción de la menor Julia acordada por resolución del Juzgado 13 de Barcelona el 6-6-06 , adoptando la actora en condición de madre, siéndole denegada por resolución del INSS de 19-7-06, por estar la menor ya incorporada e integrada a la unidad familiar no existiendo la necesidad de integración en la que se basa el descanso maternal por acogimiento o adopción. La menor, nacida el 26-3-01, es hija biológica de Doña Rosario quien en su momento disfrutó el correspondiente permiso de maternidad. Contra dicha sentencia se interpuso por el demandado Instituto Nacional de la Seguridad Social recurso de suplicación, habiendo dictado sentencia la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya el 20 de febrero de 2009 , recurso 8113/07, en la que, estimando el recurso formulado, revocaba la sentencia impugnada, desestimando la demanda formulada. La Sala entendió que, dado que la razón de ser del permiso de adopción es que la persona adoptante y el niño adoptado tengan un contacto humano en los primeros momentos de la adopción que facilite su integración en la nueva familia y en la nueva situación, y tal circunstancia no concurre en el caso examinado pues desde el año 2004 ya se había dado la misma, la prestación solicitada carece de razón de ser, aunque se cumplan los requisitos formales establecidos en el ordenamientos jurídico, añadiendo que, por otra parte, la prestación solicitada ya había sido consumida por la señora Rosario , señalándose que el permiso de maternidad puede repartirse pero no se devenga dos veces.

Contra dicha sentencia se interpuso por la parte actora recurso de casación para la unificación de doctrina, seleccionando como sentencia contradictoria, en cumplimiento del proveído de esta Sala de 29 de Junio de 2009 , la dictada el 30 de octubre de 2006 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Baleares, recurso 455/06 , firme en el momento de publicación de la recurrida.

La parte demandada ha impugnado el recurso habiendo informado el Ministerio Fiscal que es improcedente.

**SEGUNDO .-** Procede el examen de la sentencia de contraste para determinar si concurre el requisito de la contradicción, tal y como lo enuncia el artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral que supone que ante hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente idénticos las sentencias comparadas han emitido pronunciamientos diferentes.



La sentencia de contraste, la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Baleares el 30 de octubre de 2006 , recurso 455/06, desestimó el recurso de suplicación interpuesto por el Instituto Nacional de la Seguridad Social contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 3 de los de Palma de Mallorca, en virtud de demanda formulada por Doña Mariola . Consta en dicha sentencia que la actora solicitó prestación por maternidad por adopción de la hija de su esposo, de 5 años de edad en fecha 25-10-05, siéndole denegada por resolución del INSS de 21-11-05, por entender que, siendo la niña adoptada hija de su esposo no se integra en la unidad familiar en el momento de la adopción. El Juzgado de 1ª Instancia nº 16 de Palma de Mallorca acordó la adopción de la menor el 15-9-05, adquiriendo firmeza el 30-9-05. La menor estuvo ingresada en un centro de acogida, el 11-6-02, habiendo asumido la tutela de la misma sus tíos maternos el 16-12-02, habiendo fallecido su madre biológica el 28-5-04. El 17-4-04 el padre de la niña contrae matrimonio con la actora y pide que cese la situación de acogimiento, lo que se acuerda por el Institut de Serveis Socials del Consell de Mallorca el 16-8-04, accediendo a la convivencia de la menor con su padre y la demandante, por un periodo de un año, presentando la niña deficiencias especiales, produciéndose la adopción tras el transcurso de dicho periodo de un año. La Entidad Gestora aduce que en los casos de adopción la situación que motiva su protección por la Seguridad Social es la pérdida de ingresos y en el caso de la actora, al ser la adoptada hija de su cónyuge no existe esta situación de necesidad que se refiere a los supuestos en que la adopción supone la incorporación del menor, por primera vez, a una nueva unidad familiar. La sentencia entendió que la tesis del Instituto Nacional de la Seguridad Social supone una interpretación restrictiva de los artículos 48.4 del ET y 133 bis de la LGSS, ya que los mismos establecen el derecho al descanso y subsiguiente subsidio en los casos de adopción y acogimiento, tanto preadoptivo como permanente de menores de seis años, sin excluir supuesto alguno, siendo tal interpretación incompatible con el carácter tuitivo del sistema de la Seguridad Social que opera ante situaciones de necesidad abstracta, sin exigir del beneficiario que acredite su concurrencia efectiva, existiendo además en el supuesto examinado razón material suficiente justificativa de que la actora disfrute del permiso legal de adopción, dadas las penosas circunstancias que han rodeado sus primeros años de vida.

Entre la sentencia recurrida y la de contraste concurren la identidades exigidas por el artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral , pues en ambos supuestos se trata de trabajadoras que han adoptado a la hija biológica de su cónyuge, tras un periodo previo de convivencia con la misma y solicitan la prestación por maternidad, siéndole denegada por el INSS, habiendo llegado las sentencias comparadas a resultados contradictorios pues, en tanto la sentencia recurrida entiende que no procede tal prestación, la de contraste la concede en los términos pedidos. Es irrelevante, a efectos de la contradicción, que en la sentencia recurrida la convivencia previa entre adoptante y adoptada fuera de dos años y en la de contraste de solo un año, que en la sentencia recurrida la madre biológica ya hubiera disfrutado del permiso de maternidad, dato que no consta en la de contraste, que en la recurrida el cónyuge de la adoptante sea una mujer y en la de contraste un hombre, que en la recurrida no consten deficiencias especiales de la adoptada ni ingreso en centros de acogida, circunstancias que concurren en la menor de la sentencia de contraste, que en la recurrida la madre biológica este viva, en tanto en la de contraste ha fallecido, pues lo relevante, como se indicó con anterioridad es si hay o no derecho a la prestación por maternidad en caso de adopción por parte de uno de los integrantes del matrimonio -madre no biológica- cuando previamente ha habido un relevante periodo de convivencia entre adoptante y adoptado.

Cumplidos los requisitos de los artículos 217 y 222 de la Ley de Procedimiento Laboral procede entrar a conocer del fondo del asunto.

**TERCERO** .- El recurrente alega infracción del artículo 48.4 del Estatuto de los Trabajadores en relación con el 45.1 d) de dicho texto legal y en conexión, a su vez, con el artículo 3.1 del Código Civil .

El recurrente aduce, en esencia, que la adopción es el hecho causante para el nacimiento de la prestación solicitada, con independencia de que existiera o no convivencia previa, no existiendo previsión alguna de denegación de dicha prestación cuando la convivencia ya ha tenido lugar, por lo que procede el reconocimiento del derecho a la correspondiente prestación.

Para resolver la cuestión debatida procede el examen de los preceptos que a continuación se transcriben, todos ellos en la redacción anterior a la introducida por la Ley Orgánica 3/07, de 22 de marzo , aplicable por razones cronológicas:

El Artículo 45 del Estatuto de los Trabajadores establece en su apartado 1 d): "1 . El contrato de trabajo podrá suspenderse por las siguientes causas: ..... d) maternidad, riesgo durante el embarazo de la mujer trabajadora y adopción acogimiento preadoptivo o permanente, de menores de seis años". El artículo 48.4 de dicha norma, dispone que: "En los supuestos de adopción y acogimiento, tanto preadoptivo como permanente, de menores de seis años, la suspensión tendrá una duración de dieciséis semanas ininterrumpidas ampliables en el supuesto de adopción o acogimiento múltiple en dos semanas por cada hijo a partir del segundo, contadas a la elección del trabajador, bien a partir de la decisión administrativa o judicial de acogimiento, bien a partir de la resolución judicial por la que se constituye la adopción..... En el caso de que la madre y el padre trabajen, el



periodo de suspensión se distribuirá a opción de los interesados, que podrán disfrutarlo de forma simultánea o sucesiva, siempre con periodos ininterrumpidos y con los límites señalados. En los casos de disfrute simultáneos de periodos de descanso, la suma de los mismos no podrá exceder de las dieciséis semanas previstas en los apartados anteriores o de las que correspondan en caso de parto múltiple. Los periodos a los que se refiere el presente artículo podrán disfrutarse en régimen de jornada completa o a tiempo parcial, previo acuerdo entre los empresarios y trabajadores afectados, en los términos que reglamentariamente se determinen".

Por su parte el artículo 133 bis de la Ley General de la Seguridad Social dispone que: "A efectos de la prestación por maternidad, se consideran situaciones protegidas la maternidad, la adopción y el acogimiento, tanto preadoptivo como permanente, durante los periodos de descanso que por tales situaciones se disfruten de acuerdo con lo previsto en el número 4 del artículo 48 del texto refundido del Estatuto de los Trabajadores ..." El artículo 133 ter de dicho texto legal, establece que: "Serán beneficiarios del subsidio por maternidad los trabajadores por cuenta ajena cualquiera que fuera su sexo, que disfruten de los descansos referidos en el artículo anterior, siempre que reuniendo la condición general exigida en el número 1 del artículo 124, acrediten un periodo mínimo de cotización de ciento ochenta días, dentro de los cinco años inmediatamente anteriores al parto, o a las fechas de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la resolución judicial por la que se constituye la adopción, y reúnan las demás condiciones que reglamentariamente se determinen".

El artículo 2 del Real Decreto 1251/01 de 16 de noviembre -derogado por Real Decreto 295/09, de 6 de marzo - establece que: "A efectos de la protección por maternidad, se consideran situaciones protegidas la maternidad, la adopción y el acogimiento familiar, tanto preadoptivo como permanente, durante los periodos de descanso que por tales situaciones se disfruten, de acuerdo con lo previsto en el apartado 4 del artículo 48 del Estatuto de los Trabajadores ..." El artículo 4 de dicha norma establece, en su apartado 1 que: "Serán beneficiarios del subsidio por maternidad los trabajadores, cualquiera que sea su sexo, incluidos en el ámbito de aplicación de este Capítulo II, que disfruten de los descansos referidos en el artículo 2 de esta norma, siempre que, reuniendo la condición general de estar afiliados y en alta o en situación asimilada al alta en algún Régimen del Sistema de la Seguridad Social, acrediten un periodo mínimo de cotización de ciento ochenta días dentro de los cinco años inmediatamente anteriores a la fecha del parto, o a las fechas de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la resolución judicial, por la que se constituye la adopción". El artículo 7 en su apartado 1 señala que "se tendrá derecho al subsidio por maternidad a partir del mismo día en que de comienzo el periodo de descanso correspondiente". El artículo 10 regula los supuestos de denegación, anulación y suspensión del derecho, fijando que se producirá cuando el beneficiario hubiera actuado fraudulentamente para obtener o conservar el subsidio o cuando trabajara por cuenta propia o ajena durante los correspondientes periodos de descanso.

En resumen, la regulación del derecho al descanso por maternidad, y percibo de la subsiguiente prestación en caso de adopción, establece unos requisitos, cuales son la concurrencia de la situación protegida -la adopción-, el disfrute del periodo de descanso establecido en el artículo 48.4 del Estatuto de los Trabajadores -16 semanas- y la acreditación de las condiciones generales exigidas en el artículo 124.1 de la Ley General de la Seguridad Social, así como la acreditación de un periodo de cotización de ciento ochenta días dentro de los cinco años inmediatamente anteriores a la fecha de la resolución judicial por la que se constituye la adopción.

A la vista de dichos requisitos forzoso resulta concluir que el recurso formulado ha de ser estimado.

A este respecto hay que señalar, en primer lugar, que la recurrente reúne todos y cada uno de los requisitos anteriormente consignados por lo que le corresponde el derecho al percibo de la prestación de maternidad solicitada. En efecto consta que por resolución del Juzgado de Primera Instancia número 19 de los de Barcelona de fecha 6-6-06 se acordó la adopción por parte de la actora Doña Araceli sobre la menor Julia, en condición de madre; que inició el descanso por adopción el 14-6-06 y que se halla en situación de alta en el Régimen General de la Seguridad Social como trabajadora de la empresa Alcatel España S.A., sin que conste que no reúna el periodo de cotización requerido.

En segundo lugar, en la normativa reguladora de la prestación de maternidad no aparece como requisito que la menor adoptada no se encuentre incorporada e integrada a la unidad familiar con anterioridad al inicio del periodo de descanso por maternidad.

En tercer lugar, entre los supuestos de denegación, anulación y suspensión del derecho no figura la circunstancia de que la menor hubiera convivido con la adoptante con anterioridad al inicio del descanso por maternidad y solicitud de la correspondiente prestación.

En cuarto lugar hay que poner de relieve que, de seguirse la tesis mantenida por la entidad gestora, en numerosos supuestos de adopción legalmente previstos, no habría derecho al descanso por maternidad ni a la prestación correspondiente, como pueden ser los regulados en el artículo 176, apartados 1, 2 y 3 del



Código Civil, -ser pariente del adoptante en tercer grado por consanguinidad o afinidad, ser hijo del consorte del adoptante, llevar mas de un año acogido legalmente por el adoptante o haber estado bajo su tutela por el mismo tiempo- en los que habitualmente ha habido convivencia previa de adoptante y adoptado.

Por último, hay que señalar que la finalidad de la integración del adoptado en su nueva familia y en su nueva situación no se produce por el mero hecho de la convivencia con el adoptante con anterioridad a la adopción, sino que es a partir del momento de la adopción cuando surge la nueva situación del adoptado, pues es a partir de la resolución judicial constituyendo la adopción cuando se establece la situación de hijo del adoptante, cuando pasa a integrarse en la nueva familia.

No empece tal conclusión el hecho de que la madre biológica de la adoptante hubiera disfrutado del permiso de maternidad pues se han producido situaciones sucesivas que han generado el derecho al descanso por maternidad y a la prestación correspondiente, a saber, el parto -que generó el derecho en la madre biológica- y la adopción como madre de la hoy recurrente- que acarrió su derecho a descanso y prestación por maternidad- situaciones ambas previstas y reguladas en el artículo 48.4 del Estatuto de los Trabajadores, sin que se disponga que el percibo de la prestación por parto excluya el percibo de la prestación por adopción. Aunque el sujeto causante sea el mismo se han producido sucesivamente las dos situaciones protegidas legalmente establecidas, la maternidad y la adopción, y, en consecuencia, procede reconocer el derecho a la prestación a la adoptante, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 48.4 del Estatuto de los Trabajadores, 133 bis y ter de la Ley General de la Seguridad Social y artículos 2,4 y 7 del Real Decreto 1251/01 de 16 de noviembre.

En consecuencia procede, a tenor de lo previsto en el artículo 226.2 de la Ley de Procedimiento Laboral, casar la sentencia recurrida y resolviendo el debate planteado en suplicación, procede la desestimación del recurso planteado, manteniendo la resolución dictada en instancia.

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

## FALLAMOS

Estimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representación letrada de Doña Araceli contra la sentencia dictada el día 20 de febrero de 2009 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, en el recurso de suplicación número 8113/07, interpuesto por el Instituto Nacional de la Seguridad Social, frente a la sentencia de fecha 26 de marzo de 2007 dictada por el Juzgado de lo Social número 8 de los de Barcelona, en autos número 650/06 sobre prestación de maternidad, a instancia de Doña Araceli contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social. Casamos la sentencia recurrida anulando sus pronunciamientos y resolvemos el debate planteado en suplicación desestimando el recurso de esta última clase, confirmando la sentencia de instancia. Sin costas.

Devuélvanse las actuaciones al órgano jurisdiccional de procedencia, con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACIÓN.-** En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Maria Luisa Segoviano Astaburuaga hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.