



Roj: **STSJ AND 9010/2012 - ECLI: ES:TSJAND:2012:9010**

Id Cendoj: **41091340012012102262**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social**

Sede: **Sevilla**

Sección: **1**

Fecha: **11/10/2012**

Nº de Recurso: **3103/2011**

Nº de Resolución: **2819/2012**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **MARIA BEGOÑA RODRIGUEZ ALVAREZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Recurso nº 11-3103-IN Sent. 2819/12

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCIA**

**SALA DE LO SOCIAL**

**SEVILLA**

**ILTMA. SRA. DÑA. MARIA BEGOÑA RODRÍGUEZ ALVAREZ, Presidenta**

**ILTMO. SR. D. FRANCISCO M. ÁLVAREZ DOMÍNGUEZ**

**ILTMO. SR. D. FRANCISCO CARMONA POZAS**

En Sevilla, a once de octubre de dos mil doce.

La Sala de lo Social de Sevilla del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, compuesta por los lltmos. Sres. citados al margen,

**EN NOMBRE DEL REY**

ha dictado la siguiente

**SENTENCIA NÚM. 2819/12**

En el recurso de suplicación interpuesto por Susana , contra la sentencia del Juzgado de lo Social número UNO de los de JEREZ DE LA FRONTERA (CÁDIZ) en sus autos nº 1904/08; ha sido Ponente la lltma. Sra. Dña. MARIA BEGOÑA RODRÍGUEZ ALVAREZ, Magistrada.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Según consta en autos, se presentó demanda por Susana contra Instituto Nacional de la Seguridad Social, sobre Seguridad Social, se celebró el juicio y se dictó sentencia el día 20/07/2011 por el Juzgado de referencia, con desestimación de la demanda.

**SEGUNDO.-** En la citada sentencia y como hechos probados se declararon los siguientes:

"Primero.- D<sup>a</sup>. Susana , con D.N.I. NUM000 , categoría de "Profesora de Educación Infantil" presta sus servicios para la empresa "Pozo Nuevo Promoción y Desarrollo, S.L., con centro de trabajo en el Colegio "Pozo Nuevo Promoción y Desarrollo", con antigüedad de 15-09-98, y un Contrato de fija discontinua a tiempo parcial hasta el 02-09-08.

Segundo.- La actora se encuentra afiliada al Régimen General de la S.S. con N.A.S.S. nº. NUM001 .

Tercero.- El Colegio "Pozo Nuevo Promoción y Desarrollo", es un Colegio que, al menos desde el año 2001, viene formalizando Concierdos con la Consejería de Educación y Ciencia de la Junta de Andalucía, para la prestación de enseñanza concertada en los niveles de primaria y secundaria. La actora en los cursos



2003-2004, 2004-2005 y 2006-2007 prestó servicios como profesora de enseñanza primaria y en el curso 2005-2006 como profesora de Educación Infantil, no constando el curso 2007-2008.

Cuarto.- Tras la terminación de cada curso escolar, en su condición de trabajadora fija discontinua la actora causaba alta en desempleo. En el curso 2007-2008 la actora finalizó el curso escolar el día 20-06-08, tras lo cual causó alta en desempleo.

Quinto.- Con fecha 14-07-08 le fue reconocida a la actora prestación de desempleo para el periodo de 14-07-08 a 25-12-08, con una base reguladora de 25,69€.

Sexto.- La actora dio a luz el día NUM002 de 2008, iniciando en dicha fecha descanso por Maternidad.

Con fecha 28-08-08 solicitó la prestación por Maternidad que le fue reconocida con fecha 01-09-08, quedando suspendida la prestación de desempleo el día 17-08-08 y alta en la prestación de Maternidad con efectos de 18-08-08, con vencimiento el día 07-12-08 y una base reguladora de 8,04€ diarios.

Séptimo.- Con fecha 02-09-08 la actora y el Colegio "Pozo Nuevo Promoción y Desarrollo" procedieron a la novación del Contrato fijo discontinuo a tiempo parcial en un Contrato indefinido a tiempo completo, con aplicación del V C.C. de Empresas de Enseñanza Privada sostenidas total o parcialmente con fondos públicos.

Con fecha 02-09-08 la T.G.S.S. reconoció la situación de alta por novación contractual.

Sobre esta novación el INSS solicitó informe a la Inspección de Trabajo que lo emitió el 17-11-08 considerando la misma correcta y ajustada a derecho.

Octavo.- A partir del día 02-09-08, la empresa cotizó en Septiembre sobre una base de 2.135,82€ y a partir del mes de Octubre sobre una base de 2.209,49€.

Noveno.- La actora formuló ante el INSS, con fecha 19-09-08 reclamación previa solicitando la revisión de su base reguladora para que se le reconociera la del mes anterior al descanso de Maternidad hasta el día 01-09-08 y a partir de 02-09-08 se le reconociera una nueva base reguladora conforme a una cotización de 2.209,49€.

Décimo.- Por Resolución de 29-09-08 se estimó parcialmente la Reclamación Previa y se le reconoció la de 25,69€ correspondiente a la base reguladora de la prestación de desempleo del mes anterior a la baja por Maternidad.

Undécimo.- Disconforme con la resolución favorable parcial la actora formuló demanda que dio inicio a las presentes actuaciones".

**TERCERO.**- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por la parte actora, que no ha sido impugnado.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.**- Frente a la sentencia de instancia que desestimó la pretensión de la parte actora que solicitaba mayor base reguladora de la prestación de maternidad, se alza en Suplicación la trabajadora por el tramite procesal de los apartados b) y c) del artículo 191 de Ley de Procedimiento Laboral aprobada por Real Decreto Legislativo 2/95 de 7 de abril, norma esta vigente a la fecha de la sentencia impugnada y a la fecha de interposición del recurso y que ha de aplicarse, hasta el dictado de esta sentencia, en atención a lo dispuesto en la Disposición Transitoria segunda de la Ley 36/2011 de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social.

**SEGUNDO.**- Con invocación expresa del apartado b) del artículo 191 de Ley Procedimiento Laboral, se solicita revisión de los hechos probados de la sentencia proponiendo en primer lugar revisión del hecho probado tercero en su último inciso para que el párrafo controvertido que quede redactado como sigue: "La actora en los cursos 2003-2004, 2004-2005 y 2006-2007 prestó servicios como profesora de enseñanza primaria y en el curso 2005-2006 como profesora de Educación Infantil, formalizándose en el 19/9/2007 contrato fijo discontinuo en la misma categoría". Ha lugar a lo solicitado porque según se desprende de el informe de vida laboral que obra al folio 52 de las actuaciones, efectivamente con la fecha que se solicita consta la suscripción de un contrato entre la actora y su empleadora, contrato cuya existencia se infiere de toda la relación fáctica de la sentencia que en el hecho probado segundo admite una novación contractual que no podría haberse producido de no existir un contrato previo y próximo.

En segundo lugar se solicita rectificación del hecho probado séptimo en su primer párrafo, para que la literalidad sea la siguiente: Con fecha 02-09-08 la actora y el Colegio "Pozo Nuevo Promoción y Desarrollo" procedieron a la novación del Contrato fijo discontinuo a tiempo parcial en un Contrato indefinido a tiempo completo, tal y como estaba previsto desde el curso escolar anterior en cumplimiento de lo preceptuado por la Consejería de Educación, con aplicación del V C.C. de Empresas de Enseñanza Privada sostenidas total o parcialmente



con fondos públicos". No ha lugar a la rectificación que se solicita pues, no cumple la actora el requisito de señalar documental o pericial en apoyo de la pretensión de revisión, cual requiere el artículo 194.3 de Ley de Procedimiento Laboral y sin tal precisión no puede atenderse el motivo de recurso que se estudia, y ello porque el recurso de Suplicación es un recurso extraordinario y de contenido casi casacional, que no constituye una segunda instancia, ajena siempre a esta especializada jurisdicción, como ha puesto de manifiesto el Tribunal Constitucional en varias sentencias, (baste por todas citar las sentencias números 230/00 y 71/02 ), en razón de lo cual, no puede la Sala examinar toda la prueba, sino solamente aquella documental previamente acotada de la cual pueda derivarse error en la valoración de la prueba por parte del órgano de instancia que es quien tiene atribuidas en exclusiva la valoración de todos los elementos de convicción.

**TERCERO.**- Por el tramite procesal del apartado c) del artículo 191 de Ley Procedimiento Laboral , se solicita, con correcta invocación procesal, el examen del derecho aplicado en sentencia, viniéndose en alegar la infracción de lo dispuesto en el artículo 119 del Tratado de 25/3/1957 y Directiva Comunitaria 117/75 ; artículo 4.2 c) de Estatuto de los Trabajadores ; artículo 14 y 35 de la Constitución y artículo 3 de Ley 3/2007 de 22 de Marzo . Igualmente se alega infracción de la doctrina contenida en las sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 13/2/1996 y 30/3/2004 , todo ello para defender que de no aceptarse la base reguladora que la trabajadora propone que es la que corresponde al salario a percibir según el contrato que novando el anterior suscribió, mientras se encontraba de baja por maternidad, se produciría discriminación por razón de sexo y situación de maternidad.

Antes de resolver el motivo concreto del recurso dedicado al examen del derecho que aplica la sentencia, conviene precisar el supuesto de hecho según se desprende del contenido fáctico de la sentencia. A la actora se le ha reconocido la prestación de maternidad, situación que comenzó el día que dio a luz el 18/8/2008, conforme a la base reguladora de 25,69 € día, base reguladora que correspondía a la situación de maternidad-desempleo en que se encontraba tras haber finalizado el contrato de trabajado de fija discontinúa a tiempo parcial que le unía con su empleadora, novando su contrato durante la situación de descanso por maternidad, concretamente el día 2/9/2008, por contrato de trabajo indefinido y a tiempo completo, habiendo cotizado la empleadora desde el día de la novacion contractual a razón de salario mensual de 2.209,49 € mes o lo que es lo mismo conforme a una base de cotización diaria de 73,65 € día, pretendiendo la actora que tal cantidad de 73,65 € día sea la base reguladora de su prestación por maternidad a partir de la fecha de suscripción del nuevo contrato, esto es desde 2/9/2008. La cuestión que se suscita es pues, si puede o no modificarse la base reguladora de la prestación de maternidad, una vez reconocida esta en función de la variación del salario que la trabajadora perciba.

Por la fecha del hecho causante que viene determinado por la fecha de inicio del período de descanso por maternidad, en este caso el día del parto que ocurrió en fecha 18/8/08, no resulta aplicable el 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, ahora en vigor pero que entonces no se había promulgado, resultando aplicable el Real Decreto 1251/2001, de 16 de noviembre, por el que se regulaban las mismas prestaciones y que estuvo vigente hasta el 1 de abril de 2009, fecha esta en la que entro en vigor el antes citado Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo.

Conforme al artículo 6 del citado Real Decreto 1251/2001, de 16 de noviembre , para calculo de prestación de maternidad habían de tenerse en cuenta las reglas que contenía la norma precitada en sus apartados 1 y 2 que literalmente decían:

1. Para el cálculo del subsidio por maternidad, la base reguladora será equivalente a la que esté establecida para la prestación de incapacidad temporal, derivada de contingencias comunes, tomando como referencia la fecha de inicio del período de descanso.

No obstante, durante el disfrute de los períodos de descanso en régimen de jornada a tiempo parcial, la base reguladora del subsidio se reducirá en proporción inversa a la reducción que haya experimentado la jornada laboral.

2. En los supuestos de trabajadores contratados a tiempo parcial, la determinación de la base reguladora se efectuará de acuerdo con lo previsto para la prestación económica por maternidad en el apartado 2 del artículo 5 del Real Decreto 144/1999, de 29 de enero .

No preveía la citada norma situaciones de excepcionalidad para cambio por incremento de la base reguladora en ningún supuesto, pero distintos Tribunales Superiores de Justicia como el de Cataluña en sentencia de fecha 15/1/2008 , admitieron el incremento de la base reguladora de la prestación de maternidad, cuando se producía un incremento en la cotización efectuada por el empresario como cotización adicional y correspondiente a periodo tomado para calculo de la base reguladora, siempre que tal cotización no resultara fraudulenta, generándose así una nueva y superior base reguladora de la prestación, lo que también vino



a admitir el Tribunal Supremo en sentencia 25/5/2010, (rec. 1525/2009 ), si bien en el caso resuelto, sin repercusión para la trabajadora por prescripción.

No es sin embargo este supuesto en el que nos encontramos porque en el caso analizado, no se ha producido cotización adicional por periodo tomado para calculo de la base reguladora, sino que el incremento en el salario de la trabajadora se ha producido en situación de descanso por maternidad y en razón de haber novado su contrato y en consecuencia haber pasado de ser de fijo discontinuo a tiempo parcial a indefinido y a tiempo completo.

No cabe dudar la legalidad de esta novacion contractual que provoco el alta en seguridad social y cotizaciones de la trabajadora conforme a las estipulaciones del nuevo contrato, pues sobre no extraerse de la relación fáctica de la sentencia ni siquiera indiciariamente atisbo de fraude que prohíbe el artículo 6.4 del Código civil y que no es posible presumir, la inspección de trabajo considero la novacion en informe emitido a petición del Instituto Nacional de la Seguridad Social ajustada a derecho, según se constata expresamente en el hecho probado séptimo. En estas condiciones y no siendo aplicable la doctrina de las sentencias que anteriormente se han referenciado por no ser el supuesto idéntico al allí resuelto, ha de ser estudiado si resulta del artículo 119 del Tratado de Roma y la Directiva Comunitaria 75/117 que para el calculo de la prestación de maternidad, cuando como es el caso, ( artículo 6 del citado Real Decreto 1251/2001, de 16 de noviembre ), el cálculo de esta prestación se basa en un salario percibido por la trabajadora antes del comienzo del permiso de maternidad, su importe puede variar incrementándose e incluir los aumentos de salario que hayan tenido lugar entre el comienzo del período cubierto por los salarios de referencia y el final del permiso de maternidad. La solución viene dada por la interpretación que de tales normas ha efectuado en lo que aquí interesa la sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 13/2/1996 (Caso Joan Gillespie y otros contra Northern Health and Social ), sentencia que en el apartado 21 y 22 dice respectivamente lo siguiente:

"21.-En cuanto a la cuestión de si el trabajador femenino que se encuentra de permiso de maternidad debe beneficiarse de un aumento de salario que haya tenido lugar antes o durante dicho período, debe responderse afirmativamente.

22.-Dado que la prestación abonada durante el permiso de maternidad equivale a un salario mensual que se calcula basándose en el salario medio que el trabajador femenino percibió en un determinado momento cuando ocupaba efectivamente su puesto de trabajo y que la ha sido pagado semana tras semana como a cualquier otro trabajador, el principio de no discriminación exige que el trabajador femenino que continúa vinculado a su empresario por el contrato o la relación laboral durante el permiso de maternidad, disfrute, incluso de modo retroactivo, de un aumento salarial que haya tenido lugar entre el comienzo del período cubierto por el salario de referencia y el final del permiso de maternidad, como cualquier otro trabajador. En efecto, excluir al trabajador femenino del mencionado aumento durante su permiso de maternidad constituiría una discriminación por sí sola condición de trabajador puesto que, si no hubiese estado embarazada, la mujer hubiera percibido el salario incrementado."

De acuerdo con tal doctrina ratificada posteriormente por la sentencia de 30/3/2004 (Caso Michelle K. Alabaster contra Secretary of State for Social) que estudio la problemática que ahora nos ocupa bajo la regulación de La Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada y llego a la solución jurídica de que

para cálculo del importe de la prestación de maternidad procede la inclusión de un aumento de salario que se produzca durante el periodo en que la trabajadora se encuentre en situación de descanso por maternidad, expresándose en el apartado 42 de la siguiente manera: "La exigencia mencionada en el apartado 22 de la sentencia Gillespie y otros , antes citada, obliga efectivamente a integrar en los conceptos salariales que se utilizan para determinar el importe de la retribución que corresponde a la trabajadora durante su permiso de maternidad todo aumento de salario que se produzca después del comienzo del período cubierto por el salario de referencia, sin limitarse únicamente, al contrario de lo que sostiene el Gobierno del Reino Unido, al supuesto en que el aumento se aplique retroactivamente a dicho período", obliga a estimar el recurso de la trabajadora que efectivamente, en virtud de novacion contractual, ha incrementado sus retribuciones, respecto de las que le correspondían inmediatamente antes del inicio del descanso por maternidad y se tuvieron en cuenta para calculo de la base reguladora de su prestación de maternidad, que deberá ser incrementada conforme al nuevo salario de 2.209,49 € mes, o lo que es lo mismo base de cotización diaria de 73,65 € día, (cantidad esta no discutida), pues de otra manera, como denuncia la actora, resultaría discriminada por razón de sexo y maternidad, y tratada jurídicamente de manera desigualmente injusta, sin justificación razonable, toda vez que se le privaría de la prestación adecuada a los salarios que debería percibir, ya que, de no encontrarse en el momento de novar su contrato con el consiguiente incremento de salarios, en situación de descanso por maternidad, hubiera percibido el incremento salarial pactado, lo cual resultaría contrario a lo dispuesto en el



artículo 8 la Ley 3/2007 de 22 de Marzo que en su artículo 8 considera discriminación directa por razón de sexo todo trato desfavorable a las mujeres relacionado con el embarazo o la maternidad.

De todo lo expuesto, resulta que la censura jurídica a la sentencia de instancia ha de tener favorable acogida lo que comporta la estimación del recurso que se estudia por contener la sentencia las infracciones que se le imputan, sentencia que ha de ser revocada para estimar la demanda de la actora y declarar su derecho a que la prestación de maternidad la perciba a partir de la fecha de la novación del contrato conforme a la base reguladora de 73,65 € día, importe que resulta cuantitativamente correcto de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 133 quater de Ley General de la Seguridad Social y que en cuanto al quantum no ha sido discutido por el Instituto Nacional de la Seguridad Social que no ha impugnado el recurso.

## FALLAMOS

Con estimación del recurso de suplicación interpuesto por Susana , contra la sentencia de fecha 20/07/2011 dictada por el Juzgado de lo Social número UNO de los de JEREZ DE LA FRONTERA , en virtud de demanda sobre Seguridad Social, formulada por la mencionada recurrente, contra Instituto Nacional de la Seguridad Social, debemos revocar y revocamos la sentencia recurrida, a la par que estimando la demanda promovida por la actora debemos declarar y declaramos el derecho de la misma a que la prestación de maternidad se le abone con efectos de 2/9/08 y hasta 7/12/2008 a razón de una base reguladora diaria de 73,65€ día, condenando al Instituto Nacional de la Seguridad Social a estar y pasar por esta declaración y a hacer efectivo el pago de la prestación correspondiente.

Notifíquese esta sentencia a las partes y al Excmo. Sr. Fiscal de este Tribunal, advirtiéndose que, contra ella, cabe recurso de Casación para la unificación de doctrina, que podrá ser preparado dentro de los DIEZ DÍAS hábiles siguientes a la notificación de la misma, mediante escrito dirigido a esta Sala, así como que transcurrido el término indicado, sin prepararse recurso, la presente sentencia será firme.

Una vez firme esta sentencia, devuélvase los autos al Juzgado de lo Social de referencia, con certificación de esta resolución, diligencia de su firmeza y, en su caso, certificación o testimonio de la posterior resolución que recaiga.

Asimismo se advierte a la entidad condenada que, si recurre, al preparar el recurso deberá presentar ante esta Sala certificación acreditativa del abono de la prestación declarada en esta sentencia, recurso al que se pondrá fin si no cumplierse efectivamente tal abono.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACION: En el día de la fecha se publica la anterior sentencia.-**

**Sevilla a veinticinco de octubre de dos mil doce.- Doy fe.**