



Roj: **STSJ CAT 5928/2010 - ECLI:ES:Tsjcat:2010:5928**

Id Cendoj: **08019340012010103979**

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

Sede: **Barcelona**

Sección: **1**

Fecha: **20/09/2010**

Nº de Recurso: **4670/2009**

Nº de Resolución: **5947/2010**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **MARIA DEL MAR GAN BUSTO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA

CATALUNYA

SALA SOCIAL

NIG : 25120 - 44 - 4 - 2008 - 0041998

mi

ILMO. SR. IGNACIO MARÍA PALOS PEÑARROYA

ILMO. SR. FELIPE SOLER FERRER

ILMA. SRA. M. MAR GAN BUSTO

En Barcelona a 20 de septiembre de 2010

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, compuesta por los Ilmos. Sres. citados al margen,

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

SENTENCIA núm. 5947/2010

En el recurso de suplicación interpuesto por Darío frente a la Sentencia del Juzgado Social 2 Lleida de fecha 18 de diciembre de 2008 dictada en el procedimiento Demandas nº 418/2008 y siendo recurrido INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL LLEIDA. Ha actuado como Ponente la Ilma. Sra. M. MAR GAN BUSTO.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 28 de julio de 2008 tuvo entrada en el citado Juzgado de lo Social demanda sobre Seguridad Social en general, en la que el actor alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó procedentes, terminaba suplicando se dictara sentencia en los términos de la misma. Admitida la demanda a trámite y celebrado el juicio se dictó sentencia con fecha 18 de diciembre de 2008 que contenía el siguiente Fallo:

"Que estimando la demanda interpuesta por el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL contra D. Darío :

- 1.- debo revocar y revoco la resolución administrativa de fecha 30 de abril de 2.008.
- 2.- debo declarar y declaro indebidamente percibida por D. Darío , la prestación de maternidad por adopción.
- 3.- debo condenar y condeno a D. Darío a reintegrar la cantidad indebidamente percibida de 11.476,67 euros."

SEGUNDO.- En dicha sentencia, como hechos probados, se declaran los siguientes:



"PRIMERO.- El Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Solsona dictó Auto en fecha 12-03-2.008, cuya parte dispositiva tiene el contenido siguiente:

" Autorizo la adopción del menor Isidro por Darío , que desde la fecha de este auto serán considerados padre e hijo con los mismos efectos que la filiación por naturaleza.

En adelante Isidro adoptará los apellidos que corresponden legalmente y se pasará a llamar Raúl .

Emítase el correspondiente mandamiento, junto con un testimonio de esta resolución , al Registro Civil en que conste inscrito el nacimiento del menor para que se proceda a la inscripción de la adopción y a la rectificación del nombre y apellidos del adoptado.

Comuníquese esta resolución a las partes y al Ministerio Fiscal, e infórmeles que contra ella se puede imponer un recurso de apelación para ser resuelto por la Audiencia Provincial de Lleida en el plazo de 5 días desde la notificación de la misma.

Lo mando y lo firmo yo, Joan L. Cardona Ibáñez, juez titular de este juzgado."

SEGUNDO.- En el momento de la adopción, D. Darío era marido de la madre del menor Isidro y llevaban siete años conviviendo todos juntos, en el mismo domicilio.

TERCERO.- INSS dictó resolución en fecha 30-04-2.008, reconociendo a D. Darío la prestación de maternidad por adopción con fecha de efectos económicos de 17-03-2.008 y fecha de vencimiento de 6-07-2.008, con una base reguladora diaria de 102,47 euros y un importe diario con deducción de cuotas sociales e IRPF de 76,03 euros.

CUARTO.- INSS inició expediente de revisión en fecha 2-06-2.008 por el reconocimiento indebido de prestación de maternidad por adopción de hijo de cónyuge y por el cobro indebido de 3.426,39 euros netos correspondiente al periodo de 17-03-2.008 al 30-04-2.008.

QUINTO.- En fecha 21-07-2.008, INSS dictó resolución confirmando el inicio del expediente de revisión y acordó interponer la demanda correspondiente en reclamación de cantidad indebidamente abonada.

SEXTO.- El menor Raúl nació el día 2 de enero de 1.995."

TERCERO.- Contra dicha sentencia anunció recurso de suplicación la parte demandada, que formalizó dentro de plazo, y que la parte contraria, a la que se dió traslado no impugnó, elevando los autos a este Tribunal dando lugar al presente rollo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-Contra la sentencia de instancia en la que se estima la demanda que ha presentado el(INSS) parte actora y en la que se revoca la resolución del INSS de 30 de abril de 2008 y declara indebidamente percibida la prestación de maternidad por adopción y condena a Darío al reintegro de la cantidad indebidamente percibida de 11.476, 67 euros, se alza en suplicación la parte demandada, articulando el recurso por la doble vía de los apartados b y c del art. 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, que no ha sido impugnado por la parte actora.

Centrando la cuestión objeto del recurso en la revocación de la sentencia de instancia y se desestime la demanda de revisión de la resolución del INSS de 30 de abril de 2008, declarando que la resolución citada es ajustada a derecho, y declarando también ajustada a derecho la percepción por parte del recurrente de prestación por maternidad.

Al amparo del art. 191 b de la Ley de Procedimiento Laboral, solicita la adición de nuevo hecho probado de conformidad con la aplicación del Estatuto Marco del personal estatutario ley 55/2003 y en lo no regulado la normativa funcional, art 45.d del ET, y la Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo para al Igualdad efectiva de mujeres y hombres que modifica la Ley de medidas Urgentes para la reforma de la función pública apartado trece que modifica el art .30.3 de la citada Ley, y dtos 1,2, y 3 aportados por la parte recurrente al juicio, proponiendo la siguiente redacción:Don Darío en el momento de la adopción y en el momento de la solicitud de la prestación prestaba sus servicios en el Institut CATALA de la Salut como ATS/DI D "ATENCIÓ PRIMÀRIA y por lo tanto ostentaba la condición de personal estatutario del organismo de gestión sanitaria de Catalunya.

Estimamos la adición del nuevo hecho probado en la forma propuesta al deducirse de la documental citada.

Pero es necesario precisar que no es ajustado a derecho la mención de normas jurídicas como lo ha hecho la parte recurrente en nexo causal con la documental ya que solo es posible la revisión de hechos probados en relación a documentos o pericias, pues la referencia a normas jurídicas debe de realizarse en la censura jurídica de la sentencia de conformidad con el art. 191 c de la Ley de Procedimiento Laboral.



Pues el art. 194.3 de la LPL, establece lo siguiente:

También habrán de señalarse de manera suficiente para que puedan ser identificados los documentos o pericias en que se basa la revisión de los hechos probados que se aduzca.

En relación con el art 191 b de la LPL, al establecer que tendrá por objeto la revisión de los hechos declarados probado a la vista de la pruebas documentales y periciales practicadas.

SEGUNDO.- Al amparo del art. 191 c) del Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, como motivo de censura jurídica alega la infracción por inaplicación del artículo 30.3 de la Ley 30/1984 de Medidas para la Reforma de la Función Pública, modificada según redacción dada por la Disposición Adicional Decimonovena, Apartado Trece de la Ley Orgánica 3/2007 para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres, que establece lo siguiente.

La justificación del mismo lo basa en que tiene condición de personal estatutario y en lo no regulado en el Estatuto Marco le es de aplicación la normativa funcionarial y el art. anteriormente citado y no el art 45. d del ET que ha tenido en cuenta la Magistrada de instancia. que establece lo siguiente en el apartado 1.d: El contrato de trabajo podrá suspenderse por las siguientes causas. d) Maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural de un menor de nueve meses y adopción o acogimiento, tanto preadoptivo como permanente o simple, de conformidad con el Código Civil o las leyes civiles de las Comunidades Autónomas que lo regulen, siempre que su duración no sea inferior a un año, aunque éstos sean provisionales, de menores de seis años o de menores de edad que sean mayores de seis años cuando se trate de menores discapacitados o que por sus circunstancias y experiencias personales o por provenir del extranjero, tengan especiales dificultades de inserción social y familiar debidamente acreditadas por los servicios sociales competentes.

Partiendo del inalterado reláto fáctico de la sentencia de instancia que se da por reproducido a todos los efectos en este fundamento a excepción del nuevo hecho probado en los términos expuestos en el apartado anterior de esta sentencia.

No es de aplicación el art 45 del ET como pone de manifiesto la parte recurrente pero no se produce en el presente caso que analizamos la infracción del citado art. al que ya hacia referencia la parte actora en la demanda (el INSS) y es de aplicación al mismo es decir el artículo 30.3 de la Ley 30/1984 de Medidas para la Reforma de la Función Pública, modificada según redacción dada por la Disposición Adicional Decimonovena, Apartado Trece de la Ley Orgánica 3/2007 para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres, que establece lo siguiente:

En el supuesto de parto, la duración del permiso será de dieciséis semanas ininterrumpidas ampliables en el caso de parto múltiple en dos semanas más por cada hijo a partir del segundo. El permiso se distribuirá a opción de la funcionaria siempre que seis semanas sean inmediatamente posteriores al parto. En caso de fallecimiento de la madre, el otro progenitor podrá hacer uso de la totalidad o, en su caso, de la parte que reste del permiso. No obstante lo anterior, y sin perjuicio de las seis semanas inmediatas posteriores al parto de descanso obligatorio para la madre, en el caso de que ambos progenitores trabajen, la madre, al iniciarse el período de descanso por maternidad, podrá optar por que el otro progenitor disfrute de una parte determinada e ininterrumpida del período de descanso posterior al parto, bien de forma simultánea o sucesiva con el de la madre. El otro progenitor podrá seguir disfrutando del permiso de maternidad inicialmente cedido, aunque en el momento previsto para la reincorporación de la madre al trabajo ésta se encuentre en situación de incapacidad temporal.

En los casos de parto prematuro y en aquellos en que, por cualquier otra causa, el neonato deba permanecer hospitalizado a continuación del parto, el período de suspensión se ampliará en tantos días como el neonato se encuentre hospitalizado, con un máximo de trece semanas adicionales. En los supuestos de adopción o de acogimiento, tanto preadoptivo como permanente o simple, de conformidad con el Código Civil o las leyes civiles de las Comunidades Autónomas que lo regulen, siempre que el acogimiento simple sea de duración no inferior a un año, y con independencia de la edad que tenga el menor, el permiso tendrá una duración de dieciséis semanas ininterrumpidas, ampliables en el supuesto de adopción o acogimiento múltiple en dos semanas más por cada hijo a partir del segundo, contadas a la elección del funcionario, bien a partir de la decisión administrativa o judicial de acogimiento bien a partir de la resolución judicial por la que se constituya la adopción, sin que en ningún caso un mismo menor pueda dar derecho a varios períodos de disfrute de este permiso. En el caso de que ambos progenitores trabajen, el permiso se distribuirá a opción de los interesados, que podrán disfrutarlo de forma simultánea o sucesiva, siempre con períodos ininterrumpidos.

En el supuesto de discapacidad del hijo o del menor adoptado o acogido, el permiso a que se refiere este apartado tendrá una duración adicional de dos semanas. En caso de que ambos progenitores trabajen, este



período adicional se distribuirá a opción de los interesados, que podrán disfrutarlo de forma simultánea o sucesiva y siempre de forma ininterrumpida.

En los casos de disfrute simultáneo de períodos 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, adopción o acogimiento múltiple y de discapacidad del hijo o menor adoptado o acogido.

Los permisos a que se refiere el presente apartado podrán disfrutarse en régimen de jornada completa o a tiempo parcial, a solicitud de los funcionarios y si lo permiten las necesidades del servicio, en los términos que reglamentariamente se determinen.

En los supuestos de adopción internacional, cuando sea necesario el desplazamiento previo de los progenitores al país de origen del adoptado, el funcionario tendrá derecho a disfrutar de un permiso de hasta dos meses de duración percibiendo durante este período exclusivamente las retribuciones básicas. Con independencia del permiso previsto en el párrafo anterior, y para el supuesto contemplado en el mismo, el permiso por adopción y acogimiento, tanto preadoptivo como permanente o simple, de conformidad con el Código Civil o las leyes civiles de las Comunidades Autónomas que lo regulen, siempre que el acogimiento simple sea de duración no inferior a un año, podrá iniciarse hasta cuatro semanas antes de la resolución por la que se constituye la adopción. Durante el disfrute de los permisos regulados en este apartado se podrá participar en los cursos de formación que convoque la Administración.

En los casos previstos en este apartado, el tiempo transcurrido en la situación de permiso por parto o maternidad se computará como de servicio efectivo a todos los efectos, garantizándose la plenitud de derechos económicos de la funcionaria y, en su caso, del otro progenitor funcionario, durante todo el período de duración del permiso, y, en su caso, durante los períodos posteriores al disfrute de éste, si de acuerdo con la normativa aplicable, el derecho a percibir algún concepto retributivo se determina en función del período de disfrute del permiso. Los funcionarios que hayan hecho uso del permiso por parto o maternidad, tendrán derecho, una vez finalizado el período de permiso a reintegrarse a su puesto de trabajo en términos y condiciones que no le resulten menos favorables al disfrute del permiso, así como a beneficiarse de cualquier mejora en las condiciones de trabajo a las que hubiera podido tener derecho durante su ausencia».

Y en presente caso que analizamos queda probado una convivencia de 7 años con el menor, pues el recurrente es el marido de la madre del menor y convivían todos en el mismo domicilio.

El argumento de la parte recurrente de que el art. anteriormente citado no establece una edad específica, ni un criterio de necesidad, pues hace referencia al disfrute y que la norma incentiva la figura legal, no es ajustado a derecho en los términos que lo plantea ya que no prevee el supuesto de que se produzca la adopción de un menor con el que ha existido una convivencia previa.

Ya que el en citado art, hace referencia al Código Civil, o leyes Civiles de Cominidades Autónomas que en este caso sería el Código de Familia , art 127. 2 y el art 178.2 del Código Civil, que establece de forma expresa que subsisten los vínculos jurídicos con la familia del progenitor cuando el adoptado sea hijo del cónyuge del adoptante aunque el consorte hubiera fallecido.

La finalidad que tiene la prestación de maternidad por adopción es cubrir la pérdida de ingresos como consecuencia de la suspensión de la relación laboral por parte de la persona que adopta a efectos de que se produzca la integración familiar del menor, que en este caso ya se ha producido por la convivencia de siete años con el adoptante, pues así se establece de forma expresa en el auto en el que se autoriza la adopción según se deduce del folio 23, en el que el Magistrado establece de forma expresa que acredita la estabilidad del núcleo familiar y también la existencia de un vínculo afectivo entre ellos.

El artículo 133 bis de la Ley General de la Seguridad Social establece que las situaciones protegidas a efectos de la prestación por maternidad prevista en esta Sección, se consideran situaciones protegidas la maternidad, la adopción y el acogimiento, tanto preadoptivo como permanente o simple de conformidad con el Código Civil o las leyes civiles de las Comunidades Autónomas que lo regulen, siempre que, en este último caso, su duración no sea inferior a un año, y aunque dichos acogimientos sean provisionales, durante los períodos de descanso que por tales situaciones se disfruten, de acuerdo con lo previsto en el artículo 48.4 del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, y en el artículo 30.3 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto (RCL 1984, 2000 , 2317, 2427; ApNDL 6595) , de Medidas para la Reforma de la Función Pública.

La cuestión que plantea la parte recurrente ha sido ya resuelta por esta Sala en un caso análogo en sentencia núm. 1516/2009, de 20 febrero. recurso de Suplicación núm. 8113/2007..... que establecía lo siguiente al disfrute del permiso y prestación por maternidad en una interpretación literal de la normativa aplicable que no regula este supuesto concreto, por otra parte bastante frecuente en la actualidad, de un hijo biológico anterior



de un cónyuge o pareja de hecho que es adoptado posteriormente por el otro cónyuge o pareja, actuación que no es solo conforme a las leyes sino que va a favor de la protección del menor y a dar una mayor seguridad jurídica tanto a esa familia como al conjunto de la sociedad, motivo por el que la interpretación de la legislación debería ser favorable a esta conducta según lo dispuesto en el artículo 3 del Código Civil en el sentido de aplicar la normativa de acuerdo con la realidad social del momento. Sin embargo, la razón de ser del permiso de adopción solicitado por la actora tiene como razón de ser, tal como interpreta toda la doctrina científica, en el hecho de que la persona adoptante y el niño/a adoptado tengan un contacto humano en los primeros momentos de la adopción que facilite su integración en la nueva familia y en su nueva situación.

Por lo tanto desestimamos el recurso de suplicación, ya que aun cuando no es de aplicación el art 45. d del ET que ha tenido en cuenta la sentencia de instancia, en cuanto a la referencia a las circunstancias de menor y a la edad ya que el adoptado tenía de 13 años, cuando se produce la adopción, hay que tener en cuenta que es de aplicación el artículo 30.3 de la Ley 30/1984 de Medidas para la Reforma de la Función Pública, modificada según redacción dada por la Disposición Adicional Decimonovena, Apartado Trece de la Ley Orgánica 3/2007 para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres, pero no justifica por si mismo el derecho a las prestaciones de maternidad que reclama en la consideración de que le es de aplicación el mismo, pues la norma a sensu contrario de lo que manifiesta la parte recurrente es clara en su interpretación, pero es necesario precisar que en sentido contrario al que reclama la parte recurrente, ya que no regula el supuesto en el que se encuentra, a diferencia de otros supuestos que el Legislador si ha previsto como forma para incentivar la adopción según se deduce del contenido del art citado, cuales son entre otros casos el de la adopción internacional o discapacidad del hijo adoptado .

En consecuencia confirmamos la sentencia de instancia de conformidad con lo establecido los fundamentos jurídicos de esta sentencia, y confirmando la revocación de la resolución del INSS de fecha 30 de abril de 2008, y en la declaración de percepción indebida de las prestaciones de maternidad por adopción, y la condena que se establece en la sentencia de instancia de reintegro de la cantidad indebidamente percibida de 11.476, 67 euros.

Vistos los preceptos legales citados, sus concordantes y demás disposiciones de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

Desestimamos el recurso de suplicación que formula Darío , contra la sentencia del juzgado social 2 de LLEIDA, autos 418/2008 de fecha 18 de diciembre de 2008, seguidos a instancia del INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, y la TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, contra Darío , sobre seguridad social, debemos de confirmar y confirmamos la citada resolución de conformidad con los fundamentos jurídicos de esta sentencia, y confirmamos la revocación de la resolución del INSS de fecha 30 de abril de 2008, en la declaración de la percepción indebida de las prestaciones de maternidad por adopción, y la condena a Darío que se establece de reintegro de la cantidad indebidamente percibida de 11.476, 67 euros.

Notifíquese esta resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, y expídase testimonio que quedará unido al rollo de su razón, incorporándose el original al correspondiente libro de sentencias.

La presente resolución no es firme y contra la misma puede interponerse recurso de casación para la unificación de doctrina, para ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, el cual deberá prepararse mediante escrito con la firma de Abogado y dirigido a esta Sala en donde habrá de presentarse dentro de los diez días siguientes a la notificación, con los requisitos establecidos en los números 2 y 3 del Art.219 de la Ley de Procedimiento Laboral.

Asimismo, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 227 y 228 del texto procesal laboral, todo el que (a excepción de los trabajadores o causahabientes suyos, los beneficiarios del régimen público de la Seguridad Social, quienes gocen del beneficio de justicia gratuita, el Ministerio Fiscal, el Estado, las Comunidades Autónomas, las Entidades Locales y los organismos dependientes de todos ellos) intente interponer recurso de casación, consignará como depósito la cantidad de 300 euros en la cuenta de consignaciones que esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya tiene abierta en el Banco Español de Crédito-BANESTO-, en la Oficina núm 2015, sita en Ronda de Sant Pere, nº 47, nº 0937 0000 66, añadiendo a continuación los números indicativos del recurso en este Tribunal.

En caso de recurso de casación, la consignación del importe de la condena, cuando así proceda, se efectuará en la cuenta que esta Sala tiene abierta en BANESTO, en la oficina indicada en el párrafo anterior, nº 0937



0000 80, añadiendo a continuación los números indicativos del recurso en este Tribunal, y debiendo acreditar el haberlo efectuado al tiempo de preparar el recurso en esta Secretaría.

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

Publicación.- La anterior sentencia ha sido leída y publicada en el día de su fecha por la Ilma. Sra. Magistrada Ponente, de lo que doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ