



Roj: **STSJ ICAN 1394/2014 - ECLI:ES:Tsjican:2014:1394**

Id Cendoj: **35016340012014100805**

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

Sede: **Palmas de Gran Canaria (Las)**

Sección: **1**

Fecha: **22/05/2014**

Nº de Recurso: **1575/2012**

Nº de Resolución: **863/2014**

Procedimiento: **Recursos de Suplicación**

Ponente: **RAMON JESUS TOUBES TORRES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **SENTENCIA**

Ilmos. /as Sres. /as

SALA Presidente

D./D<sup>a</sup>. HUMBERTO GUADALUPE HERNÁNDEZ

Magistrados

D./D<sup>a</sup>. MARÍA JESÚS GARCÍA HERNÁNDEZ

D./D<sup>a</sup>. RAMÓN TOUBES TORRES (Ponente)

En Las Palmas de Gran Canaria, a 22 de Mayo de 2014.

En el recurso de suplicación interpuesto por Dña. Otilia e INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL contra sentencia de fecha 7 de febrero de 2012 dictada en los autos de juicio nº 422/2011 en proceso sobre Otros Derechos Seguridad Social, y entablado por Dña. Otilia contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL.

El Ponente, el Ilmo. Sr. D. RAMÓN TOUBES TORRES, quien expresa el criterio de la Sala.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- La única instancia del proceso en curso se inició por demanda y terminó por sentencia, cuya relación de hechos probados es la siguiente

PRIMERO.- La parte actora presentó solicitud de prestación por maternidad.

SEGUNDO.- Mediante resolución del INSS de 7/2/11 se denegó la mencionada solicitud con fundamento en ser el adoptado mayor de seis años y no acreditar condición de minusválido o la de tener especiales dificultades de inserción social y familiar y existir una prestación de maternidad por adopción reconocida y disfrutada por el plazo máximo de duración por la misma menor.

TERCERO.- Con fecha NUM000 /03 nació D<sup>a</sup> Marí Juana , la cual fue adoptada mediante adopción internacional por D<sup>a</sup> Covadonga .

CUARTO.- Mediante auto de 14/10/10 del Juzgado de Primera Instancia de Arucas nº 2 se acordó la constitución de la adopción de D<sup>a</sup> Marí Juana por la actora.

QUINTO.- La actora y D<sup>a</sup> Covadonga contrajeron matrimonio el 24/7/09.

SEXTO.- La actora es personal laboral del Servicio Canario de Empleo. Se le concedieron 112 días, con fundamento en el artículo 49 A) del Estatuto Básico del Empleado Público de permiso de maternidad.

SEPTIMO.-La base reguladora de la prestación asciende a 2.814,55 euros mensuales.



OCTAVO.- Se agotó la vía previa sin efecto.

SEGUNDO.- La parte dispositiva de la Sentencia de instancia dice: "Que estimando la demanda origen de las presentes actuaciones, promovida por Otilia , frente al INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, sobre PRESTACIONES DE MATERNIDAD, debo declarar y declaro el derecho de la actora a percibir prestaciones de maternidad por adopción desde el 9/12/10, con arreglo a una base reguladora mensual de 2.814,55 euros y una duración de 16 semanas, condenando a la demandada a estar y pasar por la presente declaración y a que proceda a su abono a la actora."

TERCERO.- Frente a dicha resolución se interpuso el recurso de Suplicación, que no fue impugnado de contrario.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La parte demandante solicitaba en su demanda prestación por maternidad y la sentencia de instancia estimó la pretensión de la actora, alzándose frente a la misma ambas partes mediante los presentes recursos de suplicación, articulados a través de motivos de censura fáctica y jurídica. El recurso del INSS ha sido impugnado de contrario.

SEGUNDO.- Comenzando con el recurso de la parte actora, por el cauce del apartado b) del artículo 193 LRJS solicita la modificación del relato fáctico de la sentencia con la finalidad de que el hecho sexto pase a decir: " La actora es personal laboral del Servicio Canario de Empleo. Se le concedieron 112 días, con fundamento en el artículo 49 A) del Estatuto Básico del Empleado Público de permiso de maternidad como consecuencia del nacimiento de su hija Nieves ".

En cuanto al recurso del INSS, por el cauce del apartado b) del artículo 193 LRJS solicita la modificación del relato fáctico de la sentencia con la finalidad de que se añada un hecho noveno que diría: "Doña Covadonga percibió prestación de maternidad causada por la adopción de Doña Marí Juana desde el 19-10-04 a 7-2-05, con una base reguladora diaria de 49,62 Euros".

En este sentido es necesario resaltar que tiene reiteradamente declarado esta Sala, en aplicación de la doctrina que al respecto ha elaborado la jurisprudencia, que los hechos declarados probados pueden ser objeto de revisión mediante este proceso extraordinario de impugnación (adicionarse, suprimiese o rectificarse), si concurren las siguientes circunstancias: a) que se concrete con precisión y claridad el hecho que ha sido negado u omitido, en la resultancia fáctica que contenga la sentencia recurrida; b) que tal hecho resalte, de forma clara, patente y directa de la prueba documental o pericial obrante en autos, sin necesidad de argumentaciones más o menos lógicas, puesto que concurriendo varias pruebas de tal naturaleza que ofrezcan conclusiones divergentes, o no coincidentes, han de prevalecer las conclusiones que el Juzgador ha elaborado apoyándose en tales pruebas (no siendo cauce para demostrar el error de hecho , la "prueba negativa", consistente en afirmar que los hechos que el juzgador estima probados no lo han sido de forma suficiente ( STS 14 de enero , 23 de octubre y 10 de noviembre de 1986 ) y STS, 17 de noviembre de 1990 ) "... sin necesidad de conjeturas, suposiciones o interpretaciones y sin recurrir a la prueba negativa consistente en invocar la inexistencia de prueba que respalde las afirmaciones del juzgador...); c), que se ofrezca el texto concreto a figurar en la narración que se tilda de equivocada, bien sustituyendo alguno de sus puntos, bien completándola; d) que tal hecho tenga trascendencia para llegar a la modificación del fallo recurrido, pues, aun en la hipótesis de haberse incurrido en error si carece de virtualidad a dicho fin, no puede ser acogida; e) que en caso de concurrencia de varias pruebas documentales o periciales que presenten conclusiones plurales divergentes, sólo son eficaces los de mayor solvencia o relevancia de los que sirvieron de base al establecimiento de la narración fáctica y, f) que en modo alguno ha de tratarse de la nueva valoración global de la prueba incorporada al proceso.

Hechas las anteriores aclaraciones, la Sala considera que los motivos planteados merecen ser rechazados pues tratan de introducir hechos que nadie ha puesto en duda y que son irrelevantes para lograr la modificación del fallo.

Los motivos se desestiman.

TERCERO.- Por el cauce del apartado c) del artículo 191c) de la Ley de Procedimiento Laboral alega el INSS la infracción de los artículos 49b ) y 51 del EBEP , 48.4 del ET y jurisprudencia que cita.

Para ello basa su argumentación en que es de aplicación preferente el ET y no el EBEP, estableciendo el primero que tiene que ser menor de seis años, y subsidiariamente, caso de que fuera de aplicación el EBEP, no tendría derecho la actora al permiso solicitado puesto que la adopción de un menor no podría dar lugar a dos permisos.

El Estatuto de los trabajadores en su artículo 48.4 establece que en el supuesto de parto, la suspensión tendrá una duración de dieciséis semanas ininterrumpidas, ampliables en el supuesto de parto múltiple en



dos semanas más por cada hijo a partir del segundo. El período de suspensión se distribuirá a opción de la interesada siempre que seis semanas sean inmediatamente posteriores al parto. (.) En los supuestos de adopción y de acogimiento, de acuerdo con el art. 45.1.d) de esta Ley, la suspensión tendrá una duración de dieciséis semanas ininterrumpidas, ampliable en el supuesto de adopción o acogimiento múltiples en dos semanas por cada menor a partir del segundo. Dicha suspensión producirá sus efectos, a elección del trabajador, bien a partir de la resolución judicial por la que se constituye la adopción, bien a partir de la decisión administrativa o judicial de acogimiento, provisional o definitivo, sin que en ningún caso un mismo menor pueda dar derecho a varios períodos de suspensión. (.)

En los supuestos de adopción internacional, cuando sea necesario el desplazamiento previo de los progenitores al país de origen del adoptado, el período de suspensión, previsto para cada caso en el presente apartado, podrá iniciarse hasta cuatro semanas antes de la resolución por la que se constituye la adopción.

Por su parte, el mencionado 45.1 d) establece la suspensión del contrato de trabajo por 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.

En cuanto al Estatuto básico de empleo público, regula los permisos en el artículo 49, diciendo: b) Permiso por adopción o acogimiento, tanto preadoptivo como permanente o simple: tendrá una duración de dieciséis semanas ininterrumpidas. Este permiso se ampliará en dos semanas más en el supuesto de discapacidad del menor adoptado o acogido y por cada hijo, a partir del segundo, en los supuestos de adopción o acogimiento múltiple. El cómputo del plazo se contará a elección del funcionario, a partir de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o 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. (.) Si fuera necesario el desplazamiento previo de los progenitores al país de origen del adoptado, en los casos de adopción o acogimiento internacional, se tendrá derecho, además, a un permiso de hasta dos meses de duración, percibiendo durante este período exclusivamente las retribuciones básicas. Con independencia del permiso de hasta dos meses previsto en el párrafo anterior y para el supuesto contemplado en dicho párrafo, el permiso por adopción o acogimiento, tanto preadoptivo como permanente o simple, podrá iniciarse hasta cuatro semanas antes de la resolución judicial por la que se constituya la adopción o la decisión administrativa o judicial de acogimiento.

Posteriormente, establece el artículo 51 que para el régimen de jornada de trabajo, permisos y vacaciones del personal laboral se estará a lo establecido en este Capítulo y en la legislación laboral correspondiente

Como decíamos, en primer lugar se plantea por el INSS que la normativa aplicable a la trabajadora, personal laboral del SCE, es el Estatuto de los trabajadores, citando para ello las sentencias del Tribunal Supremo de 26-11-10 y 14-6-10. En la primera de las mencionadas resoluciones el Tribunal Supremo expone su posición de la siguiente manera: "A partir de la conclusión de que el art. 51 no impone como norma con carácter de derecho necesario que a los empleados públicos con contrato laboral se les aplique el art. 48.2 del propio EBEP, la única interpretación posible del art. 51 es la de entender que los permisos, licencias y vacaciones del Capítulo V en cuestión se aplicarán o no, según les sea a su vez aplicable o no lo dispuesto en la normativa laboral, pues una y otra se hallan al mismo nivel de obligatoriedad, de forma que, en principio, únicamente les sería de aplicación -supletoria en todo caso- lo dispuesto en el mencionado Capítulo V cuando no hubiera normativa laboral que regulara aquellas materias."

Esta Sala respetuosamente discrepa de tal posición, ya que entiende que si el EBEP hubiera querido excluir de los permisos regulados en el mismo a los trabajadores laborales no funcionarios lo hubiera dicho expresamente, habiendo bastado que dijera que las disposiciones del capítulo en cuestión no serían aplicables a aquellos trabajadores laborales que tuvieran normativa laboral propia, cosa que no dice.

Considera la Sala que la solución debe partir de que lo dice la misma sentencia comentada: "Desde un punto de vista gramatical, cuando el precepto en cuestión dice que en cuanto al régimen jurídico de toda esta materia de jornada, permisos y vacaciones "se estará a lo establecido en este Capítulo y en la legislación laboral" no está diciendo que se aplicará con preferencia lo dispuesto en este Capítulo sino que se aplicará lo dispuesto en el mismo "y" en la legislación laboral. Está, pues, igualando ambas legislaciones."

Y partiendo de esa base, hay que acudir al artículo 3 del ET, tal y como hace la sentencia del TSJ de Madrid de 11-11-13 cuando dice que "en el presente caso se produce una concurrencia normativa entre el ET y el EBEP. La solicitud fue formulada por el actor el 8-2-11 y a esa fecha regía el art. 37.5 del ET en su redacción



dada por LO 3/07 de Igualdad, estableciendo un límite de edad de ocho años del menor para la reducción de jornada , norma legal que prevalecía sobre el I convenio colectivo de AENA (BOE 18-3-99) que a la sazón establecía todavía el límite de seis años. En cambio el art. 48.1.h) del EBEP disponía que el límite sería los doce años de edad del menor. Como ha declarado el TS, el art. 51 del EBEP establece que para el régimen de jornada de trabajo , permisos y vacaciones del personal laboral se estará a lo establecido en este Capítulo y en la legislación laboral correspondiente , sin establecer ninguna jerarquización entre los dos tipos de normas reguladoras. Siendo así, es preciso acudir al art. 3.3 del ET , y efectuar una comparación que lleve a la aplicación de lo más favorable. En este caso la comparación es sencilla, pues no cabe, dada la especificidad del dato litigioso - la edad del menor a efectos de la reducción de jornada - mezclar esta cuestión con otras regulaciones heterogéneas sobre permisos , descansos, vacaciones , etc. Además, esa comparación global como causa de oposición a la pretensión debería haber sido alegada y justificada por la parte demandada y recurrente.

Por último, no cabe desconocer la vinculación o anclaje constitucional que la doctrina del Tribunal Constitucional pone de relieve en esta materia de conciliación de la vida familiar y laboral, y que exige tener presente la dimensión constitucional de la regulación legal, de forma que se ponderen todas las circunstancias concurrentes a fin de no frustrar la efectividad de los derechos fundamentales a la no discriminación por razón de sexo o por razón de circunstancias familiares ( art. 14 de la Constitución ) y a la protección de la familia (art. 39 del mismo texto), de acuerdo con las sentencias del TC 3/2007 , 24/2011 y 26/2011 . Por ello a los razonamientos anteriores hay que añadir que la aplicación del límite de edad del EBEP para la reducción de jornada a los empleados laborales de la Administración resulta más adecuada a tales objetivos constitucionales "

Esta Sala entiende aplicable tal solución, planteada en voto particular de la sentencia comentada del Tribunal Supremo cuando dice que "las normas del EBEP aplicables al personal laboral son normas que se integran en el sistema de fuentes laborales y más en concreto en el art. 3.1.a) del Estatuto de los Trabajadores en su carácter de "disposiciones legales del Estado". Esto significa que a la situación de concurrencia generada por la entrada de las normas del EBEP en el ámbito de regulación de la relación laboral de los empleados públicos serán de aplicación las reglas de solución de concurrencia que establece el art. 3 , tanto para la concurrencia entre normas estatales, como para la concurrencia entre éstas y los convenios colectivos: los principios de jerarquía y modernidad; la prevalencia de las normas de Derecho necesario absoluto, el principio de norma más favorable y la preferencia aplicativa de "los mínimos de Derecho necesario. (.)

En cualquier caso, hay que comenzar precisando que el eventual conflicto entre las normas que se comparan no podría resolverse mediante la eliminación de una de ellas de acuerdo con los principios de modernidad o jerarquía normativa. Por otra parte, no hay entre estas normas una relación de complementariedad que permita su aplicación conjunta, pues se trata de regulaciones autónomas o autosuficientes que no están necesitadas de complemento. Tampoco existe entre las mismas una relación meramente cuantitativa de suplementariedad, en la que una norma se limita a mejorar el mínimo establecido en la otra."

Así pues, será de aplicación el artículo 3 ET , según el cual los conflictos originados entre los preceptos de dos o más normas laborales, tanto estatales como pactadas, que deberán respetar en todo caso los mínimos de derecho necesario, se resolverán mediante la aplicación de lo más favorable para el trabajador apreciado en su conjunto, y en cómputo anual, respecto de los conceptos cuantificables.

En el presente caso es claro que la solución solo puede llevar a entender aplicable la regulación del art. 48. que se contiene en el capítulo V del E.B.E.P . frente a la del ET al ser aquella más favorable para la trabajadora, debiendo tener por tanto una aplicación preferente, por lo que debe desestimarse el motivo.

CUARTO.- Subsidiariamente y como adelantábamos, por el cauce del apartado c) del artículo 191c) de la Ley de Procedimiento Laboral alega el INSS la infracción de los artículos 49b ) y 51 del EBEP por entender que se estaría infringiendo la prohibición de que "en ningún caso un mismo menor puede dar derecho a varios periodos de disfrute de este permiso".

Pues bien, para resolver la cuestión planteada debemos partir de la fundamental sentencia del Tribunal Supremo de 15-9-10 , que en relación a la compatibilidad del disfrute del permiso de maternidad por biológica con el de derivado de unas posterior adopción, ha declarado que "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 acarreó 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 " .

Entiende esta Sala que hay que analizar el contenido del artículo en cuestión, que literalmente establece que el permiso tendrá una duración de dieciséis semanas ininterrumpidas, ampliables en dos semanas más en el supuesto de discapacidad del menor adoptado o acogido y por cada hijo, a partir del segundo, en los supuestos de adopción o acogimiento múltiple. El cómputo del plazo se contará a elección del funcionario, a partir de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o 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 periodos de disfrute de este permiso

Se está refiriendo pues a dos periodos de un mismo permiso, no a dos permisos diferenciados, esto es, lo que prohíbe es que se disfrute un permiso tras la decisión administrativa y otro tras la judicial, no que dos personas distintas disfruten el permiso aunque el menor sea el mismo. Piénsese que de seguirse tal interpretación se llegaría al absurdo de que si un menor pasara por varias adopciones, por causas como el fallecimiento del primer adoptante, la que se produjera en segundo lugar no tendría derecho al permiso, algo que no tiene sentido alguno y carece de fundamentación razonable. En todo caso, como bien dice la Magistrada de instancia, la solución propugnada por el INSS por otro lado sería contraria al principio de igualdad pues no se sabe por qué habrían de ser de peor condición los padres adoptantes que los biológicos.

Por ello no queda sino desestimar el motivo planteado y con ello el recurso.

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

## FALLO

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por Otilia , frente al INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL frente a la sentencia de fecha 6-2-12, del Juzgado de lo Social nº 3 de esta localidad que confirmamos

Notifíquese esta sentencia a las partes y al Ministerio Fiscal de esta Tribunal Superior de Justicia.

## ADVERTENCIAS LEGALES

Contra esta sentencia cabe Recurso de Casación unificación de doctrina, que se preparará por las partes o el Ministerio Fiscal por escrito ante esta Sala de lo Social dentro de los DIEZ DÍAS siguientes a la notificación de la sentencia de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 220 y 221 de la Ley 36/2011 de 11 de Octubre Reguladora de la Jurisdicción Social .

Para su admisión será indispensable que todo recurrente que no tenga la condición de trabajador o causahabiente suyo, o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social, y no goce del beneficio de justicia gratuita efectúe, dentro del plazo de preparación del recurso, el depósito de 600 previsto en el artículo 229, con las excepciones previstas en el párrafo 4º, así como así como el importe de la condena, dentro del mismo plazo, según lo previsto en el artículo 230 , presentando los correspondientes resguardos acreditativos de haberse ingresado en la entidad de crédito de BANESTO c/c nº 3537/0000/37/1575/12 , pudiéndose sustituir dicha consignación en metálico por el aseguramiento mediante aval bancario en el que se hará constar la responsabilidad solidaria del avalista, y que habrá de aportarse en el mismo plazo. Si la condena consistiere en constituir el capital-coste de una pensión de Seguridad Social, el ingreso de éste habrá de hacerlo en la Tesorería General de la Seguridad Social.

Para el supuesto de ingreso por transferencia bancaria, deberá realizarse la misma al siguiente número de cuenta:

0030-1846-42-0005001274

Consignándose en el campo Beneficiario la Cuenta de la Sala y en Observaciones o Concepto de la Transferencia los 16 dígitos que corresponden al procedimiento.

Remítase testimonio a la Fiscalía de este Tribunal y líbrese otro testimonio para su unión al rollo de su razón, incorporándose original al Libro de Sentencias.

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