



Roj: **STSJ PV 2309/2015 - ECLI:ES:TSJPV:2015:2309**

Id Cendoj: **48020340012015101167**

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

Sede: **Bilbao**

Sección: **1**

Fecha: **16/06/2015**

Nº de Recurso: **1025/2015**

Nº de Resolución: **1134/2015**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **JUAN CARLOS BENITO-BUTRON OCHOA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

RECURSO Nº: Suplicación / E_Suplicación **1025/2015**

N.I.G. P.V. 20.05.4-14/001835

N.I.G. CGPJ 20.069.34.4-2014/0001835

SENTENCIA Nº: 1134/2015

SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DEL PAÍS VASCO

En la Villa de Bilbao, a 16/6/2015.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco, formada por los Iltmos. Sres. D. PABLO SESMA DE LUIS, Presidente en funciones, D. JOSE LUIS ASENJO PINILLA y D. JUAN CARLOS BENITO BUTRÓN OCHOA, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el Recurso de Suplicación interpuesto por INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL contra la sentencia del Juzgado de lo Social num. 2 de los de DONOSTIA / SAN SEBASTIAN de fecha 19-2-15 , dictada en proceso sobre OSS, y entablado por Bárbara frente a **IBIKER S.L. y INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL .**

Es Ponente el Iltmo. Sr. Magistrado D. JUAN CARLOS BENITO BUTRÓN OCHOA, 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.- D^a Bárbara se halla en situación de alta en el régimen general a través de la empresa Ibiker S.L.

SEGUNDO.- Con fecha 13/12/2013 se acuerda por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número cinco de Irún la adopción de la menor Celestina por D^a Bárbara y el cambio de apellidos derivado de la adopción, habiéndose presentado la solicitud de inscripción de la adopción.

TERCERO.- Con fecha 10/02/2014 presenta la actora solicitud de prestación de maternidad por adopción que es denegada mediante resolución de 11/02/2014 por no encontrarse en ninguna de las situaciones protegidas por el 133bis de la LGSS.



CUARTO.- Interpuesta reclamación previa la misma ha sido denegada toda vez que no está presente la situación de necesidad en que reposa que incluye únicamente los supuestos en que el adoptante se incorpora por primera vez a una nueva unidad familiar.

QUINTO.- Que la menor nacida es hija biológica de Emilio y la actora D^a Bárbara es su esposa.

SEXTO.- Que la actora NO inicia descanso por adopción hasta el momento en que se reconozca por resolución del INSS la solicitud de la prestación de maternidad por adopción de la menor Emilia 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."

SEGUNDO .- La parte dispositiva de la Sentencia de instancia dice:

"Que estimo la demanda interpuesta por D^a Bárbara contra INSS, TGSS y la empresa Ibiker S.L. declarando el derecho de la demandante a disfrutar de la prestación de maternidad de 16 semanas de duración y su derecho a la prestación correspondiente sobre una base reguladora de 1.688,08 euros siendo la fecha de efectos la de la presente sentencia."

TERCERO .- Frente a dicha resolución se interpuso el Recurso de Suplicación, que fue impugnado por el demandante.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La resolución judicial de instancia, de forma principal como sentencia, ha estimado la pretensión de la trabajadora demandante, reconociendo la prestación-subsidio de maternidad por adopción de la menor (nacida el NUM000 -13) cuya peculiaridad es que es hija del esposo de la demandante. La Juzgadora de instancia aplica-copia la Sentencia del TS de 15-9-10, Recurso 2289/09 y entiende que se cumplen todos los requisitos de la normativa reguladora de la prestación que especificaremos, no solo los estrictamente técnicos (situación protegida de adopción, condiciones generales del art. 124.1 de la LGSS , período de cotización previa u otros), destacando que no aparece como requisito de exclusión que la menor adoptada no se encuentre incorporada o integrada en la unidad familiar con anterioridad al inicio del subsidio de maternidad, cumpliéndose también la finalidad de la integración del adoptado, que no se produce por el mero hecho de la convivencia previa sino a partir de la nueva condición jurídica que conlleva la integración en una nueva familia jurídica.

Disconforme con tal resolución de instancia, la entidad gestora plantea Recurso de Suplicación articulando un único motivo jurídico al amparo del párrafo c) del art. 193 de la LRJS que pasaremos a analizar.

No sin antes comentar que la impugnación de la beneficiaria hace hincapié en la idea de articulación de un Recurso de Suplicación frente a lo que denomina ser el Auto de 19-2-15 que, en su parte dispositiva, ha permitido el anuncio del Recurso de Suplicación de la entidad gestora, a pesar de la inicial denegación y el Recurso de Reposición, por cuanto se ha discutido la falta de aportación de la justificación de consignación al aseguramiento de la cantidad objeto de condena durante la tramitación del recurso, y se ha resuelto que, en atención al art. 230 de la LGSS , al tratarse de un subsidio, con duración estimada, finalización y cálculo exacto, no exige la certificación acreditativa del comienzo y puesta al pago, por cuanto al tratarse de una cuantificación, la exención de la consignación pretende salvaguardar los efectos de una futura estimación del Recurso de Suplicación que llevaría a la pérdida del contenido y objeto del recurso, al darse en las situaciones de Seguridad Social una inexigibilidad de la devolución por parte de la beneficiaria.

Con ello, damos contestación a la advertencia de la impugnación respecto de la inadmisibilidad del Recurso de Suplicación, todo ello en virtualidad del art. 230.2 c) de la LRJS y lo que consideramos una exención del requisito obligatorio de la consignación para con el supuesto del subsidio de maternidad devengado.

SEGUNDO.- En lo que se refiere a la revisión jurídica, al amparo del artículo 193 c) de la LRJS , motivando la interposición del recurso extraordinario en el examen de la infracción de las normas sustantivas o de la jurisprudencia, debe recordarse que el término norma recoge un ámbito amplio jurídico y general que incluye las disposiciones legislativas, la costumbre acreditada, las normas convencionales y hasta los Tratados Internacionales ratificados y publicados. Pero además la remisión a la idea de normas sustantivas no impide igualmente que las normas procesales que determinen el fallo de la resolución deban ser también esgrimidas y alegadas como infracción que se viene a producir en supuestos adjetivos, cuales son entre otros los propios de excepciones de cosa juzgada incongruencia u otros. Y es que la infracción jurídica denunciada debe atenerse al contenido del fallo de la resolución, por lo que en modo alguno la argumentación de la suplicación se produce frente a las Fundamentaciones Jurídicas, sino solo contra la parte dispositiva, con cita de las normas infringidas y sin que pueda admitirse una alegación genérica de normas sin concretar el precepto vulnerado



u omisión de la conculcación referida, que impediría en todo caso a la Sala entrar en el examen salvo error evidente iura novit curia o vulneración de derecho fundamental, y en todo caso según el estudio y resolución del tema planteado.

Como en el supuesto de autos la entidad gestora recurrente denuncia la infracción del art. 133 bis de la LGSS en su motivo escueto y resumido, rechazando la posibilidad de devengar la prestación-subsidio de maternidad por adopción de una menor que es hija de su esposo, y con la que ya ha convivido desde el momento de su nacimiento, analizaremos dicha situación jurídica a la luz, no solo de la respuesta dada por la instancia sino de los antecedentes normativos y doctrinales que pretendemos explicar.

El sistema de Seguridad Social español tan solo a partir de la Ley 42/94, que procedió en menos de tres meses a reformar el RDL 1/94 de 20 de junio, que suponía la refundición de la normativa básica de Seguridad Social que se hacía esperar más de 30 años, introdujo las figuras propias y situaciones características de riesgo durante el embarazo, maternidad y lactancia, como contingencias propias y separadas de la incapacidad laboral transitoria, posteriormente incapacidad temporal por contingencia común, que había caracterizado la regulación de esta protección tan característica y específica de la mujer trabajadora, no solo por cuestiones sanitarias sino también de prestación económica y de suspensión contractual. Por ello se introdujo un nuevo capítulo IV bis con una redacción de articulados que iban del 133 bis al quinquies en peculiar nomenclatura.

Posteriormente, la Ley 39/99 introdujo unas exigencias comunitarias (directiva 92/85 y 96/34) como acciones positivas de transposición, desarrolladas posteriormente en el RD 1251/01 de 16 de noviembre, y en la actualidad por el RD 291/09 arts. 2 a 21. Y es la LO 3/07 la que efectúa una ampliación de la protección de la mujer trabajadora mejorando los supuestos de suspensión contractual (acogimiento de menores permanente, simple o provisional) ampliando su duración, flexibilizando los requisitos de acceso, incorporando incluso una versión asistencial o no contributiva (que no universal). Mención especial ha de hacer al RD 293/09 de 6 de marzo (BOE 14-4-09) que aprueba medidas de protección de la maternidad en el ámbito de la enseñanza en las Fuerzas Armadas (aplicando la Ley 39/07 de carrera militar).

Aparentemente, la suspensión del contrato de trabajo en razón de la maternidad, trae sus consecuencias respecto de la prestación de Seguridad Social y tiene como objetivo básico mejorar la protección del recién nacido y fomentar la coparticipación en el cuidado del menor en convivencia con el otro progenitor (antes de la Ley 13/05 de modificación del matrimonio, terminología típica de padre y madre; ver término en euskera "guraso") con lo que la redacción del art. 48 ET y el art. 30 de la Ley 30/84 (después superado por la Ley 7/07 de 12 de abril, Estatuto Básico del Empleado Público en su art. 49) permiten conexionar los supuestos de la duración de tal prestación económica de Seguridad Social al relacionarlos con el actual capítulo 4º bis que mantendrá dos secciones desde los arts. 133 bis a 133 septies; y su desarrollo en el RD 295/09 ya citado.

Así la primera modificación significativa, se refiere a la prestación de maternidad como situación protegida, donde no ya solo la adopción y el acogimiento, tanto preadoptivo como permanente, dan acceso sino que ahora se amplían las posibilidades al acogimiento simple de conformidad con el Código Civil o las Leyes Autonómicas, siempre y cuando su duración no sea inferior al año, incluso aunque tal acogimiento simple sea provisional.

Y es por ello que en el supuesto de autos no puede esta Sala sino confirmar la doctrina jurisprudencial vertida en la resolución de nuestro TS, que reproduce la instancia (Sentencia del TS de 15-9-10, Recurso 2289/09), por cuanto, como ya se ha manifestado, no existe normativa alguna que excluya o produzca la suspensión, extinción o denegación en el supuesto de adopción legalmente previsto para con la adopción del cónyuge respecto de la menor adoptada, incorporada e integrada en la unidad familiar con anterioridad al inicio del período de descanso por maternidad. Ello nos lleva irremisiblemente a entender que la finalidad de integración y ausencia que achaca la entidad gestora, en su lacónico motivo de impugnación, queda conformado por la realidad de una nueva familia que trasciende la previa y que convierte la relación entre la nueva adoptante (no madre biológica) y la adoptada, como verdadera hija o descendiente, que con anterioridad tan solo lo era en relación a su cónyuge o esposo, lo cual no puede excluir el percibo del subsidio-prestación por adopción en la maternidad conferida en el articulado expuesto, art. 133 bis a ter de la LGSS en relación al RD 295/09 de 6 de marzo, con las modificaciones ya reseñadas.

Por todo lo mencionado procede la íntegra desestimación del Recurso de Suplicación entablado por la entidad gestora en un único motivo jurídico.

TERCERO.- Como quiera que la entidad gestora goza del beneficio de justicia gratuita, en atención al art. 235.1 de la LRJS no habrá condena en costas.

FALLAMOS



Que DESESTIMAMOS el Recurso de Suplicación interpuesto por el INSS contra la sentencia dictada en fecha 21-10-14 por el Juzgado de lo Social nº 2 de Donostia en autos nº 370/14 seguidos a instancia de Bárbara frente a Ibiker S.L., INSS y TGSS, confirmando la resolución recurrida.

Sin costas.

Notifíquese esta sentencia a las partes y al Ministerio Fiscal, informándoles de que no es firme, pudiendo interponer recurso de casación para la unificación de la doctrina en los términos y con los requisitos que se detallan en las advertencias legales que se adjuntan.

Una vez firme lo acordado, devuélvanse las actuaciones al Juzgado de lo Social de origen para el oportuno cumplimiento.

Así, por esta nuestra Sentencia, definitivamente juzgado, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

E/

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el mismo día de su fecha por el/la Iltrmo/a. Sr/ a. Magistrado/a Ponente que la suscribe, en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.

ADVERTENCIAS LEGALES.-

Contra esta sentencia cabe recurso de casación para la unificación de doctrina ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, que necesariamente deberá prepararse por escrito firmado por **Letrado** dirigido a esta Sala de lo Social y presentado dentro de los **10 días hábiles** siguientes al de su notificación.

Además, **si el recurrente hubiere sido condenado en la sentencia, deberá acompañar**, al *preparar* el recurso, el justificante de haber ingresado en esta Sala el importe de la condena; o bien aval bancario en el que expresamente se haga constar la responsabilidad solidaria del avalista. 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, una vez se determine por ésta su importe, lo que se le comunicará por esta Sala.

El recurrente deberá acreditar mediante resguardo entregado en la secretaría de esta Sala de lo Social al tiempo de *preparar* el recurso, la consignación de un depósito de 600 euros.

Los **ingresos** a que se refieren los párrafos anteriores se deberán efectuar, o bien en entidad bancaria del Banco Santander, o bien mediante transferencia o por procedimientos telemáticos de la forma siguiente:

A) Si se efectúan en una oficina del Banco Santander, se hará en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de dicho grupo número 4699-0000-66-1025-15.

B) Si se efectúan a través de transferencia o por procedimientos telemáticos, se hará en la cuenta número ES55 0049 3569 9200 0500 1274, haciendo constar en el campo reservado al beneficiario el nombre de esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, y en el campo reservado al concepto el número de cuenta 4699-0000-66-1025-15.

Están exceptuados de hacer todos estos ingresos las Entidades Públicas, quienes ya tengan expresamente reconocido el beneficio de justicia gratuita o litigasen en razón a su condición de trabajador o beneficiario del regimen público de la Seguridad Social (o como sucesores suyos), aunque si la recurrente fuese una Entidad Gestora y hubiese sido condenada al abono de una prestación de Seguridad Social de pago periódico, al anunciar el recurso deberá acompañar certificación acreditativa de que comienza el abono de la misma y que lo proseguirá puntualmente mientras dure su tramitación.