



Roj: **STSJ CLM 3003/2018 - ECLI:ES:TSJCLM:2018:3003**

Id Cendoj: **02003340022018100451**

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

Sede: **Albacete**

Sección: **2**

Fecha: **27/12/2018**

Nº de Recurso: **1524/2017**

Nº de Resolución: **1720/2018**

Procedimiento: **Social**

Ponente: **RAMON GALLO LLANOS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.J.CAST.LA MANCHA SALA SOCIAL

ALBACETE

SENTENCIA: 01720/2018

-

C/ SAN AGUSTIN Nº 1 (PALACIO DE JUSTICIA) - 02071 ALBACETE

Tfno: 967 596 714

Fax: 967 596 569

Correo electrónico: tribunalsuperior.social.albacete@justicia.es

NIG: 45168 44 4 2016 0000828

Equipo/usuario: 5

Modelo: 402250

RSU RECURSO SUPPLICACION 0001524 /2017

Procedimiento origen: SSS SEGURIDAD SOCIAL 0000388 /2016

Sobre: MATERNIDAD

RECURRENTE/S D/ña TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL TGSS, INSS-TGSS INSS

ABOGADO/A: LETRADO DE LA TESORERIA DE LA SEGURIDAD SOCIAL, LETRADO DE LA SEGURIDAD SOCIAL

PROCURADOR: ,

GRADUADO/A SOCIAL: ,

RECURRIDO/S D/ña: Sagrario

ABOGADO/A: CAROLINA VIDAL LOPEZ

PROCURADOR:

GRADUADO/A SOCIAL:

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CASTILLA-LA MANCHA

SALA DE LO SOCIAL-SECCIÓN 002(C/ SAN AGUSTIN Nº 1 (PALACIO DE JUSTICIA) - 02071 ALBACETE)

RECURSO SUPPLICACION 1524/17

Magistrado/a Ponente: Ilmo. Sr. D. RAMON GALLO LLANOS

ILMOS/AS. SRES/AS. MAGISTRADOS/AS



D. JOSÉ MONTIEL GONZÁLEZ

D^a.PETRA GARCÍA MÁRQUEZ

D^a.LUISA MARÍA GÓMEZ GARRIDO

D. RAMON GALLO LLANOS

En Albacete, a veintisiete de diciembre de dos mil dieciocho.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, compuesta por los Ilmos. Sres. Magistrados citados al margen, y

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

SENTENCIA Nº 1720/18

En el Recurso de Suplicación número 1524/17, interpuesto por la representación legal de INSS-TGSS contra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 2 de Toledo, de fecha 21 de marzo de 2017, en los autos número 388/16, sobre Maternidad, siendo recurrido Sagrario .

Es Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. RAMON GALLO LLANOS.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que la Sentencia recurrida dice en su parte dispositiva: "FALLO: Que estimando como estimo la demanda interpuesta por D^{ÑA}. Sagrario frente al INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL debo revocar y revoco la resolución de 29 de marzo de 2016, reconociendo a D^{ÑA}. Sagrario el derecho a la prestación por maternidad por adopción con una base reguladora mensual de 2.542,82 euros y fecha de efectos 9 de diciembre de 2016"

SEGUNDO.- Que en dicha Sentencia se declaran probados los siguientes Hechos: "PRIMERO.- D^{ña}. Sagrario , afiliada el régimen general de la seguridad, y cuyas circunstancias personales obran en autos solicitó en fecha 2 de febrero de 2016 prestación por maternidad por adopción de la hija biológica de su cónyuge. En fecha 15 de febrero de 2015 se dicta Resolución por el INSS denegando tal pretensión al entender "... no está presente la situación de necesidad en la que reposa...". La reclamación previa no tuvo favorable acogida siendo desestimada expresamente por Resolución de fecha 29 de marzo de 2016. El expediente administrativo obra en autos y se da íntegramente por reproducido en esta sede.

SEGUNDO.- Con fecha 9 de diciembre de 2015 se dictó por el Juzgado de Primera instancia N^o6 de Albacete Auto n^o 641/2015 en el que se acuerda la constitución de la adopción de la menor Ángela . por D^{ña}. Sagrario , siendo la adoptante cónyuge de Ariadna , madre biológica de la adoptando con la que contrajo matrimonio en Albacete a 3 de octubre de 2015.

TERCERO.- D^{ña}. Sagrario ha disfrutado de un permiso laboral de 16 semanas.

CUARTO.- En caso de estimarse la pretensión la base reguladora de la prestación asciende a 2.542,82 euros y la fecha de efectos 9 de diciembre de 2015."

TERCERO.- Que, en tiempo y forma, por la parte demandada, se formuló Recurso de Suplicación contra la anterior Sentencia, en base a los motivos que en el mismo constan.

Dicho Recurso ha sido impugnado de contrario.

Elevadas las actuaciones a este Tribunal, se dispuso el pase al Ponente para su examen y resolución.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-1.- Se recurre el letrado de la Administración de la seguridad social la sentencia que dictó el día 21-3-2017 el Juzgado de lo Social número 2 de los de TOLEDO en sus autos 388/2016, en la que se estimó la demanda deducida por Sagrario frente al INSS y la TGSS en la que reclamaba el derecho al reconocimiento de prestación de maternidad. Se ha presentado escrito de impugnación por parte del INSS..

2. El recurso se articula en un único motivo formulado con arreglo al apartado c) del art. 193 de la LRJS en el que se denuncia de modo genérico infracción de las normas jurídicas sustantivas y de la jurisprudencia, y sin cita de norma legal alguna se cita la STSJ de Cataluña de 20-9-2010, en la que en un caso similar al presente se denegó la prestación de maternidad.



3.- Si bien el recurso de suplicación resulta deficientemente formulado por omitirse la cita del precepto infringido o de doctrina jurisprudencial alguna con arreglo al art. 196.3 de la LRJS, pues única resolución de un TSJ no constituye en modo alguno doctrina jurisprudencial por no ser reiterada ni emanar del TS (art. 1, 6 Cc), lo cierto es que además concurren razones de fondo para su desestimación.

4.- En efecto, la cuestión controvertida en el presente caso no es otra que determinar si quién se encuentra en situación de suspensión de su contrato de trabajo a causa de la adopción de un hijo biológico de su cónyuge, habiendo convivido previamente con el menor tiene derecho a obtener prestaciones de maternidad, si reúne los requisitos de alta y cotización exigidos legalmente. Y como se señala con acierto por la sentencia de instancia dicha cuestión ya ha sido resuelta por la Doctrina Unificada en el sentido pretendido por la actora, lo que debe llevarnos a la desestimación del recurso.

5.- En este sentido, la STS de 15-9-2010 (rcud 2289/2009) expresa:

"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 Daniela sobre la menor Elisabeth, 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 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. "

SEGUNDO.- Por todo lo razonado se desestimaré al recurso, sin que proceda la imposición de costas de conformidad con el art. 235 de la LRJS en relación con el art. 2 b) de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita.

Vistos los precedentes preceptos legales y los de general aplicación.

FALLO

Con desestimación del recurso de suplicación interpuesto por el letrado de la Administración de la seguridad social la sentencia que dictó el día 21-3-2017 el Juzgado de lo Social número 2 de los de TOLEDO en sus autos 388/2016, CONFIRMAMOS la sentencia recurrida. Sin costas.

Notifíquese la presente resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha en Albacete, haciéndoles saber que contra la misma únicamente cabe **RECURSO DE CASACION PARA LA UNIFICACION DE DOCTRINA**, que se preparará por escrito dirigido a esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha en Albacete, dentro de los **DIEZ DIAS** siguientes a su notificación, durante dicho plazo, las partes, el Ministerio Fiscal o el letrado designado a tal fin, tendrán a su disposición en la oficina judicial los autos para su examen, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 220 de la Ley reguladora de la jurisdicción social. **La consignación del importe de la condena**, cuando proceda, deberá acreditarse por la parte recurrente, que no goce del beneficio de justicia gratuita, ante esta Sala al tiempo de preparar el Recurso, presentando resguardo acreditativo de haberla efectuado en la Cuenta Corriente número **ES55 0049 3569 9200 0500 1274** que esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, Albacete, tiene abierta en el BANCO SANTANDER, sita en Albacete, C/ Marqués de Molíns nº 13, indicando



el nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso, y si es posible, el NIF/ CIF, así como el beneficiario (Sala de lo Social) y el concepto (cuenta expediente) **0044 0000 66 1524 17**, pudiéndose sustituir dicha consignación en metálico por el aseguramiento mediante aval bancario en el que se hará constar la responsabilidad solidaria del avalista. Debiendo igualmente la parte recurrente, que no ostente la condición de trabajador, causahabiente suyo, o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social, o se trate del Ministerio Fiscal, el Estado, las Comunidades Autónomas, las Entidades Locales, los Organismos dependientes de todas ellas y quienes tuvieren reconocido el beneficio de justicia gratuita, consignar como depósito la cantidad de **SEISCIENTOS EUROS (600,00 €)**, conforme al artículo 229 de citada Ley, que deberá ingresar en la Cuenta Corriente anteriormente indicada, debiendo hacer entrega del resguardo acreditativo de haberlo efectuado en la Secretaría de esta Sala al tiempo de preparar el Recurso.

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

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ