

**BASE DE DATOS NORMACEF SOCIO-LABORAL  
TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID**

*Sentencia 615/2014, de 7 de julio de 2014*

*Sala de lo Social*

*Rec. n.º 2056/2013*

**SUMARIO:**

**Prestación de maternidad por adopción. Pareja homosexual.** *Trabajadora que solicita la prestación por maternidad por la adopción del hijo de su pareja, siendo denegado por el INSS al estimar que no cabe que un mismo menor cause derecho a dos periodos de suspensión. Reconocimiento de la prestación.* 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 acarrió su derecho al descanso y prestación por maternidad- situaciones ambas previstas y reguladas en el artículo 48.4 del ET, 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.

**PRECEPTOS:**

RDLeg. 1/1995 (TRET), art. 48.4.

RDLeg. 1/1994 (TRLGSS), art. 133 bis.

**PONENTE:**

*Doña Alicia Catalá Pellón.*

Magistrados:

Doña ALICIA CATALA PELLON

Doña MARIA AURORA DE LA CUEVA ALEU

Doña MARIA BEGOÑA HERNANI FERNANDEZ

**Tribunal Superior de Justicia de Madrid - Sección n.º 05 de lo Social**

Domicilio: C/ General Martínez Campos, 27 - 28010

Teléfono: 914931935

Fax: 914931960

34001360

Sentencia n.º 615

Ilma. Sra. D<sup>a</sup> Begoña Hernani Fernández :

Presidente

Ilma. Sra. D<sup>a</sup> Aurora de la Cueva Aleu :

Ilma. Sra.D<sup>a</sup> Alicia Catalá Pellón :

En Madrid, a 7 de julio de 2014.

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

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

### **S E N T E N C I A**

En el recurso de suplicación 2056/13ag interpuesto por Elisa representado por el Letrado JESUS ANGEL JIMENEZ GARCIA, contra sentencia dictada por el Juzgado de lo Social NUM. 24 DE MADRID en autos núm. 863/12 siendo recurrido INSS Y TGSS. Ha actuado como Ponente el Ilma. Sra. Alicia Catalá Pellón.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

#### **Primero.**

En el Juzgado de lo Social de procedencia tuvo entrada demanda suscrita por Elisa contra INSS Y TGSS en reclamación sobre SEGURIDAD SOCIAL en la que solicitaba se dictase sentencia en los términos que figuran en el suplico de la misma. Admitida la demanda a trámite y celebrado el juicio, se dictó sentencia con fecha 21 de julio de 2013, en los términos que se expresan en el fallo de dicha resolución.

#### **Segundo.**

En dicha sentencia, y como HECHOS PROBADOS, se declaraban los siguientes:

PRIMERO. La parte actora, doña Elisa con DNI NUM000, presta servicios como tripulante para la empresa REMONINI RAIL IBÉRICA S.L. desde el 13/4/2007, percibiendo una retribución mensual de 2.426,07 euros con inclusión de pagas Extras. Contrajo matrimonio con doña Gema el 28/8/2010.

SEGUNDO. Doña Gema tuvo un hijo Juan, nacido el NUM001 /2.008, solicitando la prestación de maternidad por dicho hijo que le fue concedida por resolución de 12/3/2.008, sobre una base reguladora diaria de 43,45 euros y con efectos económicos desde el 21/2/2.008 a 11/6/2.008.

TERCERO. Por Auto de 17/11/2.011 del Juzgado de primera instancia n.º 6 de Alcalá de Henares se acordó la adopción de Juan, por DOÑA Elisa, tomando desde dicha fecha el menor como segundo apellido el primero de la adoptante, pasando a llamarse Roque .

CUARTO. En fecha 2/2/2.012, fue solicitado por la parte actora la prestación de maternidad por la adopción concedida, alegando en apoyo de su petición la sentencia del tribunal supremo de 15/9/2.010, dictándose resolución de fecha 23/12/2.012, por la que se le reconocida la prestación de paternidad sobre una base reguladora diaria de 63,44 euros y efectos desde el 24/1/2.012 a 5/2/2.2012,

QUINTO. La parte actora presentó reclamación previa el 23/4/2.012.

SEXTO. La parte actora presentó demanda el 18/7/2.012.

#### **Tercero.**

En esta sentencia se emitió el siguiente fallo:

"Que desestimando la demanda formulada por la parte actora DOÑA Elisa contra el INSS y la TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, debo absolver y absuelvo a los referidos demandados de las pretensiones deducidas en su contra."

#### **Cuarto.**

Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por la parte demandante, siendo impugnado de contrario. Elevados los autos a esta Sala de lo Social, se dispuso el pase de los mismos al Ponente para su examen y resolución.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**Primero.**

La situación fáctica a la que se circunscribe nuestro examen es la siguiente:

La actora, Doña Elisa, contrajo matrimonio con Doña Gema, el 28 de agosto de 2010.

Doña Gema, tuvo un hijo nacido el NUM001 de 2008, Juan, solicitando la prestación por maternidad por dicho hijo, que le fue concedida por resolución de 21 de marzo de 2008, con efectos económicos desde el 21 de febrero al 11 de junio de 2008.

Por Auto del Juzgado de Primera Instancia n.º 6 de Alcalá de Henares, se acordó la adopción de Juan, por Doña Elisa . Desde ese momento, el menor pasó a llamarse Roque .

El 2 de febrero de 2012, la parte actora en este procedimiento, solicitó el reconocimiento de la prestación por maternidad por la adopción concedida, siéndole reconocida una prestación por paternidad.

La actora indicó en el formulario de solicitud, que el supuesto en el que ella se encontraba era el mismo que el que fue enjuiciado por el Tribunal Supremo, en sentencia de 15 de septiembre de 2010, Rec. 2289/2009 .

La sentencia de instancia ha desestimado la demanda por entender que el caso contemplado en la citada sentencia del Tribunal Supremo, sólo se resolvía el derecho de maternidad por adopción de una madre, que adoptaba a la hija biológica de su cónyuge, tras un periodo de convivencia con la misma "situación que no se plantea en el presente caso" y por considerar que la citada sentencia del Tribunal Supremo, aplicaba la normativa anterior a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres y que en la regulación actual representada por los artículos 133 de la LGSS y 48 del ET, no cabe que un mismo menor cause derecho a dos periodos de suspensión de modo que "... al haber disfrutado la prestación de maternidad la madre biológica, no se genera el derecho a un nuevo periodo de prestación de maternidad por la adoptante, por lo que la parte actora no tiene derecho al disfrute de la prestación de maternidad al haberlo realizado ya la madre biológica en su totalidad".

Dicho pronunciamiento, ha sido recurrido en suplicación por la representación Letrada de Doña Elisa, a través de un motivo único, en el que denuncia la infracción de los artículos 48 y 45 del ET y 124 de la LGSS, argumentando, en esencia, que la razón de ser del artículo 48 del ET estriba en la prohibición de disfrute simultáneo de dos periodos de descanso por la totalidad del periodo, con ocasión de la misma prestación de adopción y para el mismo menor, debiendo aplicarse la doctrina contenida en la sentencia del Tribunal Supremo antes citada, dado que aunque el sujeto causante sea el mismo, se han producido dos situaciones sucesivas que han generado el derecho al descanso por maternidad, que ya disfrutó la madre biológica y a la prestación de adopción es la que reclama la adoptante, hoy recurrente.

**Segundo.**

En el supuesto contemplado en la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de septiembre de 2010, RCU 2289/2009, la entonces demandante que convivía establemente con su pareja, iniciándose la convivencia en el año 2004, adoptó a la hija biológica de ésta el 6 de junio de 2006, cuando la menor tenía cinco años, conviviendo las dos progenitoras desde que la menor tenía tres años.

La madre biológica disfrutó en su momento de toda la prestación por maternidad.

El Juzgado de lo Social n.º 8 de Barcelona en autos n.º 650/2006 reconoció a la actora el derecho reclamado, denegándolo el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en sentencia de 20 de febrero de 2009 ( RS. n.º 8113/2007 ), por acoger dicho Tribunal la tesis esgrimida por la Entidad Gestora para la denegación de la pretensión, basada en la innecesariedad de la prestación de maternidad en sí misma considerada, si la menor adoptada ya estaba completamente integrada en la familia.

En el fundamento tercero de la indicada sentencia se razona lo siguiente: "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 Elvira sobre la menor Estefanía, 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 más 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 al 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 ".

### **Tercero.**

Aunque es verdad que la legislación aplicada por el Tribunal Supremo en la citada sentencia, era la anterior a la entrada en vigor de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, no compartimos la afirmación que realiza el Juez de lo Social en el sentido de que en este caso, no se plantea la prosperabilidad de una prestación de maternidad por adopción de la hija biológica de la cónyuge de la solicitante, tras un periodo de convivencia, pues como resulta de la relación fáctica que hemos sintetizado en el fundamento primero de esta sentencia, la actora y su pareja, contrajeron matrimonio el 28 de agosto de 2010, adoptando la demandante al hijo biológico de ésta, en fecha 17 de noviembre de 2011 (cuando el menor tenía tres años), habiendo convivido el matrimonio desde el que el menor tenía aproximadamente dos años y medio.

La citada Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres introdujo una serie de modificaciones en el artículo 48 del ET fundamentalmente para eliminar la palabra "padre" y sustituirla por la expresión "progenitor" y en el particular atinente a los supuestos de adopción, efectivamente se estableció la prohibición de que un mismo menor, diera derecho a varios periodos de suspensión: prohibición, que debe interpretarse en el contexto de la prestación en la que se establece normativa, la de adopción y que sólo significa que si uno de los objetivos de la prestación de maternidad, adopción y acogimiento es la de cobertura de pérdida de rentas del trabajo o de ingresos que sufren los trabajadores cuando se suspende su contrato o se interrumpe su actividad por las causas indicadas, un mismo menor, que es adoptado, no puede dar lugar a que dos beneficiarias, como aquí sucede, con ocasión de esa adopción, causen derecho a dos prestaciones idénticas en cuanto a su duración. Lo que no significa, en modo alguno, que el periodo de descanso pueda disfrutarse de forma, simultánea o sucesiva, siempre que no rebase, en la suma de ambos, la duración global de dieciséis semanas ininterrumpidas.

La Sala, en consecuencia, acoge íntegramente la doctrina establecida en la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de septiembre de 2010, entre otras cosas porque ni el artículo 48 antes de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres ni después, concedió ningún tipo de relevancia al hecho de que la madre biológica hubiera disfrutado de modo previo de la licencia por maternidad.

Ahora bien. Del examen de la situación fáctica que debemos resolver, según hemos expresado en el fundamento primero de la presente sentencia, resulta que a la recurrente, se le ha reconocido una prestación por paternidad, que introducida por la LO 3/2007, de 22 de marzo para la igualdad efectiva de hombres y mujeres, se regula en el artículo 48 bis ET ; 133 octies a 133 decies LGSS y artículos 22 a 30 del RD 295/2009, que, con la estimación de este recurso y el reconocimiento a su favor de la de adopción, debe, naturalmente, quedar sin efecto.

Por todo lo expuesto,

**FALLAMOS**

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación Letrada de Doña Elisa contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social n.º 24 de Madrid en autos n.º 863/2012 promovidos por la recurrente contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social y Tesorería General de la Seguridad Social que revocamos, y en consecuencia y con estimación de la demanda rectora de estos autos, declaramos el derecho de Doña Elisa, a disfrutar de la situación de maternidad durante dieciséis semanas y a percibir la prestación de maternidad de acuerdo con un base reguladora diaria de 63,40 euros con fecha de efectos de 5 de febrero de 2012, condenando a las codemandadas a estar y pasar por tal declaración quedando sin efecto, la prestación por paternidad reconocida por la Entidad Gestora a favor de la recurrente.

Incorpórese el original de esta sentencia, por su orden, al Libro de Sentencias de esta Sección de Sala.

Expídanse certificaciones de esta sentencia para su unión al rollo de suplicación, que se archivará en este Tribunal.

Notifíquese la presente sentencia a la Fiscalía de este Tribunal Superior de Justicia y a las partes por correo certificado con acuse de recibo que se unirá a los autos, conforme establece el art. 56 LRJS, incluyendo en el sobre remitido copia de la presente resolución.

**MODO DE IMPUGNACIÓN :** Se hace saber a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de casación para la unificación de doctrina que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala de lo Social dentro del improrrogable plazo de DIEZ DÍAS hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de esta sentencia. Siendo requisito necesario que en dicho plazo se nombre al letrado que ha de interponerlo. Igualmente será requisito necesario que el recurrente que no tenga la condición de trabajador, causahabiente suyo o beneficiario del Régimen Publico de la Seguridad Social o no gozare del derecho de asistencia jurídica gratuita, acredite ante esta Sala al tiempo de preparar el recurso haber depositado 600 euros, conforme al artículo 229 de la LRJS, y consignado el importe de la condena cuando proceda, presentando resguardos acreditativos de haber efectuado ambos ingresos, separadamente en la cuenta corriente n.º 2876-0000-00-2056-13 que esta sección tiene abierta en BANCO SANTANDER sita en Paseo General Martínez Campos, 35; 28010 Madrid o bien por transferencia desde una cuenta corriente abierta en cualquier entidad bancaria distinta de Banco Santander. Para ello ha de seguir todos los pasos siguientes:

1. Emitir la transferencia a la cuenta bancaria de 20 dígitos (CCC) siguiente:

Clave entidad

0049

Clave sucursal

3569

D.C.

92

Número de cuenta

0005001274

I.B.A.N: IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274

2. En el campo ORDENANTE, se indicará como mínimo el nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso y si es posible, el NIF /CIF de la misma.

3. En el campo BENEFICIARIO, se identificará al Juzgado o Tribunal que ordena el ingreso.

4. En el campo " OBSERVACIONES O CONCEPTO DE LA TRANSFERENCIA ", se consignarán los 16 dígitos que corresponden al Procedimiento.

**MUY IMPORTANTE:** Estos 16 dígitos correspondientes al Procedimiento tienen que consignarse en un solo bloque. Es importante que este bloque de 16 dígitos este separado de lo que se ponga en el resto del campo por espacios.

Si no se consignan estos dieciséis dígitos o se escriben erróneamente, la transferencia será repelida por imposibilidad de identificación del expediente judicial y será devuelta a origen,, pudiendo en su caso sustituir la consignación de la condena en metálico por el aseguramiento de la misma mediante el correspondiente aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por la entidad de crédito ( art.230.1 L.R.J.S ).

Si la condena consistiere en constituir el capital-coste de una pensión de Seguridad Social, el ingreso de éste habría de hacerlo en la Tesorería General de la Seguridad social y una vez se determine por ésta su importe, lo que se le comunicará por esta Sala.

Una vez adquiera firmeza la presente sentencia, devuélvanse los autos originales al Juzgado de lo Social de su procedencia, dejando de ello debida nota en los Libros de esta Sección de Sala.

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

**PUBLICACION:** Leída y publicada fue la anterior sentencia en el día por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente que la suscribe en la Sala de Audiencias de este Tribunal, firmada por los tres Magistrados en esta misma fecha para su notificación. Doy fe.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.