

La prestación de maternidad por adopción en supuestos de previa convivencia. A propósito de una sentencia de la sala de lo social del Tribunal Supremo de 15 de septiembre de 2010

LUIS FERNANDO DE CASTRO MEJUTO

*Magistrado Especialista de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia
Doctor en Derecho*

Recepción: 15 de junio de 2011

Aprobado por el Consejo de Redacción: 15 de julio de 2011

1. El fondo de la cuestión discutida en la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de Septiembre de 2010 (Recurso de casación para la unificación de doctrina número 2289/09)¹ es sencillo, pero novedoso, puesto que hasta este momento nuestra jurisprudencia² no había tenido oportunidad de resolver si las prestaciones de maternidad, derivadas de los artículos 48.4 y 45.1.d) del Estatuto de los Trabajadores³, dependen de la concurrencia o no de una

1 El texto completo de la Sentencia del Tribunal Supremo puede consultarse gratuitamente en el enlace: <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&database=TS&reference=5771519&links=%222289/2009%22&optimize=20101111>.

2 Entendida, a los fines de este artículo, como la emanada de las Sentencias reiteradas del Tribunal Supremo, según el concepto que a esta fuente complementaria del ordenamiento jurídico atribuye el artículo 1.6 del Código Civil (así, entre otras, las Sentencias del Tribunal Supremo de fechas 28 de Mayo de 1999 –Recurso de Casación ordinaria 1140/98-; 30 de Abril de 2001 –Recurso de Casación ordinaria 3215/00-; 11 de Octubre de 2001 –Recurso de Casación para la unificación de doctrina 344/01-; y 27 de Diciembre de 2001 –Recurso de Casación ordinaria 1156/01-). Todo lo cual se entiende sin perjuicio de la sólida corriente científica que mantiene un criterio opuesto en cuanto al concepto de jurisprudencia [cfr. MARTÍNEZ GIRÓN, J., ARUFE VARELA, A. y CARRIL VÁZQUEZ, X. M., *Derecho del Trabajo*, 2ª edición, Netbiblo (A Coruña, 2006), págs. 24 y ss.].

3 «[...] En los supuestos de adopción y de acogimiento, de acuerdo con el artículo 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...» (art. 48.4 del Estatuto de los Trabajadores); y «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

previa convivencia, de manera tal que una preexistente entre la adoptante y la adoptada pudiese conllevar la exclusión de aquella prestación, al considerar –éste era el argumento expresado por la Entidad Gestora y que se había asumido en alguna otra resolución judicial– que siendo la niña adoptada hija del cónyuge o pareja de hecho no se integraba en la unidad familiar en el momento de la adopción, sino que esa integración era anterior –al comenzar la convivencia– y que, por tanto, se incumplían los requisitos para alcanzar el reconocimiento de una prestación por maternidad⁴. Para centrar el tema, es aconsejable recordar el marco fáctico en el que se produjo la decisión del Tribunal Supremo: (a) la adoptante está en situación de alta en el Régimen General, con carencia suficiente para lucrar la prestación; (b) la adoptante solicita en Julio de 2006 el pago directo de la prestación de maternidad por adopción de la menor –nacida en 2001– e hija biológica de la que es su pareja estable desde 2004 –según acta notarial–; (c) en Junio de 2006 se acordó la adopción de la menor por parte de la actora –adoptante– en condición de madre y se cambian los apellidos de la menor; (d) el Instituto Nacional de la Seguridad Social deniega la solicitud de la adoptante por la adopción de la menor y desestima la reclamación administrativa previa; (e) interpuesta la correspondiente demanda, en Marzo de 2007 se dicta Sentencia por el Juzgado de lo Social número 8 de los de Barcelona en la que se estima la demanda promovida; (f) recurrida en suplicación la Sentencia anterior por el Instituto Nacional de la Seguridad Social, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña dictó Sentencia en Febrero de 2009 estimando el recurso y, por ende, revocando la Sentencia recurrida y desestimando la demanda de la actora; y (g) contra la Sentencia de suplicación se interpuso recurso de casación para la unificación de doctrina, que es resuelto por la resolución que se está comentando, tras comprobar la existencia de contradicción –artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral–.

2. Fijados los presupuestos de hecho sobre los que se dicta la Sentencia de unificación, el fundamento de la decisión se basa en una respuesta negativa al interrogante que se había planteado anteriormente, en otras palabras, resulta indiferente que se produzca una convivencia anterior entre la adoptante y la adoptada para tener derecho a la prestación de maternidad; y ello, bajo el argumento decisivo de que la adopción es el hecho causante para el nacimiento de la prestación de maternidad, con independencia de que haya habido o no una convivencia preexistente, cuando –además– no se ha previsto como causa de denegación en la legislación de la Seguridad Social. Y sin que a ello sea óbice el hecho de que la madre biológica de la adoptada hubiera disfrutado del permiso de maternidad anteriormente, pues se han producido situaciones sucesivas, que han generado el derecho al descanso por maternidad y a la prestación correspondiente, cuales son el parto –que generó el derecho en la madre biológica– y la adopción como madre de la hoy recurrente –que

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» [art. 45.1.d) del Estatuto de los Trabajadores].

4 En todo caso, las dudas que pudiesen surgir sobre las diversas hipótesis imaginables se plantearon ya con anterioridad en algún trabajo; por todos, véase TOROLLO GONZÁLEZ, F. J., «La nueva prestación asistencial de la Seguridad Social por nacimiento o adopción de hijo», en *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 74 (2008), págs. 129 a 152.

acarrea su derecho al descanso y prestación por maternidad-; situaciones ambas previstas y reguladas en el artículo 48.4 del Estatuto de los Trabajadores, donde no se dispone que el percibo de una excluya al de la otra.

De una manera más extensa, la doctrina jurisprudencial establecida parte de la normativa estatutaria y de la de Seguridad Social para advertir que la adoptante de la hija biológica de su pareja o cónyuge tiene derecho a las prestaciones de maternidad, siquiera hubiese habido convivencia con la menor con anterioridad a la adopción, puesto que esa regulación del derecho al descanso por maternidad –y percibo de la subsiguiente prestación en caso de adopción- establece unos requisitos que aquí se dan; a saber: 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 –dieciséis semanas- y la acreditación de las condiciones generales exigidas en el artículo 124.1 de la Ley General de la Seguridad Social⁵, 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. Circunstancias todas ellas concurrentes en el asunto tratado en la Sentencia del 15 de Septiembre de 2010. Porque, por un lado, 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; como tampoco lo hace entre los supuestos de denegación, anulación o suspensión de aquel derecho. Y por otra parte, «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» –Fundamento Jurídico Tercero, párrafo decimocuarto-.

3. Con todo, la doctrina fijada en esta Sentencia es –ya se adelantaba- novedosa en cuanto al supuesto tratado, dado que hasta este momento las reclamaciones producidas habían quedado decididas en Suplicación sin acceder a Unificación, aunque no lo es tanto en cuanto a la argumentación empleada, habida cuenta que es la consecuencia directa de la normativa que se ha venido citando. Es más –y ya no sólo en el particular dilucidado-, ha de ponerse de relieve que, de seguirse la tesis mantenida por la Entidad Gestora y la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia recurrida, esto es, la exclusión de la prestación de maternidad por adopción en los casos de convivencia previa entre adoptante y adoptado, en numerosos supuestos legalmente previstos no habría derecho al descanso por maternidad ni a la prestación correspondiente; entre otros, pueden citarse los regulados en el artículo

5 «Las personas incluidas en el campo de aplicación de este Régimen General causarán derecho a las prestaciones del mismo cuando, además de los particulares exigidos para la respectiva prestación, reúnan el requisito general de estar afiliadas y en alta en este Régimen o en situación asimilada al alta, al sobrevenir la contingencia o situación protegida, salvo disposición legal expresa en contrario» (art. 124.1 de la Ley General de la Seguridad Social).

176.2, números 1, 2 y 3 del Código Civil⁶ (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), ya que en ellos, habitualmente, habrá concurrido una convivencia previa de adoptante y adoptado, lo que –de seguir la tesis ahora desautorizada– conllevaría su descarte como situación protegida. En todo caso y como colofón, se puede recordar que el hecho causante de la adopción ha de situarse en la fecha de la resolución que reconoce a la madre adoptiva su condición de madre y no antes⁷, criterio que ya se había venido manteniendo desde hace tiempo e, incluso, en los supuestos de adopción constituida en el extranjero, dicho hecho causante se ha situado en su reconocimiento en España⁸; lo que combinado con la falta de una previsión expresa acerca de que una convivencia anterior entre adoptante y adoptada excluyese el derecho a la prestación –sumado a una interpretación restrictiva de las limitaciones de derechos⁹–, determina la conclusión recogida en la doctrina jurisprudencial ahora explicitada¹⁰.

6 «[...] No obstante, no se requiere propuesta cuando en el adoptando concurra alguna de las circunstancias siguientes: 1. Ser huérfano y pariente del adoptante en tercer grado por consanguinidad o afinidad. 2. Ser hijo del consorte del adoptante. 3. Llevar más de un año acogido legalmente bajo la medida de un acogimiento preadoptivo o haber estado bajo su tutela por el mismo tiempo...» (art. 176.2, núm. 1, 2 y 3 del Código Civil).

7 Véase la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de Mayo de 2003 –Recurso de Casación para la unificación de doctrina número 2497/02–.

8 Véase la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de Diciembre de 2002 –Recurso de Casación para la unificación de doctrina número 913/02–.

9 Puesto que la aplicación de una norma sancionadora ha de hacerse siempre con sentido restrictivo y, por contra, la de la más benigna debe aprovecharse al máximo, en aplicación del principio general del derecho reconocido por nuestra jurisprudencia de «odia restringi, et favores convenit ampliari» [cfr. Sentencia del Tribunal Supremo 18 de Junio de 1982 –Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi 4042–].

10 Sobre el particular, pueden consultarse FERNÁNDEZ PRIETO, M., «Adopción del hijo biológico del cónyuge o pareja de hecho: ¿derecho a una prestación por maternidad?», en *Revista de Derecho Social*, núm. 52 (2010), págs. 169 a 185; y GÓMEZ GORDILLO, R., «Convivencia previa y derecho de los progenitores a la prestación de maternidad por adopción», en *Aranzadi Social*, núm. 21 (2011) págs. 57 a 65.