



Roj: **STSJ M 14373/2020 - ECLI:ES:TSJM:2020:14373**

Id Cendoj: **28079340012020101168**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **11/12/2020**

Nº de Recurso: **300/2020**

Nº de Resolución: **1158/2020**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **IGNACIO MORENO GONZALEZ-ALLER**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

### **Tribunal Superior de Justicia de Madrid - Sección nº 01 de lo Social**

Domicilio: C/ General Martínez Campos, 27 , Planta Baja - 28010

Teléfono: 914931977

Fax: 914931956

34001360

**NIG:** 28.079.00.4-2019/0048124

**Recurso número:** 300/2020

**Sentencia número:** 1158/2020

**CE**

Ilmo. Sr. D. JUAN MIGUEL TORRES ANDRÉS

Ilmo. Sr. D. ISIDRO MARIANO SAIZ DE MARCO

Ilmo. Sr. D. *IGNACIO MORENO GONZÁLEZ-ALLER*

En la Villa de Madrid, a ONCE DE DICIEMBRE DOS MIL VEINTE, habiendo visto en recurso de suplicación los presentes autos la Sección Primera de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, compuesta por los Ilmos. Sres. citados, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución española de 27 de diciembre de 1.978,

**EN NOMBRE DE S.M. EL REY**

**Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE**

**EL PUEBLO ESPAÑOL**

ha dictado la siguiente

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

En el recurso de suplicación número 300/2020, formalizado por el Sr/a. Letrado/a D. LUIS DEL VADO GARCIA, en nombre y representación de Dña. Zaira contra la sentencia de fecha once de diciembre de dos mil diecinueve, dictada por el Juzgado de lo Social número 36 de MADRID, en sus autos número 1028/2019, seguidos a instancia de la recurrente contra INSTITUTO NACIONAL DE SEGURIDAD SOCIAL sobre Materias Seguridad Social, siendo Magistrado-Ponente el Ilmo. Sr. D. IGNACIO MORENO GONZÁLEZ-ALLER, y deduciéndose de las actuaciones habidas los siguientes

**ANTECEDENTES DE HECHO**



**PRIMERO:** Según consta en los autos, se presentó demanda por la citada parte actora contra la mencionada parte demandada, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, tras los pertinentes actos procesales de tramitación y previa celebración de los oportunos actos de juicio oral, en el que quedaron definitivamente configuradas las respectivas posiciones de las partes, dictó la sentencia referenciada anteriormente.

**SEGUNDO:** En dicha sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos probados:

**PRIMERO.-** La actora D<sup>a</sup> Zaira con NIE NUM000, Profesora de alemán, viene desarrollando la actividad como autónoma desde 10/2009 hasta 07/2012 y desde 09/2012 hasta 07/2017.

**SEGUNDO.-** Que se dio de baja en julio/2017 porque se fue a vivir con su familia a Inglaterra por motivos laborales de su marido y en principio por 1 año. Finalmente, la vuelta a España se adelantó a abril/2018 y el 08/05/2018 se dio de alta nuevamente en el RETA, para trabajar como profesora de alemán.

**TERCERO.-** Con fecha 12.06.2018 se produjo el parto que dio inicio a la percepción de la prestación de **maternidad**, con efectos económicos hasta el 01.10.2018.

**CUARTO.-** La actora carece de facturación correspondiente al ejercicio 2018.

**QUINTO.-** Se da por reproducida el acta de infracción de fecha 13.12.2018 de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, al obrar a los folios 11 a 14 de autos.

**SEXTO.-** En fecha 12/06/2018 fue concedida a la actora la prestación por subsidio de **maternidad** desde dicha fecha hasta 22 de agosto de 2018, percibiendo un importe de 2.216,98 euros.

**SÉPTIMO.-** Que mediante resolución, que se da por reproducida al obrar a los folios 22 y 23 de autos, la Dirección Provincial del INSS de Madrid ha resultado sancionar a la actora, con "Perdida durante un período de 6 meses de la prestación o subsidio por incapacidad temporal y **maternidad** desde el 12/06/2018 y reintegro de cantidades indebidamente percibidas, por supuesta actuación fraudulenta para su consecución de acuerdo al contenido de dicha resolución".

**OCTAVO.-** Se ha agotado la vía administrativa previa.

**TERCERO:** En dicha sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva:

"Que desestimando la demanda formulada por D<sup>a</sup> Zaira en materia de prestación por subsidio de **maternidad** contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social DEBO DE ABSOLVER Y ABSUELVO al referido demandado de los pedimentos en su contra deducidos".

**CUARTO:** Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por la parte demandante, formalizándolo posteriormente; tal recurso no fue objeto de impugnación por la contraparte.

**QUINTO:** Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, en unión de la pieza separada de recurso de suplicación, a esta Sala de lo Social de Madrid, tuvieron los mismos entrada en esta Sección Primera en fecha 13 de marzo de 2020 dictándose la correspondiente y subsiguiente providencia para su tramitación en forma.

**SEXTO:** Nombrado Magistrado-Ponente, se dispuso el pase de autos al mismo para su conocimiento y estudio en 25 de noviembre de 2020, señalándose el día 9 de diciembre de 2020 para los actos de votación y fallo.

**SÉPTIMO:** En la tramitación del presente recurso de suplicación no se ha producido ninguna incidencia.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Se alza en suplicación la parte actora contra sentencia que desestimó la demanda rectora de autos, tendente a dejar sin efecto la resolución del INSS que la sancionó con pérdida durante un período de 6 meses de la prestación o subsidio por incapacidad temporal y **maternidad** desde el 12/06/2018 y reintegro de cantidades indebidamente percibidas, por supuesta actuación fraudulenta para su consecución de acuerdo al contenido de dicha resolución.

**SEGUNDO.-** El primer motivo, al amparo del apartado b) del art. 193 LRJS, muestra sus disconformidad, y por las razones que expone, con los hechos probados quinto y séptimo, dado y a su juicio, lo que aquí resumimos, se le crea indefensión por dar por acreditada un acta como el de la Inspección de Trabajo fundada en meros indicios que nada prueba, conformada por datos subjetivos y no objetivos, habiendo sido ignorada, en su opinión, la documental por ella aportada, discriminándosela por su condición de mujer embarazada, sin que existan periodos de bajas injustificadas ni impago de cotizaciones, actuando de buena fe y no fraudulentamente.



**TERCERO.**- El recurso de suplicación, como segundo motivo, puede tener como objeto el revisar los hechos declarados probados, a la vista de las pruebas documentales y periciales practicadas [art. 193.b) LJS]. A esto quiere aludirse cuando se afirma que la Ley contempla el recurso como remedio del error de hecho albergado en la resolución que se ataca.

La impugnación de los hechos declarados como probados (que pueden estar indebidamente recogidos en la parte de fundamentación jurídica) por el Juez de lo Social no puede llevarse a cabo genéricamente, en función de la discrepancia con ellos, sino que ha de tomar necesario apoyo en una de las dos modalidades probatorias referidas en el apartado b) del art. 193 LRJS (documental o pericial) si se hubieren practicado en el juicio. Desde luego, el carácter extraordinario del recurso lleva a descartar toda práctica de prueba y elaboración del relato fáctico por parte del Tribunal Superior, así como a proscribir (salvo supuestos excepcionales) la valoración conjunta de la prueba, competencia del juzgador de instancia. Lo único que existe es la posibilidad de que los afectados interesen la reconsideración del factum fijado en instancia, si es que pueden fundar su deseo del modo aludido.

Teniendo en cuenta que la reconsideración del material probatorio únicamente procede con fundamento en las dos modalidades de prueba señaladas, y en la medida en que se encuentran incorporadas a los autos, el escrito mediante el que se interponga el recurso de suplicación habrá de reseñar también (*"de manera suficiente para que sean identificados"*) sus concretos basamentos (*"los documentos y pericias en que se base"*), tal y como dispone la LRJS, sin que pueda bastar al efecto con una genérica remisión a las pruebas obrantes en autos. No es difícil percatarse de la importancia que este extremo posea, sobre todo si se tiene presente la prohibición de aportar nuevos documentos, realizar alegaciones o solicitar la práctica de pruebas complementarias.

Múltiples sentencias de suplicación exigen que el recurrente indique con exactitud cómo habrán de redactarse los hechos declarados probados (un texto alternativo) y advierten que la rectificación sólo cabe cuando el error del Juez de instancia se manifieste de manera clara, evidente y directa, sin necesidad de acudir a silogismos deductivos, conjeturas, operaciones aritméticas, suposiciones o interpretaciones.

Como viene poniendo de relieve la doctrina de esta Sección de Sala en relación con la modificación de hechos probados (así, y por todas, su sentencia de 3 de octubre de 2014, rec. 61/2014):

*" (...) el recurso de suplicación se configura como de naturaleza extraordinaria, casi casacional, de objeto limitado, [base trigésimo tercera de la Ley 7/1989] en el que el tribunal "ad quem" no puede valorar "ex novo" toda la prueba practicada ni revisar el Derecho aplicable, sino que debe limitarse a las concretas cuestiones planteadas por las partes, [ SSTC 18/1993 y 294 /1993 ], lo que no obsta a reconocer se haya evolucionado hacia la consideración de oficio de determinados temas como son la insuficiencia de hechos probados y los defectos procesales, procedente contra las resoluciones y por las causas o motivos limitativamente tasados o seleccionados por el legislador. De donde se sigue que, a diferencia de lo que ocurre en la apelación civil, recurso este de carácter ordinario, no existe en el proceso laboral una doble instancia que permita traer la cuestión objeto de la resolución impugnada al pleno conocimiento de un órgano superior, sino que el sistema de recursos viene inspirado, según el legislador, por el principio de doble grado jurisdiccional, [base trigésimo primera de la Ley 7/1989].*

*Los Juzgados de lo Social vienen diseñados como órganos de acceso a la prestación jurisdiccional en primera y única instancia, no habiéndose incorporado al orden jurisdiccional laboral la figura de la apelación. Las sentencias de esos órganos unipersonales podrán ser recurribles en suplicación ante los Tribunales Superiores de Justicia y sólo ante ellos, con lo que se cumple, y en términos rigurosos, la previsión constitucional de culminar la organización judicial en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma. [ Artículo 152.1, párrafo 3º, CE y punto III exposición de motivos Ley 7/198].*

*Solamente se puede pedir la revisión de los hechos probados a la vista de las pruebas documentales y periciales practicadas, conforme determina el art. 193 b) LRJS .*

*Es necesario, atendiendo a reiterada doctrina judicial para que pueda operar la revisión de los hechos declarados probados propuesta por las partes que concurran los siguientes requisitos [ STSJ Madrid 17 ene.02 ]:*

*A) Ha de devenir trascendente a efectos de la solución del litigio, con propuesta de texto alternativo o nueva redacción que al hecho probado tildado de erróneo pudiera corresponder y basada en documento auténtico o prueba pericial que, debidamente identificado y obrante en autos, patentice, de manera clara, evidente y directa, de forma contundente e incuestionable, sin necesidad de acudir a hipótesis, conjeturas, suposiciones o argumentaciones más o menos lógicas, naturales o razonables, el error en que hubiera podido incurrir el juzgador, cuya facultad de apreciación conjunta y según las reglas de la sana crítica, ( artículo 97.2 LPL ) no puede verse afectada por valoraciones o conclusiones distintas efectuadas por parte interesada. Es al Juez de instancia, cuyo conocimiento directo del asunto garantiza el principio de inmediación del proceso laboral, a quien corresponde apreciar los elementos de convicción -concepto más amplio que el de medios de prueba- para establecer la*



verdad procesal intentando su máxima aproximación a la verdad real, valorando, en conciencia y según las reglas de la sana crítica, la prueba práctica.

B) La revisión pretendida sólo puede basarse en las pruebas documentales o periciales sin que sea admisible su invocación genérica, y sin que las declaraciones de las partes o de testigos sea hábiles para alcanzar la revisión fáctica en el extraordinario recurso de suplicación.

C) El Juzgador ha de abstenerse de consignar en la relación de hechos probados cualquier anticipación de conceptos de derecho, que tienen su lugar reservado en la fundamentación jurídica.

D) La alegación de carencia de elementos probatorios eficaces, denominada por la doctrina "obstrucción negativa", resulta completamente inoperante para la revisión de los hechos probados en suplicación ante la facultad otorgada al Magistrado de apreciar los elementos de convicción.

E) La revisión pretendida debe ser trascendente para el sentido del fallo, esto es, influir en la variación de la parte dispositiva de la sentencia, y no puede fundarse en hechos nuevos no tratados ante el Juzgado de lo Social. Excepcionalmente debe tenerse en cuenta la posibilidad de aportar documentos nuevos, después de la celebración del juicio en la instancia, en el caso del artículo 231 LPL en relación al 270 LEC .

(...) De los términos de la redacción fáctica solicitada ha de quedar excluido:

a) Todo lo que no sea un dato en sí, como los preceptos de normas reglamentarias de carácter interno o del convenio colectivo aplicable, y, en definitiva cualquier concepto jurídico.

b) Los hechos notorios y los conformes.

c) Los juicios de valor predeterminantes del fallo, cuya sede ha de corresponderse con la motivación o fundamentación jurídica del recurso.

d) Las hipótesis, conjeturas o elucubraciones, pues lo no acontecido, por posible, probable o incluso seguro que pudiera resultar llegar a ser, de darse las condiciones correspondientes, no ha llegado a ser, y debe quedar fuera de esa relación.

e) Los hechos negativos cuando equivalen a no acaecidos".

**CUARTO.**- Así pues, a diferencia de lo que ocurre en la apelación civil, recurso este de carácter ordinario, no existe en el proceso laboral una doble instancia que permita traer la cuestión objeto de la resolución impugnada al pleno conocimiento de un órgano superior, sino que el sistema de recursos viene inspirado, según el legislador, por el principio de doble grado jurisdiccional, [base trigésimo primera de la Ley 7/1989] lo que, por otra parte, es plenamente acorde con el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 CE puesto que, la doble instancia, salvo en el orden penal, no forma parte necesariamente del contenido del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, por lo que el legislador es libre a la hora de establecer y configurar los sistemas de recursos que estime oportunos y determinar los supuestos en que cada uno de ellos procede y los requisitos que han de cumplirse en su formalización [ SS.TC 51/1982, 3/1983, 14/1983, 123/1983, 57/1985, 160/1993, entre muchas otras].

El recurso de suplicación no es por ello una segunda instancia sino un recurso extraordinario de " *cognitio limitada*", lo que se manifiesta especialmente en materia probatoria pues sólo puede combatirse el relato fáctico de la sentencia " *a la vista de las pruebas documentales y periciales practicadas*" ( art. 193 b) de la citada Ley) lo que significa la indicación de una prueba documental indubitada o de una pericial objetiva y convincente que por sí misma, sin necesidad de hipótesis o conjeturas -ya que la prueba indiciaria no está citada en el precepto- y sin estar contradichos por otros medios probatorios -ya que el 193 b) de la L.R.J.S., veda la técnica de apreciación global o conjunta- evidencien el error del juzgador.

No puede pretender pues el recurrente mostrar su disconformidad o pedir la supresión de un hecho probado por entenderlo huérfano de prueba -pues eso presupone la facultad de examinarla toda, lo que incluye los elementos de convicción formados en la propia inmediatividad del juicio oral, lo que no es posible- debe indicar el sentido de la corrección de modo individualizado -pues no es el Tribunal sino la parte la que recurre- y ésta debe tener transcendencia jurídica, aunque sea extraprocesal, pues de lo contrario no se tutelaría ningún "interés" con el recurso.

La Ley encomienda la fijación de los hechos probados al Juez "a quo" ( art. 97.2 L.R.J.S.) en coherencia con la circunstancia de que ante él se practican las pruebas y que en él se residen las competencias para indagar la verdad material sin sujeción o con sujeción relativa a la actividad de las partes ( art. 88, 92.1, 93.2, 95, etc. LRJS).



En suma, en el caso presente no se dan cita los presupuestos antes aludidos para poder revisar los hechos probados, por lo que el motivo primero declina en lo que a la revisión fáctica se refiere, dejando para más adelante la respuesta a su alegato de que no ha actuado de mala fe y de que no existen indicios del fraude.

**QUINTO.-** El segundo motivo, al amparo del apartado c) del art. 193 LRJS, denuncia infracción del art. 24 CE y normativa concordante dado, y a su juicio, la sentencia de instancia carece de motivación y es arbitraria, teniendo derecho a la prestación.

Ciertamente la motivación de las resoluciones judiciales no sólo viene impuesta por el art. 120.3 CE, sino que es una exigencia derivada del art. 24.1 CE que tiene el fin de que se puedan conocer las razones de la decisión que aquéllas contienen, posibilitando su control mediante el sistema de los recursos, a la par que está directamente relacionada con los principios de un Estado de Derecho [ art. 1.1 CE] y con el carácter vinculante que para Jueces y Magistrados tiene la Ley, y que en todo caso es garantía de que la decisión no sea consecuencia de una aplicación arbitraria de la legalidad, no resulte manifiestamente irrazonada o irrazonable o incurra en un error patente, ya que en tal caso la aplicación de la legalidad sería tan sólo una mera apariencia (sobre tales extremos, SSTC 24/1990, de 15/Febrero, FJ 4; 3/2011, de 14/Febrero, FJ 3; y 183/2011, de 21/Noviembre, FJ 5. SSTS 18/11/10 -rco 48/10 -; 23/11/12 -rco 104/11 -; y 21/10/13 -rco 104/10-).

Pero la exigencia se cumple cuando, como en autos, se expresan los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión, poniendo así de manifiesto la ratio decidendi del fallo judicial y permitiendo conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales determinantes de la decisión jurisdiccional ( SSTC 196/1988, de 24/Octubre, F. 2; 172/2004, de 18/Octubre, FJ 3; y 247/2006, de 24/Julio). En igual sentido, SSTS 11/07/07 -rco 94/06 -; 18/11/10 -rco 48/10 -; y 23/11/12 -rco 104/11-). En todo caso, es consolidada doctrina -constitucional y ordinaria- que resulta indiferente la extensión de la motivación, pues el deber de motivación " *no autoriza a exigir un razonamiento judicial exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas que las partes puedan tener de la cuestión que se decide, sino que deben considerarse suficientemente motivadas aquellas resoluciones judiciales que vengan apoyadas en razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión*" ( SSTC 14/1991, de 28/Enero; 66/1996, de 16/Abril, FJ 5; 115/1996, de 25/Junio, FJ 2; 184/1998, de 28/Septiembre, FJ 2. Y STS 21/10/13 -rco 104/12), de manera que la motivación no está necesariamente reñida con el laconismo y la economía de los razonamientos, sin que sea necesaria la exhaustiva descripción del proceso intelectual ni la pormenorizada respuesta a las alegaciones de las partes, porque no obliga al " paralelismo servil del razonamiento que sirve de fundamento a la resolución judicial con el esquema discursivo de los escritos forenses donde se contienen las alegaciones de los litigantes" (sobre todo ello, SSTC 36/1989, de 14/Febrero, FJ 4; 160/2009, de 29/Junio, FJ 6; y 3/2011, de 14/Febrero, FJ 3. SSTS 30/09/03 -rco 88/02-, 16/12/09 - rco 7209-; 15/07/10 -rco 219/09; y 21/10/13, -rco 104/12-).

Si bien el artículo 97.2 de la LRJS determina que la sentencia, dentro de los fundamentos de derecho, ha de hacer referencia a los razonamientos que han llevado al Juez a declarar los hechos que estime probados, la omisión de ese razonamiento no supone inercial o mecánicamente indefensión para las partes, al punto de que se deban anular las actuaciones, ya que, para revisar los hechos que se declaren probados, han de apoyarse, conforme a lo prevenido por el apartado b) del artículo 193 LRJS, en las pruebas documentales o periciales practicadas, las cuales han de figurar en los autos; y si están en ellos no resulta imprescindible se mencionen o no en los hechos o fundamentos de derecho. Consecuentemente, si bien lo más correcto y ajustado a Derecho será que los Jueces de lo Social (y los órganos colegiados cuando conozcan en instancia) hagan referencia explícita en los fundamentos de sus sentencias a las pruebas de que se han servido para redactar los hechos probados, su omisión no ha de llevar inevitablemente a la nulidad de la sentencia en suplicación o casación, pues la nulidad es un remedio último y excepcional por la conmoción procedimental que representa. En definitiva, lo determinante es si, omitida toda explicación sobre la obtención de los hechos que se declaran probados, el examen de los autos permite advertir con facilidad cuál es el medio de convicción en que se ha basado el Juez para declarar probado un determinado extremo recogido en su relato de hechos probados, o si la omisión atañe a un hecho que no se revela capital para dirimir la suerte del litigio, en lectura coherente con el principio de celeridad que informa el proceso laboral ( art. 74-1 LRJS).

**SEXTO.-** En el caso enjuiciado ha resultado acreditado que la actora es Profesora de alemán, viniendo desarrollando la actividad como autónoma desde 10/2009 hasta 07/2012 y desde 09/2012 hasta 07/2017. Se dio de baja en el RETA en julio/2017 por una razón justificada, pues se fue a vivir con su familia a Inglaterra por motivos laborales de su marido y en principio por 1 año. Finalmente, la vuelta a España se adelantó a abril/2018 y el 08/05/2018 se dio de alta nuevamente en el RETA, para trabajar como profesora de alemán. Con fecha 12.06.2018 se produjo el parto que dio inicio a la percepción de la prestación de **maternidad**, con efectos económicos hasta el 01.10.2018. La actora carece de facturación correspondiente al ejercicio 2018.

**SEPTIMO.-** A juicio y criterio de la Juez de instancia:



"Para resolver la cuestión litigiosa suscitada, debe tenerse en cuenta que, tanto el acta de infracción de la inspección de Trabajo, que obra a los folios 11 a 14 de autos como la propia resolución del ente gestor, folios 22 y 23 de autos, que se remite a la actuación inspectora de la Inspección de Trabajo, recogen unos hechos pormenorizados que han motivado, en aplicación de los preceptos que expresamente señala la resolución, la imposición de la sanción por la comisión de falta muy grave, lo que impide estimar la falta de motivación aducida en demanda. Motivación que además es reiterada por el ente gestor en la vista oral, practicando la accionante la prueba pertinente a sus intereses, con las alegaciones al respecto efectuadas en dicho acto.

Considera el ente gestor que la actora ha actuado en fraude de ley, procediéndose a dar de alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos en mayo de 2018, un mes antes del parto, que acaeció el 12.06.2018, con la finalidad de percibir la prestación de **maternidad**, pese a que desde julio de 2017 había causado baja en el RETA al haberse marchado de España con su familia, no habiendo mantenido actividad económica alguna durante el ejercicio 2018.

Conforme detalla el acta de infracción de la Inspección de Trabajo, que cuenta con la presunción de certeza, folios 11 a 14 de autos, la actora no ha facturado a lo largo del 2018, cuando en los ejercicios 2016 y 2017 contaba con facturas detalladas.

La prestación de **maternidad**, cuyo percibo no exige carencia previa, en virtud del incremento que conlleva de costes prestacionales al Sistema de Seguridad Social, precisa del cumplimiento estricto de los requisitos para acceder al sistema y no ampara situaciones en las que con fraude de ley se pretenda cumplir la finalidad de acceder a dicha prestación.

En el caso de autos, la actora se dio de baja en el RETA en julio de 2017 por marcharse con su familia a Inglaterra y un mes antes del parto se da de alta en el RETA sin acreditar actividad económica alguna, manifestando al inspector de trabajo actuante que no encontró clientes, es por tanto que carecía de causa para el alta y la aplicación del artículo 6.4 del Código Civil impide estimar lo peticionado".

**OCTAVO.**- Si bien la sentencia recurrida está motivada acompaña la razón a la recurrente de que no existe un panorama indiciario, consistente, sólido y vehemente de que concurra fraude de ley en su comportamiento obteniendo indebidamente mediante simulación una situación de alta en el RETA que le permitiera luego acceder a las prestaciones por falta de actividad a la que hace méritos el acta de infracción.

El fraude no se presume, sino que ha de ser patente y claro en la decidida intención de burlar el ordenamiento jurídico.

Se comete un fraude de ley cuando se realiza un acto jurídico amparándose en una ley de cobertura con la intención de alcanzar objetivos impropios de esa norma y, además, contrarios a otra ley o al ordenamiento jurídico. Es decir, se utiliza una ley de cobertura para ocultar la ley defraudada. Además, el acto fraudulento debe buscar un fin condenado por otra norma del ordenamiento. Esta figura jurídica aparece regulada en el artículo 6.4 del Código Civil a cuyo tenor:

" Los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir".

La actora, después de haber cotizado caso nueve años al RETA ejerciendo como profesora de alemán se da de baja en julio de 2017 en el sistema por un motivo debidamente justificado, de carácter familiar, al acompañar a su marido a Inglaterra por motivos laborales , y también por un motivo justificado regresa a España en abril de 2018; el 8-5-18 se da de alta nuevamente en el RETA y el 12-6-18 da a luz solicitando la prestación de **maternidad** que le fue reconocida hasta el 22 de agosto de 2018 y posteriormente revocada.

La falta de facturación en 2018 está justificada por encontrarse en Inglaterra acompañando a su marido y por el propio hecho de la **maternidad** y necesidad de atender y cuidar a su hijo coincidente con esa anualidad, sin que la Sala atisbe, como ya se adelantó, un panorama mínimamente consistente para revocar la prestación de **maternidad**, al no existir fraude de ley.

**NOVENO.**- La interpretación de la sentencia de instancia no es complaciente, a nuestro modo de ver, al examinar las circunstancias del caso y los derechos e intereses en juego, con la dimensión constitucional de la conciliación de la vida laboral y familiar y la perspectiva de **género**, y de alguna manera penaliza el hecho de la **maternidad**.

Al efecto recordar la STC 26/11 cuyos principios se corresponden con los que inspiran el real decreto Ley 6/2019:



"Conforme ya indicamos, la dimensión constitucional de las medidas normativas tendentes a facilitar la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, tanto desde la perspectiva del derecho a la no discriminación por razón de las circunstancias personales ( art. 14 CE ) como desde la perspectiva del mandato de protección a la familia y a la infancia ( art. 39 CE ), debe prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa que pueda suscitarse ante la aplicación a un supuesto concreto de una disposición que afecte a la conciliación profesional y familiar".

**DÉCIMO.**- Tal como señaló esta Sección Primera en su sentencia de 5 de diciembre de 2019, nº 1200/2019, Rec. 584/2019:

"El análisis de la problemática que aquí nos ocupa no debe ceñirse exclusivamente a las cuestiones de mera legalidad ordinaria sino que entra de lleno en la vertiente constitucional, habida cuenta de que las responsabilidades familiares suponen un factor de discriminación o trato desigual en el acceso y promoción profesional en el trabajo. Ha existido tradicionalmente, producto de pautas culturales, hábitos, inercias y estereotipos, una asignación desigual de responsabilidades y roles sociales entre mujeres y hombres. Para lograr romper con esta inercia el art. 42 LOIMH traza como uno de los objetivos prioritarios de la política de empleo aumentar la participación de la mano de obra femenina en el mercado de trabajo, potenciando su nivel formativo y su adaptabilidad a los requerimientos del mercado.

En este injusto y desigual escenario tradicional de asignación de roles entre hombres y mujeres éstas son las que han llevado la peor parte al encontrarse esclavizadas por la doble jornada, la de la empresa y la del hogar, pues son las féminas las que en la mayoría de los casos concilian el trabajo con la asunción de las responsabilidades familiares. La mujer es objeto de una doble discriminación: por su condición femenina y por su posición en la familia, lo cual supone una competencia desigual entre hombres y féminas en el acceso al mercado de trabajo y en la promoción dentro del mismo. La doble jornada a que frecuentemente viene abocada la mujer, con una vida desgarrada, descompensada y compulsiva, es el escenario propicio para la violencia de **género** y, por ello, la erradicación de esta lastimosa realidad habrá de afrontarse no solamente en el ámbito privado sino también mediante mecanismos de intervención pública, creando una corriente de opinión favorable a la solución de estos problemas. Por otra parte, de nada sirve innovar legislativamente si la propia sociedad no cambia sus pautas de comportamiento, concienciándose, aún más, de que a los padres corresponde asumir, al menos, el mismo grado de compromiso y dedicación en la realización de las tareas domésticas y atención a los hijos que a las mujeres. Es necesario, pues, armonizar la condición de progenitor con la de trabajador bajo una óptica de paridad".

**UNDÉCIMO.**- En fin, que como el legislador puso de relieve en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres:

"El pleno reconocimiento de la igualdad formal ante la ley, aun habiendo comportado, sin duda, un paso decisivo, ha resultado ser insuficiente. La violencia de **género**, la discriminación salarial, la discriminación en las pensiones de viudedad, el mayor desempleo femenino, la todavía escasa presencia de las mujeres en puestos de responsabilidad política, social, cultural y económica, o los problemas de conciliación entre la vida personal, laboral y familiar muestran cómo la igualdad plena, efectiva, entre mujeres y hombres, aquella "perfecta igualdad que no admitiera poder ni privilegio para unos ni incapacidad para otros", en palabras escritas por John Stuart Mill hace casi 140 años, es todavía hoy una tarea pendiente que precisa de nuevos instrumentos jurídicos.

Resulta necesaria, en efecto, una acción normativa dirigida a combatir todas las manifestaciones aún subsistentes de discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo y a promover la igualdad real entre mujeres y hombres, con remoción de los obstáculos y estereotipos sociales que impiden alcanzarla. Esta exigencia se deriva de nuestro ordenamiento constitucional e integra un genuino derecho de las mujeres, pero es a la vez un elemento de enriquecimiento de la propia sociedad española, que contribuirá al desarrollo económico y al aumento del empleo".

**DUODÉCIMO.**- La idea de la perspectiva de **género** es sin duda relevante cuando se trata de enjuiciar la ponderación de los intereses en juego en la temática de la conciliación de la vida laboral y familiar por razones de la **maternidad** y guarda legal.

La atención al cuidado de familiares sigue siendo un rol atribuido principalmente a las mujeres, y ello provoca una discriminación directa e indirecta para las trabajadoras, cuyas mayores consecuencias son la brecha salarial y la imposibilidad de desarrollar una carrera profesional en igualdad de condiciones que los trabajadores: mayor concentración de contratos a tiempo parcial y jornadas reducidas, segregación ocupacional tanto horizontal como vertical, y en consecuencia, la desigual presencia de empleo femenino en la jerarquía empresarial o en puestos directivos por las dificultades de promoción en el puesto de trabajo.

En la medida que la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombre, no ha conseguido hacer realidad todos sus objetivos el Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas



urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación persigue llevar a cabo "sin complejos" una serie de medidas a favor de las mujeres ante la patente desigualdad de hecho respecto de los hombres, y no sólo desde el punto de vista del reparto equilibrado de responsabilidades, sino también para consolidar los vínculos afectivos alcanzando un mayor perfeccionamiento de la vida familiar y laboral en un contexto generalizado de envejecimiento de la población y caída de la natalidad.

En méritos de lo razonado procede estimar el recurso y revocar la sentencia de instancia.

Sin costas ( art. 235 LRJS).

## FALLAMOS

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto por Doña Zaira contra sentencia del Juzgado de lo Social nº 36 de los de Madrid de 11 de diciembre de 2019, en sus autos nº 1028/2019, en virtud de demanda deducida por la recurrente contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, y con revocación de la sentencia recurrida declaramos la nulidad de la resolución del INSS referenciada en el hecho probado séptimo, reponiendo a la actora en su derecho a la prestación de **maternidad** en su día reconocida y dejando sin efecto la obligación de reintegro por cantidades indebidamente percibidas, condenando al INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL a estar y pasar por ello.

Sin costas

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 a la pieza separada o rollo de suplicación, que se archivará en este Tribunal, y a los autos principales.

Notifíquese la presente sentencia a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

Hágaseles saber a los antedichos, sirviendo para ello esta misma orden, que contra la presente sentencia pueden, si a su derecho conviene, interponer recurso de casación para la unificación de la doctrina, que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala de lo Social de Madrid dentro del improrrogable plazo de los diez días laborales inmediatos siguientes a la fecha de notificación de esta sentencia de acuerdo con lo establecido, más en concreto, en los artículos 220, 221 y 230 de la LRJS.

Asimismo se hace expresa advertencia a todo posible recurrente en casación para unificación de esta sentencia que no goce de la condición de trabajador o de causahabiente suyo o de beneficiario del Régimen Público de la Seguridad Social o del beneficio reconocido de justicia gratuita, deberá acreditarse ante esta Sala al tiempo de preparar el recurso el ingreso en metálico del depósito de 600 euros conforme al art. 229.1 b) de la LRJS y la consignación del importe de la condena cuando proceda, presentando resguardos acreditativos de haber efectuado ambos ingresos, separadamente, en la cuenta corriente número 2826000000 nº recurso que esta Sección Primera tiene abierta en el Banco de Santander, sita en el Paseo del General Martínez Campos 35, Madrid.

Se puede realizar el ingreso por transferencia bancaria desde una cuenta corriente abierta en cualquier entidad bancaria distinta de Banco de Santander. Para ello ha de seguir todos los pasos siguientes:

Emitir la transferencia a la cuenta bancaria siguiente: IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274. 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. En el campo beneficiario, se identificará al juzgado o tribunal que ordena el ingreso. En el campo "observaciones o concepto de la transferencia", se consignarán los 16 dígitos que corresponden al procedimiento número 2826000000030020

Pudiéndose, en su caso, sustituir dicha consignación en metálico por el aseguramiento de dicha condena mediante el correspondiente aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por la entidad de crédito.

Cuando en la sentencia se reconozca al beneficiario el derecho a percibir prestaciones, el condenado al pago de la misma deberá ingresar en la Tesorería General de la Seguridad Social el capital-coste de la pensión o el importe de la prestación a la que haya sido condenado en el fallo, una vez se determine por ésta su importe, lo que se le comunicará por esta Sala ( art. 230/2 de la LRJS).

Una vez adquiera firmeza la presente sentencia, devuélvanse los autos originales, para su debida ejecución, 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.