



Roj: **STS 708/2015 - ECLI:ES:TS:2015:708**

Id Cendoj: **28079140012015100054**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **10/02/2015**

Nº de Recurso: **25/2014**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **MANUEL RAMON ALARCON CARACUEL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ CL 4596/2013,**
STS 708/2015

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diez de Febrero de dos mil quince.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala, en virtud del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Letrado D. Carlos Huerres García en nombre y representación de D^a María Cristina , contra la sentencia dictada el 30 de octubre de 2013 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, sede de Valladolid, en el recurso de suplicación núm. 1633/13 , que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3 de León, de fecha 29 de mayo de 2013 , recaída en autos núm. 152/12, seguidos a instancia de D^a María Cristina , contra INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, sobre MATERNIDAD.

Ha comparecido en concepto de recurrido la Letrada de la Administración de la Seguridad Social actuando en nombre y representación del INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Manuel Ramon Alarcon Caracuel,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 29 de mayo de 2013 el Juzgado de lo Social nº 3 de León dictó sentencia , en la que se declararon probados los siguientes hechos:

" **1º** .- La demandante, María Cristina , DNI nº NUM000 , nacida el NUM001 de 1975, se encuentra afiliada al Régimen Especial de Trabajadores Autónomos de la Seguridad Social con el nº NUM002 .

2º .- El día 23.07.10, mientras prestaba servicios laborales como jefe de zona para la empresa Laboratorios Gelos, S.L., en RGSS, la actora pasó a excedencia voluntaria por cuidado de su quinto hijo, Nemesio .

3º .- En dicha situación con fecha 1 de septiembre de 2010, y ante las características, ubicación, horario, etc. que permitían el fin esencial de conciliar el cuidado del menor, la accionante causó alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos.

4º .- Con fecha NUM003 de 2011 nace el sexto hijo de la actora, Alexis , solicitando por ello y ante el disfrute de descanso maternal, las prestaciones de maternidad, tanto en el Régimen General de la Seguridad Social como en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos.

5º .- Con fecha 20 de septiembre de 2011 el Ente Gestor demandado dicta Resolución por la que se reconoce la prestación de maternidad en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos. Sin embargo, y relativa a la solicitud de dicha prestación (maternidad) en el Régimen General de la Seguridad Social, el Instituto demandado dicta Resolución, (sin datar pero con registro de salida 09.11.11) denegándola.



6º.- La base reguladora de la prestación es de 90,16 €/día, su duración de 16 semanas y la fecha de inicio 13.08.11.

7º.- Habiéndose formulado reclamación administrativa previa a la vía jurisdiccional social, que fue desestimada mediante resolución de 14 de diciembre de 2011, la demanda se interpuso el día 26 de enero siguiente.

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva: "Estimo en parte y como la demanda formulada por María Cristina contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social, declaro el derecho de la actora a la prestación de maternidad por el nacimiento de su sexto hijo, con derecho a percibir una prestación económica equivalente al 100% de una base reguladora de 90,16 €/día, pagadera por una duración de dieciséis semanas y con efectos económicos al NUM003 de 2011 (fecha de nacimiento e inicio del descanso maternal) y, en consecuencia, condeno a los demandados a estar y pasar por la precedente declaración y al abono del subsidio o prestación económica resultante".

SEGUNDO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, sede de Valladolid, la cual dictó sentencia en fecha 30 de octubre de 2013, en la que, dejando inalterada la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia, consta la siguiente parte dispositiva: "Estimar el recurso de suplicación presentado por la Letrada D^a Elena Calet Cruz en nombre y representación del Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social contra la sentencia de 29 de mayo de 2013 del Juzgado de lo Social número tres de León (autos 152/2012), revocando el fallo de la misma para, en su lugar, desestimar la demanda presentada por D^a María Cristina, absolviendo a las entidades demandadas de los pedimentos de la misma".

TERCERO.- Por la representación de D^a María Cristina se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina que tuvo entrada en el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, sede de Valladolid, el 19 de diciembre de 2013. Se aporta como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Aragón en fecha 10 de octubre de 2012.

CUARTO.- Con fecha 9 de septiembre de 2014 se admitió por esta Sala a trámite el presente recurso, dándose traslado del escrito de interposición y de los autos a la representación procesal de la parte recurrida para que formalice su impugnación en el plazo de quince días.

QUINTO.- Evacuado el traslado de impugnación, por el Ministerio Fiscal se emitió informe en el sentido de considerar el recurso PROCEDENTE, e instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 3 de febrero de 2015, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Son hechos relevantes del caso los siguientes. La actora solicitó el 23/7/2010 excedencia en su trabajo por cuenta ajena para el cuidado de su quinto hijo, al amparo del art. 46.3 ET, que le fue concedida. Encontrándose en esa situación, se dio de alta en el RETA el 1/9/2010, para ejercer una actividad cuyas "características, ubicación, horario, etc. (le) permitían el fin esencial de conciliar el cuidado del menor" (hecho probado 3º). El 13/8/2011 nace su sexto hijo y solicita la correspondiente prestación de maternidad, al amparo del art. 133 ter de la LGSS, así como de los arts. 1, 2 y 3 del RD 295/2009, de 6 de marzo. La Entidad Gestora le reconoce la prestación solicitada en el RETA pero le deniega la solicitada en el Régimen General "por no estar en alta ni en situación asimilada en el Régimen General, de acuerdo con lo previsto en el art. 180 de la LGSS en relación con la Disposición Adicional Cuarta, párrafo primero, del RD 295/2009, de 6 de marzo, que regula las prestaciones de maternidad", tal como recoge el FD Segundo de la sentencia de instancia (Juzgado de lo Social nº 3 de León, 29/5/2013), la cual, estimando la demanda presentada por la trabajadora, declara "el derecho de la actora a la prestación de maternidad por el nacimiento de su sexto hijo". Recurrida en suplicación dicha sentencia por el INSS y la TGSS, la Sala de lo Social del TSJ de Castilla y León (Valladolid), en su sentencia de 30/10/2013, la revoca, estimando el recurso de dichas Entidades.

SEGUNDO.- Es esa recién citada sentencia del TSJ de Castilla y León la que ahora se recurre por la trabajadora en casación unificadora aportando como sentencia de contraste la del TSJ de Aragón de 10/10/2012 en la que también se trata de la prestación de maternidad solicitada por una trabajadora que también se encontraba en situación de excedencia por cuidado de un hijo y que, encontrándose en dicha situación, desarrolló durante cuatro meses y medio una actividad profesional compatible con el cuidado del menor (en este caso, un trabajo por cuenta ajena a tiempo parcial, pero esta diferencia es irrelevante), por lo que, al solicitar la prestación de maternidad por el nacimiento posterior de un segundo hijo, le fue denegada en vía administrativa por no encontrarse ya en situación asimilada al alta, denegación confirmada por el Juez de instancia cuya sentencia,



sin embargo, fue revocada por la sentencia del TSJ aportada como contradictoria, que argumentó lo siguiente: "La prestación laboral en otra empresa durante la excedencia para cuidado de un hijo puede ser causa de despido (...) pero el mero hecho de que se presten servicios a tiempo parcial en una empresa no supone <per se> la extinción de la excedencia". Y añade que, puesto que la empresa no la había despedido, ello "supone que la situación de excedencia subsistía en la fecha del hecho causante".

Es claro que entre la sentencia recurrida y la de contraste se da la igualdad sustancial de hechos, pretensiones y fundamentos, así como la disparidad de pronunciamientos exigida por el art. 219 LRJS para la procedibilidad de este recurso de casación unificadora.

TERCERO.- Entrando, pues, en el fondo del asunto, conviene ante todo reproducir los preceptos jurídicos de aplicación al caso, y cuya infracción denuncia el recurso, que son los siguientes.

Artículo 180.1 de la LGSS : *"Los tres años de período de excedencia que los trabajadores, de acuerdo con el artículo 46.3 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores , disfruten en razón del cuidado de cada hijo o menor acogido, en los supuestos de acogimiento familiar permanente o preadoptivo, aunque éstos sean provisionales, tendrán la consideración de período de cotización efectiva a efectos de las correspondientes prestaciones de la Seguridad Social por jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad y paternidad"*.

Disposición Adicional Cuarta nº 1 del RD 295/2009, de 6 de marzo : *"Tendrá la consideración de situación asimilada a la de alta a efectos de las prestaciones de la Seguridad Social, salvo en lo que respecta a incapacidad temporal, maternidad y paternidad, el período de tiempo que el trabajador permanezca en situación de excedencia por cuidado de hijo de menor acogido o de otros familiares, que exceda del período considerado como de cotización efectiva en el artículo 180 de la Ley General de la Seguridad Social "*.

De la aplicación de estos dos preceptos se deduce *prima facie* que la actora se encontraba en situación asimilada al alta en el momento de solicitar la prestación por maternidad, puesto que la excepción contenida en el segundo de los preceptos reproducidos se refiere al caso en que se haya superado el período considerado como de cotización efectiva, lo que no ocurre en el caso de autos. Conviene recordar, por otra parte, que "en caso de pluriempleo o pluriactividad el beneficiario disfrutará de los descansos y prestaciones por maternidad en cada uno de los empleos..." (art. 2.6 del RD 295/2009, de 6 de marzo).

Ahora bien, sucede que, al propio tiempo que se encontraba en situación de excedencia por cuidado de hijo, la actora desarrolló un trabajo compatible con dicho cuidado, compatibilidad apreciada como hecho probado en la sentencia de instancia que no ha sido combatido en suplicación. Y es de ese hecho -el desarrollo de una actividad profesional mientras dura la excedencia en el otro trabajo- del que la sentencia recurrida deduce que dicha excedencia por cuidado de hijos ha decaído y, por ende, ya no existe la situación asimilada al alta y la prestación está bien denegada.

Para llegar a dicha conclusión la sentencia recurrida argumenta que la excedencia en el primer trabajo continúa existiendo pero que ha cambiado de naturaleza, transformándose de una excedencia forzosa en otra voluntaria, con las consecuencias jurídicas pertinentes: que ya no se reconocen tres años como período de cotización efectiva y, por tanto, como situación asimilada al alta. Y habría que añadir algo más: que, según esa argumentación, la trabajadora perdería el derecho a reserva de su puesto de trabajo que quedaría degradado a un mero derecho de reingreso preferente en la empresa si hay vacante: art. 46.3 *versus* 46.5 del ET . Pero, para poder llegar a tan extremas consecuencias, la argumentación de la recurrida debería contar con algún respaldo legal -o, al menos, jurisprudencial- del que carece. Según afirma la recurrida, el "privilegio" -así lo denomina- de considerar como cotización efectiva y situación asimilada al alta los períodos de excedencia por cuidado de hijos se anuda por la Ley a la "dedicación exclusiva al cuidado de hijos o familiares". Pero no hay tal referencia a la "exclusividad" en el art. 180 de la LGSS y esta Sala entiende, de acuerdo con la sentencia de contraste y con el Informe del Ministerio Fiscal, que, en la medida en que el nuevo trabajo resulta compatible con el cuidado del menor, no se le deben anudar a la legítima aspiración de la madre trabajadora de obtener algunos ingresos -que ha dejado de obtener precisamente por la excedencia para el cuidado de hijos- unas consecuencias tan negativas como las que antes hemos referido.

Es cierto que la sentencia recurrida afirma que su criterio "admitirá excepciones en el caso de desempeño ocasional de trabajos de poca duración o a tiempo parcial con escasa dedicación horaria, pero en tal caso la carga de la prueba de que tal trabajo o dedicación tiene esa naturaleza marginal corresponde al trabajador que lo alegue". Pues bien, esta Sala Cuarta del TS rechaza esas referencias a lo "ocasional" o a lo "marginal" por considerarlo -de acuerdo también con el Informe del Ministerio Fiscal- "un criterio que se antoja rígido y estricto". En realidad, el único criterio válido es el que aplica la sentencia de contraste, a saber, el de la compatibilidad con el adecuado cuidado del menor, compatibilidad que sí ha sido alegada y probada, como ya hemos repetido (hecho probado 3º).



Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

Estimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Letrado D. Carlos Huerres García en nombre y representación de D^a María Cristina , contra la sentencia dictada el 30 de octubre de 2013 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, sede de Valladolid, en el recurso de suplicación núm. 1633/13 , que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3 de León, de fecha 29 de mayo de 2013 , recaída en autos núm. 152/12, seguidos a instancia de D^a María Cristina , contra INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, sobre MATERNIDAD. Revocamos la sentencia recurrida, resolviendo en suplicación, estimamos la demanda. Sin costas.

Devuélvanse las actuaciones a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León ,con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Manuel Ramon Alarcon Caracuel hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.