USO-Madrid Jurídico

BOLETÍN INFORMATIVO JURÍDICO QUINCENAL DE

UNIÓN SINDICAL OBRERA DE MADRID

13 abril 2015

Nº 32

USO-MADRID

C/ VALLEHERMOSO, 78

3ª -6ª PLANTA

28015 MADRID

TLFNO.: 91 598 63 30

FAX: 91 534 62 41

¡Visita la nueva WEB!

www.uso-madrid.es

El Tribunal Supremo declara compatible el trabajo por cuenta propia durante la excedencia por cuidado de un hijo.

Estimados compañeros y afiliados, en este artículo Treinta y Dos, vamos a comentaros la Sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, Sentencia de 10 de Febrero de 2.015. Recurso 25/2015, Ponente: Alarcón Caracuel, Manuel Ramón, que declara que la prestación por maternidad es compatible con la excedencia para el cuidado de hijo anterior -situación asimilada al alta- y el desarrollo de un trabajo por cuenta propia durante ésta.

No existe fundamento legal ni jurisprudencial que lleve a la conclusión de que se trate de un privilegio la cotización efectiva y la asimilación al alta durante estas excedencias y, por tanto, determinar que cambian de naturaleza cuando se lleva a cabo un trabajo por cuenta propia, transformándose en excedencia forzosa. El único límite es que la actividad llevada a cabo impidiese el cuidado del menor, pues no existe referencia alguna a que deba existir una dedicación exclusiva a los hijos.

COMO ANTECEDENTES DE HECHO MÁS IMPORTANTES TENEMOS LOS SIGUIENTES:

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, se encuentra afiliada al Régimen Especial de Trabajadores Autónomos de la Seguridad Social.

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.- En el año 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, denegándola.

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva: "Estimo en parte y

UNIÓN SINDICAL OBRERA MADRID

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, 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 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 Dª María Cristina , absolviendo a las entidades demandadas de los pedimentos de la misma".

TERCERO.- Por la representación de Dª María Cristina se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina.

EN CUANTO A LOS FUNDAMENTOS DE DERECHO MÁS IMPORTANTE DESTACAR LOS SIGUIENTES:

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". 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.

TERCERO.- Entrando, pues, en el fondo del asunto, conviene ante todo reproducir los preceptos jurídicos de aplicación al caso, y

La excedencia en el primer trabajo continua existiendo pero no ha cambiado de naturaleza, transformándose de una excedencia forzosa a otra voluntaria.

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 cui-

dado 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.

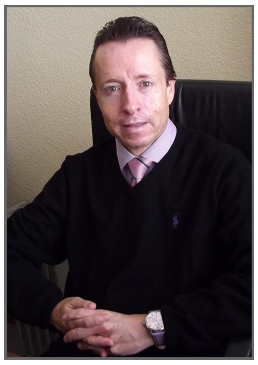
Es cierto que la sentencia recurrida afirma que su criterio "admitirá excepciones en el caso de desempeño ocasional de trabajos de poca duración o a tiempo parcial con escasa dedicación horaria, pero en tal caso la carga de la prueba de que tal trabajo o dedicación tiene esa naturaleza marginal corresponde 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, en el hecho probado 3º.

Por lo expuesto, se estima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representación Dª 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 Dª 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.

Francisco Malfeito Natividad

Director Asesoría Jurídica

USO-Madrid



www.uso-madrid.es C/Vallehermoso, 78 4ª Planta 28015 Madrid