

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-**TRIBUNAL SUPREMO***Sentencia de 20 de enero de 1995**Sala de lo Social**Rec. n.º 962/1994***SUMARIO:**

Relaciones entre maternidad e IT/ILT. Riesgo durante el embarazo y la lactancia natural. Situación asimilada al alta. Se tiene derecho al subsidio, estando la trabajadora en situación asimilada al alta, cuando la baja por maternidad se inició tras agotarse la situación de ILT.

PRECEPTOS:

Decreto 2065/1974 (LGSS), arts. 94.1, 126.1 c) y 128.

PONENTE:

Don Enrique Álvarez Cruz.

FUNDAMENTOS DE DERECHO**Primero.**

La cuestión debatida en el presente caso es la de si existe posibilidad o no de causar la prestación de incapacidad laboral transitoria (ILT) -por concurrir o no el requisito del alta o situación asimilada-, derivada del derecho por maternidad, cuando la trabajadora, en el momento de producirse la baja médica, acaba de ser dada de alta de una situación de incapacidad laboral transitoria derivada de enfermedad común, aunque en régimen de pago directo por la Entidad Gestora, por haberse extinguido previamente la relación laboral. Se trata de una trabajadora que prestó servicios para E... C... I..., S.A., desde el 12 de agosto de 1991 hasta el 11 de agosto de 1992, fecha en la que se extinguió la relación laboral; el 13 de mayo de 1992 había iniciado situación de incapacidad laboral transitoria, por enfermedad común, siendo extendida la baja por «amenaza de aborto»; fue dada de alta médica el 9 de octubre de 1992 y de baja por maternidad el siguiente día, 10 de octubre de 1992; desde la fecha de extinción de la relación laboral venía percibiendo el subsidio derivado de la situación del ILT, pero en la modalidad de pago directo por la Entidad Gestora; solicitado el pago del subsidio desde la fecha de la baja por maternidad, le fue denegado por el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), por no encontrarse en situación de alta en la Seguridad Social en el momento de producirse el hecho causante de la prestación. Formulada la correspondiente demanda, fue desestimada la misma por el Juzgado, mas la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña acogió el recurso de suplicación que la actora interpuso y, con estimación íntegra de la demanda, declaró el derecho de la actora al percibo de la prestación por ILT derivada de maternidad. Razonó para ello la Sala que «el principio de que el subsidio de ILT debe abonarse mientras que el trabajador se encuentre en tal situación, reflejado en el artículo 129.2 en relación con el artículo 126 de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS), situación en la que se engloban tanto los supuestos en que el hecho determinante de la misma sea debido a enfermedad común como al período de descanso voluntario u obligatorio, procedente en caso de maternidad, y su interpretación conforme a los principios tendentes a evitar desprotección en caso de necesidad y de protección de la maternidad (arts. 39 y 41 de la CE), obligan a entender que, en el supuesto enjuiciado, en el que existe real solución de unidad y continuidad en la causa básica que motiva el derecho a la prestación reclamada, la situación de embarazo de la trabajadora, ... existe una única situación de incapacidad laboral transitoria, aunque formalmente pueda ser calificada, en sus posibles y sucesivas fases, bajo diversos calificativos jurídicos que den lugar a formales altas y bajas médicas simultáneas para intentar ajustar externamente los aspectos médicos a los jurídicos. Por ello no puede entenderse formalmente extinguida la pretensión con la formal baja por enfermedad común, al existir consiguientemente una única situación de ILT y no darse ninguno de los supuestos de extinción (arts. 129.3 de la

LGSS y 10 de la Orden de 13 de octubre de 1967); por lo que sigue concurriendo el discutido requisito del alta en el momento del hecho causante (arts. 94.1 y 128 de la LGSS) y tiene derecho la demandante al percibo de la prestación de ILT correspondiente a la maternidad que reclamaba con cargo a la Gestora, conforme al artículo 126 c) de la propia Ley».

Segundo.

Contra esta sentencia de la Sala de Cataluña se interpone por el INSS recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que se invoca y aporta como contradictorias la dictada por la Sala de Sevilla, del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en 21 de junio de 1991. Se trata en ella de una trabajadora fija discontinua de la empresa ECF España, S.A., que prestaba servicios para la misma cuando fue dada de baja médica el 24 de octubre de 1988 y situada en ILT derivada de enfermedad común, por padecer insuficiencia, percibiendo el subsidio correspondiente desde esa fecha hasta el 30 de marzo de 1989, en la que es dada de alta por enfermedad común y simultáneamente es dada de baja por maternidad, habiendo causado baja en la empresa con fecha 2 de diciembre de 1988, por finalización del contrato que tenía concertado. Como en el caso ahora recurrido, también aquí le fue denegado el subsidio a la trabajadora, por no estar de alta en la Seguridad Social. Pero, a diferencia de lo allí ocurrido, aquí el Juzgado acogió la demanda de la trabajadora y fue la Sala de lo Social de Sevilla la que absolvió de la misma al INSS, al estimar el recurso de suplicación que contra la sentencia de instancia interpuso. Sostiene la Sala, para llegar a tal conclusión, que el artículo 126 de la LGSS, «al definir las situaciones constitutivas de ILT, en el apartado c) de su número 1.º, se refiere a los períodos de descanso, voluntario y obligatorio, que procedan en caso de maternidad, con la duración que reglamentariamente se determine..., consecuentemente, la contingencia protegida no es la de maternidad *in genere*, sino los procesos que este episodio ocasiona a la mujer trabajadora, en tanto exige su protección personal y la del ser que tiene que nacer e incluso una vez nacido, lo que impone la suspensión del contrato de trabajo [(art. 45.1 d) ET], de donde llegamos como primera conclusión a la de que esta situación exige la vigencia de una relación laboral, circunstancia que no se da en el caso de autos, ya que el cese en la actividad laboral se produjo varios meses antes de la baja por maternidad». No ofrece duda, pues, la concurrencia del requisito de la contradicción y es preciso por ello pronunciarse sobre la infracción denunciada, que es en este caso la de los artículos 126 y 128 de la LGSS, en relación con los artículos 94 de la misma Ley y 4.º de la Orden de 18 de octubre de 1967.

Tercero.

Lo que en definitiva sostiene la Entidad Gestora es que la trabajadora, para acceder a la protección que solicita, debe encontrarse en alta o en situación asimilada al alta; y en este caso la actora no estaba en alta, porque la empresa había cursado la baja en la Seguridad Social al producirse la extinción del contrato de trabajo, y no se encontraba tampoco en ninguna de las situaciones asimiladas al alta que enumera el artículo 4.º de la Orden de 13 de octubre de 1967. Y añade que la maternidad es situación distinta de la ILT por enfermedad común y que, por lo tanto, para causar derecho a la misma hay que reunir los requisitos previstos precisamente en el momento del hecho causante.

Los preceptos que como infringidos cita la Entidad recurrente exigen que la trabajadora se encuentre en alta o en situación asimilada. Y el artículo 4.º de la Orden de 13 de octubre de 1967 considera situación asimilada el desempleo total y subsidiado, pero no la situación de quien, habiendo causado baja en la Seguridad Social por la extinción de su contrato de trabajo, no es beneficiario de la protección por desempleo por encontrarse en ILT por enfermedad común al producirse dicha extinción.

Ahora bien, hay que tener en cuenta que la extinción del contrato de trabajo durante la situación de ILT determina que el empresario deba cursar la baja del trabajador, al haber desaparecido el presupuesto de su inclusión en el campo de aplicación del Régimen General (arts. 61.1 y 64.1 de la LGSS), cesando en consecuencia la obligación de cotizar. La regla del artículo 70.4 de la Ley General de la Seguridad Social (la obligación de cotizar continuará en situación de ILT) sólo se aplica, según ha declarado la Sala (SS. de 18 de septiembre de 1991 y 29 de julio, 27 de septiembre y 3 de diciembre de 1993, entre otras muchas), cuando el contrato de trabajo está suspendido; no cuando se ha producido la extinción y no existe obligación de cotizar a cargo del INEM (art. 19.2 de la Ley 31/1984), por no encontrarse el trabajador percibiendo la prestación de desempleo.

Por ello, a partir de un examen literal de las normas cuya infracción se denuncia podría llegarse a la conclusión inicial de que los trabajadores a los que se extingue su contrato de trabajo cuando se encuentran en ILT (supuesto del art. 19.1 de la Ley 31/1984) no están en alta ni en situación asimilada a ella. Mas esta conclusión, que tendría graves consecuencias para el funcionamiento normal de la acción protectora, debe descartarse, sobre la base de una interpretación sistemática y finalista.

El ordenamiento de la Seguridad Social no ha declarado la ILT como situación asimilada al alta porque ha contemplado exclusivamente el supuesto normal, en que el contrato está suspendido y se mantiene el alta y la cotización a cargo de la empresa, o el supuesto especial en que la ILT se produce cuando el trabajador se encuentra percibiendo prestaciones de desempleo. Hay por tanto una laguna para el supuesto en que se produce la extinción del contrato de trabajo durante la ILT: El artículo 19.1 de la Ley 31/84 prevé que el trabajador seguirá percibiendo la prestación por ILT hasta que se extinga dicha situación, pasando entonces a la situación legal de desempleo; pero no califica esta situación de tránsito a efectos de encuadramiento, ni mantiene durante la misma la obligación de cotizar.

Ahora bien, esta laguna no puede llevar a la descalificación de este supuesto como situación asimilada al alta, pues ello traería consigo la generalización de situaciones de desprotección, que no se limitarían además a la maternidad, sino que afectarían a las pensiones. Ese efecto de desprotección no se justificaría, a la luz de los principios que configuran la acción protectora del sistema, y sería además contrario al tratamiento que recibe un supuesto materialmente idéntico al aquí contemplado: La situación de invalidez provisional, en la que se produce la baja del trabajador y no se mantiene la obligación de cotizar. La invalidez provisional se considera situación asimilada al alta a efectos de las prestaciones de desempleo [art. 2.º 1 e) del RD 625/1985] y opera también en la práctica como situación equiparada al alta para la jubilación (art. 154.3 LGSS) y la muerte y supervivencia [art. 158.1 b) LGSS]. En cuanto a las prestaciones de invalidez permanente, el problema se resuelve porque la exigencia de alta se ha referido al momento en que se actualiza la contingencia determinante, pues en otro caso resultaría de imposible cumplimiento en aquellos supuestos en que pasara el trabajador a invalidez provisional (S. de 14 de abril de 1980).

Pues bien, el mismo tratamiento debe darse a la ILT del trabajador con contrato extinguido. La analogía resulta aquí aplicable, porque existe semejanza relevante entre los respectivos supuestos -en los dos hay incapacidad temporal para el trabajo, baja en la Seguridad Social y no se reciben prestaciones por desempleo- y se aprecia asimismo la identidad de razón: La necesidad de conservar la protección de la Seguridad Social en estas situaciones de incapacidad temporal.

Cuarto.

Es cierto que, aun cuando la ILT tenga el mismo tratamiento que la invalidez provisional, el problema respecto al acceso a las prestaciones por maternidad subsiste, porque esta situación no está considerada como asimilada al alta en el artículo 4.º de la Orden de 13 de octubre de 1967. Pero de nuevo hay que aplicar aquí el argumento *a similitudine*. Porque la invalidez provisional se considera situación asimilada al alta a efectos de las prestaciones de desempleo, y lo mismo sucede con la ILT, aunque sin reconocimiento formal, en el artículo 19.1 de la Ley 31/1984. Ahora bien, si desde la situación de ILT se puede causar derecho a las prestaciones de desempleo aunque no se esté en alta, el mismo criterio debe aplicarse a la maternidad, pues no es lógico que una situación (ILT por enfermedad o accidente) desde la que se puede pasar a otra (desempleo), que es situación asimilada al alta a efectos de causar prestaciones por maternidad, no se considere como equivalente a una situación asimilada al alta para poder causar derecho a estas prestaciones.

Desde esta perspectiva hay que concluir que la falta de referencia a estos supuestos en el artículo 4.º de la Orden de 13 de octubre de 1967 no obedece a una voluntad de excluir la protección de la maternidad en estos casos, sino que se debe a que la norma ha considerado innecesaria esta precisión, porque ha tenido en cuenta el supuesto normal de ILT con mantenimiento de alta y no el de baja por extinción del contrato de trabajo. Y en este sentido hay que señalar que la regulación reglamentaria parte de la intercomunicación de las situaciones de ILT, como se pone de relieve al examinar el artículo 12.3 de la aludida Orden, el cual prevé que, si agotado el período de descanso obligatorio posterior al parto... la beneficiaria continuase necesitando asistencia sanitaria y se encontrase incapacitada para el trabajo, se le considerará en situación de ILT por enfermedad común, iniciándose a partir de ese momento, sin solución de continuidad, el pago del subsidio correspondiente a la nueva contingencia.

Quinto.

Es preciso tener en cuenta, de otra parte, que una trabajadora con el contrato de trabajo extinguido, que el día siguiente al del alta en ILT por enfermedad común inicia nuevo proceso de ILT por maternidad, no está obligada a inscribirse como demandante de un empleo, ni a solicitar la prestación de desempleo. La maternidad lleva consigo que la trabajadora no pueda ejercer otro empleo si se encuentra en el periodo de descanso obligatorio, o esté legitimada para no aceptar una oferta de trabajo adecuada si se trata del periodo de descanso voluntario.

En este sentido la tesis de la Entidad Gestora conduce al absurdo:

1. La actora no puede acceder a la protección de desempleo porque no está en disposición de trabajar.
2. Pero tampoco puede acceder a la protección por maternidad porque, extinguido su contrato de trabajo, no ha pasado a percibir prestaciones por desempleo. Este resultado ha de excluirse. Y tampoco puede aceptarse que el hecho de que la baja por maternidad se produzca el día siguiente al del alta médica por enfermedad común, y no el mismo día, resulte relevante para eliminar la situación de asimilación al alta, pues, aparte de que, para establecer con claridad el comienzo de la situación protegida, debería la Entidad Gestora haber cursado los preceptivos partes de «pronóstico de parto» y «notificación del parto» (art. 18.1 de la Orden de 13 de octubre de 1967), en vez de una irregular baja por maternidad, es que entre las dos situaciones no existe realmente solución de continuidad que pueda romper la situación de asimilación al alta; y todo ello con independencia de que en otro caso habría que tener en cuenta las precisiones del artículo 19.2 de la Ley 31/1984.

Es preciso señalar, por último, que la tesis de la sentencia aportada para confrontación, para la que el descanso por maternidad no tiene sentido cuando el contrato de trabajo se ha extinguido, no puede aceptarse, pues la protección por maternidad, y en general por incapacidad laboral transitoria, puede producirse tras la extinción del contrato de trabajo, y entonces lo que se garantiza es el descanso de la mujer trabajadora frente a la necesidad de búsqueda y aceptación de un nuevo empleo. Así lo reconoce el ordenamiento español cuando considera situación asimilada al alta, a efectos de ILT, subsidiado.

Sexto.

Al no concurrir, pues, las infracciones que se denuncian, procede la desestimación del recurso; sin que haya lugar a pronunciamiento alguno sobre costas, en virtud de lo dispuesto en los artículos 25, 225 y 232 de la Ley de Procedimiento Laboral.

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español,

FALLAMOS

Desestimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Instituto Nacional de la Seguridad Social contra la Sentencia dictada con fecha 25 de enero de 1994 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, al conocer del de suplicación articulado por doña I... C... A... contra sentencia del Juzgado de igual clase número 17 de los de Barcelona, en el juicio sobre prestación de incapacidad laboral transitoria por maternidad seguido por esta última contra la entidad gestora ahora recurrente.

Devuélvanse las actuaciones al Tribunal Superior de Justicia correspondiente, con la certificación y comunicación de esta resolución.

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.