

**BASE DE DATOS NORMACEF SOCIO-LABORAL
TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGÓN**

Sentencia 568/2012, de 10 de octubre de 2012

Sala de lo Social

Rec. n.º 504/2012

SUMARIO:

Prestación por maternidad. Trabajadora que estando en situación de excedencia por cuidado de hijo realiza trabajo por cuenta ajena, dando a luz a un segundo hijo durante dicha situación, por lo que solicita prestación por maternidad, siendo denegada por el INSS al entender que no se encontraba en situación de alta. Estimación del recurso presentado por la trabajadora. La demandante se encontraba en el segundo año de excedencia cuando se produjo el nacimiento por lo que se encontraba en situación de alta. El hecho de haber prestado servicios a tiempo parcial para otra empresa no deja sin efecto la excedencia por cuidado de hijo, aunque hubiera podido ser causa de despido.

PRECEPTOS:

RDLeg. 1/1994 (TRLGSS), art. 180.1.

RD 1335/2005 (Prestaciones familiares de la Seguridad Social), art. 6.1.

PONENTE:

Don Juan Molins García-Atance.

T.S.J.ARAGON SALA SOCIAL

ZARAGOZA

SENTENCIA: 00568/2012

T.S.J.ARAGON SALA SOCIALZARAGOZA

CALLE COSO Nº 1

Tfno: 976208361

Fax:976208405

NIG: 50297 34 4 2012 0101451

402250

TIPO Y Nº DE RECURSO: RECURSO SUPPLICACION 0000504 /2012

JUZGADO DE ORIGEN/AUTOS: DEMANDA 0000880 /2011 JDO. DE LO SOCIAL nº 007 de ZARAGOZA

Recurrente/s: Sagrario

Abogado/a: ADOLFO ROYO MARTIN

Procurador/a:

Graduado/a Social:

Recurrido/s: INSS I N S S

Abogado/a: JURIDICO INSS SERVICIO

Procurador/a:

Graduado/a Social:

Rollo número: 504/2012

Sentencia número: 568/2012

L

MAGISTRADOS ILMOS. Sres:

D. CARLOS BERMÚDEZ RODRÍGUEZ
D. JOSÉ ENRIQUE MORA MATEO
D. JUAN MOLINS GARCÍA ATANCE

En Zaragoza, a diez de Octubre de dos mil doce.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, compuesta por los Sres. indicados al margen y presidida por el primero de ellos, pronuncia en nombre del REY esta

SENTENCIA

En el recurso de suplicación núm. 504 de 2.012 (Autos núm. 880/2.011), interpuesto por la parte demandante D^a. Sagrario contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número Siete de Zaragoza, de fecha catorce de Junio de dos mil doce ; siendo demandado el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, sobre PRESTACIÓN DE MATERNIDAD. Ha sido ponente el Ilmo. Sr. D. JUAN MOLINS GARCÍA ATANCE.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

Según consta en autos, se presentó demanda por D^a. Sagrario , contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social, sobre prestación de maternidad, y en su día se celebró el acto de la vista, habiéndose dictado sentencia por el Juzgado de lo Social número Siete de Zaragoza, de fecha catorce de Junio de dos mil doce , siendo el fallo del tenor literal siguiente:

"Que desestimando la demanda formulada por D^a. Sagrario contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social, DEBO ABSOLVER Y ABSUELVO a la Entidad Gestora demandada de la demanda formulada en su contra".

Segundo.

En la citada sentencia y como hechos probados se declararon los del tenor literal:

"PRIMERO.- La demandante D^a. Sagrario , cuyas demás circunstancias personales obran en autos, prestó servicios para la mercantil GALERÍAS PRIMERO S.A. (ahora GRUPO EL ARBOL, DISTRIBUCIÓN Y SUPERMERCADOS, S.A.) desde el 20/02/2006 hasta el 04/04/2009, fecha en que inició un periodo de excedencia por cuidado de hijo menor de ocho años. La demandante solicitó la reincorporación a su puesto de trabajo con fecha de efectos de 14/02/ 2011 si bien ésta no tuvo lugar a consecuencia del nacimiento a que se refiere el hecho probado tercero de esta resolución.

SEGUNDO.

La demandante trabajó entre el 09/04/2010 y el 31/08/2010 en la empresa SUPERMERCADOS SABECO S.A. a tiempo parcial, compatibilizando dicho trabajo con la situación de excedencia a que se refiere el ordinal anterior.

TERCERO.

En fecha de NUM000 /2011 la demandante dio a luz un segundo hijo, iniciando en fecha de 14/02/2011 el descanso maternal. En fecha de 10/03/2011 solicitó del INSS la correspondiente prestación de maternidad, recayendo resolución desestimatoria de fecha de 22/03/2011. La demandante agotó la reclamación previa administrativa.

CUARTO.

La base reguladora diaria de la prestación es de 39,25 euros".

Tercero.

Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por la parte demandante, siendo impugnado dicho escrito por la parte demandada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

La controversia litigiosa radica en determinar si durante los dos primeros años de excedencia por cuidado de un hijo concurre la situación de alta o asimilada a efectos del devengo del subsidio por maternidad. La demandante inició el 4-4-2009 una excedencia por cuidado de hijo menor de ocho años. Esta trabajadora prestó servicios laborales a tiempo parcial para otra empresa desde el 9-4-2010 al 31-8-2010, compatibilizando dicho trabajo con la situación de excedencia. El NUM000 -2011 dio a luz un segundo hijo, iniciando el 14-2-2011 el descanso maternal, solicitando la prestación de maternidad, que le fue denegada por el INSS, formulando la correspondiente demanda, que fue desestimada por el Juzgado de lo Social. Contra la sentencia desestimatoria de instancia recurre en suplicación la parte actora, formulando un único motivo, que se desarrolla en cinco alegaciones, al amparo del apartado c) del art. 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , en el que denuncia la infracción de la disposición adicional cuarta del Real Decreto 295/2009 en relación con el art. 180 de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS), así como de la doctrina jurisprudencial que cita, solicitando que se estime la demanda.

Segundo.

El art. 180 de la LGSS , en la redacción vigente en la fecha del hecho causante, establecida por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, establecía: "Los dos primeros años del 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 (...) 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". La Ley 27/2011, de 1 de agosto, extendió este plazo a tres años, coincidente con la duración máxima de esta excedencia.

Para concretar el alcance prestacional de la expresión: "período considerado como de cotización efectiva", es menester acudir al Real Decreto 1335/2005, de 11 de noviembre, que regula las prestaciones familiares de la Seguridad Social, cuyo art. 6.1 , intitulado: "Alcance de la consideración como período de cotización efectiva", establece: "En orden al reconocimiento del derecho a las prestaciones de la Seguridad Social, el período considerado como de cotización efectiva surtirá efectos tanto para la cobertura del período mínimo de cotización como para la determinación de la base reguladora y del porcentaje aplicable, en su caso, para el cálculo de la cuantía de aquéllas, y se considerará a los beneficiarios en situación de alta, durante dicho período, para acceder a las prestaciones de la Seguridad Social por jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia y maternidad".

La aplicación de estos preceptos al supuesto de autos, en el que la demandante se encontraba en el segundo año de la excedencia por cuidado de hijo cuando se produjo el hecho causante de la prestación por maternidad, obliga a concluir que se encontraba en situación de alta para el devengo de esta prestación. Es cierto que en el ínterin prestó servicios a tiempo parcial para otra empresa, pero ello no deja sin efecto la excedencia por cuidado de hijos. La prestación laboral en otra empresa durante la excedencia para cuidado de un hijo puede ser causa de despido (por todas, sentencias del TSJ del País Vasco de 26-2-2008, recurso 3076/2007 y del TSJ de Cantabria de 12-7-2006, recurso 580/2006) pero el mero hecho de que se presten servicios a tiempo parcial en otra empresa no supone "per se" la extinción de la excedencia. La sentencia del TSJ de la Comunidad Valenciana

de 4-4-2000, recurso 1895/1997 , explica que "la situación de excedencia para el cuidado de hijo causada en una determinada empresa no impide que se presten servicios para una empresa distinta, que por su característica, ubicación, horario, jornada,... pueda convenir más al trabajador durante ese período. En consecuencia, de la nueva contratación de la trabajadora no puede derivarse sin más su baja voluntaria en la empresa (...) por lo que, manteniéndose su situación de excedencia para el cuidado de hijos y constando la misma en el expediente de regulación de empleo 191/1995, es claro que procede reconocerle la indemnización derivada del mismo" .

En la presente litis, la actora prestaba servicios a tiempo completo en una empresa, iniciando una excedencia por cuidado de hijo que se prolongó durante dos años, habiendo prestado servicios durante poco más de cuatro meses a tiempo parcial para otro empleador, sin que la empresa en la que se encuentra en situación de excedencia haya despedido a esta trabajadora, lo que supone que la situación de excedencia subsistía en la fecha del hecho causante.

Tercero.

La sentencia de instancia desestima la demanda aplicando la disposición adicional cuarta.1 del Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo , que establece: "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 ".

Este precepto legal, conforme a su tenor literal, se refiere al periodo de excedencia que exceda del periodo considerado como de cotización efectiva, en cuyo caso se excluye la prestación de maternidad. Como quiera que en el supuesto enjuiciado no se ha excedido dicho periodo de cotización efectiva, de dos años en la fecha del hecho causante, forzoso es concluir que la demandante tiene derecho a la prestación de desempleo, estimando el recurso de suplicación y revocando la sentencia de instancia.

En atención a lo expuesto,

FALLO

Estimamos el recurso de suplicación núm. 504 de 2012, revocando la sentencia recurrida, estimando la demanda interpuesta por D^a. Sagrario contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social, reconociendo el derecho de la actora al percibo de la prestación de maternidad con efectos desde el NUM000 -2011, con una base reguladora diaria de 39,25 euros, condenando al demandado Instituto Nacional de la Seguridad Social a estar y pasar por esta declaración y a abonar a la actora el subsidio.

Notifíquese a las partes con la advertencia de que:

- Contra esta sentencia pueden preparar recurso de casación para unificación de doctrina ante el Tribunal Supremo por conducto de esta Sala de lo Social en el plazo de diez días desde la notificación de esta sentencia.

- El recurso se preparará mediante escrito, firmado por Letrado y dirigido a esta Sala, con tantas copias como partes recurridas y designando un domicilio en la sede de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, a efectos de notificaciones.

- En el caso de que quien pretendiera recurrir no ostentara la condición de trabajador o beneficiario del régimen público de Seguridad Social, o no gozase del beneficio de justicia gratuita, deberá, al momento de preparar el recurso y en el plazo de diez días señalado, consignar la cantidad objeto de condena o formalizar aval bancario por esa cantidad en el que se haga constar la responsabilidad solidaria del avalista; y que al momento de formalizar el recurso de casación, deberá acompañar resguardo acreditativo de haber depositado la cantidad de 600 euros, en la cuenta de este órgano judicial abierta en el Banco Español de Crédito (Banesto), debiendo hacer constar en el campo "observaciones" la indicación de "depósito para la interposición de recurso de casación".

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

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.