

**BASE DE DATOS NORMACEF SOCIO-LABORAL
TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CASTILLA Y LEÓN**

Sentencia de 30 de octubre de 2013

Sala de lo Social

Rec. n.º 1633/2013

SUMARIO:

Acción protectora de la Seguridad Social. Trabajadora que encontrándose en situación de excedencia por cuidado de hijos inicia un trabajo autónomo por el que causa alta en el RETA, lucrando de manera simultánea prestación por maternidad. No se encuentra en situación de alta asimilada en el RGSS a estos efectos, pues una excedencia que formalmente tiene una determinada causa, deja de seguir su régimen propio cuando esta desaparece (dedicación exclusiva al cuidado de hijos o familiares) y se revela otra distinta del apartamiento de la actividad de la empresa, como es el desempeño de otra ocupación. Esto implica que el trabajador sea considerado en situación de excedencia voluntaria, desapareciendo los beneficios prestacionales reclamados.

PRECEPTOS:

RDLeg. 1/1995 (TRET), art. 46.3.

PONENTE:

Don Rafael Antonio López Parada.

**T.S.J.CASTILLA-LEON SOCIAL
VALLADOLID**

SENTENCIA: 01789/2013

T.S.J.CASTILLA-LEON SOCIALVALLADOLID

-

C/ANGUSTIAS S/N (PALACIO DE JUSTICIA) 47003.VALLADOLID

Tfno: 983413204-208

Fax:983.25.42.04

NIG: 24089 44 4 2012 0000443

402250

TIPO Y N.º DE RECURSO: RECURSO SUPPLICACION 0001633 /2013 R.L.

JUZGADO DE ORIGEN/AUTOS: DEMANDA 0000152 /2012 JDO. DE LO SOCIAL n.º 003 de LEON

Recurrente/s: INSS Y TGSS

Abogado/a: SERV. JURIDICO SEG. SOCIAL(PROVINCIAL)

Procurador/a:

Graduado/a Social:

Recurrido/s: Pura

Abogado/a: CARLOS HUERRES GARCIA

Procurador/a:

Graduado/a Social:

Ilmos. Sres. Rec. 1633/2013

D. Emilio Álvarez Anllo

Presidente Sección

D. José Manuel Riesco Iglesias

D. Rafael A. López Parada /

En Valladolid a treinta de Octubre de dos mil trece.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, sede de Valladolid, compuesta por los Ilmos. Sres. anteriormente citados ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el Recurso de Suplicación núm. 1633 de 2.013, interpuesto por EL INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y LA TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL contra sentencia del Juzgado de lo Social N.º Tres de León (Autos:152/12) de fecha 29 de Mayo de 2013, en demanda promovida por Pura contra la Entidad demandada y recurrente, sobre MATERNIDAD, ha actuado como Ponente el Ilmo. Sr. DON Rafael A. López Parada.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

Con fecha 26 de enero de 2012, se presentó en el Juzgado de lo Social de León Número Tres, demanda formulada por la parte actora en la que solicitaba se dictase sentencia en los términos que figuran en el Suplico de la misma. Admitida la demanda y celebrado el juicio, se dictó sentencia en los términos señalados en su parte dispositiva.

Segundo.

En referida Sentencia y como Hechos Probados constan los siguientes:" PRIMERO- La demandante, Pura, DNI n.º NUM000, nacida el NUM001 de 1975, se encuentra afiliada al Régimen Especial de Trabajadores Autónomos de la Seguridad Social con el n.º NUM002 .

SEGUNDO. 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, Alonso.

TERCERO. 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.

CUARTO. Con fecha 13 de agosto de 2011 nace el sexto hijo de la actora, Sixto, 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.

QUINTO. 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.

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

SÉPTIMO. 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.

Tercero.

Interpuesto Recurso de Suplicación contra dicha sentencia por la parte demandada, fue impugnado por la parte demandante. Elevados los autos a esta Sala, se designó Ponente, acordándose la participación a las partes de tal designación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Único.

En el único motivo de recurso, amparado en la letra c del artículo 193 de la Ley 36/2011, reguladora de la Jurisdicción Social, se denuncia la infracción del artículo 180 de la Ley General de la Seguridad Social en relación con la disposición adicional cuarta del Real Decreto 295/2009 .

La cuestión que se plantea es si puede considerarse en situación asimilada al alta conforme a la disposición adicional cuarta del Real Decreto 295/2009 para lucrar la prestación por maternidad en el Régimen General una trabajadora que se encuentra en excedencia en una empresa por cuidado de hijos y que estando en dicha situación de excedencia inicia un trabajo autónomo por el cual causa alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, en el cual lucra también y de manera simultánea la prestación por maternidad.

La disposición adicional cuarta del Real Decreto 295/2009 dice literalmente lo siguiente:

"Situación asimilada a la de alta en excedencias por cuidado de familiares

1. 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 periodo de tiempo que el trabajador permanezca en situación de excedencia por cuidado de hijo, de menor acogido o de otros familiares, que exceda del periodo considerado como de cotización efectiva en el artículo 180 del Ley General de la Seguridad Social . Para las personas integradas en el Régimen General de la Seguridad Social e incluidas en el ámbito de aplicación del Estatuto Básico del Empleado Público, se consideran periodos de situación asimilada a la de alta y de cotización efectiva para las prestaciones de jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad y paternidad, los de excedencia por cuidado de hijo, de menor acogido o de otros familiares, de duración no superior a tres años, que disfruten de acuerdo con lo establecido en el artículo 89.4 del referido Estatuto".

El artículo 180 de la Ley General de la Seguridad Social dice en su número uno que los tres años de periodo 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 periodo de cotización efectiva a efectos de las correspondientes prestaciones de la Seguridad Social por jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad y paternidad".

Aunque dicho artículo nada diga de considerar los mismos periodos como situación asimilada al alta (requisito imprescindible para lucrar la prestación debatida), dicha previsión es añadida sobre el texto legal por la disposición adicional cuarta del Real Decreto 295/2009, si bien es cierto que inicialmente se refería a los dos primeros años de excedencia, dejando el otro sin esa protección (corrigiendo así la doctrina previa de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo en sentencia de 15 de diciembre de 2003, RCUJ 1071/2003), pero la ampliación a tres años de la asimilación a cotización del artículo 180 de la Ley General de la Seguridad Social por la por el apartado dos del artículo 9 de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, ha supuesto la ampliación también, como efecto reflejo del Real Decreto 295/2009, del periodo de asimilación al alta. Cuestión que, a la postre, no es relevante en este caso, dado que la maternidad se produjo dentro de los dos primeros años de la excedencia.

Sin embargo y desde un punto de vista estrictamente laboral no puede considerarse, como veremos, que la trabajadora se encuentre en su empresa y a efectos de la Seguridad Social en situación de excedencia por cuidado de hijos, por lo cual no puede beneficiarse de las ventajas de Seguridad Social aplicables a dicha situación, lo que llevará a la estimación del recurso.

La regulación de las situaciones de excedencia del artículo 46 del Estatuto de los Trabajadores distingue esencialmente entre dos tipos, la voluntaria, que es la que tiene como única causa la voluntad libre del trabajador, y la forzosa, que es de naturaleza causal y viene provocada por una situación externa que impide el desempeño laboral o justifica la decisión del trabajador. La excedencia forzosa viene configurada como una causa de suspensión del contrato (artículo 45.1.k), a diferencia de la excedencia voluntaria, por lo que a la excedencia forzosa le es aplicable el régimen de reingreso en el puesto de trabajo del artículo 48.1 del Estatuto, mientras que en el caso de la excedencia voluntaria solamente existe un derecho de reingreso preferente (artículo 46.5). El régimen de la excedencia forzosa, inicialmente aplicable solamente para el caso de desempeño de cargos

públicos, fue ampliado posteriormente a los cargos sindicales y también a los supuestos de cuidado de hijos y de otros familiares. Lo característicos de estos supuestos es, como decimos, su naturaleza causal, puesto que solamente la concurrencia real de la causa justifica el privilegio de la reserva de puesto e incluso, en el caso de la excedencia por cuidado de hijos y de otros familiares, de la consideración del periodo como cotizado y de la situación asimilada al alta.

Lo anterior quiere decir que una excedencia que formalmente tiene una determinada causa, deja de seguir su régimen propio cuando la causa desaparece, de manera que la situación queda desvinculada de la misma, debiendo aplicarse el régimen legal correspondiente a la causa verdadera de la excedencia. Si dicha causa no tuviese amparo dentro de las normas de la excedencia forzosa (entendida en sentido amplio, incluyendo la de cuidado de hijos), la consecuencia sería que la excedencia ha de considerarse como voluntaria, con su régimen propio. Así, por ejemplo, ocurriría si quien se encuentra en excedencia por cuidado de hijos inicia el desempeño de un cargo público que requiera dedicación incompatible con el trabajo, porque en ese caso la excedencia, aunque siguiera siendo forzosa, habría de entenderse producida por el desempeño del cargo público, con su régimen laboral y de Seguridad Social propio. Y esto es lo que ocurre en el caso de quien, poco después de un mes desde la excedencia en su empresa (le fue concedida a finales de julio y comienza el trabajo el 1 de septiembre), inicia una dedicación productiva con habitualidad y ánimo de lucro que da lugar a su alta en el Régimen de Trabajadores Autónomos o una dedicación laboral, puesto que en tales casos queda desvirtuada la causa a la que la Ley anuda el privilegio, como es la dedicación exclusiva al cuidado de hijos o familiares y se revela otra causa distinta del apartamiento de la actividad en la empresa, como es el desempeño de otra ocupación, por lo que el trabajador ha de ser considerado en tales casos en situación de excedencia voluntaria. Lo que admitirá excepciones en el caso de desempeño ocasional de trabajos de poca duración o a tiempo parcial con escasa dedicación horaria, pero en tales supuestos la carga de la prueba de que tal trabajo o dedicación tiene esa naturaleza marginal corresponde al trabajador que lo alegue, frente a la presunción generada por la situación de alta en el sistema de Seguridad Social. Y esta prueba en este caso no ha quedado desvirtuada, puesto que aunque en los hechos probados se habla de flexibilidad horaria, lo cierto es que tal flexibilidad no es equivalente al carácter marginal u ocasional de la ocupación, lo que no puede ser establecido ni ha quedado probado, dado que no existe dato fáctico alguno sobre el tipo de ocupación y su dedicación.

Por consiguiente, si la trabajadora en este supuesto inició al mes de su excedencia una dedicación que dio lugar a su alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, con ello desvinculó su situación de excedencia de la causa inicialmente alegada, como es la dedicación exclusiva al cuidado de hijos u otros familiares, de manera que no puede aplicarse a la misma el régimen legal de la excedencia por cuidado de hijos, sino el propio de la excedencia voluntaria, que no otorga los beneficios prestacionales reclamados en la demanda. Es cierto que ello no ocurriría necesariamente si la ocupación fuese anterior y la dedicación a la misma se mantuviera en términos semejantes, puesto que nada impide a quien tiene diversas ocupaciones el renunciar temporalmente a una, por la vía de la excedencia, para liberar un tiempo necesario para el cuidado de hijos o de otros familiares. Pero no puede equipararse el caso de quien, amparándose en la excedencia por cuidado de hijos, inicia una nueva actividad productiva con dedicación y habitualidad, puesto que en ese caso la causa de su apartamiento de la empresa ya no es la dedicación al cuidado de los hijos, sino la realización de esta otra actividad productiva, lo que lleva a seguir el régimen de la excedencia voluntaria, salvo que el convenio colectivo aplicable estableciese otra consecuencia más favorable.

El recurso por ello va a ser estimado.

Vistos los preceptos legales citados y los demás de general y pertinente aplicación al caso

Por lo expuesto y

EN NOMBRE DEL REY

FALLAMOS

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 Pura, absolviendo a las entidades demandadas de los pedimentos de la misma.

Notifíquese la presente a las partes y a la Fiscalía de este Tribunal Superior de Justicia en su sede de esta capital. Para su unión al rollo de su razón, librese la oportuna certificación, incorporándose su original al libro correspondiente.

Se advierte que contra la presente sentencia, cabe recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, que podrá prepararse dentro de los diez días siguientes al de su notificación, mediante escrito firmado por

Abogado y dirigido a esta Sala, con expresión sucinta de la concurrencia de requisitos exigidos, previstos en el artículo 221 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social ..

Todo el que intente interponer dicho recurso sin tener la condición de trabajador o causahabiente cuyo, o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social consignará como depósito la cantidad de 600,00 euros en la cuenta núm 2031 0000 66 1633 13 abierta a nombre de la sección 2ª de la Sala de lo Social de este Tribunal, en la oficina principal en Valladolid del Banco Español de Crédito (BANESTO), acreditando el ingreso.

Asimismo deberá consignar separadamente en la referida cuenta la cantidad objeto de la condena, debiendo acreditar dicha consignación en el mismo plazo concedido para preparar el Recurso de Casación para Unificación de Doctrina.

Si el recurrente fuera la Entidad Gestora, y ésta haya sido condenada al pago de prestaciones, deberá acreditar al tiempo de preparar el citado Recurso que ha dado cumplimiento a lo previsto en el art. 230.2.c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social ..

Firme que sea esta Sentencia, devuélvanse los autos, junto con la certificación de aquélla al Juzgado de procedencia para su ejecución.

Así lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN- En la misma fecha leída y publicada la anterior sentencia, por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente, celebrando Audiencia Pública en esta Sala de lo Social. Doy Fe.

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.