

## **Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias, Sala de lo Social, Sentencia 3019/2018 de 26 Dic. 2018, Rec. 1942/2018**

**Ponente:** Criado Fernández, José Alejandro.

**Nº de Sentencia:** 3019/2018

**Nº de Recurso:** 1942/2018

**Jurisdicción:** SOCIAL

El parto de una trabajadora en situación de excedencia por cuidado de hijos da derecho a una nueva prestación de maternidad

MATERNIDAD. Maternidad sobrevenida en situación de excedencia por cuidado de hijos. Con este nuevo parto, la trabajadora tiene derecho a la prestación por maternidad derivada del posterior nacimiento. Durante el primer año de excedencia por cuidado de hijos se tiene reserva al puesto de trabajo y se equipara a todos los efectos con una suspensión del contrato. Su situación es equiparable al de alta. Es intrascendente que ejerciese una actividad como autónoma en su vivienda porque resultaba totalmente compatible con el cuidado de los hijos.

*El TSJ Principado de Asturias estima el recurso de suplicación interpuesto por la trabajadora, revoca la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 4 de Oviedo y declara el derecho de la trabajadora a percibir la prestación por maternidad.*

### **T.S.J.ASTURIAS SALA SOCIAL**

#### **OVIEDO**

SENTENCIA: 03019/2018

### **T.S.J.ASTURIAS SALA SOCIAL DE OVIEDO**

C/ SAN JUAN Nº 10

**Tfno:** 985 22 81 82

**Fax:** 985 20 06 59

**NIG:** 33044 44 4 2017 0004901

Equipo/usuario: MGZ

Modelo: 402250

### **RSU RECURSO SUPLICACION 0001942 /2018**

Procedimiento origen: SSS SEGURIDAD SOCIAL 0000838 /2017

Sobre: MATERNIDAD

**RECURRENTE/S D/ña** Ángeles

**ABOGADO/A:** IGNACIO IZQUIERDO VAZQUEZ

**RECURRIDO/S D/ña:** INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL

**ABOGADO/A:** LETRADO DE LA SEGURIDAD SOCIAL, LETRADO DE LA TESORERIA DE LA SEGURIDAD SOCIAL

**Sentencia nº 3019/18**

En OVIEDO, a veintiséis de diciembre de dos mil dieciocho.

Tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, la T.S.J. ASTURIAS SALA SOCIAL, la Sala de lo Social del T.S.J. de Asturias, formada por los Iltmos. Sres. D. JOSE ALEJANDRO CRIADO FERNANDEZ, Presidente, D<sup>a</sup>. MARIA VIDAU ARGÜELLES y D. JESUS MARIA MARTIN MORILLO, Magistrados de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española ,

**EN NOMBRE DE S.M. EL REY**

**Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE**

**EL PUEBLO ESPAÑOL**

ha dictado la siguiente

**SENTENCIA**

En el RECURSO SUPPLICACION 1942/2018, formalizado por el Letrado D. IGNACIO OZQUIERDO VAZQUEZ, en nombre y representación de Ángeles , contra la sentencia número 281/2018 dictada por JDO. DE LO SOCIAL N. 4 de OVIEDO en el procedimiento SEGURIDAD SOCIAL 0000838/2017, seguidos a instancia de Ángeles frente al INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, siendo Magistrado-Ponente el **Ilmo Sr D. JOSE ALEJANDRO CRIADO FERNANDEZ.**

De las actuaciones se deducen los siguientes:

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO:** D<sup>a</sup> Ángeles presentó demanda contra INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL , siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia número 281 /2018, de fecha treinta de mayo de dos mil dieciocho

**SEGUNDO:** En la sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos expresamente declarados probados:

**1º.-** Doña Ángeles , con D.N.I. NUM000 , figura afiliada a la Seguridad Social con el nº NUM001 , en el RETA desde el 1 de septiembre de 2016 y en el Régimen General prestando servicios para el CENTRO TRAMA desde el 12 de abril de 2016, en virtud de subrogación. La actora prestó servicios con anterioridad en la empresa DELFO DESARROLLO LABORAL Y FORMACION SLA desde el 14 de abril de 2014 a 11 de abril de 2014.

Obra aportada vida laboral que se da por reproducida.

**2º.-** La actora, en fecha 20 de mayo de 2016, solicitó a la empresa ASOCIACION TRAMA una excedencia por cuidado de hijo menor de 3 años nacido el NUM002 de 2015 y con efectos desde el 13 de junio de 2016.

La actora como consecuencia del nacimiento de su segundo hijo el 23 de mayo de 2017 solicitó en fecha 16 de mayo de 2017 a la empresa ASOCIACION CENTRO TRAMA una nueva excedencia voluntaria por cuidado de hijo en el periodo 25 de mayo de 2017 a 24 de mayo de 2019, que le fue concedida.

**3º.-** La actora solicitó la prestación por maternidad ante el INSS, siendo denegada la misma por su inclusión en el Régimen General por resolución de fecha 7 de junio de 2016, por no encontrarse en alta o situación asimilada al alta en la fecha del hecho causante de la prestación. Disconforme la actora interpuso reclamación previa que fue desestimada por resolución de fecha 24 de agosto de 2017.

A la actora se le reconoció la prestación económica por maternidad en virtud de su alta en el RETA y por la base de cotización a ese régimen.

**4º.-** La base reguladora de la prestación asciende a 36,01 euros día, según conformidad de las partes.

**TERCERO:** En la sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva: "Que

desestimando la demanda formulada por DOÑA Ángeles frente al INSTITUTO NACIONAL DE SEGURIDAD SOCIAL y frente a la TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, debo absolver y absuelvo a las entidades demandadas de las pretensiones frente a ellas formuladas."

**CUARTO:** Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por Ángeles formalizándolo posteriormente. Tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte.

**QUINTO:** Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en fecha 20 de julio de 2018.

**SEXTO:** Admitido a trámite el recurso se señaló el día 4 de octubre de 2018 para los actos de votación y fallo.

A la vista de los anteriores antecedentes de hecho, se formulan por esta Sección de Sala los siguientes,

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** La dirección letrada de la actora formula recurso frente a la sentencia de instancia que desestima su demanda sobre prestaciones de maternidad, postulando en el primer motivo de suplicación que se revise el hecho probado primero donde constan los datos de la vida laboral de la trabajadora y ello con el fin de que se añada allí que figura de alta en el régimen de autónomos como CNAE-investigación y desarrollo experimental en ciencias sociales y humanidades, pretensión revisoria que se basa en el informe de vida laboral y que resulta innecesaria por cuanto en la sentencia ya se da por reproducida.

**SEGUNDO.-** Al amparo del art.193 c) LJS se denuncia la infracción del art.237 apartados 1 y 2 de LGSS , del art. 36-1-3º del RD 84 /96 y del art. 46-3 de ET .

Alega en síntesis que la sentencia se basa en que no se ha alegado ni ha habido prueba sobre la compatibilidad del trabajo que la actora desarrolla como autónoma con el adecuado cuidado del menor y al efecto sostiene que yerra en la interpretación de la normativa habida cuenta de la jurisprudencia contenida en las SSTs de 14-11- 2002 , 15-12- 2003 y 10-2- 2015.

Aduce el recurso que en este caso el periodo de tiempo en que la trabajadora permanezca en situación de excedencia por cuidado de hijo con reserva de puesto de trabajo se considera como situación asimilada al alta, habiendo señalado la jurisprudencia que la consideración de estos periodos como de cotización efectiva conlleva su asimilación al alta, por eso si durante ese periodo de excedencia por cuidado de hijo se produjera el nacimiento de otro hijo, la trabajadora tiene derecho a la prestación de maternidad derivada del nuevo nacimiento y añade de un lado que en cuanto al alta o situación asimilada la sentencia pasa de rondón sobre esta situación, pero este fue el argumento de la Administración en la vía previa para denegar la prestación y de otro lado que la STS de 10-2-15 que la de instancia transcribe, lo que establece es la compatibilidad entre el trabajo y el cuidado del menor y en este caso la actora lleve a cabo una actividad laboral como autónoma en su propia vivienda que tiene un objeto eminentemente disciplinar a través de estudio e investigación, que es totalmente compatible con el cuidado del menor por lo que estima que constando este dato en la vida laboral que obra en autos no puede considerarse que exista carencia de prueba de la actividad y su compatibilidad y por ello solicita que se le conceda la prestación de maternidad con efectos del 23 de mayo de 2017.

**TERCERO.-** Consta en los hechos probados que la actora se encontraba en excedencia por cuidado de hijo en la empresa Centro Trama desde el 13 de junio de 2016, que el 1 de setiembre comienza a trabajar como autónoma y que el 23 de mayo de 2017 tuvo un segundo hijo, habiendo solicitado la prestación por maternidad que le fue denegada.

Tanto el anterior Art. 180.2 LGSS como el actual Art. 237.2 LGSS , disponen que: "Se considerará efectivamente cotizado a los efectos de las prestaciones indicadas en el apartado anterior el primer año del período de excedencia que los trabajadores disfruten, de acuerdo con el Art. 46.3 ET , en razón del cuidado de otros familiares ...".

La Sala de lo Social en sentencia de 14-11-2002 declaró: "Tal como está regulada en el Art. 46.3 del ET , el primer año de la situación de excedencia por cuidado de hijo se equipara prácticamente a efectos jurídico-laborales a la suspensión del contrato de trabajo, la cual se caracteriza por la reserva del puesto de trabajo ( Art. 48.1 ET ) y por la exoneración de las obligaciones contractuales básicas de trabajar y remunerar el trabajo ( Art. 45.2. ET ). La maternidad sobrevenida a quien se encuentra en esta situación mantiene sin duda la reserva del

puesto de trabajo y la exoneración de las obligaciones contractuales básicas, reabriendo en su caso un nuevo período de excedencia por cuidado de hijo (Art. 46.3. párrafo cuarto). La cuestión interpretativa que surge aquí es si tal estado suspensivo del contrato de trabajo en el supuesto de parto sucesivo tiene como título o soporte bien la excedencia por cuidado de hijo ya reconocida, agotándose con ella, bien la maternidad sobrevenida, con lo que entran en juego los períodos de suspensión en el "supuesto de parto" previstos en el Art. 48.4 del ET .

La solución a este dilema de interpretación legal es elegir el segundo término de la alternativa. Esta fórmula es la única que permite respetar los descansos maternales mínimos establecidos en la ley, en supuestos, como sin ir más lejos los de la sentencia recurrida (AS 2001, 3624) y la propia sentencia de contraste (AS 1999, 3126), en que entre la maternidad sucesiva (acaecida el 19 de febrero de 2000 en el caso que debemos resolver ahora) y el agotamiento de la excedencia por cuidado de hijo (prevista en el mismo supuesto litigio para el 31 de marzo de 2000) media un intervalo inferior a las "seis semanas inmediatamente posteriores al parto de descanso obligatorio". En conclusión, la madre excedente por cuidado de hijo a la que sobreviene una nueva maternidad se encuentra en este sucesivo "supuesto de parto" en situación de suspensión del contrato de trabajo en virtud de los artículos 45.1.d . y 48.4 del ET sobre descansos maternales.

Partiendo de la base anterior, la maternidad sobrevenida a quien se encuentra en el primer año de la situación de excedencia por cuidado de hijos debe ser considerada en principio como una "situación protegida" a efectos de la prestación de maternidad de la Seguridad Social, la cual, como se ha explicado en el fundamento o considerando segundo, se extiende, de acuerdo con el Art. 133 bis de la LGSS , a los "períodos de descanso" maternal del Art. 48.4 del ET . Queda por ver todavía si, además de concurrir la situación protegida, se cumple en el caso el requisito de alta o situación asimilada.

El primer año de tal situación de excedencia por cuidado de hijos se considera, en virtud del ya examinado Art. 180 de la LGSS , como "período de cotización efectiva"; y, como ordena el también reseñado Art. 17 del RD 356/1991 , tal período de cotización efectiva lleva consigo la asimilación a la situación de alta para las distintas prestaciones de Seguridad Social, salvo la incapacidad laboral transitoria. La sentencia de contraste (AS 1999, 3126) observa que en el momento de la aprobación de la referida disposición reglamentaria la situación de incapacidad laboral transitoria comprendía la prestación de maternidad. El dato es cierto. Pero no es menos verdad que a partir de la Ley 42/1994 el legislador ha establecido una regulación separada de la maternidad respecto de la incapacidad temporal, por lo que la excepción prevista en el reglamento ha de interpretarse de manera estricta, sin ir más allá de lo que contiene su tenor literal. Debe concluirse, por tanto, que el requisito de alta o situación asimilada se cumple a los efectos de la prestación de maternidad en el supuesto de maternidad sobrevenida en situación de excedencia por cuidado de hijos.

La solución anterior concuerda, por otra parte, con la doctrina jurisprudencial de esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo sobre asimilación al alta a efectos de la prestación por maternidad establecida en casos análogos, como el de la maternidad que sigue sin solución de continuidad a la situación de incapacidad temporal ( STS Unificación de Doctrina 20 de enero de 1995 [RJ 1995, 393] y [ RJ 1995, 1146] y 31 de enero de 1995 [RJ 1995, 535]) y el de la maternidad que tiene lugar en situación de suspensión del contrato de trabajo por causa disciplinaria ( STS de 30 de mayo de 2000 [RJ 2000, 8192]).

En todo caso como señaló la STC 3/2007, de 15 de enero : " Como recordábamos en nuestra STC 203/2000, de 24 de julio , refiriéndonos a una institución evidentemente próxima a la ahora considerada, cual es la de la excedencia para el cuidado de hijos, "la realidad social subyacente a la cuestión debatida y a su trascendencia constitucional muestra, en palabras de la STC 240/1999 ,..... que 'hoy por hoy son las mujeres las que de forma casi exclusiva solicitan este tipo de excedencias para el cuidado de los hijos' (FJ 5), por lo que 'en la práctica, la denegación de las solicitudes como la aquí enjuiciada constituye un grave obstáculo para la conservación de un bien tan preciado como es la permanencia en el mercado laboral que afecta de hecho mayoritariamente a la mujeres perpetuándose así la clara situación de discriminación que tradicionalmente ha sufrido la mujer en el ámbito social y laboral ( STC 166/1988 , FJ 2)' (FJ 7). De ahí que la STC 240/1999 declarase que las resoluciones denegatorias de la excedencia para el cuidado de hijo vulneraban el derecho de la recurrente a no ser discriminada por razón de sexo" ( STC 203/2000, de 24 de julio , FJ 6).

Estas consideraciones, efectuadas respecto de una solicitud de excedencia para el cuidado de hijos, son trasladables

al caso y el análisis que a tal efecto corresponde efectuar a los órganos judiciales no puede situarse exclusivamente en el ámbito de la legalidad, sino que tiene que ponderar y valorar el derecho fundamental en juego "... La dimensión constitucional de la medida contemplada en los apartados 5 y 6 del art. 37 LET y, en general, la de todas aquellas medidas tendentes a facilitar la compatibilidad de la vida laboral y familiar de los trabajadores, tanto desde la perspectiva del derecho a la no discriminación por razón de sexo ( art. 14 CE ) de las mujeres trabajadoras como desde la del mandato de protección a la familia y a la infancia ( art. 39 CE ), ha de prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa".

En definitiva, entendiendo que es de aplicación la doctrina jurisprudencial reseñada procede considerar a la demandante en situación asimilada al alta y con ello acoger su pretensión de percibir la prestación por maternidad.

**VISTOS** los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

## **FALLAMOS**

Se estima el recurso de suplicación interpuesto por la dirección letrada de D<sup>a</sup> Ángeles frente a la sentencia dictada el 30 de mayo pasado por el Juzgado de lo Social nº 4 de Oviedo en los presentes autos seguidos sobre prestación por maternidad a instancias de la recurrente y siendo demandados el Inss y la Tesorería General de la Seguridad Social, que se revoca en el sentido de declarar el derecho de la actora a percibir dicha prestación con arreglo a una base reguladora de 36,01 euros/día y con efectos del 23 de mayo de 2017, condenando a las entidades gestoras demandadas a estar y pasar por esta declaración y al Inss al abono de la prestación en la forma indicada.

### Medios de impugnación

Se advierte a las partes que contra esta sentencia cabe interponer **recurso de casación para la unificación de doctrina** , que habrá de prepararse mediante **escrito** suscrito por letrado, presentándolo en esta Sala de lo Social dentro del improrrogable plazo de los diez días hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de la misma, en los términos de los artículos 221 , 230.3 de la LRJS , y con los **apercibimientos** contenidos en estos y en los artículos 230.4 , 5 y 6 de la misma ley .

### Recurso por la Entidad Gestora

Si recurriese la Entidad Gestora condenada, cumpliendo con lo exigido en el Art. 230.2 c) de la LRJS , deberá presentar en la Secretaría de esta Sala, al momento de preparar el recurso, **certificación** acreditativa de que comienza el abono de la prestación y que lo proseguirá puntualmente durante la tramitación del mismo, salvo en prestaciones de pago único o correspondientes a un período ya agotado en el momento del anuncio. Pásense las actuaciones a la Sra. Letrada de la Administración de Justicia para cumplir los deberes de publicidad, notificación y registro de la Sentencia.

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