

LA POSIBILIDAD DE LUCRAR LA PRESTACIÓN POR MATERNIDAD EN EL RÉGIMEN GENERAL Y EN EL RETA DESDE LA SITUACIÓN DE EXCEDENCIA POR CUIDADO DE HIJOS

Comentario a la **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 4.^a, de 10 de febrero de 2015, rec. núm. 25/2014**

Carolina Blasco Jover

*Profesora Contratada Doctora de Universidad.
Universidad de Alicante*

1. SÍNTESIS DEL SUPUESTO DE HECHO PLANTEADO

Una de las medidas a través de las cuales el ordenamiento laboral prevé que el trabajador pueda disponer de cierto tiempo libre para el cuidado de hijos es la excedencia que se contempla en el artículo 46.3 del [Real Decreto Legislativo 1/1995 –ET–](#). Con ella, se pretende, como es conocido, que el trabajador pueda atender personalmente las necesidades del hijo (natural, adoptado o acogido) durante un periodo de tres años en los que se le dispensa de la obligación de prestar servicios. A su vez, sin embargo, decae también la obligación del empresario de abonar el salario, circunstancia esta que es en cierta forma paliada tanto por las normas laborales como por las de Seguridad Social. Lo primero porque el párrafo quinto del precepto estatutario antes mencionado dispone, de un lado, que todo el periodo de excedencia será computable a efectos de antigüedad y, de otro, que el trabajador tendrá garantizada la reserva de su puesto de trabajo durante, por regla general, el primer año de excedencia, y la reserva de un puesto de trabajo del mismo grupo profesional durante los dos años siguientes. Y lo segundo, porque, en virtud del artículo 180 del [Real Decreto Legislativo 1/1994 –LGSS–](#), los tres años de excedencia se califican de efectivamente cotizados a efectos de las prestaciones por jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad y paternidad, lo que supone, entre otras cosas, que a los beneficiarios del derecho se les considera, durante todo el periodo, en situación de alta.

Pues bien, de entre las variadas cuestiones que plantea la aplicación de los dos preceptos mencionados, interesa centrar la atención especialmente en una: si es posible lucrar simultáneamente la prestación de maternidad en el Régimen General y en el Régimen Especial de Autónomos desde la situación de la excedencia por cuidado de hijos. A esta pregunta ha venido a dar respuesta, en sentido positivo, el Tribunal Supremo en Sentencia de 10 de febrero de 2015 (rec. núm. 25/2014). En concreto, el supuesto de hecho que se planteaba partía de una trabajadora que, con ocasión del nacimiento de su quinto hijo, solicita la excedencia de la que aquí se trata y, en

dicha situación, un mes y medio más tarde, causa alta en el Régimen de Autónomos para comenzar a realizar una actividad profesional compatible, por características, ubicación y horario, con el cuidado del menor. En esta situación, casi 12 meses más tarde, da a luz a su sexto hijo y como consecuencia de ello, solicita la prestación de maternidad en el RETA, pero también en el Régimen General. La entidad gestora reconoce el derecho de la trabajadora a obtener la prestación en virtud del primero de los regímenes, pero no en virtud del segundo por «no estar en alta ni en situación asimilada de acuerdo con lo previsto en el art. 180 LGSS».

2. EL DISPAR CRITERIO DE LOS TRIBUNALES DE INSTANCIA Y SUPPLICACIÓN

Presentada la oportuna demanda, el Juzgado de lo Social n.º 3 de León, en fecha 29 de mayo de 2013, dicta sentencia por la cual se reconoce a la trabajadora el derecho a lucrar de modo simultáneo ambas prestaciones, y ello porque se considera que tanto cuando solicitó una como cuando solicitó la otra estaba en situación de alta en cada uno de los respectivos regímenes. A este respecto hay que señalar que la solución a la que se llega se ve respaldada tanto por los datos fácticos, ya que ciertamente la trabajadora causó derecho a la prestación desde la situación de alta en el RETA, como por los datos normativos, habida cuenta de que la aplicación del antes mencionado artículo 180 de la [LGSS](#) conduce a sostener que aquella también se encontraba, en el momento del hecho causante, de alta en el Régimen General.

De forma distinta razona, sin embargo, el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Valladolid), el cual, en Sentencia de 30 de octubre de 2013 (rec. núm. 1633/2013), niega la compatibilidad entre ambas prestaciones y, por tanto, niega que la trabajadora tenga derecho a disfrutar de la prestación por maternidad por el Régimen General. Para llegar a esta conclusión, parte de la premisa de que no es de aplicación el artículo 180 de la [LGSS](#) (ni, por cierto, tampoco la excepción contenida en la disp. adic. cuarta.1 del [RD 295/2009, de 6 de marzo](#), pues la maternidad se produjo dentro de los dos primeros años de excedencia). En efecto, el tribunal construye toda su argumentación sobre la base de entender que la trabajadora no se encontraba disfrutando, en el momento de solicitar la prestación por maternidad, de una excedencia por cuidado de hijos, sino, más bien, de una excedencia voluntaria cuyo ejercicio, como es conocido, no va ligado a las ventajas en materia de Seguridad Social que se prevén para la primera. En este sentido, se fija en el dato de que con la introducción en el ordenamiento laboral de una norma como la del artículo 46.3 del [ET](#) se pretende que el trabajador quede liberado de su obligación de prestar servicios para atender al cuidado físico y emocional del menor. Si tal es la finalidad perseguida por el legislador, se sostiene que esta se desvirtúa hasta el punto de desaparecer cuando el progenitor excedente inicia una actividad productiva con habitualidad y ánimo de lucro porque ello le entorpece o aparta de la atención al menor.

Constatada, por lo tanto, de este modo para el tribunal la desaparición de la causa que define a la excedencia por cuidado de hijos, la pregunta que se realiza a continuación es dónde incardinar

jurídicamente la situación de la trabajadora. Y la respuesta la encuentra, como se ha adelantado, en la excedencia voluntaria que no requiere, a diferencia del resto de excedencias, la presencia de causa justificativa alguna, pero que, por el contrario, posee un régimen jurídico propio y diferenciado: no hay reserva de puesto de trabajo ni derecho a la antigüedad, ni, desde luego, consideración del tiempo como cotizado ni alta en Seguridad Social. Visto el asunto desde esta otra perspectiva, se comprende que el tribunal llegue a la conclusión de que la trabajadora no tenga derecho a lucrar la prestación por maternidad desde el Régimen General por no cumplir con el requisito que exige el artículo 133 ter de la [LGSS](#) en relación con el artículo 124.1 del mismo texto legal.

3. LA CONFIRMACIÓN DE LA SENTENCIA DE INSTANCIA POR EL TRIBUNAL SUPREMO

Interpuesto ante la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León recurso de casación para la unificación de doctrina, entiende el Tribunal Supremo que no existe problema jurídico alguno para sostener que, en un supuesto como el que así se trata, pueda lucrarse de forma simultánea la prestación por maternidad en el RETA y en el Régimen General. Se considera, de este modo, que yerra el Tribunal Superior de Justicia en sus planteamientos, porque ninguna base legal o jurisprudencial existe para concluir que la excedencia por cuidado de hijos deba quedar desvirtuada y transformada, por tanto, en una excedencia voluntaria, cuando se simultanea con el desempeño de otra actividad. De hecho, fijese que esta idea, llevada al límite, supondría tanto como afirmar que el trabajador excedente que simplemente así actuara podría ser sancionado o, incluso, despedido, por transgresión de las exigencias que impone la buena fe contractual y que, para evitarlo, tendría que abstenerse de cualquier intento de obtener una renta extra durante el periodo de excedencia.

De tal opinión se aparta, como se ha dicho, de forma tajante el tribunal, que, con esta sentencia, unifica doctrina y avala las resoluciones de los tribunales menores (como, por ejemplo, SSTSJ de [Castilla y León/Valladolid, 1910/2012, de 17 octubre](#) –rec. núm. 1468/2012–, de [Aragón, 568/2012, de 10 octubre](#) –rec. núm. 504/2012– y de [Cataluña, 2270/2007, de 22 marzo](#) –rec. núm. 8852/2006–) que consideran acertada la tesis de que este tipo de excedencia no queda extinguida de forma automática por el hecho de desarrollar una actividad lucrativa durante la misma. Para la Sala, pues, la solución al caso enjuiciado pasa por entender perfectamente compatibles trabajo y situación de excedencia, ya que esta no excluiría en ningún momento la posibilidad de prestar servicios por cuenta ajena o, ahora ya incluso, por cuenta propia, durante la misma.

4. TRASCENDENCIA DEL FALLO Y CONSOLIDACIÓN DE LA DOCTRINA QUE ABOGA POR LA COMPATIBILIDAD ENTRE EL TRABAJO Y LA SITUACIÓN DE EXCEDENCIA

Realmente puede decirse que acierta el Tribunal Supremo en su planteamiento. Porque, ya de entrada, si nos atenemos al propio tenor del artículo 46.3 del [ET](#), se observa que ninguna

matización existe en el precepto de que la dedicación que se debe ofrecer al menor haya de ser ininterrumpida y exclusiva durante todo el tiempo de vigencia de la excedencia. Por lo tanto, si el propio legislador no ha introducido tal condicionante pudiendo hacerlo, no cabe entender que quepa realizar una interpretación de la norma tan restrictiva como la que plantea el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León.

Pero, si del silencio del precepto quisiera extraerse que el cuidado del menor habría de ser tratado como un hecho obstativo para la prestación de cualquier trabajo, cabría preguntarse, a continuación, si es que acaso sufre especialmente el bien jurídico tutelado por el hecho de que el progenitor compatibilice su situación con el inicio de una actividad lucrativa. En mi opinión, la mejor protección del interés salvaguardado por la norma no parece que pase por negar esta posibilidad al trabajador excedente. Y menos en las condiciones en que la excedencia se define, pues, como se sabe, no se tiene derecho al salario ni a una prestación económica sustitutiva del mismo, de modo que su incompatibilidad con la realización de otro trabajo podría devenir en una imposibilidad de obtener una fuente de ingresos y, por ende, tener el perverso efecto de dificultar la tutela del menor. Pero, por si esta consideración no fuera de por sí bastante concluyente, es fácil conjeturar también que el desarrollo de la otra actividad permita una mayor compatibilidad entre los deberes parentales y el derecho al trabajo, y ello ya sea porque garantice un mejor horario o jornada para atender directamente al menor o bien porque permita un mejor ajuste con las obligaciones laborales del otro progenitor. Y si ello es así, ciertamente no cabe pensar que la empresa en la que se consigue la excedencia pueda entrar a fiscalizar la libertad con la que cuenta el progenitor *ex* artículo 39.3 de la [Constitución Española](#) para elegir el modo en el que desea cumplir con su obligación de cuidar al hijo.

Con todo, una cosa es que no exista una especial obligación de no desempeñar actividad lucrativa alguna por cuenta propia o ajena durante el periodo de excedencia y otra bien distinta es que, a causa del desarrollo de tal prestación de servicios, quede, efectivamente, desatendido el cuidado del menor. Y es que no debe perderse de vista que la compatibilidad entre las dos situaciones, el trabajo y la atención al hijo, debe quedar condicionada a que no se desvirtúe la finalidad a la que responde este tipo de excedencia, bien porque el nuevo trabajo se desarrolle en unas condiciones horarias adecuadas para prestar los debidos cuidados o bien porque existan otras circunstancias que faciliten que el progenitor pueda ocuparse de ambas cuestiones de forma simultánea. De hecho, es precisamente por este motivo, porque resulta acreditado que el nuevo trabajo, debido a sus características, no entorpece el cuidado del menor, por el que el tribunal considera que en el supuesto enjuiciado sigue existiendo la excedencia por cuidado de hijos y, por lo tanto, el derecho de la trabajadora a que se la considere de alta durante la vigencia de la misma.

El planteamiento contrario, en consecuencia, habrá de defender que de apreciarse lo que verdaderamente encierra la excedencia no es la causa por la que se solicitó, sino, más bien, otros intereses contrapuestos y muy alejados de las debidas obligaciones paternas. De este modo, es posible sostener, como así lo ha hecho la doctrina judicial en sentencias como las de los Tribunales Superiores de Justicia de [Islas Canarias \(Santa Cruz de Tenerife\), 156/2012, de 16 marzo](#) (rec. núm. 914/2011) y País Vasco de [1 de marzo de 2011](#) (rec. núm. 278/2011), que el trabajador ex-

cedente estaría obrando de modo fraudulento cuando desarrollara otra actividad de un modo o con unas características por las que quedara cuestionado el cuidado del menor (algo que, claramente, vaciaría de contenido a la excedencia), cuando incumpliera un pacto previo de plena dedicación o, en fin, cuando concurriera de forma desleal con su empresa. En todos estos casos será viable, desde luego, la imposición de la sanción de despido por transgresión de la buena fe contractual; pero, por lo que aquí importa, entiendo que, ateniéndose a lo estipulado en el artículo 6.4 del [Código Civil](#), el empresario podría restablecer el equilibrio contractual otorgando –esta vez sí– a la excedencia disfrutada por el trabajador el tratamiento que el artículo 46.2 del [ET](#) asigna a las de carácter voluntario, aplicando de este modo el régimen jurídico que el trabajador habría querido evitar al realizar un uso totalmente desviado y fraudulento de la excedencia por cuidado de hijos.

Sea como fuere, lo cierto es que son tales supuestos, los alejados a una debida coherencia con la finalidad última pretendida por esta excedencia, los que merecen reprobación, al suponer de forma tan meridiana el abuso en el ejercicio de un derecho que se concede para conciliar de mejor forma los intereses familiares con los laborales y para tutelar el desarrollo del menor durante sus primeros años de vida. No siendo el caso enjuiciado uno de ellos, no cabe más que concluir que atina, por tanto, el Tribunal Supremo en la solución ofrecida, máxime cuando, si se piensa, admitir la incompatibilidad absoluta e incondicionada entre el trabajo y la situación de excedencia sería tanto como empeorar la ya de por sí delicada situación laboral de las madres trabajadoras –el colectivo que en mayor número se acoge a este tipo de excedencias– al colocarlas en la difícil situación de estar durante como máximo tres años sin realizar prestación laboral alguna y sin obtener ingresos de ningún tipo. Qué duda cabe que ello acabaría por dificultar tanto su reciclaje profesional como su autonomía personal y económica, al tiempo que potenciaría la idea de que, de entre ambos progenitores, es la mujer la que debe ocuparse del cuidado y atención de los hijos.