

Prestación por maternidad en el régimen general y en el RETA: es posible causarlas simultáneamente desde una situación de excedencia para cuidado de hijo

Maternity benefits in the General Social Security System and in the RETA: it is possible to cause them simultaneously on an extended leave of absence to look after a child

PILAR CHARRO BAENA

PROFESORA TITULAR DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL
UNIVERSIDAD REY JUAN CARLOS

Resumen

El Tribunal Supremo viene a dar respuesta positiva a la posibilidad de lucrar simultáneamente dos prestaciones por maternidad, una en el Régimen General y otra en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, desde la situación de excedencia para cuidado de hijo menor de tres años. El que la trabajadora en excedencia realice una actividad profesional que le permita conciliar la vida personal, familiar y laboral y cause alta en el Régimen Especial de Autónomos no implica la mutación de la excedencia por cuidado de hijo en otra voluntaria. En consecuencia, y teniendo los tres años de excedencia para cuidado de hijo la consideración de período efectivamente cotizado y situación asimilada al alta, no puede por menos que admitirse la compatibilidad de las prestaciones por maternidad causadas en ambos regímenes.

Abstract

The Supreme Court admits the simultaneous payment of two maternity benefits, one in the General System and the other in the Special System of Self-Employed Workers, on an extended leave of absence to look after a child under the age of three. The performance of a professional activity by the worker on an extended leave of absence which permits to reconcile the personal, familiar and working life and sign up in the Special Regime of Self-Employed Workers, does not involve the mutation of the leave of absence for taking care of children in a voluntary one. Accordingly, and having the three years of leave of absence for taking care of children the consideration of contribution period and equivalent situation to the registry in the Social Security System, it must be accepted the compatibility of the maternity benefits in both systems.

Palabras clave

Excedencia, Cuidado de hijo, Maternidad, Cotizaciones ficticias, Compatibilidad, Regímenes de Seguridad Social

Keywords

Leave of absence, Taking care of children, Maternity, Nominal contributions, Compatibility, Social Security Systems

1. SUPUESTO DE HECHO E ITER PROCESAL

Los hechos de los que trae causa la Sentencia que ahora se comenta son sencillos. Una trabajadora dada de alta en el Régimen General de Seguridad Social que prestaba servicios laborales como jefa de zona para una empresa solicita, y le es concedida, una excedencia para cuidado de su quinto hijo. Cuando apenas llevaba dos meses en esa situación, causa alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos como consecuencia de desarrollar una actividad por cuenta propia que, por las características, ubicación, horario y demás condiciones, le permitían conciliar el cuidado del hijo menor. Unos meses después, nace su sexto hijo, por lo que la trabajadora solicita las prestaciones de maternidad tanto en el Régimen General de la Seguridad Social como en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos (en adelante, RETA). La Entidad Gestora reconoce el derecho de la trabajadora a obtener la prestación en el RETA; sin embargo, en relación a la solicitud de dicha prestación

en el Régimen General de la Seguridad Social, la deniega “por no estar en alta ni en situación asimilada de acuerdo con lo previsto en el artículo 180 LGSS”.

La trabajadora formuló la preceptiva reclamación administrativa previa; al ser desestimada interpuso demanda ante los Juzgados de lo Social de León. El Juzgado Social núm. 3 de León dictó Sentencia con fecha 29 de mayo de 2013 en la que declaraba el derecho de la trabajadora a la prestación por maternidad por nacimiento de su sexto hijo, con derecho a percibir una prestación económica equivalente al 100% de la base reguladora reconocida.

La Sentencia de instancia es recurrida en suplicación por el Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, sede Valladolid. El citado Tribunal dictó Sentencia en fecha 30 de octubre de 2013, estimando el recurso y negando la compatibilidad entre ambas prestaciones y, en consecuencia, el derecho de la trabajadora a disfrutar de la prestación por maternidad en el Régimen General de la Seguridad Social. Considera el Tribunal que aquélla en el momento del hecho causante no se encontraba ni en alta ni en situación asimilada al alta –como establece la disposición adicional cuarta.1 del RD 295/2009, de 6 de marzo–, pues al simultanear la excedencia para cuidado de hijo con un trabajo por cuenta propia, dicha excedencia había mutado a otra voluntaria.

Contra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León/Valladolid se interpuso recurso de casación para la unificación de doctrina, aportándose como sentencia de contraste la del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 10 de octubre de 2012. En esta última Sentencia se afirma que el hecho de que la trabajadora en excedencia para cuidado de hijo hubiese estado prestando servicios a tiempo parcial para otra empresa no supone *per se* la extinción de la anterior excedencia; lo anterior conlleva que sea de aplicación la previsión contenida en el citado RD 295/2009, en orden a la consideración de la excedencia para cuidado de hijo como situación asimilada al alta respecto de determinadas prestaciones. El Tribunal Supremo revoca la sentencia impugnada y declara la compatibilidad de ambas prestaciones sobre la base de la argumentación que se desarrollará en el epígrafe siguiente.

2. ANÁLISIS DE LA DOCTRINA JUDICIAL

2.1. La excedencia para cuidado de hijo como instrumento de conciliación de la vida personal, familiar y laboral

La primigenia finalidad tuitiva del Derecho del Trabajo hizo que tempranamente se incorporaran disposiciones que tutelaban intereses vinculados a la mujer trabajadora y a la familia. Si bien es cierto que esa protección estuvo vinculada durante muchos años al hecho biológico de la maternidad y a la tutela de la mujer como ser débil y necesitado de una especial protección, la normativa laboral ha ido añadiendo secuencialmente fórmulas que permitiesen a las trabajadoras compatibilizar la atención de determinados intereses familiares con su desarrollo profesional, sin que ello supusiese un peligro para la estabilidad en el empleo. La entrada en vigor de la Constitución Española de 1978 y la integración de España en la, entonces, Comunidad Económica Europea provocó un giro radical en la protección jurídico-laboral de la mujer trabajadora erigiéndose como objetivo fundamental la promoción de la mujer en términos de igualdad real y efectiva con el hombre.

En la actualidad, se pueden distinguir hasta tres tipos de medidas jurídico-laborales dirigidas a la protección de los intereses familiares de los trabajadores:

1) Las que protegen la salud de la madre, del feto y del hijo/a durante el embarazo, parto, puerperio y lactancia. Como se ha adelantado, fueron las primeras que se adoptaron y se centraban, en exclusiva, en el hecho biológico de la maternidad.

2) Las que garantizan el principio de igualdad, impidiendo que la maternidad tenga efectos perniciosos en el acceso al empleo y la segregación profesional; en la formación y la promoción a puestos de responsabilidad; a una mayor precariedad en el empleo y la expulsión del mercado de trabajo por motivos relacionados con la maternidad y la asunción de responsabilidades familiares; y, en fin, a una menor protección social derivada de la interrupción de la carrera de seguro.

3) Las que fomentan la corresponsabilidad de ambos sexos, procurando que la maternidad/paternidad sea asumida y compartida por ambos progenitores.

Con origen en el ET de 1980, la excedencia para el cuidado de un hijo menor de tres años quedaría enmarcada, por una parte, entre las que fomentan la corresponsabilidad entre los progenitores, pues desde su origen la titularidad del derecho se atribuyó indistintamente a ambos. Otra cuestión es que las estadísticas tozudamente advierten de que el cuidado de hijos menores (y, en general, de los familiares) sigue siendo responsabilidad de las mujeres. Según datos publicados por el Instituto de la Mujer y para la Igualdad de Oportunidades¹, en 2014 (último año del que se disponen cifras) disfrutaron de una excedencia para cuidado de hijos menores de tres años 31.435 personas, de las cuales el 94,02% eran mujeres. En el mismo año, quienes solicitaron y ejercitaron el derecho a una excedencia para cuidado de familiar fueron 8.176, de los cuales, el 84,67% eran mujeres. Estas cifras no difieren en mucho de las de años anteriores.

Pero por otra, y en este breve comentario jurisprudencial es lo que interesa, la actual regulación laboral y de Seguridad Social de la excedencia para cuidado de hijos se encuadra entre las medidas que garantizan el principio de igualdad, impidiendo que la maternidad tenga efectos perniciosos en el empleo y en las carreras de seguro. Como se sabe, los derechos de conciliación se configuran como derechos de ausencia², y el ejemplo más paradigmático de ello son las excedencias laborales. Como tales derechos de ausencia obligan a los trabajadores con responsabilidades familiares a apartarse, aunque sea temporalmente, del mercado de trabajo, lo que genera efectos negativos en el plano contractual (pérdida o reducción de ingresos, déficit formativo, pérdida de expectativas de mejora) y de Seguridad Social³. Sin duda, una finalidad fundamental de la regulación de la excedencia para cuidado de hijo es evitar una discriminación indirecta a través de la que se

¹ <http://www.inmujer.gob.es/estadisticas/consulta.do?area=6>

² BALLESTER PASTOR, M^a.A.: “Conciliación y corresponsabilidad en las últimas reformas laborales y de Seguridad Social”, en AA.VV. *La flexibilidad interna y los despidos colectivos en el sistema español de relaciones laborales* (Coor. N. PUMAR BELTRÁN), Huygens Editorial, Barcelona, 2014, págs. 182 y ss.

³ VIQUIERA PÉREZ, C.: “Derechos de conciliación de la vida laboral, familiar y personal: Deficiencias y problemas aplicativos”. *Aranzadi Social* núm. 10, 2010, pág. 19.

expulsa a la mujer del mercado de trabajo⁴. El Tribunal Constitucional en Sentencia 240/1999, de 20 de diciembre⁵, reconoció que “hoy por hoy son las mujeres las que de forma casi exclusiva solicitan este tipo de excedencias”, por tanto, se trata de una institución directamente conexas con el principio de igualdad por razón de sexo. Consideró el Alto Tribunal que “en la actualidad debe admitirse que denegar a una funcionaria interina de larga duración la posibilidad de solicitar las excedencias para el cuidado su hijo produce una efectiva y real discriminación respecto de la permanencia en el mercado de trabajo”. En su Sentencia 3/2007, de 15 de enero⁶, afirmó que el objetivo primordial de las medidas que coadyuvan a lograr una conciliación de la vida familiar y laboral es evitar la discriminación laboral –especialmente de la mujer– y asegurar una efectiva igualdad de oportunidades.

El legislador laboral ha ido completando el régimen jurídico de la excedencia para cuidado de hijo, estableciendo que el tiempo que se disfrute de la excedencia por cuidado de hijos computa antigüedad; durante ese tiempo, el trabajador tiene derecho a participar en los cursos de formación profesional; y, en fin, tiene derecho a reserva de puesto de trabajo durante el primer año y, transcurrido dicho plazo, tiene derecho a la reserva de un puesto de trabajo del mismo grupo profesional (salvo que el trabajador forme parte de una familia numerosa, en cuyo caso, la reserva se extiende a quince o dieciocho meses). En materia de Seguridad Social, la protección se ha traducido en la consideración del período de excedencia para cuidado de hijo como situación asimilada al alta y como período de cotización efectiva, a efectos de lucrar determinadas prestaciones, entre ellas, la de maternidad.

2.2. La prestación familiar contributiva y su relación con la excedencia para cuidado de hijo

Uno de los efectos en materia de Seguridad Social que se acompaña al ejercicio del derecho a la excedencia para cuidado de hijo es la mal llamada prestación familiar “contributiva”. Se está haciendo referencia a la previsión contenida en el vigente artículo 237 LGSS 2015 (antes, art. 180 LGSS 1994), en cuya virtud, los períodos de hasta tres años de excedencia que los trabajadores, de acuerdo con el artículo 46.3 del ET, disfruten en razón del cuidado de cada hijo o menor en régimen de acogimiento permanente o de guarda con fines de adopción, tendrán la consideración de periodo de cotización efectiva. Este reconocimiento tendrá una serie de beneficios, como el ser tenidos en alta para acceder a las demás prestaciones de Seguridad Social, salvo la de incapacidad temporal y servir para el cómputo del período de carencia y de la base reguladora para acceder a las prestaciones de la Seguridad Social por jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad y paternidad.

El ordenamiento de la Seguridad Social contempla desde hace tiempo el reconocimiento de cotizaciones ficticias⁷ (es decir, la atribución de periodos de cotización no realizados efectivamente) en determinados supuestos de reducción de jornada, suspensión o

⁴ PÉREZ ALONSO, A.: *La excedencia laboral*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pág. 58.

⁵ RTC 1999, 240.

⁶ RTC 2007, 3.

⁷ Denominadas “cotizaciones presuntas” por ALBIOL MONTESINOS, I.; ALFONSO MELLADO, C.L.; BLASCO LAHOZ, J.; CAMPS RUIZ, L.M.; GARCÍA RUBIO, M^a.A. y RODRÍGUEZ PASTOR, G.: *Los aspectos laborales de la Ley de Igualdad*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pág. 180.

extinción del contrato a fin de anular los efectos negativos que, en materia de Seguridad Social, se derivan de la atención y cuidado de hijos y familiares⁸. La prestación no económica de la Seguridad Social ahora comentada fue introducida por la Ley 26/1990, de 20 de diciembre, de prestaciones no contributivas, y como se ha dicho, al menos resulta paradójico⁹ que se califique como contributiva la referida prestación, pues ni su reconocimiento está subordinado a la acreditación de período de carencia alguno, ni su finalidad es paliar la ausencia de salarios dejados de percibir durante el tiempo en que los beneficiarios se encuentren en situación de excedencia.

Se trata, asimismo, de una prestación para la que no es necesaria la solicitud, por parte del beneficiario, para su reconocimiento, por lo que sugiere más una situación asimilada al alta que una prestación en sentido estricto. Bastará la alegación del período cotizado en el momento en que sea necesario justificar su procedencia. Las empresas, según dispone el artículo 8 del Real Decreto 1335/2005, de 11 de noviembre, por el que se regulan las prestaciones familiares de la Seguridad Social, deberán comunicar a la Tesorería General de la Seguridad Social, en el plazo de quince días a partir de que se produzca, el inicio y la finalización del disfrute de los trabajadores de los períodos de excedencia laboral para cuidado de hijos, so pena de incurrir en una infracción leve (artículo 21.3 LISOS), aunque la comunicación extemporánea de la empresa de la situación de excedencia no perjudica a la trabajadora si reúne los debidos requisitos para ser acreedora de la prestación¹⁰.

Su objetivo es, precisamente, cubrir el vacío de cotización que supone la excedencia, período de suspensión del contrato de trabajo en el que cesan las obligaciones de cotización tanto de los trabajadores como del empresario (aunque se considere como tiempo cotizado, el empresario en todo caso cursará la baja en el Régimen que corresponda) y contribuir a la conciliación de la vida laboral y familiar, mitigando las negativas repercusiones que el ejercicio del derecho a la excedencia por causas familiares tendría sobre la carrera profesional de los trabajadores excedentes, muy especialmente por lo que respecta a sus carreras de seguros.

Si originalmente esa atribución de períodos de cotización no realizados efectivamente se limitó al primer año de excedencia¹¹, coincidente con el período de reserva del mismo puesto de trabajo, se ha ido ampliando, primero a dos años, por mor de la disposición adicional 18.12 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad efectiva de mujeres y hombres, hasta, finalmente, alcanzar los tres años, esto es, la totalidad del período de excedencia, por el artículo 9.2 de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre Actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social.

⁸ VICENTE PALACIO, A.: “En busca de la igualdad material de las mujeres: igualdad formal y medidas de acción positiva en materia de Seguridad Social”. *Lan Harremanak* núm. 25, 2012, pág. 223.

⁹ SÁNCHEZ RODAS, C.: “La prestación familiar en su modalidad contributiva. exégisis a la nueva redacción del artículo 180 TRLGSS”, *Aranzadi Social* núm 5, 2004, págs. 647-662.

¹⁰ STSJ Comunidad Valenciana de 10 de marzo de 2009 (AS 2009, 1532).

¹¹ En su origen, el período de cotización ficticia se aumentaba hasta quince o dieciocho meses si la unidad familiar de la que formaba parte el menor, en razón de cuyo cuidado se solicita la excedencia, tenía la consideración de familia numerosa de categoría general o especial, respectivamente.

La previsión contenida en el vigente artículo 237 LGSS 2015 (antes, artículo 180 LGSS 1995) se completa con disposiciones reglamentarias. El artículo 36.1.3 del Real Decreto 84/1996, de 26 de enero, por el que se aprueba el Reglamento general sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social, establece como situación asimilada al alta “La situación de excedencia para el cuidado de hijos con reserva de puesto de trabajo, de acuerdo con la legislación aplicable”. Y la disposición adicional cuarta del Real Decreto 259/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad y riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural, prevé que “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 LGSS 1995 (actualmente, artículo 237 LGSS 2015)”.

En la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 13 de octubre de 2013, considera el Tribunal que la trabajadora no tiene derecho a la prestación por maternidad en el Régimen General de la Seguridad Social, por una parte, porque ya que no se encontraba ni en alta ni en situación asimilada al alta, ya que aquélla no se encontraría en la situación protegida en el artículo 180 LGSS 1995 (hoy, artículo 237 LGSS 2015) sino en el supuesto previsto en la disposición adicional cuarta del Real Decreto 259/2009, de 6 de marzo, que no considera el mismo como de asimilación al alta a efectos de las prestaciones por maternidad. Por otra, y en íntima relación con lo anterior, porque entiende que la realización de una actividad profesional durante la situación de excedencia por cuidado de hijo provocó que ésta mutara en una excedencia voluntaria.

Sobre la última de las consideraciones que maneja el TSJ de Castilla y León se harán los comentarios oportunos en el siguiente epígrafe. En relación a la primera, el Tribunal Supremo declara que la trabajadora se encontraba en situación asimilada al alta en el momento de solicitar la prestación por maternidad, puesto que la excepción contenida en la disposición adicional cuarta del Real Decreto, respecto de la consideración de situación asimilada al alta a efectos de las prestaciones por incapacidad temporal, maternidad y paternidad, se refiere al caso en que se haya superado el período considerado como de cotización efectiva, esto es, desde la reforma operada en 2011, los primeros tres años de excedencia.

Además, recuerda el Alto Tribunal la expresa compatibilidad de prestaciones por maternidad lucradas en varios regímenes de la Seguridad Social. Conforme a lo dispuesto en el artículo 3.6 del Real Decreto 295/2009, en los supuestos de pluriactividad o pluriempleo, el beneficiario disfrutará de los descansos y prestaciones por maternidad en cada uno de los empleos de forma independiente e ininterrumpida, de acuerdo con la normativa aplicable en cada caso.

2.3. La excedencia con afectación finalista para cuidado de hijo

La excedencia que ahora se examina tiene una afectación finalista: el cuidado de un hijo menor de tres años. Esta afectación no es indiferente. La normativa vigente no anuda expresamente el ejercicio del derecho a la excedencia de un hijo a que el trabajador/a acredite que efectivamente dedica el tiempo de la excedencia a la atención y cuidado del

menor. Nótese que, a diferencia de lo previsto para la reducción de jornada por cuidado de hijo menor de doce años (art. 37.6 ET), donde se exige que el cuidado sea “directo”, en la excedencia para cuidado de hijo no se acompaña del mismo calificativo. No obstante, no debe pensarse en un menor grado de exigencia para acceder a la excedencia que para lograr el derecho a la reducción de jornada¹² pues ese es precisamente el fundamento de la institución. El silencio del legislador ha de interpretarse como una presunción de probidad en el ejercicio de la excedencia. La doctrina judicial no ha sido uniforme y el Tribunal Supremo, en la Sentencia que ahora se comenta, unifica doctrina afirmando la posible compatibilidad de trabajo y excedencia, pues la ley no anuda el ejercicio de ésta a la dedicación “exclusiva” al cuidado de hijos o familiares.

En relación a esta cuestión, una de las cuestiones más controvertidas es la relativa a la compatibilidad o no del ejercicio de la excedencia para cuidado de hijo con el desempeño de una actividad laboral o profesional¹³. Por descontado, la prohibición de realizar competencia desleal actuaría como límite para admitir la compatibilidad de trabajos (por cuenta propia o ajena) durante la excedencia.

Tratándose de excedencias con afectación finalista y teniendo en cuenta los privilegiados efectos a los que se anuda, parecería legítimo defender el interés empresarial por limitar que el trabajador excedente realizara actividades por cuenta propia o ajena durante el tiempo que está en excedencia y con reserva de puesto de trabajo. No es infrecuente, en este sentido, que la negociación colectiva advierta al trabajador excedente que no puede incurrir en actividad alguna, por cuenta propia o ajena, que represente una competencia respecto a la actividad de la empresa¹⁴. El VI Convenio colectivo del sector de derivados del cemento (art. 78) lo limita a la prestación de servicios que supongan una concurrencia desleal en relación a la Empresa. Si así lo hiciera, perderá automáticamente su derecho al reintegro; en el mismo sentido, se dispone que la excedencia no podrá utilizarse para pasar a otra Entidad de Ahorro, Banca, Cajas Rurales o entidades similares; si así se hiciera, se perderán todos los derechos¹⁵. En parecidos términos se expresa el Convenio colectivo del sector de saneamiento público, limpieza viaria, riego, recogida, tratamiento y eliminación de residuos, limpieza y conservación de alcantarillado, advirtiendo que de prestar sus servicios en otra empresa que se dedique a la misma actividad o sea similar a una parte de la actividad global de la empresa, so pena de perder el derecho a reintegro¹⁶.

La doctrina judicial se ha hecho eco, en ocasiones, de esta interpretación restrictiva. Así, la STSJ Madrid de 2 de diciembre de 2008¹⁷ mantiene que cuando el legislador ha regulado la excedencia para cuidado de hijo está pensando en una atención personal y no

¹² LÓPEZ TERRADA, E.: El concepto de familia en el Estatuto de los Trabajadores: identificación de los sujetos protegidos. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pág. 58.

¹³ Véase, al respecto, el completo y reciente estudio de PRIETO PADÍN, P.: “Excedencia por cuidado de hijos y familiares: compatibilidad con el trabajo por cuenta propia y ajena y competencia desleal”, RTSS-CEF núm. 391, 2015, págs. 101 y ss.

¹⁴ Art. 11.1 del XV Convenio colectivo de la Empresa Eropcar IB, SA.

¹⁵ Art. 21.5 del VII Convenio colectivo de la Caja de Ahorros de Guipuzkoa y San Sebastián-Kutxa.

¹⁶ Art. 57 del Convenio colectivo de Mercadona, SA, Fornis Valencians Forva, SAU, Mena Supermercados, SI y Saskibe, SL, que alude a carnicerías, charcutería, droguerías, frutas y verdura, pescadería, bodegas, horno, perfumería, ultramarinos.

¹⁷ Jur 2009, 103470.

delegada, y esta finalidad explica la intensidad de la protección reconocida, que incluye obligaciones para la empresa tales como la reserva del mismo puesto de trabajo al menos durante un año, y de otro puesto equivalente en todo caso, el cómputo de la antigüedad, la asistencia a cursos de formación profesional (art. 46.3 ET) y otros beneficios para los trabajadores como la situación asimilada al alta y el cómputo del período como cotizado a efectos de la mayoría de las prestaciones, así como la protección reforzada en materia de nulidad del despido. Todo ello carecería de sentido si se aceptara que cabe solicitar la excedencia –es decir ejercitar un derecho a dejar de trabajar conservando el puesto de trabajo– por cuidado de hijo, y sin embargo trabajar en otra empresa.

El mismo Tribunal, en la STSJ Madrid de 21 de enero de 2003, considera que la concurrencia que lleva a cabo la trabajadora debe reputarse desleal porque se aprecia un elemento intencional en su conducta (al iniciar la relación laboral con la segunda empresa al día siguiente de comenzar el disfrute de su excedencia) lo que, según el juzgador, evidencia una planificación laboral y profesional de la que no se informó a la empresa; pero, sobre todo, porque las características del puesto de trabajo son esencialmente similares a las del puesto que se venía desempeñando antes de la excedencia, lo que evidencia que la actividad se realiza en el mismo sector, mismo mercado y un círculo de clientes similar, lo que puede provocar un desvío de clientela, así como un aprovechamiento de los conocimientos adquiridos en la empresa que le concedió la excedencia, y a la que sigue vinculada, originando un perjuicio para el empresario.

La doctrina judicial en este sentido ha llevado a declarar procedentes los despidos disciplinarios de trabajadores excedentes que llevaban a cabo actividades laborales durante el período de excedencia por incurrir en trasgresión de la buena fe contractual.

Menos drástica es la solución proporcionada por otros Tribunales de Justicia, entre los que se encuentra el de Castilla y León/Valladolid, que en su Sentencia de 30 de octubre de 2013, que casa el Tribunal Supremo, considerando que el trabajador ha de ser considerado en tales casos en situación de excedencia voluntaria. Llegan a la conclusión de que la excedencia para cuidado de hijo y la excedencia voluntaria protegen intereses distintos y el legislador somete ambos derecho a distintos condicionamientos y regímenes jurídicos. En la excedencia voluntaria, ciertamente la norma no impone limitaciones al trabajo en distinta empresa, pero correlativamente también el contenido del derecho es mucho más restringido para el trabajador. Pero en la excedencia por cuidado de hijo el objetivo es que el trabajo no impida la atención personal a aquel, y por ello no puede darse a este tipo de excedencia el mismo trato legal que a las otras en cuanto al mantenimiento de otro empleo.

No se puede compartir esta opinión, por mucho que la excedencia voluntaria pueda también desempeñar un importante papel en la conciliación de los intereses personales, familiares y laborales. Como señala el Tribunal Supremo, para llegar a tan drástica solución (mutación de la excedencia para cuidado de hijo a excedencia voluntaria) no hay ningún respaldo legal. En la misma línea, la STSJ de la Comunidad Valenciana de 4 de abril de 2000¹⁸, afirma que de la contratación de la trabajadora en una nueva empresa no puede derivarse su baja voluntaria en la empresa en la que solicitó la excedencia pues, en opinión

¹⁸ AS 2000, 4111.

del Tribunal, nada impide que durante la excedencia por cuidado de hijos se presten servicios en una empresa distinta que, por sus características, pueda convenir más al trabajador durante ese período.

No obstante lo anterior, en nuestra opinión también son atendibles, y legítimos, los intereses del trabajador excedente que bien pidiera simultanear el cuidado del hijo o del familiar con otro trabajo que le permitiera, sin merma salarial, atender a dichas responsabilidades. Desde luego, la pervivencia del vínculo jurídico que supone la excedencia por cuidado de hijos determina que el derecho reconocido a los progenitores debe vincularse al deber genérico de buena fe, que debe presidir toda relación laboral, aun cuando ésta se encuentre en un estado latente. Pero el hecho de compatibilizar un trabajo por cuenta propia o ajena con una excedencia para cuidado de hijo, no tiene por qué frustrar necesariamente el propósito que tuvo el legislador al regular la figura. Ni siquiera sería necesario que el nuevo trabajo fuese ocasional o marginal, criterio que, en opinión del Tribunal Supremo, se antoja en exceso rígido y estricto. Máxime como ocurre en este caso, que se ha alegado y probado que la actividad profesional, por su duración, características e, incluso, por su cercanía a su domicilio, es perfectamente posible atender al cuidado del menor.

La STS de 10 de febrero de 2015,¹⁹ que ahora se comenta, admite la compatibilidad entre la excedencia para cuidado de hijo y el trabajo por cuenta propia, señalando que “en la medida en que el nuevo trabajo resulta compatible con el cuidado del menor, no se le deben anudar a la legítima aspiración de la madre trabajadora de obtener algunos ingresos una consecuencias tan negativas como la pérdida del derecho a reserva de su puesto de trabajo”. Es más, la compatibilidad entre excedencia y trabajo puede facilitar una de las finalidades perseguidas por el régimen jurídico actual de la excedencia para el cuidado de hijos, como es el reducir los efectos negativos que su disfrute acarrea, desde una perspectiva de género, en la promoción en el empleo y en la carrera de seguro de las trabajadoras.

3. CONCLUSIONES

La excedencia laboral, en sus diferentes modalidades, ha jugado un papel fundamental como instrumento de conciliación de la vida personal, familiar y laboral. Se trata de uno de los instrumentos dispuestos por el ordenamiento laboral para encauzar los objetivos relativos a la conciliación que consiste en el derecho de los trabajadores a apartarse temporalmente del mundo laboral, suspendiendo el contrato de trabajo, con la finalidad atender al cuidado de un hijo o de un familiar. El régimen jurídico asociado a la excedencia para cuidado de hijo, en sus aspectos laborales y de Seguridad Social se ha ido intensificando y fortaleciendo para, desde la perspectiva del principio de igualdad de oportunidades por razón de sexo, impidan que la maternidad tenga efectos perniciosos en el acceso al empleo, en la formación y la promoción profesional; o, peor aún, provoque la expulsión del mercado de trabajo por motivos relacionados con la maternidad y la asunción de responsabilidades familiares y a una menor protección social derivada de la interrupción de la carrera de seguro.

¹⁹ Rec. núm. 25/2014.

En este sentido, que el tiempo en que el trabajador se encuentra en situación de excedencia para cuidado de hijo sea considerado como situación asimilada al alta y se tenga como tiempo cotizado contribuyen, sin duda, a alcanzar ese objetivo.

Afirma, acertadamente, el Tribunal Supremo que la realización de una actividad laboral o profesional durante el ejercicio de la excedencia para cuidado de hijo no frustra, necesariamente, la finalidad perseguida por el legislador cuando reguló esta figura. Por tanto, serán compatibles cuando por las características del trabajo pueda atenderse adecuadamente el cuidado del menor.

Y si lo anterior se admite, no puede por menos que defender la posibilidad de lucrar, simultáneamente, prestaciones por maternidad en el Régimen General y en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, al encontrarse la trabajadora en una situación asimilada al alta, con cotizaciones, y haber solicitado la prestación dentro de los tres años que puede alcanzar la excedencia para cuidado de hijo y su “privilegiado” régimen jurídico.