

# Compatibilización entre situación asimilada al alta, derivada de la vigencia de excedencia por cuidado de hijo o familiar, y realización de actividad productiva (STS, Sala IV, 708/2015, de 10 de febrero)

OLIMPIA MOLINA HERMOSILLA

PROFESORA TITULAR DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL  
UNIVERSIDAD DE JAÉN

## Resumen

La sentencia 708/2015 dictada por la Sala IV del Tribunal Supremo, con fecha 10 de febrero, viene a zanjar las dudas respecto a la correcta interpretación de lo que ha de entenderse por situación asimilada al alta, a los efectos del reconocimiento de la prestación por maternidad, en los supuestos de periodos de excedencia por cuidado de hijo, durante los cuales, se ha realizado actividad productiva por cuenta propia. Esta Sentencia aporta así un criterio claro a seguir para considerar compatible la realización de estas actividades con la citada excedencia, sin que ello suponga necesariamente, que deba decaer la naturaleza causal de esta excedencia, y con ello, la pérdida de su consideración como situación asimilada al alta.

La doctrina que en esta Sentencia 708/2015 unifica la Sala IV del Tribunal Supremo, presenta así mismo la virtualidad de resultar extensiva a otros supuestos de hecho similares a la excedencia por cuidado de hijo, como es el caso de la motivada por cuidado de familiar. De igual forma, dicha interpretación permitirá igualmente su aplicación en los supuestos de actividad productiva por cuenta ajena.

## Abstract

The judgment 708/2015 from Supreme Court from 10 th February ends doubts about the correct interpretation of similar service for the purposes of recognition of maternity benefit in cases of periods child care leave, when the workers do productive activity .This provides a clear interpretation for considering support these activities with the leave, without the loss of the causal nature of this leave or loss of consideration as an equivalent situation.

This judgment 708/2015 extends to other similar cases, as in the case of family care leave. This interpretation can also be applied to cases of paid employment.

## Palabras clave

Excedencia por cuidado de hijo, Situación asimilada al alta, prestaciones por maternidad, derechos de conciliación de la vida familiar y laboral

## Keywords

Child care leave, situation similar service, rights maternity benefit, reconciling work and family life.

## 1. NATURALEZA Y FINALIDAD DE LA EXCEDENCIA POR CUIDADO DE HIJO

### 1.1. Antecedentes de hecho

Tal y como consta en el relato de los antecedentes de hecho de la Sentencia 708/2015, de 10 de febrero, emitida por la Sala IV del Tribunal Supremo que constituye el objeto de estudio, la actora tras el nacimiento de su quinto hijo, solicita el 23 de julio de 2010, excedencia en su empresa, en la que venía desempeñando las funciones de jefa de zona, sometida por tanto al Régimen General de Seguridad Social, para encargarse del cuidado del menor, al amparo del art. 46.3 ET, excedencia que le fue concedida.

Estando vigente esta situación, el día 1 de septiembre de 2010, la actora decide darse de alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos –RETA– para ejercer una

actividad cuyas características de ubicación y flexibilidad de horario, le permitían hacer compatible el desarrollo de la misma con el fin esencial de atender al cuidado de su hijo.

El 13 de agosto del 2011, la actora da a luz a su sexto hijo y motivada por esta circunstancia, solicita la correspondiente prestación de maternidad, al amparo del art. 133 ter del RDL 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de Ley General de Seguridad Social –LGSS–, así como de los arts. 1, 2 y 3 del RD 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural. Ante dicha solicitud, la Entidad Gestora reconoce la prestación solicitada en el RETA, pero le deniega la solicitada en el Régimen General, motivando dicha denegación en el hecho de que la actora no se encontraba en alta ni en situación asimilada en el Régimen General, de acuerdo con lo previsto en el art. 180 de la citada LGSS, en relación con la Disposición Adicional Cuarta, párrafo primero, del RD 295/2009, de 6 de marzo.

Ante esta negativa, la actora decide demandar a la entidad gestora, siendo esta demanda estimada por la sentencia del Juzgado de lo Social nº 3 de León, de 29 de mayo de 2013, la cual, reconoce el derecho a la prestación de maternidad por el nacimiento de su sexto hijo.

Esta sentencia de instancia es posteriormente recurrida en suplicación por el Instituto Nacional de Seguridad Social y la Tesorería General de Seguridad Social, ante la Sala de lo Social del TSJ de Castilla y León, en su sede de Valladolid, entendiéndose dicha Sala, en su sentencia de 30 de octubre de 2013, que debe estimar este recurso planteado por las citadas entidades y por tanto, revoca la sentencia dictada en instancia. Para ello, la citada Sala de lo Social basa su argumentación en entender que el desarrollo de una actividad profesional durante la vigencia de la excedencia por cuidado de hijo en un trabajo anterior, provoca que decaiga aquella situación de excedencia, por lo que no podrá entenderse que exista la situación asimilada al alta que de esta excedencia se haría derivar y, en base a ello, entiende justificada la denegación de la prestación por maternidad solicitada por la actora.

Este mismo criterio había sido ya esgrimido con anterioridad por esta misma Sala del TSJ de Castilla y León, en Sentencia de 8 de abril de 2013 (JUR/2013/178849). La argumentación seguida en ambos pronunciamientos, se basa en considerar la naturaleza causal de la situación de excedencia por cuidado de hijo o familiar, considerando como tal, la dedicación en exclusiva al cuidado del menor o familiar que la motiva. Por lo que, siguiendo con la línea argumentativa mantenida por esta Sala de lo Social, la realización de actividades productivas durante el periodo de disfrute de estas excedencias, provocará la pérdida de la causa de las mismas y su transformación a una mera excedencia voluntaria, no correspondiéndole a ésta la consideración de situación asimilada al alta.

Es la sentencia emitida por esta Sala del TSJ de Castilla León, el 30 de octubre de 2013, la que posteriormente se recurre por la actora en casación, aportando como sentencia de contraste, la Sentencia 504/2012, emitida por la Sala Social del TSJ de Aragón, de 10 de octubre. Esta última sentencia mantiene como criterios de identidad con la recurrida, el hecho de versar también sobre el reconocimiento de la prestación de maternidad solicitada por una trabajadora, que al igual que la ahora actora, se encontraba en situación de excedencia por cuidado de un hijo y que durante la vigencia de esta situación, desarrolló durante cuatro meses y medio una actividad profesional compatible con el cuidado del

menor, aunque en este caso concreto, esta actividad se realizó con sujeción al Régimen General y a tiempo parcial. Las diferencias que, en este sentido, mantiene la Sentencia de contraste con la recurrida en casación, se basan por tanto en el distinto régimen a que quedaban sometidas las actividades productivas realizadas en cada caso por las distintas actoras, quedando en el caso de la Sentencia 504/2012, dictada por el TSJ de Aragón, sometida al Régimen General y en el caso de la Sala de lo Social del TSJ de Castilla y León que se eleva a casación, al Régimen de Trabajadores Autónomos. No obstante, esta diferencia es calificada por la Sala IV del Tribunal Supremo encargada de resolver el recurso de casación, como de “diferencia irrelevante”.

En concreto, la sentencia 504/2012, del TSJ de Aragón de 10 de octubre, aportada como contradictoria, entendió que el mero hecho de prestar servicios a tiempo parcial en una empresa durante la vigencia de una excedencia por cuidado de hijo, pese a poder motivar un despido, no supone la pérdida de efectos derivados de la situación de excedencia. En este sentido, mantiene la Sala que, puesto que la empresa no había despedido a la actora, la situación de excedencia subsistía en la fecha en que tiene lugar el nacimiento de su segundo hijo. En base a esta vigencia, la Sala reconoce la situación asimilada al alta en que se encontraba la actora en el momento del hecho causante y por ende, el reconocimiento de la prestación por maternidad que le había sido denegada por el INSS, por entender que no se cumplía el requisito de encontrarse en situación asimilada al alta.

## **1.2. ¿Posible compatibilización o uso abusivo del Derecho?**

En la Sentencia 708/2015 de la Sala IV del Tribunal Supremo, 10 de febrero, que resuelve este recurso de casación en unificación de doctrina, reconoce la Sala que la actora se encontraba en situación asimilada al alta en el momento de solicitar la prestación por maternidad, por aplicación del artículo 180.1 LGSS, según el cual, los tres años de período de excedencia que 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. Así mismo, la sentencia trae a colación el art. 2.6 del RD 295/2009, de 6 de marzo, según el cual, en caso de pluriempleo o pluriactividad, el beneficiario disfrutará de los descansos y prestaciones por maternidad en cada uno de los empleos.

Con este pronunciamiento la Sala IV del Tribunal Supremo corrige la restrictiva interpretación que había venido manteniendo la Sala Social del TSJ de Castilla León, la cual, mantenía como línea de argumentación que la realización de actividad por cuenta propia durante la vigencia de la situación de excedencia por cuidado de hijos, llevaba aparejado un cambio en la naturaleza de esta situación, pasando así de excedencia forzosa a voluntaria, con las nada desdeñables consecuencias jurídicas que de ello se harían derivar para quien se encuentra en dicha situación, centradas básicamente en que no llevaría aparejado el reconocimiento de tres años como periodo de cotización efectiva y por tanto, como situación asimilada al alta, así como la pérdida del derecho a reserva del puesto de trabajo, quedando el mismo reducido a un mero derecho de reintegro preferente en la empresa en caso de existir vacante, tal y como se desprende del art. 46.5 E.T.

Esta argumentación mantenida por algunas Salas de lo Social de nuestro país<sup>1</sup> que ahora queda superada con la doctrina de la Sala IV, partía de considerar que se producía un uso abusivo del derecho a la excedencia por cuidado de hijo o familiar, cuando durante su vigencia se llevaba a cabo una actividad productiva, entendiéndose que la misma quedaba reducida a mero pretexto, dado que la concurrencia de los requisitos legales para entender existente esta excedencia, era utilizada realmente para realizar una finalidad distinta de las labores de cuidado que le servían de motivación. De esta forma, partían de la convicción de que el hecho de compatibilizar estos periodos de excedencia con la realización de actividad productiva, conllevaba la desatención del menor o familiar, sin entrar a valorar realmente si las condiciones de ubicación, proximidad, flexibilidad horaria, jornada, etc, en las que se desarrollaba dicha actividad productiva, permitían la efectiva compatibilización con las actividades de cuidado, quedando con ello asegurada la atención del menor o familiar que había motivado la excedencia.

Afortunadamente esta interpretación no era unánimemente compartida por todas las Salas de lo Social, entendiéndose en otros casos, que esta compatibilización sí era posible, sin que la realización de otra actividad por parte del trabajador o trabajadora, durante el periodo de excedencia por cuidado de hijo, supusiera sin más la pérdida de su naturaleza causal, admitiendo que era posible el mantenimiento de la misma con la realización de actividades que “por su característica, ubicación, horario, jornada...pudiera convenir más al trabajador durante ese periodo”<sup>2</sup>.

## **2. CUANDO LO DETERMINANTE ES EL CUIDADO EFECTIVO –QUE NO EXCLUSIVO– DEL MENOR. LA PUESTA EN VALOR DEL DERECHO A LA CONCILIACIÓN DE LA VIDA FAMILIAR Y LABORAL**

La Sentencia 708/2015 emitida por la Sala IV del Tribunal Supremo, de 10 de febrero, tiene la virtualidad de unificar la doctrina ante la existencia de las distintas interpretaciones que como comprobamos, venían manteniendo las Salas de lo Social de los TSJ, respecto a los efectos que se harían derivar de la realización de actividad productiva durante la vigencia de una situación de excedencia por cuidado de hijo o familiar. En concreto, y por lo que interesa a los derechos controvertidos en esta Sentencia, si de esta compatibilización era posible deducir o no la pérdida de la condición de asimilación al alta, a efectos de reconocimiento de prestaciones derivadas de nuestro sistema de Seguridad Social.

De esta forma, la Sala IV del Tribunal Supremo reconoce en primer lugar, que no cabe exigir el requisito de “dedicación exclusiva” al cuidado de hijo o familiar, tal y como venían entendiéndose algunas de nuestras Salas de lo Social, para considerar vigente la excedencia por cuidado de los mismos, puesto que tal exigencia no se hace derivar del art. 180 LGSS. Por el contrario, la Sala IV reconoce legítima la aspiración de los progenitores en situación de excedencia por cuidado de hijo, madres en la inmensa mayoría de las ocasiones,

---

<sup>1</sup> Esta argumentación es posible apreciarla entre otras en la Sentencia 498/2010, de 19 de abril, de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León.

<sup>2</sup> Este era el criterio seguido entre otras, por la Sala de lo Social de la Comunidad Valenciana en su Sentencia 1391/2000, de 4 de abril y por la propia Sentencia de TSJ de Aragón de 504/2012, de 10 de octubre, aportada como contradictoria.

de obtener unos ingresos que compensen el salario dejado de percibir, precisamente como consecuencia de encontrarse en esta situación.

A efectos de valorar la viabilidad de esta posible compatibilización entre situación de excedencia por cuidado de hijo o familiar y desarrollo de actividad productiva, ya sea ésta por cuenta propia o ajena, sin que ello venga a suponer el menoscabo de la consideración que la primera merece a nuestro ordenamiento jurídico, como situación asimilada al alta, el único criterio que la Sala considera determinante es que las condiciones en que se desarrolle la actividad productiva permitan realizar de forma adecuada el cuidado del menor o familiar. De esta forma, quedando este hecho probado en la sentencia de instancia, la Sala IV reconoce la subsistencia de la situación asimilada al alta y por consiguiente, el derecho de la actora a la correspondiente prestación por maternidad, derivada tanto del Régimen General como del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos.

Con este pronunciamiento, el Tribunal Supremo se aparta de rigideces infundadas que en tantas otras ocasiones vienen aún hoy manteniendo nuestras Salas de lo Social, a la hora de dotar de contenido efectivo a los derechos derivados del ámbito de la conciliación de la vida familiar y laboral y cuyo resultado viene consistiendo en dificultar, en la práctica, el ejercicio de los mismos.

Por tanto, a tenor de este nuevo pronunciamiento emitido por la Sala IV del Tribunal Supremo, en su sentencia de 10 de febrero de 2015, hemos de entender que la excedencia por cuidado de hijos o familiares no perderá su objeto ni razón de ser por el hecho de realizar durante su vigencia otra actividad productiva, bien sea por cuenta ajena o por cuenta propia, en tanto se acredite que las condiciones en que ésta se ha desarrollado, han permitido realizar de forma efectiva las labores de cuidado del menor o familiar que dota a aquélla de fundamento. De esta forma, se abre la posibilidad de seguir considerando como situaciones asimiladas al alta estos periodos de excedencia por cuidado de hijos o familiares, con el consiguiente reconocimiento de las distintas prestaciones que puedan hacerse derivar de nuestro Sistema de Seguridad Social.

La doctrina que de esta forma sienta la Sala Social del Tribunal Supremo se muestra favorable al desarrollo del derecho a la igualdad efectiva entre mujeres y hombres. En este sentido, cabe recordar que la actual redacción que presenta el art. 180.1 de la LGSS se hace derivar de la L.O 3/2007 para la Igualdad efectiva de oportunidades entre mujeres y hombres, siendo modificado posteriormente por Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social. La contribución que de esta doctrina cabe esperar al desarrollo de este derecho fundamental a la igualdad, consiste en evitar la penalización que hasta ahora venían manteniendo algunas Salas de lo Social, consistente en hacer recaer sobre quienes solicitaban esta situación de excedencia, la imposibilidad de obtener recursos económicos derivados de actividades productivas, durante la vigencia de estos periodos. Debemos recordar, además, que las situaciones de excedencia motivadas por cuidado a hijos<sup>3</sup> o familiares<sup>4</sup> vienen cayendo en nuestro país en abrumadora

---

<sup>3</sup> Según los datos oficiales publicados por el Instituto de la Mujer, correspondientes al año 2013, último año del que aparecen publicadas estadísticas oficiales, el porcentaje de mujeres entre quienes se encuentran en esta situación de excedencia por cuidado de hijos, es el 94,5%. Vid. <http://www.inmujer.gob.es/estadisticas/consulta.do?area=6>

mayoría sobre las trabajadoras, por lo que eran éstas las principalmente afectadas por esta limitación que ahora aparece superada por la doctrina sentada en unificación.

Esta doctrina resulta así mismo acertada, desde otro punto de vista muy distinto al anterior, como es la conveniencia de fomentar que emerjan las actividades que en muchos casos se vienen realizando en nuestro país, sin sujeción al correspondiente régimen de Seguridad Social, con el fin precisamente de evitar la contribución al mismo. De esta forma, la obtención de las prestaciones derivadas de ambos regímenes de Seguridad Social puede actuar en la práctica como incentivo para procurar la situación de alta en la segunda actividad, incentivo éste que decaería si la contribución al mismo no se hiciese acompañar del correspondiente reconocimiento del derecho a obtener las prestaciones correspondientes.

### 3. CONCLUSIONES

La sentencia 708/2015 dictada por la Sala IV del Tribunal Supremo, con fecha 10 de febrero, que constituye el objeto de este estudio jurisprudencial, viene a representar una novedosa interpretación de lo que ha de entenderse por situación asimilada al alta, a los efectos del reconocimiento de la prestación por maternidad, en los supuestos de periodos de excedencia por cuidado de hijo, durante los cuales se ha realizado actividad productiva por cuenta propia. La novedad reside en este caso en que la Sala IV aporta un criterio claro a seguir para considerar compatible la realización de estas actividades con la citada excedencia, sin que ello suponga necesariamente, en contra del criterio que venían manteniendo distintas Salas de lo Social, que deba decaer la naturaleza causal de esta excedencia, y con ello, la pérdida de su consideración como situación asimilada al alta.

Habrà que estar, por tanto, a las circunstancias concretas del caso para valorar si las condiciones en que se ha desarrollado la actividad productiva durante los periodos de excedencia hacen posible la compatibilización de la misma con las labores de cuidado, puesto que si ello es así habrá que entender la subsistencia de la naturaleza causal de esta excedencia y, con ello, de la situación de asimilación al alta que de ella se hace derivar.

La doctrina que en esta Sentencia 708/2015 unifica la Sala IV del Tribunal Supremo, presenta, así mismo, la virtualidad de resultar extensiva a otros supuestos de hecho similares a la excedencia por cuidado de hijo, como es el caso de la motivada por cuidado de familiar. De igual forma, dicha interpretación permitirá igualmente su aplicación en los supuestos de actividad productiva por cuenta ajena.

De esta forma, esta Sentencia se inscribe claramente en aquella corriente mantenida por algunas de nuestras Salas de lo Social, favorable a dotar de contenido efectivo a los derechos reconocidos en el ámbito de la conciliación de la vida familiar y laboral, en concreto y en el caso que nos ocupa, en una vertiente tan sensible para el efectivo ejercicio de los mismos, como es el reconocimiento de prestaciones de carácter contributivo derivadas de nuestro Sistema Público de Seguridad Social.

---

<sup>4</sup> En el caso de excedencia por cuidado de familiar, el porcentaje de mujeres entre quienes ejercitan esta situación es el 85,22%. Fuente: Instituto de la Mujer. <http://www.inmujer.gob.es/estadisticas/consulta.do?area=6>