

**UN PROBLEMA RESUELTO: LA ASIMILACIÓN AL
ALTA PARA EL SUBSIDIO POR MATERNIDAD DE LOS
TRABAJADORES POR CUENTA PROPIA**

Sentencia del Tribunal Supremo, de 21 de abril de 2009

JUAN CARLOS ÁLVAREZ CORTÉS*

SUPUESTO DE HECHO: La actora, trabajadora por cuenta propia del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, inició un proceso de incapacidad temporal derivado de enfermedad común con el diagnóstico de “Gestante de 27 semanas. Mareo en estudio”. Días más tarde se dio de baja en el RETA. A las tres semanas se le dio el alta de la incapacidad temporal, y al día siguiente se le extendió el parte de baja por maternidad, siendo dicha fecha la del parto. Se le denegó prestación de maternidad por no encontrarse en situación de “alta o asimilada al alta”.

RESUMEN: El Tribunal Supremo (Recurso nº 1126/2008, Ponente José Manuel López García de la Serrana) entiende que en este supuesto se ha de aplicar una situación específica de asimilación al alta establecida “*la de los 90 días siguientes a la baja en el RETA*”, cual es la establecida en el art. 29 del Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, por el que se regula el régimen especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. LAS SITUACIONES ASIMILADAS AL ALTA COMO “DISPOSITIVOS DE RELATIVIZACIÓN”
3. EL MOMENTO ACTUAL: LA ENTRADA EN VIGOR DEL RD 295/2009, DE 6 DE MARZO

* Profesor TU Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

1. INTRODUCCIÓN

Por todos es conocido que en el nivel contributivo de la Seguridad Social, los sujetos que potencialmente vayan a ser beneficiarios de prestaciones, e incluso los que en algún caso ya lo son, necesitan cumplimentar una serie de requisitos formales, los llamados actos de encuadramiento, a través de los cuales van a ser incluidos en el nivel contributivo para su posterior protección.

El art. 28 del Decreto 2530/1970 por el que se regula el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores Autónomo, en coherencia con lo establecido en el Régimen General por el art. 124 de la LGSS, indica que, para causar derecho a las prestaciones de la Seguridad Social por parte de los beneficiarios de este régimen, ha de reunirse la condición de afiliado y en alta o en situaciones asimiladas al alta en la fecha en que se entienda causada la prestación¹.

Así pues, el mecanismo formal de inclusión en el campo de aplicación del nivel contributivo del sistema viene a ser la afiliación/alta. En el momento que una persona por vez primera en su vida va a comenzar a realizar una actividad laboral debe ser afiliado para que se le incluya en el campo de protección del sistema, pero al mismo tiempo tiene que ser dado de alta. El alta significa el vigor de la vida activa de los trabajadores decir, el alta es la demostración efectiva de que el individuo en cuestión se encuentra trabajando. Actos obligatorios cuya responsabilidad en el cumplimiento de los mismos para los trabajadores por cuenta propia recae en ellos mismos, pues tales trabajadores son los encargados de comunicar el inicio de su actividad a la TGSS.

En definitiva, mediante el acto administrativo del alta, la TGSS reconoce a la persona, que inicia una actividad o se encuentra en una situación conexas con la misma, su condición de comprendida en el campo de aplicación del Régimen de la Seguridad Social que proceda en función de la naturaleza de dicha actividad o situación, con los derechos y obligaciones correspondientes.

¹ Normalmente, se exige para el acceso a las prestaciones contributivas que el trabajador se encuentre en activo en el momento del hecho causante con una triple matización:

- Las situaciones asimiladas al alta, que son situaciones en la cuales el trabajador ha cesado de forma temporal o definitiva en su actividad laboral, pero se produce una ficción jurídica de entenderlo en situación de alta (asimilada) a efecto de que pueda acceder a las prestaciones.

- Para jubilación, muerte y supervivencia e incapacidad permanente en grado absoluto y gran invalidez no hace falta estar en situación de alta, ni siquiera asimilada para el acceso a tales prestaciones (aunque para ello exigen un común requisito: tener 15 años de cotización a la Seguridad Social).

- Para los trabajadores por cuenta ajena, que no para los autónomos, se puede acceder a las prestaciones desde la situación de alta presunta, esto es, cuando el empresario haya incumplido sus obligaciones formales de dar de alta a los trabajadores.

La sentencia que se comenta tiene como objeto determinar el acceso a la protección por maternidad de una trabajadora autónoma que, tras un proceso de incapacidad temporal, en el que había causado baja, como acto de encuadramiento, y sin solución de continuidad dio a luz y por ello solicitó prestación por maternidad.

La prestación por maternidad exige en aplicación del art. 133 ter de la LGSS, que es de común aplicación al resto de los regímenes de la Seguridad Social, el que la beneficiaria, o en su caso el beneficiario, se encontrara en situación de alta o asimilada a la del alta.

En el momento de dar a luz, la trabajadora no se encontraba en situación de alta ya que tras acceder a la prestación por incapacidad temporal optó por darse de baja. Una solución bastante habitual en el colectivo de trabajadores por cuenta propia que, al cotizar normalmente por la base mínima, pretenden obtener unos ingresos suficientes para poder vivir mientras que se encuentran en dicha situación. Y ello porque si la prestación que se obtiene viene a ser, en líneas generales, el 75% de la base mínima de cotización y además durante este período tienen que seguir pagando sus cotizaciones mensualmente, pues siguen de alta, los ingresos finales en estas situaciones² son insuficientes para poder subsistir.

2. LAS SITUACIONES ASIMILADAS AL ALTA COMO “DISPOSITIVOS DE RELATIVIZACIÓN”

Siguiendo a BARRIOS BAUDOR, como “dispositivos de relativización”³ del requisito del alta se encuentran las llamadas situaciones asimiladas a la del alta. Aunque la regla general supone cumplir el requisito de alta para el acceso a las prestaciones contributivas, una estricta exigencia en el cumplimiento del mismo puede llevar a situaciones injustas para los trabajadores ya sea por el bien jurídico protegido (la salud o la maternidad, etc) ya sea por poderse truncar una importante carrera de seguro realizada por el trabajador a lo largo de su vida.

Sin duda, el mecanismo más importante para relajar el requisito de alta en el acceso a las prestaciones contributivas es el de la asimilación al alta.

² Ha de tenerse en cuenta que la cuantía de la prestación que se les abona, además de para su sustento sirve para abonar la cuantía de la cotización que debe ingresarse mensualmente a la Seguridad Social.

³ En *Las situaciones asimiladas al alta en el sistema español de Seguridad Social*, Aranzadi, Elcano, 1997, pág. 53.

La asimilación al alta no es ni más ni menos que una ficción jurídica por la que entiende a un trabajador en situación de alta, sin realmente estarlo en ese momento. Es pues, una situación en la que, a pesar de que el trabajador haya cesado temporal o definitivamente de su trabajo, la norma establece el alta real anterior se prolongue o prorrogue para dar protección a dicho trabajador que, como se ha dicho, ha cesado en su trabajo.

El art. 36.1 del RD 84/1996 que establece el Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social recoge un importante catálogo de situaciones que pueden entenderse como “asimiladas al alta”⁴, aunque lo es a modo

⁴ Las situaciones asimiladas al alta que se recogen en el art. 36 del RD 84/1996 son:

- Desempleo total y subsidiado, y la de paro involuntario una vez agotada la prestación, contributiva o asistencial, siempre que en tal situación se mantenga la inscripción como desempleado en la oficina de empleo (art. 36.1.1).
- Excedencia forzosa (art. 36.1.2).
- La situación de excedencia para el cuidado de hijos con reserva de puesto de trabajo (art. 36.1.3).
- Suspensión del contrato por servicio militar o prestación social sustitutoria (art.36.1.4).
- El traslado del trabajador por la empresa fuera del territorio nacional (art. 36.1.5).
- Suscripción de Convenio Especial con la Administración de la Seguridad Social (art. 36.1.6).
- Períodos de inactividad entre trabajos de temporada (art. 36.1.7).
- Períodos de prisión sufridos como consecuencia de los supuestos contemplados en la Ley de Amnistía (46/77), en los términos regulados por la Ley 18/84 (art. 36.1.8).
- La situación de aquellos trabajadores que no se encuentren en alta ni en ninguna de las situaciones asimiladas, después de haber prestado servicios en puestos de trabajo que ofrecieran riesgos de contraer una enfermedad profesional y a los solos efectos de que pueda declararse una invalidez permanente debida a dicha causa (art. 36.1.9).
- Para los colectivos de artistas y profesionales taurinos, los días que resulten cotizados por aplicación de las normas que regulan su cotización, los cuales tendrán la consideración de días cotizados y en alta aunque no se correspondan con los de prestación de servicios (art. 36.1.10).
- A los solos efectos de la prestación por asistencia sanitaria, la situación de los trabajadores por cuenta ajena, habiendo permanecido o no en situación de alta en dicho Régimen un período mínimo de 90 días dentro de los 365 días naturales anteriores al momento de la baja, conforme al art. 6 del RD 2766/67 de asistencia sanitaria (art. 36.1.11).
- Igualmente a los efectos de asistencia sanitaria, la situación de los trabajadores despedidos, incluidos en el correspondiente Régimen de la Seguridad Social, que tengan pendiente de resolución ante la jurisdicción laboral demanda por despido improcedente o nulo. (art. 36.1.12)
- A los efectos de las prestaciones por desempleo, las situaciones establecidas en el art. 2 del RD 625/85 o de las normas específicas que regulan su cobertura (art. 36.1.13).
- En el Régimen Agrario, la situación de desplazamiento al extranjero por razón de trabajo, ex art. 71 D. 3772/72 (art. 36.1.14).
- En el Régimen de Trabajadores autónomos, el período de los 90 días naturales siguientes al último día del mes en que se produzca la baja en dicho Régimen (art. 36.1.15).
- Los períodos de percepción de ayudas establecidas en el RD 1695/95 para fomentar el cese anticipado en la actividad agraria (art. 36.1.16).

de ejemplo, pues permite que el Ministerio de Trabajo pueda incluir nuevas situaciones.

Pero también ha de recordarse que la situación asimilada al alta, como ficción jurídica operará única y exclusivamente para las prestaciones en la medida en que la reglamentación particular de cada una de ellas así lo establezca. Ello viene a suponer que hay que profundizar en la regulación de cada una de las prestaciones para ver cuál o cuáles situaciones se han de considerar como asimiladas al alta para, desde las mismas, acceder a dicha prestación.

Esto es, lo que viene a producirse por el RD 84/1996, que establece el Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social, es un recordatorio de las situaciones que pueden considerarse como asimiladas al alta, pero remitiendo a la regulación específica de desarrollo de las distintas prestaciones contributivas para que sean éstas las que determinen cuáles en concreto del catálogo general sirven para obtener el derecho a la misma por parte del solicitante.

Quizás por la posición especial del trabajador por cuenta propia, como emprendedor independiente, necesitado de menos protección que los trabajadores por cuenta ajena, la protección que inicialmente le dispensaba el sistema de protección Seguridad Social era de menos intensidad que la ofrecida al colectivo de los trabajadores por cuenta ajena. Es posible que por ello las situaciones de asimilación al alta eran escasas, véase el art. 29 del Decreto 2530/1970 o el art. 69 de la Orden de 24 de septiembre de 1970 que lo desarrolla.

De entre ellas, la que ahora nos interesa es la que se refiere a que se considera como situación asimilada a la del alta los noventa días naturales siguientes al último día del mes de su baja “a efectos de poder causar derecho a las prestaciones y obtener otros beneficios de la acción protectora”, situación que también viene recogida en el art. 36.1.15 del RD 84/1996 que establece el Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social.

Se ha dicho, y con razón, que esta situación “no opera de manera completa y sus condiciones son variables para cada situación”, haciéndose eco de la dificultad que supone la interacción entre la incapacidad temporal y la maternidad. Así, DESDENTADO y TEJERINA⁵, aunque inicialmente exponen que esta

- Todas aquellas otras que determine el MTAS u otras normas. Como por ejemplo: la situación de los trabajadores emigrantes que salgan de España con períodos de carencia suficientes para obtener una prestación de desempleo o la situación de los beneficiarios de prestaciones de la Seguridad Social.

⁵ En *La Seguridad Social de los Trabajadores Autónomos*, Lex Nova, Valladolid, 2004, pág. 209 y sigs.

situación no cabría para la protección por la maternidad, recuerdan la doctrina emanada de la STS de 29 de abril de 2002, doctrina que se repite en otras posteriores, por ejemplo las SSTS de 25 de junio y de 5 de diciembre de 2008, que sirven de base para la argumentación de la sentencia objeto de este comentario, y que indica que la remisión normativa a la regulación del Régimen General de la Seguridad Social realizada para los trabajadores del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos en materia de maternidad, “no debe entenderse realizada a toda la normativa del Régimen General, prescindiendo, en absoluto, de las normas específicas del Régimen Especial, derivadas, como es lógico entenderlo así, de las características y singularidades que, respecto del Régimen General, le son propias. Y que, por consiguiente, la existencia en el RETA de una situación asimilada al alta específica de dicho Régimen, cual es la establecida en el art. 29 del Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, por el que se regula el régimen especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos, que no sólo pervive sino que es incluida en fecha relativamente reciente en el art. 36.1.15 del RD. 84/1996 de 26 de enero que aprobó el Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas y bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social, conduce a entender aplicable esta singular situación de asimilación al alta a los efectos de causar derecho al subsidio de maternidad”. Con mucha razón cuestionan la doctrina del Tribunal Supremo respecto de sentencias que negaban prestaciones por maternidad, porque entre la baja el RETA y el momento del parto, con incapacidad temporal intermedia habían transcurrido más de siete meses como ocurre en la STS de 5 de diciembre de 2003, proponiendo para tales casos la solución de la “equivalencia al alta”, como la habían hecho las SSTS de 20 de enero de 1995, cuando el cese se producía por razones ajenas a la voluntad del trabajador, involuntariedad que también puede darse en el RETA cuando “una situación de incapacidad temporal impide el trabajo y sobre ella actúa otra situación de maternidad”⁶. Con esto, se podría llegar a proteger en la situaciones en las que se solicita la maternidad, tras una situación de incapacidad temporal, más allá de los 90 días naturales desde el último día del mes de la baja como acto de encuadramiento, cosa que no ocurrió con la sentencia de 25 de enero de 2007.

No obstante ello, el Tribunal Supremo ha venido manteniendo esta tesis, esto es, de aplicar la situación de asimilación al alta para las prestaciones por

⁶ Desdentando Bonete y Tejerina Alonso, op. cit., pág. 210-211, indicando además que “en realidad, la solución de “la equivalencia al alta” es una solución mejor que la de aplicar la asimilación de los noventa días naturales, que está pensada para la conservación de los derechos en materia de pensiones y no para las prestaciones sustitutivas de rentas a corto plazo”.

maternidad, sobre todo cuando han sido precedidas de una situación de incapacidad temporal y sin solución de continuidad respecto a la misma. Sobre todo porque la regulación que desarrollaba la prestación por maternidad, hasta marzo de este año, establecía en su artículo 5, como regla de cierre, que para tales prestaciones se consideran situaciones asimiladas a la del alta “cualesquiera otras situaciones que se prevean reglamentariamente”, regla que indica el Tribunal Supremo que es aplicable en este supuesto ya que existe una disposición reglamentaria específica “que se mantiene no solo el Decreto de 2530/70, sino que también subsiste en el RD 84/1996, al que antes se hizo referencia, razón por la que, alejándonos de una interpretación restrictiva del precepto, hemos de llegar a la conclusión de que, efectivamente, aquella fórmula permite el sostenimiento del sistema especial de asimilación al alta en el RETA”.

Sea como fuere, la interpretación es coherente con la Ley 39/1999 de conciliación de la vida familiar y laboral, que era la que modificó el régimen jurídico de la protección por maternidad en aquel momento, pero también lo es con el espíritu de la Ley Orgánica para la Igualdad Efectiva entre Mujeres y Hombre y, por supuesto, con los preceptos constitucionales desde los que han de interpretarse estas situaciones y ya no sólo me refiero al art. 14 CE, sino también al art. 39.1 del mismo Texto que establece que los poderes públicos han de asegurar la protección social de la familia.

3. EL MOMENTO ACTUAL: LA ENTRADA EN VIGOR DEL RD 295/2009, DE 6 DE MARZO

La Ley Orgánica para la Igualdad Efectiva entre Mujeres y Hombres en materia de protección social ha producido importantes modificaciones en materia de Seguridad Social, que, grosso modo, se referían a las prestaciones por maternidad (creando el llamado supuesto especial, modificando períodos de carencia, retocando duraciones, condiciones de acceso, etc.) y en la de riesgo durante el embarazo (especialmente en la configuración como contingencia profesional esta prestación y la mejora de su cuantía) y también en la creación de dos nuevas prestaciones: la de paternidad y la de riesgo durante la lactancia.

Las prestaciones por maternidad y riesgo durante el embarazo venían siendo desarrolladas por el RD 1251/2001 que lógicamente, y como se dijo desde el primer momento⁷, tendría que modificarse para ajustarse a las nove-

⁷ Por todos, Blasco Lahoz, J.F., en *Los aspectos laborales de la Ley de Igualdad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, página 165, en nota a pie.

dades introducidas en la LGSS y, especialmente, para desarrollar las prestaciones que se habían creado ex novo.

Así pues, casi un año más tarde⁸, y a tal fin, ha visto la luz, el RD 295/2009, de 6 de marzo, viene a regular las prestaciones económicas por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia.

Se aprovecha esta norma para derogar el RD 1251/2001 que es, como se ha dicho, el que desarrollaba los procedimientos respecto de las prestaciones por maternidad y riesgo durante el embarazo, corregir algunos defectos de redacción que el mismo tenía y mejorar el texto haciéndolo más fácil de entender e interpretar.

Por lo que nos interesa, respecto de las situaciones asimiladas al alta, para el caso de maternidad en el RD 1251/2001 se recogían sólo 5 situaciones, y el RD 295/2009 añade 4 situaciones asimiladas al alta nuevas (art. 4 RD 295/2009)⁹ que tienen su origen bien en la propia Ley Orgánica de Igualdad, en la Ley de medidas de protección integral contra la violencia de género o para proteger a determinados colectivos en estas situaciones, en especial, los trabajadores fijos discontinuos y los parlamentarios¹⁰.

⁸ Demasiado tiempo a nuestro juicio pues una gran parte de los contenidos de la LGSS eran directamente aplicables desde el día siguiente a la publicación en el BOE de la LOI, y ha podido producir importantes problemas en la aplicación de la misma.

⁹ Se consideran *situaciones asimiladas* a la de alta:

- La situación legal de desempleo total por la que se perciba prestación de nivel contributivo.

- El mes siguiente al cese en el cargo público o al cese en el ejercicio de cargo público representativo o de funciones sindicales de ámbito provincial, autonómico o estatal, que dio lugar a la situación de excedencia forzosa o situación equivalente, durante el que debe solicitarse el ingreso al trabajo.

- El traslado del trabajador por la empresa fuera del territorio nacional.

- Para los artistas y profesionales taurinos, los días que resulten cotizados por aplicación de las normas que regulan su cotización, los cuales tendrán la consideración de días cotizados y en situación de alta, aunque no se correspondan con los de prestación de servicios.

- El convenio especial de diputados y senadores y de gobernantes y parlamentarios de Comunidades Autónomas.

- El período de suspensión del contrato de trabajo por decisión de la trabajadora que se vea obligada a abandonar su puesto de trabajo como consecuencia de ser víctima de la violencia de género.

- La situación del trabajador durante el período correspondiente a vacaciones anuales retribuidas que no hayan sido disfrutadas por el mismo con anterioridad a la finalización del contrato.

¹⁰ Así:

- La situación del trabajador durante el periodo correspondiente a vacaciones anuales retribuidas que no hayan sido disfrutadas por él con anterioridad a la finalización del contrato. En coherencia con la modificación realizada por la LOI en el art. 125.1 de la Seguridad Social.

Pero, como se observa, desaparece la “clausula de cierre” que contemplaba el anterior RD 1251/2001 y que servía de fundamentación al Tribunal Supremo, referida son situaciones asimiladas al alta para el acceso a las prestaciones por maternidad “cualesquiera otras situaciones que se prevean reglamentariamente”.

Con esta situación, aunque no es imposible seguir interpretando la aplicabilidad de la situación asimilada al alta de los noventa días naturales siguientes al que hacemos referencia, en aplicación del principio de “lex specialis”, sí se haría más complicada la argumentación.

Para ello tendríamos que reinterpretar una norma ya recogida anteriormente, en el art. 9.2 y 4 del RD 1251/2001, y que ahora se refuerza y revitaliza en el art. 10.2 y 4 y 13 del RD 295/2009 y extenderla analógicamente a los trabajadores por cuenta propia.

Y es que, con ello, puede dejarse resuelta esta situación de otro modo, más coherente con la interpretación que anteriormente expusimos de “equivalencia al alta” y que defendían DESDENTADO y TEJERINA.

Pues bien, al regularse reglamentariamente la interacción entre la prestación de maternidad, la incapacidad temporal y la extinción del contrato de trabajo¹¹, podría entenderse que la extinción del contrato de trabajo equivale a la baja como acto de encuadramiento de la trabajadora autónoma ya que en ningún momento se hace referencia en la extinción al motivo, voluntariedad o involuntariedad, en el cese. Esto es, sería aplicable la regulación en el caso en el que la trabajadora extinguiera su contrato de trabajo por voluntad propia, por lo que también sería posible en el caso de la autónoma que decidiera cerrar su negocio por voluntad propia. En cualquiera de ambos casos, no creemos que de

- Los periodos considerados como de cotización efectiva respecto de las trabajadoras por cuenta ajena y por cuenta propia que sean víctimas de violencia de género. En coherencia, con el art. 21 de la Ley 1/2004 de medidas de protección integral contra la violencia de género y el art. 124.5 de la LGSS incluido por ésta.

- El convenio especial con la Seguridad Social para diputados y senadores de las Cortes Generales y diputados del Parlamento Europeo y el convenio especial con la Seguridad Social para los miembros de los Parlamentos y Gobiernos de las comunidades autónomas. Se trata de una mejora de los derechos de estos colectivos.

- Los periodos entre campañas de los trabajadores fijos discontinuos que no perciban prestaciones por desempleo de nivel contributivo, sin perjuicio del devengo de la prestación cuando se produzca el reinicio de la actividad. Quizás sea la situación más interesante y novedosa de todas pues consigue una mejora de la situación de los fijos discontinuos que podía verse perjudicada en los períodos entre campañas si no se cobraba la prestación por desempleo.

¹¹ Sobre esta cuestión por su claridad, puede verse, Panizo Robles, JA “La nueva regulación reglamentaria...” Op. cit., págs. 31 y sigs. Más genérico, Tortuero Plaza, JL, en “El desempleo y la maternidad/paternidad en la Ley Orgánica de Igualdad, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, nº especial, 2007, págs. 250 y sigs.

darse estos casos se hiciera por las posibles beneficiarias con un interés “fraudulento” de obtener una prestación y ello porque, como correspondería a la actuación de una “bonus mater familiae” el cesar en el trabajo, conociendo que está a punto de nacer un hijo, tiene que haber sido una decisión muy sopesada y meditada, y donde se hayan analizado todas las consecuencias siendo el cese en el trabajo (por cuenta propia o ajena) la mejor solución para la familia y, quizás, la única para poder conciliar la vida familiar y laboral.

Así pues, el art. 10.2 del RD 295/2009 recuerda que los procesos de incapacidad temporal iniciados antes del parto se mantendrían hasta el momento del alumbramiento. Aunque se sigue recordando en este reglamento, por dos veces, la posibilidad de que la trabajadora decida solicitar por el descanso por maternidad antes del alumbramiento. Lo cual nos viene a decir el interés que tiene el ejecutivo al respecto de ahorrar costes frente al interés real de la embarazada. Para cualquier embarazada ejercer su derecho a suspender su contrato de trabajo por maternidad antes del parto supone recortar el tiempo real que podrá tener con su recién nacido tras el parto. Desde luego, si el médico estima que el embarazo necesita de reposo o que la embarazada está incapacitada para el trabajo por cualquier otro motivo estamos ante una situación de incapacidad temporal cuyo objeto de protección y bien jurídico protegido es distinto al que se refiere la prestación por maternidad. Insistir en la voluntad individual de la embarazada de acogerse a la suspensión del contrato por maternidad cuando ya viene cubierta por la prestación por incapacidad temporal (la que, quizás, con una posible mejora voluntaria del convenio colectivo no vea pérdida alguna de capacidad adquisitiva) viene a ser una actitud mezquina (en el sentido literal del adjetivo recogido como primera acepción por la Real Academia Española)¹² además de ilusa (ya que las embarazadas estarán informadas suficientemente de lo que mejor le conviene conforme a derecho para la situación en la que se encuentran y no parece que ésta sea la mejor opción a elegir). El RD 295/2009 podía haber aprovechado para mejorar la redacción de este precepto que hereda del extinto art. 9.2 del RD 1251/2009.

Este art. 10.2 del RD 295/2009, siguiendo a su predecesor, viene a reconocer la automaticidad de la prestación por maternidad de la trabajadora en situación de incapacidad temporal pues indica que “A partir de la fecha del

¹² Puede verse también en la segunda regla del art. 10.4. que calca la regulación anterior: si la trabajadora embarazada está en situación de incapacidad temporal y se extingue el contrato se sustituye la prestación de incapacidad temporal por la de maternidad con la cuantía del subsidio correspondiente a esta situación, pero aquí el problema no sigue siendo la cuantía sino la duración, ya que para las madres quizás sea más importante estar más tiempo con sus hijos recién nacidos que realmente el importe de la prestación.

parto deberá comenzar el disfrute de la prestación por maternidad”. A mi entender, no es necesario en estos casos examinar los requisitos de acceso a la prestación, de un lado, porque respecto de la carencia exigida si la tuvo para la incapacidad temporal, la tendrá para la maternidad (ya que es en muchos supuestos menor que la exigida para la incapacidad temporal, cuando se exige ya que para menores de 21 años no es necesaria). Respecto de la situación de alta o alta asimilada, en mi opinión se trata de un proceso de maternidad que nace “fundido” junto a uno de incapacidad temporal, al que en su momento se exigió el requisito de alta o situación asimilada, y por lo que ahora no tiene porqué exigirse. Tres argumentos, escogidos de la propia norma, pueden servir para avalar esta tesis:

En primer lugar, y al igual que se hacía en la regulación anterior, el art. 10.4.2ª del RD 295/2009 en su segundo párrafo indica que “también se causará derecho a la prestación económica por maternidad cuando entre la extinción de la incapacidad temporal por alta médica y el inicio de la situación por maternidad no haya solución de continuidad, bien por producirse el alta médica por incapacidad temporal y el inicio del descanso por maternidad el mismo día, bien por tener lugar ésta al día siguiente de aquélla”. Esto confirma, la “automaticidad” en el acceso que antes se propuso. Esta situación se resuelve, ya desde la anterior regulación no como una situación asimilada al alta que es lo que ha propuesto en numerosas ocasiones el Tribunal Supremo¹³, sino como una extensión del derecho a la prestación por maternidad. Quizás, si queremos aplicar la norma de forma analógica completamente, en los casos en los que estando la trabajadora autónoma en situación de incapacidad temporal antes de dar a luz, cese en su actividad y cause baja en el RETA, en aplicación del art. 10.4.2ª, en su primer párrafo, se interrumpirá en tal caso la prestación de inca-

¹³ Ha de recordarse una doctrina consolidada del nuestro Tribunal Supremo, desde las sentencias de 20 de enero de 1995, y repetida en multitud de ocasiones que viene a establecer como una especie situación asimilada a la del alta esta situación, “estableciendo el flexible criterio de que a efectos de protección por la contingencia de maternidad, debe considerarse en situación asimilada al alta la trabajadora que causa baja por maternidad al día siguiente al de haber sido dada de alta médica en ILT -actual incapacidad temporal- por enfermedad común, en la modalidad de pago directo por el INSS por haberse extinguido su contrato de trabajo, pues la inexistencia en nuestro ordenamiento positivo de un mandato expreso que establezca situación asimilada al alta para la situación de incapacidad laboral transitoria no debe ser entendida como expresión legal de voluntad negativa al respecto, sino como laguna legal necesitada de integración a través de la analogía, porque la ley ha contemplado exclusivamente el supuesto normal de la incapacidad laboral transitoria, en que el contrato está suspendido y se mantiene el alta y la obligación de cotizar, pero con ello no ha pretendido descalificar la mencionada incapacidad laboral transitoria como situación equivalente al alta”.

pacidad temporal, causándose desde el momento de la baja el derecho a la prestación por maternidad.

El segundo argumento es que la norma, y esto sí es novedoso respecto al RD 1251/2001, permite acceder a la prestación por maternidad cuando la trabajadora se encontrara en situación de “prorroga de efectos de la situación de incapacidad temporal” del 131. bis.3 de la LGSS, lo cual podría ser tanto durante la situación de prórroga de 6 meses permitida por el INSS, tras los 12 meses iniciales, como tras ese momento en el que se ha dejado la obligación de cotizar por parte del empresario y se ha dado de baja al trabajador en la Seguridad Social (aunque su contrato sigue en suspenso). Lo que permite entender que puede accederse desde la situación de no alta en estos supuestos.

El tercer argumento, formal, y coherente con lo anterior, y también novedoso en el RD 295/2009, se recoge en el art. 13 respecto del Informe por Maternidad, puesto que si la trabajadora se encontrara en situación de incapacidad temporal, “el facultativo deberá extenderle simultáneamente, un parte de alta médica por inicio de la situación de maternidad”, lo que a mi juicio corrobora la “fusión” de los procesos de incapacidad temporal y maternidad.

Podría haber aprovechado el RD 295/2009 el momento para incluir esta situación entre las asimiladas a la del alta, pero no lo hace así sino de otra forma, más compleja y al mismo tiempo, creo, acertada. Por lo que en el futuro, la solución de estas situaciones debería pasar más por una argumentación pegada a la regulación de la interacción entre maternidad, incapacidad temporal y cese en el trabajo, ex art. 10 del RD 295/2009, que por entender tal situación como asimilada a la del alta.