



PRESTACIONES POR CONTINGENCIAS EN EL ÁMBITO JURÍDICO

PROGRAMA

- 9.30 h Gestión de accidentes de trabajo (A.T.)
Gestión de incapacidad temporal por contingencias comunes (I.T.C.C.)
Gestión de riesgos durante el embarazo o la lactancia natural (R.E.L.)
Gestión de cuidado de menores afectados por cáncer y enfermedades graves (C.U.M.E.)
Autónomos.

PONENTE

- > **Miriam Planas Martínez**, departamento jurídico de Unión de Mutuas.

PRESTACIÓN ECONÓMICA POR ACCIDENTE DE TRABAJO

1. ACCIDENTE DE TRABAJO EN PLURIACTIVIDAD. CONSIDERACIONES EN AMBOS RÉGIMENES.

Trabajador autónomo tiene una carpintería metálica. Por las mañanas trabaja por cuenta ajena como personal de mantenimiento en un Hospital público. Instalando como RETA unas ventanas en un edificio se golpea en el hombro sintiendo un fuerte dolor. Acude a la mutua donde es revisado y por las lesiones se le da la baja por accidente de trabajo. El trabajador autónomo solicita la baja por accidente de trabajo por su empleo del régimen general. La mutua le indica que debe acudir a su médico de cabecera para que le dé la baja por contingencias comunes por su empleo en régimen general.

Para poder explicar este supuesto debemos acudir a la definición de accidente de trabajo que la LGSS recoge para cada régimen:

Régimen General LGSS, Artículo 156. Concepto de accidente de trabajo.

"1. Se entiende por accidente de trabajo toda lesión corporal que el trabajador sufra con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecute **por cuenta ajena**".

RETA LGSS, Artículo 316. Cobertura de las contingencias profesionales

"2. Se entenderá como accidente de trabajo del trabajador autónomo el ocurrido como consecuencia directa e inmediata del trabajo que realiza **por su propia cuenta** y que determina su inclusión en el campo de aplicación de este régimen especial".

Así pues, en este supuesto el trabajador se ha accidentado colocando unas ventanas como trabajador autónomo, por lo que como trabajador autónomo se le reconoce la baja por accidente de trabajo. Como trabajador de régimen general dedicado a la actividad de mantenimiento de un Hospital, el trabajador se encontraba fuera de lugar y tiempo de trabajo, desarrollando una actividad que nada tiene que ver con su trabajo, una actividad por su propia cuenta. Debemos concluir que en la actividad de mantenimiento, la baja médica obedece a un accidente no laboral y por tanto la seguridad social deberá extenderle la baja por contingencias comunes durante el tiempo que el trabajador esté incapacitado.

Situación distinta es la que ocurre cuando estamos ante un trabajador PLURIEMPLEADO.

PLURIEMPLEO: situación del trabajador por cuenta ajena que preste sus servicios profesionales a dos o más empresas distintas y en actividades que dan lugar a su alta en un mismo Régimen de la Seguridad Social.

Un trabajador pluriempleado, cuando sufre un accidente de trabajo en uno de sus trabajos, si se considera accidente de trabajo en todos los empleos por cuenta ajena que tenga. Veamos un ejemplo:

Trabajador presta servicios en una empresa pública como administrativo. Por las tardes trabaja en una asesoría fiscal como técnico fiscal. Durante el desarrollo de la jornada laboral en la asesoría, sufre un accidente de trabajo. La mutua le da la baja por accidente de trabajo para los dos empleos.

En este caso, si repasamos la definición de accidente de trabajo en el régimen general: *entiende por accidente de trabajo toda lesión corporal que el trabajador sufra con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecute por cuenta ajena*, no cabe duda de que es accidente de trabajo en los dos empleos, pues ambos son por cuenta ajena.

2. ACCIDENTE EN CENA-EVENTO ORGANIZADO POR LA EMPRESA

Una empresa organiza un evento social para sus trabajadores de asistencia voluntaria. Durante el transcurso del mismo se produjo una caída y varios trabajadores resultaron heridos siendo trasladados al hospital. La empresa consulta si es accidente de trabajo.

Puesto que la asistencia a la cena organizada por la empresa era voluntaria, no puede considerarse que el accidente sufrido sea en cumplimiento de órdenes o por mandato del empresario. Teniendo en cuenta que el artículo 156 LGSS establece la definición de accidente de trabajo como *toda lesión corporal que el trabajador sufra con ocasión o por consecuencia del trabajo*, debe existir vinculación directa entre el desempeño del puesto de trabajo y las lesiones que puedan ocasionarse como causa o consecuencia del mismo.

En el supuesto consultado, el trabajador sufre un accidente en un evento lúdico organizado por la empresa, donde no desarrolla su actividad profesional, fuera de lugar y tiempo de trabajo, y de carácter voluntario, por lo que no puede alegarse que el trabajador se encontrara allí en cumplimiento de las órdenes del empresario, quedando evidenciado que el accidente no es laboral.

3. INCENTIVOS EN EL MES ANTERIOR AL HECHO CAUSANTE. TRABAJADOR AGRARIO CONTRATO FIJO. CÁLCULO DE LA BASE REGULADORA.

Trabajador agrario de alta en empresa desde el 01/12/2015 con un contrato 100, cotización mensual causa baja médica en febrero de 2022. Durante los años 2020 y 2021 ha cotizado bases estables. En enero 2022 se produce una elevación considerable de la base de cotización. Se solicita nómina y se comprueba que cotiza un complemento por incentivos de 607,75€. En las nóminas anteriores no se observa dicho complemento. ¿Cómo calculamos la prestación?

Se debe consultar a la empresa/asesoría la naturaleza de dicho complemento, con el objetivo de conocer a qué trabajos corresponde y la periodicidad de dicho complemento (anual, mensual, por campaña, etc.). En este supuesto la asesoría confirmó: "el incentivo que se le paga en enero corresponde a unas comisiones que le paga la empresa al trabajador tras la campaña de

recolección del caqui al haber superado unos determinados kilos de compra-venta y recolección del caqui cuya campaña empieza en octubre y finaliza en diciembre, pero el pago es en enero".

Puesto que el pago obedece a trabajos realizados en octubre, noviembre y diciembre; **procede cotizar mediante complementaria en estos tres meses, con independencia de que el pago se produzca en enero 2022.** Se debe descontar de la base de cotización de enero e informar a la asesoría de cómo cotizar correctamente este tipo de abonos extras.

4. CÁLCULO DE LA BASE REGULADORA CUANDO NOS PRESENTAN DOS NÓMINAS DE DISTINTAS CESIONES. CONTRATO TEMPORAL TIEMPO COMPLETO. AGRARIO JR.

Trabajadora agraria contratada en empresa de trabajo temporal con contrato eventual tiempo completo desde 01/05/2022 causa baja por contingencias profesionales el 19 del mismo mes, cotiza por jornadas reales, solicita el pago directo a la mutua. La trabajadora presenta dos nóminas en el mes de mayo, la primera corresponde a la primera cesión que abarca los días del 1 al 17 de mayo; y la segunda cesión a otra empresa abarca los días del 14 hasta final de mes.

Para calcular la prestación, ¿se debe tener en cuenta la nómina de la segunda cesión? ¿Afectan las cesiones al cálculo de la prestación?

En este supuesto debemos tener en cuenta las normas de aplicación a las ETT y la normativa en materia de prestaciones económicas de seguridad social.

En aplicación de **la normativa laboral**, la ETT es la responsable de cumplir las obligaciones en materia laboral y de seguridad social, así viene establecido en la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal, artículo 12: *"1. Corresponde a la empresa de trabajo temporal el cumplimiento de las obligaciones salariales y de Seguridad Social en relación con los trabajadores contratados para ser puestos a disposición de la empresa usuaria"*. En materia de prestaciones económicas, la norma que regula las relaciones laborales de las empresas de trabajo temporal, no contempla ni establece cómo se deben calcular las prestaciones económicas en materia de seguridad social, por lo que **debemos remitirnos a la normativa general al respecto:**

- Contratos a tiempo parcial: LGSS art.248.1C
- Contratos a tiempo completo: Decreto 1646/1972, art. 13.

En este supuesto estamos ante un contrato a tiempo completo, donde no hay prestación de servicios todos los días (agrario, JR) y la baja médica se produce en el mismo mes de inicio de la relación laboral, por lo que debemos tomar la base del mismo mes y dividiremos entre los días naturales del periodo:

Artículo trece. Cuantía del subsidio por incapacidad laboral transitoria.

"Uno. La base reguladora para el cálculo de la cuantía del subsidio de incapacidad laboral transitoria será el resultado de dividir el importe de la base de cotización del trabajador, correspondiente a la contingencia de la que aquella se derive, en el mes anterior al de la fecha de iniciación de la situación de incapacidad, excluidos, en su caso, los conceptos remuneratorios comprendidos en el número cuatro del presente artículo, por el número de días a que dicha cotización se refiera. (...)

Dos. A efectos de lo dispuesto en el número anterior, cuando el trabajador perciba retribución mensual y haya permanecido en alta en la Empresa todo el mes natural al que el mismo se refiere la base de cotización correspondiente se dividirá por treinta.

Tres. Para el trabajador que haya ingresado en la Empresa en el mismo mes en el que se inicie la situación de incapacidad laboral transitoria se aplicará lo dispuesto en los números anteriores, referido al indicado mes".

5. HORAS PERNOCTA. HORAS PACTADAS. EMPLEADOS DE HOGAR. CÁLCULO BASE REGULADORA. TRAMO DE COTIZACIÓN.

Trabajadora empleada de hogar causa baja por contingencias profesionales en mayo 2022. Consultado en la base de datos de la Seguridad Social (GISS) se comprueba la trabajadora recibe una retribución mensual y otra retribución por horas de pernocta. Se consulta si la retribución por horas de pernocta debe tenerse en cuenta en el cálculo de la prestación económica.

Para calcular el tramo de cotización del empleado de hogar se debe sumar su retribución mensual, la retribución por horas pactadas (si existe) y la retribución por horas de pernocta, es decir, el total de sus retribuciones. La suma de las mismas configura el salario y con el salario podremos comprobar el tramo en el que debe estar incluida la trabajadora.

PRESTACIÓN ECONÓMICA POR INCAPACIDAD TEMPORAL

1. CITACIÓN POR SMS CERTIFICADO. EXTINCIÓN TRAS INCOMPARENCIA DE LA TRABAJADORA A LA CITACIÓN DE LA MUTUA.

SENTENCIA 14/2022, de 3 de febrero, Juzgado de lo Social nº2 de Terrasa.

Trabajadora de baja médica por contingencias comunes es citada por la mutua con el fin de realizar el seguimiento del proceso de IT mediante SMS certificado a su teléfono móvil el 12/02/2021. Anteriormente se había citado a la trabajadora por este mismo medio en fecha 22/01/2021. La trabajadora no acude a ninguna de las dos citas. El 18/02/2021 la mutua le comunica la suspensión cautelar de la prestación y en fecha 22/02/2021 la extinción de la prestación por no haber justificado la incomparencia. La trabajadora presenta reclamación previa que será desestimada y posteriormente, demanda.

El art. 9 RD 625/2014 regulador de los requerimientos/citaciones a trabajadores para reconocimiento médico exige que se cumplan determinados requisitos:

- que la citación se produzca con antelación de 4 días hábiles,
- se informe que de no acudir a reconocimiento se suspenderá cautelarmente la prestación, y si no se justifica la incomparencia en 10 días, se extinguirá la prestación económica.

Dicho artículo, no excluye ningún sistema de comunicación o citación al trabajador, por lo que es válido el SMS certificado al móvil de la trabajadora (designado por ésta en autorización suscrita al efecto), aunque la Mutua tiene la carga de acreditar la efectiva citación.

Tras las alegaciones de la trabajadora, reconociendo haber recibido el SMS de citación, la Mutua extinguió la prestación sin esperar a los 10 días, al ya haber alegado y no justificado incomparecencia. La sala desestima la demanda de la trabajadora, validando el proceder de la mutua.

2. DETERMINACIÓN DE CONTINGENCIA: SE VALORA SI ANSIEDAD ES AT. NO LABORAL.

SENTENCIA TSJ Comunidad Valenciana 1079/2022, de 31 de marzo.

Trabajadora de empresa de educación infantil causa baja por contingencias comunes siendo diagnosticada como ansiedad. La trabajadora es hermana de la dueña de la empresa. La trabajadora ha interpuesto reclamación de cantidad a la empresa. Existe mala relación familiar entre ambas hermanas. La trabajadora solicita que la baja sea declarada como contingencia profesional. La Sala desestima su solicitud.

Declara el TSJ que *"(...) la causa que determina la IT no se puede calificar como accidente de trabajo, al quebrarse la presunción establecida en el artículo 156.3 de la LGSS, pues la baja deriva singularmente de la mala relación interpersonal de ambas personas en un círculo exclusivamente familiar, el hecho de que aquella se haya trasladado en parte al ámbito laboral no supone por sí mismo que la patología tenga causa exclusiva en el trabajo"*.

Además indica que por más que entre ellas haya habido un procedimiento de reclamación de cantidad relacionados por la antigüedad no puede ser que el estado de ansiedad sea declarado como profesional: *"(...) la mera existencia aislada de un contencioso laboral como el expuesto en la sentencia razonablemente no daría lugar objetivamente a una situación de ansiedad que desembocara en una baja por IT, pues se podría llegar al absurdo de que cualquier reclamación laboral que acabara en los Tribunales produciría por sí misma una conmoción en el ánimo de quien la emprende"*.

3. BASE DE COTIZACIÓN POR CONTINGENCIAS COMUNES SUPERIOR A BASE DE COTIZACIÓN POR CONTINGENCIAS PROFESIONALES. CÁLCULO BASE REGULADORA PRESTACIÓN

Trabajadora con contrato indefinido tiempo completo y grupo 1 de cotización, estando de baja por contingencias comunes, finaliza contrato y solicita el pago directo a la mutua. Al ser una contingencia común, el pago directo finalizada la relación laboral se calcula como it desempleo. En la tramitación del expediente se observa que la base de cotización por contingencias comunes es superior a la base de cotización por contingencias profesionales. Revisadas las nóminas, se observa que todos los conceptos retributivos que configuran la base de cotización por contingencias comunes y por contingencias profesionales son los mismos.

Esta diferencia entre bases, ¿es posible que sea debida a la aplicación de mínimos de cotización en contratos a tiempo completo?

¿Qué base se tiene que tener en cuenta para el cálculo de los 180 días?

La Orden PCM/244/2022, de 30 de marzo, por la que se desarrollan las normas legales de cotización a la Seguridad Social, en su artículo 3, establece **las bases mínimas de cotización por contingencias comunes** a partir del 01/01/2022, tanto diarias, como mensuales. Los grupos de cotización del 1 al 3 tienen bases mínimas más altas que el resto de grupos de cotización. Ambos mínimos son de aplicación tanto en contratos a tiempo completo con cotización mensual, como en contratos a tiempo parcial con cotización por horas.

En la misma Orden, el artículo 2.2 establece los **mínimos de cotización que se aplican en contingencia profesional a todos los grupos y categorías.**

La orden de cotización de cada año establece los topes máximos y mínimos de cotización para todas las contingencias, pero en las contingencias comunes contempla mínimos por grupo de cotización que no son contemplados en las contingencias profesionales, por tanto, a efectos de las prestaciones de ITCC tomaremos las bases cotizadas por contingencias comunes, que en estos supuestos son más elevadas, y en las prestaciones derivadas de contingencia profesional tomaremos las bases cotizadas por contingencia profesional, que serán de menor importe.

Puesto que se está calculando una it en cuantía de desempleo, tomamos bases de ITCC para calcular la prestación.

4. RECAÍDA EN DESEMPLEO POR CONTINGENCIAS COMUNES. IPREM.

Trabajador de empresa de azulejos finaliza contrato e inicia prestación por desempleo. Al mes, el trabajador causa baja médica por recaída de un proceso por contingencias comunes por el que había recibido el alta hacía cinco meses. El trabajador solicita el pago directo a la mutua.

Respecto al cálculo de la prestación económica, IT desempleo, se consulta si los topes del IPREM se tienen que actualizar al momento de la nueva baja médica por recaída.

Las recaídas en desempleo se calculan teniendo en cuenta el IPREM en el momento de nacimiento del hecho causante, en este caso **el hecho causante no es la it, es la prestación por desempleo, al producirse la recaída, el cobro de la prestación es en la misma cuantía que la prestación por desempleo, dicha cuantía y valoración del IPREM ya se hizo en el momento de inicio de la prestación por desempleo**, en la recaída no nace un nuevo derecho ni se valora el IPREM nuevamente, por lo tanto no se actualiza en el momento de la recaída.

El IREM es una referencia que fija la cuantía mínima y máxima de la prestación por desempleo según el beneficiario tenga hijos o no. Esta referencia se toma en el momento del nacimiento del derecho, (a la prestación por desempleo), tal y como lo expresa el artículo 270 de la LGSS: ***“a los efectos de lo previsto en este apartado, se tendrá en cuenta el indicador público de rentas de efectos múltiples mensual vigente en el momento del nacimiento del derecho, incrementado en una sexta parte”.***

Analizado el supuesto anterior, ¿habría variación si estamos ante un supuesto de recaída por contingencia profesional?

Las bajas por recaída en situación por desempleo se calculan y se abonan exactamente igual sean contingencias comunes o profesionales. Calculamos la IT en cuantía de desempleo con los valores del IPREM en el momento del nacimiento de la prestación por desempleo, revisando la cuantía de la prestación por desempleo reconocida al trabajador por el SEPE. Puesto que la IT sustituye las rentas del trabajador incapacitado, en ambos casos estamos ante un trabajador que está cobrando la prestación por desempleo, y al producirse la baja por recaída, continua cobrando prestación por desempleo en concepto de IT.

5. ALTA EN RETA SIN ACTIVIDAD CON OBJETO DE OBTENER PRESTACIONES.

Trabajadora autónoma peluquera de baja médica. Revisada por el EVI, se le deniega la IPT por falta de alta o situación asimilada. Posteriormente la trabajadora se da nuevamente de alta en el RETA y nuevamente causa baja médica. La mutua le solicita la acreditación de la actividad con el fin de valorar su solicitud de prestación. La trabajadora no acredita ingresos ni gastos que confirmen el desarrollo de actividad laboral alguna. La prestación es denegada. La trabajadora interpone demanda que es desestimada.

SENTENCIA 229/2022, de 14 de junio, Juzgado de lo Social Nº 5 de Valencia.

“Estando en tal situación al actora se dio de alta en el RETA en fecha 1-3- 2020 y no desarrolló actividad alguna durante el lapso temporal que transcurrió hasta la baja médica. Ciertamente en dicho periodo se desató la pandemia por COVID 19 siendo explicable la paralización de la actividad (de hecho la actora solicitó y obtuvo prestación de cese de actividad) y la falta de ingresos. Lo que no encuentra explicación es la inexistencia de gasto alguno acreditado.

*Atendido lo expuesto y, en concreto: que la actora al tiempo del alta en el RETA padecía un conjunto de dolencias que la limitaban para requerimientos biomecánicos moderados y bipedestación mantenida; que, pese a apreciarse así por el EVI del INSS, no fue declarada en situación de IPT para la profesión de peluquera por falta de alta o situación asimilada; y que, tras el alta, la trabajadora no desarrolló en momento alguno la actividad, no obteniendo ingresos pero tampoco acometiendo gasto alguno al efecto, no cabe sin concluir que **el alta de la trabajadora en el RETA no tenía por objeto el desarrollo de una actividad profesional sino que era un medio para lograr fines no amparados por las normas.***

Es por todo ello que las resoluciones denegatorias impugnadas en el proceso se reputan conformes a derecho, debiendo desestimarse la demanda interpuesta”.

6. CAMBIO DE ASEGURAMIENTO DE LA ENTIDAD QUE PROTEGE LAS CONTINGENCIAS COMUNES. TRABAJADORES FIJOS DISCONTINUOS DE BAJA MEDICA EN INACTIVIDAD.

Trabajadores fijos discontinuos de baja médica en periodo de inactividad que están cobrando prestación económica en la modalidad de pago directo, cuando se produce un cambio de aseguramiento de las contingencias comunes, estando previamente aseguradas en mutua, pasan a estar aseguradas por el INSS. El INSS rechaza asumir la prestación económica hasta el inicio de campaña.

SENTENCIA 3107/2022, de 18 de octubre, Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana.

“El debate se centra en determinar si efectivamente la situación de estos trabajadores es idéntica a la de los trabajadores fijos discontinuos en IT en periodo de campaña y si el principio de unidad afecta también aquellos trabajadores en situación de inactividad en el momento del cambio de

cobertura. La especial naturaleza de este contrato, en el que nos encontramos, con una prestación intermitente, pero con un vínculo indefinido nos lleva a rechazar la censura jurídica efectuada por la entidad gestora (INSS), al entender esta Sala que la doctrina judicial de la sala IV si es aplicable a estos trabajadores con independencia de que el cambio de coberturas se produzca en periodo de campaña o de inactividad”.

7. TRABAJADORA CON JORNADA REDUCIDA POR GUARDA LEGAL, COTIZACIÓN Y PRESTACIÓN ECONÓMICA. FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA.

Trabajadora con contrato indefinido a jornada completa, que se acoge a reducción de jornada por guarda legal. Las normas de cotización regulan en este supuesto que la empresa debe cotizar respetando los mínimos de los trabajadores contratados a tiempo parcial. Las normas sobre prestación económica no contemplan este supuesto. La empresa entiende que el contrato de la trabajadora se ha modificado a tiempo parcial y aplica las normas contempladas para los contratos a tiempo parcial en el cálculo del pago delegado. Se producen diferencias en la prestación. Se consulta a jurídico por parte de la empresa/asesoría.

La duda que plantean es si para el cálculo de la prestación de IT iniciada ya en esa situación antes indicada, la base reguladora debe calcularse conforme las normas del contrato a tiempo parcial (en función de las bases de cotización de los 3 meses anteriores), o con las del contrato a jornada completa (la base de cotización del mes anterior). En Unión de Mutuas sostenemos que debe aplicarse la base del mes anterior por seguir siendo el contrato a tiempo completo en base a la siguiente regulación / criterios:

* COTIZACIÓN

Orden PCM/244/2022, de 30 de marzo, por la que se desarrollan las normas legales de cotización a la Seguridad Social, desempleo, protección por cese de actividad, Fondo de Garantía Salarial y formación profesional para el ejercicio 2022.

Artículo 42. Cotización en los supuestos de guarda legal o cuidado directo de un familiar.

"En el caso de trabajadores y empleados públicos que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 37 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, en el artículo 30 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la Función Pública, y en los artículos 48 y 49 del texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, realicen una jornada reducida con disminución proporcional de sus retribuciones, la cotización se efectuará en función de las retribuciones que perciban sin que, en ningún caso, la base de cotización pueda ser inferior a la cantidad resultante de multiplicar las horas realmente trabajadas en el mes a que se refiere la cotización por las bases mínimas horarias señaladas en el artículo 36.1."

*PRESTACIÓN

Decreto 1646/1972, de 23 de junio, para la aplicación de la Ley 24/1972, de 21 de junio, en materia de prestaciones del Régimen General de la Seguridad Social.

Artículo 13. Cuantía del subsidio por incapacidad laboral transitoria

"Uno. La base reguladora para el cálculo de la cuantía del subsidio de incapacidad laboral transitoria será el resultado de dividir el importe de la base de cotización del trabajador,

correspondiente a la contingencia de la que aquella se derive, en el mes anterior al de la fecha de iniciación de la situación de incapacidad, excluidos, en su caso, los conceptos remuneratorios comprendidos en el número cuatro del presente artículo, por el número de días a que dicha cotización se refiera".

Una reducción de jornada por guarda legal no desvirtúa el contrato que sigue siendo indefinido a tiempo completo.

Extractamos Criterio de aplicación de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social, donde, resaltado en verde, se puede comprobar que debemos regirnos por la modalidad contractual, por lo que debe calcularse con la base de cotización del mes anterior.

- 3ª. Reglas similares a las anteriores deben seguirse en los supuestos de jornada reducida por guarda o cuidado de familiares, para los casos de violencia de género y en las situaciones derivadas de modificaciones sustanciales del contrato de trabajo, previstas, respectivamente, en los artículos 37.5, 37.7 y 41, todos ellos del Estatuto de los Trabajadores (LET).

Aunque efectivamente en orden a las prestaciones no se cuenta con previsión alguna acerca de estos tipos de jornada, como sí sucede en cambio a efectos de cotización en los casos de reducción por guarda o cuidado de familiares (66 del Reglamento general de cotización, aprobado por Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre); y aunque, como ya se explicó en el RJ 164/2008, del criterio 7/2003-04, el trabajador contratado a jornada completa no se convierte en trabajador a tiempo parcial durante la situación de jornada reducida, todo ello no debe impedir, sin embargo, que se tome en consideración la realidad de la nueva situación legal del trabajador y de la cotización a tiempo parcial durante las misma.

Por consiguiente:

- Si en el momento de la baja médica el trabajador tiene jornada reducida respecto de la suya habitual, al amparo de los artículos 37.5, 37.7 o 41 LET, en el cálculo de la prestación de IT no se debe tener en cuenta la base de cotización de jornada no reducida; al igual que, en sentido inverso, sucedería si la situación fuese la contraria.

Esta conclusión altera la contenida en el criterio de aplicación 79/2003-04, que por lo mismo, y en lo que respecta al tema que aquí tratamos -no al referido a los periodos en alta sin retribución que también analiza el criterio- hay que entender derogado.

- Puesto que, como se puso de manifiesto en el informe RJ 164/2008 que se acaba de mencionar, el contrato de trabajador en jornada reducida mantiene su naturaleza, la legalidad aplicable vendrá dada por la regla 1ª anterior. Lo cual quiere decir que la cuantía de la IT que se cause durante el periodo de jornada reducida se determinará aplicando el decreto de 1972 o el RDTP, atendiendo a la modalidad de contrato de trabajo (a tiempo completo o a tiempo parcial) vigente en ese momento, y sin perder de vista que no procede mezclar bases de jornada reducida con bases de jornada no reducida.

PRESTACIÓN ECONÓMICA POR RIESGO DURANTE EL EMBARAZO

1. CÁLCULO DE LA BASE REGULADORA: TRABAJADORA CON DOS NÓMINAS.

Trabajadora con contrato suspendido desde 10/01/2022 por riesgo durante el embarazo desempeña dos puestos de trabajo dentro de la empresa, uno como encargada y otro como administradora. Por cada puesto de trabajo la empresa le reconoce una retribución total bruta mensual (incluida la prorrata de pagas), como administradora 1.087,90€ y como encargada 1.075,18€. Cada puesto de trabajo tiene una nómina diferente. Como ambos puestos están enmarcados en el grupo 1 de cotización, la empresa le aplica la base mínima de cotización en cada una de las nóminas (base de CC 1.572,30 grupo 1º y base de CP mínima para todos los grupos y categorías profesionales 1.125,90€). La cotización resultante de la trabajadora es la siguiente: base de contingencias comunes 3.144,60€ y base de contingencias profesionales 2.251,80€.

¿Cuál es la base reguladora de la prestación?

La empresa (el programa de nóminas) está tratando a la trabajadora como si se tratase de dos personas independientes, no como a una misma trabajadora que desempeña dos puestos de trabajo. El problema radica en que al calcular cada nómina por separado, sin vincular las retribuciones, en la cotización están aplicando por separado dos bases mínimas del grupo 1, dando lugar a una base sobredimensionada en ambas contingencias, en contingencias comunes 3.144,60€, y 2.251,80€ en contingencias profesionales, al mismo tiempo que tanto la empresa como la trabajadora están pagando más cotización que la que procede. La forma correcta de calcular la base de cotización de un trabajador la encontramos regulada en el artículo 147 de la Ley General de la Seguridad Social:

“Artículo 147. Base de cotización.

*1. La base de cotización para todas las contingencias y situaciones amparadas por la acción protectora del Régimen General, incluidas las de accidente de trabajo y enfermedad profesional, **estará constituida por la remuneración total, cualquiera que sea su forma o denominación, tanto en metálico como en especie, que con carácter mensual tenga derecho a percibir el trabajador o asimilado, o la que efectivamente perciba de ser esta superior, por razón del trabajo que realice por cuenta ajena.**”*

Procede cotizar por 2.163,80€ que es la suma de sus dos retribuciones y se encuentra dentro de los topes de cotización tanto en contingencias comunes como profesionales. Esta base será la base de cotización correcta a efectos de prestaciones.

Este error se debe reportar al programa de nóminas para que corrija dicha situación, y a la Tesorería General de la Seguridad Social, solicitando la devolución de ingresos indebidos por las cotizaciones efectuadas en exceso, confirmando la base de cotización correcta 2.163,80€.

2. TRABAJADORA CON PERMISO DE RESIDENCIA Y NIE CADUCADO.

Trabajadora embarazada que presta servicios como camarera en una empresa de restauración presenta solicitud de prestación de riesgo durante el embarazo. En la revisión de la documentación presentada se comprueba que el NIE de la trabajadora no está en vigor. Se requiere a la trabajadora para que presente la documentación en vigor. La trabajadora presenta la denegación del permiso de residencia junto con el inicio del procedimiento de reclamación contra dicha denegación ante la Audiencia Nacional, sala de lo Contencioso-Administrativo y la solicitud de medidas cautelares que acuerden la suspensión de los actos administrativos denegatorios. Se consulta si puede tramitarse el expediente.

Los actos administrativos son directamente ejecutivos, por lo que, el hecho de presentar reclamación contra dichos actos, no supone la suspensión de los mismos, es decir, es necesaria una resolución de la administración que suspenda la eficacia de dicho acto. En el supuesto que nos ocupa, sólo se podrá tramitar el expediente cuando se nos presente la **resolución de suspensión emitida por la Sala** hasta que se dicte sentencia respecto al acto recurrido (denegación residencia).

3. TRABAJADORA AUTONOMA EMBARAZADA SE INCREMENTA LA BASE DE COTIZACIÓN. FRAUDE DE LEY. INFRACCIÓN MUY GRAVE. DEVOLUCIÓN TOTAL DE PRESTACIONES Y NO SOLO DE LAS DIFERENCIAS DE LA BASE INCREMENTADA.

Trabajadora autónoma embarazada se incrementa la base de cotización de la base mínima a la base máxima. Posteriormente solicita la prestación de REL con la mutua y al finalizar la misma, la prestación de maternidad. El INSS remite oficio a la Inspección de Trabajo ante las sospechas de conducta fraudulenta. La Inspección levanta acta de infracción y propone sanción. El INSS incoa expediente sancionador. Sanción confirmada por el Tribunal Supremo en unificación de doctrina:

SENTENCIA 489/2022, de 31 de mayo, Tribunal Supremo, Sala de lo Social RCUUD nº290/2019.

“La cuestión a determinar en el presente recurso de casación unificadora consiste en decidir si, ante el incremento fraudulento de las bases de cotización en el RETA, procede la extinción de las prestaciones y la devolución de las cantidades percibidas; o. por el contrario, sólo procede la devolución de la diferencia entre las prestaciones calculadas conforme a las bases mínimas que venía cotizando y las que percibió que se calcularon con arreglo a las máximas que fueron cotizadas tras el incremento producido en el período inmediatamente anterior al hecho causante. (...)

Para la sentencia recurrida la conducta de la trabajadora constituye inequívocamente un fraude de ley para el incremento de las prestaciones por riesgo durante el embarazo y por maternidad, constituyendo una infracción muy grave (art. 26.1 LISOS), sancionable conforme a derecho por el INSS en base al artículo 47.1.c) LISOS.

(...)

Partiendo del incuestionado hecho según el que la actora, de alta en el régimen especial de trabajadores autónomos, habiendo cotizado durante su vida laboral en el RETA por la base mínima, optó cuando estaba en avanzado estado de gestación por cotizar en el indicado régimen por la base máxima. Y que por ello obtuvo prestaciones de riesgo por el embarazo, con cargo a la Mutua, y de maternidad, con cargo al INSS, calculadas con arreglo a esas bases máximas, no cabe duda de que tal conducta se encuentra tipificada en el apartado e) del artículo 23.1 LISOS,

que se encuentra en el Capítulo II “Infracciones de Seguridad Social” y en el seno de su sección primera que contempla, entre otras, las infracciones de los trabajadores por cuenta propia, y que literalmente considera falta muy grave: **«Incrementar indebidamente la base de cotización del trabajador de forma que provoque un aumento en las prestaciones que procedan»**. Por su parte, el artículo 26.1 LISOS, en la sección 2ª sobre infracciones de los trabajadores o asimilados, beneficiarios o solicitantes de prestaciones, considera infracción muy grave: **«Actuar fraudulentamente con el fin de obtener prestaciones indebidas o superiores a las que correspondan»**.

(...)

Correlativamente, el artículo 47.1.c) LISOS, en redacción vigente al tiempo de los hechos, que permanece en la actualidad, se refiere a las sanciones correspondientes a las faltas muy graves de los solicitantes y beneficiarios de pensiones o prestaciones de Seguridad Social que concreta en “pérdida de la pensión o prestaciones durante un período de seis meses”. Por tanto, habida cuenta de que la extinción temporal de la prestación está prevista en el artículo 47.1.c) LISOS, lo que implica un reintegro total y absoluto de las prestaciones percibidas en el período sancionado, habrá que concluir que la doctrina correcta se encuentra en la sentencia recurrida, habida cuenta de que la sanción impuesta era clara y adecuada y en la medida que la pérdida de la prestación comporta, por ministerio de la ley su eliminación total durante el período previsto de seis meses, que no se alcanzaron en ninguna de las prestaciones del caso. No estamos, como pretende la recurrente en el ámbito del artículo 47.3 LISOS sobre reintegro de lo indebidamente percibido, sino en la aplicación de una sanción prevista legalmente que implica la pérdida de las prestaciones, lo que comporta, para que pueda hacerse efectiva dicha sanción la devolución total”.

PRESTACIÓN ECONÓMICA POR CUIDADO DE MENORES AFECTADOS POR CÁNCER U OTRA PATOLOGÍA DE GRAVEDAD

1. SOBRE LA BASE REGULADORA DE LA PRESTACIÓN CUANDO LA BENEFICIARIA TIENE UNA REDUCCIÓN DE JORNADA POR GUARDA LEGAL PREVIA.

Trabajadora sanitaria presta servicios para una clínica desde 01/05/2012. La trabajadora solicitó a la empresa con efectos de 1-2-2019 la reducción de jornada por guarda legal para cuidado de hijo menor de 12 años en un 86,89%. Nuevamente solicitó con efectos de 1-4-2019 la reducción de jornada por guarda legal para cuidado de hijo menor de 12 años en un 69,49%. Posteriormente y con efectos de 1-7-2020 solicita reducción de jornada que se le concede en un 50%. Con fecha 4-5-2021 la trabajadora solicita subsidio por cuidado de menor afectado de enfermedad grave con una reducción de jornada de 99,90% que le es reconocida por la mutua con efectos económicos 10-5-2021, cuantía diaria 34,87€ euros (1.045,97€/30). La base reguladora de la prestación tomada por la mutua es la base del mes anterior al hecho causante, base cotizada al 50% con reducción de jornada por guarda legal.

SENTENCIA 881/2022, de 14 de octubre, Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

“La cuestión controvertida se ciñe a determinar la base reguladora de la prestación: si la que corresponde a la jornada completa sin que opere reducción alguna, y ello aunque la trabajadora tenga previamente reconocida una jornada reducida por cuidado de hijo menor de 12 años, como

pretende la actora, o si como propugna y ha aplicado la Mutua la correspondiente a la jornada reducida que la trabajadora desarrollaba con anterioridad a solicitar la prestación por cuidado de hijos afectados por enfermedad grave y que es la misma que la fijada para el supuesto de la IT, es decir, la del mes anterior a la solicitud, abril de 2021. Decantándose la sentencia recurrida por estimar correcta la tenida en cuenta por la Mutua que asciende a 34,87€/día al ser la base de cotización del mes de abril 2021- mes anterior a la solicitud- conforme a la base cotizada con la reducción de jornada del 50% que tenía la actora por guarda legal”.

La citada Sentencia del TSJ de Madrid ratifica esta interpretación de la primera instancia.

Sentencia 18/2022, de 19 de enero de 2022, del Juzgado de lo Social nº 27 de Madrid.

La cuestión que se plantea es la base reguladora a aplicar, si la que corresponde a la jornada completa sin que opere reducción alguna, y ello aunque la trabajadora tenga previamente reconocida una jornada reducida por cuidado de hijo menor de 12 años, como pretende la actora, o es la correspondiente a la jornada reducida que la trabajadora desarrollaba con anterioridad a solicitar la nueva prestación por cuidado de hijos afectados por enfermedad grave y que es la misma que la fijada para el supuesto de la IT, es decir, la del mes anterior a la solicitud, abril de 2021.

La sentencia del TSJ Madrid de 5-6-2017 en un supuesto igual analizando la sentencia del TSJ de Galicia de 19-6-2015 y la sentencia de la propia Sala de 9-4-2014 concluye que la base reguladora a aplicar a la prestación examinada es la correspondiente al mes anterior a la baja, y que en este caso será la del mes anterior a la solicitud- abril 2021- teniendo en cuenta y operando la reducción de jornada que tenía la actora que lo era por guarda legal.

La Sala considera más ajustada al espíritu y letra de la Ley la interpretación que se contiene en las citadas sentencias, por lo que ha de concluirse que la base reguladora a aplicar debe ser la correspondiente al mes anterior a la solicitud de la prestación, siendo correcta la base reguladora aplicada por la Mutua que asciende a 34,87€/día al ser la base de cotización del mes de abril 2021- mes anterior a la solicitud- conforme a la base cotizada con la reducción de jornada del 50% que tenía la actora por guarda legal.

2. PADRES SEPARADOS, CUSTODIA COMPARTIDA SEMANAL. SOLICITUD POR PARTE DE AMBOS PROGENITORES.

Trabajador autónomo solicita el 19/09/2022 la prestación de cuidado de menores enfermos de gravedad por estar su hijo afectado de cáncer desde el 15/09/2022 fecha en la que se redujo la jornada. Solicita la prestación las semanas que tiene la custodia del menor (semanas alternas). En fecha 26/09/2022 solicita la prestación la madre del menor, trabajadora también a tiempo completo en empresa se servicios legales. La madre solicita la prestación semanal, conforme a la custodia compartida.

El Real Decreto 1148/2011 de 29 de julio, para la aplicación y desarrollo, en el sistema de la Seguridad Social, de la prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave, contempla el supuesto en el que los progenitores se alternen el percibo del subsidio, el problema radica en los periodos que permite la norma:

Art. 4. Beneficiarios.

“5. Mediante acuerdo entre ambas personas progenitoras, adoptantes o acogedoras y la empresa o empresas respectivas, podrán alternarse entre ellas el percibo del subsidio por periodos no inferiores a un mes, en cuyo caso el percibo del subsidio quedará en suspenso cuando se reconozca un nuevo subsidio a la otra persona progenitora, adoptante o acogedora”.

Por lo tanto la norma no permite la posibilidad de semanalmente adaptar el subsidio, en contraposición con la custodia compartida, que salvo periodos vacaciones u distinto acuerdo entre los progenitores se puede ir adaptando a la situación concreta.

El subsidio se reconocerá desde 15/09/2022 al 14/10/2022 al padre, pasando a estar suspendido al mes siguiente, y reconociendo el subsidio a la madre del 15/10/2022 al 14/11/2022. Mientras dure la necesidad de cuidado directo, continuo y permanente acreditada bimensualmente por el médico que lleve el seguimiento del menor, los progenitores podrán alternarse los subsidios.

Puesto que se reconocen dos subsidios diferentes, cada progenitor puede adaptar a su necesidad de reducción de jornada la prestación:

- Padre: autónomo electricista: necesitaba el 99% de reducción al tener un trabajo con mucha movilidad y horarios variables.
- Madre: trabaja 8h en un puesto administrativo: necesitaba el 50% de reducción

A su vez, al ser dos expedientes diferentes, dichos porcentajes se aplicaron a la base de cotización que cada progenitor tenía.