

SUBDIRECCIÓN GENERAL DE ORDENACIÓN Y ASISTENCIA JURÍDICA

Criterio de gestión: 20/2019

Fecha: 23 de octubre de 2019

Materia: Nacimiento y cuidado de menor. Situación asimilada a la de alta. Vacaciones devengadas, retribuidas y cotizadas de forma prorrateada con anterioridad a la extinción de la relación laboral.

ASUNTO:

Si, a efectos de poder beneficiarse de la prestación por nacimiento y cuidado de menor, puede considerarse en situación asimilada a la de alta a un trabajador que, tras prestar servicios para una empresa de trabajo temporal (ETT), cesa en su actividad laboral y mientras se encuentra disfrutando del periodo de vacaciones no disfrutado con anterioridad -vacaciones devengadas, retribuidas y cotizadas de forma prorrateada con anterioridad a la extinción de la relación laboral- se produce el hecho causante del nacimiento.

CRITERIO DE GESTIÓN:

Esta Subdirección General recibió consulta procedente de una dirección provincial de este Instituto en la que se cuestionaba si cabía considerar en situación asimilada a la de alta, a efectos de poder beneficiarse de la prestación por paternidad -actual prestación por nacimiento y cuidado de menor-, a un trabajador de una ETT que se encontraba en las circunstancias descritas en el asunto de este criterio o si, por el contrario, el interesado no podría beneficiarse de la prestación por quedar en situación de no alta.

El artículo 11.1, tercer párrafo, de la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal, establece que la remuneración del trabajador *“deberá incluir, en todo caso, la parte proporcional correspondiente al descanso semanal, las pagas extraordinarias, los festivos y las vacaciones.”*

El artículo 166.2 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (TRLGSS), considera situación asimilada al alta con cotización, con la salvedad de los subsidios por riesgo durante el embarazo y la lactancia natural, la situación del trabajador durante el periodo correspondiente a vacaciones anuales retribuidas que no hayan sido disfrutadas por el mismo con anterioridad a la finalización del contrato.

Asimismo, el artículo 147.1 del TRLGSS prevé que las percepciones correspondientes a vacaciones anuales devengadas y no disfrutadas y que sean retribuidas a la finalización de la relación laboral serán objeto de liquidación y cotización complementaria a la del mes de la extinción del contrato.

Sin embargo, no se especifica en la normativa citada si, a efectos de poder beneficiarse de las prestaciones del sistema de la Seguridad Social, cabe considerar en situación asimilada a la de alta el periodo de vacaciones anuales no disfrutado a la finalización del contrato de cesión a la empresa usuaria cuando ni al trabajador le corresponde ya percibir retribución ni tampoco existe obligación de cotizar.

Tampoco se da respuesta al supuesto consultado en los artículos 29.3 (supuesto donde subsiste la obligación de cotizar tras el cese) y 30.3 (referido a vacaciones que son retribuidas una vez finalizada la relación laboral) del Reglamento General de Inscripción de Empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto 84/1996, de 26 de enero.

Ante la falta de previsión normativa, este Instituto elevó consulta a la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social (DGOSS) sobre la procedencia de considerar en situación asimilada a la de alta al trabajador que, tras prestar servicios para una ETT, cesa en su actividad laboral y mientras se encuentra disfrutando del periodo de vacaciones no disfrutado con anterioridad -vacaciones devengadas, retribuidas y cotizadas de forma prorrateada con anterioridad a la extinción de la relación laboral- se produce el hecho causante del nacimiento.

Teniendo en cuenta la ambigüedad e indefinición en la normativa señalada y sobre la base de una interpretación integradora de la normativa de aplicación, la DGOSS concluye que durante el periodo de disfrute de vacaciones posteriores a la finalización del contrato de trabajadores de ETT, cuando no se perciba remuneración ni proceda ingreso de cuotas por haberse prorrateado tal retribución y la cotización correspondiente a la misma durante los meses de duración del contrato laboral, procederá no cursar la baja y, por tanto, el mantenimiento del alta en el correspondiente régimen de la Seguridad Social, sin perjuicio de que **dicha situación deba ser considerada como asimilada al alta con cotización (obligación satisfecha anticipadamente)**, conforme a lo establecido en el actual artículo 166.2 del TRLGSS y que, consecuentemente, esos días se computarán también a efectos del periodo de carencia.

Ese Centro Directivo precisa que dicho criterio únicamente es aplicable para el concepto vacaciones, no siendo extensible por los periodos de descanso semanal que no se hayan podido disfrutar al término de la relación laboral, puesto que, a diferencia de lo que sucede con las vacaciones, ni la normativa laboral efectúa previsión expresa alguna respecto de la liquidación de la retribución que corresponda por los días de descanso semanal devengados y no disfrutados cuando no se haya abonado juntamente con el salario, pese a que se considere parte del mismo, ni el ordenamiento de Seguridad Social da la consideración de situación asimilada a la de alta con cotización al trabajador durante esos días que no han llegado a disfrutarse.

Esta información ha sido elaborada teniendo en cuenta la legislación vigente en la fecha que figura en el encabezamiento y se presta en virtud del derecho previsto en el artículo 53, letra f), de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, advirtiendo que dicha información no produce más efectos que los puramente ilustrativos y de orientación.