

SUBDIRECCIÓN GENERAL DE ORDENACIÓN Y ASISTENCIA JURÍDICA

Criterio de gestión: 5/2020

Fecha: 25 de febrero de 2020

Materia: Nacimiento y cuidado del menor. No consideración como situación asimilada a la de alta la de los 90 días siguientes a la baja en el RETA.

ASUNTO:

Se cuestiona si debe considerarse situación asimilada a la de alta la de los 90 días siguientes a la baja en el Régimen Especial de Trabajadores por cuenta propia o Autónomos (RETA), a efectos de causar la prestación por nacimiento y cuidado del menor.

CRITERIO DE GESTIÓN:

El artículo 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, dispone:

“Uno. Los trabajadores que causen baja en este régimen especial quedarán en situación asimilada a la de alta durante 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.

Dos. Los casos de incorporación a filas para el cumplimiento del Servicio Militar, convenio especial con la Entidad gestora y los demás expresamente declarados análogos por el Ministerio de Trabajo podrán ser asimilados a la situación de alta con el alcance y condiciones que reglamentariamente se establezcan.”

El criterio 70/2002 de esta Entidad analiza si se puede causar el derecho al subsidio de maternidad -actual prestación por nacimiento y cuidado del menor- en aquellos supuestos en los que el trabajador por cuenta propia, al finalizar el periodo de incapacidad temporal (IT) durante el cual ha percibido el correspondiente subsidio, inicia como consecuencia del parto la situación de maternidad, estando ya de baja en el RETA y si, producido el parto dentro de los 90 días siguientes a la baja en aquel régimen, debe considerarse que se encuentra en situación asimilada a la de alta.

En el citado criterio se concluyó que, puesto que dicha situación no aparecía listada en el artículo 5 del entonces vigente Real Decreto 1251/2001, de 16 de noviembre, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad y riesgo durante el embarazo, no procedía considerar como situación asimilada a la de alta, a efectos de la prestación por maternidad, los 90 días siguientes al cese en el RETA.

La sentencia de 10 de junio de 2014 de la Sala Cuarta, de lo Social, del Tribunal Supremo (Rec. 2546/2013), establece que los 90 días siguientes a la baja en el RETA tienen la consideración de situación asimilada a la de alta a efectos de causar la prestación por maternidad (actual prestación por nacimiento y cuidado del menor).

Razona la sentencia que *“al establecer la disposición adicional undécima bis de la vigente LGSS que los trabajadores por cuenta propia tendrán derecho a la prestación de maternidad con la misma extensión y en los mismos términos y condiciones que los previstos para los trabajadores por cuenta ajena esta remisión no debe entenderse realizada a toda la normativa del Régimen General, prescindiendo, en absoluto, de las normas específicas del Régimen Especial (...) que 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 (...), que no sólo pervive sino que es incluida en fecha relativamente reciente en el art. 36.1.15, del 3 RD 84/1995, de 26 de enero (...), conduce a entender aplicable esta singular situación de asimilación al alta a los efectos de causar derecho al subsidio de maternidad.”* Señala que el RDMA se refiere con carácter general a las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural, lo cual en modo alguno impide que en lo no previsto, haya de estarse a las concretas normas reguladoras del RETA, pues es obvio que el RDMA no contempla las particularidades de los trabajadores de este Régimen Especial. *“Y ello en base al principio de especialidad normativa en cuyo despliegue se produce una aplicación preferente de la norma especial sobre la general al ser la norma especial la que mejor se adapta al supuesto de hecho al regular en Régimen Especial en el que la actora estaba encuadrada.”*

Esta sentencia fue la primera que se dictó estando vigente el Real Decreto 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 (RDMA). Posteriormente, en sentencia de 19 de diciembre de 2016, el Tribunal Supremo se pronuncia en el mismo sentido apuntado en el año 2014.

En vista de las sentencias señaladas, esta Entidad Gestora consideró oportuno solicitar a la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social (DGOSS) informe sobre si, en base a la doctrina contenida en las mismas, procedería la modificación del criterio administrativo 70/2002 de forma que, cuando el hecho causante de la prestación por nacimiento y cuidado del menor tenga lugar dentro de los 90 días siguientes a la baja en el RETA, se considere que los trabajadores incluidos en el mismo se encuentran en situación asimilada a la de alta.

Las citadas sentencias de 2014 y 2016, aun siendo posteriores al RDMA, reconocen el derecho a la prestación en situaciones de baja en el RETA por aplicación de la situación asimilada a la de alta prevista en el artículo 29.1 del Decreto 2530/1970. Sin embargo, como pone de manifiesto la DGOSS en su informe, la entrada en vigor del RDMA supone un cambio sustancial en el régimen jurídico de la prestación por maternidad de los trabajadores autónomos, ya que su artículo 4 establece una relación de situaciones que a efectos de la maternidad se consideran asimiladas a la de alta, más completa que la que existía con anterioridad y en la que no se incluye la de los 90 días naturales siguientes al último día del mes en que se produzca la baja en el RETA, sin que por otra parte se mencione la posibilidad de incluir otras situaciones que se prevean reglamentariamente -como sí hacía, en cambio, el artículo 5 del Real Decreto 1251/2001, de 16 de noviembre, en su regla 6ª-, por lo que constituye una lista cerrada.

Por otra parte, las sentencias de 2014 y 2016 introducen, como novedad respecto de la doctrina jurisprudencial anterior al RDMA, la consideración de que se está en situación asimilada a la de alta por aplicación analógica de lo dispuesto en la regla 2ª del artículo 10.4 del RDMA. Según expone la DGOSS, cabría deducir que el fundamento para aplicar por analogía dicho artículo sería la disposición adicional undécima bis de la LGSS vigente en la fecha de los hechos enjuiciados -actualmente integrada en el artículo 318.a) del vigente TRLGSS-.

La DGOSS concluye que, *“en lo que concierne a si los 90 días siguientes a la baja en el RETA deben considerarse como situación asimilada a la de alta a efectos de causar derecho a la prestación de maternidad debe responderse negativamente. Sin embargo, en lo que se refiere a aquellos supuestos concretos en los que el trabajador por cuenta propia al finalizar el periodo de IT durante el cual ha percibido el subsidio correspondiente inicia como consecuencia del parto la situación de maternidad estando ya de baja en el RETA, debe responderse que procede reconocer el derecho a la citada prestación.”*

En base a lo dispuesto por ese Centro Directivo, cabe tener en cuenta lo siguiente:

1. Las personas trabajadoras por cuenta propia que inicien una situación de IT estando en situación de alta y cesen en su actividad, con baja efectiva en el RETA, antes de iniciar el descanso por nacimiento y cuidado del menor, pueden causar derecho a la prestación económica derivada de esta última contingencia, interrumpiéndose la IT anterior al parto y el abono del subsidio correspondiente, que se sustituirá desde el día de inicio de la situación de maternidad por el subsidio asignado legalmente a esta última.
2. También se podrá causar derecho a la prestación económica por nacimiento y cuidado del menor cuando entre la extinción de la IT por alta médica y el inicio de la situación de descanso por nacimiento y cuidado del menor no haya solución de continuidad, bien por producirse el alta médica por IT y el inicio del descanso por nacimiento y cuidado del menor el mismo día, bien por tener lugar éste al día siguiente de aquélla.
3. Fuera de las situaciones recogidas en los números anteriores (así como de los periodos considerados como de cotización efectiva respecto de las trabajadoras por

cuenta propia que sean víctimas de violencia de género), quienes no se encuentren en situación de alta en el RETA en el momento de iniciarse la situación de descanso por nacimiento y cuidado del menor, aunque hayan transcurrido menos de 90 días naturales desde el último día en que fue efectiva su baja en el RETA, no podrán causar derecho a la prestación correspondiente por no encontrarse en situación de alta ni asimilada a la de alta, no siendo de aplicación a esos efectos la situación asimilada a la de alta establecida con carácter general para los trabajadores del RETA en el artículo 29.1 del Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, y en el artículo 36.1.15 del Real Decreto 84/1996, 2009, de 26 de enero, procediendo por tanto mantener el sentido del criterio 70/2002 de ese Instituto, si bien sobre la base de lo establecido en el artículo 4 del Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo.

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.