

LA PRESTACIÓN ECONÓMICA POR CUIDADO DE MENORES AFECTADOS POR CÁNCER U OTRA ENFERMEDAD GRAVE

FRANCISCO JAVIER FERNÁNDEZ ORRICO

*Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad Miguel Hernández*

Extracto:

LA «prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave» es la nueva prestación de Seguridad Social que se ha instaurado en España y que resulta de aplicación desde el 1 de enero de 2011. Supone una nueva ampliación de la acción protectora de la Seguridad Social que se extiende al colectivo de personas que tienen un menor a su cargo en las circunstancias que describe la propia denominación de la prestación. Son sus beneficiarios los padres o personas que tengan en adopción o acogimiento a los menores afectados por la enfermedad citada u otra grave. La prestación presenta diversas peculiaridades respecto a otras, como es la exigencia de que ambos progenitores, adoptantes o acogedores del menor afectado, se encuentren trabajando y estén dados de alta en la Seguridad Social o en la mutua correspondiente a su actividad profesional.

A este respecto, conviene recordar que es una prestación periódica temporal de naturaleza contributiva y que no busca tanto resarcir al beneficiario por la falta de recursos económicos suficientes, sino compensarle con una renta sustitutiva del salario que deja de percibir el beneficiario por la reducción de la jornada laboral con un mínimo del 50 por 100, que dedica a cuidar al menor.

En fin, son muchas las cuestiones, así como algunas medidas objeto de discusión que suscita la nueva prestación económica en la normativa, que por su interés serán objeto de comentario en las páginas que siguen a continuación.

Palabras clave: prestación, cuidado de menores, cáncer y enfermedad grave.

THE ECONOMIC FEATURE FOR CARE OF OF CHILDREN AFFECTED BY CANCER OR ANOTHER SERIOUS DISEASE

FRANCISCO JAVIER FERNÁNDEZ ORRICO

*Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad Miguel Hernández*

Abstract:

The «economic feature for care of of children affected by cancer or another serious disease» is the new benefit of Social Security which has been established in Spain and which is applicable from the 1 of January of 2011. It is a new extension of the protective action of the Social Security which extends to the group of people who have a child in his charge in the circumstances which the own demomination of the benefit describes. They are its beneficiaries the parents or persons in adopting or fostering children affected by the aforementioned disease or another serious.

The provision presents various peculiarities with respect to others, such as is the requirement that both parents, adoptive or foster of the child concerned, they are working and are discharged in the Social Security or mutual corresponding to their professional activity.

In this regard, it should be remembered that a periodic benefit temporary nature contributory and does not seek both compensate the beneficiary by the lack of sufficient financial resource, but to compensate him with a replacement income of salary that leaves collect the beneficiary for the reduction of working hours with a minimum of 50%, that it is dedicated to caring for the child.

Finally, there are many questions, as well as some measures under discussion arising from the new economic provision in the regulations, that interest shall be subject to comment on the pages below.

Keywords: benefit, taken care of of children, cancer and serious disease.

Sumario

- I. Introducción.
- II. Situación protegida.
 1. La reducción de la jornada de trabajo.
 2. Otras condiciones.
 3. El cáncer o la enfermedad grave como contingencia.
- III. Requisitos de los beneficiarios.
 1. Vicisitudes que afectan a ambos progenitores, adoptantes o acogedores.
 2. Supuestos de pluriactividad y pluriempleo.
 3. La contratación a tiempo parcial.
 4. Periodo de carencia.
- IV. Prestación económica.
- V. Nacimiento, duración, suspensión y extinción del derecho.
 1. Inicio.
 2. Duración.
 3. Causas de suspensión.
 4. Causas de extinción.
- VI. Gestión y pago de la prestación económica.
 1. Gestión.
 2. El pago.
- VII. Procedimiento para el reconocimiento del derecho.
 1. Solicitud.
 2. Documentación y datos que deben adjuntarse a la solicitud.
 3. Resolución de la entidad gestora o mutua.
- VIII. Comentario sobre la nueva prestación.

I. INTRODUCCIÓN

A los siete meses desde la creación de la prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave,¹ se publica con fecha 30 de julio de 2011, 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 (RD 1148/2011), cuya entrada en vigor se produjo en fecha 1 de agosto de 2011, retrotrayéndose sus efectos a 1 de enero de 2011.²

Se trata de una prestación que se enmarca entre las que tienen como finalidad la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras.³

En realidad los aspectos esenciales de la prestación ya se configuraron en la disposición final vigésima primera.dos de la Ley 39/2010, de 22 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2011, que incorporó un nuevo capítulo IV sexies al título II, y que incluye el artículo 135 quáter en la LGSS,⁴ en donde se explica que la prestación económica «se reconocerá a los progenitores, adoptantes o acogedores de carácter preadoptivo o permanente, en aquellos casos en que ambos trabajen, para el cuidado del menor/es que estén a su cargo y se encuentren afectados por cáncer (tumores malignos, melanomas y carcinomas), o por cualquier otra enfermedad grave,⁵ que requiera ingreso hospitalario de larga duración, durante el tiempo de hospitalización y tratamiento continuado de la enfermedad, acreditado por el informe del Servicio Público de Salud u órgano administrativo sanitario de la Comunidad Autónoma correspondiente».

A la vista de quiénes son los destinatarios –progenitores, adoptantes o acogedores, cuando ambos trabajen–, se enmarca entre las prestaciones de naturaleza contributiva del sistema de la Seguridad Social, pues como explica el preámbulo del decreto, «se trata de un subsidio, que tiene por objeto compensar la pérdida de ingresos que sufren las personas interesadas al tener que reducir su jornada, con la consiguiente disminución de salarios, ocasionada por la necesidad de cuidar de mane-

¹ A causa de la extensión de la denominación de la prestación, me referiré a ella con las siglas CMAC.

² Según disposición final sexta del Real Decreto 1148/2011.

³ En ese sentido, PANIZO ROBLES, J.A.: «La Seguridad Social al inicio de 2011 (comentarios a la Ley 39/2010, de Presupuestos Generales del Estado para 2011, y otras disposiciones legales de reciente promulgación)», *RTSS*. CEF, núm. 335, febrero 2011, pág. 66.

⁴ Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

⁵ El artículo 3 del Real Decreto 1148/2011 establece que «a efectos del reconocimiento de la prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave, tendrán la consideración de enfermedades graves las incluidas en el listado que figura en el anexo de este real decreto».

ra directa, continua y permanente de los hijos o menores a su cargo, durante el tiempo de hospitalización y tratamiento continuado de la enfermedad».

El artículo 135 quáter de la LGSS regula en lo básico la prestación económica por CMAC, pero es el Real Decreto 1148/2011 el que completa los flecos que es necesario cubrir ante cuestiones tan esenciales como el listado de las enfermedades consideradas graves a efectos del reconocimiento de la prestación, y que figuran en el anexo que acompaña al decreto.

Pero también concreta otros aspectos importantes tales como el régimen jurídico de la prestación, que afecta entre otras, a la situación específicamente protegida, a las personas beneficiarias, a la reducción de jornada, a las condiciones de acceso al derecho, a la cuantía y duración del subsidio, a la dinámica del derecho, a la regulación de los términos y condiciones en que la prestación debe aplicarse a las personas trabajadoras por cuenta propia de los Regímenes Especiales, conforme a lo establecido en el apartado 4 de la disposición adicional octava de la LGSS y, finalmente, a la gestión y el procedimiento.

Con respecto al ámbito de aplicación, es decir, los Regímenes de Seguridad Social en los que se incluye la prestación, se puede afirmar, según el artículo 1 del Real Decreto 1148/2011, que se extiende a todos sin excepción, con las particularidades previstas para el Régimen de personal funcionario incluido en el ámbito de aplicación de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, que se regirá por lo previsto en el artículo 49 e) de dicha ley, así como por el resto de normas de Función Pública que se dicten en desarrollo de la misma.⁶

Tal afirmación se confirma por la disposición adicional octava de la LGSS, cuyo apartado 4⁷ así lo prevé.

⁶ Según el artículo 49 letra e) de la citada norma, en la redacción de la disposición final segunda de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, que lleva por título «Permiso por cuidado de hijo menor afectado por cáncer u otra enfermedad grave: el funcionario tendrá derecho, siempre que ambos progenitores, adoptantes o acogedores de carácter preadoptivo o permanente trabajen, a una reducción de la jornada de trabajo de al menos la mitad de la duración de aquella, percibiendo las retribuciones íntegras con cargo a los presupuestos del órgano o entidad donde venga prestando sus servicios, para el cuidado, durante la hospitalización y tratamiento continuado, del hijo menor de edad afectado por cáncer (tumores malignos, melanomas o carcinomas) o por cualquier otra enfermedad grave que implique un ingreso hospitalario de larga duración y requiera la necesidad de su cuidado directo, continuo y permanente acreditado por el informe del Servicio Público de Salud u órgano administrativo sanitario de la Comunidad Autónoma o, en su caso, de la entidad sanitaria concertada correspondiente y, como máximo, hasta que el menor cumpla los 18 años. Cuando concurren en ambos progenitores, adoptantes o acogedores de carácter preadoptivo o permanente, por el mismo sujeto y hecho causante, las circunstancias necesarias para tener derecho a este permiso o, en su caso, puedan tener la condición de beneficiarios de la prestación establecida para este fin en el régimen de la Seguridad Social que les sea de aplicación, el funcionario tendrá derecho a la percepción de las retribuciones íntegras durante el tiempo que dure la reducción de su jornada de trabajo, siempre que el otro progenitor, adoptante o acogedor de carácter preadoptivo o permanente, sin perjuicio del derecho a la reducción de jornada que le corresponda, no cobre sus retribuciones íntegras en virtud de este permiso o como beneficiario de la prestación establecida para este fin en el régimen de la Seguridad Social que le sea de aplicación. En caso contrario, solo se tendrá derecho a la reducción de jornada, con la consiguiente reducción de retribuciones. Asimismo, en el supuesto de que ambos presten servicios en el mismo órgano o entidad, esta podrá limitar su ejercicio simultáneo por razones fundadas en el correcto funcionamiento del servicio. Reglamentariamente se establecerán las condiciones y supuestos en los que esta reducción de jornada se podrá acumular en jornadas completas».

⁷ En la redacción dada, primero, por la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social y, posteriormente, por la Ley 28/2011, de 22 de septiembre, por la que se procede a la inte-

Con respecto a las particularidades del empleo público se han señalado las dos siguientes:⁸

- En primer lugar, que la reducción de jornada, en razón del cuidado del menor, no ocasiona una reducción de retribuciones, ya que se mantiene el importe íntegro de las mismas. Dado que la situación protegida no origina ninguna pérdida económica para el cuidador era cuestionable que se extendiese al empleo público la nueva prestación de Seguridad Social, aunque la persona que redujera su jornada de trabajo estuviese encuadrada, a efectos de Seguridad Social, en el Régimen General.
- A su vez, si en la regulación de la Seguridad Social el acceso a la cobertura social, en los casos de enfermedades graves, diferentes a un cáncer, se demoraba a las normas reglamentarias oportunas, en el supuesto del empleo público dicha limitación no existía, ya que cualquier enfermedad grave ocasiona el acceso a la protección, siempre que la misma obligue al ingreso del menor y la necesidad del cuidado por otra persona.

Con respecto al ámbito de aplicación, debe distinguirse, con carácter general, de los empleados públicos que tienen la condición de funcionarios a los que les será de aplicación el artículo 49 e) de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, aquellos que se encuentran encuadrados en el Régimen General, a los que les será de aplicación, el artículo 135 quáter de la LGSS.

Diríase que no se ha querido dejar nada a la improvisación. Esa es la impresión cuando se analiza el precepto con profundidad, y más parece una de esas instrucciones internas de las entidades gestoras o servicios comunes, que el ordinario desarrollo de una ley.

Con respecto al título competencial, el Real Decreto 1148/2011 se ha dictado al amparo de lo dispuesto en el artículo 149.1.17.^a de la Constitución, que atribuye al Estado la competencia exclusiva en materia de régimen económico de la Seguridad Social, según establece su disposición final cuarta, y de conformidad con la disposición final séptima de la LGSS, como señala su preámbulo, al facultar al Ministerio de Trabajo e Inmigración para dictar las normas de aplicación y desarrollo de la propia LGSS y proponer al Gobierno para su aprobación los Reglamentos generales de la misma.

Así pues, nos encontramos frente a un auténtico Reglamento de desarrollo de la nueva prestación económica por CMAC, cuyo análisis sistemático se llevará a cabo a continuación.

II. SITUACIÓN PROTEGIDA

Al aludir a la situación protegida de la nueva prestación debemos entender que se trata de obtener el perfil de la concreta circunstancia que podría ser objeto de cobertura por el nivel contributivo de la Seguridad Social.

gración del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social en el Régimen General de la Seguridad Social, cuya entrada en vigor se producirá el 1 de enero de 2012.

⁸ PANIZO ROBLES, J.A.: «Una nueva reforma de la Seguridad Social: Comentario a la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social», *RTSS*. CEF, núm. 343, octubre 2011, pág. 103.

En otras palabras, lo que en las prestaciones de Seguridad Social se conoce como contingencia objeto de protección. Y a la vista de las características de esa situación protegida, parece que se trata de una contingencia común, pues el origen es ajeno a la relación laboral acercándose más a prestaciones como la de maternidad o paternidad, teniendo en común con ellas la estrecha relación familiar que une al trabajador con el hijo menor afectado por cáncer u otra enfermedad grave. Lo que contrasta, como se verá más adelante, con algunas previsiones en el ámbito del cálculo de la prestación que recuerdan más a las contingencias profesionales al considerar la base de cotización por contingencias de esta naturaleza. Sin duda, con ello, lo que se intenta no es asimilar la prestación a una contingencia profesional, sino mejorar la prestación resultante, valiéndose del procedimiento de cálculo de las prestaciones cuyo origen es de naturaleza profesional.

1. La reducción de la jornada de trabajo

La prestación económica por CMAC deberá cubrir aquella parte de la jornada en la que el trabajador no pueda prestar servicios a causa de su dedicación directa, continua y permanente al menor, y no podrá ser inferior la reducción de su jornada de trabajo al 50 por 100 de su duración (art. 135 quáter, párrafo tercero LGSS).

La situación protegida, en lo que atañe a la reducción de jornada, lo remite el artículo 2.1 del Real Decreto 1148/2011 al artículo 37.5⁹ párrafo tercero del ET,¹⁰ incorporado por la disposición final vigésima segunda.uno de la Ley 39/2010, en donde se describe con detalle en qué consiste esa reducción, al señalar que «el progenitor, adoptante o acogedor de carácter preadoptivo o permanente¹¹ tendrá derecho a una reducción de la jornada de trabajo, con la disminución proporcional del salario de, al menos, la mitad de la duración de aquella, para el cuidado, durante la hospitalización y tratamiento continuado, del menor a su cargo afectado por cáncer (tumores malignos, melanomas y carcinomas), o por cualquier otra enfermedad grave, que implique un ingreso hospitalario de larga duración y requiera la necesidad de su cuidado directo, continuo y permanente, acreditado por el informe del Servicio Público de Salud u órgano administrativo sanitario de la Comunidad Autónoma correspondiente y, como máximo, hasta que el menor cumpla los 18 años. Por convenio colectivo,

⁹ El artículo 37 del ET contiene algunos de los elementos temporales de la relación laboral. Concretamente los que afectan al descanso semanal, fiestas y permisos. La nueva prestación por CMAC, protege por vez primera en una prestación contributiva este tipo de permiso, con una técnica similar a la situación de suspensión de la relación laboral en los casos de maternidad del artículo 48.4 del ET.

¹⁰ Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

¹¹ «Se considerarán jurídicamente equiparables a la adopción y al acogimiento familiar preadoptivo y permanente, aquellas instituciones jurídicas declaradas por resoluciones judiciales o administrativas extranjeras, cuya finalidad y efectos jurídicos sean los previstos para la adopción y el acogimiento familiar preadoptivo y permanente, cualquiera que sea su denominación.

No se considerarán equiparables al acogimiento familiar preadoptivo y permanente, otras posibles modalidades de acogimiento familiar distintas a las mencionadas anteriormente.

Asimismo, se considerará situación protegida, en los mismos términos establecidos para los supuestos de adopción y acogimiento familiar, la constitución de tutela sobre el menor por designación de persona física, cuando el tutor sea un familiar que, de acuerdo con la legislación civil, no pueda adoptar al menor» (art. 2.3 RD 1148/2011).

se podrán establecer las condiciones y supuestos en los que esta reducción de jornada se podrá acumular en jornadas completas».

2. Otras condiciones

Junto a la reducción de jornada establecida de acuerdo con lo anterior, la situación protegida por la prestación requerirá dos condiciones más (art. 2.1 RD 1148/2011):

1. Que ambas personas (ya sean progenitoras, adoptantes o acogedoras de carácter familiar preadoptivo o permanente) trabajen.
2. Que se trate de un cáncer o de otra enfermedad grave que se encuentre incluida en el listado de enfermedades graves que figura en el anexo del Real Decreto 1148/2011.

3. El cáncer o la enfermedad grave como contingencia

La razón que justifica el otorgamiento de la nueva prestación es que los hijos menores de los trabajadores contraigan el cáncer o enfermedad grave, sin que se especifique en el articulado el tipo de enfermedades, que sí aparecen en el amplio listado contenido en el anexo del decreto.

Señala la norma que el cáncer o la enfermedad grave que padezca el menor debe «implicar un ingreso hospitalario de larga duración que requiera su cuidado directo, continuo y permanente, durante la hospitalización y tratamiento continuado de la enfermedad» (art. 2.1, párrafo segundo RD 1148/2011).

Se exige que se ingrese al menor en el hospital y que su permanencia sea de larga duración, precisamente porque es necesario el cuidado directo, continuo y permanente.

Que se trate de un cuidado directo, se entiende en el sentido de la inmediatez que exige una actual presencia de los facultativos o personal auxiliar que atiende al menor, dada la gravedad de su enfermedad y, consiguientemente, de las personas más allegadas.

Más dudas se presentan si se intenta deslindar el concepto de cuidado «continuo», de «permanente», algo así como la distinción entre eficacia y eficiencia, que durante algunos años sembró algunas dudas. De hecho, en algún diccionario de sinónimos figuran como tales.¹² Sin embargo, creo adivinar en el presente contexto cuál fue el significado que el legislador quiso atribuir a cada vocablo.

El hecho de que el cuidado sea continuo da a entender que debe ser ininterrumpido, en el sentido de que no se deberá suspender el cuidado del beneficiario de la prestación. Mientras que la per-

¹² Véase a este respecto la entrada «permanente», en *Diccionario de sinónimos y antónimos (I-Z)*, Editorial Gredos, 2008, pág. 235, en cuya segunda acepción figura, «continuo».

manencia indica que se debe mantener ese cuidado al margen de que pueda o no interrumpirse, con mayor margen en conjunto. Algo que, al exigirse que sea continuo, no parece que se pueda prescindir de que sea permanente el cuidado por parte del beneficiario.

Quizá, con decir que el cuidado fuera directo y continuo hubiera sido suficiente, como requisito exigido al beneficiario de la prestación.

Por otro lado, dado que determinados tratamientos exigen ese cuidado directo, continuo y permanente al beneficiario, pero que, sin embargo, permiten que se continúe en el domicilio del menor, la norma considera «asimismo como ingreso hospitalario de larga duración la continuación del tratamiento médico o el cuidado del menor en domicilio tras el diagnóstico y hospitalización por la enfermedad grave».

En consecuencia, a todos los efectos se considerará el cuidado en el domicilio, una vez, primero, se ha diagnosticado y se ha hospitalizado al menor. No bastando, por tanto, solo el diagnóstico de la enfermedad.

3.1. Su acreditación

La acreditación de que el menor ha contraído el cáncer o la enfermedad grave que figura en el anexo del decreto y de que precisa los cuidados en las condiciones anteriormente comentadas, debe realizarse «mediante declaración cumplimentada por el facultativo del Servicio Público de Salud u órgano administrativo sanitario de la Comunidad Autónoma correspondiente, responsable de la atención del menor» (art. 2.2 RD 1148/2011).

Será por tanto el médico del Servicio Público de Salud correspondiente que atiende al menor el que deberá expedir tal declaración, así como en el caso de que el diagnóstico y tratamiento del cáncer o enfermedad grave del menor se haya realizado a través de los servicios médicos privados, en cuyo caso, además, se exigirá que la declaración sea cumplimentada por el médico del centro responsable de la atención del menor (art. 2.2 RD 1148/2011). Por tanto, en este último caso, no basta con el diagnóstico y tratamiento del facultativo privado, precisándose para acreditar que el menor ha contraído el cáncer o enfermedad grave que ese diagnóstico y tratamiento sea avalado mediante la correspondiente declaración por el facultativo del Servicio Público de Salud u órgano administrativo sanitario de la Comunidad Autónoma correspondiente.

Esa exigencia es razonable. A fin de cuentas, se trata, no solamente de un permiso de reducción de jornada para el cuidado del menor, sino que esa reducción lleva aparejada una prestación económica de naturaleza pública.

3.2. La recaída

Al igual que en la incapacidad temporal, se contempla la figura de la recaída en la prestación económica CMAC. La recaída no supone por tanto un nuevo proceso de la prestación, sino más bien

la reanudación de la misma después de haberse interrumpido durante un periodo de tiempo, y en tal sentido puede considerarse como parte de la duración de la prestación económica CMAC.

El Reglamento no ofrece ninguna definición de recaída en esta prestación, ni precisa cuáles son sus contornos con claridad, ni siquiera se establece el periodo límite a partir del cual ya no es posible que exista recaída. Recuérdese la enorme conflictividad que ha ocasionado la recaída en el subsidio por incapacidad temporal, en lo que se refiere a los cómputos máximos de actividad (seis meses) a partir de los cuales ya no se considera recaída por incapacidad temporal.

En la prestación económica por CMAC no se ha considerado la necesidad de establecer un periodo máximo en el que tratándose del cáncer o de la misma enfermedad ya no se considere recaída, con lo que se crea una cierta inseguridad jurídica al no distinguirse con claridad si tratándose de la misma enfermedad se considera un nuevo proceso o la continuación del anterior.

El decreto de desarrollo tan solo se limita a señalar algo que parece de sentido común y es que «cuando exista recaída del menor por el cáncer o la misma enfermedad grave no será necesario que exista un nuevo ingreso hospitalario, si bien en la recaída de la enfermedad deberá acreditarse, mediante una nueva declaración médica, la necesidad, tras el diagnóstico y hospitalización, de la continuación del tratamiento médico así como del cuidado directo, continuado y permanente del menor por el progenitor, adoptante o acogedor» (art. 2.4 RD 1148/2011).

En consecuencia, de lo anterior puede extraerse que donde la ley no distingue, el intérprete no deberá distinguir y, por eso, en principio, deberá entenderse que cuando se reproduzcan tales procesos habrá que considerar que se trata de una recaída.

Y ello, sin perjuicio de que se exija para su acreditación una nueva declaración médica en los mismos términos que la inicial, que exprese la necesidad en la continuación del tratamiento médico y del cuidado del menor.

3.3. Trabajadores por cuenta propia

Como puede constatarse a la vista de las últimas reformas en materia de Seguridad Social, nos encontramos ante un proceso de reducción en el número de Regímenes Especiales, y salvo algunos verdaderamente específicos como son el de trabajadores del mar, del carbón, de los Funcionarios Públicos, Civiles y Militares, y el de los Estudiantes (que en realidad no tiene entidad suficiente para ser considerado como un Régimen Especial), a través de las integraciones del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Empleados de Hogar y del Régimen Especial Agrario, en el Régimen General de la Seguridad Social,¹³ que entran en vigor el 1 de enero de 2012, quedarán como los dos regímenes de mayor peso, el General y el de Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos.

¹³ A este respecto, véase, respectivamente, la disposición adicional trigésima novena y cuadragésima de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del Sistema de Seguridad Social, con respecto a la integración del Régimen Especial de Empleados de Hogar en el Régimen General, y la Ley 28/2011, de 22 de septiembre, por

También el Reglamento ha previsto que los trabajadores por cuenta propia y asimilados, incluidos en los distintos Regímenes Especiales del sistema de la Seguridad Social,¹⁴ así como las personas trabajadoras de carácter discontinuo incluidas en el Régimen Especial de los Empleados de Hogar, puedan acceder a la prestación económica CMAC.

Por esta razón, es decir, para que pueda ser aplicable esta disposición a estos dos colectivos, el Reglamento considera en su artículo 2.5 como «situación protegida los periodos de cese parcial en la actividad, para el cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave, en los términos indicados en los apartados anteriores de este artículo». Dada la inexistencia de jornada laboral en los trabajadores por cuenta propia es necesario que se establezca un sistema equivalente para el cómputo de la reducción, al menos en un 50 por 100 de la jornada de trabajo.

En ese sentido, continúa diciendo el citado apartado 5 que «los periodos de cese parcial en la actividad se determinarán de conformidad con lo dispuesto en el último párrafo del apartado 1 del artículo 4».

En consecuencia, si bien, la situación protegida es la misma que la prevista para los trabajadores por cuenta ajena, sin embargo, a efectos de cálculo de lo que se denomina como «cese parcial» –equivalente a la reducción de jornada de trabajo en el caso de los trabajadores por cuenta ajena–, al no fijarse de antemano la jornada, se prevé que «en el caso de las personas trabajadoras por cuenta propia y asimiladas y de las personas empleadas de hogar de carácter discontinuo los porcentajes indicados se entenderán referidos a una jornada de 40 horas semanales» (último párrafo del apartado 1 del art. 4 RD 1148/2011).

Se me antoja que, con seguridad, será extraordinariamente difícil controlar la veracidad de tales ceses parciales al no depender el trabajador de una empresa sino de sí mismo y podrá manifestar que reduce un 50 por 100 o un 79 por 100 de la jornada, pero no existe un procedimiento de control de esa reducción. Y esa es la razón por la que el legislador es remiso a la consideración de jornadas parciales a efectos de cotización, pero sobre todo a efectos de prestaciones tales como la jubilación parcial, por la facilidad en la adopción de conductas fraudulentas, muy difíciles de probar.

III. REQUISITOS DE LOS BENEFICIARIOS

El artículo 4 del Real Decreto 1148/2011, el más extenso del Reglamento, abarca no solo los requisitos que se exigen para causar el derecho a la prestación sino también otras situaciones que

la que se procede a la integración del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social en el Régimen General de la Seguridad Social.

¹⁴ En relación con los trabajadores autónomos deberá tenerse en cuenta que será posible (a partir de 1 de enero de 2013), según las modificaciones incorporadas a la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo, por la disposición final décima, apartados 1, 2, 3 y 4 de la Ley 27/2011, en lo que afecta al concepto, encuadramiento, cotización y condiciones de actividad, la inclusión de la actividad autónoma a tiempo parcial en condiciones equivalentes a los trabajadores por cuenta ajena a tiempo parcial, si bien en los términos que se determinen en su futuro y pendiente desarrollo reglamentario.

afectan a los mismos, tales como: forma de acreditar que ambos progenitores, adoptantes o acogedores trabajan; separación de ambos progenitores, adoptantes o acogedores; alternancia del subsidio; situaciones de pluriempleo o pluriactividad; contrataciones a tiempo parcial del beneficiario; o, el mecanismo de invitación al pago previo de las cotizaciones, en el caso de los trabajadores por cuenta propia.

A la hora de especificar quiénes son los beneficiarios, el Reglamento distingue, por un lado, a los trabajadores por cuenta ajena y personas asimiladas, en cuyo caso, serán beneficiarias las personas «cualquiera que sea su sexo, que reduzcan su jornada de trabajo en, al menos, un 50 por 100 de su duración, siempre que reúnan la condición general de estar afiliadas y en alta en algún régimen del sistema de la Seguridad Social y acrediten los periodos mínimos de cotización exigibles en cada caso.

El subsidio se reconocerá en proporción al porcentaje de reducción que experimente la jornada de trabajo que disfruten las personas trabajadoras.¹⁵

Con respecto a las personas trabajadoras, por cuenta propia y asimiladas, y a las personas empleadas de hogar de carácter discontinuo, señala el Reglamento que «los porcentajes indicados se entenderán referidos a una jornada de 40 horas semanales» (apartado 1).

1. Vicisitudes que afectan a ambos progenitores, adoptantes o acogedores

Son diversas las circunstancias que concurren en los beneficiarios, cuando son progenitores, adoptantes o acogedores del menor.

1.1. El trabajo de ambos progenitores, adoptantes o acogedores del menor

El primero de los condicionantes que deben reunir, según el artículo 135 quáter de la LGSS, es que ambos progenitores, adoptantes o acogedores del menor, trabajen.

Sin embargo, el Reglamento ha desarrollado el cumplimiento de esa obligación al exigir la acreditación de «que se encuentran afiliadas y en situación de alta en algún régimen público de Seguridad Social o solo una de ellas, si la otra, en razón del ejercicio de su actividad profesional, está incorporada obligatoriamente a la mutualidad de previsión social establecida por el correspondiente colegio profesional» (art. 2.2 RD 1148/2011). Con ello, se incluyen no solo los trabajadores que se encuentran encuadrados en alguno de los regímenes de la Seguridad Social, sino

¹⁵ Para la percepción del subsidio, el porcentaje de reducción de jornada se entenderá referido a una jornada de trabajo de una persona trabajadora a tiempo completo comparable de la misma empresa y centro de trabajo que realice un trabajo idéntico o similar, y se computará sin tener en cuenta otras reducciones de jornada que, en su caso, disfruten las personas trabajadoras por razones de guarda legal de menores o de cuidado de familiares, o por cualquier otra causa (apartado 1).

también a quienes, de momento, solo se les exige estar incorporados en la mutualidad de previsión del colegio profesional.

La cuestión que puede plantearse es qué solución puede arbitrarse si uno de los progenitores, adoptantes o acogedores del menor, no trabaja en España sino en algún país extranjero con el que no existan acuerdos en materia de Seguridad Social y, por tanto, no pueden darse de alta en la Seguridad Social o, al menos en alguna de las mutualidades de previsión social.

En tal caso, señala expresamente el artículo 4.2, párrafo segundo, del Real Decreto 1148/2011, que «el requisito de estar afiliado y en alta se entenderá cumplido en aquellos supuestos en que la persona progenitora, adoptante o acogedora del menor, que no es beneficiaria de la prestación, tenga suscrito un Convenio Especial en el Sistema de la Seguridad Social por realizar su actividad laboral en un país con el que no exista instrumento internacional de Seguridad Social».

La exigencia de que ambos progenitores, adoptantes o acogedores trabajen es uno de los puntos vitales objeto de debate sobre la nueva prestación. Y son muchas las cuestiones que pueden plantearse, comenzando por la exigencia de que sean los dos progenitores, adoptantes o cuidadores quienes trabajen.

Aparte de que sea discutible esa obligación de que sean ambos en lugar de uno solo,¹⁶ e incluso de que no trabajen –si bien ya no estaríamos ante una prestación contributiva–, surge la duda de si en esa concepción se incluiría a los perceptores de prestaciones por desempleo o por incapacidad temporal o, en general, a las personas asimiladas a trabajadores.

La norma no ha incluido a los asimilados, precisamente porque no son trabajadores. Y es una prestación que intenta sustituir el salario que percibe uno de los dos progenitores, adoptantes o cuidadores, que pierde como consecuencia de dedicar ese tiempo al cuidado de su hijo.

Sin embargo, podría resultar una medida discriminatoria, desde el punto de vista de quienes no tienen trabajo, pues, efectivamente, de lo que sí disponen es de tiempo para el cuidado de sus hijos, pero sin obtener ayuda a cambio, salvo que sea al mismo tiempo un perceptor de prestaciones por desempleo. Por eso, a primera vista parece una medida que mantiene cierto privilegio, en el sentido de que favorece a quienes tienen trabajo frente a quienes no lo tienen. Creo que se debería revisar el destino de la prestación en ese sentido, en especial en estos tiempos de crisis en el empleo.

Por otro lado, la nueva prestación supondrá una nueva carga, que necesariamente deberán asumir empresas y trabajadores, lo que supondrá un incremento en las cotizaciones sociales como con-

¹⁶ Si ambos progenitores, adoptantes o acogedores trabajan, siempre podrán turnarse a efectos del cuidado del menor. Si trabaja uno de ellos, no parece que haya duda sobre quién podrá cuidarlo y, si ninguno trabaja, el problema es mucho mayor, por lo que no acierto a descubrir si esta exigencia de que ambos trabajen resulta equitativa respecto a quienes no trabajan y, sobre todo, no tienen derecho a prestaciones por desempleo. Por otro lado, la normativa no prevé la posibilidad de que solo exista un progenitor por fallecimiento del otro, supuesto en que no podría cumplirse el requisito y, menos aún, si el sobreviviente no tiene trabajo.

secuencia de la incorporación de esta nueva contingencia. Si no fuera así, habría que preguntarse de dónde surge la financiación de esta nueva prestación.

De positivo puede tener el interés del trabajador en aflorar su trabajo, en el caso de convivir en la economía sumergida, para así beneficiarse de sus ventajas. Algo que en buena medida no dependerá de él si es trabajador por cuenta ajena.

En definitiva, respecto a este requisito del trabajo de los dos progenitores, y a la vista del presente análisis, convendría que se revisara.

1.2. Régimen de atribución de la prestación a los progenitores, adoptantes o acogedores

En el caso de que se cumplan los requisitos, en especial, el de que ambas personas progenitoras, adoptantes o acogedoras tengan derecho al subsidio por cumplir los requisitos, la norma prevé que «solamente podrá reconocerse a una de ellas, con independencia del número de menores que estén afectados por cáncer u otra enfermedad grave y que requieran un cuidado directo, continuo y permanente» (art. 4.3 RD 1148/2011).

Esto no parece que sea un obstáculo, siempre que se pongan de acuerdo sobre quién de ellos se va a encargar del cuidado del menor y, por lo tanto, quién ejercerá el derecho a la prestación.

Pero es que además, si llegan a un acuerdo, podrán alternarse entre ellos el percibo del subsidio por periodos no inferiores a un mes.

Como es lógico, se trata de un acuerdo que debe alcanzar necesariamente a la empresa o empresas respectivas, en cuyo caso –especifica el Reglamento–, «el percibo del subsidio quedará en suspenso cuando se reconozca un nuevo subsidio a la otra persona progenitora, adoptante o acogedora» (art. 4.5 RD 1148/2011). Esta facultad denota la flexibilidad con que se ha dotado a la nueva prestación, al posibilitar la alternancia del subsidio entre ambos.

Por otro lado, es del todo punto razonable que solo uno de los progenitores, adoptantes o acogedores disfrute del subsidio, algo que se reitera en el apartado 2 b) del artículo 7 del Reglamento.

Un problema bastante habitual que puede surgir es el de los supuestos de separación judicial, nulidad o divorcio¹⁷ de las personas progenitoras, adoptantes o acogedoras. En ese caso, «podrá ser reconocido a favor de la determinada de común acuerdo» (art. 4.4 RD 1148/2011). Pero como no resulta fácil en esas circunstancias alcanzar un acuerdo, o que exista una previsión judicial expresa, la norma atribuye «la condición de persona beneficiaria del subsidio a aquella a quien se

¹⁷ El Reglamento equipara estas situaciones en que los progenitores, adoptantes o cuidadores estén constituidos en matrimonio con aquellos supuestos de ruptura de una unidad familiar basada en una análoga relación de afectividad a la conyugal, a las que les será igualmente de aplicación lo dispuesto para los casos de separación judicial, nulidad o divorcio (art. 4.4. RD 1148/2011).

conceda la custodia del menor y si esta fuese compartida a la que lo solicite en primer lugar» (art. 4.4 RD 1148/2011).

Sorprende esta forma de atribuir la condición de beneficiario en los casos de custodia compartida. De modo que a quien lo solicite primero automáticamente se le concede sin considerar si es la parte más adecuada según las circunstancias. Parece que quien redactó este Reglamento tan minucioso no quiso entrar tanto en la conveniencia sobre la persona del cuidador del menor, como de solucionar un problema de atribución del derecho.

2. Supuestos de pluriactividad y pluriempleo

El Reglamento ha previsto la posibilidad de que los beneficiarios se encuentren en situaciones en las que ejerzan simultáneamente distintas actividades o la misma actividad pero en condiciones o en formas diversas que dan lugar a su inclusión en diferentes regímenes del sistema de la Seguridad Social o en el mismo régimen, por cuenta de más de una persona, constituyendo lo que conocemos, respectivamente, como situaciones de pluriactividad¹⁸ y de pluriempleo.¹⁹

2.1. Pluriactividad

Con respecto a la situación de pluriactividad, dispone el artículo 4.6 del Real Decreto 1148/2011 que «podrá percibirse el subsidio en cada uno de los regímenes de la Seguridad Social en el que se reúnan los requisitos exigidos».

En este último supuesto habrá que entender que, si bien se tienen en cuenta las cotizaciones de todos los regímenes, no causará derecho a las prestaciones en todos sino solo en aquellos en donde cumpla los requisitos.

Ello supone que deberá, no solo encontrarse dado de alta en la Seguridad Social en cada uno de los regímenes, sino acreditar el periodo de carencia al que más tarde se hará referencia y, además, la correspondiente reducción, que como mínimo sabemos deberá ser, al menos, del 50 por 100 de la jornada de trabajo.

A continuación el Reglamento se plantea lo que sucede si solo reúne los requisitos en uno de los regímenes en los que desempeña su actividad. En tal caso, «se reconocerá un único subsidio computando exclusivamente las cotizaciones satisfechas a dicho régimen» (4.6 RD 1148/2011).

¹⁸ La pluriactividad es la situación del trabajador por cuenta propia y/o ajena cuyas actividades dan lugar a su alta obligatoria en dos o más regímenes distintos del sistema de la Seguridad Social (art. 7.4.1.º Real Decreto 84/1996, de 26 de enero, por el que se aprueba el Reglamento General de Inscripción de Empresas, y afiliación, altas, bajas, y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social (BOE de 27 de febrero)).

¹⁹ El pluriempleo es la situación del trabajador por cuenta ajena que presta sus servicios profesionales a dos o más empresas distintas y en actividades que den lugar a su alta en un mismo régimen de la Seguridad Social (art. 7.4.2.º Real Decreto 84/1996, de 26 de enero).

Más aún, incluso prevé la posibilidad de acceder al derecho en el caso de que en ninguno de los regímenes reúna el beneficiario los requisitos exigidos (en particular el periodo mínimo de carencia) para causar el derecho. En ese caso la solución que establece el Reglamento consiste en que «se totalizarán las cotizaciones efectuadas en todos ellos siempre que no se superpongan, y se reconocerá el subsidio por el régimen en el que se acrediten más días de cotización» (art. 4.6 RD 1148/2011).

Otra cuestión distinta es el derecho a la reducción de la jornada en aquellos regímenes de trabajadores por cuenta ajena, pues, según el artículo 37.5 del ET,²⁰ con independencia de que cumpla o no los requisitos para causar derecho a la prestación, «el progenitor, adoptante o acogedor tendrá derecho a una reducción de la jornada de trabajo, con la disminución proporcional del salario, de al menos, la mitad de la duración de aquella». Ello no quita para que voluntariamente renuncie a su derecho de disminución de jornada, al no poder ver sustituido su salario por el subsidio, como consecuencia de no alcanzar el periodo mínimo de carencia exigido para acceder al derecho a la prestación.

Por tanto, se observa que el problema fundamental para causar el derecho a la prestación –salvado el de la reducción de la jornada–, es el de que se pueda acreditar el periodo mínimo de cotización.

Por último, el Reglamento establece que «en el caso de personas trabajadoras que sean responsables del ingreso de las cotizaciones²¹ (...) será requisito imprescindible para el reconocimiento y abono de la prestación que aquellas se hallen al corriente en el pago de las cuotas a la Seguridad Social, aunque el subsidio sea reconocido, como consecuencia del cómputo recíproco de cotizaciones, en un régimen de trabajadores por cuenta ajena» (art. 4.8 RD 1148/2011).²²

En realidad, resulta innecesaria la inclusión de este apartado, pues reproduce en su integridad la disposición adicional trigésima novena de la LGSS, cambiando algún adjetivo, en lo que afecta a la exigencia (necesaria o imprescindible) de estar al corriente en el pago de las cotizaciones a la Seguridad Social.

2.2. Pluriempleo

Menos problemas parece que puede ocasionar la situación de pluriempleo, pues en tal caso –dispone el Reglamento–, «el reconocimiento del subsidio se efectuará en proporción al porcentaje

²⁰ En la redacción de la disposición final vigésima segunda.uno de la Ley 39/2010, de 22 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2011.

²¹ Según se establece en la disposición adicional trigésima novena de la LGSS.

²² «A tal fin –especifica el último párrafo del apartado 8 del artículo 4 del Real Decreto 1148/2011– será de aplicación el mecanismo de la invitación al pago previsto en el artículo 28.2 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, cualquiera que sea el régimen de la Seguridad Social en que la persona interesada estuviese incorporada en el momento de acceder al subsidio o en el que se cause este.»

de reducción que experimente el total de la jornada de trabajo de los distintos empleos. En esta situación, a efectos de la base reguladora, se tendrán en cuenta las bases de cotización correspondientes a cada una de las empresas o actividades, siendo de aplicación el tope máximo establecido a efectos de cotización».

En realidad supone la aplicación estricta de las normas que figuran en la correspondiente orden que se publica cada año en el BOE, sobre la forma de cotizar en situaciones de pluriempleo, en donde se establece que «cuando el trabajador preste sus servicios en dos o más empresas en régimen de contratación a tiempo parcial, cada una de ellas cotizará en razón de la remuneración que le abone. Si la suma de las retribuciones percibidas sobrepasase el tope máximo de cotización a la Seguridad Social, este se distribuirá en proporción a las abonadas al trabajador en cada una de las empresas». ²³ En suma, la base reguladora no podrá exceder del tope máximo de cotización establecido anualmente en la Ley de Presupuestos Generales del Estado y que reproduce la citada orden sobre cotización a la Seguridad Social. ²⁴

3. La contratación a tiempo parcial

Sobre las particularidades de la reducción de jornada, aplicada al contrato a tiempo parcial, se prevé que «las personas trabajadoras contratadas a tiempo parcial tendrán derecho al subsidio por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave, siempre que reduzcan su jornada en, al menos, un 50 por 100, reconociéndose el subsidio en proporción al porcentaje de reducción que experimente la jornada de trabajo que disfruten las personas trabajadoras» (art. 4.7 RD 1148/2011).

Las especificaciones de la reducción de jornada en el contrato a tiempo parcial, respecto al contrato a jornada, son las dos siguientes:

La primera –de índole laboral–, relativa a la referencia desde la que se ha de reducir la jornada, especifica que «el porcentaje de reducción de jornada se entenderá referido a una jornada de trabajo de una persona trabajadora a tiempo completo comparable de la misma empresa y centro de trabajo que realice un trabajo idéntico o similar», ²⁵ así como al criterio que debe seguirse en caso

²³ Artículo 38 de la Orden TIN/41/2011, de 18 de enero, por la que se desarrollan las normas de cotización a la Seguridad Social, Desempleo, Fondo de Garantía Salarial y Formación Profesional, contenidas en la Ley 39/2010, de 22 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2011 (BOE del 20).

²⁴ El criterio vigente para la distribución de las bases de cotización en los números 1.3.º y 2.3.º del artículo 9 del Reglamento de Cotización (Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre) es que tanto el tope máximo como la base y el tope mínimos que le corresponda, se distribuyan entre todas las empresas en las que preste sus servicios el trabajador pluriempleado, en proporción a la remuneración abonada al mismo en cada una de ellas. A tal efecto, se considerarán las remuneraciones computables para el cálculo de la base de cotización, por el importe tenido en cuenta para su determinación. Si al trabajador le correspondieran diferentes bases mínimas de cotización por realizar trabajos correspondientes a distintos grupos de cotización, para la distribución se tomará la base mínima de mayor cuantía (Tesorería General de la Seguridad Social, Circular 3-001/2011, de 11 de marzo, Primera. 1.17.º).

²⁵ Con respecto al criterio que deberá aplicarse en la reducción de jornada, de al menos un 50 por 100, es claro que se refiere al concepto de «jornada de trabajo de un trabajador a tiempo completo comparable», del artículo 12.1 del ET. Por lo

de que la reducción se vea afectada por reducciones de otra índole que coincidan en el tiempo y, en ese sentido, establece que el porcentaje de reducción «se computará sin tener en cuenta otras reducciones de jornada que, en su caso, disfrute la persona trabajadora contratada a tiempo parcial por razones de guarda legal de menores o de cuidado de familiares, o por cualquier otra causa». Lo que parece indicar que con independencia de otras reducciones que disfrute el beneficiario, la que corresponde por el CMAC se aplicará –entendiendo–, añadida a otras reducciones, sin que resulte absorbida por ellas.

Se echa de menos en este punto que no se especifique si las otras reducciones pudieran referirse también por el mismo menor o solamente por otro.

En segundo lugar, el siguiente párrafo –sobre a la prestación de Seguridad Social– establece un límite al importe del subsidio en relación con la reducción, al preceptuar que «en todo caso, cuando la duración efectiva de la jornada a tiempo parcial sea igual o inferior al 25 por 100 de una jornada de trabajo de una persona trabajadora a tiempo completo comparable, no se tendrá derecho al subsidio».

A la vista de la redacción parece darse a entender que se refiere no solo a la reducción que afecta a la prestación por CMAC sino al conjunto de todas las reducciones al referirse al *trabajo efectivo* que resulta una vez se han aplicado tales reducciones. Por tanto, el margen para beneficiarse de otras reducciones será más estrecho aún.

«No obstante –concluye el apartado 7 del art. 4 RD 1148/2011–, si la persona trabajadora tuviera dos o más contratos a tiempo parcial, se sumarán las jornadas efectivas de trabajo a efectos de determinar el citado límite», pues contabilizando las otras contrataciones parciales podría superar el citado porcentaje. El problema se produce cuando la persona trabajadora solo tenga un contrato de trabajo a tiempo parcial.

A mi entender se trata de un procedimiento laborioso en lo que a determinación de porcentajes y su relación con otras reducciones se refiere. Y además, esa interrelación entre lo que es materia laboral y de Seguridad Social no parece lo más adecuado tratándose de cuestiones esencialmente diferentes.

4. Periodo de carencia

Como sucede en la mayoría de las prestaciones de Seguridad Social derivadas de contingencias comunes, para que se produzca el hecho causante de la prestación en cuestión, la normativa, además de que se actualice la contingencia –en el caso presente el diagnóstico de un cáncer o de enfermedad

que en caso de que no existieran otros trabajadores en el centro de trabajo o en la empresa, subsidiariamente habría de tenerse en cuenta –como expresamente establece el citado artículo del ET–, «el convenio colectivo de aplicación o, en su defecto, la jornada máxima legal». Quizá en este punto podría haberse remitido directamente al artículo 12.1 del ET, para evitar posibles problemas de interpretación.

grave de un menor–, exige una serie de requisitos adicionales como el de encontrarse de alta en la Seguridad Social y el de haber realizado una determinada cotización a la Seguridad Social, lo que se denomina periodo de carencia.

El régimen jurídico del periodo de carencia de la prestación económica por CMAC es el mismo que el de la prestación por maternidad que se regula en el artículo 133 ter de la LGSS. De modo que no se exige periodo mínimo de cotización a las personas trabajadoras menores de 21 años de edad y con respecto a las mayores de esa edad, se aplica el mismo criterio por tramos, según edad, que en el subsidio por maternidad, del siguiente modo:

«a) Si la persona trabajadora tiene cumplidos 21 años de edad y es menor de 26 en la fecha en que inicie la reducción de jornada, el periodo mínimo de cotización exigido será de 90 días cotizados dentro de los 7 años inmediatamente anteriores a dicha fecha. Se considerará cumplido el mencionado requisito si, alternativamente, la persona trabajadora acredita 180 días cotizados a lo largo de su vida laboral, con anterioridad a la fecha indicada.

b) Si la persona trabajadora tiene cumplidos 26 años de edad en la fecha en que inicie la reducción de jornada, el periodo mínimo de cotización exigido será de 180 días dentro de los 7 años inmediatamente anteriores a dicha fecha. Se considerará cumplido el mencionado requisito si, alternativamente, la persona trabajadora acredita 360 días cotizados a lo largo de su vida laboral, con anterioridad a la fecha indicada» (art. 5.2 RD 1148/2011).

En los supuestos de contrato a tiempo parcial, el Reglamento establece que «el lapso de tiempo inmediatamente anterior al inicio de la reducción de jornada, en el que debe estar comprendido el periodo mínimo de cotización exigido, se incrementará en proporción inversa a la existente entre la jornada efectuada por la persona trabajadora y la jornada habitual en la actividad correspondiente y exclusivamente en relación con los periodos en que, durante dicho lapso, se hubiera realizado una jornada inferior a la habitual» (art. 5.3 RD 1148/2011).²⁶

IV. PRESTACIÓN ECONÓMICA

La prestación económica por CMAC consiste en un subsidio de devengo diario, y equivalente –como señala el art. 6.1 RD 1148/2011–, «al 100 por 100 de la base reguladora establecida para la prestación por incapacidad temporal, derivada de contingencias profesionales o, en su caso, la derivada de contingencias comunes, cuando no se haya optado por la cobertura de las contingencias profesionales, aplicando el porcentaje de reducción que experimente la jornada de trabajo».

²⁶ Básicamente tal previsión coincide con la regulación establecida para la contratación laboral a tiempo parcial en los supuestos de prestaciones (exceptuadas las pensiones) que figura en el artículo 3.1 párrafo primero del Real Decreto 1131/2002, de 31 de octubre, por el que se regula la Seguridad Social de los trabajadores contratados a tiempo parcial, así como la jubilación parcial.

Resulta algo sorprendente que se establezca como base reguladora la misma que la prevista para las contingencias profesionales del subsidio por incapacidad temporal, siendo así que se trata de una contingencia eminentemente común. La prueba de ello es que se exige un periodo de carencia idéntico al del subsidio por maternidad. Quizá ello se deba al especial interés que se ha tenido en otorgar la máxima protección posible a este colectivo.

En el caso de que no tenga cubierta la incapacidad temporal por contingencias profesionales se aplicará la base reguladora que corresponde a las contingencias comunes. A su vez, a la base reguladora se le aplicará el 100 por 100 obteniéndose la cuantía diaria del subsidio.

También es lógico que el subsidio se perciba en proporción a la jornada de reducción por el cuidado del menor afectado por cáncer u otra enfermedad grave, que como mínimo deberá ser del 50 por 100 de la base reguladora.

Interesa recalcar, a este respecto, que la reducción de jornada podría tener efectos negativos respecto a futuros derechos de Seguridad Social si solo se consideraran las cotizaciones efectivas realizadas a tiempo parcial durante los periodos de reducción por cuidado del menor.²⁷ Por eso se establece que las cotizaciones realizadas durante los periodos de la reducción de la jornada prevista en el párrafo tercero del artículo 37.5 del ET, «se computarán incrementadas hasta el 100 por 100 de la cuantía que hubiera correspondido si se hubiera mantenido sin dicha reducción la jornada de trabajo, a efectos de las prestaciones por jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural e incapacidad temporal» (párrafo segundo del apartado 3 del art. 180 LGSS, añadido por Ley 39/2010).

El Reglamento prevé la posibilidad de que la persona trabajadora no tenga cubierta la contingencia de incapacidad temporal en el régimen de Seguridad Social que deba reconocer la prestación. En este caso, la base reguladora, señala el artículo 6.1 del Real Decreto 1148/2011, «estará constituida por la base de cotización de contingencias comunes».

En realidad, si se piensa bien, la base reguladora de incapacidad temporal derivada de contingencias comunes coincide con la base de cotización por contingencias comunes del mes anterior. Si no cotiza por incapacidad temporal, pero sí por contingencias comunes, faltaría por atribuir el mes o el día que debe tomarse para considerar esa «base de cotización de contingencias comunes» a la que se refiere la norma.

El Reglamento hace una previsión que supone una novedad en la regulación de las prestaciones periódicas de la Seguridad Social. Me refiero a la expresa obligación de que «la base reguladora del subsidio se modificará o actualizará al mismo tiempo que las bases de cotización correspondientes». No parece que se refiera a los posibles cambios en la reducción de la jornada, sino más bien a un cambio en la base de cotización que repercuta en la base reguladora, como podría ser una elevación del salario.

²⁷ En este mismo sentido, PANIZO ROBLES, J.A.: «La Seguridad Social al inicio de 2011 (comentarios a la Ley 39/2010, de Presupuestos Generales del Estado para 2011, y otras disposiciones legales de reciente promulgación)», cit., págs. 71-72.

Y es que, en principio, las prestaciones por incapacidad temporal, maternidad, paternidad, riesgo durante embarazo o riesgo durante la lactancia natural, una vez se ha calculado la base reguladora, esta se mantiene inalterable, salvo excepciones, como en el caso de que, cotizando por la base mínima vigente de cotización que corresponda al grupo de la categoría profesional del trabajador que se encuentra en situación de incapacidad temporal, se modifiquen tales bases,²⁸ en cuyo caso se elevará su base mínima hasta que alcance el importe de la nueva base mínima de cotización, lo que repercutirá en el incremento de su base reguladora.

Otra excepción se da cuando se produzca una elevación de los salarios de los trabajadores en virtud de disposición legal, convenio colectivo o sentencia judicial, que retrotraiga sus efectos económicos a una fecha anterior a la del inicio de tal situación de incapacidad temporal, elevación que determinará, asimismo, una modificación de la base de cotización aplicable, puesto que en este caso será preciso cotizar por las diferencias salariales, según se desprende de las normas de cotización dictadas cada año, lo que dará lugar a un aumento de la base de cotización anterior a la fecha de la baja por incapacidad y a la consiguiente revisión del subsidio económico.²⁹

En el caso de la prestación económica por CMAC se establece un régimen de flexibilidad mayor incluso que en el subsidio por maternidad en régimen de jornada a tiempo parcial, pues en este se mantiene la misma base reguladora, es decir, la que procede de la base de cotización por la que se calculó el subsidio en el inicio de la maternidad,³⁰ mientras que en la prestación económica por CMAC la base reguladora puede modificarse en función de que varíe la base de cotización en cada momento.

En el caso de personas trabajadoras contratadas a tiempo parcial a la base reguladora diaria del subsidio se aplica el mismo criterio que en la incapacidad temporal, de forma que «será el resultado de dividir la suma de las bases de cotización acreditadas en la empresa durante los tres meses inmediatamente anteriores a la fecha de inicio de la reducción de jornada, entre el número de días naturales de dicho periodo. A dicha base reguladora se aplicará el porcentaje de reducción de jornada que corresponda.

«De ser menor la antigüedad de la persona trabajadora en la empresa, la base reguladora de la prestación será el resultado de dividir la suma de las bases de cotización acreditadas entre el número de días naturales comprendidos en dicho periodo» (art. 6.2 RD 1148/2011).

²⁸ Circunstancia que se produce todos los años al incrementarse las bases mínimas y máximas de cotización de todos los grupos profesionales, de acuerdo con la Ley de Presupuestos Generales del Estado y la Orden de cotización para cada año.

²⁹ Véase la Resolución de 7 de octubre de 1985, de la Dirección General de Régimen Jurídico de la Seguridad Social.

³⁰ Como se desprende del artículo 7.1 párrafo segundo 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 (BOE del 21), al disponer que «durante el disfrute de los periodos de descanso en régimen de jornada a tiempo parcial, la base reguladora del subsidio se reducirá en proporción inversa a la reducción que haya experimentado la jornada laboral», por lo que se trata de la misma base reguladora y no del recálculo de otra en función de la reducción de la jornada.

V. NACIMIENTO, DURACIÓN, SUSPENSIÓN Y EXTINCIÓN DEL DERECHO

1. Inicio

Con respecto a lo que ordinariamente se denomina dinámica de la prestación, el Reglamento establece que se tendrá derecho al subsidio «a partir del mismo día en que dé comienzo la reducción de jornada correspondiente, siempre que la solicitud se formule en el plazo de tres meses desde la fecha en que se produjo dicha reducción. Transcurrido dicho plazo, los efectos económicos del subsidio tendrán una retroactividad máxima de tres meses» (art. 7.1, párrafo primero RD 1148/2011).

Se observa que el criterio adoptado responde a las normas generales de las pensiones de Seguridad Social en donde existe un plazo de tres meses para solicitar las prestaciones.

2. Duración

Con respecto al periodo máximo de duración, en principio «el subsidio se reconocerá por un periodo inicial de un mes, prorrogable por periodos de dos meses cuando subsista la necesidad del cuidado directo, continuo y permanente del menor, que se acreditará mediante declaración del facultativo del Servicio Público de Salud u órgano administrativo sanitario de la Comunidad Autónoma correspondiente, responsable de la asistencia médica del menor, y, como máximo, hasta que este cumpla los 18 años».

«Cuando la necesidad de cuidado directo, continuo y permanente del menor, según se acredite en la declaración médica emitida al efecto, sea inferior a dos meses, el subsidio se reconocerá por el periodo concreto que conste en el informe» (art. 7.1, párrafos segundo y tercero RD 1148/2011).

3. Causas de suspensión

La percepción del subsidio quedará suspendido en los siguientes casos (apartado 2 del art. 7 RD 1148/2011):

«En las situaciones de incapacidad temporal, durante los periodos de descanso por maternidad y paternidad y en los supuestos de riesgo durante el embarazo y de riesgo durante la lactancia natural y, en general, cuando la reducción de la jornada de trabajo por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave concorra con cualquier causa de suspensión de la relación laboral.»

La primera parte no ofrece duda, pues en realidad lo que establece de forma expresa es la incompatibilidad entre prestaciones periódicas de Seguridad Social.

Se agradece la expresa incompatibilidad, pues podría ocasionar algún problema de interpretación, lo que sin duda le dota de una mayor seguridad jurídica.

No obstante –precisa el Reglamento–, «cuando, por motivos de salud, la persona que se hacía cargo del menor no pueda atenderle y se encuentre en situación de incapacidad temporal o en periodo de descanso obligatorio de maternidad por nacimiento de un nuevo hijo podrá reconocerse un nuevo subsidio por cuidado de menores a la otra persona progenitora, adoptante o acogedora, siempre que la misma reúna los requisitos para tener derecho al subsidio» [art. 7.2 a), párrafo segundo RD 1148/2011].

Obsérvese que no se extiende tal posibilidad de alternancia con el otro progenitor, adoptante o acogedor en las situaciones de paternidad y en los subsidios por riesgo durante el embarazo y por riesgo durante la lactancia natural. Eso puede deberse, en el caso de la paternidad, a la presunción de que el periodo de disfrute sea breve, y que por ello no merezca la pena realizar la alternancia con la otra persona progenitora, adoptante o acogedora, y en los dos últimos porque tal posibilidad solo podría darse en la mujer por razones obvias.

En ese sentido, se trata de una concreción de lo dispuesto en el artículo 4.5 del Reglamento, según el cual se prevé que «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». Quizá en este supuesto el problema pudiera venir referido a la empresa para la que preste servicios el otro progenitor, pues en este supuesto no se exige acuerdo de la empresa, y la expresión de que «podrá reconocerse un nuevo subsidio» a la otra persona, resulta demasiado difuminada pues no queda claro hasta qué punto sería o no obligatorio por parte de la empresa aceptar esa situación, pues el citado artículo 4.5 del Reglamento incluye en el acuerdo a la empresa o empresas respectivas.

Pese a los inconvenientes, es una forma de mantener el subsidio, eso sí en la otra persona progenitora, adoptante o acogedora. Pero para ello debe reunir los requisitos exigidos por la prestación y cabe entender que la prestación que le corresponda, en su caso, se determinará con arreglo a su propia base de cotización. En los casos en que, conforme a lo indicado, se efectúe el reconocimiento de un nuevo subsidio a la otra persona progenitora, adoptante o acogedora, el percibo del subsidio del primero al que se le reconoció quedará en suspenso [art. 7.2 b) RD 1148/2011].

Menos clara es la suspensión de la prestación cuando el beneficiario se encuentre en alguna de las causas de suspensión que figuran en la relación laboral.

Las causas de suspensión de las relaciones laborales aparecen relacionadas en el artículo 45 del ET. Entre ellas figuran también reiteradas las que expresamente se refieren en el artículo 7.2 a) del Real Decreto 1148/2011 (incapacidad temporal, maternidad, etc.), por lo que parece una reincidencia, si bien desde el punto de vista de la suspensión laboral que se podría, quizá, haber evitado.

Como es natural, algunas de las anteriores causas no se extienden a los trabajadores autónomos, porque en tales actividades no existe relación laboral; quizá por ello se han especificado más claramente para todos (por cuenta ajena y por cuenta propia) los supuestos que figuran expre-

samente, tales como las situaciones de riesgo durante el embarazo y de riesgo durante la lactancia natural, que en principio deberían extenderse a los trabajadores por cuenta propia como causa de suspensión.

4. Causas de extinción

Según el artículo 7.3 del Real Decreto 1148/2011, el subsidio por CMAC se extingue por las siguientes causas:

«a) Por la reincorporación plena al trabajo o reanudación total de la actividad laboral de la persona beneficiaria, cesando la reducción de jornada por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave, cualquiera que sea la causa que determine dicho cese.

b) Por no existir la necesidad del cuidado directo, continuo y permanente del menor, debido a la mejoría de su estado o a alta médica por curación, según el informe del facultativo del Servicio Público de Salud u órgano administrativo sanitario de la Comunidad Autónoma correspondiente, responsable de la asistencia sanitaria del menor.

c) Cuando una de las personas progenitoras, adoptantes o acogedoras del menor cese en su actividad laboral, sin perjuicio de que cuando esta se reanude se pueda reconocer un nuevo subsidio si se acredita por la persona beneficiaria el cumplimiento de los requisitos exigidos y siempre que el menor continúe requiriendo el cuidado directo, continuo y permanente.

d) Por cumplir el menor 18 años.

e) Por fallecimiento del menor.

f) Por fallecimiento de la persona beneficiaria de la prestación.»

No se contemplan algunos supuestos que suelen figurar en prestaciones tales como maternidad o paternidad. Me refiero a los casos de actuaciones fraudulentas para obtener o conservar el derecho, así como la realización por el beneficiario de cualquier trabajo por cuenta propia o ajena que sea incompatible con la reducción de jornada.

A continuación el Reglamento recoge una serie de obligaciones que deben observar los beneficiarios tales como la de «comunicar a la correspondiente entidad gestora o a la mutua cualquier circunstancia que implique la suspensión o extinción del derecho al subsidio» (art. 7.4 RD 1148/2011).

Asimismo se advierte que «en cualquier momento, la correspondiente entidad gestora o la mutua podrá llevar a cabo las actuaciones necesarias para comprobar que las personas perceptoras del subsidio mantienen el cumplimiento de los requisitos exigidos para su reconocimiento» (art. 7.5 RD 1148/2011).

VI. GESTIÓN Y PAGO DE LA PRESTACIÓN ECONÓMICA

Por lo que se refiere a la gestión y pago de la prestación, el Reglamento, en su artículo 8, especifica quiénes son las entidades competentes, así como los detalles en cuanto al pago de la prestación.

1. Gestión

En principio la gestión de la prestación económica por CMAC se llevará a cabo por la correspondiente entidad gestora o mutua de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, con la que el trabajador tenga cubiertas las contingencias profesionales.

En el caso de que no tenga la cobertura por riesgos profesionales, será competente para la gestión de la prestación la entidad gestora o la mutua que asuma la cobertura de la incapacidad temporal por contingencias comunes.

Si, finalmente, en el supuesto de que en el régimen de la Seguridad Social por el que se reconozca la prestación económica, la persona trabajadora no haya optado por la cobertura de la incapacidad temporal, la gestión se atribuirá a la correspondiente entidad gestora de la Seguridad Social.

2. El pago

Con respecto al pago de la prestación económica por CMAC, consiste en un subsidio a cargo de la entidad gestora o a la mutua que resulte competente en la fecha de inicio de los efectos económicos de la prestación,³¹ y se realizará por periodos mensuales vencidos. En el caso de contratos a tiempo parcial el devengo del subsidio será por días naturales, aunque el pago sea mensual, como prevé el artículo 8.4 del Real Decreto 1148/2011.

El Reglamento se preocupa de detalles tales como el de la responsabilidad del pago, que se mantendrá hasta la fecha del vencimiento del documento de asociación y de cobertura formalizado en su día. De modo que si en la fecha de dicho vencimiento se hubiera producido un cambio de la entidad que cubra las contingencias profesionales o comunes, en su caso, será la nueva entidad la que asuma el pago del subsidio durante el periodo de 12 meses y los sucesivos, en su caso, en tanto mantenga dicha cobertura.

³¹ El artículo 8.3 del Real Decreto 1148/2011 prevé que «la Tesorería General de la Seguridad Social facilitará que las entidades gestoras y las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales puedan obtener, a través de sistemas informáticos, electrónicos y/o telemáticos, los datos necesarios relativos a las personas solicitantes y beneficiarias de las prestaciones por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave, para garantizar un procedimiento de comunicación ágil en el reconocimiento y control de las prestaciones. El tratamiento de estos datos se realizará de conformidad con la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal».

VII. PROCEDIMIENTO PARA EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO

1. Solicitud

Al igual que en las prestaciones por riesgo durante el embarazo, el procedimiento para el reconocimiento del derecho al subsidio por CMAC se inicia mediante solicitud dirigida a la dirección provincial de la correspondiente entidad gestora, o ante la mutua de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales que le corresponda.³²

2. Documentación y datos que deben adjuntarse a la solicitud

Junto a la solicitud deberán quedar acreditados los siguientes datos o, en su caso, aportarse los documentos correspondientes (art. 9.2 RD 1148/2011):

«a) Certificado de la empresa sobre la fecha de inicio de la reducción de jornada del trabajador prevista en el párrafo tercero del artículo 37.5 del ET, con indicación del porcentaje en que ha quedado fijada dicha reducción de jornada.

La personas trabajadoras por cuenta propia o autónomos y asimilados, o personas empleadas de hogar de carácter discontinuo, deberán presentar una declaración indicando expresamente el porcentaje de reducción de su actividad profesional, en relación con una jornada semanal de 40 horas.

Cuando se trate de personas integradas en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Empleados de Hogar,³³ de carácter fijo, se aportará declaración del responsable del hogar familiar sobre la reducción de jornada efectiva de la persona trabajadora.

b) Declaración del facultativo del Servicio Público de Salud u órgano administrativo sanitario de la Comunidad Autónoma correspondiente responsable de la asistencia médica del menor y, en su caso, del facultativo de los servicios médicos privados donde el menor hubiera sido atendido, que exprese la necesidad del cuidado del mismo por encontrarse afectado por cáncer u otra enfermedad grave, que requiera ingreso hospitalario de larga duración y tratamiento médico continuado de la enfermedad.

³² «Las solicitudes se formularán en los modelos aprobados a tal efecto por la correspondiente entidad gestora o mutua de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales y deberán contener los datos que establece el artículo 70 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Los referidos modelos de solicitud estarán a disposición de las personas interesadas en las entidades gestoras y las mutuas, así como en la página web de la Seguridad Social» (art. 9.1, párrafo segundo RD 1148/2011).

³³ Como consecuencia de la integración, a partir de 1 de enero de 2012, debe entenderse referido al Sistema Especial de Empleados de Hogar del Régimen General, según disposición adicional trigésima novena de la Ley 27/2011, de 1 de agosto.

c) Libro de familia o certificación de la inscripción del hijo o hijos en el Registro Civil o, en su caso, resolución judicial por la que se haya constituido la adopción, o la resolución judicial o administrativa por la que se haya concedido el acogimiento familiar preadoptivo o permanente o, en su caso, la tutela del menor.

d) Certificado de la empresa en la que conste la cuantía de la base de cotización de la persona trabajadora por contingencias profesionales o, en su caso, por contingencias comunes, correspondiente al mes previo a la fecha de inicio de la reducción de jornada y, en su caso, las cantidades de percepción no periódica abonadas durante el año anterior a dicha fecha.

En los casos de personas trabajadoras a tiempo parcial, deberá reflejarse la cuantía de la base de cotización correspondiente a los tres meses anteriores a la reducción de jornada.

Asimismo, deberá constar expresamente en la declaración la cotización por realización de horas extraordinarias en el año anterior al inicio de la reducción de jornada.

e) Acreditación de la cotización con los recibos del abono de cuotas, si la persona solicitante del subsidio es la obligada a su ingreso, cuando sean necesarias para acreditar el periodo mínimo de cotización, a efectos de determinar la cuantía de la prestación o el requisito de estar al corriente en el pago de las cuotas.

f) En el caso de las personas trabajadoras encuadradas en el Régimen Especial de Trabajadores por cuenta propia o Autónomos, declaración de la situación de la actividad referida a la parte de jornada profesional que reduce el trabajador autónomo.»

3. Resolución de la entidad gestora o mutua

3.1. Plazo de la resolución

A la vista de los datos y de la documentación presentada y una vez comprobados todos los requisitos formales, hechos y condiciones exigidos para acceder al subsidio, la correspondiente entidad gestora o la mutua dictará resolución expresa y notificará en el plazo de 30 días, contados desde la recepción de la solicitud, el reconocimiento o denegación del derecho a la prestación económica.

3.2. Ausencia de resolución expresa

Transcurrido el plazo de 30 días, sin que se haya dictado y notificado resolución expresa –señala el art. 9.4 RD 1148/2011–, la solicitud se entenderá desestimada, de conformidad con el apartado 2 de la disposición adicional vigésima quinta de la LGSS.³⁴

³⁴ En realidad, se refiere al apartado 3, una vez se incluyó un nuevo apartado 2 a la disposición adicional vigésima quinta de la LGSS, por la disposición final séptima.cinco de la Ley 27/2011.

3.3. Régimen de recursos

Las resoluciones, expresas o presuntas, dictadas por la entidad gestora o la mutua, serán recurribles –como señala el art. 9.5 RD 1148/2011–, en vía jurisdiccional en la forma prevista en el artículo 71 del Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril.³⁵

VIII. COMENTARIO SOBRE LA NUEVA PRESTACIÓN

El establecimiento de una nueva prestación de Seguridad Social siempre es motivo de felicitación, porque supone la ampliación de la acción protectora a un determinado colectivo, en el presente caso, el de aquellas personas –trabajadoras– que tienen la responsabilidad de un menor con la peculiaridad de estar afectado por cáncer o por otra enfermedad de tal importancia que puede ser equiparada al cáncer habida cuenta de su gravedad.

Con respecto al tipo de derecho, en el sentido de si es una prestación por derecho propio o por derecho derivado, en lo que se refiere al título del beneficiario, es la primera prestación en la que el sujeto causante (el menor) deriva la exigencia del cumplimiento de los requisitos exigidos al beneficiario para causar derecho a la prestación.

Recuérdese que son de derecho derivado las prestaciones por muerte y supervivencia, en las que quien debe reunir los requisitos (en lo que afecta a la porción contributiva de las pensiones de viudedad y orfandad, 52 por 100 y 20 por 100, respectivamente, de la base reguladora) es el sujeto causante, sin que al beneficiario se le exija una especial relación con la Seguridad Social (alta, cotización...). En cambio, en la prestación objeto de comentario, siendo como es el sujeto causante el menor, sin embargo quien debe reunir los requisitos es el propio beneficiario.

En este sentido supone una novedad, pues hasta ahora la prestación se causaba por derecho propio, cuando quien sufría la contingencia actualizada era el propio beneficiario, que debe cumplir además con los requisitos exigidos en cualquier prestación contributiva. Y es de derecho derivado, el comentado antes de las pensiones de viudedad, orfandad, en donde coinciden en una misma persona la que sufre la contingencia actualizada (sujeto causante del fallecimiento) y la que debe cumplir de los requisitos.

En la nueva prestación económica por CMAC entraríamos en un nuevo tipo de derecho, pues tendría algo de derecho propio, en cuanto que el beneficiario es quien debe reunir los requisitos, pero también de derecho derivado, pues la contingencia no la sufre el propio beneficiario sino el menor. Se trataría de un híbrido de ambos tipos de derechos, según el punto de vista desde el que se considere el derecho.

³⁵ Debe entenderse hecha la referencia al artículo 71 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, en vigor el 11 de diciembre de 2011.

Es de agradecer en la nueva prestación económica la meticulosa redacción que el Reglamento contiene al considerar multitud de previsiones, más propias de unas instrucciones o circulares internas de aplicación por parte de los funcionarios de la entidad gestora, lo que le dota de seguridad jurídica y recuerda en gran medida al anterior gran reglamento, aprobado por el Real Decreto 295/2009, sobre desarrollo de aplicación de las prestaciones por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural.

Desde otro punto de vista, puede considerarse como de excesiva casuística, que parece no querer dar ocasión a que se produzca una situación no prevista por el Reglamento, ignorando que la realidad supera con mucho la ficción y, que pese al intento de que nada escape a las previsiones, la propia evolución de los acontecimientos lleva en muchas ocasiones a dirimir las diferencias en los tribunales. En cualquier caso, resulta loable el intento.

Otros aspectos que pueden ser mejorados o que, a juicio de quien realiza estas observaciones, deberían modificarse son los siguientes:

Se observan algunas reincidencias innecesarias, que hacen el contenido algo más tedioso y distraen del objeto concreto de cada aspecto de la prestación. Desde otro punto de vista, quizá pudiera ser positivo en el sentido de lo que podría suponer de afianzamiento de los conceptos examinados.

La exigencia de que los dos progenitores, adoptantes o acogedores realicen un trabajo y estén de alta en la Seguridad Social o en la mutualidad que corresponda, parece, por un lado, una limitación, precisamente en épocas de crisis en donde es mayor la dificultad de encontrar empleo y, por otro, una contradicción, pues siempre se encontrarán en mejores condiciones quienes tengan dos empleos que quienes no tengan más que uno, o no digamos si no tienen ninguno. A este respecto creo que es un requisito del que se podría prescindir, exigiéndose solo a uno de los progenitores adoptantes o acogedores, que será el que acredite los requisitos exigidos, ya que si quien se encargara de asumir el cuidado del menor fuera el no trabajador entonces no sería necesario, obviamente, la reducción de la jornada ni el pago de la prestación sustitutiva del salario.

Con relación a la base reguladora que se toma para el cálculo de la prestación, resulta contradictorio que sea la que corresponde a la base reguladora establecida para el subsidio por incapacidad temporal derivada de contingencias profesionales. Hasta ahora, las bases se corresponden con el origen de la contingencia por la que se otorga la prestación. Si tiene origen profesional (accidente de trabajo o enfermedad profesional) se calcula sobre la base de cotización por contingencias profesionales. Si, en cambio, la causa es común, se toma la base de cotización por contingencias comunes. La prestación económica por CMAC es de origen común, por lo que no se compadece con la base reguladora prevista por la norma (art. 135 quáter LGSS y art. 6.1 RD 1148/2011), sin embargo, sorprendentemente, a continuación prevé que en el caso de que no tenga cubierta la prestación por incapacidad temporal, la base reguladora será la que corresponde a la base de cotización de contingencias comunes. Lo que resultará improbable, pues el subsidio por incapacidad temporal está extendido obligatoriamente en todos los regímenes de la Seguridad Social.

Una prueba de que nos encontramos ante una contingencia de origen común es la exigencia de que se acredite, además del alta en la Seguridad Social, un periodo de carencia por parte del beneficiario que solicite la prestación.

En fin, pese a todas estas observaciones que lo único que pretenden es la mejora de la gestión de la nueva prestación económica por cuidado de menor afectado por cáncer u otra enfermedad grave, lo relevante es su creación, que sin duda servirá para mitigar situaciones de familias que padecen estas situaciones y que, unida a la reducción de la jornada, les permitirá acompañar y cuidar de forma continua al menor, sin merma de sus ingresos.